

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DO ESTADO

Abel Craici Podusko

MODULAÇÃO TEMPORAL DE EFEITOS COMO EXPRESSÃO DO  
CONSEQUENCIALISMO JURÍDICO À BRASILEIRA

Porto Alegre  
2022

Abel Craici Podusko

MODULAÇÃO TEMPORAL DE EFEITOS COMO EXPRESSÃO DO  
CONSEQUENCIALISMO JURÍDICO À BRASILEIRA

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado como requisito para obtenção  
do grau de Especialista em Direito do  
Estado pela Faculdade de Direito da  
Universidade Federal do Rio Grande do  
Sul.

Orientador: Prof. Dr. Alfredo de Jesus Dal  
Molin Flores.

Porto Alegre  
2022

## CIP - Catalogação na Publicação

Podusko, Abel Craici  
Modulação temporal de efeitos como expressão do  
consequencialismo jurídico à brasileira / Abel Craici  
Podusko. -- 2022.  
77 f.  
Orientador: Alfredo de Jesus Dal Molin Flores.

Trabalho de conclusão de curso (Especialização) --  
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade  
de Direito, Direito do Estado, Porto Alegre, BR-RS,  
2022.

1. Modulação temporal de efeitos. 2.  
Consequencialismo jurídico. 3. Neoconstitucionalismo.  
4. Controle de constitucionalidade. I. Flores, Alfredo  
de Jesus Dal Molin, orient. II. Título.

## RESUMO

O objetivo deste trabalho é analisar, por meio de revisão bibliográfica, a relação do *consequencialismo jurídico* com o instituto jurídico da *modulação de efeitos* de decisões. Para isso, o trabalho está dividido em três partes. Na primeira, de natureza jus-política, se propõe a fazer o enquadramento do fenômeno do *consequencialismo* no plano geral das ideias jurídicas da atualidade, notadamente dentro do que se convencionou chamar de *neoconstitucionalismo*. Já na segunda, o foco se volta para o debate doutrinário sobre o *consequencialismo jurídico* propriamente dito, quanto a suas definições, limites e limitações. Por fim, na terceira parte, pretende-se abordar a *modulação de efeitos* enquanto expressão do *consequencialismo jurídico* praticado atualmente no Brasil. O trabalho conclui que tanto a jurisprudência quanto a doutrina ainda são oscilantes quanto aos pressupostos de cabimento da *modulação de efeitos*; com isso, e dado o relativamente curto tempo de efetiva aplicação de tal instituto jurídico no ordenamento jurídico brasileiro, a ciência do direito tem importante papel a desempenhar.

**Palavras-chave:** Modulação temporal de efeitos. Consequencialismo jurídico. Neoconstitucionalismo. Controle de constitucionalidade.

## ABSTRACT

The purpose of this work is to analyze, through literature review, the relationship of *legal consequentialism* with the legal institute of *modulation of effects* of decisions. For this, the work is divided into three parts. In the first one, of a legal-political nature, it proposes to frame the phenomenon of *consequentialism* in the general plan of current legal ideas, notably within what is conventionally called *neoconstitutionalism*. In the second part, the focus turns to the doctrinal debate on *legal consequentialism* itself, regarding its definitions, limits and limitations. Finally, in the third part, it is intended to approach the *modulation of effects* as a concrete expression of the *legal consequentialism* currently practiced in Brazil. The work concludes that both the jurisprudence and the doctrine are still oscillating regarding the assumptions of the appropriateness of *modulation of effects*; with that and given the relatively short time of effective application of such a legal institute in the Brazilian legal system, science of law has an important role to play.

**Key-Words:** Temporal modulation of effects. Legal consequentialism. Neoconstitutionalism. Judicial review.

## LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 – Consolidação da modulação temporal de efeitos – Marcos	42
Gráfico 1 – Discussão da modulação de efeitos no STF	47
Gráfico 2 – Discussão da modulação de efeitos no STF – Fase atual	56
Gráfico 3 – Discussão da modulação de efeitos no STF – Matéria tributária	68
Figura 2 – Consolidação da modulação temporal de efeitos – Decisões	69

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
CF/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
COFINS	Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social
ED	Embargos de Declaração
HC	<i>Habeas Corpus</i>
ICMS	Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação
IPI	Imposto sobre Produtos Industrializados
IPTU	Imposto sobre Propriedade Predial e Territorial Urbana
ISS	Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza
ITCD	Imposto sobre Transmissão <i>Causa Mortis</i> e Doação
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
CPC	Código de Processo Civil
RE	Recurso Extraordinário
REFIS	Programa de Recuperação Fiscal
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>2 CONSEQUENCIALISMO – um excursus jus-político.....</b>	<b>9</b>
2.1 Vetores constitutivos do consequencialismo .....	9
2.1.1 Vetor ideológico.....	10
2.1.2 Vetor organizacional.....	12
2.1.3 Vetor dogmático .....	14
2.2. Consequencialismo e neoconstitucionalismo .....	19
<b>3 CONSEQUENCIALISMO JURÍDICO.....</b>	<b>21</b>
3.1 Definições, distinções e delimitação.....	21
3.1.1 Consequencialismo moral e jurídico.....	22
3.1.2 Consequencialismo jurídicos: consequências e argumentos .....	24
3.2 Limites jurídicos e limitações técnicas quanto ao uso de argumentos consequencialistas .....	27
<b>4 MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DA DECISÃO .....</b>	<b>33</b>
4.1 Das primeiras tentativas à “superação do dogma da nulidade”.....	34
4.2 A modulação temporal em marcha e seu processo de consolidação.....	39
4.2.1 Período de latência e primeiros casos de modulação temporal: art. 27 da Lei n. 9.868/99 .....	43
4.2.2 Nova fase da modulação temporal: art. 927, § 3º, do CPC e arts. 20 a 23 da LINDB.....	54
<b>5 CONCLUSÃO .....</b>	<b>71</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>72</b>

## 1 INTRODUÇÃO

É fato que ao redor do mundo o poder judiciário vem ganhando cada vez mais destaque e protagonismo, avançando, inclusive, sobre aquilo que até há pouco era tido como precipuamente político. Isso é mais perceptível nas chamadas “grandes democracias ocidentais”, onde está atraindo a atenção de pesquisadores das áreas das ciências política, do estado e do direito, que, cada qual sob a perspectiva de seu objeto de estudo, têm buscado entender, sistematizar e explicar tal fenômeno e, principalmente, traçar prognósticos decorrentes dele. Brasil está inserido nesse contexto. A despeito do juízo de valor que se faça do fenômeno, os pesquisadores costumam atribuir-lhe as seguintes características: constitucionalização de diversos ramos do direito, atribuição de força normativa aos princípios, judicialização da política e das relações sociais e deslocamento de poderes essencialmente políticos (do executivo e legislativo) para o judiciário. Essas características, que têm feito do Judiciário “o Poder do Século XXI”<sup>1</sup>, podem ser sintetizadas no controverso e multifacetado conceito-chave: *neoconstitucionalismo*.

Há quem enxergue o *consequencialismo jurídico* como sinônimo de *neoconstitucionalismo*; há quem conceba aquele como uma vertente do deste; e há os que os tratem como conceitos distintos, dissociados. O fato é que esses dois conceitos partilham, ao menos em parte, das mesmas características. No âmbito da teoria jurídica, o *consequencialismo jurídico* desloca o foco de interesse “da *norma para como decidem os juízes*”. E, dado que o *consequencialismo jurídico* foi positivo no ordenamento jurídico brasileiro há pouco mais de duas décadas, já sob a égide da atual Constituição, por meio da previsão expressa da possibilidade de *modulação temporal* dos efeitos de decisões, estudos dessas duas categorias jurídicas se fazem necessários.

Esta monografia se insere nesse contexto. Por meio de revisão bibliográfica, no segundo capítulo será feito um “excurso” para situar o *consequencialismo* no campo das ideias políticas; no terceiro, serão trazidos conceitos, limites e limitações do *consequencialismo jurídico*; e no quarto, será abordado a *modulação temporal* como expressão do consequencialismo no ordenamento jurídico brasileiro.

---

<sup>1</sup>“ESTAMOS no século do Poder Judiciário” afirma ministro Lewandowski. ANAMATRA, 2014. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/21711-estamos-no-seculo-do-poder-judiciario-afirma-ministro-lewandowski-na-abertura-do-17-conamat>>. Acesso em: 29 ago. 2022.

## 2 CONSEQUENCIALISMO – um excursus jus-político

Neste capítulo pretende-se, primeiro, fazer um enquadramento histórico e jurídico-dogmático do que vem sendo chamado de *consequencialismo jurídico* para, após, trazer algumas definições e fazer algumas distinções sobre *consequencialismo* e *consequências* no âmbito jurídico. Por fim, serão expostos alguns limites apontados pela doutrina ao uso de *argumentos consequencialistas* no âmbito judicial.

Para tanto, será utilizado um ensaio de Mariana Pargendler e Bruno Salama que, analisando as transformações contemporâneas no âmbito do discurso, da metodologia e das práticas jurídicas, levantam a hipótese de que a “adoção de novos métodos de pesquisa jurídica liga-se à transformação no modo de aplicação do direito” e, em decorrência disso, o uso de *argumentos consequencialistas* vem se consagrando, de forma crescente, uma vez que esses tipos de argumentos são “um aspecto necessário do percurso retórico para a interpretação e aplicação das normas jurídicas”<sup>2</sup>. Do clássico texto dos autores será incorporada a ideia de vetores constitutivos do constitucionalismo<sup>3</sup>, pois trata-se de fenômeno complexo, impossível de ser reduzido a uma única causa. Tais vetores são: o *ideológico*, o *organizacional* e o *jurídico* propriamente dito.

Quanto aos limites do uso de *argumentos consequencialistas* no âmbito jurídico, procurar-se-á trazer as nuances de posições doutrinárias que os endossam e que os rejeitam.

### 2.1 Vetores constitutivos do consequencialismo

Quanto aos vetores constitutivos do *consequencialismo*, são apontados por Mariana Pargendler e Bruno Salama o *ideológico* (progressismo), o *organizacional* (centralidade do poder judiciário) e o *jurídico* (modificação na técnica jurídica). Segundo os autores, cada um desses vetores atua autonomamente no sentido da cientificização no âmbito jurídico, “porque gera uma demanda por estudos científicos aptos a embasar argumentos consequencialistas”<sup>4</sup>. Nas palavras dos autores:

---

<sup>2</sup> PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno Meyerhof. Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 262, 2013 p. 99.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 99.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 110.

No quadro político brasileiro, essa modificação é impulsionada por três fatores marcantes, a saber: (a) o triunfo da ideologia progressista, (b) a mudança organizacional do modelo estatal e (c) a transição de um modelo formalista e baseado em regras para um modelo aberto e baseado em princípios.<sup>5</sup>

### 2.1.1 Vetor ideológico

Do ponto de vista ideológico, Mariana Pargendler e Bruno Salama assinalam que no século XX o progressismo - herdeiro do racionalismo, do cientificismo e do positivismo - foi alçado “à condição de ideologia basilar do Estado contemporâneo”<sup>6</sup>, que “clama para si a missão de ordenar e aperfeiçoar a sociedade - em síntese, o Estado regulatório”<sup>7</sup>. Nessa toada, por que não dizer um Estado *iluminista*, ao qual incumbe “empurrar história quando ela emperra”<sup>8</sup>?

Para os autores, esse modelo de Estado impactou o direito de duas formas: i) adensou a esfera da atuação jurídica ao incorporar temas antes não regulados legalmente, que “vão da discriminação no trabalho à proteção do meio ambiente, passando por regras de segurança e saúde pública, entre muitas outras”, levando à *jurisdificação* – “isto é, o disciplinamento em lei de regras nessas áreas”<sup>9</sup>; e ii) promoveu a substituição do *government by law* pelo *government by policies*, em que o planejamento estatal assume o protagonismo, manifestando-se concretamente por meio das *políticas públicas*, que impõem ao jurista “o desafio de integrar meios jurídicos e fins normativos”<sup>10</sup>.

Com efeito, *jurisdificação* levou os “profissionais do direito, inclusive os docentes e pesquisadores” a não só conhecer, mas, também, incorporar ao ramo do direito “temas da biologia, política e economia originalmente tidos como irrelevantes do ponto de vista jurídico”<sup>11</sup>. Por sua vez, no contexto de implementação de políticas públicas, os juristas tiveram que “apelar a uma ferramenta descritiva do mundo”, uma vez que, no cotejamento entre meios jurídicos e fins normativos, era insuficiente

---

<sup>5</sup> PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno Meyerhof. Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 262, 2013, p. 110.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 110.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 111.

<sup>8</sup> BARROSO, Luís Roberto A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 42.

<sup>9</sup> PARGENDLER, *Opus citatum*, p. 111.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 112.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 111-112.

“interpretar a lei” e “recorrer a intuições de justiça”<sup>12</sup>. Para Mariana Pargendler e Bruno Salama:

É neste momento que o conhecimento científico sobre o mundo social passa a ser, por assim dizer, “demandado” pelos profissionais do direito. Abre-se, assim, um novo campo de atuação possível para o estudioso do direito, qual seja, o de empregar os métodos e conhecimentos produzidos pelas ciências sociais para prever os efeitos concretos de diferentes normas e regimes jurídicos.<sup>13</sup>

De forma mais aguda, Andréa Magalhães, analisando a “relevância do contexto econômico na jurisdição constitucional em tempos de crise”<sup>14</sup>, sob a ótica do pragmatismo jurídico, de que o consequencialismo é um dos elementos<sup>15</sup>, assevera que:

O juiz pragmatista é sensível ao contexto de crise e às consequências de suas decisões e procura despir-se de suas preconcepções, valorando todos os fatores envolvidos ao analisar o caso. Assim, procura dados empíricos que demonstrem os possíveis efeitos sistêmicos e imediatos de suas decisões, assim compreendidos os de longo ou curto prazo, econômicos e não-quantificáveis, custos de oportunidade, de reversibilidade, custos de decisão e de erro.  
[...] os reflexos econômicos são apenas um dos elementos da equação proposta aos juízes constitucionais, a quem cabe antever os resultados possíveis de cada alternativa (consequencialismo), a fim de contrapor os prós e contras (análise de custo-benefício) sob um critério ora patrimonial ora extrapatrimonial (razoabilidade).<sup>16</sup>

E, sob essa perspectiva da *jurisprudência da crise*, Andréa Magalhães corrobora os argumentos trazidos por Mariana Pargendler e Bruno Salama - quanto à tendência atual de os juristas se imbricarem explicitamente com políticas públicas - ao apontar de forma inequívoca que:

Sob outra perspectiva, a realização de políticas públicas pelo Judiciário também decorre de seu mister constitucional de promover os fins socialmente relevantes, conforme delineados na Lei Maior. [...] A política pública propõe ao jurista o desafio de integrar meios jurídicos e fins normativos, sejam esses a eficiência econômica, diminuição da violência doméstica, melhoria da saúde pública ou redução do desmatamento. [...] Todavia, mesmo se considerados como políticas públicas apenas os planos gerais e abstratos, instituídos por

<sup>12</sup> PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno Meyerhof. Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 262, 2013, p. 114.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 114-115.

<sup>14</sup> MAGALHÃES, Andréa. **Jurisprudência da crise**: uma perspectiva pragmática. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 18.

<sup>15</sup> PARGENDLER, *Opus citatum*, p. 14.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 238-239

poderes eleitos, para persecução de um objetivo legítimo, as cortes constitucionais realizam políticas públicas em contexto de crise. Isso porque, ao avaliar se as políticas públicas atendem aos fins constitucionais, as cortes constitucionais (re)distribuem os custos envolvidos na concessão de cada direito, o que, em um contexto de escassez, impõe aos poderes uma adaptação da alocação de recursos públicos também em outras políticas.<sup>17</sup>

Para então, associando consequencialismo jurídico com aplicação de políticas públicas por juízes, concluir que:

Dessa forma, ao avaliar as consequências de determinada alternativa, o julgador considera o impacto orçamentário causado, o possível retorno financeiro para a produtividade do setor, a geração de emprego, o aumento do consumo, sendo estes fatores quantificáveis economicamente. Avalia também a adequação dos resultados prováveis com a teleologia da norma – *ratio legis e legislatoris* – e com os valores mais próximos do núcleo da dignidade da pessoa humana. Em cada avaliação consequencialista, considera não apenas os efeitos imediatos, ou atinentes aos sujeitos processuais, mas também os efeitos sistêmicos, considerada a jurisprudência em termos globais.<sup>18</sup>

Dessa forma, esses dois componentes do Estado regulatório - *jurisdificação e políticas públicas* - ao impregnar a esfera jurídica com temas de outras áreas do conhecimento e exigir do jurista um esforço de integração entre meios jurídicos e fins normativos, afetaram, respectivamente, a teoria e a prática jurídicas, arrastando para o âmbito jurídico a análise consequencialista, ao prever a incorporação e consideração de aspectos extrajurídicos na decisão judicial.

### 2.1.2 Vetor organizacional

Ao lado do progressismo, outro vetor constitutivo do consequencialismo jurídico é o que decorre da “mudança organizacional do modelo estatal”, que arrastou o Poder Judiciário para o “centro do arranjo político”, conferindo-lhe papel “ativo na formulação da política pública”<sup>19</sup>.

Esse fenômeno, de abrangência global e que marca a transição do século XX para o XXI, foi conceituado por Ran Hirschl como *juristrocracia*, nos seguintes termos:

<sup>17</sup> MAGALHÃES, Andréa. **Jurisprudência da crise**: uma perspectiva pragmática. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 192-193.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 210-211.

<sup>19</sup> PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno Meyerhof. Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 262, 2013, p. 115.

Durante os últimos anos o mundo tem testemunhado uma transição impressionante rápida para o que pode ser chamado de *juristocracia*. Por todo o globo, em mais de oitenta países e em muitas entidades supranacionais, reformas constitucionais têm transferido uma quantidade inédita de poder de instituições representativas para os judiciários. Os países que têm abrigado esta expansão do poder judicial se estendem do Leste Europeu ao Canadá, da América Latina à África do Sul, e da Grã-Bretanha a Israel. [...] Cortes supremas e tribunais supranacionais têm se tornado corpos crescentemente importantes, cruciais mesmo, de tomada de decisões políticas. [...] Essa tendência rumo à juristocracia é possivelmente um dos acontecimentos mais significativos em matéria de governo do século XX e início do século XXI.<sup>20</sup>

Em seu estudo, o objeto de análise inicial de Ran Hirschl recai sobre o que o autor chamou de “quatro revoluções constitucionais”, em que apresenta “um panorama dos novos arranjos constitucionais de Canadá, Nova Zelândia, Israel e África do Sul”, abordando como as constitucionalizações de direitos alargaram a revisão judicial nesses quatro países. Respectivamente, essas reformas ocorreram em 1982, 1990, 1992 e 1993-1996<sup>21</sup>.

Interessante notar que o Brasil não ficou fora da onda dessas *revoluções constitucionais*. A *Constituição Cidadã* - promulgada em 1988, contemporânea às reformas investigadas por Ran Hirschl - se enquadra, em larga escala, nas características essenciais do fenômeno investigado por ele (constitucionalização de amplo aspecto da vida social, via carta de direitos rígida, formal e prolixa; expansão da revisão judicial; transferência de poder das instituições representativas para o judiciário); entretanto, o caso brasileiro mantém certas particularidades<sup>22</sup>, sendo uma delas, a de que a concentração de poderes nos tribunais foi intensificada, sendo isso um traço distintivo do caso brasileiro em relação ao fenômeno global. Nesse sentido, Oscar Vilhena Vieira assinala:

A enorme ambição do texto constitucional de 1988, somada à paulatina concentração de poderes na esfera de jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ocorrida ao longo dos últimos vinte anos, aponta para uma mudança no equilíbrio do sistema de separação de poderes no Brasil. O Supremo, que a partir de 1988, já havia passado a acumular as funções de tribunal constitucional, órgão de cúpula do poder judiciário e foro especializado, no contexto de uma Constituição normativamente ambiciosa, teve o seu papel político ainda mais reforçado pelas emendas de no. 3/93, e no. 45/05, bem

---

<sup>20</sup> HIRSCHL, Ran. **Rumo à juristocracia** – as origens e consequências do novo constitucionalismo. Trad. Amauri Feres Saad. 1 ed. Londrina: Editora E.D.A, 2020, p. 29.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 43.

<sup>22</sup> ARGUELHES, Diego Werneck. O Supremo na política: a construção da supremacia judicial no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 250, 2009, p. 10.

como pelas leis no. 9.868/99 e no. 9.882/99, tornando-se uma instituição singular em termos comparativos, seja com sua própria história, seja com a história de cortes existentes em outras democracias, mesmo as mais proeminentes.<sup>23</sup>

Se para o fenômeno global Ran Hirschl cunhou a expressão *juristocracia*, para a exacerbação dele no arranjo institucional brasileiro Oscar Vilhena Vieira cunhou a expressão *supremocracia*, em referência à “expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos demais poderes”<sup>24</sup>. Entretanto, as duas expressões sintetizam o mesmo fenômeno: a concentração de poder político no judiciário e, mais especificamente, nas supremas cortes, alargando, dessa forma, o escopo da prestação jurisdicional ao incorporar e sopesar temas políticos - portanto, extrajurídicos, consequencialistas -, que antes passavam ao largo das decisões judiciais.

### 2.1.3 Vetor dogmático

Por último, o terceiro vetor constitutivo do consequencialismo tem a ver com a dogmática do direito propriamente dita: giro do direito privado para o direito público, do raciocínio lógico-dedutivo para a ponderação, das regras para os princípios<sup>25</sup> e da constitucionalização do direito infraconstitucional<sup>26</sup>.

Tércio Sampaio Ferraz Jr. aponta a “decidibilidade de conflitos como problema central da ciência dogmática do direito”<sup>27</sup>. Para o autor, a ciência do direito se articula em três modelos dogmáticos: o primeiro, *analítico*, que sob a ótica da *teoria da norma* “encara a decidibilidade como relação hipotética entre conflito e decisão”, em que a ciência do direito se expressa como “sistematização de *regras* para obtenção de decisões possíveis”; o segundo, *hermenêutico*, que sob a ótica da *teoria da interpretação* “vê a decidibilidade do ângulo de sua relevância significativa”, em que a ciência do direito se expressa como “atividade interpretativa, construindo-se como um sistema compreensivo do comportamento humano”; e o terceiro, *empírico*, que sob a

---

<sup>23</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV** [online], v. 4, n. 2, 2008, p. 444.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 445.

<sup>25</sup> PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno Meyerhof. Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 262, 2013, p. 117.

<sup>26</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 240, 2005, p. 11.

<sup>27</sup> FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 61.

ótica da *teoria da decisão* “encara a decidibilidade como busca das *condições* de possibilidade de uma decisão hipotética para um conflito hipotético”, em que a ciência do direito se expressa como:

[...] investigação das *normas* de convivência, estando a norma encarada como procedimento decisório, constituindo-se, então, o pensamento jurídico como sistema explicativo do comportamento humano enquanto controlado por normas.<sup>28</sup>

Se no modelo *analítico* o conceito fundamental é o da *validade*<sup>29</sup> da regra, o modelo *hermenêutico* volta-se para *sentido* jurídico<sup>30</sup> que se extrai da norma e o modelo *empírico*, segundo Ana Paula Ávila, se assenta na *justificação* da decisão, vez que:

Uma decisão, pois, somente estará devidamente justificada por meio de um processo intelectual ordenado, em que cada argumento obtenha o seu respectivo lugar e afira o seu respectivo peso, de forma a conduzir a uma determinada inferência silogística. Essa necessidade de justificação racional da decisão constitui o plano de fundo para que adquiram relevo os problemas referentes à ponderação e à argumentação jurídica.<sup>31</sup>

Do ponto de vista do sistema normativo, Tércio Sampaio Ferraz Jr. - abordando a dogmática da decisão como uma “investigação prática das regras de decisão e de configuração de conflitos”, em que *decisão* e *conflito* estão associados a *controle*, significando “poder de decisão de conflitos institucionalizados”<sup>32</sup> -, desdobra os fundamentos da decisão em dois aspectos, um *interno* e outro *externo* a esse sistema, nos seguintes termos, respectivamente:

O primeiro encara a decisão jurídica como controle com base nos próprios instrumentos que o sistema normativo oferece (controle-disciplina). O segundo refere-se a instrumentos que a retórica jurídica traz para o sistema (controle-dominação). Esses dois conceitos são uma projeção da distinção entre, respectivamente, poder de direito e poder de fato. De um lado, temos, pois, a teoria da aplicação do *direito* (aspecto interno) e, de outro, a teoria dogmática da argumentação *jurídica* (aspecto externo).<sup>33</sup>

<sup>28</sup> FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 64.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 211.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 272

<sup>31</sup> ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 90-91.

<sup>32</sup> FERRAZ JR., *Loco citato*, p. 275

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 277.

Quanto aos aspectos internos do sistema jurídico, “aqueles que emergem *do* sistema para seu meio circundante”, tem-se as *proposições normativas* (condições temporais da ação, validade dos procedimentos probatórios, estabelecimento de nexos de causalidades entre fatos e direitos, requisitos recursais, hipóteses de cominação de sanções, quantificação de penas, presunções legais, etc.); enfim, a teoria da decisão, nessa ótica, trata da aplicação do direito, de seus “procedimentos institucionalizados, que são verdadeiros programas de ações decisórias” de forma a neutralizar, ou mitigar, “a pressão dos fenômenos sociais sobre o sistema jurídico”<sup>34</sup>. Já aspectos externos, “aqueles que emergem do meio circundante e repercutem *no* sistema”<sup>35</sup>, tem a ver com os mecanismos de abertura desse sistema, por meio dos *princípios gerais do direito*, das *cláusulas abertas* e dos *conceitos jurídicos indeterminados*, uma vez que:

(a) o sistema jurídico não é um sistema fechado, não propondo, dessa forma, soluções apriorísticas para todo e qualquer problema que reclame uma solução jurídica; (b) são necessários mecanismos normativos que permitam a adaptação da norma às circunstâncias especiais dos casos concretos que, devido à sua particularidade, não contam com previsão específica nas normas gerais.<sup>36</sup>

Sob o aspecto interno do sistema jurídico, o decisor parte das proposições normativas e, por *subsunção*<sup>37</sup>, extrai a decisão, por meio de *raciocínio lógico-dedutivo*, silogístico, em que, grosso modo, se tem a *norma geral e abstrata* como premissa maior, o *caso concreto* como premissa menor e, como conclusão, a *decisão para o conflito em particular*<sup>38</sup>. Já sob o aspecto externo, valendo-se da abertura do sistema (princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados), por meio da *ponderação*<sup>39</sup>, a partir de *raciocínio indutivo* – que é “técnica que parte da análise de casos particulares, individuais, em direção à generalização, ou seja, à criação de uma norma geral, aplicável a casos futuros”<sup>40</sup> – o decisor “atua de forma a colaborar

<sup>34</sup> FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 284.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 384.

<sup>36</sup> ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 75.

<sup>37</sup> FERRAZ JR., *Opus citatum*, p. 277.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 277.

<sup>39</sup> ÁVILA, *Opus citatum*, p. 91.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 79.

na construção do próprio sentido da norma, a partir de elementos colhidos na situação de fato a ser decidida”<sup>41</sup>.

Em que pese o sistema jurídico ser aberto, permeável a elementos externos, ele próprio deve estabelecer limites à construção da norma pelo intérprete-decisor, “visando a imprimir maior racionalidade e possibilidade de controle intersubjetivo ao processo que resulta numa decisão jurídica”<sup>42</sup>. E isso é viabilizado por meio de procedimento estruturado em três fases distintas e sucessivas: i) *preparação da ponderação*, em que são levantados e analisados todos os elementos objeto da ponderação (bens, interesses, valores, direitos, princípios, razões) que estejam envolvidos no caso concreto e sejam colidentes uns com outros; ii) *realização da ponderação*, em que são atribuídos pesos a esses elementos; e, por fim, ii) *reconstrução da ponderação*, em que, a partir do sopesamento feito na fase anterior, são estabelecidas regras relacionais e de primazia entre os elementos de ponderação, com a pretensão de extrapolação da validade para além do caso concreto analisado.<sup>43</sup>

É precisamente nas fases da *realização* e *reconstrução* da ponderação que ganham relevância os princípios constitucionais e o emprego de técnicas argumentativas adequadas<sup>44</sup>, pois nessas fases:

[...] é a argumentação jurídica que deve exercer um papel fundamental para a justificação da atribuição de peso ou de valor a cada um dos tópicos que constituem o objeto da ponderação e também para a justificação a determinação da prevalência de um sobre os demais.

[...]

Entra em questão a própria estrutura lógica da argumentação como forma de possibilitar a fundamentação e justificação dos juízos de atribuição de peso e de valor.<sup>45</sup>

Nesse sentido, pode-se dizer que na atualidade ganha relevo uma nova de forma de racionalizar a decisão jurídica, mediante suplantação do raciocínio subsuntivo por outro tipo de raciocínio que agora exige, sob a ótica da ponderação principiológica, “uma nova maneira de lidar com os fundamentos da decisão com

---

<sup>41</sup> ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 75.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 92.

<sup>43</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 11. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 146.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 147.

<sup>45</sup> ÁVILA, Ana Paula, *Opus citatum*, p. 92.

vistas à sua repercussão futura”<sup>46</sup>, alterando o modo de tratamento dogmático dos princípios, de *princípio com fundamento* para *princípio como argumento*, de carácter prospectivo<sup>47</sup>. Nas palavras de Ferraz Jr.:

É esse processo, que se diz argumentativo, que ganha um novo sentido, em face de sua função justificadora de uma realização prospectiva: a não redução da norma ao texto chega ao extremo de liberar a norma do texto, conquistando uma autonomia antes impensada.<sup>48</sup>

Nessa perspectiva, principiológica-argumentativa, os princípios são tomados “como redundâncias significativas que, isoladamente, dirigem e orientam a argumentação, enquanto raciocínio capaz de justificar uma decisão legitimadora de possíveis consequências futuras”<sup>49</sup>. Essa incidência direta de princípios faz surgir “uma espécie de desorientação da dogmática jurídica, que culmina no chamado *consequencialismo*”<sup>50</sup>.

É sob esse aspecto que se pode falar que nas últimas décadas vem ocorrendo um deslocamento da *teoria da norma* para a *teoria da decisão* – em que, em vez de estudar/explicar “o que são as normas”, passa-se a estudar/explicar “o que fazem os juristas” -, com implicações teóricas e práticas<sup>51</sup>, ganhando centralidade os problemas da aplicação do direito. Para José Reinaldo Lima Lopes:

O processo deliberativo é ele mesmo o coração da teoria da decisão. Dessa forma, a aplicação e a necessária compreensão das normas é o que se deve descrever, explicar e até mesmo prescrever. Em outras palavras, uma teoria jurídica da decisão desloca o foco de visão dos juristas de uma metafísica das regras para o uso das regras.<sup>52</sup>

Com isso, fecha-se o terceiro vetor constitutivo do consequencialismo, o da *técnica jurídica*, operado no âmbito dogmático da teoria da decisão, em que a *subsunção normativa* cede espaço para a *ponderação principiológica*, tornando a fundamentação e a justificação da decisão mais abertas e flexíveis à consideração

<sup>46</sup> FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Consequencialismo, neoconstitucionalismo e argumentação jurídica. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva et al. **Consequencialismo no Poder Judiciário**. Indaiatuba: Foco, 2019, p. 128-129.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 121.

<sup>48</sup> FERRAZ JR., *Loco citatum*.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 122.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 113.

<sup>51</sup> LIMA LOPES, José Reinaldo. Entre a teoria da norma e a teoria da ação. In: STORCK, Alfredo Carlos; LISBOA, Wladimir Barreto (Orgs.). **Norma, moralidade e interpretação**: temas de filosofia política e do direito. Porto Alegre: Linus Editores, 2009, p. 43-45.

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 65.

externa ao sistema jurídico, deslocando, com isso, do ponto de vista da teoria jurídica, a atenção da norma em si mesma considerada para como decidem os juízes.

## 2.2. Consequencialismo e neoconstitucionalismo

Vistos, separadamente, os vetores constitutivos do consequencialismo, importa agora verificar se há alguma categoria jus-política a lhes dar uma visão de conjunto, capaz de amalgamar esses três vetores (“o triunfo do progressivismo na política”, “o deslocamento do Poder Judiciário para o centro do arranjo político no modelo de Estado de diversos países; e “a modificação na técnica jurídica com a crescente utilização de princípios jurídicos em vez de regras jurídicas”<sup>53</sup>) num conceito único, num conceito-chave.

Humberto Ávila, apontando o neoconstitucionalismo como “um dos fenômenos mais visíveis da teorização e aplicação do Direito Constitucional nos últimos 20 anos no Brasil”, destaca-lhe as seguintes características:

[...] princípios em vez de regras (ou mais princípios do que regras); ponderação no lugar de subsunção (ou mais ponderação do que subsunção); justiça particular em vez de justiça geral (ou mais análise individual e concreta do que geral e abstrata); Poder Judiciário em vez dos Poderes Legislativo ou Executivo (ou mais Poder Judiciário e menos Poderes Legislativo e Executivo); Constituição em substituição à lei (ou maior, ou direta, aplicação da Constituição em vez da lei).<sup>54</sup>

Na mesma linha, Daniel Sarmiento, analisando as mudanças pelas quais vem passando o direito no Brasil a partir da Constituição de 1988, “relacionadas à emergência de um novo paradigma tanto na teoria jurídica quanto na prática dos tribunais”, traça as seguintes características do neoconstitucionalismo:

Estas mudanças, que se desenvolvem sob a égide da Constituição de 88, envolvem vários fenômenos diferentes, mas reciprocamente implicados, que podem ser assim sintetizados: (a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; (b) rejeição ao formalismo e recurso mais freqüente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc.; (c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; (d)

<sup>53</sup> PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno Meyerhof. Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 262, 2013, p. 137.

<sup>54</sup> ÁVILA, Humberto, “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”, **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, nº. 17, jan-mar/2009, p. 2.

reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos; e (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário.<sup>55</sup>

De forma expressa, a associação entre consequencialismo e neoconstitucionalismo é feita por Luís Roberto Barroso. Analisando o “neoconstitucionalismo e as transformações do direito constitucional contemporâneo” - ao abordar a necessidade da fundamentação das “decisões que envolvem a atividade criativa do juiz”, “por não estarem inteiramente legitimadas pela lógica da separação de Poderes” -, ressalta que o intérprete, visando a “assegurar a legitimidade e a racionalidade de sua interpretação”, entre outras considerações, deverá “levar em conta as conseqüências práticas que sua decisão produzirá no mundo dos fatos”.<sup>56</sup>

Por fim, no contexto da ponderação, a relação entre princípios constitucionais e argumentação jurídica se insere no que alguns doutrinadores estão conceituando como *constitucionalismo principialista e argumentativo*, que propõe “uma concepção da argumentação jurídica que vem sendo chamada de neoconstitucionalista”.<sup>57</sup>

Com efeitos, a partir dos três vetores constitutivos apresentados no tópico anterior (no *ideológico*, o progressismo; no *organizacional*, a hipertrofia do poder judiciário; e no *jurídico*, o *giro hermenêutico-argumentativo*), é forçoso constatar que o *consequencialismo jurídico* está inserido num fenômeno maior, que comumente convencionou-se chamar de neoconstitucionalismo; todavia, para ser mais preciso, segundo definição de Paolo Comanducci, para quem deve se falar em *neoconstitucionalismo(s)*, caiba, ainda, uma aditivação: *neoconstitucionalismo ideológico*<sup>58</sup>.

---

<sup>55</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). **Leituras complementares de direito constitucional: teoria da constituição**. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 31-32.

<sup>56</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 240, 2005, p. 11.

<sup>57</sup> FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Consequencialismo, neoconstitucionalismo e argumentação jurídica. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva et al. **Consequencialismo no Poder Judiciário**. Indaiatuba: Foco, 2019. p. 17.

<sup>58</sup> COMANDUCCI, Paolo. **Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico**. Trad. Miguel Carbonell. Isonomía, México, n. 16, abr. 2002, p. 99-101.

### 3 CONSEQUENCIALISMO JURÍDICO

#### 3.1 Definições, distinções e delimitação

Partindo de algumas definições, pretende-se apresentar distinções para, ao final, delimitar o emprego que se fará, neste trabalho, das expressões *consequencialismo*, *consequências*, *argumentos consequencialistas* no contexto das decisões judiciais.

Por *consequencialismo*, segundo Ives Gandra Martins, “entende-se a adaptação das decisões às suas consequências na realidade para as quais são destinadas com flexibilização do entendimento teleológico das normas”<sup>59</sup>; já para Andréa Magalhães o termo é compreendido como “estimativa de resultados ou juízo prognóstico”<sup>60</sup>. Luis Fernando Schuartz utiliza a expressão *consequencialismo jurídico* para se designar:

[...] qualquer programa teórico que se proponha a condicionar, ou qualquer atitude que condicione explícita ou implicitamente a adequação jurídica de uma determinada decisão judicante à valoração das consequências associadas à mesma e às suas alternativas.<sup>61</sup>

Humberto Ávila afirma que “os argumentos são elementos de justificação racional da interpretação jurídica” e que eles “não são juridicamente equivalentes”, tendo, portanto, “fundamentos desiguais e, por isso, valores diferentes”<sup>62</sup>. Quanto aos *argumentos consequencialistas*, Diego Werneck Arguelhes os define como “aquele tipo de argumento que fornece razões para a tomada de uma decisão específica a partir de uma avaliação dos possíveis efeitos desta decisão”<sup>63</sup>. Ricardo Lobo Torres, por outro turno, afirma que:

---

<sup>59</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Consequencialismo jurídico e a Constituição de 1988*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva et al. **Consequencialismo no Poder Judiciário**. Indaiatuba: Foco, 2019, p. 17.

<sup>60</sup> MAGALHÃES, Andréa. **Jurisprudência da crise: uma perspectiva pragmática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 210.

<sup>61</sup> SCHUARTZ, Luis Fernando. *Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem*. **Revista de Direito Administrativo**, vol. 248. Atlas, 2008, p. 130-131.

<sup>62</sup> ÁVILA, Humberto. *Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico*. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 19, mar. 2001, p. 158-159.

<sup>63</sup> ARGUELHES, Diego Werneck. **Argumentação consequencialista e estado de direito: subsídios para uma compatibilização**, 2005, p. 5.

O argumento de consequência é utilizado no discurso de aplicação do direito e consiste na consideração das influências e das projeções da decisão judicial - boas ou más - no mundo fático. Efeitos econômicos, sociais e culturais - prejudiciais ou favoráveis à sociedade - devem ser evitados ou potencializados pelo aplicador da norma, em certas circunstâncias.<sup>64</sup>

A partir dessas definições, constata-se que o termo *consequencialismo* está imbricado com outros dois: *consequências* e *argumentos*. É disso que se tratará nos dois tópicos seguintes.

### 3.1.1 Consequencialismo moral e jurídico

A expressão *consequencialismo* foi cunhada em 1957 pela filósofa G. E. M. Anscombe (1919 - 2001)<sup>65,66</sup>. Porém, o emprego da expressão se deu no contexto do artigo “Modern Moral Philosophy”, em que a autora discutia a filosofia moral *utilitarista* de Jeremy Bentham e John Stuart Mill. Portanto, aqui cabe a primeira distinção. O *consequencialismo moral* - que no âmbito da teoria moral é gênero do qual o *utilitarismo* é espécie - não será objeto deste trabalho, por não guardar relação com o âmbito jurídico<sup>67,68</sup>.

No entanto, mesmo no âmbito jurídico há certo embaralhamento quanto ao que venha ser *consequencialismo*, comumente referenciado como parte integrante de correntes teórico-filosóficas que adotam concepções instrumentais do direito, como o *pragmatismo jurídico* - uma “teoria sobre como usar a teoria” do direito - que tem como características essenciais o *antifundacionalismo*, o *contextualismo* e o *consequencialismo*<sup>69</sup>. Diego Werneck Arguelhes e Fernando Leal assinalam que o *pragmatismo jurídico* é “entendido como uma concepção que atribui às consequências

<sup>64</sup> TORRES, Ricardo Lobo. O consequencialismo e a modulação dos efeitos das decisões do supremo tribunal federal. **Revista Direito Tributário Atual**, [S. l.], n. 24, 2010, p. 439.

<sup>65</sup> VIARO, Felipe Albertini Nani. Consequencialismo e decisão judicial. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva et al. **Consequencialismo no Poder Judiciário**. Indaiatuba: Foco, 2019, p. 76.

<sup>66</sup> SANTOS, Maike Wile dos. **Levando as consequências a sério: direito, racionalidade e consequencialismo**. USP, São Paulo, 2020, p. 62.

<sup>67</sup> DIAS, Daniela Gueiros. **Consequencialismo judicial no direito tributário brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Tributário, 2021, 28-29.

<sup>68</sup> ABOUD, Georges. Modulação de efeitos como categoria consequencialista: das funções tradicionais às contemporâneas. **Suprema - Revista de Estudos Constitucionais**, Brasília, v. 1, n. 2, jul./dez. 2021, p. 366.

<sup>69</sup> POGREBINSCHI, Thamy; EISENBERG, José. Pragmatismo, direito e política. **Revista Novos Estudos Cebrap**, n. 62, mar. 2002, p. 109.

práticas das decisões judiciais um peso decisivo na atuação dos juízes”<sup>70</sup>. Por sua vez, Fábio Martins de Andrade vê “evidente relação de proximidade entre os argumentos consequencialista, pragmático e prático”, dividindo o *argumento pragmático* em *argumento prático* e *argumento consequencialista*<sup>71</sup>. Já para Andréa Magalhães - em ensaio sobre a *jurisprudência da crise*, que se orienta pela matriz teórica do *pragmatismo jurídico*<sup>72</sup> - o *consequencialismo* - que “conduz qualquer investigação com os olhos voltados para o futuro, por meio de uma antecipação prognóstica”<sup>73</sup> - não se confunde com o *pragmatismo*, pois este abrangeria aquele<sup>74</sup>. No ensaio da autora, o *consequencialismo jurídico* - ao lado da *análise de custo-benefício* e da *razoabilidade* - compõe a metodologia adotada pela *jurisprudência da crise*<sup>75</sup>. Vê-se que uma precisa distinção entre *pragmatismo jurídico* e *consequencialismo* é um “problema conceitual verdadeiramente espinhoso”<sup>76</sup>, dada a largueza com que o adjetivo “pragmático” é utilizado, “abrangendo idéias e propostas que dificilmente se reconheceriam lado a lado”<sup>77</sup>.

A partir desse apanhado doutrinário, se percebe que no âmbito jurídico, a depender da abordagem e do autor, *consequencialismo* pode ser: um termo equivalente a *pragmatismo*; um dos elementos essenciais do *pragmatismo*; ou, um dos métodos da *jurisprudência da crise*, que, por sua vez, se vale da matriz teórica do *pragmatismo*. Portanto, para o escopo deste trabalho, faz-se necessário delimitar: i) em que acepção será adotada a expressão *consequencialismo jurídico*; ii) de quais *consequências* se estará tratando; e, por fim, quais são *argumentos* que as corroboram. E isso será feito no tópico seguinte.

---

<sup>70</sup> ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [meta] teoria normativa da decisão judicial: caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 173.

<sup>71</sup> ANDRADE, Fábio Martins de. **O argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico e a modulação temporal dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária**. UERJ, Rio de Janeiro, 2010, p. 61.

<sup>72</sup> MAGALHÃES, Andréa. **Jurisprudência da crise: uma perspectiva pragmática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 12.

<sup>73</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>75</sup> *Ibidem*, p. 210.

<sup>76</sup> ARGUELHES, *Opus citatum*, p. 192.

<sup>77</sup> *Ibidem*, p. 209.

### 3.1.2 Consequencialismo jurídicos: consequências e argumentos

Uma primeira distinção quanto ao *consequencialismo jurídico* diz respeito à força desses perante argumentos rivais não-consequencialistas, “reconduzíveis ao ordenamento jurídico”<sup>78</sup>, ou seja, dizem respeito à “prioridade atribuída à valoração de consequências no juízo de adequação de uma determinada decisão judicante”<sup>79</sup>: *forte*, quando sempre tiverem prioridade sobre os demais, por trazerem as melhores consequências; *residual*, quando, diante dos outros igualmente equivalentes, funcionarem como “critério de desempate”, por apresentarem as melhores consequências; e *fraco*, quando, por melhores que forem as consequências, não prevalecerem, necessariamente, sobre os outros, tendo “peso no *máximo* igual” aos argumentos rivais. Outra distinção importante, desenvolvida por Schuartz, refere-se ao uso do *consequencialismo jurídico*, tendo como foco a própria decisão, em que é: de *primeira ordem*, quanto às “decisões de casos específicos”; e de *segunda ordem*, quando se tratar de “decisões sobre decisão, no sentido em que se centram sobre a fixação das estratégias de decisão capazes de reduzir os problemas gerais vinculados a decisões de casos específicos”<sup>80</sup>. Daniela Gueiros Dias assinala que no *consequencialismo de primeira ordem* os “argumentos consequencialistas são utilizados para atribuir sentido aos dispositivos normativos ou para aplicar uma norma (ou, ainda, afastar sua aplicação) em uma situação concreta”, enquanto o *consequencialismo de segunda ordem* é “uma espécie de estratégia de decisão” que “fornece razões para a adoção de uma determinada postura interpretativa e aplicativa pelo julgador”. Para a autora:

Por meio da expressão "consequencialismo de primeira ordem", pode-se fazer referência a dois fenômenos distintos no âmbito jurídico cujo traço comum é a utilização de argumentos consequencialistas, entendidos aqui como argumentos que apelam às consequências externas às normas. Em primeiro lugar, pode-se fazer referência ao consequencialismo enquanto método de interpretação dos dispositivos normativos, isto é, enquanto método para atribuição de sentido aos textos normativos. Em segundo lugar, pode-se fazer referência ao consequencialismo enquanto método de aplicação das normas do ordenamento jurídico. Nessa situação, não se discute o sentido do texto normativo, mas a aplicação da norma jurídica a uma situação concreta.<sup>81</sup>

<sup>78</sup> DIAS, Daniela Gueiros. **Consequencialismo judicial no direito tributário brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Tributário, 2021, 28-29.

<sup>79</sup> SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. **Revista de Direito Administrativo**, vol. 248. Atlas, 2008, p. 130-131.

<sup>80</sup> *Ibidem*, p. 199.

<sup>81</sup> DIAS, *Opus citatum*, p. 31.

Já quanto aos *argumentos jurídicos*, vale resgatar, dado o pioneirismo do trabalho<sup>82</sup>, a categorização feita por Humberto Ávila, sob o ponto de vista de suas equivalências jurídicas. O autor primeiro classifica os argumentos em dois grandes grupos - *argumentos institucionais* e *argumentos não-institucionais*. *Institucionais* são os argumentos que “têm como ponto de referência o ordenamento jurídico” e, em decorrência disso, são dotados de “maior capacidade de objetivação”; já os *não-institucionais*, decorrem “apenas do apelo ao sentimento de justiça que a própria interpretação eventualmente evoca”, possuindo, por sua vez, “menor capacidade de objetivação”<sup>83</sup>. Em tempo: por argumentos “práticos” ou *não-institucionais*, conforme já exposto, pode-se entender *argumentos pragmáticos* ou *consequencialistas*<sup>84</sup>. Então, para o escopo deste trabalho, dentro dessa categorização, importam os *argumentos não-institucionais*, vez que:

Os argumentos não-institucionais não fazem referência aos modos institucionais de existência do Direito. Eles fazem apelo a qualquer outro elemento que não o próprio ordenamento jurídico. São argumentos meramente práticos que dependem de um julgamento, feito pelo próprio intérprete, sob pontos de vista econômicos, políticos e/ou éticos.<sup>85</sup>

Quanto às *consequências jurídicas*, no âmbito do *consequencialismo jurídico*, Tathiane dos Santos Piscitelli, sob o ponto de vista do resultado da decisão, as divide em *fáticas* e *lógicas*<sup>86</sup>. São *consequências fáticas* os “resultados causais provenientes da solução jurídica adotada”<sup>87</sup>, que, por serem imprevisíveis, não podem constituir o fundamento racional de uma decisão. Já as *consequências lógicas* decorrem da natureza intrínseca das decisões judiciais (natureza previsível e “implicacional”, do tipo *se-então*), que, como normas jurídicas, são “estruturadas em antecedente e consequente: dada a realização (jurídica) do fato F, deve ser a consequência C”<sup>88</sup>, materializada por meio do ato decisório.

---

<sup>82</sup> ARGUELHES, Diego Werneck. **Argumentação consequencialista e estado de direito: subsídios para uma compatibilização**, 2005, p. 1.

<sup>83</sup> ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 19, mar. 2001, p. 161.

<sup>84</sup> ANDRADE, Fábio Martins de. **O argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico e a modulação temporal dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária**. UERJ, Rio de Janeiro, 2010, p. 66.

<sup>85</sup> ÁVILA, *Opus citatum*, p. 169.

<sup>86</sup> PISCITELLI, Tathiane dos Santos. **Argumentando pelas consequências no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2011, p. 21.

<sup>87</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>88</sup> *Ibidem*, p. 23.

Daniela Dias Gueiros propõe, no âmbito jurídico, uma categorização mais abrangente, distinguindo as *consequências* quanto à sua posição em relação ao objeto de referência (norma ou ordenamento jurídico); ou seja, as consequências em relação i) à norma isoladamente considerada (consequências *internas ou externas* da norma) e ii) ao ordenamento jurídico como um todo (consequências *jurídicas ou extrajurídicas*). São *consequências internas* da norma aquelas prescritas em sua estrutura lógica, sendo do tipo “se P, então Q”, quando se tratar de regras - onde “Q é a consequência jurídica que decorre da satisfação do antecedente P” -, ou “para Q, então P”, quando se tratar de princípios - onde “P é a consequência jurídica que prescreve a adoção de um meio para promoção do estado ideal Q”<sup>89</sup>; de outro lado, as *consequências externas* da norma referem-se “aos efeitos ou às implicações, jurídicas ou extrajurídicas, decorrentes da aplicação do consequente normativo em um determinado caso concreto”<sup>90</sup> e - caso constituam elemento prevalente na tomada de decisão pelo interprete ou aplicador - implicam a modificação da estrutura lógica da norma, já que nela serão introduzidos novos elementos (efeitos ou implicações decorrentes da aplicação do consequente normativo) não previstos pelo legislador. Por sua vez, são *consequências jurídicas* os efeitos e implicações irradiados pela decisão dentro do próprio ordenamento jurídico, quando da aplicação da norma ao caso concreto, mas, que - se tal norma for universalizável/universalizada - servirá “como fundamento para justificar decisões em futuros casos semelhantes”; de outro modo, as *consequências extrajurídicas* dizem respeito “aos efeitos ou às implicações da adoção da decisão judicial para fora do ordenamento jurídico”, isto é, “ao comportamento que seria esperado dos indivíduos, das instituições, das pessoas jurídicas, dos mercados, entre outros agentes, se uma determinada decisão fosse adotada” e “baseiam-se em uma série de premissas a respeito de como uma decisão poderia afetar a ação de diversos grupos, indivíduos e mesmo de agentes do Estado”<sup>91</sup>. De forma resumida: as *consequências internas*, “por comporem a sua própria estrutura, são inerentes a toda e qualquer norma de ordenamento jurídico”; as *consequências externas* “dizem respeito aos efeitos ou implicações [...] casualmente decorrentes da aplicação da norma a um caso concreto”, podendo se desdobrarem

---

<sup>89</sup> DIAS, Daniela Gueiros. **Consequencialismo judicial no Direito Tributário brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Tributário, 2021, p. 50.

<sup>90</sup> *Ibidem*, p. 52.

<sup>91</sup> *Ibidem*, p. 54-55.

em *consequências jurídicas*, “quando o elemento a ser considerado pelo julgador relacionar-se com outras normas do ordenamento, e disserem respeito à aceitabilidade da universalização”, e *consequências extrajurídicas*, “quando o elemento a ser considerado pelo julgador não puder ser reconduzido ao ordenamento”, sendo o caso das “consequências econômicas, sociais e institucionais”<sup>92</sup>.

Essas diversas formas de categorização no âmbito do *consequencialismo jurídico* - seja quanto às consequências da decisão, seja quanto aos argumentos que a fundamentam – são importantes no sentido de nortear a análise de sua adoção frente aos limites impostos pelo ordenamento jurídico e às limitações enquanto técnica jurídica dentro da teoria da decisão. No próximo tópico serão trazidos, a título exemplificativo, algumas posições doutrinárias a esse respeito.

### 3.2 Limites jurídicos e limitações técnicas quanto ao uso de argumentos consequencialistas

Pesquisa da Associação dos Magistrados do Brasil mostrou que em uma década - entre 2005 e 2015 - o percentual de magistrados de 2º grau que demonstravam “preocupação com repercussão econômica de suas decisões” saltou de 34,1% pra 58%, um aumento expressivo de 70%<sup>93,94</sup>. Somando-se a isso, o arcabouço normativo infraconstitucional brasileiro passou a contemplar expressamente dispositivos *consequencialistas* - a partir de 2015 e 2018, respectivamente - no Código de Processo Civil (CPC)<sup>95</sup> e na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)<sup>96</sup>, como será desenvolvido no próximo capítulo. Dessa forma, por não ser uma “unanimidade nacional”, é pertinente trazer algumas limitações, ou delimitações,

---

<sup>92</sup> DIAS, Daniela Gueiros. **Consequencialismo judicial no Direito Tributário brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Tributário, 2021, p. 58.

<sup>93</sup> ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [meta] teoria normativa da decisão judicial: caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 172.

<sup>94</sup> MAGALHÃES, Andréa. **Jurisprudência da crise: uma perspectiva pragmática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 24.

<sup>95</sup> ABOUD, Georges. Modulação de efeitos como categoria consequencialista: das funções tradicionais às contemporâneas. **Suprema - Revista de Estudos Constitucionais**, Brasília, v. 1, n. 2, jul./dez. 2021, p. 375.

<sup>96</sup> SANTOLIM, Cesar. Ainda sobre a Lei nº 13.655/2018: sobre compatibilizar deontologismo e consequencialismo. **Revista Eletrônica do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul**, Edição Especial 30 anos da Constituição Estadual, Porto Alegre, 2019, p. 163.

doutrinárias sobre do emprego de *argumentos consequencialistas* no âmbito jurídico brasileiro. Nas palavras de Humberto Ávila:

[...] a consideração das consequências, se admitida, deveria ser antecedida de uma série de indagações, como as seguintes: Consequências com relação a quê – às regras (quais?), aos princípios (quais?) ou ao conjunto de regras e de princípios (em que medida e com base em qual perspectiva)? Consequências medidas de que modo? Consequências em que sentido – fático, normativo, valorativo? Consequências em relação a qual período – ontem, hoje, amanhã? Consequências para quem – para os destinatários, para o Estado, para a sociedade? Essas indagações, às quais poderiam ser somadas outras, apenas indicam que a avaliação das consequências de uma decisão é só aparentemente isenta de controvérsias.<sup>97</sup>

Dito isso e diante do quadro já apontado no final do tópico 2.1.3 ([...] *deslocamento da teoria da norma para a teoria da decisão – em que, em vez de estudar/explicar “o que são as normas”, passa-se a estudar/explicar “o que fazem os juristas”* [...]), faz-se necessário pautar:

[...] a discussão da fundamentação da argumentação e do uso de argumentos [...] em termos de sua *legitimação*: ou o reconhecimento, ao fim e ao cabo, de que a força dos argumentos esbarra numa vontade instituidora como legítima: a vontade discricionária do juiz; ou o reconhecimento de que determinados atos argumentativos constituem atos respaldados em pontos de vistas institucionais que põem limites àquela discricionariedade: os princípios. [...] Essa discussão tem a ver, em sede de teoria da argumentação, com a chamada ponderação de princípios.<sup>98</sup>

[...] embora a argumentação de princípios como teoria da argumentação represente um importante resgate da moral para a aplicação do direito, ela representa também, por conta de certa indeterminação de conteúdo [...] um risco para a segurança jurídica. [...] Daí a importância, a avaliação da força argumentativa dos princípios, de uma organização mínima dos argumentos jurídicos em face da hipótese de uma decisão justa.<sup>99</sup>

Nessa linha da necessidade de discussão, a seguir são apresentadas algumas posições, nem sempre coincidentes.

Ives Gandra Martins, ao associar o *consequencialismo* ao *neoconstitucionalismo*, lembra que ambos “geram uma politização do Judiciário que, não poucas vezes, invade competências próprias de outros poderes, com a judicialização da política”<sup>100</sup> e opina pela não compatibilidade do *consequencialismo*

<sup>97</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 561.

<sup>98</sup> FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 305.

<sup>99</sup> *Ibidem*, p. 308.

<sup>100</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva. Consequencialismo jurídico e a Constituição de 1988. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva et al. **Consequencialismo no Poder Judiciário**. Indaiatuba: Foco, 2019, p. 18.

*jurídico* com a Constituição Brasileira<sup>101</sup>. De forma oposta, Ricardo Lobos Torres sustenta que o *consequencialismo* fundamenta-se no próprio sistema jurídico e no “Estado Ponderador” - “que pondera permanentemente entre valores e princípios jurídicos, seja no momento da legitimação do ordenamento, seja no da aplicação do direito, inclusive na via da judicialização das políticas públicas”<sup>102</sup>; porém, o autor adverte que a adoção de *argumentos consequencialistas* ao Estado de Direito, ao sistema jurídico e à separação dos poderes.

Daniel Sarmiento defende que, enquanto poder político, “o Judiciário não pode furtar-se à responsabilidade sobre as conseqüências dos seus julgados, invocando o mote ultrapassado do *fiat justitia et pereat mundus*”<sup>103</sup>. Entretanto, pondera Humberto Ávila que os “argumentos não-institucionais ou meramente práticos nem mesmo indiretamente fazem referência à força vinculativa do Poder Legislativo; eles não se deixam reconduzir, por conseqüência, aos princípios imanentes ao Estado Democrático de Direito” e, nesse sentido:

Os argumentos não-institucionais, ao invés de permitirem um debate objetivamente concebível, apóiam-se exclusivamente em opiniões subjetivas e individuais, contrapondo-se, portanto, às exigências de racionalidade e de determinabilidade da argumentação, ínsitas ao princípio do Estado Democrático de Direito.<sup>104</sup>

Desenvolvendo a pertinência e o cabimento dos *argumentos não-institucionais*, Ana Paula Ávila aponta que os “argumentos pragmáticos ou consequencialistas têm uma força meramente cumulativa, no sentido de que somente podem ser utilizados quando fluírem na mesma direção dos argumentos institucionais, a título de *reforço*”<sup>105</sup>. Nessa mesma linha, Fábio Martins de Andrade corrobora a subsidiariedade dos *argumentos não-institucionais*, nos seguintes termos:

Daí que o argumento pragmático ou consequencialista – ou, na lição de Ávila, “prático” ou “não-institucional” – deve ser, dentre os diversos grupos de

<sup>101</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva. Consequencialismo jurídico e a Constituição de 1988. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva et al. **Consequencialismo no Poder Judiciário**. Indaiatuba: Foco, 2019, p. 27.

<sup>102</sup> TORRES, Ricardo Lobo. O Consequencialismo e a modulação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal. **Revista Direito Tributário Atual**, [S. l.], n. 24, 2010, p. 440-440.

<sup>103</sup> SARMENTO, Daniel. Eficácia temporal do controle de constitucionalidade das leis. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 212, 1998, p. 36.

<sup>104</sup> ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 19, mar. 2001, p. 175.

<sup>105</sup> ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 120.

argumentos disponíveis para o intérprete no seu exercício, o último e de menor peso na interpretação jurídica que se pretenda séria e adequada aos princípios constitucionais estabelecidos no nosso Estado Democrático de Direito. Na esteira dessas lições, Ana Paula Ávila atribui a tais argumentos força meramente “cumulativa, no sentido de que somente podem ser utilizados quando fluírem na mesma direção dos argumentos institucionais, a título de reforço”.<sup>106</sup>

[...]

É necessário que o argumento pragmático ou consequencialista atenda de modo cumulativo as três condições colocadas. Deve ser considerado de modo explícito, capaz de corroborar ou suplementar ou reforçar os argumentos jurídicos centrais que sustentam a decisão judicial e ser fundamentado em sede constitucional de maneira clara.<sup>107</sup>

[...]

Ao reverso, a decisão judicial será flagrantemente ilegítima se o argumento pragmático ou consequencialista em tela NÃO for: considerado de modo explícito, mas apenas de maneira implícita ou camuflada; capaz de corroborar ou suplementar ou reforçar os argumentos jurídicos centrais que sustentam a decisão judicial, isto é, tenha sido computado sozinho na referida decisão; e fundamentado em sede constitucional de maneira clara.<sup>108</sup>

Andréa Magalhães, defendendo o uso do *consequencialismo fraco* em detrimento do *consequencialismo forte* (conforme classificação de Luís Fernando Schuartz), ressalta a complexidade da análise de consequência - uma vez que “compreende aspectos econômicos e extrapatrimoniais, além dos efeitos da decisão na segurança jurídica, previsibilidade e *accountability*”<sup>109</sup> - e arremata:

A concepção de que, dentre todos os instrumentos jurídicos de que possa se valer o intérprete, apenas o consequencialista seria digno de prestígio, desvaloriza os demais métodos hermenêuticos, assim como o próprio intérprete e o contexto.

A hipótese pode ser rechaçada também por meio da teoria das capacidades institucionais. O caráter empírico e contingente das capacidades institucionais impede que as respostas para as questões relacionadas a métodos e posturas mais adequadas de decisão tenham um viés único. Ao contrário, em razão de sua inevitável dimensão contextual ou circunstancial, só podem ser fixadas em arranjos institucionais e momentos específicos.<sup>110</sup>

Por fim, para Tathiana dos Santos Piscitelli um *argumento consequencialista* válido é aquele que deve “tratar da aceitabilidade da aplicação universal da decisão”<sup>111</sup>

<sup>106</sup> ANDRADE, Fábio Martins de. **O argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico e a modulação temporal dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária**. UERJ, Rio de Janeiro, 2010, p. 66.

<sup>107</sup> *Ibidem*, p. 309.

<sup>108</sup> *Ibidem*, p. 117.

<sup>109</sup> MAGALHÃES, Andréa. **Jurisprudência da crise: uma perspectiva pragmática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 17.

<sup>110</sup> *Ibidem*, p. 227.

<sup>111</sup> PISCITELLI, Tathiane dos Santos. **Argumentando pelas consequências no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2011, p. 32.

cujas *consequências* “devem ser testadas perante os valores relevantes para a área do direito em que a discussão se estabeleceu”<sup>112</sup>, não devendo tal decisão subverter esses valores. De outra forma, Andréa Dias Gueiros assevera que o *consequencialismo jurídico* - enquanto “método de interpretação dos dispositivos e aplicação das normas”, ou seja, *consequencialismo de primeira ordem* -, “não encontra fundamento no ordenamento jurídico”<sup>113</sup> e a consideração de *consequências extrajurídicas* no processo decisório é problemática devido às incertezas inerentes à “determinação da extensão das consequências que devem ser levadas em conta por juízes e tribunais” e ao “critério utilizado para determinar quais consequências são relevantes e para demonstrar que tais consequências se vinculam causalmente com a decisão tomada”<sup>114</sup>. Prossegue a autora:

Esses problemas, aos quais outros poderiam ser somados, evidenciam que a consideração das consequências extrajurídicas na tomada de decisões judiciais confere a juízes e tribunais uma grande margem de arbitrariedade, na medida em que não fornecem elementos suficientes claros, objetivos e previsíveis a serem utilizados na justificativa de decisões. A introdução de elementos externos ao ordenamento jurídico, impassíveis de controle intersubjetivo, impede os cidadãos de verificarem se a decisão tomada decorre do ordenamento jurídico ou, ao revés, é fruto de capricho e arbitrariedades do intérprete e aplicador.<sup>115</sup>

Esse apanhado de posições doutrinárias - às vezes coincidentes, outras vezes discordantes - foi trazido, sem a pretensão de ser exaustivo e esgotar o assunto, com o intuito de evidenciar que no âmbito do *consequencialismo jurídico* se está muito longe dos “consensos acadêmicos” e das “posições doutrinárias majoritárias” e que, por isso, há muito a avançar em seu estudo e sistematização, tanto sob o enfoque<sup>116</sup> zetético, especulativo - questionando conceitos básicas, premissas e princípios -, quando dogmático, prescritivo - de forma permitir a comunicação, viabilizar a decisão e orientar ação daqueles que lidam com o direito.

No próximo capítulo será abordado como o *consequencialismo jurídico* foi assimilado no ordenamento jurídico brasileiro, destacando-se a *modulação temporal*

<sup>112</sup> PISCITELLI, Tathiane dos Santos. **Argumentando pelas consequências no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2011, p. 120.

<sup>113</sup> DIAS, Daniela Gueiros. **Consequencialismo judicial no Direito Tributário brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Tributário, 2021, p. 197.

<sup>114</sup> *Ibidem*, p. 56-57.

<sup>115</sup> *Ibidem*, p. 57-58.

<sup>116</sup> FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 18-22.

*dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade*, principalmente no contexto do direito tributário.

#### 4 MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DA DECISÃO

A modulação de efeitos temporais na declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos (daqui para frente referenciada simplesmente como *modulação temporal*) é amplamente aceita como expressão do *consequencialismo jurídico*<sup>117</sup>. Com efeito, a *modulação temporal* foi positivada no jurídico brasileiro em 1999 – de forma expressa e conferindo ao STF “um poder sem precedentes no direito brasileiro”<sup>118</sup> –, por meio do art. 27 da Lei n. 9.868/99<sup>119</sup> - que “[d]ispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal” -, nos seguintes termos:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de **excepcional interesse social**, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.<sup>120</sup> (*grifos nossos*)

A expressão “tendo em vista razões de” introduz os requisitos materiais<sup>121</sup> (“segurança jurídica” e “excepcional interesse social”) da *modulação temporal* e denota, de forma inequívoca, seu caráter *consequencialista*. Senão, veja-se: se além das consequências estritamente jurídicas e internas da norma aplicável ao caso *sub judice*, outras razões, possivelmente até extrajurídicas, inseridas no escopo de “segurança jurídica” e “excepcional interesse social”, tiverem que ser consideradas,

<sup>117</sup> cf.: TORRES, Ricardo Lobo. O consequencialismo e a modulação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal. **Revista Direito Tributário Atual**, [S. l.], n. 24, 2010, p. 442: “*Diversos são os casos nos quais o STF aplicou a técnica da modulação com base em argumentos consequencialistas, principalmente após a mudança da sua composição a partir de 2003*”; LEAL, Fernando Ângelo Ribeiro; DIAS, Daniela Gueiros. Consequencialismo judicial na modulação de efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade nos julgamentos de direito tributário. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 7, pp. 818-843, 2017, p. 828: “*A modulação, também, demanda dos ministros uma argumentação consequencialista por uma segunda razão, relativa à estrutura das normas*”; ABOUD, Georges. Modulação de efeitos como categoria consequencialista: das funções tradicionais às contemporâneas. **Suprema - Revista de Estudos Constitucionais**, Brasília, v. 1, n. 2, jul./dez. 2021, p. 374: “[...] *a própria modulação configura como categoria intrinsecamente consequencialista*”; ANDRADE, José Maria Arruda de. Consequencialismo e argumento de risco fiscal na modulação de efeitos em matéria tributária. **Revista de Direito Tributário Atual**, n. 40, p. 472-488, 2018.

<sup>118</sup> ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 62.

<sup>119</sup> TORRES, Ricardo Lobo. O consequencialismo e a modulação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal. **Revista Direito Tributário Atual**, [S. l.], n. 24, 2010, p. 455.

<sup>120</sup> BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**.

<sup>121</sup> ÁVILA, *Opus citatum*, p. 61.

estar-se-á, conforme exposto nos capítulos anteriores, diante do fenômeno do *consequencialismo jurídico*.

Nesse sentido, vale reproduzir, a título de síntese, a posição de Fábio Martins de Andrade, para quem o “argumento pragmático ou consequencialista anda necessariamente de mão dada ou lado a lado com a modulação dos efeitos das decisões judiciais”:

De fato, enquanto na decisão judicial de mérito o levantamento das conseqüências pode ser vislumbrado em algumas situações (como seu exaurimento), aqui, quando cuidamos da parte da decisão relacionada à modulação dos seus efeitos, provavelmente ela virá acompanhada do levantamento das conseqüências. O consequencialismo presta-se a fundamentar a possível modulação dos efeitos das decisões judiciais. Daí porque, na regra que propomos, já admitimos que na modulação dos efeitos da decisão judicial consideram-se as suas conseqüências.<sup>122</sup>

Tendo a *modulação temporal* como ponto focal, pretende-se neste capítulo abordar como o *consequencialismo jurídico* foi incorporado – positivado infraconstitucionalmente e irradiado - no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse processo de incorporação, o “dogma” da *nulidade da lei inconstitucional* teve que ser “superado”; após o que, houve progressivo processo de aceitação e ampliação jurisprudencial do cabimento da *modulação temporal* na apreciação de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal – STF para, em uma década e pouco, repercutir, primeiro, no CPC e, depois, na LINDB.

É disso que tratará os tópicos a seguir.

#### **4.1 Das primeiras tentativas à “superação do dogma da nulidade”**

Em que pese a introdução da *modulação temporal* ter sido feita quase na alvorada do século XXI, a prevalência da eficácia *ex tunc* e a progressiva aceitabilidade da eficácia *ex nunc* em decisões proferidas no âmbito do STF já eram debatidas desde meados do século XX. Influenciado pelo modelo norte-americano de controle de constitucionalidade, no Brasil imperou, durante todo o século XX, o *dogma*

---

<sup>122</sup> ANDRADE, Fábio Martins de. **O argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico e a modulação temporal dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária**. UERJ, Rio de Janeiro, 2010, p. 310.

da nulidade da lei inconstitucional<sup>123,124</sup>. Nesse sentido, Daniel Sarmento - em 1998, um pouco antes, porém, de introduzida a *modulação temporal* por meio do art. 27 da Lei n. 9.868/99 - disse:

[...] a doutrina e jurisprudência pátrias reconhecem, com raras vozes discrepantes, o caráter declaratório e retroativo das referidas decisões, nele vislumbrando um verdadeiro princípio constitucional implícito. No Brasil, a decisão de inconstitucionalidade não se limita a desconstituir a norma contrária à Constituição, mas pronuncia a sua invalidade *ab initio*. Neste ponto, o Direito pátrio filiou-se à doutrina norte-americana da *judicial review*, firmada desde o julgamento do caso *Marbury vs. Madison*, em 1803.<sup>125</sup>

Do ponto de vista doutrinário, Ricardo Lobo Torres – citando Rui Barbosa, Francisco Campos e Alfredo Buzaid, entre outros – afirma que a doutrina brasileira, sob a influência do constitucionalismo clássico norte-americano, sempre entendeu, “mesmo sob a égide das Cartas anteriores, que a declaração de inconstitucionalidade opera *ex tunc*”<sup>126</sup>. Tal concepção, fundada no “the unconstitutional statute is not law at all”, impõe o “desfazimento no tempo de todos os atos passíveis de retroação que tivessem ocorrido durante a vigência do ato inconstitucional”<sup>127</sup>, por meio de uma decisão declaratória<sup>128</sup>. Todavia, a despeito da hegemonia do *dogma da nulidade*, o sistema austríaco de constitucionalidade, de concepção *kelseniana*, propugnando que o ato inconstitucional não é nulo, mas, sim, anulável, com eficácia *ex nunc*, começou a ecoar entre doutrinadores nacionais, conforme lembra Ana Paula Ávila:

A ideia do desfazimento do ato inconstitucional com eficácia *ex nunc* centra a discussão no campo das anulabilidades, no qual já não se considera a norma inconstitucional como um ato nulo *ab initio* e nem a decisão que proclama o defeito como declaratória. Tem-se o ato normativo como existente, e a decisão que o desfaz como constitutiva negativa. Essa é a concepção que Hans Kelsen fez vingar no sistema de controle de constitucionalidade austríaco e tem conquistado diversos adeptos entre os publicistas nacionais.<sup>129</sup>

<sup>123</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. A nulidade da lei inconstitucional e seus efeitos. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 11, nº. 11, 1996, p. 97.

<sup>124</sup> ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 37 e 45.

<sup>125</sup> SARMENTO, Daniel. Eficácia temporal do controle de constitucionalidade das leis. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 212, 1998, p. 27.

<sup>126</sup> TORRES, Ricardo Lobo. O consequencialismo e a modulação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal. **Revista Direito Tributário Atual**, [S. l.], n. 24, 2010, p. 450.

<sup>127</sup> ÁVILA, *Opus citatum*, p. 38.

<sup>128</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. UFRGS, 2000, p. 48.

<sup>129</sup> ÁVILA, *Opus citatum*, p. 41.

Já do ponto de vista jurisprudencial, Ana Paula Ávila sustenta que a nulidade da lei inconstitucional foi alçada à condição de dogma no ordenamento jurídico brasileiro – e assim mantida – pela jurisprudência do STF<sup>130</sup> que se estabeleceu ao longo da segunda metade do século XX. Entretanto, ressalva a autora, mesmo durante a prevalência desse dogma – com a mudança operada no direito norte-americano, a partir de 1965, a partir do *leading case Linkletter vs. Walker*<sup>131</sup> – no âmbito do próprio STF começou a haver “dissidência por parte de adeptos da tese da anulabilidade do ato inconstitucional”<sup>132</sup>. Nesse sentido, vale destacar o “status quaestionis” do debate no STF nesse período:

- 1959, Recurso em Mandado de Segurança n. 6.669, Tribunal Pleno do STF, em 21/08/1959:

Ao fazer um paralelo com caso semelhante, o relator Ministro Luiz Gallotti, afirmou que vários representantes dos Estados apontavam para as ‘gravíssimas consequências para a Fazenda dos Estados’ na hipótese de eventual decisão a eles desfavorável. No entanto, o mesmo Ministro foi enfático ao sustentar que, ‘não cabe este argumento *ad terrorem*, mas porque nos convencemos de que tinham razão, vieram os Estados a ser vencedores, livrando-se inclusive de restituições que montariam a bilhões de cruzeiros’.<sup>133</sup>

- 1974, Recurso Extraordinário n. 78.594/SP, Segunda Turma do STF, em 07/06/1974:

O Ministro Bilac Pinto observou que a inconstitucionalidade pronunciada por via de ação não pode ter os seus efeitos ‘sintetizados numa regra única, que seja válida para todos os casos. A natureza civil ou penal da lei, por exemplo, tem importantes conseqüências na conceituação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade’.<sup>134</sup>

- 1977, Recurso Extraordinário n. 79.343/BA, Segunda Turma do STF, em 31/05/1977:

---

<sup>130</sup> ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 47.

<sup>131</sup> *Ibidem*, p. 39.

<sup>132</sup> *Ibidem*, p. 41.

<sup>133</sup> DIAS, Daniela Gueiros. **Consequencialismo judicial no direito tributário brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Tributário, 2021, p. 19-21.

<sup>134</sup> TORRES, Ricardo Lobo. O consequentialismo e a modulação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal. **Revista Direito Tributário Atual**, [S. l.], n. 24, 2010, p. 451.

Nesse sentido, desde 1977, já se falava em produções de efeitos das normas as quais não podiam ser ignoradas pelo Supremo Tribunal Federal. O ministro Leitão de Abreu, no RE 79343, afirma: '[t]enho que procede a tese de que a lei inconstitucional é um fato eficaz, ao menos antes da determinação da inconstitucionalidade, podendo ter consequências que não é lícito ignorar'.<sup>135</sup>

- 1981, Recurso Extraordinário n. 93.356/MT, Segunda Turma do STF, em 24/03/1981:

[...] o Min. Leitão de Abreu asseverou a necessidade de esse dogma [da nulidade do ato normativo inconstitucional] sofrer algum temperamento, forte no fundamento de que '(...) a lei inconstitucional é um ato eficaz, ao menos antes da determinação da inconstitucionalidade, podendo ter consequências que não é lícito ignorar. A tutela da boa-fé exige que, em determinadas circunstâncias, notadamente quando sob a lei ainda não declarada inconstitucional, se estabelecerem relações entre o particular e o poder público, se apure, prudencialmente, até que ponto a retroatividade da decisão, que decreta a inconstitucionalidade, pode atingir, prejudicando o agente que teve por legítimo o ato e, fundado nele, operou na presunção de que estava procedendo sob o amparo do direito objetivo'.<sup>136</sup>

- 1992, Questão de Ordem na ADI n. 652/MA, Segunda Turma do STF, em 22/04/1992:

Foi a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que alçou a nulidade da lei inconstitucional à condição de dogma, pacificando a necessidade de retroação dos efeitos da decisão na sua jurisprudência, ao considerar que '(...) atos inconstitucionais são, por si mesmo, nulos e destituídos, em consequência, de qualquer carga de eficácia jurídica. (...) A declaração de inconstitucionalidade de uma lei alcança, inclusive, atos pretéritos com base nela praticados, eis que o reconhecimento desse supremo vício jurídico, que inquina de total nulidade os atos emanados do Poder Público, desampara as situações sob sua égide e inibe – ante sua inaptidão para produzir efeitos jurídicos válidos – a possibilidade de invocação de qualquer direito'.<sup>137</sup>

- 1994, Recurso Extraordinário n. 122.202, Segunda Turma do STF, em 08/04/1994:

Em acórdão recém-publicado, o Supremo Tribunal Federal vem de afirmar que a retribuição de servidor público declarada inconstitucional não é de ser devolvida no período da validade inquestionada da lei, [...]. Anteriormente já havia o Supremo Tribunal concluído que 'a irredutibilidade dos vencimentos dos magistrados garante, sobretudo, o direito que já nasceu e que não pode ser suprimido sem que sejam diminuídas as prerrogativas

<sup>135</sup> LEAL, Fernando; DIAS, Daniela Gueiros. Consequencialismo judicial na modulação de efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade nos julgamentos de direito tributário. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 7, 2017, p. 826.

<sup>136</sup> ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 47-48.

<sup>137</sup> *Ibidem*, p. 47.

que suportam o seu cargo'. Por essa razão, afirmou-se, tal garantia haveria de superar o próprio efeito *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade da norma.<sup>138</sup>

- 1995, ADI n. 1.102-2, Tribunal Pleno do STF, em 05/10/1995:

No julgamento em que foi declarada a inconstitucionalidade da incidência da contribuição social sobre autônomos e empresários, manteve-se o STF fiel à tese da eficácia *ex tunc*, repudiando mais uma vez o argumento do prejuízo do Tesouro. Mas houve divergência de votos. O Ministro Relator Maurício Corrêa, vencido, adotando o parecer do Subprocurador Geral da República Carlos Roberto de Siqueira Castro, antes referido, manifestou-se no sentido de que a decisão deveria ter efeito prospectivo, enquanto os Ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence votaram pela eficácia *ex tunc*.<sup>139</sup>

Vê-se que, paulatinamente, o tal “dogma da nulidade” foi sendo relativizado no âmbito do STF, mesmo antes do advento da Lei n. 9.868, em 1999<sup>140</sup>, ainda que em posições vencidas ou episodicamente vencedoras. Diante disso, há quem sustente até mesmo a desnecessidade desse tipo de regramento permissivo de atuação, ainda mais via infraconstitucional, pois o STF já vinha exercendo, de forma excepcional, o controle da eficácia de suas decisões no âmbito de controle de constitucionalidade.

Essa é a posição de Paulo Roberto Lyrio Pimenta, para quem o dispositivo é inútil:

Parece-nos que esse dispositivo é de grande inutilidade no direito brasileiro, eis que a possibilidade de mitigação da eficácia temporal da pronúncia de inconstitucionalidade encontra-se implicitamente admitida no texto da Constituição, como examinado anteriormente; sendo desnecessária, portanto, a previsão em lei infraconstitucional.<sup>141</sup>

E também de Ana Paula Ávila, para quem o dispositivo representa um enrijecimento:

No entanto, considerando que o Supremo, nas situações excepcionais supracitadas, já fixava os efeitos em caráter prospectivo, o referido art. 27 enrijeceu o regime de atribuição dos efeitos, uma vez que condicionou a

<sup>138</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. A nulidade da lei inconstitucional e seus efeitos. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 11, nº. 11, 1996, p. 97.

<sup>139</sup> TORRES, Ricardo Lobo. O consequencialismo e a modulação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal. **Revista Direito Tributário Atual**, [S. l.], n. 24, 2010, p. 453.

<sup>140</sup> ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 55.

<sup>141</sup> PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Efeitos da decisão de inconstitucionalidade em Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 99.

possibilidade de fixação de efeitos ao preenchimento de requisitos que o próprio dispositivo impõe.<sup>142</sup>

A despeito disso, como será abordado a seguir, em que pese a publicação da Lei nº 9.868 ter viabilizado, por meio de seu art. 27, uma “virada jurisprudencial” quanto à *modulação temporal* - inclusive com ampliação, ao longo de quase duas décadas, de seus pressupostos forais e materiais -, no campo doutrinário esse instituto jurídico continua sendo controvertido, com posições que vão desde a defesa de sua aplicação de forma restrita, em carácter excepcionalíssimo, até acusação de inconstitucionalidade do próprio dispositivo que o veicula (art. 27 da Lei n. 9.868/99).

#### 4.2 A modulação temporal em marcha e seu processo de consolidação

A Lei n. 9.868/99 foi fruto do Projeto de Lei n. 2.960/1997, de autoria do Poder Executivo e de que participaram três juristas que vieram a integrar STF posteriormente: Nelson Jobim, Ministro da Justiça de 1995 a 1997, a quem coube, nessa condição, encaminhar a Exposição dos Motivos do Projeto de Lei à Presidência da República<sup>143</sup> e que integrou o STF de 1997 a 2006; Gilmar Mendes, integrante de comissão de juristas, cujo resultado foi incorporado à Exposição dos Motivos, a quem coube a elaboração da primeira versão do anteprojeto, Advogado-Geral da União de 2000 a 2022 e que integra o STF desde 2002; e Roberto Barroso, que também integrou tal comissão<sup>144</sup> e integra o STF desde 2013<sup>145</sup>.

Tão logo a Lei n. 9.868 tenha entrado em vigor, em 11 de novembro de 1999, o artigo 27 foi objeto de duas ações que questionam sua constitucionalidade; trata-se da ADI n. 2.154, proposta pela Confederação Nacional das Profissões Liberais, cujo processo foi distribuído em 22/02/2000 ao Min. Sepúlveda Pertence; e da ADI n. 2.258, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, sendo o processo distribuído, primeiro, em 04/08/2000 ao Min. Celso de Mello e, redistribuído, por prevenção, em 25/08/2000 ao Min. Sepúlveda Pertence e, apensado em

---

<sup>142</sup> ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 57.

<sup>143</sup> ANDRADE, Fábio Martins de. **O argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico e a modulação temporal dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária**. UERJ, Rio de Janeiro, 2010, p. 200.

<sup>144</sup> SILVA, Guilherme Villas Bôas. **O impacto do argumento financeiro na modulação de efeitos do Supremo Tribunal Federal**. FGV, São Paulo, 2019, p. 13-14.

<sup>145</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Linha sucessória dos Ministros**.

15/09/2000 ao processo da ADI n. 2.154. Em 16/08/2007 o Min. Sepúlveda Pertence (relator) apresentou seu voto, declarando a inconstitucionalidade do art. 27 da Lei n. 9.868/99, por vício formal, vez que tal alteração teria que ser objeto de emenda constitucional, e que, se fosse o caso de apreciação de seu conteúdo, se “ultrapassada a inconstitucionalidade formal, seria necessário dar interpretação conforme ao referido dispositivo, a fim de evitar que sua aplicação pudesse atingir o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido, eventualmente surgidos da inconstitucionalidade da lei”<sup>146</sup>. Na data de pesquisa para esta monografia, 06/08/2022, o julgamento encontra-se suspenso, após sucessivos pedidos de vista:

**Decisão:** Após o voto do Senhor Ministro Sepúlveda Pertence (Relator), que declarava, no ponto, a inconstitucionalidade do artigo 27 da Lei nº 9.868/99, pediu vista dos autos a Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 16.08.2007. (grifo nosso)

**Decisão:** Após o voto-vista da Ministra Cármen Lúcia, que divergia parcialmente do Ministro Sepúlveda Pertence (Relator) e julgava improcedente a ação também em relação ao art. 27 da Lei nº 9.868/1999, no que foi acompanhada pelo Ministro Edson Fachin; e do voto do Ministro Marco Aurélio, que julgava improcedente o pedido no tocante ao veto presidencial aos artigos 17 e 18, parágrafos 1º e 2º, contidos no projeto de lei que resultou na Lei nº 9.868/1999, e procedente quanto ao artigo 27 desta última, o qual declara inconstitucional, pediu vista dos autos o Ministro Alexandre de Moraes. Não votou o Ministro Dias Toffoli, por suceder a cadeira do Ministro Sepúlveda Pertence (Relator). Plenário, Sessão Virtual de 2.10.2020 a 9.10.2020. (grifo nosso)

**Decisão:** Após o voto-vista do Ministro Alexandre de Moraes, e dos votos dos Ministros Ricardo Lewandowski, Rosa Weber e Nunes Marques, que acompanhavam o voto da Ministra Cármen Lúcia, no sentido de julgar improcedentes as ações diretas de inconstitucionalidade n. 2.154 e n. 2.258 também em relação ao art. 27 da Lei nº 9.868/1999, pediu vista dos autos o Ministro Gilmar Mendes. Não votou o Ministro Dias Toffoli, por suceder a cadeira do Ministro Sepúlveda Pertence (Relator). Plenário, Sessão Virtual de 22.10.2021 a 3.11.2021.<sup>147</sup> (grifo nosso)

Do ponto de vista doutrinário, a publicação do art. 27 da Lei n. 9.868/99 não fez arrefecer as críticas à tese da anulabilidade da lei/ato inconstitucional; pelo contrário, fez, sim, acentuá-las - como destaca Esdras Boccato -, indo contra “a existência da modulação de efeito em si considerada até a previsão da modulação de efeitos *pro futuro*, passando por questionamentos quanto à forma e à frequência”<sup>148</sup> com que a *modulação de efeitos* tem sido aplicada pelo STF.

<sup>146</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo STF nº 476**.

<sup>147</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acompanhamento Processual. **ADI 2.154 e ADI 2.258**.

<sup>148</sup> BOCCATO, Esdras. **Modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade: ponderação, subsunção e dosimetria**. USP, São Paulo, 2013, p. 132.

Esdras Boccato<sup>149</sup> elenca entre os mais ferrenhos críticos do instituto da *modulação temporal*: Manoel Gonçalves Ferreira Filho, para quem, com o art. 27, a CF/88 não “é mais rígida”; Ives Granda da Silva Martins, que “defende a impossibilidade de se relativizar os efeitos retroativos da decisão de inconstitucionalidade”; e Álvaro Ricardo de Sousa Cruz, que “vê na modulação de efeitos um perigoso mecanismo que tem levado a jurisdição constitucional à condição de Poder Constituinte Originário alternativo”.

Com postura crítica, porém, admitindo o uso da *modulação temporal* de forma mitigada, excepcional e controlada, pode-se citar Ana Paula Ávila (para quem “modulação dos efeitos de uma norma declarada inconstitucional somente está autorizada quando esses efeitos se produzirem em benefício do indivíduo”<sup>150</sup>) e Humberto Ávila (que defende que o mecanismo da modulação de efeitos “deve ser utilizado com elevadíssima parcimônia, por contrariar elementos fundamentais do próprio Estado de Direito”<sup>151</sup>). Nessa mesma linha, Esdras Boccato cita, dentre outros, José Levi Mello do Amaral Júnior, Lênio Luiz Streck e Ingo Wolfgang Sarlet como aqueles que, a despeito de não serem peremptoriamente contrários à modulação temporal, apontam seus problemas, limites e riscos.<sup>152</sup>

A despeitos das posições doutrinárias, o que se viu nas duas primeiras décadas do século XXI foi a ampliação do uso da *modulação temporal* pelo STF, seja pela ampliação de seus pressupostos materiais, seja pela flexibilização de seus pressupostos formais, decorrentes de interpretação – caso a caso – pelo STF e da atuação legislativa infraconstitucional.

Em vista disso, a figura abaixo tem a finalidade de assinalar alguns marcos sobre o uso da *modulação temporal* pelo STF, tomando como ponto de partida o início da vigência do art. 27 da Lei n. 9.868/99.

---

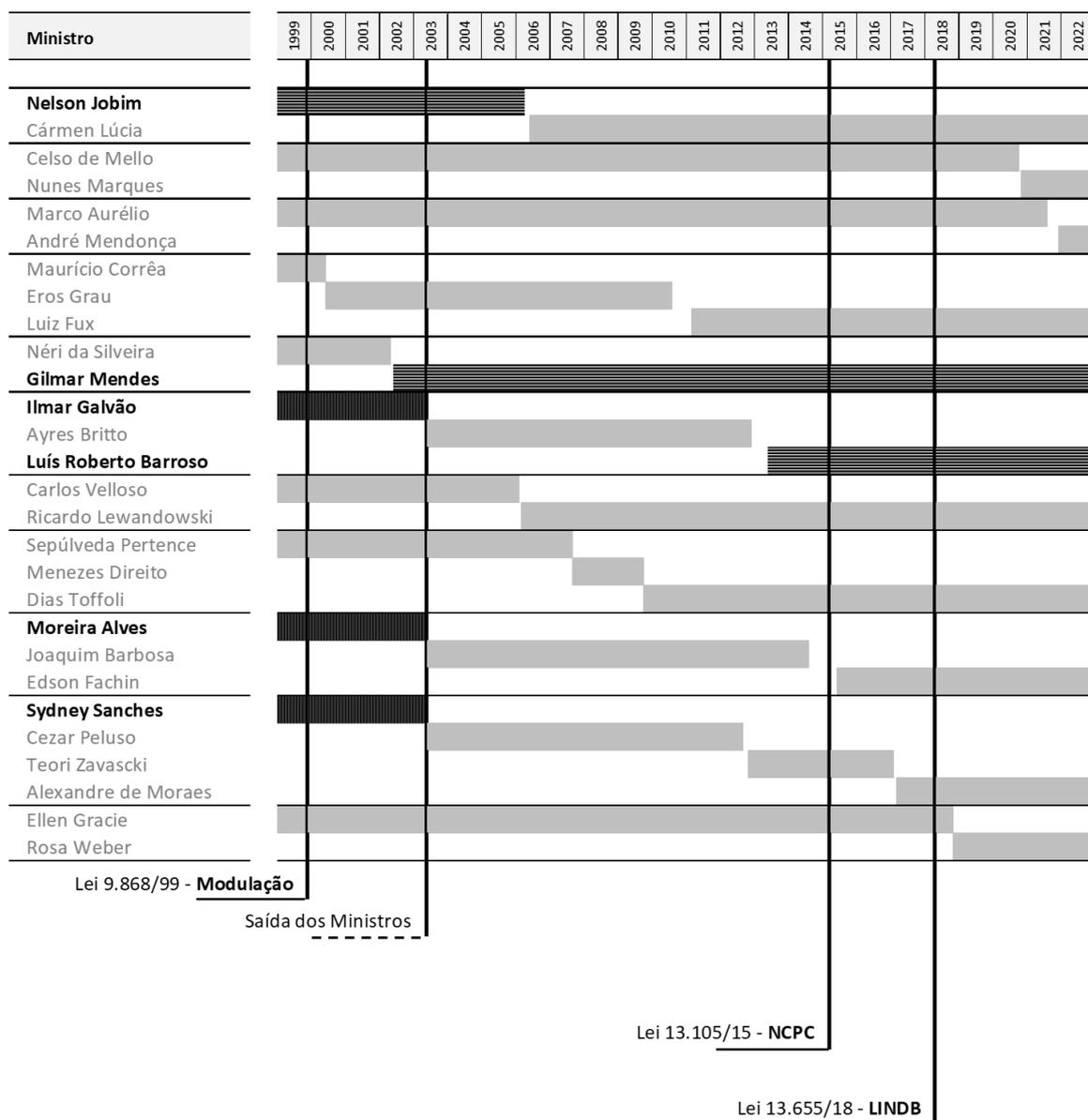
<sup>149</sup> BOCCATO, Esdras. **Modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade**: ponderação, subsunção e dosimetria. USP, São Paulo, 2013, p. 132-133.

<sup>150</sup> ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 70.

<sup>151</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 562.

<sup>152</sup> BOCCATO, Esdras. **Modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade**: ponderação, subsunção e dosimetria. USP, São Paulo, 2013, p. 136-137.

**Figura 1 – Consolidação da modulação temporal de efeitos – Marcos**



Fonte: Elaborado pelo autor (2022).

A figura ilustra a composição do STF desde a publicação da Lei n. 9.868/99 e drástica alteração havida em 2003, com a saída simultânea de 3 ministros: Moreira Alves em 20/04/2003, Sydney Sanches em 27/04/2003 e Ilmar Galvão em 03/05/2003.<sup>153</sup>

Importa, também, destacar na figura os três ministros que compuseram a Comissão de Juristas que elaborou o anteprojeto que deu origem à Lei n. 9.868/99 (Nelson Jobim, Gilmar Mendes e Roberto Barroso), pois, como se verá a seguir, cada

<sup>153</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Linha sucessória dos Ministros** – quadro ilustrativo.

qual a sua maneira desempenhou papel importante que levou ao quadro atual da *modulação temporal* aplicada pelo STF.

Por fim, estão plotados na figura, além da Lei n. 9.868/99, outros três instrumentos normativos infraconstitucionais que são de interesse para a análise que se seguirá, vez que enrobusteceram o ferramental à disposição do STF na aplicação da modulação temporal: a Lei n. 11.417/06, que regulamentou o uso da Súmula Vinculante; a Lei n. 13.105/15, que instituiu o CPC; e a Lei n. 13.655/18, que alterou a LINDB.

#### 4.2.1 Período de latência e primeiros casos de modulação temporal: art. 27 da Lei n. 9.868/99

Ainda sob o rescaldo do “dogma da nulidade”, de 1999 a 2002 houve período de “latência”, de hesitação ou de cautela quanto ao emprego da *modulação temporal* com fundamento no art. 27 da Lei n. 9.868/99. Para Ricardo Lobo Torres esse “congelamento”<sup>154</sup> do referido dispositivo foi superado com a “mudança da sua composição a partir de 2003”<sup>155</sup>. Corroborando essa ideia de mudança na composição do STF como fator de “superação do dogma da nulidade”, Ives Gandra Martins pontua:

Ocorreu, todavia, que desde 2003 – quando, num único mês, três ministros que marcaram a história da Suprema Corte aposentaram-se (Moreira Alves, Sydney Sanches e Ilmar Galvão) – a Suprema Corte perdeu aquela característica de um colegiado, com a função maior de ser guardião da Constituição e a função decorrencial de dar estabilidade às instituições.<sup>156</sup>

Esse “período de latência” começou a ceder em 2002, no curso do julgamento do RE n. 197.917, em que, quanto à ótica da proporcionalidade entre números de vereadores e habitantes do município, prevista no art. 29, IV, “a”, da CF/88, se discutia a constitucionalidade da Lei Orgânica do Município de Mira Estrela/SP. Após o voto do relator, Min. Maurício Corrêa, em 06/06/2002, “conhecendo e provendo parcialmente o recurso, no sentido de julgar procedente, em parte, o pedido formulado

---

<sup>154</sup> TORRES, Ricardo Lobo. O consequencialismo e a modulação dos efeitos das decisões do supremo tribunal federal. **Revista Direito Tributário Atual**, [S. l.], n. 24, 2010, p. 456.

<sup>155</sup> *Ibidem*, p. 457.

<sup>156</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva. Consequencialismo jurídico e a Constituição de 1988. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva et al. **Consequencialismo no Poder Judiciário**. Indaiatuba: Foco, 2019, p. 26.

na inicial, declarando a inconstitucionalidade” do dispositivo da referida Lei Orgânica, em 27/06/2002, pediu vista o Min. Gilmar Mendes<sup>157</sup>.

Em seu voto-vista, após lembrar que embora a Lei n. 9.868/99, no âmbito do controle concentrado, “tenha autorizado o Supremo Tribunal Federal a declarar a inconstitucionalidade com efeitos limitados”, Gilmar Mendes ponderou que seria “lícito indagar sobre a admissibilidade do uso dessa técnica de decisão no âmbito do controle difuso”, para então, após longa digressão, concluir que “o modelo difuso não se mostra incompatível com a doutrina da limitação dos efeitos”<sup>158</sup>. Acompanhado o voto do relator, “para conhecer do recurso extraordinário e lhe dar parcial provimento, no sentido de se declarar a inconstitucionalidade” do dispositivo sob julgamento, fez a seguinte ressalva sobre como votava:

Faço-o, todavia, explicitando que a declaração da inconstitucionalidade da lei não feita a composição da atual legislatura da Câmara Municipal, cabendo ao legislativo municipal estabelecer nova disciplina sobre a matéria, em tempo hábil para que se regule o próximo pleito eleitoral (declaração de inconstitucionalidade *pro futuro*).<sup>159</sup>

Ao final desse julgamento, a questão restou decidida da seguinte forma:

**Decisão:** O Tribunal, por maioria, deu parcial provimento ao recurso para, restabelecendo, em parte, a decisão de primeiro grau, declarar inconstitucional, *incidenter tantum*, o parágrafo único do artigo 6º da Lei Orgânica nº 226, de 31 de março de 1990, do Município de Mira Estrela/SP, e determinar à Câmara de Vereadores que, após o trânsito em julgado, adote as medidas cabíveis para adequar sua composição aos parâmetros ora fixados, respeitados os mandados dos atuais vereadores, vencidos os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio e Celso de Mello. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 24.03.2004.<sup>160</sup>

Esse caso é paradigmático por dois motivos: sob a vigência do art. 27 da Lei n. 9.868/99, foi o primeiro em que ocorreu a *modulação temporal* e essa modulação se deu em controle difuso, havendo uma ampliação dos pressupostos formais de cabimento, indo além do controle concentrado de constitucionalidade.

---

<sup>157</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário nº 197.917-8**. Relator: Min. Maurício Corrêa, DJ 07.05.2004. Acórdão, p. 401.

<sup>158</sup> *Ibidem*, p. 407-410.

<sup>159</sup> *Ibidem*, p. 442.

<sup>160</sup> *Ibidem*, p. 511.

Também pelo ineditismo, vale referir o primeiro caso em que houve *modulação temporal* em matéria tributária. Trata-se do julgamento conjunto dos RE n. 556.664, RE n. 559.882 e RE n. 560.626, ocorrido em 11/06/2008, sob a relatoria do Min. Gilmar Mendes, em que foi analisada a constitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei n. 8.212/1991, que previam prazos de prescrição e decadência de dez anos para contribuições previdenciárias. Após julgar inconstitucionais tais artigos - por invadir matéria reservada à lei complementar, nos termos do artigo 146, III, “b”, da CF/88 -, na sessão plenária do dia seguinte, 12/06/2008, o Min. Gilmar Mendes acolheu o pedido de modulação, conforme a seguir:

Estou acolhendo parcialmente o pedido de modulação de efeitos, tendo em vista a repercussão e a insegurança jurídica que se pode ter na hipótese; mas estou tentando delimitar esse quadro de modo a afastar a possibilidade de repetição de indébito de valores recolhidos nestas condições, com exceção das ações propostas antes da conclusão do julgamento.

[...]

Portanto, reitero o voto pelo desprovimento do recurso extraordinário, declarando a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei nº 1.569 e dos arts. 45 e 46 da Lei nº 8.212, porém, com a modulação dos efeitos, *ex nunc*, apenas em relação às eventuais repetições de indébito ajuizadas após a presente data, a data do julgamento.<sup>161</sup>

E a importância desse julgamento se dá pelo fato de que, apesar da demora em acatar a *modulação temporal* em matéria tributária (cerca de 9 anos depois da publicação da Lei n. 9.868/99), importantes posicionamentos do STF sobre a adoção da técnica aconteceram no contexto dos debates sobre questões tributárias.

Em torno desses casos “paradigmáticos”, tanto o STF quanto a doutrina empreenderam esforços no sentido de delimitar os contornos do cabimento da *modulação temporal*, quanto a seus pressupostos formais (matéria, via de controle, quórum de deliberação, etc.) e materiais (segurança jurídica, excepcional interesse social e alteração jurisprudencial).

É emblemática desse esforço a entrevista do ex-Ministro Nelson Jobim, ocupando a presidência do STF à época (de 08/2004 a 03/2006), concedida ao *Jornal Valor Econômico* em 13/12/2004, no que ficou conhecido como “fenômeno Jobim”<sup>162</sup>,

---

<sup>161</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário nº 560.526-1**. Relator: Min. Gilmar Mendes, julgamento em 12.06.2008, DJ 28.11.2008.

<sup>162</sup> ANDRADE, Fábio Martins de. **Modulação e consequencialismo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 149.

que, quando perguntado se o Judiciário deveria levar em consideração as contas públicas quando julgava, respondeu:

Quando só há uma interpretação possível, acabou a história. Mas quando há um leque de interpretações, por exemplo cinco, todas elas são justificáveis e são logicamente possíveis. Aí, deve haver outro critério para decidir. E esse outro critério é exatamente a consequência. Qual a consequência, no meio social, da decisão A, B ou C? Você tem de avaliar, nesses casos muito pulverizados, as consequências. Você pode ter uma consequência no caso concreto eventualmente injusta, mas que no geral seja positiva. E é isso que eu chamo de responsabilidade do Judiciário das consequências de suas decisões.<sup>163</sup>

O gráfico abaixo ilustra a tendência, em número de casos, da discussão da *modulação temporal* no âmbito do STF<sup>164</sup>. O levantamento foi feito por meio do *site* de pesquisa de jurisprudência do STF (<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>), inserindo como critério de busca a expressão “modulação de efeitos”, selecionando “Tribunal Pleno” como órgão julgador e data de publicação de 11/11/1999 e 31/12/2021<sup>165</sup>. Tal pesquisa retornou 349 acórdãos, aos quais foram acrescentados 13 acórdãos relacionados na obra de Humberto Ávila<sup>166</sup>, tratados a seguir, que não constaram do retorno da pesquisa feita no *site* do STF.

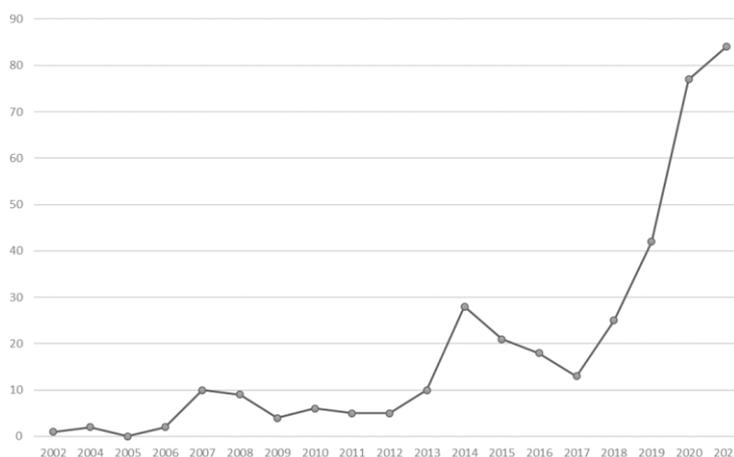
De forma esquemática, ficam evidentes três períodos, grosso modo: o inicial, que marca a primeira década de *modulação temporal* (2002-2013); outro, intermediário, que marca o primeiro salto no número de caso (2014-2017); e, por fim, o atual, (desde 2017), em que fica evidente o aumento vertiginoso do número de casos em que a modulação foi discutida no STF.

<sup>163</sup> DIAS, Daniela Gueiros. **Consequencialismo judicial no direito tributário brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Tributário, 2021, p. 35.

<sup>164</sup> Quanto a tais números, cabe fazer a seguinte ressalva: não se pretende aqui, com este gráfico, apresentar com precisão absoluta o número de casos, analisados um a um, em que houve a discussão sobre a modulação de efeitos. Antes disso, o que se pretende é sinalizar a tendência, ao longo das últimas duas décadas em que o tema foi pautado STF.

<sup>165</sup> A metodologia encontra respaldo em outros trabalhos, tais como: LEAL, Fernando Ângelo Ribeiro; DIAS, Daniela Gueiros. Consequencialismo judicial na modulação de efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade nos julgamentos de direito tributário. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 7, 2017, p. 824; MOLINARI, Flávio Miranda. **Modulação temporal de efeitos em matéria tributária pelo STF**. Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2020, p. 15; SANTOS, André Torres dos. **Modulação de efeitos na jurisdição constitucional em matéria tributária: uma análise de seus pressupostos materiais de aplicação na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. IDP, Brasília, 2021, p. 4.

<sup>166</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 524-535.

**Gráfico 1 – Discussão da modulação de efeitos no STF**

Fonte: Elaborado pelo autor (2022).

Sob o aspecto tendencial, o primeiro período que sobressai é o que vai de 2002 a 2013 – ou seja, mais ou menos, uma década desde o primeiro caso da modulação apontado acima. Sobre esse período, do ponto de vista doutrinário, por serem “desbravadoras” no contexto da ainda incipiente dogmática e jurisprudência em matéria da *modulação temporal*, cabe destacar obras tidas como “referências necessárias”, que abordam, no calor do momento, aquele período ainda embrionário da *modulação temporal*, mas que, por serem basilares, continuam repercutindo até os dias de hoje:

- 2009 – “**Modificações da jurisprudência no direito tributário**”, de Misabel Abreu Machado Derzi. A autora entende que, uma vez declarada a inconstitucionalidade da norma, a regra deva ser a retroação dos efeitos (efeitos *ex tunc*), a não ser quanto à decisão, decorrente de mudança jurisprudencial, desfavorável ao contribuinte, devendo, nesse caso, se aplicar a modulação dos efeitos (efeitos *ex nunc*), em abono aos “princípios da irretroatividade, da proteção da confiança e da boa-fé objetiva”<sup>167</sup>. Para a autora, por serem “princípios e direitos fundamentais individuais”, são reivindicáveis somente pelo particular, “em contraposição à Administração

<sup>167</sup> DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da jurisprudência no direito tributário**: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar. São Paulo: Noeses, 2009, p. 205.

Pública, ao Poder Legislativo e ao Poder Judiciário, quando os Poderes do Estado criam o fato gerador da confiança”<sup>168</sup>.

- 2009 – “**A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99**”, de Ana Paula Oliveira Ávila. A autora aceita a modulação com fundamento no pressuposto material da “segurança jurídica”, por ser esse “um dos pilares do Estado de Direito”; e quanto ao “excepcional interesse social” só entende ser cabível se tiver “prevalência o interesse da sociedade, quando contraposto aos interesses do próprio Estado”<sup>169</sup>;
- 2010 – “**O argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico e a modulação temporal dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária**”, de Fábio Martins de Andrade. O autor aceita a modulação em matéria tributária, porém estabelece algumas condições para o uso do argumento pragmático/consequencialista: “não deve ser computado sozinho na decisão judicial em matéria tributária”, quando usado deve ser “considerado de modo explícito”, ser “capaz de corroborar os argumentos jurídicos” que a sustentam tal decisão e ser “fundamentado em sede constitucional de maneira clara”<sup>170</sup>;
- 2011 – “**Argumentando pelas consequências no direito tributário**”, de Tathiane dos Santos Piscitelli<sup>171</sup>. A autora defende “uma dada concepção de direito tributário, que não pode ser apartada de sua finalidade mantenedora do Estado” e, nesse sentido, conclui que tal concepção abarca dois elementos: um “relativo à necessidade de prover recursos ao Estado” e outro decorrente de “o Brasil estar constituído na forma de um Estado democrático

<sup>168</sup> DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da jurisprudência no direito tributário: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao Poder Judicial de Tributar**. São Paulo: Noeses, 2009, p. 495.

<sup>169</sup> ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 174-175.

<sup>170</sup> ANDRADE, Fábio Martins de. **O argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico e a modulação temporal dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária**. UERJ, Rio de Janeiro, 2010, p. 385.

<sup>171</sup> PISCITELLI, Tathiane dos Santos. **Argumentando pelas consequências no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2011, p. 274.

de direito com inclinações liberais do ponto de vista político”, fazendo com que seja agregado à tributação “a função de garantir a justiça fiscal e, de um ponto de vista mais específico, a justiça distributiva”<sup>172</sup>.

- 2011 – “**Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**”, de Humberto Ávila. O autor esclarece que “não pretende afastar, por completo, a utilização do mecanismo da modulação”, defendendo que “[e]m algumas hipóteses, e mediante a observância de determinados requisitos, ela pode – e deve – ser aplicada conforme a Constituição”<sup>173</sup>.

Nesse contexto do esforço de sistematização, Humberto Ávila, analisando os casos julgados pelo STF entre 2004 e 2008, traçando paralelo com adoção da modulação pelo Tribunal Constitucional Alemão e fazendo distinções cabíveis, propôs em 2011 o seguinte enquadramento dos casos em que até então a técnica havia sido aplicada:

- declaração de inconstitucionalidade mitigada - quando declarada a inconstitucionalidade, o STF “estabelece uma regra de transição ou prazo para o cumprimento da decisão”<sup>174</sup>: RE n. 401.953-1 (DJ 21/09/2007);
- declaração de incompatibilidade, com eficácia geral e *pro futuro total* - quando, não se limitando a “estabelecer uma regra de transição ou prazo para cumprimento da decisão”, o STF “altera a própria qualificação jurídica dos atos praticados ou dos fatos ocorridos no passado” e “atribui efeitos *ex nunc* à decisão de inconstitucionalidade, atribuindo ao Poder Legislativo a incumbência de elaborar a nova lei”<sup>175</sup>: RE n. 197.917-8 (DJ 07/05/2004), RE n. 266.994 (DJ 21/05/2004), ADI n. 3.615-7 (DJ 09/03/2007) e ADI n. 2.907 (DJ 16/05/2008);
- declaração de incompatibilidade, com eficácia geral e *pro futuro parcial* - quando, não se limitando a “estabelecer uma regra de transição ou prazo para cumprimento da decisão”, o STF “atribui efeitos *ex nunc* à decisão de

<sup>172</sup> PISCITELLI, Tathiane dos Santos. **Argumentando pelas consequências no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2011, p. 275.

<sup>173</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 500.

<sup>174</sup> *Ibidem*, p. 525.

<sup>175</sup> *Ibidem*, p. 525-527.

inconstitucionalidade, mas faz com que esses efeitos atinjam casos não consolidados”<sup>176</sup>: HC n. 82.959 (DJ 01/09/2006) e RE n. 560.626 (DJ 05/12/2008);

- declaração de incompatibilidade, com disposição provisória de prolongamento da validade - quando os efeitos produzidos no passado pela norma declarada inconstitucional são mantidos, porém, o STF os prolonga provisoriamente por um período, “até que o Poder Legislativo institua nova regra com efeitos retroativos à data da decisão”<sup>177</sup>: ADI n. 2.240-7 (DJ 03/08/2007), ADI n. 3.316 (DJ 29/06/2007), ADI n. 3.489 (DJ 03/08/2007) e ADI n. 3.689 (DJ 29/06/2007);
- declaração de incompatibilidade, com disposição definitiva da validade e obrigação de modificação para o futuro - quando os efeitos produzidos no passado pela norma declarada inconstitucional são mantidos e prolongados definitivamente por um período pelo STF, que “atribui ao Poder Legislativo a tarefa de instituir nova regra para o futuro”<sup>178</sup>: ADI n. 3.660-2 (DJ 13/03/2008), ADI n. 3.022-1 (DJ 04/03/2005), ADI n. 3.819-2 (DJ 28/03/2008), ADI n. 3.458-8 (DJ 28/03/2008) e ADI n. 3.756-1 (23.11.2007).

Ao fazer um balanço desses casos Humberto Ávila concluiu que:

[...] a maioria das decisões considerou situações excepcionais em que, primeiro, o afastamento dos efeitos pretéritos efetivamente causaria instabilidade institucional; segundo, a manutenção dos referidos efeitos não prejudicava o cidadão, antes o favorecia; a manutenção dos efeitos passados, pela anormalidade da situação e pela espécie de modulação feita, não constituía incentivo à prática de novas inconstitucionalidades.<sup>179</sup>

E, também nesse mesmo propósito, em 2011, Tathiane dos Santos Piscitelli analisou casos de controle de constitucionalidade, em matéria tributária, em que a *modulação temporal* foi debatida sob o enfoque, declarado, da “segurança jurídica”<sup>180</sup>; no entanto, relata a autora que, implicitamente, “o argumento econômico subjaz

<sup>176</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 527-529.

<sup>177</sup> *Ibidem*, p. 529-530.

<sup>178</sup> *Ibidem*, p. 530-535.

<sup>179</sup> *Ibidem*, p. 538.

<sup>180</sup> PISCITELLI, Tathiane dos Santos. **Argumentando pelas consequências no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2011, p. 237.

referidos julgamentos, mas, a despeito disso, não é elevado à categoria de ator central”<sup>181</sup>. Trata-se do RE n. 353.657 (julgado em 25/06/2007, sob a relatoria de Min. Marco Aurélio), RE n. 556.664 (julgado em 12/06/2008, sob a relatoria do Min. Gilmar Mendes) e RE n. 377.457 (julgado em 17/09/2008, sob a relatoria do Min. Gilmar Mendes).

No RE n. 353.657 discutia-se a interpretação a ser dada à não-cumulatividade do IPI e o direito ao crédito nas operações isentas ou não tributadas. Revertendo entendimentos exarados em julgados anteriores - que reconhecia a existência de direito a crédito decorrente de entrada de produtos isentos e tributados à alíquota zero<sup>182</sup> -, foi suscitada questão de ordem, propondo a *modulação temporal*, com fundamento na “necessidade de preservar a segurança jurídica dos contribuintes que, fiados nas decisões anteriores” do STF, “ou se creditaram do imposto, ou ingressaram com medidas judiciais para ver reconhecido tal direito”<sup>183</sup>. A proposta de modulação foi rejeitada, com fundamento na “inexistência de jurisprudência consolidada sobre o tema”, uma vez que “muitos dos recursos conhecidos e providos pelo Supremo, em favor dos contribuintes, pendiam de análise de Embargos de Declaração”<sup>184</sup>, afastando dessa forma a alegação de ofensa à segurança jurídica.

Por sua vez, no RE n. 556.664 discutiu-se a constitucionalidade dos prazos de prescrição e decadência de contribuições previdenciárias previstos nos art. 45 e 46 da Lei n. 8.212/91 e, como já abordado anteriormente, foi o primeiro caso em que a modulação foi adotada em matéria tributária.

E quanto ao RE n. 377.457, a questão controvertida foi se era possível a revogação, por lei ordinária, da isenção da COFINS concedida por lei complementar. O Tribunal, por maioria, desproveu o recurso com fundamento na orientação teórica “que defendia inexistir qualquer hierarquia entre lei complementar e lei ordinária; a relação entre esses dois instrumentos se situa na definição da competência de cada um”, de forma que “uma lei que é ‘complementar’ e sua forma, poderia ser materialmente ordinária”<sup>185</sup>. Assim, no âmbito do STF se entendeu que seria, sim, possível que a lei ordinária revogasse a isenção instituída por lei complementar. No

---

<sup>181</sup> PISCITELLI, Tathiane dos Santos. **Argumentando pelas consequências no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2011, p. 245.

<sup>182</sup> *Ibidem*, p. 238.

<sup>183</sup> *Ibidem*, p. 238.

<sup>184</sup> *Ibidem*, p. 239.

<sup>185</sup> *Ibidem*, p. 116.

entanto, havia súmula do STJ (Súmula n. 276, atualmente cancelada) consignando expressamente que as sociedades de profissão regulamentadas eram isentas da COFINS, o que fez com que, novamente, fosse suscitada questão de ordem propondo a modulação temporal tendo como pressuposto material a segurança jurídica. Diferentemente do caso do caso do IPI, acima referido (RE n. 353.657), o debate foi aceito, angariando cinco votos favoráveis à modulação<sup>186</sup>; porém, não alcançando o quórum qualificado, de dois terços, para aprovação.

Fazendo um balanço das decisões<sup>187</sup> e dos argumentos subjacentes aos casos do IPI e da COFINS, a autora assinalou os seguintes pontos:

- “quanto à **decisão que declare a inconstitucionalidade de norma**, em controle difuso ou concentrado”: no julgamento do IPI, “aparece como um requisito inafastável”; já no da COFINS, admite “**certa relativização caso se trate de uma situação em que afronta à segurança jurídica se mostra evidente**”<sup>188</sup>, ainda que não tenha havido reconhecimento de inconstitucionalidade<sup>189</sup>;
- em que pese não tenha sido reconhecida a inconstitucionalidade, em ambos os casos foi proposta questão de ordem visando a debater a modulação temporal, com fundamento na preservação da segurança jurídica, frente à alteração jurisprudencial; porém, no caso do IPI, a proposta não foi aceita; já no caso do COFINS, foi aceita e houve cinco votos pela modulação, não sendo aprovada, por não atingir o quórum qualificado de dois terços.
- quanto à abrangência da alteração jurisprudencial, capaz de desestabilizar a segurança jurídica, houve divisão, uns alegando que “a modificação de uma súmula do Superior Tribunal de Justiça seria suficiente”, já outros, vencedores, sustentando que “apenas uma **mudança abrupta na jurisprudência consolidada do Supremo** é que resultaria em referida quebra da segurança”;<sup>190</sup>
- com relação às consequências adversas da decisão, o argumento econômico permeia o debate e “**prevalece a necessidade de proteger a**

---

<sup>186</sup> PISCITELLI, Tathiane dos Santos. **Argumentando pelas consequências no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2011, p. 242.

<sup>187</sup> *Ibidem*, p. 244.

<sup>188</sup> *Ibidem*, p. 244.

<sup>189</sup> *Ibidem*, p. 241.

<sup>190</sup> *Ibidem*, p. 244.

**Fazenda e o respectivo interesse arrecadatário, em detrimento de eventual prejuízo dos contribuintes”.**<sup>191</sup>

Nesse período, quando cogitada a *modulação temporal* em processos de índole subjetiva, pela via da exceção, houve debate quanto ao quórum: se aplicável o exigido pelo art. 27 da Lei n. 9.868/99, qualificado (dois terços dos votos), ou se bastaria a maioria absoluta. Embora a questão tenha sido suscitada no RE n. 197.917, foi no RE n. 353.657 que o debate foi aprofundado, porém:

[...] se fez presente, nos debates e nos votos de inúmeros Ministros, a compreensão de que, muito embora fosse possível admitir, por analogia, o uso da modulação de efeitos em processos de índole subjetiva, a atribuição de efeitos prospectivos com fundamento nos artigos 27 e 11 das Leis nº 9.868/1999 e 9.882/1999 não seria possível nos casos em que não se verificasse qualquer declaração de inconstitucionalidade, como na hipótese. Embora tratada em passagens dos votos proferidos por alguns Ministros, a superação desse e de outros requisitos - como o atendimento do quórum qualificado, por exemplo - não foi decidida na ocasião do julgamento em virtude de se ter afastado, no caso concreto, a configuração da hipótese de modificação jurisprudencial.<sup>192</sup>

Por fim, o assunto voltou à tona no julgamento do RE n. 586.453, em 20/02/2013, ocasião em que - embora não versasse sobre inconstitucionalidade, mas, sim, sobre a interpretação de dispositivos de forma a reconhecer “a competência da Justiça Comum, em detrimento da Justiça do Trabalho, para processar e julgar ações ajuizadas contra entidades de previdência privada visando ao reconhecimento do direito à complementação de aposentadoria”<sup>193</sup> -, em questão de ordem:

[...] o Tribunal concluiu, por maioria, que seria necessário observar o quórum qualificado de dois terços dos membros da Corte, também, para a modulação de efeitos das decisões proferidas em processos de índole subjetiva, ainda que submetidos à sistemática da repercussão geral.<sup>194</sup>

Dessa forma, do ponto de vista jurisprudencial, ao fim de uma década, o STF aceitou a *modulação temporal* em casos de decretação da inconstitucionalidade, por

---

<sup>191</sup> PISCITELLI, Tathiane dos Santos. **Argumentando pelas consequências no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2011, p. 245.

<sup>192</sup> SANTOS, André Torres dos. **Modulação de efeitos na jurisdição constitucional em matéria tributária**: uma análise de seus pressupostos materiais de aplicação na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. IDP, Brasília, 2021, p. 29.

<sup>193</sup> *Ibidem*, p. 31.

<sup>194</sup> *Ibidem*, p. 31.

meio do controle concretado ou difuso, sendo necessário o quórum de dois terços para aprovação.

Porém, esse quadro mudou, impulsionado, principalmente, pela publicação do Código de Processo Civil, em 2015, que consolidou o “sistema de vinculação aos precedentes”<sup>195</sup> no ordenamento jurídico brasileiro. É disso que tratará o próximo tópico

#### 4.2.2 Nova fase da modulação temporal: art. 927, § 3º, do CPC e arts. 20 a 23 da LINDB

Diz o art. 927, § 3º, do CPC (Lei n. 13.105/15):

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

...

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.<sup>196</sup> (*grifos nossos*)

Sobre tal dispositivo, Jeferson Teodorovicz assinala:

Em muitos aspectos, a experiência doutrinária e jurisprudencial impulsionadas pelos dispositivos da Lei 9868/1999, no art.27, e da mesma forma no art.11 da Lei 9.882/1999, inspiraram a posterior inclusão do art.927 do Novo CPC, autorizando juízes e tribunais à modulação dos efeitos de suas decisões atendendo às necessidades de observância de segurança jurídica ou de relevante interesse social no caso de alteração de jurisprudência dominante ou em sede de recursos repetitivos. Da mesma forma, não se pode negar também que tal inclusão no Novo CPC liga-se à crescente tendência de valorização dos precedentes oriundos de tribunais superiores para serem observados em instâncias inferiores, tendo em vista a harmonização de julgados.<sup>197</sup>

Teresa de Arruda Alvim e Fábio Victor Monnerat assinalam que:

O novo CPC admite que Cortes Superiores modulem os efeitos das alterações de jurisprudência firme e estável ou de precedentes vinculantes.

<sup>195</sup> SANTOS, André Torres dos. **Modulação de efeitos na jurisdição constitucional em matéria tributária**: uma análise de seus pressupostos materiais de aplicação na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. IDP, Brasília, 2021, p. 163.

<sup>196</sup> BRASIL, **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**.

<sup>197</sup> TEODOROVICZ, Jeferson. Segurança jurídica em direito tributário, modulação de efeitos e o artigo 927 do Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015). **RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, [S.l.], n. 38, fev. 2021, p. 285.

Antes disso, só se falava em modulação em controle concentrado de constitucionalidade, e, muito excepcionalmente, no difuso.<sup>198</sup>

...

O Código de Processo Civil dá indicações aos tribunais no sentido de que a alteração de orientação antes pacificada ou ainda adotada em súmula ou precedente vinculante não deve ser banalizada. [...] possibilidade de se afastar a inexorabilidade de que os efeitos da nova regra, ou seja, da nova maneira de o tribunal decidir a mesma questão, produza efeitos retroativos. Essa afirmação é de imensa relevância porque a mudança da jurisprudência tem vocação de atingir situações ocorridas no passado, em que aquele que praticou a conduta confiava na orientação firme do tribunal. Essas situações, desde que preenchidas algumas condições devem ser poupadas da incidência da nova regra.<sup>199</sup>

Já Lei n. 13.665/18<sup>200</sup>, alterou a LINDB, incluindo nela os seguintes artigos:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

...

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.

...

Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais. (*grifos nossos*)

Sobre esses artigos da LINDB, Fredie Didier e Rafael Alexandria crava que “[o] caput do art. 20 [da LINDB] inaugura, em termos dogmáticos, o *postulado hermenêutico do pragmatismo*”<sup>201</sup>, e José Vicente Santos de Mendonça, analisando o art. 21, assevera que “[o] consequencialismo chegou ao Direito Público brasileiro”<sup>202</sup>.

Importa, então, sintetizar que, lado do lado, servem ao consequencialismo, expressados por meio da *modulação temporal*, os art. 27 da Lei n. 9.868/99, art. 927, § 3º, do CPC e esses artigos da LINDB. Nesse sentido, Georges Abboud assinala:

<sup>198</sup> ARRUDA ALVIM, Thereza Diniz de Arruda; ARRUDA ALVIM, Teresa de. Notas acerca da modulação do art. 927, § 3.º, do CPC. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho, n. 31, fev. 2020, p. 1.

<sup>199</sup> ARRUDA ALVIM, Teresa de; MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. Modulação: momento adequado, competência, critérios à luz de exemplos da jurisprudência. **Suprema: revista de estudos constitucionais**, Brasília, v. 1, n. 1, jan./jun. 2021, p. 186.

<sup>200</sup> BRASIL, **Lei n. 13.655, de 25 de abril de 2018**.

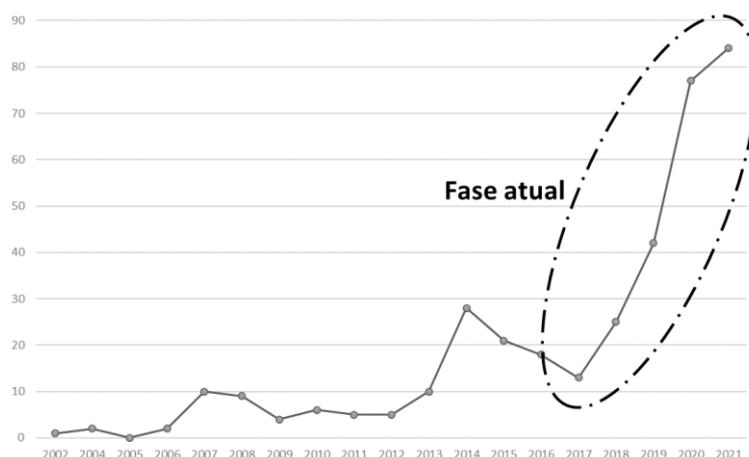
<sup>201</sup> DIDIER, Fredie Souza; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, jan./mar. 2019, p. 150.

<sup>202</sup> MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB - indicando consequências e regularizando atos e negócios. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], 2018, p. 45.

O direito positivo brasileiro conhece de há muito dispositivos legais que expressamente introduziram mecanismos consequencialistas entre nós, sendo o mais importante deles a modulação de efeitos, prevista inicialmente para as ações de controle abstrato de constitucionalidade, posteriormente expandida para a jurisprudência em geral com o advento da art. 927, § 3º, do CPC [...] e art. 23 da LINDB.<sup>203</sup> (*grifos nossos*)

Isso posto, é de se esperar que a introdução desses dispositivos no ordenamento jurídico causasse algum impacto no quadro processual. Nesse sentido, retomando o gráfico 1, apresentado no tópico anterior, o que se pretende agora é trazer alguns elementos que ajudem a jogar luzes sobre o que se destaca no gráfico abaixo como “fase atual”, isto é, a partir de 2017, quanto ao número de processos em que a *modulação temporal* foi discutida no STF:

**Gráfico 2 – Discussão da modulação de efeitos no STF - Fase atual**



Fonte: Elaborado pelo autor (2022)

Cabe rememorar que mesmos antes da previsão da *modulação temporal* em decorrência da “alteração de jurisprudência dominante” ter sido expressamente prevista no ordenamento jurídico, pelo art. 927, § 3º, do CPC, tal possibilidade já era discutida, tanto no âmbito doutrinário quanto no jurisprudencial.

No âmbito doutrinário, o debate foi alavancado a partir do fenômeno que ficou conhecido como “desubjetivação’ das formas processuais”, a partir da EC n. 45/04, “que inaugurou no sistema processual, além da súmula vinculante [...], o instituto da

<sup>203</sup> ABOUD, Georges. Modulação de efeitos como categoria consequencialista: das funções tradicionais às contemporâneas. **Suprema - Revista de Estudos Constitucionais**, Brasília, v. 1, n. 2, jul./dez. 2021, p. 387.

repercussão geral”.<sup>204</sup> Sobre esse fenômeno, Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco, ao analisar a aplicação do art. 27 da Lei n. 9.868/99, assinalam que:

A convivência do modelo incidental difuso tradicional com um sistema de múltiplas ações diretas — ADI, ADC, ADIlo, ADPF e representação interventiva — operou significativa mudança no controle de constitucionalidade brasileiro. Uma observação trivial revela tendência de *dessubjetivação* das formas processuais, especialmente daquelas aplicáveis ao modelo de controle incidental, antes dotadas de ampla feição subjetiva, com simples eficácia *inter partes*.

A adoção de estrutura procedimental aberta para o processo de controle difuso [...], o reconhecimento de efeito transcendente para a declaração de inconstitucionalidade incidental [...], a incorporação do instituto da repercussão geral no âmbito do recurso extraordinário e a desformalização do recurso extraordinário com o reconhecimento de uma possível *causa petendi* aberta são demonstrações das mudanças verificadas a partir desse diálogo e intercâmbio entre os modelos de controle de constitucionalidade positivados no Direito brasileiro. Pode-se apontar, dentre as diversas transformações detectadas, inequívoca tendência para ampliar a feição objetiva do processo de controle incidental entre nós.<sup>205</sup> (*itálicos do original e grifos nossos*).

E, nesse contexto, André Torres dos Santos estabelece a conexão havida entre o fenômeno (“dessubjetivação” ou “objetivação”) do controle difuso de constitucionalidade e o debate sobre possibilidade de *modulação temporal* com fundamento na *alteração da jurisprudência dominante*, sem que haja, necessariamente, o pronunciamento pela inconstitucionalidade da norma e sem que seja imprescindível o quórum qualificado, de dois terços; isto é: possibilidade de haver modulação temporal, fundamentada na substancial alteração jurisprudencial, sem a observância dos pressupostos formais previstos no art. 27 da Lei n. 9.868/99:

À medida que o avanço do fenômeno de “objetivação” (ou “dessubjetivação”) do controle de constitucionalidade por via de exceção (difuso) o aproxima do controle de constitucionalidade por via de ação (concentrado), atraindo para as decisões tomadas no primeiro elementos e características das decisões tomadas no âmbito de instrumentos típicos do segundo, surge, naturalmente, a necessidade de se cogitar da aplicação, também ao controle difuso, dos mecanismos de aperfeiçoamento da jurisdição constitucional existentes no controle concentrado.

É nesse contexto que, utilizando-se do racional que fundamenta a modulação de efeitos à luz dos pressupostos do Estado Democrático de Direito e da realização dos objetivos finalísticos da Constituição, autores como Luís Roberto Barroso e Mizabel Derzi já defendiam, logo após a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, que a modulação de efeitos seria

<sup>204</sup> SANTOS, André Torres dos. **Modulação de efeitos na jurisdição constitucional em matéria tributária**: uma análise de seus pressupostos materiais de aplicação na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. IDP, Brasília, 2021, p. 24.

<sup>205</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. **Curso de direito constitucional**. 6 ed. São Paulo. Saraiva, 2011, p. 1177.

plenamente possível, mesmo no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, em situações nas quais se verificasse uma substancial modificação de jurisprudência, independentemente de estar contida, na decisão, declaração de inconstitucionalidade de norma e, ainda, de estar presente o quórum qualificado exigido pelas Leis nº 9.868/1999 e 9.882/1999.<sup>206</sup> (*grifos nossos*)

[...] um aspecto relevante a ser considerado reside na constatação de que o uso da técnica da modulação de efeitos nas hipóteses de modificação de jurisprudência, seja por força da letra expressa do artigo 927, §3º do Código de Processo Civil, seja em razão da própria construção teórica do conceito, não exige a declaração de inconstitucionalidade de lei, mas tão somente a modificação de entendimento.<sup>207</sup> (*grifos nossos*)

Já o ponto de vista jurisprudencial, o debate em torno da possibilidade de modulação em função da *alteração jurisprudencial* pautou o debate no STF desde 2007<sup>208</sup>, como o caso já citado do RE n. 353.657 (direito ao crédito de IPI em operações com alíquota zero, isentas ou não tributadas). Entretanto, a aceitação da *modulação temporal* com fundamento na *alteração jurisprudencial* só ocorreu em 19/10/2016, ocasião em que foi invocado o art. 927, § 3º, do CPC, no RE n. 593.849<sup>209</sup> (base de cálculo presumida na substituição tributária progressiva do ICMS).

Porém, a evolução jurisprudencial não ocorreu de forma linear e coerente. Seja antes ou depois do caso pioneiro em que houve modulação nessa circunstância, membros dos STF oscilavam quanto a qual seria a *alteração jurisprudencial* a ensejar a *modulação temporal*. É o que se buscará evidenciar a seguir, a partir do estudo elaborado por André Torres dos Santos, em que o autor analisou as hipóteses de alteração de jurisprudência dominante e outros casos de modulação que prescindiram da decretação da inconstitucionalidade da norma sob julgamento.<sup>210</sup>

- Julgamento em **25/06/2007**, RE n. 353.657/PR e RE n. 370.682/SC:
  - **Objeto:** vedação ao crédito de IPI nas entradas de insumos e matérias primas sujeitos à alíquota-zero, isentos ou não tributados<sup>211</sup>;
  - **Decisão de mérito:** constitucionalidade da norma;
  - **Proposta de modulação:** rejeitada;
  - **Fundamento:** precedentes em sentido contrário do STJ e de outros Tribunais não se prestariam para caracterizar “alteração de jurisprudência dominante” à luz do posicionamento do Plenário do STF; se afirmava a constitucionalidade da norma, e não sua inconstitucionalidade;

<sup>206</sup> SANTOS, André Torres dos. **Modulação de efeitos na jurisdição constitucional em matéria tributária:** uma análise de seus pressupostos materiais de aplicação na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. IDP, Brasília, 2021, p. 25.

<sup>207</sup> *Ibidem*, p. 113-114.

<sup>208</sup> *Ibidem*, p. 147-148.

<sup>209</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário nº 593.849**.

<sup>210</sup> SANTOS, *Opus citatum*, p. 146-161.

<sup>211</sup> *Ibidem*, p. 147.

- **Análise:** nesse primeiro caso em que foi aventada a alteração jurisprudencial como fundamento para modulação ficou assentado:

Assim, para fins de compreender cabível a modulação de efeitos na hipótese de alteração de jurisprudência dominante, a Corte entendeu que só seriam admissíveis, a esse título, precedentes firmados pelo Plenário do STF, sobre os quais tenha se operado trânsito em julgado. Esse seria, no entender do Tribunal, o conteúdo passível de ser atribuído à segurança jurídica autorizadora da modulação de efeitos nas hipóteses de modificações jurisprudenciais.<sup>212</sup> (*grifos nossos*)

- Julgamento em **17/09/2008**, RE n. 377.457/PR e RE n. 381.964/MG:

- **Objeto:** revogação da isenção da COFINS incidente sobre o faturamento das sociedades civis de profissão regulamentada<sup>213</sup>;
- **Decisão de mérito:** constitucionalidade da norma;
- **Proposta de modulação:** rejeitada;
- **Fundamento:** precedentes em sentido contrário do STJ e de outros Tribunais não se prestariam para caracterizar “alteração de jurisprudência dominante” à luz do posicionamento do Plenário do STF;
- **Análise:**

Observa-se dos votos vencedores, no sentido da rejeição da proposta de modulação, que não se consideraram legítimas as expectativas formadas a partir de precedentes do Superior Tribunal de Justiça, existindo, ainda, uma preocupação em modular-se os efeitos em hipótese na qual o Tribunal estava afirmando a constitucionalidade da norma impugnada, e não sua inconstitucionalidade.<sup>214</sup> (*grifos nossos*)

- Julgamento em **04/02/2016**, RE n. 723.651/PR:

- **Objeto:** incidência do IPI na importação de veículos automotores<sup>215</sup>;
- **Decisão de mérito:** constitucionalidade da norma;
- **Proposta de modulação:** rejeitada;
- **Fundamento:** precedentes em sentido contrário do STJ e de outros Tribunais (inclusive de Turmas do STF) não se prestariam para caracterizar “alteração de jurisprudência dominante” à luz do posicionamento do Plenário do STF;
- **Análise:**

Mais uma vez, foi mantido o posicionamento da Corte no sentido de que, a título de jurisprudência dominante para efeitos de se caracterizar a necessária proteção da confiança (enquanto aspecto subjetivo da segurança jurídica) dos jurisdicionados impactados pelo *overruling*, somente se poderia entender aquela oriunda do Plenário da Corte, com trânsito em julgado, independentemente da orientação eventualmente firmada por outros Tribunais, mesmo sob sistemáticas especiais de julgamento de recursos repetitivos.

Observa-se, nesse julgamento, evolução do entendimento de alguns Ministros quanto ao conteúdo semântico atribuído ao conceito de “alteração de jurisprudência dominante”, liderados pelo posicionamento do Ministro

<sup>212</sup> SANTOS, André Torres dos. **Modulação de efeitos na jurisdição constitucional em matéria tributária:** uma análise de seus pressupostos materiais de aplicação na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. IDP, Brasília, 2021, p. 147.

<sup>213</sup> *Ibidem*, p. 148.

<sup>214</sup> *Ibidem*, p. 149.

<sup>215</sup> *Ibidem*, p. 150.

Roberto Barroso que, no âmbito doutrinário, já defendia a tese da ampliação do espectro do termo desde as análises empreendidas em torno da rejeição da proposta de modulação de efeitos no julgamento dos Recursos Extraordinários nº 353.657/PR e 370.682/SC, relativos à vedação ao crédito de IPI nas entradas de insumos e matérias primas sujeitos à alíquota-zero, isentos ou não tributados.<sup>216</sup> (*grifos nossos*)

▪ Julgamento em **16/10/2016**, RE n. 593.849/MG:

- **Objeto:** base de cálculo presumida na substituição tributária progressiva do ICMS;
- **Decisão de mérito:** inconstitucionalidade da norma;
- **Proposta de modulação:** acatada;
- **Fundamento:** houve modificação de precedente do Plenário do STF, firmado no julgamento da ADI n. 1.851, em 05/08/2002;
- **Análise:**

Nesse cenário, no que interessa à modulação de efeitos, o uso da técnica foi discutido à luz da modificação jurisprudencial, invocando-se, diretamente, a previsão do no artigo 927, §3º, do Código de Processo Civil.

[...]

Também possui destaque a manifestação do Ministro Roberto Barroso, que fundamentou a modulação de efeitos, essencialmente, na circunstância de que a decisão do Plenário, ao modificar a jurisprudência anterior, criaria norma jurídica nova, insuscetível de gerar efeitos pretéritos. Ao justificar a adoção da doutrina prospectiva, pontuou o Ministro que a modulação de efeitos seria cabível, na hipótese, ainda que se tratasse de invocar a segurança jurídica em favor da proteção dos interesses estatais, sendo necessário resguardar, todavia, os direitos daqueles contribuintes que já haviam exercido seu direito de postulação perante o Poder Judiciário.<sup>217</sup>

▪ Julgamento em **16/10/2016**, RE n. 838.284/SC:

- **Objeto:** possibilidade de conselho de fiscalização profissional fixar taxa;
- **Decisão de mérito:** constitucionalidade da norma;
- **Proposta de modulação:** rejeitada;
- **Fundamento:** ainda que se tratasse de precedente do próprio STF, a caracterização da “alteração de jurisprudência dominante” foi afastada, vez que tal precedente, tido por superado, “não guardava identidade de objeto com a decisão sob análise”.<sup>218</sup>
- **Análise:**

Releva mencionar que, mesmo em relação aos precedentes da própria Corte, o Supremo Tribunal Federal, para fins de se admitir a modulação de efeitos em matéria tributária com fundamento em modificação de jurisprudência, em diversas ocasiões, revelou postura rígida em torno da delimitação do que seria configurado como a “jurisprudência dominante” para fins de se admitir a manipulação dos efeitos da decisão com o objetivo de preservar legítimas expectativas dela decorrentes.

[...]

<sup>216</sup> SANTOS, André Torres dos. **Modulação de efeitos na jurisdição constitucional em matéria tributária**: uma análise de seus pressupostos materiais de aplicação na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. IDP, Brasília, 2021, p. 150.

<sup>217</sup> *Ibidem*, p. 154.

<sup>218</sup> *Ibidem*, p. 151.

Reafirmou-se, em todos eles, o conteúdo restritivo até então conferido pelo Supremo Tribunal Federal ao conceito de “jurisprudência dominante”, seja em relação ao órgão prolator (Plenário da Corte), seja em relação ao objeto em discussão e, ainda, à formação de juízo definitivo sobre a questão, isto é, a operabilidade da coisa julgada.<sup>219</sup>

▪ Julgamento em **19/04/2017**, RE n. 601.720/RJ:

- **Objeto:** incidência do IPTU sobre bem público cedido a pessoa jurídica de direito privado<sup>220</sup>;
- **Decisão de mérito:** constitucionalidade da norma;
- **Proposta de modulação:** rejeitada;
- **Fundamento:** ainda que se tratasse de precedente do próprio STF, a caracterização da “alteração de jurisprudência dominante” foi afastada, vez que tal precedente, tido por superado, “não guardava identidade de objeto com a decisão sob análise”.<sup>221</sup>
- **Análise:**

Releva mencionar que, mesmo em relação aos precedentes da própria Corte, o Supremo Tribunal Federal, para fins de se admitir a modulação de efeitos em matéria tributária com fundamento em modificação de jurisprudência, em diversas ocasiões, revelou postura rígida em torno da delimitação do que seria configurado como a “jurisprudência dominante” para fins de se admitir a manipulação dos efeitos da decisão com o objetivo de preservar legítimas expectativas dela decorrentes.

[...]

Reafirmou-se, em todos eles, o conteúdo restritivo até então conferido pelo Supremo Tribunal Federal ao conceito de “jurisprudência dominante”, seja em relação ao órgão prolator (Plenário da Corte), seja em relação ao objeto em discussão e, ainda, à formação de juízo definitivo sobre a questão, isto é, a operabilidade da coisa julgada.<sup>222</sup>

▪ Julgamento em **23/05/2018**, RE n. 718.874 – ED / RS:

- **Objeto:** contribuição social do empregador rural pessoa física (FUNRURAL)<sup>223</sup>;
- **Decisão de mérito:** constitucionalidade da norma;
- **Proposta de modulação:** rejeitada;
- **Fundamento:** ainda que se tratasse de precedente do próprio STF, a caracterização da “alteração de jurisprudência dominante” foi afastada, vez que tal precedente, tido por superado, “não guardava identidade de objeto com a decisão sob análise”.<sup>224</sup>
- **Análise:**

Releva mencionar que, mesmo em relação aos precedentes da própria Corte, o Supremo Tribunal Federal, para fins de se admitir a modulação de efeitos em matéria tributária com fundamento em modificação de jurisprudência, em diversas ocasiões, revelou postura rígida em torno da delimitação do que

<sup>219</sup> SANTOS, André Torres dos. **Modulação de efeitos na jurisdição constitucional em matéria tributária:** uma análise de seus pressupostos materiais de aplicação na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. IDP, Brasília, 2021, p. 151-153.

<sup>220</sup> *Ibidem*, p. 152.

<sup>221</sup> *Ibidem*, p. 151.

<sup>222</sup> *Ibidem*, p. 151-153.

<sup>223</sup> *Ibidem*, p. 152.

<sup>224</sup> *Ibidem*, p. 151.

seria configurado como a “jurisprudência dominante” para fins de se admitir a manipulação dos efeitos da decisão com o objetivo de preservar legítimas expectativas dela decorrentes.

[...]

Reafirmou-se, em todos eles, o conteúdo restritivo até então conferido pelo Supremo Tribunal Federal ao conceito de “jurisprudência dominante”, seja em relação ao órgão prolator (Plenário da Corte), seja em relação ao objeto em discussão e, ainda, à formação de juízo definitivo sobre a questão, isto é, a operabilidade da coisa julgada.<sup>225</sup>

- Julgamento em **28/02/2019**, RE n. 651.703 – ED/PR:
  - **Objeto:** incidência do ISS sobre as atividades desenvolvidas por planos de saúde<sup>226</sup>;
  - **Decisão de mérito:** constitucionalidade da norma;
  - **Proposta de modulação:** rejeitada;
  - **Fundamento:** o precedente invocado, do STJ, para caracterizar a “alteração de jurisprudência predominante”, alinhava-se ao que se estava decidindo.<sup>227</sup>
  - **Análise:**

Do aludido precedente, muito embora tenha sido rejeitado o pedido de atribuição de eficácia prospectiva à decisão, extrai-se relativa aproximação do Tribunal em relação à compreensão de que, para fins de se entender o conceito de jurisprudência dominante, podem e devem ser considerados julgados proferidos por outros órgãos prolatores que não o Plenário do Supremo Tribunal Federal – na hipótese, fez-se expressa referência ao posicionamento do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria, o qual, todavia, alinhava-se ao então adotado e, portanto, foi afastada a caracterização da mudança de jurisprudência.<sup>228</sup>

- Julgamento em **09/05/2019**, RE n. 635.688–ED/RS:
  - **Objeto:** anulação proporcional de créditos de ICMS relativos às operações anteriores nas hipóteses de redução de base de cálculo na operação subsequente<sup>229</sup>;
  - **Decisão de mérito:** constitucionalidade da norma;
  - **Proposta de modulação:** rejeitada;
  - **Fundamento:** existência de precedente anterior do Plenário do STF<sup>230</sup>
  - **Análise:**

Concluiu-se, na ocasião, que a existência de julgado proferido pelo Plenário da Corte no mesmo sentido, firmado em março de 2005 e já transitado em julgado, elidiria a alegação de alteração de jurisprudência dominante, mesmo que, anteriormente àquele julgado, vigorasse na Corte entendimento contrário.<sup>231</sup>

<sup>225</sup> SANTOS, André Torres dos. **Modulação de efeitos na jurisdição constitucional em matéria tributária:** uma análise de seus pressupostos materiais de aplicação na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. IDP, Brasília, 2021, p. 151-153.

<sup>226</sup> *Ibidem*, p. 155.

<sup>227</sup> *Ibidem*, p. 155.

<sup>228</sup> *Ibidem*, p. 155.

<sup>229</sup> *Ibidem*, p. 156.

<sup>230</sup> *Ibidem*, p. 156.

<sup>231</sup> *Ibidem*, p. 156.

▪ Julgamento em **12/06/2019**, RE n. 643.247-ED/SP:

- **Objeto:** taxa municipal de combate a incêndio<sup>232</sup>;
- **Decisão de mérito:** inconstitucionalidade da norma;
- **Proposta de modulação:** acatada;
- **Fundamento:** existência de precedente anterior do Plenário do STF<sup>233</sup>
- **Análise:**

[...] reafirmou-se o valor jurídico (para fins de caracterização de “jurisprudência dominante”) atribuído aos precedentes firmados pelo Plenário da Corte, com trânsito em julgado, sobre o mesmo objeto.<sup>234</sup>

▪ Julgamento em **18/12/2019**, RE n. 638.115/SP:

- **Objeto:** pagamento dos quintos quando fundado em decisão judicial transitada em julgado (não se trata de matéria tributária)<sup>235</sup>;
- **Decisão de mérito:** constitucionalidade da norma;
- **Proposta de modulação:** acatada (sem declaração de inconstitucionalidade ou alteração de jurisprudência dominante);
- **Fundamento:** princípios da boa-fé e da confiança legítima;
- **Análise:**

[O STF] concluiu ser possível a atribuição de eficácia prospectiva às decisões da Corte tomadas em sede de controle difuso de constitucionalidade (por via de exceção), nos casos em que não há declaração de inconstitucionalidade, sem a observância do quórum qualificado de dois terços dos membros da Corte. Ocorre que, naquela hipótese, embora o objeto central em debate dissesse respeito à delimitação do quórum necessário à modulação de efeitos, não foi aprofundada a circunstância de que, naquele caso, não se estava diante de uma mudança jurisprudencial – o que foi apontado apenas pelo Ministro Gilmar Mendes, nos debates, em *obiter dictum*.<sup>236</sup> (*grifos nossos*)

▪ Julgamento em **18/08/2020**, RE n. 628.075/PR:

- **Objeto:** estorno pelo estado de destino de créditos fiscais presumidos de ICMS concedidos por estado de origem à revelia do CONFAZ<sup>237</sup>;
- **Decisão de mérito:** constitucionalidade da norma;
- **Proposta de modulação:** acatada (sem declaração de inconstitucionalidade ou alteração de jurisprudência dominante);
- **Fundamento:** princípios da boa-fé e da confiança legítima;
- **Análise:**

A atribuição de eficácia prospectiva à decisão, na hipótese, pautou-se em fundamentos relativos aos pressupostos materiais da utilização do instituto, sem que se observasse a necessidade de vinculação a um dos parâmetros, até então, vistos pela jurisprudência da Corte delimitadores legais do uso da

<sup>232</sup> SANTOS, André Torres dos. **Modulação de efeitos na jurisdição constitucional em matéria tributária**: uma análise de seus pressupostos materiais de aplicação na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. IDP, Brasília, 2021, p. 156.

<sup>233</sup> *Ibidem*, p. 156.

<sup>234</sup> *Ibidem*, p. 156.

<sup>235</sup> *Ibidem*, p. 164.

<sup>236</sup> *Ibidem*, p. 165.

<sup>237</sup> *Ibidem*, p. 165.

técnica: declaração de inconstitucionalidade e mudança de jurisprudência. Havia na hipótese, contudo, a especificidade de que o reconhecimento da constitucionalidade do dispositivo impugnado, considerando-se legítimo o estorno unilateral de créditos do imposto pelo estado-membro de destino, resultava, indiretamente, no reconhecimento da inconstitucionalidade de benefícios concedidos pelo estado-membro de origem sem a observância dos requisitos estabelecidos na Lei Complementar nº 24/1975.

[...]

É interessante observar que tais argumentos foram fundamentados na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB), em seu artigo 20, que dispõe sobre a consideração, pelo julgador, das consequências práticas das decisões. Foi a primeira ocasião em que, tratando de modulação de efeitos em matéria tributária, o Supremo Tribunal Federal fez referência àquela norma, possivelmente diante de não restarem caracterizadas as hipóteses do artigo 27 da Lei nº 9.868/99 (declaração de inconstitucionalidade) ou do artigo 927, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil (mudança de jurisprudência). Constam do voto do Ministro Gilmar Mendes referências, postas em paralelo, tanto ao dever constitucional de proteção dos direitos fundamentais dos contribuintes contra ações do fisco, quanto ao dever constitucional de preservação das competências tributárias – expressamente vinculadas à necessária arrecadação tributária considerada à luz do conceito de Estado Fiscal.<sup>238</sup> (*grifos nossos*)

- Julgamento em **24/02/2021**, ADI n. 1.945/MT e ADI n. 5.659/MG:
  - **Objeto**: hipóteses de incidência do ICMS e do ISS sobre operações de licenciamento e de cessão de direito de uso de programas de computador<sup>239</sup>;
  - **Decisão de mérito**: inconstitucionalidade da norma;
  - **Proposta de modulação**: acatada;
  - **Fundamento**: princípios da boa-fé e da confiança legítima;
  - **Análise**:

Extrai-se dos debates que a justificação da proposta, trazida pelo Ministro Dias Toffoli, vinculou-se, abertamente, à intenção de se “*evitar que se abra uma discussão jurídica, que será enorme, sobre repetição de indébito de ICMS para aqueles que recolheram esse imposto nos cinco anos anteriores*”. Para tanto, associou-se a redução da litigiosidade potencialmente decorrente do ajuizamento de ações de repetição de indébito à garantia da segurança jurídica e à previsibilidade. Não foram trazidos, nesse caso, argumentos vinculados aos impactos econômico-financeiros ou orçamentários da decisão aos Estados ou Municípios, tampouco aos contribuintes.<sup>240</sup>

- Julgamento em **01/03/2021**, RE n. 851.108/SP:
  - **Objeto**: leis estaduais sobre ITCD na ausência de lei complementar federal<sup>241</sup>;
  - **Decisão de mérito**: reconhecida a eficácia da leis;
  - **Proposta de modulação**: acatada;

<sup>238</sup> SANTOS, André Torres dos. **Modulação de efeitos na jurisdição constitucional em matéria tributária**: uma análise de seus pressupostos materiais de aplicação na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. IDP, Brasília, 2021, p. 165-166.

<sup>239</sup> *Ibidem*, p. 190.

<sup>240</sup> *Ibidem*, p. 190-191.

<sup>241</sup> *Ibidem*, p. 157.

- **Fundamento:** existência de precedente anterior do STF, no caso, “duas decisões monocráticas proferidas por Ministros da Corte”<sup>242</sup>
- **Análise:**

Embora suscitada em ocasiões anteriores pela corrente, até então, invariavelmente vencida [...], a flexibilização do conteúdo semântico atribuído ao conceito de “alteração de jurisprudência dominante”, de modo a estendê-lo para além da compreensão de que somente precedentes do Plenário do Supremo Tribunal Federal, com trânsito em julgado, constituiriam uma base de confiança legítima passível de fundamentar a proteção dos comportamentos exercidos a partir dela [...].

[...]

A proposta de modulação de efeitos suscitada pelo Ministro Dias Toffoli, relator, dentre outros fundamentos, pautou-se na afirmação de que existiriam decisões anteriores, do Supremo Tribunal Federal, no sentido de se reconhecer a competência legislativa plena dos Estados-membros para editarem leis prevendo a cobrança do ITCMD, ante a omissão legislativa da União. Os precedentes apontados, todavia, consistiam em apenas duas decisões monocráticas proferidas por Ministros da Corte, não submetidas a qualquer dos colegiados do Tribunal, tendo uma delas, inclusive, sido reconsiderada para fins de sobrestamento do julgamento do recurso extraordinário até o pronunciamento definitivo da Corte no próprio leading case ora referido, submetido à sistemática da repercussão geral. Na ocasião, por maioria, foi aprovada a proposta de modulação de efeitos sem que tenha sido discutido, nem mesmo pelos Ministros vencidos quanto ao uso da técnica prospectiva, o alcance do conceito de “alteração de jurisprudência dominante”.<sup>243</sup> (*grifos nossos*)

▪ **Julgamento em 15/03/2021, RE n. 605.552-ED/RS:**

- **Objeto:** hipóteses de incidência do ICMS e do ISS sobre operações com medicamentos preparados por farmácias de manipulação<sup>244</sup>;
- **Decisão de mérito:** constitucionalidade da norma;
- **Proposta de modulação:** acatada (sem declaração de inconstitucionalidade ou alteração de jurisprudência dominante);
- **Fundamento:** princípios da boa-fé e da confiança legítima;
- **Análise:**

[...] a jurisdição constitucional acaba por ultrapassar os limites da simples verificação quanto à compatibilidade constitucional da incidência de um dos tributos sobre determinado serviço para, a um só tempo, afirmar sobre a eventual compatibilidade ou incompatibilidade do outro, considerando a subsidiariedade verificada entre as hipóteses materiais de incidência de ambos.

[...] buscou-se solucionar a controvérsia mediante a estabilização das diversas (e conflitantes) relações jurídicas existentes até então, equilibrando-se a vedação à repetição do indébito, de um lado, com a vedação ao lançamento tributário retroativo, de outro, resguardando-se, em todo caso, o

<sup>242</sup> SANTOS, André Torres dos. **Modulação de efeitos na jurisdição constitucional em matéria tributária:** uma análise de seus pressupostos materiais de aplicação na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. IDP, Brasília, 2021, p. 157.

<sup>243</sup> *Ibidem*, p. 156-157.

<sup>244</sup> *Ibidem*, p. 167-169.

direito dos contribuintes e entes federados que haviam promovido ações judiciais ou procedimentos administrativos. Tal equilíbrio, no entender d Corte, estaria relacionado à garantia da segurança jurídica, traduzida nos princípios da boa-fé e da proteção da confiança.<sup>245</sup> (*grifos nossos*)

▪ Julgamento em **08/04/2021**, RE n. 669.196/DF:

- **Objeto:** ato que regulamentou a forma de notificação do contribuinte sobre a exclusão do programa REFIS<sup>246</sup>;
- **Decisão de mérito:** inconstitucionalidade do ato;
- **Proposta de modulação:** acatada;
- **Fundamento:** existência de precedente anterior do STF, que “vinha afirmando a natureza infraconstitucional da matéria, rejeitando o conhecimento do tema em sede de recurso extraordinário”<sup>247</sup>
- **Análise:**

Observa-se que [...] não se exigiu, para fins de se reconhecer a “alteração de jurisprudência dominante”, a existência de precedente de mérito firmado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, bastando, para tanto, decisões monocráticas, ou proferidas pelas Turmas do Tribunal, no sentido do não conhecimento da matéria em razão de reputá-la infraconstitucional – hipótese que, em ocasiões anteriores, já havia sido expressamente afastado pela Corte como fundamento legítimo para autorizar a modulação de efeitos fundada na alteração de jurisprudência dominante.<sup>248</sup> (*grifos nossos*)

▪ Julgamento em **13/05/2021**, RE n. 574.706/PR:

- **Objeto:** exclusão do ICMS na composição da base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS<sup>249</sup>;
- **Decisão de mérito:** inconstitucionalidade da norma;
- **Proposta de modulação:** acatada;
- **Fundamento:** existência de precedente anterior do STF e do STJ;
- **Análise:**

Na ocasião, por maioria, e após intensos debates, os Ministros concluíram ter havido modificação de jurisprudência dominante sobre a matéria, consubstanciada, historicamente, em manifestações do próprio Tribunal no sentido de reputar a matéria infraconstitucional e, em paralelo, existir jurisprudência, em seu entender, consolidada desde o extinto Tribunal Federal de Recursos (ainda que sob a égide de legislações anteriores), reafirmada pelo Superior Tribunal de Justiça e confirmada pela mesma Corte, sob o rito dos recursos repetitivos, no sentido da legitimidade da inclusão do imposto no cômputo da base de cálculo das Contribuições.<sup>250</sup>

<sup>245</sup> SANTOS, André Torres dos. **Modulação de efeitos na jurisdição constitucional em matéria tributária:** uma análise de seus pressupostos materiais de aplicação na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. IDP, Brasília, 2021, p. 167.

<sup>246</sup> *Ibidem*, p. 157.

<sup>247</sup> *Ibidem*, p. 157.

<sup>248</sup> *Ibidem*, p. 157-158.

<sup>249</sup> *Ibidem*, p. 158.

<sup>250</sup> *Ibidem*, p. 158.

Do ponto de vista qualitativo, o que se pode extrair desses casos arrolados é que:

- antes mesmo da positivação, por meio do art. 927, § 3º, do CPC, a possibilidade da adoção da *modulação temporal* com fundamento na *alteração de jurisprudência* já era discutida no âmbito doutrinário e jurisprudencial; nesse sentido, destaca-se Luís Roberto Barroso<sup>251</sup>, que defendia doutrinariamente tal posição desde, pelo menos, 2006<sup>252</sup>, posição essa que passou a sustentar no STF, na qualidade de ministro, ainda que vencido, como nos julgamentos do RE n. 723.651/PR, em 04/02/2016<sup>253</sup>, e RE n. 601.720/RJ, em 19/04/2017, ou, compondo a maioria vencedora, como no do RE n. 593.849/MG, em 19/10/2016;
- ao longo das discussões sobre qual seria o precedente a ser superado, para caracterizar a *alteração jurisprudencial* capaz de fundamentar eventual *modulação temporal*, embora nem sempre linear e coerente, o STF passou pela seguinte evolução: primeiro só se admitia como precedente posicionamento do Plenário e com o trânsito em julgado<sup>254</sup>; posteriormente, passou a admitir o precedente do STJ e outros Tribunais<sup>255</sup>; e, ainda que de forma episódica, chegou-se a admitir como precedente posicionamento de Turmas do STF e em pronunciamento monocrático<sup>256</sup>;
- pela primeira vez, no julgamento do RE n. 593.849/MG, em 19/10/2016, o STF acatou a proposta de *modulação temporal* com fundamento na *alteração de jurisprudência dominante*, prevista no art. 927, § 3º, do CPC<sup>257</sup>;
- pela primeira vez, no julgamento do RE n. 638.115/SP, em 18/12/2019, posteriormente, repetido no do RE n. 628.075/PR, em 18/08/2020, o STF acatou a proposta de *modulação temporal* com fundamento nas

---

<sup>251</sup> SANTOS, André Torres dos. **Modulação de efeitos na jurisdição constitucional em matéria tributária**: uma análise de seus pressupostos materiais de aplicação na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. IDP, Brasília, 2021, p. 112-113.

<sup>252</sup> cf. BARROSO, Luís Roberto. Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais. **Revista de Direito do Estado**, ano 1, n. 2. p. 261-288, abr./jun 2006.

<sup>253</sup> SANTOS, *Opus citatum*, p. 150.

<sup>254</sup> *Ibidem*, p. 153.

<sup>255</sup> *Ibidem*, p. 155-156.

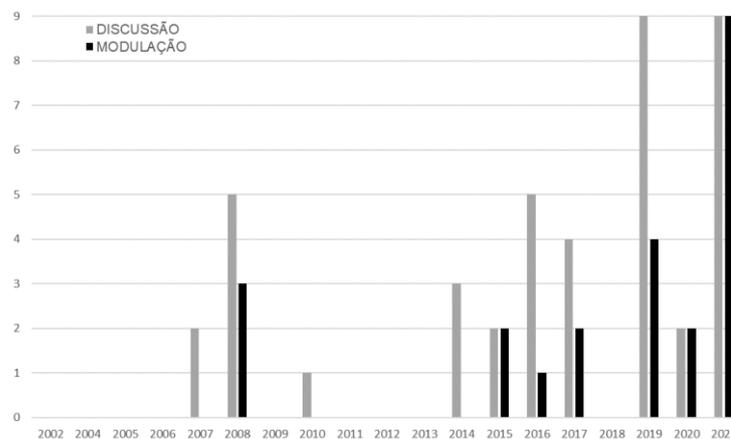
<sup>256</sup> *Ibidem*, p. 206.

<sup>257</sup> *Ibidem*, p. 154.

*consequências práticas da decisão*, previsto no art. 20 da LINDB; com isso STF passou a admitir a aplicação da *modulação temporal* fora dos pressupostos formais estabelecidos nos art. 27 da Lei n. 9.868/99 e do art. 927, § 3º, do CPC, ou seja: possui-se a acatar a *modulação temporal* mesmo que não haja *declaração da inconstitucionalidade nem alteração de jurisprudência dominante*.<sup>258</sup>

Do ponto de vista quantitativo, tabulando aos casos analisados por André Torres dos Santos em “OS PRESSUPOSTOS DE APLICAÇÃO DA MODULAÇÃO DE EFEITOS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL”<sup>259</sup>, pode-se elaborar o Gráfico 3, abaixo.

**Gráfico 3 – Discussão da modulação de efeitos no STF – Matéria tributária**



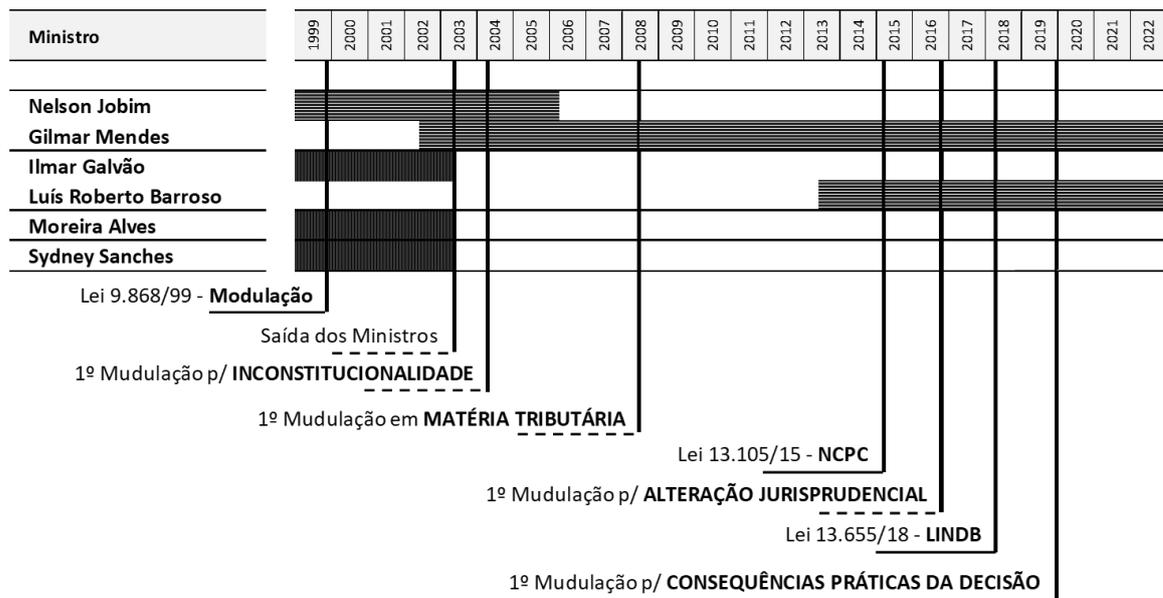
Fonte: Elaborado pelo autor (2022)

Da análise dos dois gráficos (este Gráfico 3 e o Gráfico 1, apresentado anteriormente) percebe-se expressivo aumento, a partir de 2017, do número de casos de discussão no STF sobre *modulação temporal*, tantos nos casos em geral quanto nos de matéria tributária. Indo além, importa recuperar a Figura 1, apresentada anteriormente, com o marcos do processos de consolidação da *modulação temporal*, desde a primeira positivação com o art. 27 da Lei n. 9.868/99, e plotar os casos “pioneiros”, para, a partir daí, fazer algumas constatações e indagações.

<sup>258</sup> SANTOS, André Torres dos. **Modulação de efeitos na jurisdição constitucional em matéria tributária**: uma análise de seus pressupostos materiais de aplicação na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. IDP, Brasília, 2021, p. 165-166.

<sup>259</sup> *Ibidem*, p. 123-161.

**Figura 2 – Consolidação da *modulação temporal* de efeitos – Decisões**



Fonte: Elaborado pelo autor (2022)

A primeira situação evidenciada é o período (cerca de 4 anos) que decorreu desde a publicação da Lei n. 9.868/99 e o primeiro caso em que houve a *modulação temporal*. Conforme já relado anteriormente, há quem atribua o “descongelamento” da aplicação da técnica da modulação à alteração da composição do STF, com a saída quase simultânea de três ministros. Ainda com relação à alteração da composição da Suprema Corte, importa rememorar a entrada de três ministros, que antes de ingressarem no STF, estiveram envolvidos com a elaboração do anteprojeto que deu origem à Lei n. 9.868/99 e que, após ingressarem na Cortê, desempenharam, cada uma a sua maneira, papel importante no desenvolvimento e consolidação da aplicação da *modulação temporal* no âmbito do STF: Nelson Jobim, presidente da Corte quando da aplicação da técnica pela primeira vez; Gilmar Mendes, que liderou as primeiras propostas de *modulação temporal* dos efeitos nas decisões de controle de constitucionalidade, inclusive defendendo sua aplicação no controle difuso; e Roberto Barroso, que teve papel decisivo na defesa da modulação com fundamento na *alteração de jurisprudência dominante*.

A despeito de posição doutrinária que considerava ser prescindível a positivação da *modulação temporal* no ordenamento jurídico brasileiro, pois o próprio STF já vinha fazendo uso da técnica mesmo antes Lei n. 9.868/99, o que se observa é que a atuação legislativa, no sentido de alargar os pressupostos materiais de

cabimento (“segurança jurídica”, “excepcional interesse público”, “alteração de jurisprudência dominante” e “consequências práticas da decisão”) acabou por fomentar a judicialização de ações com fulcro nesses pressupostos, aumentando o número de casos em que a questão é discutida e, por consequência, dos casos em que a *modulação temporal* foi efetivada.

Olhando em retrospectiva estes 20 anos de efetivo uso da modulação temporal (2002-2022) fica evidenciada a responsabilidade que a ciência do direito terá, no sentido de aprimorar esse importante e drástico instituto jurídico, estabelecendo seus limites e suas limitações, delineando os contornos de aplicação, por meios da depuração de seus pressupostos materiais, formais, processuais e temáticos de cabimento, justamente porque doutrinadores de vários matizes - tantos os mais críticos ao instituto jurídico, quanto os mais simpáticos a ele - fazem o alerta de que a *modulação temporal* de efeitos de decisões deva ser usada com parcimônia, sendo a exceção, sob pena, de um lado, estimular a edição de leis inconstitucionais<sup>260</sup> e, de outro, afetar a segurança jurídicas em seus ideais basilares: cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito<sup>261</sup>.

---

<sup>260</sup> ARRUDA ALVIM, Thereza Diniz de; ARRUDA ALVIM, Teresa de. Notas acerca da modulação do art. 927, § 3º, do CPC. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, n. 31, fev. 2020, p. 90.

<sup>261</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011, p.498.

## 5 CONCLUSÃO

O “novo constitucionalismo” (*neoconstitucionalismo*) é marcado por características que “hipertrofiam” o poder judiciário, de forma geral, e as cortes constitucionais, em específico, em detrimento dos poderes executivo e legislativo, da forma que foram modernamente concebidos.

Ao se conferir ao juiz a prerrogativa de, ao decidir, avaliar consequências para além da questão em litígio e da norma aplicável ao caso concretamente considerado, o sistema jurídico ganha uma abertura que, se usada de forma excepcional e parcimoniosa, pode ser capaz de consolidar valores do estado de direito, que se concretiza numa entidade juridicamente organizada e pautada por normas preestabelecidas, e resguardar direitos fundamentais, notadamente aqueles inerentes às garantias individuais. Porém, essa abertura não pode ser excessiva, ao ponto de esgarçar o sistema jurídico, de forma a descaracterizá-lo - enquanto corpo técnico-burocrático-legal submetido ao arcabouço jurídico-normativo, neutro e equidistante em relação às partes - pela contaminação da confrontação política, partidária por excelência e classicamente própria dos outros dois poderes, representativos e sujeitos ao escrutínio democrático, por meio do voto popular.

Nesse sentido de abertura do sistema, o ordenamento jurídico deve ser dotado de alguma “válvula de escape”, que permita viabilizar, de forma excepcionalíssima, a solução de “casos difíceis”, de modo que, ao final, com a decisão tomada, ainda haja promoção de valores constitucionais fundamentais. Nesses “hard cases”, com a ponderação e sopesamento das diversas *consequências jurídicas*, a *modulação temporal* dos efeitos da decisão somente pode se constituir numa forma juridicamente válida e legítima para solucionar o conflito se, em decorrência de tal decisão, ainda se consagrar valores constitucionais nobres, ou melhores que aqueles que resultariam da decisão, caso não houvesse a modulação.

No Brasil, a positivação da *modulação temporal* só ocorreu há cerca de duas décadas; estando, ainda, o dispositivo pioneiro que a instituiu (art. 27 da Lei n. 9.868/99) *sub judice*, por alegada inconstitucionalidade. Entretanto, o fato é que neste período o instituto vem tendo sua abrangência de aplicação ampliada, tanto na via jurisprudencial (cita-se como exemplo a extensão de sua aplicação para o controle difuso, enquanto a lei expressamente previa para o controle concentrado, e as posições que defendiam sua aplicação nos casos de alteração jurisprudencial, mesmo ante de haver previsão legal), quanto na legislativa (publicação dos art. 927, § 3º, CPC

e art. 20 a 23 da LINDB). Isso tem visivelmente repercutido no número de casos submetido à apreciação no STF, e, conseqüentemente, no número de casos em a modulação é aplicada.

Quanto aos pressupostos materiais, formais, processuais e temáticos de cabimento da *modulação temporal* dos efeitos das decisões, do ponto de vista jurisprudencial as posições ainda são oscilantes, e no âmbito doutrinário, nota-se acentuada divergência. Nesse sentido, faz-se necessário intensificar e aprofundar os estudos e pesquisas, tanto do ponto de vista dogmático quanto zetético, fomentando e ampliando o debate sobre tal instituto jurídico, de forma a não se trocar o "dogma da nulidade" pelo "dogma da modulação".

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Modulação de efeitos como categoria consequencialista: das funções tradicionais às contemporâneas. **Suprema - Revista de Estudos Constitucionais**, Brasília, v. 1, n. 2, p. 363-393, jul./dez. 2021.

ANDRADE, Fábio Martins de. **O argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico e a modulação temporal dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária**. 2010. 423 f. Tese (Doutorado em Direito Público) Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

ANDRADE, Fábio Martins de. **Modulação e consequencialismo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

ANDRADE, José Maria Arruda de. Consequencialismo e argumento de risco fiscal na modulação de efeitos em matéria tributária. **Revista de Direito Tributário Atual**, n. 40, p. 472-488, 2018.

ARGUELHES, Diego Werneck. **Argumentação consequencialista e estado de direito: subsídios para uma compatibilização**. In: XIV Encontro Nacional do CONPEDI, 2005, Fortaleza. Anais do XIV Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2005.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [meta] teoria normativa da decisão judicial: caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ARGUELHES, Diego Werneck. O Supremo na política: a construção da supremacia judicial no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 250, p. 5-12, 2009.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Dois problemas de operacionalização do argumento de "capacidades institucionais". **Revista Estudos Institucionais**, v. 2, n. 1, p. 192-213, 2016.

ARRUDA ALVIM, Teresa de; MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. Modulação: momento adequado, competência, critérios à luz de exemplos da jurisprudência. **Suprema: revista de estudos constitucionais**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 181-213, jan./jun. 2021.

ARRUDA ALVIM, Thereza Diniz de; ARRUDA ALVIM, Teresa de. Notas acerca da modulação do art. 927, § 3º, do CPC. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, n. 31, p. 87-100, fev. 2020.

ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 19, p. 157-180, março 2001.

ÁVILA, Humberto, "Neoconstitucionalismo": entre a "ciência do direito" e o "direito da ciência", **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, n. 17, pp. 1-19, jan-mar/2009.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 11. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2010.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 240, p. 1-42, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 23-50, 2015.

BOCCATO, Esdras. **Modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade**: ponderação, subsunção e dosimetria. 2013. 194 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

BRASIL. **Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm). Acesso em: 27 jul. 2022.

BRASIL. **Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm). Acesso em: 27 jul. 2022.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 27 jul. 2022.

BRASIL. **Lei n. 13.655, de 25 de abril de 2018**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13655.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13655.htm). Acesso em: 27 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo STF nº 476**. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo476.htm>. Acesso em: 6 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Linha sucessória dos Ministros** – quadro ilustrativo. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=sobreStfComposicaoMinistroApresentacao&pagina=linhasucessoria>. Acesso em: 27 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **ADI 2.154 e ADI 2.258**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1807999>. Acesso em: 6 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário nº 197.917-8**. Relator: Min. Maurício Corrêa, DJ 07.05.2004. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1631538>. Acesso em: 27 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário nº 560.526-1**. Relator: Min. Gilmar Mendes, julgamento em 12.06.2008, DJ 28.11.2008. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2550503>. Acesso em: 27 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário nº 593.849**. Relator: Min. Edison Fachin, DJ 18.04.2017. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2642284>. Acesso em: 27 jul. 2022.

COMANDUCCI, Paolo. **Formas de (neo)constitucionalismo**: un análisis metateórico. Traduzido do italiano por Miguel Carbonell. Isonomía, México, n. 16, p. 89-112, abr. 2002.

DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da jurisprudência no direito tributário**: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar. São Paulo: Noeses, 2009.

DIAS, Daniela Gueiros. **Consequencialismo judicial no direito tributário brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Tributário, 2021.

DIDIER, Fredie Souza; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às

Normas do Direito Brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 143-160, jan./mar. 2019.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Consequencialismo, neoconstitucionalismo e argumentação jurídica. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva *et al.* **Consequencialismo no Poder Judiciário**. Indaiatuba: Foco, 2019, p. 128-129.

HIRSCHL, Ran. **Rumo à juristocracia** – as origens e consequências do novo constitucionalismo. Trad. Amauri Feres Saad. 1. ed. Londrina: Editora E.D.A, 2020.

LEAL, Fernando Angelo Ribeiro; DIAS, Daniela Gueiros. Consequencialismo judicial na modulação de efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade nos julgamentos de direito tributário. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 7, p. 818-843, 2017.

LIMA LOPES, José Reinaldo. Entre a teoria da norma e a teoria da ação. *In*: STORCK, Alfredo Carlos; LISBOA, Wladimir Barreto (Orgs.). **Norma, moralidade e interpretação: temas de filosofia política e do direito**. Porto Alegre: Linus Editores, 2009.

MAGALHÃES, Andréa. **Jurisprudência da crise: uma perspectiva pragmática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. *E-book*.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Consequencialismo jurídico e a Constituição de 1988. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva *et al.* **Consequencialismo no Poder Judiciário**. Indaiatuba: Foco, p. 17-28, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira. A nulidade da lei inconstitucional e seus efeitos. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 11, n. 11, p. 97-105, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. **Curso de direito constitucional**. 6 ed. São Paulo. Saraiva, 2011.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB - indicando consequências e regularizando atos e negócios. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], p. 43–61, 2018.

MOLINARI, Flávio Miranda. **Modulação temporal de efeitos em matéria tributária pelo STF**. 2020. 135 f. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2020.

PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno Meyerhof. Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 262, p. 95-144, 2013.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Efeitos da decisão de inconstitucionalidade em Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, 2002.

PISCITELLI, Tathiane dos Santos. **Argumentando pelas consequências no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2011.

POGREBINSCHI, Thamy; EISENBERG, José. Pragmatismo, direito e política. **Revista Novos Estudos Cebrap**, n. 62, p. 107-121, mar. 2002.

SANTOLIM, Cesar. Ainda sobre a Lei nº 13.655/2018: sobre compatibilizar deontologismo e consequencialismo. **Revista Eletrônica do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul**, Edição Especial 30 anos da Constituição Estadual, Porto Alegre, p. 162-166, 2019.

SANTOS, André Torres dos. **Modulação de efeitos na jurisdição constitucional em matéria tributária**: uma análise de seus pressupostos materiais de aplicação na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 2021. 254 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021.

SANTOS, Maike Wile dos. **Levando as consequências a sério**: direito, racionalidade e consequencialismo. 2020. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

SARMENTO, Daniel. Eficácia temporal do controle de constitucionalidade das leis. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 212, p. 27-40, 1998.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *In*: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). **Leituras complementares de direito constitucional**: teoria da constituição. Salvador: JusPodivm, 2009.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 248, p. 130-158, 2008.

SILVA, Guilherme Villas Bôas. **O impacto do argumento financeiro na modulação de efeitos do Supremo Tribunal Federal**. 2019. 143 f. Dissertação (Mestrado profissional em Direito Tributário) - Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2019.

SILVA, Virgílio Afonso. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. *In*: SILVA, Virgílio Afonso (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

TEODOROVICZ, Jeferson. Segurança jurídica em direito tributário, modulação de efeitos e o artigo 927 do Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015). **RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, [S. l.], n. 38, p. 262 - 291, fev. 2021.

TORRES, Ricardo Lobo. O consequencialismo e a modulação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal. **Revista Direito Tributário Atual**, [S. l.], n. 24, p. 439-463, 2010.

VIARO, Felipe Albertini Nani. Consequencialismo e decisão judicial. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva *et al.* **Consequencialismo no Poder Judiciário**. Indaiatuba: Foco, 2019. p. 73-86.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, [S. l.], v. 4, n. 2, p. 441-463, 2008.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 2000. 187 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2000.