

AMBRA UNIVERSITY  
SCHOOL OF LEGAL STUDIES  
MASTER OF SCIENCE IN LEGAL STUDIES  
MASTER'S THESIS

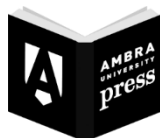
EUCLIDES DE ALMEIDA SILVA FILHO

**DA CESSAÇÃO AUTOMÁTICA DOS EFEITOS TEMPORAIS DA  
COISA JULGADA: ENTRE A MODIFICAÇÃO DE SENTIDO  
DO ARTIGO 5º, INCISO XXXVI, DA CONSTITUIÇÃO E  
A PROTEÇÃO DEFICIENTE DA COISA JULGADA.**

ORLANDO, FL

2023





Copyright 2023 © by

Euclides de Almeida Silva Filho.

All rights reserved.

Publisher: Ambra University Press.

First edition: August 2023 (Revision 1.0a)

Author: Euclides de Almeida Silva Filho

Title: Da cessação automática dos efeitos temporais da coisa julgada: entre a modificação de sentido do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição e a proteção deficiente da coisa julgada.

Type of publication: Master's Thesis

Program: Master of Science in Legal Studies

Institution: Ambra University (Orlando, FL).

Date of public defense: August 29, 2023.

E-book format: PDF

ISBN: 978-1-952514-84-5 (e-book – PDF)

Ambra is a trademark of Ambra Education, Inc. registered in the U.S. Patent and Trademark Office.

Ambra University Press is a division of Ambra Education, Inc.

Orlando, FL, USA

<https://thesis.ambra.education> • <https://press.ambra.education/> • <https://www.ambra.education/>



#### Copyright License

(<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>)

Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International  
(CC BY-NC-ND 4.0)



#### Citation APA

Filho, E. A. S. (2023). *Da cessação automática dos efeitos temporais da coisa julgada: entre a modificação de sentido do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição e a proteção deficiente da coisa julgada* (ISBN No. 978-1-952514-84-5)

[Master's thesis, Ambra University].

<https://thesis.ambra.education>

#### Citation ABNT

FILHO, Euclides de Almeida Silva. **Da cessação automática dos efeitos temporais da coisa julgada: entre a modificação de sentido do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição e a proteção deficiente da coisa julgada.** 2023. Dissertação (Mestrado em ciências jurídicas) - School of Legal Studies, Ambra University, Orlando, Flórida, 2023.

*The translation below is for convenience only. In case of any conflict, English text in the previous page prevails.*

**A tradução abaixo é somente por conveniência. Em caso de quaisquer conflitos, o texto em inglês da página anterior prevalece.**

Copyright 2023© por

Euclides de Almeida Silva Filho.

Todos os direitos reservados.

Editora: Ambra University Press

Primeira edição: agosto de 2023 (Revisão 1.0a)

Autor: Euclides de Almeida Silva Filho

Título: Da cessação automática dos efeitos temporais da coisa julgada: entre a modificação de sentido do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição e a proteção deficiente da coisa julgada.

Tipo de publicação: Dissertação de mestrado

Programa: Master of Science in Legal Studies

Instituição: Ambra University (Orlando, FL).

Data da defesa pública: 29 de agosto de 2023



Formato e-book: PDF

ISBN: 978-1-952514-84-5 (e-book – PDF)

Ambra é uma marca da Ambra Education, Inc. registrada no U.S. Patent and Trademark Office.

Ambra University Press é uma divisão da Ambra Education, Inc.

Orlando, FL, EUA

<https://thesis.ambra.education> • <https://press.ambra.education/> • <https://www.ambra.education/>

#### Licença de Copyright

([https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.pt\\_BR](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.pt_BR))

Atribuição-NãoComercial-SemDerivações 4.0 Internacional  
(CC BY-NC-ND 4.0)



#### Citação APA

Filho, E. A. S. (2023). *Da cessação automática dos efeitos temporais da coisa julgada: entre a modificação de sentido do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição e a proteção deficiente da coisa julgada* (ISBN No. 978-1-952514-84-5)

[Master's thesis, Ambra University].

<https://thesis.ambra.education>

#### Citação ABNT

FILHO, Euclides de Almeida Silva. **Da cessação automática dos efeitos temporais da coisa julgada: entre a modificação de sentido do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição e a proteção deficiente da coisa julgada.** 2023. Dissertação (Mestrado em ciências jurídicas) - School of Legal Studies, Ambra University, Orlando, Flórida, 2023.

EUCLIDES DE ALMEIDA SILVA FILHO

**DA CESSAÇÃO AUTOMÁTICA DOS EFEITOS TEMPORAIS  
DA COISA JULGADA: ENTRE A MODIFICAÇÃO DE  
SENTIDO DO ARTIGO 5º, INCISO XXXVI,  
DA CONSTITUIÇÃO E A PROTEÇÃO  
DEFICIENTE DA COISA JULGADA**

*Master's thesis approved by the evaluation board below as one of the requirements towards the Master of Science in Legal Studies degree by the School of Legal Studies at Ambra University.*

Dissertação de mestrado aprovada pela banca de avaliação abaixo como um dos requisitos para a obtenção do título de Master of Science in Legal Studies da School of Legal Studies da Ambra University.

*Date of the defense: August 29, 2023*

Data da defesa: 29 de agosto de 2023.

**Evaluation board:**

**Banca avaliadora:**

agosto 29, 2023 | 11:19 AM PDT

DocuSigned by:

*Daniela Copetti Cravo*

ADA1B8F76C6F437...

Prof. Dra. Daniela Copetti Cravo

agosto 29, 2023 | 3:36 PM PDT

DocuSigned by:

*B*

79F78B5F7EE3424...

Prof. Dr. Lucas Bevilacqua

agosto 29, 2023 | 2:36 PM EDT

DocuSigned by:

*Nicole Rinaldi de Barcellos*

C8F7B84E2C1847C...

Prof. Dra. Nicole Rinaldi de Barcellos

agosto 30, 2023 | 12:33 AM PDT

DocuSigned by:

*[Signature]*

A42B9310B67F449...

Prof. Dr. Rafael de Oliveira Costa

Orlando, Florida  
Agosto de 2023

## RESUMO

Por ocasião da conclusão dos julgamentos dos Recursos Extraordinários nº 955.297/BA e 949.227/CE, em 2023, o Supremo Tribunal Federal formou o padrão decisório vinculante relativos aos Temas 881 e 885 da Repercussão Geral, de modo a permitir a cessação automática dos efeitos da coisa julgada no tempo sobre relações jurídicas tributárias de trato sucessivo, na hipótese de haver decisão de (in)constitucionalidade de uma exação tributária superveniente à formação da coisa julgada individual proveniente de controle concentrado de constitucionalidade ou controle difuso de constitucionalidade exercido sob a sistemática da repercussão geral.

A dita compreensão levada a cabo pelo STF sobre a coisa julgada representa um ineditismo, sem paralelo evidente no direito comparado ou nos precedentes dos Tribunais Superiores sobre o tema. Dado o seu caráter vinculante aos demais órgãos jurisdicionais, a sua aplicação será obrigatória a todos os casos judiciais que se ajustem ao âmbito de incidência da decisão.

O problema da pesquisa pode ser traduzido na seguinte pergunta: o caso da cessação automática dos efeitos temporais da coisa julgada em caso de superveniente decisão do STF, em controle concentrado ou difuso em sede de repercussão feral, sobre a (in)constitucionalidade de exação tributária nas relações jurídicas tributárias de trato sucessivo representa uma mutação constitucional do artigo 5º, inciso XXXVI, da CF/88 ou representa uma proteção deficiente da coisa julgada?

A pesquisa utilizará o método de abordagem de dados hipotético-dedutivo. Os métodos de procedimento a serem utilizados na pesquisa são o método histórico, o método monográfico, o método fenomenológico e o método sistemático. Como técnicas de pesquisa, serão empregadas a documental e a bibliográfica, com destaque à análise de livros, artigos, dissertações, teses, normas legais e decisões judiciais e administrativas. Os marcos teóricos que darão suporte à pesquisa serão a teoria estruturante do direito (Müller), a hermenêutica filosófica (Gadamer), o direito com integridade (Dworkin) e a Crítica Hermenêutica do Direito (Streck).

A hipótese a ser sustentada nesta pesquisa será a de que não, o caso da cessação automática dos efeitos temporais da coisa julgada em caso de superveniente decisão do STF, em controle concentrado ou difuso em sede de repercussão geral, sobre a (in)constitucionalidade de exação tributária nas relações jurídicas tributárias de trato sucessivo não representa uma mutação constitucional do artigo 5º, inciso XXXVI, da CF/88, por não representar uma solução que confira proteção adequada à coisa julgada, mas, sim, uma proteção deficiente, motivo pela qual ela é inconstitucional, além de representar uma solução ativista adotada pelo Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: coisa julgada; padrões decisórios vinculantes; ativismo judicial; mutação constitucional.

## ABSTRACT

On the occasion of the conclusion of the judgments of Extraordinary Appeals nº 955.297/BA and 949.227/CE, in 2023, the Federal Supreme Court formed the binding decision-making pattern related to Themes 881 and 885 of the General Repercussion, in order to allow the automatic cessation of the effects of *res judicata* in the time on successive tax legal relations, in the event of a decision of (un)constitutionality of a tax charge supervening the formation of the individual *res judicata* arising from concentrated constitutionality control or diffuse constitutionality control exercised under the general repercussion system.

The understanding carried out by the STF on *res judicata* represents a novelty, with no evident parallel in comparative law or in the precedents of the Superior Courts on the subject. Given its binding character on other jurisdictional bodies, its application will be mandatory in all judicial cases that fit within the scope of the decision.

The research problem can be translated into the following question: the case of the automatic cessation of the temporal effects of the *res judicata* in the event of a supervening decision of the STF, in concentrated or diffuse control in terms of general repercussion, on the (un)constitutionality of tax exaction in the tax legal relations of successive treatment does it represent a constitutional mutation of article 5, item XXXVI, of CF/88 or does it represent a deficient protection of *res judicata*?

The research will use the hypothetical-deductive data approach method. The procedural methods to be used in the research are the historical method, the monographic method, the phenomenological method and the systematic method. Documentary and bibliographic research will be used as research techniques, with emphasis on the analysis of books, articles, dissertations, theses, legal norms and judicial and administrative decisions. The theoretical frameworks that will support the research will be the structuring legal theory (Müller), philosophical hermeneutics (Gadamer), law as integrity (Dworkin) and the Hermeneutic Critique of Law (Streck).

The hypothesis to be supported in this research will be that no, the case of the automatic cessation of the temporal effects of the *res judicata* in case of supervening decision of the STF, in concentrated or diffuse control in general repercussion, on the (un)constitutionality of tax exaction in successive tax legal relations does not represent a constitutional mutation of article 5, item XXXVI, of CF/88, as it does not represent a solution that provides adequate protection to *res judicata*, but rather a deficient protection, which is why it is unconstitutional, in addition to representing an activist solution adopted by the Federal Supreme Court.

Keywords: *res judicata*; binding decision standards; judicial activism; constitutional mutation.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>01</b>
<b>1. APORTE HISTÓRICO DA TEORIA DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL .....</b>	<b>07</b>
1.1. Noções preliminares de mutação constitucional.....	07
1.2. Contornos aos quais o tema da mutação constitucional se insere.....	10
1.3. Contexto histórico do surgimento da teoria da mutação constitucional e contribuições de Paul Laband e Georg Jellinek .....	12
1.4. Contribuições de Hermann Heller e Rudolf Smend .....	16
1.5. Contribuições de Hsü Dau-Lin. Primeira classificação sistemática das mutações constitucionais. Mutação constitucional que passa a ser concebida como integrante da teoria de direito constitucional.....	18
1.6. Contribuições de Konrad Hesse. Mudança de paradigma em favor da Força Normativa da Constituição. Precedentes de Hans Kelsen .....	21
1.7. Friedrich Müller e a Teoria Estruturante do Direito .....	25
<b>2. CONTORNOS PARA A CONCEPÇÃO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO UM FENÔMENO HERMENÊUTICO.....</b>	<b>34</b>
2.1. O pós-positivismo .....	34
2.2. A Filosofia da Linguagem e a virada linguística .....	41
2.3. Elementos da Crítica Hermenêutica do Direito .....	56
2.4. A mutação constitucional como um fenômeno hermenêutico.....	68
<b>3. ESPECIFICIDADES ATINENTES À COISA JULGADA E À SEGURANÇA JURÍDICA EM QUESTÕES TRIBUTÁRIAS .....</b>	<b>90</b>
3.1. Contornos do problema.....	90
3.2. Relações entre a proteção da coisa julgada e a segurança jurídica .....	97
3.3. Caracteres da coisa julgada.....	111
3.4. Caracteres das sentenças constitucionais .....	124
3.5. Doutrina dos precedentes e padrões decisórios vinculantes .....	130
3.6. O ativismo judicial em matéria tributária na jurisdição constitucional .....	149
<b>4. ANÁLISE DA CESSAÇÃO AUTOMÁTICA DOS EFEITOS DA COISA JULGADA NO TEMPO EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA NO CONTEXTO DA LEGITIMIDADE DA MODIFICAÇÃO DE SENTIDO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS .....</b>	<b>164</b>
4.1. Precedentes dos Tribunais Superiores sobre o tema .....	164
4.2. Análise do Julgamento dos Recursos Extraordinários nº 949.297 e 955.227 (Temas 881 e 885 da Repercussão Geral do STF) .....	179
4.3. Análise hermenêutica ao sentido normativo do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal em razão do julgamento dos Temas 881 e 885 da Repercussão Geral do STF .....	188
4.4. Análise do julgamento dos Temas 881 e 885 da Repercussão Geral do STF com enfoque na teoria da decisão e na sistemática dos precedentes judiciais.....	218
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>228</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>235</b>

## INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal concluiu, no ano de 2023, o julgamento dos Recursos Extraordinários nº 949.297/CE e 955.227/BA, *Leading Cases* para os Temas 881 e 885, que fixou o seguinte enunciado:

“1. As decisões do STF em controle incidental de constitucionalidade, anteriores à instituição do regime de repercussão geral, não impactam automaticamente a coisa julgada que se tenha formado, mesmo nas relações jurídicas tributárias de trato sucessivo. 2. Já as decisões proferidas em ação direta ou em sede de repercussão geral interrompem automaticamente os efeitos temporais das decisões transitadas em julgado nas referidas relações, respeitadas a irretroatividade, a anterioridade anual e a noventena ou a anterioridade nonagesimal, conforme a natureza do tributo.”

O padrão decisório vinculante formado com este julgamento trata de uma problemática das mais relevantes na atualidade, a relativa à cessação automática dos efeitos temporais da coisa julgada em matéria tributária. Mais especificamente, com este julgamento, estabeleceu-se a dispensabilidade da propositura de ação revisional e/ou rescisória para a cessação dos efeitos temporais da coisa julgada em relações jurídicas tributárias continuativas, bastando, para isso, decisão vinculante sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada exação tributária em sentido contrário à coisa julgada individual decorrente de controle concentrado ou difuso de constitucionalidade sob a sistemática da repercussão geral. Deverá, adicionalmente, haver o respeito das anterioridades anual e nonagesimal, a depender do tributo, e da irretroatividade tributária.

Deste modo, o STF passou a entender que a formação de um padrão decisório vinculante sobre a (in)constitucionalidade de uma exação tributária supervenientemente à coisa julgada em processo individual, quando em sentido contrário, representa uma modificação no estado de direito a que alude o artigo 505, inciso I, do CPC, não devendo, portanto, o Fisco ou o contribuinte manejar uma ação com este propósito, podendo exercer de imediato os direitos e deveres correspondente ao superveniente padrão decisório. A exceção a esta imediatividade diz respeito à hipótese de o padrão decisório estabelecer a constitucionalidade de uma exação tributária tida por inconstitucional no processo individual, ocasião na qual, para que a exação tributária volte a ser exigida do contribuinte, dever-se-ão ser respeitados os prazos atinentes à anterioridade, bem como não poderão ser cobrados tributos por fatos geradores ocorridos anteriormente à formação do padrão decisório.

O instituto da coisa julgada vem previsto na Constituição Federal no inciso XXXVI do artigo 5º, que lhe confere proteção e dignidade de direito fundamental. Dentro do Estado Democrático de Direito, a coisa julgada é condição de possibilidade para garantir um estado de segurança jurídica e efetividade ao exercício da jurisdição pelo Poder Judiciário. Sem o



respeito da coisa julgada ou sua “fragilização”, corre-se o risco da criação de um Estado de Exceção, mediante o rompimento com a autonomia e a integridade do Direito, bem como pela possibilidade daqueles que detêm maior poder político ou econômico de exercer arbitrária e unilateralmente suas próprias razões.

A dita compreensão levada a cabo pelo STF sobre a coisa julgada representa um ineditismo, sem paralelo evidente no direito comparado ou nos precedentes dos Tribunais Superiores sobre a temática, apto ao levantamento do questionamento se se está diante de uma mutação constitucional do artigo 5º, inciso XXXI, da Constituição Federal, que confere proteção à coisa julgada, ou se está diante de uma proteção deficiente deste instituto jurídico.

Sendo assim, esta pesquisa terá por objetivo geral analisar se a hipótese da cessação automática dos efeitos temporais da coisa julgada em relações jurídicas tributárias sucessivas, em decorrência de decisões de (in)constitucionalidade vinculantes, em controle difuso ou concentrado de constitucionalidade, representa uma modificação do sentido texto normativo do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal de 1988 (mutação constitucional), ou representa uma compreensão que gera uma proteção deficiente ao instituto da coisa julgada. Os marcos teóricos que darão suporte à pesquisa serão a teoria estruturante do direito (Müller), a hermenêutica filosófica (Gadamer), o direito com integridade (Dworkin) e a Crítica Hermenêutica do Direito (Streck).

Para fornecer a devida contextualização, o Poder Judiciário nacional encontra-se assoberbado pelo excessivo número de demandas, que dificulta uma prestação jurisdicional qualitativa e em tempo célere, e a existência do fenômeno conhecido como “jurisprudência lotérica”, caracterizado pela inexistência de estabilidade e uniformidade de entendimento pelo Poder Judiciário sobre casos semelhantes. Por conta disso, o Código de Processo Civil de 2015 inseriu o artigo 926, prescrevendo o dever de os Tribunais uniformizarem a sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. Já o artigo 927, incisos I ao IV, do mesmo CPC, apresentou um elenco dos chamados padrões decisórios vinculantes, decisões estas a que os órgãos do Poder Judiciário estarão vinculados.

A adequada compreensão conforme a Constituição sobre a temática relativa aos padrões decisórios vinculantes tem se revelado um grande desafio para a comunidade jurídica nacional, arraigada muitas vezes a paradigmas teóricos ultrapassados, além da inserção do Brasil na tradição jurídica do *civil law*, sem muita feição à cultura dos precedentes judiciais oriunda do *common law*.

Na outra ponta, a realidade contemporânea é marcada por mudanças econômicas, sociais e tecnológicas que ocorrem um ritmo intenso e constante, de maneira que até mesmo

as normas constitucionais estão sujeitas a sofrerem atualizações na sua compreensão, forjando novos sentidos, até então inéditos. A coisa julgada é um destes institutos jurídicos a ser afetada pelas mudanças da contemporaneidade. As relações jurídicas se tornaram mais complexas e multifacetadas, de modo que se antes o perfil das demandas judiciais era mais consentâneo ao binômio lícito/ilícito, com o foco voltado para a regência dos efeitos passados de relações já consolidadas, hoje o perfil das demandas judiciais encontra-se cada vez menos preso ao binômio lícito/ilícito e mais voltados para os efeitos presentes e futuros das relações jurídicas.

A questão de como deve ser regida a coisa julgada para após a sua formação é de importância de primeira ordem atualmente, bem como a da compatibilização da proteção constitucionalmente conferida à coisa julgada com o perfil de demandas judiciais da contemporaneidade. Infere-se disto que o significado da proteção constitucionalmente adequada da coisa julgada é referente às características e peculiaridades dos casos concretos.

No caso de ser possível destacar uma atualização compreensiva sobre o que seja proteção constitucionalmente adequada à coisa julgada, estar-se-á diante da ocorrência de uma mutação constitucional sobre o artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal. Todavia, a mutação constitucional deve ser compreendida como um fenômeno hermenêutico, diferentemente do propugnado nas suas origens históricas, caudatária da concepção sociológica da Constituição.

É necessário, portanto, fomentar uma concepção de mutação constitucional consentânea com os paradigmas do Estado Democrático de Direito e do pós-positivismo, para que ela não se torne um artifício para sustentar a violação da alteridade do texto constitucional ou der azo a discricionariedades/ativismos judiciais, casos em que se estará não propriamente diante de legítimas atualizações de compreensão sobre normas constitucionais, mas, sim, diante de rompimentos constitucionais. Para tanto, objetiva-se a análise da mutação constitucional sob o prisma dos marcos teóricos adotados e sua conformação com a Constituição Federal de 1988 e com a teoria dos direitos fundamentais.

Os casos mais comuns a atraírem a incidência do padrão decisório dos Temas 881 e 885 do STF dizem respeito à cessação automática dos efeitos temporais da coisa julgada por decisão superveniente do STF sobre ações/medidas antiexacionais, em que o contribuinte obteve uma decisão favorável à invalidade de algum aspecto da regra-matriz de incidência tributária por conta de uma declaração incidental de inconstitucionalidade (controle difuso de constitucionalidade), a gerar desoneração tributária quando do trânsito em julgado do processo.

Contudo, as relações entre Fisco e contribuinte normalmente são complexas, o que, na prática, pode implicar na propositura de ações judiciais com mais de um objeto, podendo envolver terceiros interessados e afetar relações jurídicas dependentes. Muitos esforços institucionais têm sido feitos para a redução deste estado de litigiosidade tributária, com vistas a promoção de uma ação conjunta entre Fisco e contribuintes em prol da conformidade fiscal.

Ante este estado de coisas, não parece consentâneo com a Constituição a renúncia a efetividades qualitativas na prestação jurisdicional em prol de efetividades quantitativas, ou seja, a tão almejada redução do número de ações que assolam o Poder Judiciário brasileiro não virá sem a qualificação da prestação jurisdicional, caracterizada pela fundamentação substancial das decisões judiciais, com a efetiva análise da particularidades do caso concreto e com a justificação explícita dos fundamentos determinantes para a adoção do mérito da decisão. O artigo 489 do CPC e o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal trazem as normas para a fundamentação das decisões judiciais e são obrigatórias a todos os magistrados, até mesmo como uma forma de promoção da *accountability* (prestação de contas) do exercício do Poder Judiciário. A prestação qualitativa da prestação jurisdicional reveste, neste ponto, como a maior garantia de respeito ao artigo 926 do CPC, eis que inibe a discricionariedade judicial e promove o respeito à história institucional do direito.

Visto tudo isto, mostra-se crucial o aprofundamento do estudo das limitações temporais da coisa julgada em relações jurídico-tributárias de trato continuativo/sucessivo com o propósito de cotejá-la com a necessária observância da segurança jurídica. A segurança jurídica reveste-se como um dos pilares de sustentação do Estado Democrático de Direito, além de representar uma garantia em favor da limitação da atividade de tributação pelo Estado, a estar intimamente relacionada com os princípios constitucionais tributários, tais como o da capacidade contributiva, o da legalidade e o da isonomia.

O problema da pesquisa pode ser traduzido na seguinte pergunta: o caso da cessação automática dos efeitos temporais da coisa julgada em caso de superveniente decisão do STF, em controle concentrado ou difuso em sede de repercussão geral, sobre a (in)constitucionalidade de exação tributária nas relações jurídicas tributárias de trato sucessivo representa uma mutação constitucional do artigo 5º, inciso XXXVI, da CF/88 ou representa uma proteção deficiente da coisa julgada?

Os problemas específicos da pesquisa são os seguintes: (i) a mutação constitucional como um fenômeno hermenêutico apresenta-se conforme a Constituição Federal e a teoria dos direitos fundamentais?; (ii) a formação do padrão decisório vinculante constante dos

Temas 881 e 885 do STF confere proteção adequada à coisa julgada, de forma que se possa inferir afirmativamente quanto à ocorrência de modificação do sentido normativo do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal; (iii) o que a cessação automática dos efeitos temporais da coisa julgada sobre relações jurídico-tributárias por superveniente decisão de (in)constitucionalidade vinculante do STF representa para o exercício da jurisdição constitucional, para o desenvolvimento de uma teoria da decisão judicial no Brasil e para a sistemática dos precedentes judiciais?

A hipótese a ser sustentada nesta pesquisa será a de que não, o caso da cessação automática dos efeitos temporais da coisa julgada em caso de superveniente decisão do STF, em controle concentrado ou difuso em sede de repercussão geral, sobre a (in)constitucionalidade de exação tributária nas relações jurídicas tributárias de trato sucessivo não representa uma mutação constitucional do artigo 5º, inciso XXXVI, da CF/88, por não representar uma solução que confira proteção adequada à coisa julgada, mas, sim, uma proteção deficiente, motivo pela qual ela é inconstitucional, além de representar uma solução ativista adotada pelo Supremo Tribunal Federal.

A pesquisa utilizará o método de abordagem de dados hipotético-dedutivo, sendo dividida em quatro capítulos.

O primeiro capítulo destinar-se-á à investigação histórica do desenvolvimento da teoria da Mutação Constitucional, analisando-se as contribuições dos seguintes autores: Paul Laband, Georg Jellinek, Hermann Heller, Rudolf Smend, Hsü Dau-Lin, Konrad Hesse e Friedrich Müller.

O segundo capítulo destinar-se-á à análise dos contornos para a concepção da mutação constitucional como um fenômeno hermenêutico, a partir da perspectiva dos marcos teóricos que darão suporte à pesquisa, quais sejam, a teoria estruturante do direito (Müller), a hermenêutica filosófica (Gadamer), o direito com integridade (Dworkin) e a Crítica Hermenêutica do Direito (Streck).

O terceiro capítulo destinar-se-á à análise das especificidades atinentes à coisa julgada e à segurança jurídica em questões tributárias, onde serão abordados os temas referentes às relações entre coisa julgada e segurança jurídica, os caracteres da coisa julgada, os caracteres das sentenças constitucionais, a doutrina dos precedentes e os padrões decisórios vinculantes e ativismo judicial em matéria tributária na jurisdição constitucional.

Por fim, o quarto capítulo destinar-se-á à análise da cessação automática dos efeitos da coisa julgada no tempo em matéria tributária no contexto da legitimidade da modificação de sentido das normas constitucionais. Os temas a serem abordados referem-se: (i) a

investigação dos precedentes dos Tribunais Superiores sobre o assunto; (ii) a análise do julgamento dos Recursos Extraordinários nº 949.297 e 955.227 (Temas 881 e 885 da Repercussão Geral do STF); (iii) análise hermenêutica ao sentido normativo do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal em razão do julgamentos dos Temas 881 e 885 do STF; (iv) análise do julgamento dos Temas 881 e 885 do STF com enfoque na teoria da decisão e na sistemática dos precedentes judiciais.

Os métodos de procedimento a serem empregados na pesquisa serão: o método histórico, que será empregado em especial na feitura de uma análise do desenvolvimento histórico do instituto da coisa julgada, da doutrina dos precedentes judiciais e da mutação constitucional ao longo da história; o método monográfico, que será utilizado quando do estudo de casos jurisprudenciais relativos ao tema de pesquisa, em especial os pertinentes ao Temas 881 e 885 do STF; o método fenomenológico, que será empregado especialmente no estudo dos institutos da mutação constitucional e da coisa julgada quanto à delimitação e determinação das suas particularidades e do seu adequado sentido; e o método sistemático, que será utilizado em todo o percurso da pesquisa, mediante a interpretação e análise de todos os institutos e normas de forma sistemática com o restante do ordenamento jurídico.

Como técnicas de pesquisa, serão empregadas a documental e a bibliográfica, com destaque à análise de livros, artigos, dissertações, teses, normas legais e decisões judiciais e administrativas.

## 1. APORTE HISTÓRICO DA TEORIA DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

### 1.1. Noções preliminares de mutação constitucional

Na antiguidade, havia a concepção de que as leis fundamentais de uma comunidade não seriam passíveis de modificação, a considerar que elas decorriam de um direito natural, ligados a concepções mítico-religiosas, não estando sujeito à diversidade de opiniões ou à mutabilidade de sentido de suas normas, de modo que, ao menos em tese, qualquer discussão sobre uma modificação de sentido das leis estabelecidas mostrava-se descabida (Bittar, Almeida, 2019, p. 304). Citam-se como exemplos mais eloquentes desta concepção as leis de Esparta e o Código de Hamurabi.

Contudo, as transformações sociais e interiores ao direito e à ciência jurídica ocorridas pela passagem do tempo escancararam a inadequabilidade desta pretensão de inalterabilidade, diante da premissa de que a realidade social tem por características a dinamicidade e alterabilidade, a fazer com que as relações jurídicas estejam sujeitas à constante transformação. Por isso, atualmente não residem mais controvérsias sobre a necessidade de que uma Constituição possa ser submetida a alterações no seu texto. (Bulos, 1997, p. 02)

A exemplo de organismos vivos, as Constituições devem estabelecer vínculo dialético com o meio circundante, de modo que ela se acha estritamente vinculada com as transformações sociais a assolar a sociedade. Neste contexto, surgem duas exigências aparentemente contraditórias, mas perfeitamente conciliáveis na vida constitucional dos Estados: a estabilidade e a mudança. (Bulos, 1997, p. 03-04)

Esta conciliação ocorre, na maioria das Constituições provenientes de Estados Democráticos, por meio da inserção de dispositivos que regulam a alteração formal das normas constitucionais. Estas previsões garantem a estabilidade da Constituição, não se cogitando pela instauração de uma nova ordem constitucional em razão de uma inadequação do texto constitucional às transformações sociais ocorridas pela passagem do tempo, e a possibilidade de melhor adequá-la a novas situações, como uma medida de reafirmar os seus valores e princípios fundamentais.

É cediço que a ação de um poder constituinte tem sido responsável pelo surgimento das Constituição escritas nos países democráticos, a saber, aqueles submetidos ao Estado Democrático de Direito – não podendo deixar de ser mencionado, como formas de exceção às Constituições escritas oriundas do poder constituinte, a Constituição da Inglaterra, baseada na tradição e no *common law*, e as Constituições outorgadas, oriundas de regimes

antidemocráticos, cujas quais são relevantes no contexto geopolítico por conta da expressiva parcela da sociedade mundial sujeita a Estados autoritários.

À manifestação do poder constituinte originário se segue a etapa de criação ou elaboração constitucional, de índole de elevada competência auto-organizadora do Estado, ilimitado pelo direito positivo interno, estando fora do alcance do poder legislativo interno. A manifestação do poder constituinte derivado exterioriza a função dinâmica das constituições, onde ela é alterada para adaptar-se a fatos surgidos após a sua elaboração. O poder constituinte originário e o poder constituinte de reforma não seriam dois poderes distintos, mas duas etapas de um mesmo poder, manifestando-se em momentos distintos e com funções distintas. (Bulos, 1997, p. 09)

Tem-se que as alterações formais da Constituição, ou seja, aquelas em que ocorre efetivamente uma alteração em seu texto, têm como substrato o poder constituinte de reforma<sup>1</sup>. A respeito da revisibilidade das normas constitucionais, Miranda (2011) destaca que:

Nenhuma Constituição deixa de regular a sua revisão, expressa ou tacitamente.

Em geral, regula-a expressamente ora em moldes de rigidez, ora em moldes de flexibilidade. Por vezes, não a contempla: assim, na França em 1799, 1814 e 1830, no Piemonte em 1848 (depois, em Itália, em 1870) ou na Espanha em 1876. E tem então de se encontrar – pois absurdo seria haver Constituições irreversíveis – uma forma de revisão coerente com os princípios estruturais do sistema constitucional (entenda-se-lhe aplicável o processo legislativo ordinário, recorra-se a uma forma paralela à utilizada na feitura da Constituição ou exijam-se formalidades a se). (p. 262)

Além dos meios de alteração formal da Constituição, cuja previsão encontram-se expressa nos artigos 59 a 69, há também aquilo que se ousou determinar de alteração informal da Constituição, ou seja, alterações que decorrem da modificação do sentido dos sentidos atribuídos ao texto constitucional, ensejando uma compreensão distinta pelos juristas.

A esse fenômeno denominou-se mutação constitucional. Souza Neto e Sarmento (2016) assim a definem nos seguintes termos:

As Constituições não mudam apenas por meio de processos formais, que envolvem a modificação de seu texto. Há também as mudanças que atingem a Constituição sem alteração dos seus preceitos, que são conhecidas como mutações constitucionais. A mutação constitucional consiste em processo

---

<sup>1</sup> “20. Repudiamos a expressão “poder constituinte originário”, por entendermos que inexistente um *poder constituinte derivado*. Este último, na realidade, não passa de um *poder constituído*: pode, é certo, modificar a Constituição, mas observados certos limites materiais e formais, implícitos e explícitos, conhecidos como “cláusulas pétreas” (“de pedra”, irremovíveis por emenda constitucional).

Noutros termos, o impropriamente chamado “poder constituinte derivado” é subordinado, condicionado e secundário. *Subordinado* porque disciplinado pelas próprias normas constitucionais. *Condicionado* porque seu exercício deve obedecer à forma prefixada na própria Constituição. E *secundário* porque seu fundamento de validade é a Constituição vigente, que atualiza e – desde que não esbarre em cláusulas pétreas – completa”. (Carrara, 2021, p. 38)

informal de mudança da Constituição, que ocorre quando surgem modificações significativas nos valores sociais ou no quadro empírico subjacente ao texto constitucional, que provocam a necessidade de nova leitura da Constituição ou de alguns de seus dispositivos. (p. 341)

Em acréscimo, Bulos (1997) procede à seguinte definição de mutação constitucional:

Assim denomina-se mutação constitucional o processo informal de mudança da Constituição, por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados à letra da *Lex Legum*, quer através da interpretação, em suas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da construção (*construction*), bem como dos usos e costumes constitucionais. (p. 57)

Como se pode ter uma noção, a modificação de sentido das normas constitucionais é um fenômeno complexo, na medida em que traz em si discussões sobre a estabilidade e a possibilidade de que, em momentos históricos distintos, se compreenda um mesmo texto constitucional de forma distintas, diferenciadas, destacadas entre si, sem que isso acarrete uma ruptura com a própria Constituição, em virtude do dinamismo social tão característico dos tempos atuais. A estabilidade constitucional apregoa que a modificação de um texto constitucional só poderá ocorrer por meio de procedimentos específicos e difíceis. Por sua vez, o dinamismo social impõe, ao intérprete do direito, uma constante tensão entre o texto constitucional e a realidade fática subjacente, que poderá ocasionar compreensões distintas sobre o sentido das normas constitucionais, de modo a que frequentemente a Ciência do Direito é chamada à reflexão sobre em que medida estas distintas compreensões acarretam na modificação do próprio Direito e no texto normativo.

O conceito de mutação constitucional foi idealizado pela escola alemã de direito público no final do século XIX e início do século XX, ao ser constatada a ausência de coincidência entre a realidade constitucional e a Constituição formal, no período da promulgação da Constituição do Império Alemão de 1871. (Pedra, 2009, p. 108)

Diversas terminologias acerca do fenômeno da mutação constitucional foram adotadas pelos mais diversos estudiosos. Pode-se citar, como exemplos, vicissitude constitucional tácita, transições constitucionais, processos de fato, mudanças materiais, processos indiretos, mudança constitucional silenciosa, processos não formais, processos informais, processos oblíquos et ali, poder constituinte difuso, dentre outras. (Bulos, 1997, p.58)

As mutações constitucionais representam, assim, uma modificação de sentido dos textos constitucionais ao passo em que a sua alteridade é preservada. A sua teoria, desde a sua formulação até os tempos atuais, passou por constantes modificações, influenciada sobretudo às diferentes concepções a respeito da configuração e substância do fenômeno constitucional. Nesta pesquisa, pretende-se adotar a compreensão da mutação constitucional como um fenômeno atinente à hermenêutica, o que difere substancialmente das concepções mais



tradicionais sobre o tema. Por fim, analisar-se-á hermenêuticamente o artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal de 1988, que trata da proteção à coisa julgada, diante dos julgamentos dos Temas 881 e 885 pelo Supremo Tribunal Federal. A saber: investigar-se-á se as decisões supracitadas – que firmam entendimento positivo a respeito da possibilidade de cessação automática (sem a necessidade de propositura de ação rescisória ou de revisão de sentença) dos efeitos da coisa julgada no tempo em relações jurídico-tributárias sucessivas em processos subjetivos que julguem pela invalidade de uma exação tributária nas hipóteses de entendimento contrário e posterior/superveniente do STF, em controle concentrado ou difuso de constitucionalidade, com efeitos vinculantes –, representam ou não uma modificação de sentido do dispositivo constitucional que protege a coisa julgada e, ainda, se elas podem ser consideradas como decisões ativistas ou constitucionalmente adequadas.

## **1.2. Contornos aos quais o tema da mutação constitucional se insere**

A rigidez constitucional trata-se de característica capaz de atender às exigências de estabilidade e dinamismo constitucionais, possibilitando as alterações formais imprescindíveis à adaptação das constituições às novas situações fáticas.

O princípio da rigidez constitucional apregoa a modificação da Constituição por meio de alterações solenes, ponderadas, equilibradas, mais dificultosas, mais formais, diferenciando-se das alterações normalmente impostas à legislação ordinária, que demandam menos exigências.

André Ramos Tavares (2012) efetua a seguinte descrição das Constituições rígidas:

Na Constituição rígida, para todas as normas constitucionais se exige, na eventualidade de sua alteração, um processo legislativo mais trabalhoso, mais dificultoso do que é normalmente exigível. Geralmente, e principalmente no caso brasileiro, esse processo mais trabalhoso se resume a uma iniciativa mais reduzida, a um quórum de aprovação maior e, por fim, à não participação do Poder Executivo (por meio da exclusão do veto ou sanção). A emenda constitucional é exercício do poder constituinte derivado e cabe apenas ao Poder Legislativo, não havendo a chamada fase de deliberação executiva (na qual o Presidente veta ou sanciona a alteração). As Constituições rígidas são sempre escritas (mas nem todas as Constituições escritas são rígidas: o exemplo clássico foi a Constituição da Itália de 1848 – Estatuto Albertino). (p. 95)

Na hipótese das chamadas cláusulas pétreas, previstas pelo artigo 60, §4º, da CF/88, a Constituição chega ao seu ápice de rigidez, com a consagração de limites materiais expressos de alteração formal da Constituição, havendo vedação explícita de até mesmo deliberação pelo Congresso Nacional de emenda constitucional tendente a abolir: a forma federativa de Estado (inciso I), o voto direto, secreto, universal e periódico (inciso II), a separação dos poderes (inciso III) e os direitos e garantias individuais (inciso IV).

Sobre estes limites materiais de reforma constitucional cabe colacionar as lições de Miranda (2011):

Os limites materiais de revisão não se confundem com os limites materiais do poder constituinte (originário): estes vinculam o órgão constituinte na formação da Constituição, aqueles apenas o órgão de revisão constitucional; estes são constituintes ou, se preferir, *constitutivos* do ordenamento; aqueles, *constituídos*.

O poder constituinte material não pode, sob pena de injustiça ou ilegitimidade da lei constitucional, infringir limites transcendentais; nem o poder constituinte formal dispor contra limites imanentes. Mas a este é dado estabelecer ou não estabelecer tais ou tais limites específicos do poder de revisão: estabelece-os, desde logo, ao erguer a Constituição formal, tendo como alicerces os princípios do regime escolhido.

Sucedem tão somente, como há pouco vimos, que as cláusulas expressas de limites materiais, não se confinando aos limites da revisão, com frequência contemplam limites do poder constituinte e aglutinam uns e outros numa mesma fórmula (ou não chegam a tratar senão de limites do poder constituinte).

De igual sorte, dentre os limites específicos da revisão – objetos de cláusulas expressas – pode haver mais de um grau. Pode haver limites que exibam, direta e imediatamente, princípios fundamentais da Constituição, a ideia de Direito, o projeto, o regime em que assenta (como se queira). E pode haver outros princípios que o legislador constituinte tenha alçado no nível dos limites materiais, sem que, apesar de tudo, se identifiquem com a essência da Constituição Material. (p. 282)

Em sentido oposto à rigidez constitucional, há a ideia de flexibilidade constitucional. A flexibilidade constitucional decorre basicamente da não exigência de formalidades especiais para a alteração de seu texto, tendo em vista que a Constituição não ocupa uma posição hierárquica superior às leis ordinárias, dentro da ideia de pirâmide normativa<sup>2</sup>. A distinção entre rigidez e flexibilidade constitucionais baseia-se essencialmente na distinção entre normas materialmente constitucionais e normas formalmente constitucionais. Uma constituição flexível se caracterizaria por conter normas materialmente constitucionais, dispensando-se a existência de uma forma especial que lhe conferisse o epíteto de norma formalmente constitucional. Uma constituição rígida, além de conter normas materialmente constitucionais, há também uma formalidade própria que lhe confere às suas normas a qualidade de formalmente constitucionais.

Tais diferenças, todavia, não implicam na afirmação de que nas constituições flexíveis não há uma supremacia/sobreposição de suas normas sobre as demais do ordenamento

---

<sup>2</sup> “Na verdade, o critério de distinção – para Bryce, a distinção principal a fazer entre todas as Constituições – estaria na posição ocupada pela Constituição perante as chamadas leis ordinárias. Se ela se coloca acima destas, num plano hierárquico superior, e encerra características próprias, considera-se rígida; ao invés, se se encontra no nível das restantes leis, sem um poder ou uma forma que a sustentem em especial, é flexível. Apenas as Constituições rígidas, e não também as Constituições flexíveis, são limitativas, porque ultrapassam as leis e prevalecem sobre suas estatuições.

Algumas Constituições promanam da mesma autoridade que cria as leis ordinárias e são promulgadas e abolidas segundo idêntico processo, de modo que vivem como quaisquer leis. Outras há, todavia, que nem nascem da mesma fonte, nem são promulgadas ou abolidas por processo idêntico ao das leis. As normas das primeiras reduzem-se a normas legais, não exercem supremacia e não adquirem natureza autônoma; as normas das segundas, essas é que se tornam formalmente normas constitucionais.” (Miranda, 2011, p. 258)

jurídico. A própria qualidade de norma materialmente constitucional impõe a sua observância e respeito – independentemente da qualificação como norma formalmente constitucional ou da existência de determinada formalidade especial para a alteração de seu texto –, tanto pela população e agente público, quanto pelas demais normas, que não poderão afrontá-la, sob pena de inconstitucionalidade<sup>3</sup>.

Não obstante o grau de rigidez de uma Constituição, o fenômeno da mutação constitucional poderá ter a sua ocorrência, posto que o sentido de um texto constitucional pode sofrer modificações, decorrente do processo de compreensão pelos intérpretes do direito a que ele está constantemente sujeito, fenômeno este que pode ocorrer independentemente da atuação do poder constituinte revisor. Como será mais adiante desenvolvido, a mutação ocorre no plano hermenêutico inexorável à formação de uma tradição e da historicidade das normas, não estando, portanto, sob o controle de um sujeito específico.

### **1.3. Contexto histórico do surgimento da teoria da mutação constitucional e contribuições de Paul Laband e Georg Jellinek**

O conceito de mutação constitucional foi desenvolvido originalmente por Paul Laband, jurista alemão, sendo influenciado pela Escola Alemã de Direito Público, originalmente fundada por Gerber e Gierke, durante a vigência da Constituição Alemã de 1871<sup>4</sup>. Referida Escola de pensamento caracterizou-se por propor uma separação entre direito e política, cujo intuito reside em conferir um tratamento científico próprio ao direito público. Propugnou-se, assim, que as questões jurídicas devem ser compreendidas de forma apartada dos acontecimentos políticos. O foco residia na análise das imbricações que os fatos políticos exerciam sobre a Constituição formal<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> “Perante uma Constituição flexível, não se posterga, nem é mais diluída a incidência material das suas normas sobre as leis, as quais lhe ficam logicamente subordinadas. Não obstante criadas e revogadas de qualquer forma e não obstante ser, por ventura, comunicável o objeto, são inconfundíveis as ações. Há limites intrínsecos a que se sujeitam as normas e os atos jurídico-públicos; e também por isso é a Constituição, e não a lei, dentro do Estado, a norma jurídica (ou sob outro aspecto, o ato jurídico) superior; pode haver inconstitucionalidade em Constituições flexíveis.” (Miranda, 2011, p. 259)

<sup>4</sup> “A Constituição do Império Alemão de 1871 chegou após muitas tentativas de unificação que marcaram a história alemã do século XIX. Neste contexto, o conceito de mutação constitucional foi idealizado pela doutrina publicista alemã do século XIX e início do século XX, ao constatar a existência de um “problema”: a ausência de coincidência entre a “realidade constitucional” e a Constituição formal. A rigidez constitucional, ou seja, a existência de mecanismos agravados para a reforma da Constituição, apresentava-se como uma garantia insuficiente para prevenir sua modificação informal.” (Pedra, 2009, p. 108)

<sup>5</sup> “A Escola Alemã propugnava como ponto de partida metodológico a separação entre direito e política. O direito público, segundo esta Escola, devia ser estudado de maneira isolada, sem levar em conta os fenômenos

Paul Laband foi o primeiro autor a constatar o fenômeno da mutação constitucional na Constituição Alemã de 1871. Referido autor se notabilizou também pela formulação de uma teoria sobre a Lei do Orçamento e por pautar-se em uma concepção dualista de lei, mediante uma distinção entre lei formal e material.

Lei em sentido material seria toda a manifestação de vontade estatal por meio da qual fosse fixada uma norma, independentemente da adoção de uma forma em específico. Já a lei em sentido formal, conforme as lições de Laband, seria aquela aprovada pelos órgãos de representação popular. Com a adoção de um regime constitucional, passa a se configurar como uma exigência para a validade das leis que elas sejam aprovadas pelo Parlamento, a revestir-se como um requisito externo e formal ao conceito de lei. (Faria *apud* Laband, 2009, p. 92)

Além disso, Laband também foi responsável por constatar que a Constituição pode se alterar fora dos mecanismos formais de modificação de seu texto. Para tanto, parte-se do pressuposto de que a Constituição é um ente normativo, classificando-se como uma lei em sentido estrito. A respeito das maneiras pelas quais este fenômeno ocorre segundo o autor, Urritia (2000) traz os seguintes ensinamentos:

Laband describe cuáles son los casos más importantes de mutación constitucional en el marco de la Constitución del Reich y hace referencia a la transformación informal de la Constitución del Reich por medio de três vías distintas: regulación por parte de las leyes del Reich de elementos centrales del Estado no previstos o previstos de manera colateral por la Constitución del Reich, modificación de elementos centrales del Estado por medio de leyes del Reich que contradicen el contenido de la Constitución y alteración del los elementos centrales del Estado por medio de usos y costumbres de los poderes públicos<sup>6</sup>. (p. 108)

Por meio da análise das peculiaridades da Constituição Alemã de 1871, bem como da quantidade de poderes atribuídos ao Kaiser, Laband, então, concluiu que aquela Constituição sofreu uma série de alterações informais em seu conteúdo e que era impossível controlá-los juridicamente. (Urritia, 2000, p. 109-110)

A respeito das conclusões obtidas por Laband, cabe trazer as observações críticas empreendidas por Pedron (2019):

---

políticos cambiantes. Neste contexto, não deixa de ser paradoxal que sejam precisamente dois autores destacados desta tradição que iniciam o estudo do contraste entre o descrito nas normas constitucionais e o funcionamento real do Estado constitucional.” (Pedra, 2019, p. 108)

<sup>6</sup> Tradução livre do Autor: “Laband descreve quais são os casos mais importantes de mutação constitucional no marco da Constituição do Reich e faz referência à transformação informal da Constituição do Reich por meio de três vias distintas: regulação por parte das leis do Reich de elementos centrais do Estado não previstos ou previstos de maneira colateral pela Constituição do Reich, modificação de elementos centrais do Estado por meio de leis do Reich que contradizem o conteúdo da Constituição e alteração dos elementos centrais do Estado por meio dos usos e costumes dos poderes públicos”.

Ao “cegar-se” para uma possível relação entre Direito e Política, Laband se vê impossibilitado de realizar um desenvolvimento teórico mais aprofundado sobre o fenômeno. Além disso, a leitura das condições de possibilidade de sua manifestação acaba por retornar de modo implícito ao antigo princípio monárquico da Constituição prussiana. Sendo assim, Laband está apenas servindo-se do conceito de mutação constitucional para encobrir alterações e/ou descumprimentos da Constituição voltadas exclusivamente ao interesse do Império.

Em outros termos, a mutação serve como um nome novo para legitimar o decisionismo do Kaiser e do Bundesrat, diminuindo os limites constitucionalmente traçados para seu poder, e retirando a força normativa e a condição de suprallegalidade da Constituição. (p. 199)

De outra parte, Georg Jellinek apresentou uma posição menos descritiva do fenômeno e mais preocupado com questões democráticas (Pedron, 2019, p. 200). Seu objeto de estudo foi a Constituição do Reich (1871), após analisar problemas similares no direito constitucional comparado. A sua concepção sobre o tema partia da distinção entre as reformas constitucionais decorrentes de ações voluntárias e intencionais, que seriam as alterações formais da Constituição, e as alterações constitucionais decorrentes de atos não intencionais, que não levam a alteração expressa do texto constitucional, sendo estas as mutações constitucionais. (Urritia *apud* Jellinek, 2000, p. 110)

Sobre as formas de mutação constitucional empreendida por Jellinek, cumpre trazer mais uma vez os ensinamentos de Urritia (2000):

En la descripción del fenómeno, es poco sistemático: recoge de manera poco ordenada datos sobre los cambios informales de las Constituciones de su época. Así hace referencia a la mutación constitucional a través de la práctica parlamentaria, por la administración y por la jurisdicción; a la necesidad política como factor de la transformación de la Constitución; a la mutación constitucional resultante de la práctica convencional; a la mutación de la Constitución por desuso de las facultades estatales y al problema de las mutaciones constitucionales consecuencia de las lagunas de la Constitución y su integración. En este contexto, hace referencia, de forma desigual, a los cambios producidos por las costumbres, por actos normativos<sup>7</sup>. (p. 111)

Para o célebre autor, o que caracteriza a mutação constitucional diz respeito ao seu caráter primordialmente fático, sem o envolvimento de qualquer intencionalidade, destoando de Laband, que priorizava aspectos puramente formais para a distinção entre mutação constitucional e revisão constitucional.

Esta concepção de mutação constitucional decorre da ideia de Jellinek a respeito da força normativa do fático<sup>8</sup>, conceito este que sofre inspiração de Lassale, mormente na sua

---

<sup>7</sup> Tradução livre do Autor: “Na descrição do fenômeno, é pouco sistemático: reconhece de maneira pouco ordenada dados sobre as alterações informações das Constituições de sua época. Assim faz referência a mutação constitucional através da prática parlamentar, pela administração e pela jurisdição; a necessidade política como fator da transformação da Constituição; a mutação constitucional resultante da prática convencional; a mutação da Constituição por desuso das facultades estatais e o problema das mutações constitucionais consequência de lacunas da Constituição e sua integração. Neste contexto, se faz referência, de forma desigual, às alterações produzidas pelos costumes, por atos normativos”.

<sup>8</sup> “Para Georg Jellinek, o Direito é um compromisso entre interesses diferentes e até mesmo opostos. Este compromisso é resultante não apenas das forças dos interesses, mas também do poder social dos interessados neles. Dessa forma, a modificação das forças reais das relações entre os órgãos superiores do Estado se infiltra

concepção da Constituição como sendo expressão dos fatores e das relações reais de poder<sup>9</sup>, com a diferença de que o autor em análise trabalha com a tese sobre o mínimo ético e a justificação e finalidade do Estado. (Pedra *apud* Verdú, 2009, p. 115)

As teorias de Laband e Jellinek encontram-se dentro da vertente da concepção sociológica da Constituição, cujo expoente encontra-se na figura de Ferdinand Lassale, em que seus contornos<sup>10</sup> são definidos pelas forças políticas, econômicas e sociais atuantes e pela maneira como o poder está distribuído entre os diferentes atores do processo político (Masson, 2016, p. 29). Por esta teoria, destaca-se o déficit de força normativa da Constituição, problemática que veio a ser trabalhado com maior ênfase por Konrad Hesse e que exerceu importantes influxos sobre a teoria da mutação constitucional.

O mesmo Hesse (1991) ao explicar o entendimento de Lassale sobre a relação entre Constituição e fatores reais de poder assim leciona:

Segundo sua tese fundamental, questões constitucionais não são questões jurídicas, mas sim questões políticas. É que a Constituição de um país expressa as relações de poder nele dominantes: o poder militar, representado pelas Forças Armadas, o poder social, representado pelos latifundiários, o poder econômico, representado pela grande indústria e pelo grande capital, e, finalmente, ainda que não se equipare ao significado dos demais, o poder intelectual, representado pela consciência e pela cultura gerais. As relações fáticas resultantes da conjugação destes fatores constituem a força ativa determinante das leis e das instituições da sociedade, fazendo com que estas expressem, tão-somente, a correlação de forças que resulta dos fatores reais de poder; Esses fatores reais do poder formam a Constituição real do país. Esse documento chamado Constituição – a Constituição jurídica – não passa, nas palavras de Lassale, de um pedaço de papel (ein Stück Papier). Sua capacidade de regular e de motivar está limitada à sua compatibilidade com a Constituição real. Do contrário, torna-se inevitável o conflito, cujo desfecho há de se verificar contra a Constituição escrita, esse pedaço de papel que terá de sucumbir diante dos fatores reais de poder dominantes no país. (p. 09)

Os autores ora objeto de análise tiveram o mérito histórico de serem os primeiros a constatarem e conceberem o fenômeno da mutação constitucional, de forma a realizar a sua teorização com consistência, a servir de referência para posteriores estudos e aprofundamentos sobre o tema. Não obstante, estes trabalhos teóricos deixaram importantes questões abertas, como as relativas aos limites e delimitações mais precisas sobre a ocorrência deste fenômeno, posto que o foco esteve antes em uma demonstração de perplexidade ante as contradições entre a realidade, o fático e o estabelecido pela letra da Constituição. (Urritia, 2000, p. 113)

---

nas próprias instituições, até mesmo quando não houver sido modificada uma letra da Constituição.” (Pedra, 2009, p. 116)

<sup>9</sup> “Os fatores reais de poder que atuam no seio de cada sociedade são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes, determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal qual elas são.” (Lassale, 2007, p. 10-11)

<sup>10</sup> “Onde a constituição *escrita* não corresponder à real, irrompe inevitavelmente um conflito que é impossível evitar e no qual, mais dia menos dia, a constituição escrita, a folha de papel, sucumbirá necessariamente, perante a constituição real, das verdadeiras forças vitais do país.” (Lassale, 2007, p. 33)

#### 1.4. Contribuições de Hermann Heller e Rudolf Smend

A teoria constitucional desenvolvida por Hermann Heller segue a mesma matriz de pensamento acerca da concepção sociológica de Constituição, consistente na submissão da constituição escrita aos fatores reais de poder<sup>11</sup>. A Constituição seria um processo e não um produto, uma forma de atividade, uma forma aberta através da qual passa a vida, uma melodia que, não obstante a modificação dos seus elementos, ela permanece idêntica. Sua possibilidade, como situação política existencial, é devida porque seus partícipes consideram essa ordenação e essa forma já realizada ou por se realizar no futuro, onde a forma de atividade acomodada pela Constituição se converte para eles em uma forma de hábito, uma segunda natureza, uma confirmação habitual de seu próprio ser configurada como uma exigência normativa. (Heller, 1971, p. 268-269)

Neste ponto, haveria a constituição não normada, referente ao aspecto da normalidade, ou seja, a estrutura de uma situação política real que se renova constantemente mediante atos da vontade humana, e a constituição normada, referente ao aspecto da normatividade, que seria composta por elementos extrajurídicos, os princípios, e por elementos jurídicos, as normas constitucionais escritas. (Heller, 1971, p. 269)

A predominância do conjunto das situações fáticas faz com que a normatividade busque permanentemente se adequar à normalidade. Quando esta adequação não se realiza, a realidade não normada ocupa uma posição de sobreposição em relação à norma estatal, com a normatividade perdendo sua força normalizadora. (Urritia *apud* Heller, 2000, p. 118)

A mutação constitucional aparece em Heller como um elemento presente na concepção dinâmica de Constituição, sendo que a mudança de sentido de uma norma constitucional, neste contexto, não representa nada além de um evento que rompe a situação de adequação entre o não normado e o normado<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> “No hay forma ninguna de inviolabilidad de las normas constitucionales que pueda detener revoluciones y restauraciones; ninguna división de poderes de Derecho Constitucional puede impedir que un conflicto insoluble, por ejemplo entre el Gobierno y el Parlamento, decida, a falta de una unidad superior de acción, el poder prácticamente más fuerte, realizando así la necesaria unidad del poder del Estado.” (Heller, 1971, p. 278) Tradução livre do Autor: “Não há forma nenhuma de inviolabilidade das normas constitucionais que possa deter revoluções e restaurações; nenhuma divisão de poderes de Direito Constitucional pode impedir que um conflito insolúvel, por exemplo entre o Governo e o Parlamento, decida, a falta de uma unidade superior de ação, o poder mais praticamente mais forte, realizando assim a necessária unidade de poder do Estado”.

<sup>12</sup> “Formulada nos termos do sistema conceitual de Hermann Heller, a norma constitucional pode transformar-se de maneiras distintas: pela mudança de conteúdo dos elementos normados não jurídicos (princípios constitucionais e princípios gerais de direito), ou como consequência das mutações constitucionais, que pressupõem a superação dos elementos normados pela normalidade.” (Pedra *apud* Urritia, 2009, p. 119)

Rudolf Smend, por sua vez, formula a sua teoria constitucional a partir do pressuposto de que o Estado existe enquanto parte da realidade espiritual, caracterizado por um processo de atualização funcional, de um contínuo processo de laboriosa configuração social<sup>13</sup>. A existência e o desenvolvimento deste Estado ocorrem exclusivamente por um processo de contínua renovação e permanente revivescência, sendo que tal processo se revela como o núcleo da dinâmica do Estado, nomeado pelo autor como integração. (Smend, 1985, p. 62-63)

A integração em Smend pode ser classificada em três tipos: integração pessoal, integração funcional e integração material. A integração funcional diz respeito à relação que se estabelece entre o líder e o povo e os órgãos de Estado (Urritia, 2000, p. 16). A integração funcional trata dos casos de processos que tendem a produzir uma síntese social, reforçando a vivência comunitária da vida social e proporcionando a dinamização tanto da vida da comunidade como da vida do indivíduo. (Smend, 1985, p. 78)

Já a integração material aborda a interrelação entre os elementos constitutivos do Estado, sob o fundamento de que ele enquanto totalidade não é uma reunião de elementos desagregados, senão uma unidade individual, uma totalidade determinada pela concreção de valores em dada época histórica. (Smend, 1985, p. 95).

Esta concepção integrativa do núcleo da dinâmica do Estado exerce influxos no conceito de Constituição, que nada mais seria do que a plasmação legal e normativa do processo de dinâmica vital que se desenvolve a vida do Estado. As normas constitucionais não conseguem abarcar em sua totalidade as funções vitais do Estado, em todo caso inspiram a dinâmica política, por conta da sua finalidade integradora. O intérprete constitucional, por conta destes fatores, deverá adotar uma interpretação extensiva e flexível. (Smend, 1985, p. 132-133)

A mutação constitucional tem origem, assim, da ação do processo integrativo da Constituição<sup>14</sup>. Este processo tende a se completar por meio da criação espontânea de

---

<sup>13</sup> “Se partimos del hecho de que la vida del espíritu es al mismo tiempo autorrealización del individuo y de la comunidad, la importancia de este proceso configurativo resulta más nítido en el caso de la comunidad, dado que el hombre, además de la vida del espíritu, tiene una existencia biológica. El Estado existe únicamente a causa de y en la medida en que se halla inmerso en este proceso de auto-integración que se desarrolla a partir del individuo y en el propio individuo” (Smend *apud* Litt, 1985, p. 64-65). Tradução livre do Autor: “Se partimos feito de que a vida do espírito é ao mesmo tempo autorrealização do indivíduo e da comunidade, a importância deste processo configurativo resulta mais nítido no caso da comunidade, dado que o homem, além da vida do espírito, tem uma existência biológica. O Estado existe unicamente por causa e na medida em que se acha imerso neste processo de autointegração que se desenvolve a partir do indivíduo e no próprio indivíduo”.

<sup>14</sup> “Lo propio y característico de las fórmulas constitucionales es justamente su elasticidad y su enorme capacidad autotransformadora y supletoria de sus propias lacunas” (Smend, 1985, p. 134). Tradução livre do Autor: “O próprio e característico das fórmulas constitucionais é justamente sua elasticidade e sua enorme capacidade autotransformadora e supletória de suas próprias lacunas”.



elementos políticos diversos, como os partidos políticos, além do desenvolvimento pelas instituições jurídicas de uma dinâmica própria que se autotransformam e complementam. (Urritia, 2000, p. 122)

### **1.5. A análise sistemática das mutações constitucionais, enquanto elemento da teoria de direito constitucional, em Hsü Dau-Lin**

Para Hsü Dau-Lin, a mutação constitucional decorre da separação entre o preceito (norma) constitucional e a realidade fática subjacente, onde esta é mais ampla do que aquela. Desta forma, distintas relações podem surgir entre as normas constitucionais e a realidade fática subjacente, a saber: a possibilidade de congruência entre a norma e a realidade fática subjacente, hipótese em que esta realidade seguirá a norma constitucional, a acarretar na plena vigência do texto constitucional; a possibilidade que a norma constitucional venha a seguir a realidade fática subjacente, que ocorre com a reforma constitucional; ou, ainda, pode ocorrer a possibilidade de que haja uma incongruência entre a norma e a realidade fática subjacente, hipótese em que a realidade fática subjacente prevalecerá sobre a norma constitucional, fazendo-se também cabível a ocorrência do fenômeno da mutação constitucional neste contexto. (Pedra, 2009, p. 128)

O autor também propugna a existência da mutação constitucional em sentido formal e em sentido material. Na mutação formal, as normas da Constituição escrita já não guardam congruência com os fatos, quando surge uma diferença entre o direito constitucional escrito e o efetivamente válido. A mutação formal investe contra o texto da Constituição. Estas mutações são as alterações desejadas pela própria Constituição como mecanismo de atualização das normas que regulam a vida social, uma vez que estão de acordo com o sistema idealizado (seu *telos*), contribuindo para a preservação do Estado. (Pádua, 2006, p. 42-43)

A mutação material, por sua vez, ocorre quando na realidade são desenvolvidas relações que se contrapõem ao sistema. Corresponde a uma afronta à idealização ordenatória contida na Constituição. Não é relevante a afronta ao texto constitucional, podendo até mesmo não ter contato com o texto, basta que haja a violação à linha-mestre constitutiva da ordem constitucional. A supremacia do real ganha vez impedindo que as mutações materiais sejam detidas. (Pádua, 2006, p. 44)

A respeito da classificação da mutação constitucional em classes, Hsü Dau-Lin propõe o seguinte:

Si el problema de la mutación de la Constitución estriba en la relación entre la Constitución escrita y la situación constitucional real, es decir, entre normas y realidad en el campo del derecho constitucional – la mutación constitucional es la relación incorrecta entre ambas – entonces se pueden diferenciar cuatro clases de la mutación de la Constitución:

1. Mutación de la Constitución mediante una práctica estatal que no viola formalmente la Constitución.
2. Mutación de la Constitución mediante la imposibilidad de ejercer ciertos derechos estatuidos constitucionalmente.
3. Mutación de la Constitución mediante una práctica estatal contradictoria con la Constitución.
4. Mutación de la Constitución mediante su interpretación<sup>15</sup>. (p. 31)

A mutação constitucional por meio de uma prática estatal que não viola formalmente a Constituição ocorre diante de relações jurídicas que não se regulam por um preceito constitucional específico, não estando em foco um determinado artigo da Constituição. O conflito que dá origem à mutação ocorre entre a situação real e a situação jurídica desenhada pela Constituição, ou seja, o dever ser que está em contradição com o ser não resulta de um determinado artigo constitucional, mas, sim, de várias prescrições legais ou da interação global de todo o emaranhado constitucional. (Dau-Lin, 1998, p. 32-33)

A classe da mutação constitucional pela impossibilidade de exercer certos direitos estatuidos constitucionalmente ocorre quando uma prescrição constitucional conflita com a realidade jurídica, restando inviável o seu cumprimento. Como consequência, os direitos conferidos por esta prescrição constitucional são perdidos pela impossibilidade de exercício pelos seus sujeitos. (Dau-Lin, 1998, p. 36)

A mutação constitucional pela prática estatal contrária à Constituição ocorre pela flagrante contradição entre o texto constitucional e a prática estatal, com a sobreposição da realidade sobre o texto constitucional, de modo a que determinada prática anticonstitucional subsista sem a sua revogação ou alteração do texto constitucional. Esta classe de mutação poderá ocorrer via legislação ordinária, pelos regramentos dos órgãos estatais superiores ou pela própria ação estatal propriamente dita. (Dau-Lin, 1998, p. 39-40)

Por fim, a mutação constitucional pela interpretação constitucional acontece quando há a modificação das circunstâncias reguladas por determinados preceitos constitucionais, diante da alteração da realidade social pela passagem do tempo. Neste caso, os preceitos

---

<sup>15</sup> Tradução livre do Autor: “Se o problema da mutação da Constituição estriba na relação entre a Constituição escrita e a situação constitucional real, quer dizer, entre as normas e a realidade no campo do direito constitucional – a mutação constitucional é a relação incorreta entre ambas – então se podem diferenciar quatro classes de mutação constitucional: 1. Mutação da Constituição mediante uma prática estatal que não viola formalmente a Constituição; 2. Mutação da Constituição mediante a impossibilidade de exercer certos direitos estatuidos constitucionalmente; 3. Mutação da Constituição mediante uma prática estatal contraditória com a Constituição; 4. Mutação da Constituição mediante sua interpretação”.

constitucionais continuam intactos, porém as práticas constitucionais que buscam segui-los são modificadas, recebendo outro conteúdo<sup>16</sup>. (Dau-Lin, 1998, p. 45)

Hsü Dau-Lin foi o primeiro doutrinador que procurou analisar sistematicamente as mutações constitucionais, enxergando-a como um elemento que compõe a teoria da Constitucional, em um contexto histórico em que diversas justificações eram empregadas para explicar esse fenômeno, como bem assinala Urritia (2000):

Ya por la época em que Hsü escribe su obra existían intentos de explicar las mutaciones desde distintos puntos de vista. Algunas veces, estos intentos consistían en importar conceptos generados em otros sistemas políticos y aplicarlos directamente al derecho constitucional continental. Hsü tenta rebatir algunas de las explicaciones globales que se dan del fenómeno de mutación constitucional: la visión de las mutaciones constitucionales como um problema (punto de vista mantenido tanto por Jellinek como por Laband); la consideración de las mutaciones constitucionales como una forma de derecho consuetudinario; la visión de las mutaciones constitucionales como reglas convencionales o la visión de las mutaciones constitucionales como simples supuestos de hecho que lesionan la Constitución<sup>17</sup>. (p. 130)

Com Hsü Dau-Lin, a mutação constitucional não é compreendida como um quebraimento da Constituição, ou como uma regra convencional, mas, sim, como um fenômeno que decorre da singularidade valorativa do direito constitucional, na necessidade política, nas exigências e manifestações de vitalidade do Estado (Urritia *apud* Dau-Lin, 2000, p. 132). Assim, Urritia (2000, p. 132) assevera que a ideia central deste fenômeno para Hsü Dau-Lin “deve entender-se como produto da unidade de sentido que é o Estado e o caráter evolutivo de sua realidade.” (tradução livre do Autor)<sup>18</sup>

Portanto, a mutação constitucional não deve ser compreendida como um fenômeno exógeno à Constituição, posto que sua existência decorre de especificidades que são inerentes a uma Constituição, consistentes na incompletude e flexibilidade das normas constitucionais,

---

<sup>16</sup> “Sin embargo, Hsü recalca que ha sido en los Estados Unidos donde la evolución constitucional a través de la interpretación ha tenido más importancia, dada a la capacidad que tienen los jueces de controlar la constitucionalidad de las normas y la enorme dificultad del procedimiento de reforma constitucional” (Urritia, 2000, p. 130). Tradução livre do Autor: “Sem embargo, Hsü ressalta que tem sido nos Estados Unidos onde a evolução constitucional através da interpretação tem tido mais importância, dada a capacidade que os juízes têm de controlar a constitucionalidade das normas e a enorme dificuldade do procedimento de reforma constitucional”.

<sup>17</sup> Tradução livre do Autor: “Já pela época em que Hsü escreveu sua obra existiram tentativas de explicar as mutações desde distintos pontos de vista. Algumas vezes, estas tentativas consistiam em importar conceitos gerados em outros sistemas políticos e aplicá-los diretamente ao direito constitucional continental. Hsü tenta rebater algumas das explicações globais que se dão do fenômeno da mutação constitucional: a visão das mutações constitucionais como um problema (ponto de vista mantido tanto por Jellinek quanto por Laband); a consideração das mutações constitucionais como uma forma de direito consuetudinário; a visão das mutações constitucionais como regras convencionais ou a visão das mutações constitucionais como simples hipóteses factuais que lesionam a Constituição”.

<sup>18</sup> Do original: “la mutación constitucional debe entenderse como producto de la unidad de sentido que es el Estado y el carácter evolutivo de su realidad vital”.

as peculiaridades do Estado como objeto de regulação jurídica e falta de uma instância superior que garanta sua existência. (Urritia, 2000, p. 133)

Estas concepções de mutação constitucional, apesar do mérito levantarem a questão da possibilidade de que o sentido de um texto constitucional passe por modificações ao longo do tempo, estão ainda presas ao paradigma imposto pela concepção sociológica da Constituição, o que resulta na verdade na fragilização da Constituição, na medida em que aposta na primazia da realidade fática subjacente em detrimento da força normativa da Constituição. Uma compreensão da mutação constitucional ancorada sob estes fundamentos revela-se como um instrumento legitimador de investidas contra a alteridade do texto constitucional em prol do cometimento de arbitrariedades.

### **1.6. A força normativa da Constituição em Konrad Hesse como paradigma que suplanta as concepções realistas da Constituição**

Sob a ótica do realismo jurídico de Lassale no início do século XX, a mutação constitucional consistia na mais perfeita evidência de que a norma constitucional nada podia contra a realidade<sup>19</sup>, o que, em última consequência, tornaria a supremacia e a rigidez constitucional postulados sem qualquer importância prática. (Pádua, 2006, p. 44)

O quadro de esvaziamento da força normativa da Constituição oriundo de concepções realistas da Constituição começou, enfim, a cessar quando as cortes constitucionais passaram a atuar ativamente na Europa continental. É certo que os norte-americanos já tinham um modelo de jurisdição constitucional sólido há muito mais tempo, mas a Europa teve que esperar até o fim da Segunda Guerra Mundial para conferir à Constituição a sua devida supremacia. (Pádua, 2006, p. 45)

Com a jurisdição constitucional, o controle de constitucionalidade entrou em cena como o baluarte da defesa da Constituição contra atos parlamentares. Hans Kelsen propôs o controle abstrato de constitucionalidade como limitação à soberania parlamentar, deixando claro que o modelo constitucional europeu se desprendia das antigas concepções autoritárias. A recordação das barbáries nazistas, sem dúvida, atuou como um importante elemento persuasivo para a instituição de um efetivo controle de constitucionalidade a cargo de um Tribunal Constitucional. (Pádua, 2006, p. 48-49)

---

<sup>19</sup> “Os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder; a *verdadeira* Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país vigem e as constituições escritas não têm valor e nem são duráveis a não ser que expressem fielmente os fatores de poder que imperam na vida social: eis aí os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar.” (Lassale, 2007, p. 40)

A teoria pura do Direito de Hans Kelsen, em contraposição às concepções realistas, afirma a completa independência do jurídico sobre o fático por meio da constatação de que os enunciados normativos funcionam somente no plano da abstração intelectual, apartada, portanto, das considerações da realidade sensível. A questão do resultado fático produzido pela aplicação da norma diz respeito à eficácia ou ineficácia, não dizendo respeito ao direito. (Pádua, 2006, p. 50)

Por meio, portanto, da introdução e ênfase de conceitos como os de validade jurídica, controle de constitucionalidade, pirâmide do direito, norma fundamental, além da rígida separação entre direito e política, que visou dar uma autonomia até então inédita ao Direito, a teoria constitucional alcançou um patamar diferenciado, que possibilitou o fortalecimento da posição de supremacia da Constituição em comparação às demais normas jurídicas do ordenamento, bem como o nascimento da ideia de força normativa da Constituição em Konrad Hesse, e catapultou a posição de destaque dos direitos fundamentais, indo em confluência à ideia de dignidade da pessoa humana tão bem desenvolvida em Kant.

Contudo, cumpre destacar que o desenvolvimento teórico de Konrad Hesse se baseia nas críticas não somente ao realismo jurídico, como também à ideia de um direito avalorativo da Teoria Pura do Direito, diante da percepção de que ambas as teorias conduzem ao mesmo lugar, qual seja, o isolamento da Constituição, por conta de posições extremas de relação entre a norma jurídica e a realidade, sem a adequada consideração de como estes dois aspectos devem ser considerados simultaneamente.

Assim dispõe Hesse (1991):

A radical separação, no plano constitucional, entre realidade e norma, entre ser (Sein) e dever ser (Sollen) não leva a qualquer avanço em nossa indagação. (...) Eventual ênfase numa ou noutra direção leva quase inevitavelmente aos extremos de uma norma despida de qualquer elemento da realidade ou de uma realidade esvaziada de qualquer elemento normativo. Faz-se mister encontrar, portanto, um caminho entre o abandono da normatividade em favor do domínio das relações fáticas, de um lado, e a normatividade despida de qualquer elemento da realidade, de outro. (p. 14)

A norma constitucional não apresenta existência autônoma em face da realidade. A sua essência advém da vigência, ou seja, da sua pretensão de ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia não pode ser apartada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, em relação de interdependência. Há de ser contemplado, igualmente, o substrato espiritual de um determinado povo, que nada mais é do que as concepções sociais concretas e o baldrame axiológico que influenciam a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas. (Hesse, 1991, p. 14-15)

Muito percuciente, Hesse (1991) expõe seu raciocínio da seguinte forma:

A Constituição não configura, portanto, apenas a expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas da sua vigência, particularmente as forças sociais e jurídicas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas. (p. 15)

Hesse contribui para situar a pretensão de eficácia (abstrata) em relação ao real (concreto), negando a possibilidade de o jurídico transcender o espaço e o tempo, mantendo a Constituição, em seu aspecto normativo, como parte da realidade<sup>20</sup>. A partir deste novo paradigma, facilita-se a compreensão da Constituição como componente do grande cenário em que se realiza a experiência humana, componente que tem por função conformar o desenvolvimento da experiência futura com base em opções tomadas antecipadamente, sem desconsiderar o contexto histórico em que se encontra presente. (Pádua, 2006, p. 54)

Todavia, a força normativa da Constituição não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A “Constituição Jurídica” deve converter-se, ela mesma, em força ativa. A Constituição não pode realizar nada, mas pode impor tarefas, que serão realizadas caso se façam presentes, na consciência geral, especialmente dos principais responsáveis pela ordem constitucional, não só a vontade de poder, mas a vontade de Constituição. (Hesse, 1991, p. 19)

Neste sentido, cumpra trazer os seguintes ensinamentos de Hesse (1991):

Para usar a terminologia acima referida, “Constituição real” e “Constituição jurídica” estão em uma relação de coordenação. Elas condicionam-se mutuamente, mas não dependem, pura e isoladamente, uma da outra. Ainda que não de forma absoluta, a Constituição jurídica tem significado próprio. Sua pretensão de eficácia apresenta-se como elemento autônomo no campo de forças do qual resulta a realidade do Estado. A Constituição adquire força normativa na medida em que logra essa pretensão de eficácia. (p. 15)

Sobre a denominada Vontade de Constituição, Hesse (1991, p. 19-20) a baliza em três vertentes: (i) a primeira decorre da necessidade e do valor de uma ordem jurídica inquebrantável, como medida de proteção dos indivíduos contra o arbítrio; (ii) a ordem constituída precisa estar em processo de constante legitimação, indo além daquela legitimação oriunda apenas dos fatos; (iii) a consciência de que a ordem, para ser dotada de eficácia, necessita do concurso da vontade humana, no sentido de que todos estão permanentemente convocados a dar conformação à vida do Estado.

---

<sup>20</sup> “Tal como acentuado, constitui requisito essencial da força normativa da Constituição que ela leve em conta não só os elementos sociais, políticos, e econômicos dominantes, mas também que, principalmente, incorpore o estado espiritual (geistige Situation) de seu tempo. Isso lhe há de assegurar, enquanto ordem adequada e justa, o apoio e a defesa da consciência geral” (Hesse, 1991, p. 20).

Para isso, a interpretação tem significado decisivo para o assentamento da força normativa da Constituição, na medida em que seu papel visa propiciar uma ótima concretização da norma (Hesse, 1991, p. 22). Será adequada a interpretação constitucional se ela conseguir “concretizar, de forma excelente, o sentido (Sinn) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.” (Hesse, 1991, p. 23)

A mutação constitucional<sup>21</sup> existe enquanto fenômeno para Konrad Hesse, dentro do contexto da interpretação constitucional com vistas a melhor concretização das normas constitucionais, a fim de que a Constituição revele a sua força normativa e conforme virtuosamente a sociedade. Por esta razão, ele afirma que (Hesse, 1991):

Em outras palavras, uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição. Ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa. A finalidade (Telos) de uma proposição constitucional e sua nítida vontade normativa não devem ser sacrificadas em virtude de uma mudança de situação. Se o sentido de uma proposição normativa não pode mais ser realizado, a revisão constitucional afigura-se inevitável. Do contrário, ter-se-ia a supressão da tensão entre norma e realidade com a supressão do próprio direito. Uma interpretação construtiva é sempre possível e necessária dentro desses limites. A dinâmica existente na interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua estabilidade. Caso ela venha a faltar, torna-se inevitável, cedo ou tarde, a ruptura da situação jurídica vigente. (p. 23)

Desta forma, é necessário que a mutação constitucional exerça a função de concretizar a Vontade de Constituição, resultando este o seu limite primordial<sup>22</sup>. Diante de tamanha especificidade e relevância deste fenômeno, cujo condão é atuar no interior da norma constitucional, com a manifestação de uma nova compreensão pretensamente mais consentânea com a sua concretização na e pela sociedade, são exigíveis “fundamentações mais atentas e diferenciadas, acompanhadas de critérios comprováveis.” (Hesse, 2017, posição 2435)

Outro limite relevante para as mutações constitucionais diz respeito às próprias possibilidades do texto da norma. Como a mutação constitucional é um fenômeno que decorre da interpretação constitucional, ela não poderá ir além dos limites interpretativos a que a Constituição está sujeita. Hesse (2017) assim esclarece:

Se as modificações da realidade social só devem considerar-se relevantes para o conteúdo da norma enquanto fazem parte do âmbito normativo, se o “programa normativo” resulta determinante a esse

---

<sup>21</sup> “Tanto o Tribunal Constitucional Federal como a doutrina atual entendem que uma mutação constitucional modifica, de que maneira for, o conteúdo das normas constitucionais de modo que a norma, conservando o mesmo texto, recebe uma significação diferente.” (Hesse, 2017, posição 2211)

<sup>22</sup> “A mutação constitucional com seus limites só se consegue entender com clareza quando a modificação do conteúdo da norma é compreendida como alteração “no interior” da norma constitucional mesma, não como consequência de desenvolvimentos produzidos fora da normatividade da Constituição, cuja “mutação” em normatividade estatal tampouco se pode explicar satisfatoriamente quando se parte de uma relação coordenativa entre normalidade e normatividade.” (Hesse, 2017, posição 2405)

respeito e se para este último resulta fundamental o texto da norma, então o conteúdo da norma constitucional só poderá modificar-se no interior do marco traçado pelo texto. A fixação desse marco é uma questão de interpretação, valendo também para o que se aplica a toda interpretação constitucional: onde termina a possibilidade de compreensão lógica do texto da norma ou onde uma mutação constitucional apareceria em clara contradição com o texto da norma; assim, encerram-se as possibilidades de interpretação da norma e, com isso, também as possibilidades de uma mutação constitucional. (posição 2345)

Com Konrad Hesse, a teoria da mutação constitucional afasta-se em definitivo das concepções sociológicas de Constituição. Deixando-se de ser um fenômeno que evidencia o descompasso entre a Constituição e a realidade fática subjacente, a mutação constitucional passa a estar conformada pela ideia de força normativa da Constituição, tendo legitimidade apenas na medida em que propicia a concretização dos valores e direitos fundamentais da Constituição.

### **1.7. Friedrich Müller: da Teoria Pura do Direito à Teoria Estruturante do Direito**

Friedrich Müller, jurista alemão, desenvolveu a sua Teoria Estruturante, na década de 1960/1970, inserindo-se no paradigma do pós-positivismo, cujo foco da sua teoria consiste na concretização do direito, na esteira da teoria da força normativa da Constituição, na medida em que a atividade do operador do direito deverá rumar no sentido de tornar efetivos os direitos consubstanciados no texto da Constituição.

A formulação de sua teoria da norma jurídica começa com uma crítica a respeito da visão da primazia da força normativa do fático, tão propalada inclusive por Jellinek, em razão de esta ideia reduzir o direito a nada mais do que parte da consciência humana, em um psicologismo, senão vejamos (Müller, 2008):

Assim, por exemplo, a tão discutida doutrina da força normativa do fático mostra-se como uma visão por meio da qual o caráter abstrato de suas premissas mais se evidencia do que é dominado. Se todo o direito originalmente nada mais devesse ser senão exercício fático, se o direito consuetudinário não provém de uma convicção global, algo seria considerado próprio ao direito por força de sua necessidade interna. Porém, se o direito fosse oriundo de uma característica psíquica universal que considerasse normativo o fato que se repetisse com regularidade, então “norma” e “fato” seriam de antemão duvidosos pólos de referência da teoria social. Essa ligação deve criar um psicologismo permanente, para o qual o direito aparece exclusivamente como uma parte do conteúdo da consciência humana. (p. 95)

Hans Kelsen, por meio do seu positivismo normativista, define o conceito de norma, trazendo rigor a este conceito jurídico, tendo em vista que anteriormente o seu emprego ocorria de forma aleatória e sem densidade. E foi a partir da análise crítica da Teoria Pura do Direito que Friedrich Müller rumou em direção ao desenvolvimento de sua Teoria e Metodologia Estruturante do Direito, trabalhando temas como a distinção entre texto e norma, a não



separação estanque entre Direito e Realidade, o caráter dinâmico da normatividade, a metódica para a concretização do direito etc.

Partindo-se do princípio, visando a uma melhor elucidação dos pontos-chave da teoria de Kelsen que foram objeto de análise e crítica de Müller, cumpre trazer o conceito de norma explicitado pelo autor austríaco (Kelsen, 1999):

Com o termo “norma” se quer significar que algo deve ser ou acontecer, especialmente que um homem se deve conduzir de determinada maneira. É este o sentido que possuem determinados atos humanos que intencionalmente se dirigem à conduta de outrem. Dizemos que se dirigem intencionalmente à conduta de outrem não só quando, em conformidade com o seu sentido, prescrevem (comandam) essa conduta, mas também quando a permitem e, especialmente, quando conferem o poder de a realizar, isto é, quando a outrem é atribuído um determinado poder, especialmente o poder de ele próprio estabelecer normas. (...) “Norma” e o sentido de um ato através do qual uma conduta é prescrita, permitida ou, especialmente, facultada, no sentido de adjudicada à competência de alguém. Neste ponto importa salientar que a norma, como o sentido específico de um ato intencional dirigido à conduta de outrem, é qualquer coisa de diferente do ato de vontade cujo sentido ela constitui. Na verdade, a norma é um dever-ser e o ato de vontade de que ela constitui o sentido é um ser.

Por isso, a situação fática perante a qual nos encontramos na hipótese de tal ato tem de ser descrita pelo enunciado seguinte: um indivíduo quer que o outro se conduza de determinada maneira. A primeira parte refere-se a um ser, o ser fático do ato de vontade; a segunda parte refere-se a um dever-ser, a uma norma como sentido do ato. Por isso não é correto dizer, como muitas vezes se diz, que o dever um indivíduo fazer algo nada mais significa senão que um outro indivíduo quer algo - o que equivaleria a dizer que o enunciado de um dever-ser se deixa reconduzir ao enunciado de um ser. (p. 04)

Tem-se que, para Kelsen, norma jurídica tem como fundamento a distinção entre ser e dever-ser. A uma conduta devida é-lhe atribuída o caráter normativo, sendo de observância obrigatória pelos indivíduos. A conduta, quando normativa, sai da esfera do ser e entra na esfera do dever-ser. As normas jurídicas revestem-se em um conjunto de atos de vontade do qual se pode deduzir permissão/proibição, cujo condão consiste em determinar a ação de outrem. (Silva, 2015, p. 18)

Ainda há, na Teoria Pura do Direito, a classificação do Direito em seu momento estático, consubstanciado pelo sistema de normas em vigor, e em seu momento dinâmico, relativo ao processo jurídico em que o Direito é produzido e aplicado, representando o Direito enquanto movimento. Já a Ciência do Direito tem a função de descrever o Direito<sup>23</sup>, não podendo prescrever nada, papel este incumbido a autoridade judiciária, que produz o Direito, tanto em seu momento estático, na produção de normas jurídicas gerais, quanto em seu momento dinâmico, na aplicação das normas jurídicas a um caso concreto individual.

---

<sup>23</sup> “Mais do que isso, a ciência (do direito) interpreta, e dessa interpretação derivam-se os múltiplos sentidos de uma norma jurídica; o papel da ciência do direito é descrever esses múltiplos sentidos” (Bittar; Almeida, 2019, p. 435).

Essa descrição do Direito pela Ciência Jurídica ocorre por meio das proposições jurídicas<sup>24</sup>, que não se continuam em prescrições/comandos dirigidas a alguém e não são dotadas de dever-ser. (Kelsen, 1999, p. 50-52)

Por sua vez, a interpretação em Hans Kelsen pode ser dividida em duas espécies: (i) a interpretação do Direito pelo órgão que aplica, a chamada interpretação autêntica; (ii) e a interpretação realizada por uma pessoa privada e, em especial, pela ciência jurídica, a chamada interpretação não autêntica. Segundo a teoria de escalonamento das normas, a norma de escalão superior, partindo-se da norma fundamental do ordenamento jurídico (Grundnorm)<sup>25</sup>, regula a de escalão inferior, porém, e nisto reside o caráter de indeterminação do direito, essa determinação nunca é completa, sobrando sempre uma margem de livre apreciação, motivo pelo qual a norma de escalão superior tem um caráter de quadro ou moldura em relação à norma inferior. (Kelsen, 1999, p. 256-257)

A indeterminação do Direito pode ser intencional ou não, ou seja, conforme a intenção do órgão que estabeleceu a norma a aplicar (Kelsen, 1999, p. 257-258). Sobre o significado de interpretação e sua relação com a aplicação do Direito, Kelsen (1999) assim assevera:

Se por “interpretação” se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento de várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral. (p. 258)

A importância da interpretação reside justamente no fato de a norma a aplicar deixar várias possibilidades em aberto<sup>26</sup>, diante da indeterminação do Direito, podendo-se defluir,

<sup>24</sup> “A atividade da ciência consiste no produzir proposições jurídicas, descrevendo o seu objeto; não está a ciência revestida de autoridade para decidir conteúdos de direito” (Bittar; Almeida, 2019. p. 435).

<sup>25</sup> “Como já notamos, a norma que representa os fundamentos de validade de uma outra norma é, em face desta, uma norma superior. Mas a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que pressupõe como a última e a mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser pressuposta, visto que não pode ser posta por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento da sua validade já não pode ser posta em questão. Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental (Grundnorm).” (Kelsen, 1999, p. 136)

<sup>26</sup> “Com efeito, a necessidade de uma interpretação resulta justamente do fato de a norma a aplicar ou o sistema das normas deixarem várias possibilidades em aberto, ou seja, não conterem ainda qualquer decisão sobre a questão de saber qual dos interesses de jogo é o de maior valor, mas deixarem antes esta decisão, a determinação

segundo a Teoria Pura do Direito, a diferença existente entre interpretação e aplicação do Direito, a considerar que esta resulta em um ato de vontade<sup>27</sup> do órgão aplicador do Direito e aquela na operação mental que visa fixar os possíveis sentidos de uma norma jurídica. A interpretação está ligada tanto à aplicação do Direito quanto aos processos da Ciência Jurídica, conforme destacam os autores Eduardo Bittar e Guilherme Almeida (Bittar, Almeida, 2019):

Nesse esquema de ideias, interpretação e aplicação estão intimamente relacionadas, pois trata-se de um processo cognitivo em direção à fixação do sentido da norma a ser aplicada. Não há normas jurídicas que não passem pelo processo de interpretação. A interpretação, que é fundamentalmente a compreensão da literalidade das palavras da lei, no entanto, adverte Kelsen, não está ligada somente à aplicação do direito, mas também aos processos cognitivos da ciência do direito; ao jurista teórico, como ao jurista prático, interessa a interpretação. Assim, para aquele, será uma atividade do pensamento que identifica os possíveis sentidos jurídicos de uma norma jurídica, e para este, um ato de escolha de um desses possíveis sentidos por meio de um ato de vontade, a decisão. Há, portanto, duas formas de interpretação jurídica, para Kelsen. (p. 432-433)

Afigura-se, neste ponto, que a principal preocupação de Hans Kelsen foi elaborar uma teoria avaliativa do Direito, reforçando a sua autonomia frente à Moral, a Justiça ou a Realidade enquanto tais, ancorando-se sob o pressuposto de uma teoria relativa de valores, ou seja, na inexistência de um sistema valorativo que possa ser considerado absoluto<sup>28</sup>.

A respeito da face que a autonomia do Direito assume em Hans Kelsen, cumpre trazer as seguintes observações (Bittar, Almeida, 2019):

A autonomia do Direito, para Kelsen, só se alcança isolando o jurídico do não jurídico. Isso quer dizer que o Direito, como ciência, deve significar um estudo lógico-estrutural seja da norma jurídica, seja do sistema jurídico de normas. Nesse emaranhado de ideias, a própria interpretação se torna um ato, cognoscitivo (ciência do direito) ou não cognoscitivo (jurisprudência), de definição dos possíveis sentidos da norma jurídica. A interpretação do juiz, ato prudencial, por natureza, para Kelsen, transforma-se no ato de criação de uma norma individual. Qualquer avanço no sentido da equidade, dos princípios jurídicos, da analogia só são admitidos desde que autorizados por normas jurídicas. (p. 443)

Friedrich Müller adota um rumo oposto ao da teoria de Kelsen no que diz respeito à relação entre direito e realidade, indo contra a ideia de que a norma é um puro dever-ser,

---

da posição relativa dos interesses, a um ato de produção normativa que ainda vai ser posto – à sentença judicial, por exemplo” (Kelsen, 1999, p. 259).

<sup>27</sup> “O estabelecimento da decisão por meio do ato de vontade é o que diferencia todas as demais interpretações, principalmente a da Ciência do Direito. A primeira possui força vinculante para o órgão e para os indivíduos envolvidos perante tal aplicação de Direito. Na segunda, a interpretação não autêntica não é vinculante para o órgão e por isso mesmo existe a possibilidade de que ele mesmo considere uma dessas interpretações errônea (e isso, claro, sempre dentro da moldura do Direito)”. (Rocha, 2021, p. 49).

<sup>28</sup> “Ora, se definimos Direito como norma, isto implica que o que é conforme-ao-Direito (das Rechtmässige) é um bem. A pretensão de distinguir Direito e Moral, Direito e Justiça, sob o pressuposto de uma teoria relativa dos valores, apenas significa que, quando uma ordem jurídica é valorada como moral ou imoral, justa ou injusta, isso traduz a relação entre a ordem jurídica e um dos vários sistemas de Moral, e não a relação entre aquela e “a” Moral. Desta forma, é enunciado um juízo de valor relativo e não um juízo de valor absoluto. Ora, isto significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente da sua concordância ou discordância com qualquer sistema de Moral.” (Kelsen, 1999, p. 47)

apartada de qualquer elemento externo. Esta autonomia do direito, de caráter avalorativo, não teria o condão de contribuir para a concretização das normas do ordenamento jurídico, diante do fato de que se as paragens históricas, filosóficas e políticas não existem para a Teoria Pura do Direito, elas não podem ser racionalizadas, a gerar o velamento de quaisquer implicações conteudísticas. (Müller, 2008, p. 29)

Contrariamente, portanto, a esta pretensão de isolamento do Direito de qualquer elemento conteudísticos dotados de valor, Müller (2008) assevera que:

Com vistas ao caso individual prático, a teoria pura do direito fica devendo todo e qualquer auxílio para saber como determinar o quadro em si logicamente equivalente da ordem aplicanda da norma. Ex negativo evidencia-se mais uma vez o nexó entre epistemologia, compreensão da norma e questões práticas de direito, do qual trata a presente publicação. Como ciência no sentido de Kelsen, a teoria geral do direito não pretende contribuir em nada para a concretização de um determinado ordenamento jurídico positivo como ordenamento com determinados conteúdos. (p. 29)

Esta concretização consiste na realização prática do Direito, assumindo especial relevo a questão da *práxis* jurídica, que assume papel fundamental na Teoria Estruturante do Direito. Já não é possível o descolamento da norma jurídica do caso concreto, seja ele real ou fictício, de modo que o sentido de uma norma jurídica é determinado perante o caso a ser solucionado por ela. A concretização, assim, vai além dos elementos atinentes à interpretação<sup>29</sup> literal/gramatical da norma, sendo que a normatividade se comprova apenas na regulamentação de situações concretas, na medida em que a norma jurídica não é em si dependente do fato concreto, mas a ele se refere. A interpretação ocorre pela razão primordial de que ela deve ser aplicada a um caso concreto, não por conta de uma eventual plurivocidade de significados possíveis de seu texto. (Müller, 2005, p. 47-48)

Neste ponto, a hermenêutica filosófica, desenvolvida por Gadamer, encontra seu espaço na Teoria Estruturante do Direito. A pré-compreensão se manifesta como uma relação vital entre o sujeito que compreende e a coisa a ser compreendida, sem a qual não haveria sequer a possibilidade de existência de alguma forma de compreensão, de maneira que as valorações de ordem subjetiva e os critérios de valor não podem ser excluídos da ciência jurídica<sup>30</sup>. Uma interpretação em um caso individual não pode ser descolada da auto-

<sup>29</sup> “Dito isso, importa dizer que a metódica estruturante não despreza a importância da interpretação. Entretanto, ao distinguir a “aplicação” da “concretização”, Müller conferiu à “interpretação” uma função específica, restrita. Na metódica estruturante a interpretação do teor literal da norma é somente um dos elementos de concretização (certamente um dos mais importantes)”. (Gomes, 2009, p. 67)

<sup>30</sup> “A decisão sobre o sentido de uma relação da vida ou sobre a tarefa ordenadora de uma instituição, genericamente sobre o que é “correto”, sempre é guiada por uma pré-compreensão frequentemente inconsciente, cujos pontos de vista valorativos destacam da pleora dos dados ônticos a “natureza da coisa” juridicamente relevante. Nexos de lógica material somente entram no horizonte visual sob determinados pontos de vista; à medida que a pré-compreensão fornece esses aspectos valorativos, ela deve ser formulada pela reflexão. O

interpretação do homem e da sua interpretação do mundo, constituindo-se estes elementos em um horizonte universal, de natureza pré-jurídica, que co-caracteriza a concretização do direito. (Müller, 2008, p. 58-59)

Diante desta característica de que a norma jurídica se concretiza apenas diante de um caso concreto, quando se converte em uma norma de decisão, possuindo um condicionamento ditado pela pré-compreensão<sup>31</sup>, afigura-se a diferença fundamental entre a norma jurídica e o seu texto. A norma jurídica não é o seu texto e nem existe fora da metódica estruturante, razão pela qual se revela tão problemática a distinção entre direito e realidade ou a existência de um direito apartamento de concepções de conteúdo material. Müller (2008) assim destaca:

A norma não existe, não é “aplicável”. Ela é produzida apenas no processo de concretização. O operador do direito se vê incluído nesse processo de construção da normatividade, normativa e materialmente vinculada, da mesma maneira como a estrutura do problema do caso ou do tipo de caso. Apesar disso não se reconhece na tarefa de concretização nenhuma liberdade em princípio diante da norma. Mas como a norma não é concebida como previamente dada, carente de geração, tal visão é nessa medida compatível com a visão tópica. A diferença prática mais nítida se evidenciará no papel do teor literal. No interesse de uma clareza constitucional e da determinidade pelos princípios do Estado de Direito, o texto da prescrição deve ser tratado como limite da concretização em circunstâncias a serem detalhadas. Como, porém, o texto da norma não pode ser igualado à norma e esta por sua vez não é “aplicável” como previamente dada, essa linha de fronteira para a mera tópica se revela como apenas relativa, correspondendo à peculiaridade da objetividade jurídica. (p. 80-81)

A estrutura da norma jurídica é composta pelo âmbito normativo e programa normativo. O conceito de âmbito normativo diz respeito a um “projeto tipificador no campo das possibilidades reais daquilo que aparece regulado realmente como caso particular no âmbito de validade da norma concretizada” (Müller, 2008, p. 199). Trata-se, então, do recorte da realidade social sobre o qual a norma incidirá sob a sua perspectiva concretizante, podendo ser composta tanto por elementos oriundos do direito, como prazos, formas, datas etc., como elementos de origem não jurídica (Barreto, 2018, p. 39). Por sua vez, o programa da norma representa o teor literal, o ordenamento jurídico como tradicionalmente compreendido (Müller, 2005, p. 44), cuja função primordial estará em delimitar os limites pelos quais a concretização da norma estará sujeita.

---

critério valorativo é visto aqui num nexu indissolúvel, ainda que relativo também a parte de si mesmo. Isso exclui por um lado a gratuidade das valorações; por outro, isso esclarece a natureza da pré-compreensão, nessa medida referida ao direito.” (Müller, 2008, p. 60-61)

<sup>31</sup> “Abstraindo-se de casos-limite nos quais a concretização da norma pode coincidir essencialmente com a aplicação, as questões de interpretação são pré-decidas pela pré-compreensão consciente ou inconsciente. Isso se vê com nitidez justamente no direito constitucional. Tanto mais importante deverá ser o desenvolvimento de uma teoria constitucional material, fundamentadora das pré-compreensões, como hermenêutica propriamente dita do direito constitucional. Como teoria do direito, ela é normativa não quanto ao fundamento da validade, mas quanto à sua intenção. Se ela quiser estar à altura da sua tarefa metodológica, ela deverá apreender concretamente os tipos legais normatizados pelas normas jurídicas da Constituição; se ela fizer isso, só poderá apresentar-se como teoria constitucional concretamente material” (Müller, 2008 p. 62).

Todo esse conjunto metódico idealizado por Müller recebe o nome de metódica estruturante<sup>32</sup>, diferenciando-se da metodologia proposta por Hans Kelsen a tal ponto de o autor nominá-la como uma Teoria Impura do Direito, a considerar a sua construção que realça a presença da realidade e dos valores enquanto constitutivos da experiência jurídica.

A concretização ocorre com a formação da chamada *norma de decisão*, que nada mais é do que a determinação normativa para o caso individual a partir da aplicação dos elementos de concretização. A normatividade surge em decorrência dessa individualização da norma jurídica para a formação da norma de decisão. Neste ponto, Müller (2005) destaca que:

A força enunciativa\* de uma norma para um caso é por assim provocada por esse mesmo caso. Em um procedimento, que ganha gradualmente em precisão por meio da verificação recíproca da(s) prescrição (prescrições) jurídica(s) considerada(s) relevante(s) junto aos componentes para elas relevantes do conjunto de fatos – tratados, à guisa de hipótese de trabalho, como relevantes junto à norma que lhes é provisoriamente atribuída (ou junto a várias prescrições jurídicas) –, os elementos normativos e os elementos do conjunto de fatos assim selecionados “com vistas à sua reciprocidade” continuam sendo concretizados, igualmente “com vistas à sua reciprocidade”, uns juntos aos outros (e sempre com a possibilidade de insucesso, i. é, da necessidade de introduzir outras variantes das normas ou normas à guisa de hipótese de trabalho). A solução, i. é, a concretização da norma jurídica em norma de decisão e do conjunto de fatos, juridicamente ainda não decidido, em caso jurídico decidido deve comprovar a convergência material de ambos, publicá-la e fundamentá-la. (p. 51)

Acerca da metódica estruturante, cabe ainda analisar os elementos de concretização da norma. Eles podem ser classificados da seguinte forma: *a)* elementos metodológicos *strictiore sensu*; *b)* elementos do âmbito da norma; *c)* elementos dogmáticos; *d)* elementos de teoria; *e)* elementos de técnica de solução; *f)* elementos de política do direito e política constitucional (Müller, 2005, p. 105-106).

Os elementos metodológicos *strictiore sensu* são, segundo Müller (2005, p. 59): “os aspectos da interpretação gramatical, histórica, genética, sistemática e teológica, além disso os princípios aqui discutidos da interpretação da constituição e dos problemas da lógica formal e da axiomatização no direito constitucional”. Os elementos do âmbito da norma dizem respeito aos componentes da estrutura da norma (âmbito normativo e programa normativo), cujo objetivo consiste no oferecimento de “elementos adicionais de diferenciação metódica, de um estilo de fundamentação e exposição detalhadas”. (Müller, 2005, p. 81)

---

<sup>32</sup> “A “metódica estruturante” aqui apresentada é desenvolvida com base no e com vistas no direito constitucional. A denominação “metódica estruturante” resume o que foi dito sobre a estrutura de norma e texto da norma, de normatividade e processo de concretização, sobre o nexo entre concretização estruturada da norma e as tarefas das funções individuais da práxis jurídica, sobre a não-identidade de norma e texto da norma e sobre a não-identidade de concretização e interpretação; resume, outrossim, os enunciados sobre o papel da pré-compreensão, do “sistema”, da “axiomática” e da “tópica”. A *metódica estruturante* analisa as questões da implementação interpretante e concretizante de normas em situações decisórias determinadas pelo caso. Ela apreende a hierarquia igual de elementos do programa da norma e do âmbito da norma. Ela procura desenvolver meios de um trabalho controlável da decisão, fundamentação e representação das decisões jurídicas” (Müller, 2005, p. 56-57).

Por sua vez, os elementos dogmáticos tratam dos enunciados da jurisprudência e da bibliografia composta por comentários, doutrinas e monografias acadêmicas. Müller (2005) traz a seguinte explicação sobre esta categoria de elementos de concretização da norma:

Essas fontes do conhecimento jurídico são estruturadas lingüisticamente. Por isso elas, por sua vez, também carecem e são acessíveis à interpretação, carecem e são acessíveis a todas as possibilidades da interpretação lingüística. Compartilham assim o destino do programa da norma, do âmbito da norma e do teor literal da norma, de materiais legais, de modelos históricos de normas e do caso solucionando: inexistem como orientações prévias, não estão prontas e acabadas, disponíveis para a aplicação. (p. 82)

Os elementos da teoria para a concretização das normas têm a função de atuar como fundamento e processamento de determinados tipos de pré-compreensão, que são formadores de uma margem de ação hermenêutica e metódica para atuação no caso individual (Müller, 2005, p. 88). Os elementos de técnica de solução tratam dos lineamentos fundamentais dos procedimentos com os quais se pretende analisar as hipóteses graduandas ou precisandas sobre a norma, bem como a espécie de estruturação e argumentação do texto da decisão mais útil segundo a finalidade da norma. (Müller, 2005, p. 85-86)

Os elementos de política de direito e política constitucional se referem às perguntas pelas consequências de determinadas variantes de solução ao caso concreto com a concretização de determinada norma, assim como pelos efeitos que podem ser gerados sobre o âmbito de outras normas ou até sobre áreas inteiras da constituição, geralmente se recorre aos elementos de política de direito e política constitucional (Müller, 2005, p. 89-90). Sobre este ponto, cabe destacar as seguintes observações de Müller (2005):

O estilo de raciocínio da política constitucional refere-se à ponderação das conseqüências, à consideração valorativa de conteúdos. Em contrapartida, tal *raisonnement* não consegue indicar pormenores de modos de trabalho metódicos. Elementos de política constitucional fornecem valiosos pontos de vista de conteúdo à compreensão e implementação prática de normas constitucionais. Mas os aspectos por eles aduzidos só podem ser introduzidos para fins de comparação, delimitação e clarificação, não podem ser introduzidos como premissas por assim dizer normativas. Nesse sentido, todo e qualquer ato de normatização cortou, no âmbito da ordem vinculativamente normatizada e com a reserva de uma alteração da constituição, outras discussões de política constitucional. O trabalho do direito constitucional está embebido em pontos de vista de política constitucional. Mas com isso nem o caráter vinculante do direito constitucional, lá onde ocorreu uma pré-decisão normativa, nem a racionalidade e objetividade exigidas pelo Estado de Direito, até onde ela é um princípio possível na ciência jurídica, devem ser questionados. (p. 90)

Müller não apresentou um estudo específico sobre a mutação constitucional em si, mas a perspectiva teórica que ele apresentou, dentro do paradigma pós-positivista, fiando-se na concretização dos direitos e na diferenciação entre texto e norma, além de expressa inspiração na filosofia da linguagem e na hermenêutica filosófica, mostram-se como pressupostos teóricos inarredáveis para os desenvolvimentos posteriores dos estudos sobre a mutação constitucional.

Não obstante, cumpre trazer à baila o valoroso estudo de Lara Gomes Barreto, oriundo de sua dissertação de mestrado, em que procurou fazer uma pesquisa sobre os limites da mutação constitucional dentro do paradigma teórico de Friedrich Müller, ocasião em que sustentou que a mutação constitucional ocorre dentro do âmbito normativo da norma, a influenciar no sentido que a norma de decisão irá assumir, a ter em perspectiva a diferença entre texto e norma. Em suma, a mutação ocorreria quando da concretização da norma, em virtude de uma modificação ocorrida no âmbito normativo, que gerou uma modificação de sentido em relação ao que anteriormente ocorria<sup>33</sup>.

Ultrapassada a análise histórica das distintas concepções históricas acerca do fenômeno da mutação constitucional, nos próximos capítulos desta pesquisa serão destinados à análise da mutação constitucional sob os marcos teóricos adotados, ocasião em que será apresentada as contribuições desta teoria para o desenvolvimento do conceito deste fenômeno, seus contornos, limites e possibilidades, além da análise hermenêutica a respeito da (não)presença de modificação de sentido do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal de 1988, diante do julgamento dos temas 881 e 885 do STF.

---

<sup>33</sup> “No entanto, com o desenvolvimento do conceito, também sob a influência da compreensão da norma no processo de concretização, a mutação constitucional passou a ser reconhecido como algo legítimo e inevitável na vida dos Estados, enquanto meio de adaptação da Constituição às novas realidades, desde que, para tanto, essa modificação da compreensão da norma ocorra dentro dos limites do próprio texto constitucional. Assim, as contribuições trazidas neste trabalho demonstraram que a mutação constitucional pode ser compreendida como uma modificação ocorrida no âmbito normativo, de modo a conhecer, então, a sua natureza e os limites do fenômeno.” (Barreto, 2018, p. 100)



## 2. CONTORNOS PARA A CONCEPÇÃO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO UM FENÔMENO HERMENÊUTICO

### 2.1. O pós-positivismo

O movimento pós-positivista surgiu no contexto do final da Segunda Guerra Mundial, na medida em que foi constatada a necessidade da emergência de novos paradigmas teórico-jurídicos para conter o autoritarismo e a violação de direitos humanos produto da guerra. Com a pretensão de separação do direito dos valores, a fim de reforçar a sua autonomia e sua condição de ciência, questões como a avaliação das normas do ordenamento segundo critérios de justiça, moralidade, democracia e efetivação dos direitos humanos não figuraram como um tema da Ciência do Direito, condições estas que tornavam na prática o Direito mais fragilizado a arbitrariedades de diversas ordens<sup>34</sup>.

Para esse novo empreendimento na teoria do Direito, foi necessário o fortalecimento de elementos que levassem à superação do positivismo jurídico, visando à sua ruptura, com o realce da força normativa da Constituição, conceito desenvolvido por Hesse, uma concepção de direitos humanos de caráter universal, um dirigismo constitucional sobre o funcionamento das instituições jurídicas e da sociedade como um todo e a consagração do Estado Democrático de Direito<sup>35</sup>.

O pós-positivismo teve, então, o seu surgimento atrelado à necessidade de promoção da superação do positivismo, o que só poderia ocorrer se fossem adotados novos referenciais paradigmáticos que estivessem em consonância com os ideais e aspirações próprios do Estado Democrático de Direito. Como pressuposto teórico deste movimento, há a adoção da

---

<sup>34</sup> “A teoria jurídica, ao longo do século XIX, realizara movimentos em direção à secularização, à positivação e à sistematização do direito. Ao final desse processo, a sua vertente hegemônica passou a conceber o Direito separadamente da Moral. O positivismo de Kelsen é a expressão máxima dessa concepção. Nessa perspectiva, não caberia à teoria do Direito avaliar o conteúdo particular de cada ordenamento, no sentido de verificar a compatibilidade com as normas morais. A justiça ou a injustiça das normas jurídicas ou do próprio ordenamento não seria tema afeto à Ciência do Direito. O mesmo ocorre com a teoria do Estado. No final do século XIX e no início do século XX, forma-se uma teoria do Estado com enfoque especialmente jurídico, buscando definir o fenômeno estatal de forma neutra, sem enveredar juízos de valor. O objeto da teoria do Estado era, naquele contexto de virada do século, classificar e catalogar as instituições políticas, sem ingressar na reflexão crítica sobre suas características e funcionamento. A expressão “Estado de Direito” perde o seu conteúdo material – assentado na ideia de limitação jurídica do poder político – para significar apenas que o poder político estatal se organiza juridicamente”. (Souza Neto, Sarmento, 2016, p. 199-200)

<sup>35</sup> “Essa transformação no âmbito da teoria constitucional é acompanhada por outra no interior da teoria do Estado, com a consagração do Estado Democrático de Direito. Dessa forma, Constituição dirigente e Estado Democrático de Direito devem ser apresentados como correlatos necessários, a partir de onde são colocados, de maneira decisiva e de modo mais radical, os elementos desestruturantes do positivismo jurídico (hegemônico até então). Isso se dá principalmente em virtude da reivindicação de uma postura da concretização da Constituição, a partir do estabelecimento de sua forma normativa (Hesse), em detrimento da clássica metódica de aplicação da lei estritamente considerada.” (Oliveira, 2007, p. 49)

teoria da moralidade de Immanuel Kant para o âmbito do Direito, com a defesa de que é necessária a existência de uma relação entre Direito e Moral. Os primeiros juristas pós-positivistas fizeram parte de uma corrente filosófica que recebeu o nome de virada kantiana.

Sobre as características desta corrente filosófica, Rodrigues-Pereira (2019) assim informa:

Boa parte desses pensadores, mesmo possuindo profundas discordâncias entre si, tinha um grande ponto em comum: a grande maioria era *neokantiana* (e portanto também apostava na razão), mas seguiam não o Kant da Crítica da Razão Pura, como parece ter feito Kelsen; seguiam o filósofo de *Königsberg* no sentido da sua ideia de moralidade, da necessária relação entre direito e moral, expressa em algumas de suas obras como *Metafísica dos Costumes*, *Doutrina do Direito*, e a *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*.

Esses *jus filósofos* acabaram por ficar conhecidos como membros de uma corrente filosófica, por mais que, conforme mencionado, pensassem e pensem diferentemente entre si. Essa corrente ganhou o nome de *virada kantiana*, justamente por ser uma virada em termos paradigmáticos, e kantiana em razão da influência da teoria da moralidade kantiana e na crença de uma resposta correta que Kant também defendia. (p. 42-43)

Kant fundamenta a sua Ética mediante o exame do conceito de razão prática. A razão é uma só, podendo ser exercida teoricamente ou praticamente<sup>36</sup>. O uso teórico da razão significa a ultrapassagem dos sentidos pelo conhecimento, enquanto o uso prático da razão significa a capacidade de efetuar escolhas independentemente de fatores determinantes sensíveis, de impulsos, de paixões, de sensações de agradável ou desagradável. (Höffe, 2005, p. 188)

Essa razão prática consiste no exercício da razão livre de qualquer condicionante empírica na determinação da vontade<sup>37</sup>, sendo, por isso, essa razão, pura, de caráter imanente e autônoma, ao passo que a razão empiricamente condicionada se qualifica como razão transcendente. (Kant, 2004, p. 36-37)

No âmbito das definições essenciais à compreensão dos fundamentos da razão prática, tem-se que faculdade de apetição é entendida como “a faculdade de, por meio de suas

---

<sup>36</sup> “Ocupava-se o uso teórico da razão de objetivos da mera faculdade de conhecer, sendo que uma crítica da razão, no que concerne a esse uso, apenas se referia propriamente à faculdade pura do conhecimento, porquanto esta faculdade despertava suspeitas, as quais também logo se confirmavam, de que a mesma se perdia facilmente, para além dos seus limites, em objetos inacessíveis, ou até em conceitos contraditórios em si mesmos. Com o uso prático da razão ocorre coisa bem diversa. Nele vemos ocupar-se a razão com fundamentos da determinação da vontade, que resulta em faculdade de produzir objetos que correspondam às representações ou, pelo menos, determinantes a si próprios na realização de tais objetos, seja ou não suficiente para isso a faculdade física, isto é, a de determinar a sua casualidade. Desse modo pode a razão, pelo menos, bastar para a determinação da vontade, tendo sempre realidade objetiva, dentro dos limites da exclusividade do querer”. (Kant, 2004, p. 35-36)

<sup>37</sup> “Do mesmo modo que no âmbito teórico, Kant encontra também no âmbito prático uma distinção metodológica clara entre uma vontade dependente de fundamentos determinantes sensíveis e uma vontade independente deles, quer dizer, entre a razão empiricamente dependente e a razão prática pura. Enquanto a razão prática empiricamente condicionada recebe uma parte da sua determinação de fora, de impulsos e necessidades, hábitos e paixões, a razão prática é independente de todas as condições empíricas e cuida totalmente de si mesma.” (Höffe, 2005, p. 189)

representações, ser causa dos objetos dessas representações” (Kant, 2013, p. 21); ou, ainda, a “faculdade de *fazer ou não fazer a seu bel-prazer*, na medida em que o fundamento de determinação para a ação se encontra nela mesma, não no objeto.” (Kant, 2013, p. 21)

Esta faculdade de apetência poderá converter em: (i) arbítrio, quando estiver “ligada à capacidade de sua ação para a produção do objeto” (Kant, 2013, p. 21); (ii) desejo, quando, ao contrário do arbítrio, a faculdade de apetência não estiver unida à capacidade de sua ação para a produção do objeto; (iii) vontade, quando o fundamento interno de determinação encontra-se na razão interna do sujeito, ou seja, ela não está ligada diretamente à ação, representada pelo arbítrio, mas, sim, à razão prática em si mesma, pois ela não tem nenhum fundamento de determinação precedente, constituindo ela neste fundamento determinante da faculdade de apetição, de modo que tanto o arbítrio, quanto o desejo, estão contidos na vontade. (Kant, 2013, p. 21)

Dentro destes ensinamentos, há ainda a divisão da natureza dos seres racionais entre sensível e suprasensível. A natureza sensível dos seres diz respeito à existência deles sob leis empiricamente condicionadas, representando para a razão, uma heteronímia, ou seja, a sua sujeição a uma lei exterior, leis estas que não são frutos da razão em si mesmas. A natureza suprasensível dos seres trata da existência deles segundo leis independentes de toda a condição empírica, a pertencer à autonomia da razão. A razão prática é regida por proposições que encerram determinações universais da vontade, podendo ser classificada como princípios, quando a condição é subjetiva e considerada verdadeira somente para a vontade do sujeito, e leis, quando a condição é objetiva e válida para todo o ser natural. A lei moral é considerada, para Kant, a lei fundamental da autonomia da razão. (Kant, 2004, p. 41, 90-91)

Acerca das características desta lei moral, Kant (2004) afirma que:

A lei desta autonomia, contudo, é a lei moral, sendo, por isso, a lei fundamental de uma natureza suprasensível e de um mundo intelectual puro, cuja cópia (*Gengebild*) deve existir em um mundo dos sentidos, sem mais dano ao mesmo tempo, das leis deste. Poder-se-ia denominar aquela *natureza modelo* (*natura archetypa*), que só nos é dado conhecer na razão, e esta, todavia, já que contém o efeito possível da ideia da primeira, como fundamento determinante da vontade, *natureza copiada* (*natura ectypa*). Porque, com efeito, a lei moral nos transporta idealmente a uma natureza na qual a razão pura, se fosse acompanhada do poder físico correlato, produziria o sumo bem, determinando a nossa vontade em conferir ao mundo sensível como que de um todo de seres racionais. (p. 91)

As leis morais, enquanto leis da liberdade/autonomia da razão, podem ser classificadas como jurídicas ou éticas. Elas serão jurídicas se “se referirem apenas às ações meramente exteriores e à conformidade destas à lei” (Kant, 2013, p. 22). Elas serão, todavia, éticas quando “exijam também que elas próprias devam ser os fundamentos de determinação das ações” (Kant, 2013, p. 22). O jurídico diz respeito à legalidade e cuida apenas das ações

exteriores, enquanto o ético diz respeito à moralidade<sup>38</sup>, referindo-se a ações internas e/ou externas, desde que determinadas pela lei da razão. (Kant, 2013, p. 22)

A moralidade em Kant está profundamente associada à noção de universalidade, no sentido de que uma ação moral é aquela que pode ser reproduzida por todos, onde seus fundamentos não estão determinados por qualquer condicionamento empírico. Os conceitos de imperativo categórico e hipotético são formulados pelo filósofo justamente para nortear a investigação sobre a moralidade da ação.

Kant (2013) procede à seguinte definição de imperativo categórico:

O imperativo categórico (incondicional) é aquele que pensa uma ação como objetivamente necessária e a torna necessária, não indiretamente através da representação de um fim que possa ser alcançado pela ação, mas sim através da mera representação dessa ação mesma (de sua forma), portanto diretamente. Nenhuma outra doutrina prática, além da que prescreve obrigação (a doutrina dos costumes), pode apresentar como exemplos semelhantes imperativos. Todos os outros imperativos são técnicos e, em conjunto, condicionados. O fundamento da possibilidade dos imperativos categóricos, todavia, reside em que eles não se referem a nenhuma outra determinação do arbítrio (através da qual se possa atribuir-lhe um propósito), mas unicamente à sua liberdade. (p. 28)

Todos os imperativos que não forem categóricos são hipotéticos (condicionados), sendo derivados da experiência, servindo a ação pautada por estes imperativos como um meio para outra finalidade/propósito, que não a liberdade, a autonomia da razão.

A concepção de direitos humanos de validade universal surgiu com base nestes fundamentos, decorrentes da moralidade e da razão prática pura, partindo-se, ainda, do trágico contexto da Segunda Guerra Mundial, que flagelou a humanidade. Esta questão pode ser bem observada pela redação do artigo 2º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, com a transcrição a seguir:

Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autônomo ou sujeito a alguma limitação de soberania.

É pela noção de dignidade humana trazida por Kant é que se está fundamentado o atributo da universalidade dos direitos humanos. Partindo-se do pressuposto de que o homem é um fim em si mesmo, não podendo ser utilizado como um meio para outros fins, podendo

---

<sup>38</sup> “Com os ensinamentos da moralidade, porém, a situação é outra. Eles ordenam a cada um sem levar em consideração suas inclinações; apenas porque, e na medida em que, ele é livre e tem razão prática. O aprendizado de suas leis não é extraído da observação de si mesmo e da animalidade presente, nem da percepção do curso do mundo, do que ocorre ou de como se age (ainda que a palavra alemã *costumes* significa, como a latina *mores*, apenas maneiras e formas de vida), mas a razão ordena como se deve agir, mesmo que não fosse encontrado nenhum exemplo disso, e também não leva em conta a vantagem que disso poderia resultar para nós e que somente a experiência poderia ensinar.” (Kant, 2013, p. 23-24)

ser dito que todo ser humano possui direito a toda a gama de direitos que lhe proporcionam uma existência compatível com essa dignidade<sup>39</sup>.

No que diz respeito à dignidade da pessoa humana, Kant (2013) assim afirma:

Somente o homem considerado como pessoa, isto é, como sujeito de uma razão prático-moral eleva-se acima de qualquer preço; pois como tal (*homo noumenon*) tem de ser avaliado não meramente como meio para outros fins, mas como fim em si mesmo, isto é, ele possui uma dignidade (um valor interno absoluto), pela qual ele constrange todos os outros seres racionais do mundo a ter respeito por ele e pode medir-se com qualquer outro dessa espécie e avaliado em pé de igualdade. (p. 208)

Nota-se que toda esta reflexão, devidamente apropriada pelos juristas adeptos da virada kantiana, ocasionou na elaboração de uma concepção universal de direitos humanos, o reforço do movimento constitucionalista nos Estados democráticos, que passaram a enxergar na Constituição uma norma de concretização dos direitos humanos, além de promover a devida aproximação entre direito e moral, abandonando-se a concepção de que a Ciência Jurídica deve ser vista de forma isolada dos fenômenos sociais relevantes.

Disto se deflui que os Estados que recepcionaram as contribuições proporcionadas pela *virada kantiana* no Direito produziram Constituições dotadas de maior força normativa, na forma propugnada por Konrad Hesse, possibilitando a afirmação dos direitos humanos e do Estado Democrático de Direito. Streck (2012) assim coloca:

A toda evidência, tais questões devem ser refletidas a partir da questão que está umbilicalmente ligada ao Estado Democrático de Direito, isto é, a concretização de direitos, o que implica superar a ficcionalização provocada pelas diversas formas de positivismo no decorrer da história, que afastaram da discussão jurídica as questões concretas da sociedade. Implica também afirmar que o significado da Constituição e do constitucionalismo depende da avaliação das condições de possibilidade para a compreensão desse(s) fenômeno(s). A (pretensa) plenipotenciariade da regra – como fonte e pressuposto do sistema – cede lugar aos textos constitucionais, que darão guarida às promessas da modernidade contidas no modelo de Estado Democrático (e Social) de Direito. Implica, assim, introduzir o ideal de vida boa, abrindo espaço para a institucionalização da moral no direito produzido democraticamente, a partir daquilo que denominou de “positivação dos princípios”. (p. 59)

Tendo em vista estes nortes referenciais, forjou-se o paradigma do pós-positivismo, que veio a transformar o Direito de forma radical. Apesar de profundas divergências existentes entre os principais teóricos do pós-positivismo<sup>40</sup>, pode-se afirmar que este

---

<sup>39</sup> “A liberdade está indistintamente ligada à noção de autonomia. A autonomia da vontade ao agir de acordo com a máxima de vida gerada pelo imperativo categórico são pontos fortes e altos do sistema ético kantiano. Em consonância com esses pontos de apoio do sistema kantiano, o homem figura como ser racional, fim em si mesmo, e a humanidade, na mesma dimensão, deverá figurar, em suas relações, sempre como fim e nunca como mediação.” (Bittar, Almeida, 2019, p. 357)

<sup>40</sup> “Cada uma destas diferentes facetas do (pós-) positivismo enfrenta o problema da razão prática de uma forma diferente. Este modo de enfrentar o problema tem um profundo impacto em cada uma das teorias, visto que é a partir dele que se projetará o modo pelo qual cuidará de resolver a questão da validade, da legitimidade e, ao mesmo tempo definirá o significado conceitual de norma, regra, princípio, etc.” (Streck, 2017, p. 220)

paradigma teve o condão de superar o positivismo jurídico de maneira tal que vieram a se tornar obsoletos muitos de seus pontos adotados.

É imperioso, então, trazer o conceito de pós-positivismo formulado por Streck (2019):

“O pós-positivismo no Direito pode ser compreendido com um amplo movimento de (tentativa de) ruptura/superação do Positivismo Jurídico, evidenciando as limitações deste paradigma ante a complexidade do mundo hodierno. Também pode ser observado como uma tentativa de um novo modelo teórico, em que o problema da razão prática passa a receber uma espécie de “dignidade epistemológica”. Isto é, o Direito antes elevado a sua autônoma objetividade, seria compreendido em sua práxis, num movimento de reaproximação com a moral”. (p. 211)

As principais vertentes pós-positivistas são: (i) a matriz discursivo-procedimental, que tem em Jürgen Habermas o seu principal representante; (ii) a matriz estruturante, cujo expoente é Friedrich Müller; (iii) a matriz interpretativa, que tem em Ronald Dworkin o seu doutrinador de maior relevo internacional, matriz na qual a Crítica Hermenêutica do Direito se encontra inserida, referencial teórico adotado para o desenvolvimento desta pesquisa; (iv) e a matriz neoconstitucionalista, cujo importante nome é Miguel Carbonell, mas que encontra grande aceitação<sup>41</sup> no Brasil. (Streck, 2017, p. 219)

Com Streck (2017, p. 220), o pós-positivismo pode ser destacado pela sua contribuição à teoria do Direito, por meio de diversos pontos dignos de destaque, cujos quais serão abordados a seguir. Primeiramente, o *reconhecimento do Direito enquanto uma prática*, a acarretar a *ênfase no acontecer do Direito*, significa que o Direito deve estar voltado aos efeitos que ele gera junto à sociedade, pela aplicação de suas normas e/ou concretização dos direitos fundamentais, em benefício da sociedade. A *reaproximação do Direito com o seu entorno*, como a moral e a política, se contrapõe à ideia Kelseniana de autonomia do Direito, mediante o qual ele deveria ser dividido de outros domínios do conhecimento de forma firme e estanque, a fim de que não fosse cooptado ou vulnerado. A *tentativa de fazer uma teoria não-descritivista do Direito* reforça a presença dos valores no Direito e a tentativa de fortalecimento dos direitos humanos, com a finalidade de promover o seu papel regulador e transformador da sociedade. A *tentativa de uma teoria para além das dicotomias descrição/prescrição, fato/valor, ser/dever-ser* visa reforçar o aspecto substancial que deve

---

<sup>41</sup> “O novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo é, em parte, produto desse reencontro entre a ciência jurídica e a filosofia do Direito. Para poderem beneficiar-se do amplo instrumental do Direito, migrando do plano ético para o mundo jurídico, os valores morais compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passaram a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente. Alguns nela já se inscreviam de longa data, como a liberdade e a igualdade, sem embargo da evolução constante de seu significado. Outros, conquanto clássicos, sofreram releituras e revelaram novas sutilezas, como a democracia, a República e a separação de poderes. Houve, ainda, princípios cujas potencialidades só foram desenvolvidas mais recentemente, como a dignidade da pessoa humana e a razoabilidade.” (Barroso, 2020, p. 252)

permear o Direito, sempre com vistas às finalidades últimas do ordenamento jurídico em um Estado Democrático de Direito. A *busca por uma aplicação não discricionária que reforce o papel da fundamentação/justificação* é pertinente no sentido de realçar a responsabilidade política dos juízes com a integridade e a coerência do Direito, a fim de que os juízes não criem norma com fins utilitaristas ou consequencialistas. A *maior fluidez na construção do Direito* trata da questão inerente à complexidade do Direito, mediante a diferença entre texto e norma, regras e princípios, com a questão da relação do Direito com o caso concreto individual, ocorrendo neste ponto o enfraquecimento da chamada interpretação autêntica. O *reconhecimento da normatividade dos princípios jurídicos* representa o ponto alto da presença dos valores no ordenamento jurídico, a considerar que a aplicabilidade imediata e independente dos princípios constitucionais pelo operador do Direito possibilita um reforço à proteção dos direitos fundamentais. E, por fim, a *igual ou maior reconsideração da legitimidade* em relação à validade representa um fortalecimento do controle de constitucionalidade e do Estado Democrático de Direito, a impedir que leis possam ser promulgadas ou atos governamentais possam ser praticados em desconformidade com as normas constitucionais e os direitos fundamentais sob o manto de uma legalidade rasteira.

O pós-positivismo, apesar de não oferecer a solução para todos os problemas que a Ciência do Direito ainda enfrenta, representou um grande avanço no sentido do incremento da força normativa da Constituição, da fundamentação e aplicabilidade dos direitos humanos, da estruturação consistente do Estado Democrático de Direito e na teoria das normas jurídicas, além de ter absorvido os pontos virtuosos que a teoria positivista proporcionou.

No âmbito nacional, o pós-positivismo ganhou a força necessária com a promulgação da Constituição Federal de 1988, com um catálogo rico de direitos fundamentais e a fundação de um Estado Social e Democrático de Direito no Brasil, superando os regimes antidemocráticos que anteriormente haviam assolado o país, com o dever jurídico de o Estado conferir plena e imediata aplicabilidade dos direitos fundamentais à população<sup>42</sup>.

É mediante a adoção do paradigma pós-positivista que será feita a análise sobre se a cessação eficaz da coisa julgada no tempo em relações jurídico-tributárias por ocasião de

---

<sup>42</sup> Com a promulgação da Constituição de 1988, momento mais importante do processo de redemocratização no Brasil, as funções do Judiciário são redefinidas. Especialmente nos países da América Latina, que passaram por regimes de absolutas restrições de direitos (as ditaduras militares), o fortalecimento de uma efetiva jurisdição constitucional foi um “ato emancipatório” ao Direito. Desse modo, a partir da instauração desse constitucionalismo democrático, Direito e Política passariam a ser compreendidos de modo indissociável, porém diferenciado, mas a atuação do Judiciário, pela via do controle de constitucionalidade, estaria comprometida em possibilitar tal mudança, delimitando, por critérios jurídicos, os limites da política.” (Streck, Tassinari, Lima, 2013, p. 739)

decisão supervenientes do STF em controle de constitucionalidade representa ou não uma modificação do sentido normativo do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, que confere proteção à coisa julgada.

## 2.2. A Filosofia da Linguagem e a viragem ontológico-linguística

A Filosofia da Linguagem constitui-se no paradigma filosófico a tratar, muito em síntese, sobre as condições e pressupostos do ato de conhecer, que veio a superar o paradigma da filosofia da consciência, movimento este que ficou conhecido como viragem (ou giro) ontológico-linguístico.

Embora este movimento tenha ocorrido em âmbito filosófico, seus efeitos não ficaram infensos ao Direito, sendo a filosofia da linguagem um importante pressuposto teórico para diversas teorias pós-positivistas que se fundamentaram nela para (re)significar os mais importantes institutos jurídicos, inclusive a teoria da decisão e o fenômeno hermenêutico.

As indagações acerca do papel da linguagem no conhecimento começaram ainda na Antiguidade, destacando-se o Escrito “Crátilo”, de Platão, datado do ano 388 a.C. Neste escrito, são apresentadas três teses no que concerne à correção/adequação dos nomes, por Crátilo, Hermógenes e Sócrates. Crátilo sustenta a existência de uma correção dos nomes para os seres, a significar que para cada ser existe um nome que reflita/espelhe a sua natureza/essência, de maneira que este será o nome correto para o ser em particular, não podendo ele ser objeto de convenção entre os homens<sup>43</sup>. Hermógenes, por sua vez, sustenta que os nomes são puramente convencionais, variando conforme o idioma, não existindo uma correção dos nomes que reflita a própria natureza dos seres<sup>44</sup>. Já Sócrates defende neste

---

<sup>43</sup> “H. Sócrates, o Crátilo diz existir uma correção dos nomes inerente à natureza de cada um dos seres. Um nome não seria isto que alguns, pronunciando pares de seu idioma, convencionaram usar para chamar. Haveria sim uma correção inerente aos nomes, a mesma para todos, gregos ou estrangeiros. Diante disso, eu lhe pergunto se “Crátilo” é mesmo o seu nome verdadeiro. Ele confirma. “E qual seria o do Sócrates?”, eu digo. “Sócrates”, segundo ele. “Logo, para todos os outros seres humanos, o nome com o qual chamamos cada um é o nome de cada um deles”? Aí ele me vem com essa: “O nome ‘Hermógenes’ não é o seu, nem se todos os seres humanos lhe chamam com ele”. Mas quando eu, apeteido por alguma especificação, pergunto-lhe o porquê da sua fala, ele nada me esclarece. E mais, ainda me ironiza, sugerindo ter no intelecto uma especificação através da qual, caso quisesse me declarar claramente, faria-me confirmar e falar o mesmo que ele fala. Por isso, se você tiver como completar a lição de Crátilo, eu o ouviria com prazer. Ainda mais prazeroso seria pesquisar consigo a sua própria opinião acerca da correção dos nomes, se assim você quiser.” (Platão, 2014, p. 130)

<sup>44</sup> “H. Sócrates, para mim, após ter discutido várias vezes sobre isso com muitos outros, não consigo ser persuadido de que haja uma correção para um nome além da convenção firmada. Na minha opinião, se alguém coloca um nome numa coisa, este está correto. Depois disso, se for mudado para um outro, e ninguém mais chamar pelo primeiro, o nome não vai ser menos correto do que o anterior. É o mesmo caso de quando mudamos o nome de um serviçal: o posterior à mudança não é menos correto do que o estabelecido primeiro. Nenhum nome é inerente à natureza de nada, ele apenas segue as normas e hábitos de quem o habilitou ao



diálogo ficcional o caráter instrumental da linguagem, asseverando que a natureza das coisas deve ser investigada por ela mesma, não a partir de seus nomes, pois a linguagem não tem o condão de demonstrar a realidade das coisas<sup>45</sup>, aliando tanto o convencionalismo de Hermógenes, na medida em que a tarefa de conferir nome às coisas é dado pelo nomoteta, quanto o naturalismo de Crátilo, no ponto é possível que esse nome atribuído convencionalmente, em muitos casos (exemplificados ao longo da obra), ter adequação natural com a coisa mesma.

Sobre as conclusões fornecidas por Sócrates, Streck (2014, p. 180) discorre o seguinte:

O Sócrates platônico (aparentemente) não rompe inteiramente com Crátilo e nem com Hermógenes, mas defende uma posição que concilia as precedentes. De fato, os nomes são criados pelo nomoteta (ou o onomaturgo de Platão), eles são uma convenção, como pretendiam os sofistas. Mas se existe uma adequação natural entre o nome e a coisa, é porque de alguma forma ambos participam de um referencial comum, tese defendida por Crátilo. Entre os dois polos (Crátilo e Hermógenes), *deliberadamente postos no diálogo para propiciar a apresentação de uma tese intermediária, Platão começa a esconder o ser*, ao trabalhar com a concepção de que é possível saber o que seja a coisa *sem o uso da linguagem*. Segundo a tese platônica, a palavra é tomada como representação da coisa. Quando o nomoteta ou o onomaturgo (dador de nomes) estabelece o nome para as coisas, ele não o faz segundo sua própria vontade, mas segundo um modelo ideal (inato) ao qual ele não tem acesso direto, e que orienta, de alguma maneira, suas escolhas.

Essa concepção fornecida por Platão, em Crátilo, inaugura, portanto, a fundamentação do caráter instrumental da linguagem e contribui significativamente com a formulação da teoria sobre o que consiste o conhecimento e a verdade na Metafísica Clássica. Este pensamento, que vigorou por toda a Antiguidade, cujo desenvolvimento também perpassou por Aristóteles e o seu clássico conceito de Metafísica, pressupõe que o conhecimento consiste em uma adequação do olhar ao objeto, ou seja, que as coisas possuem sua essência por si mesmas, e que cabe ao homem captar essas essências, para que consiga alcançar o verdadeiro. A linguagem, no processo de conhecimento, tem caráter instrumental/secundário, podendo ajudar no desvelamento da essência das coisas, mas que não se mostra um instrumento plenamente confiável a tal propósito. (Streck, 2014, p. 188-189)

Com a Modernidade, período que se caracteriza por grandes descobertas científicas, iniciou-se o processo de rompimento paradigmático com a Metafísica Clássica, cuja

---

chamar. No entanto, se não for assim, eu me prontifico a aprender dando ouvidos ao Crátilo ou a qualquer outro.” (Platão, 2014, p. 131)

<sup>45</sup> “Porém, qualquer humano, pleno de intelecto, não vai se apoiar nos nomes para cuidar de si ou de sua alma. Não vai confiar neles, ou naqueles que os colocaram, para especificar nem reconhecer em si, ou entre os seres, que ninguém está mais saudável que ninguém, já que tudo está numa correnteza dentro de um pote.” (Platão, 2014, p. 182)

contribuição decisiva veio com René Descartes<sup>46</sup>. Surge, então, o paradigma filosófico da subjetividade, mediante a reformulação do conceito de sujeito, com a sua dimensão de autorreflexão, daquele que tem consciência sobre si e adquire o conhecimento pela aplicação de um método de exercício da razão<sup>47</sup>, passando a ocupar a outra ponta do objeto da relação cognoscitiva: de um lado, há o objeto que constitui o algo a ser conhecido; de outro, há o sujeito, que é aquele que conhece, mediante a aplicação do método. (Streck, 2014, p. 200)

O esquema sujeito-objeto, base fundamental da filosofia da consciência, tem a sua origem a partir da teoria de Descartes acerca da correta utilização da razão pelo método para se alcançar o verdadeiro. Os sentidos deixam de estar nas coisas, motivo pelo qual deixa de fazer sentido a busca pela essência das coisas, e passam a estar na mente, pois aquele que conhece é o sujeito<sup>48</sup>, por isso o famoso brocardo de Descartes: “Penso, logo existo”<sup>49</sup>. A linguagem continua a ocupar um papel de instrumento secundário na produção do saber.

Neste sentido, destaca-se as observações de Streck (2014):

A questão acerca do verdadeiro se torna a questão do uso seguro, assegurado e autoassegurado da *ratio*. Descartes, o primeiro pensador da metafísica moderna, pergunta pelo *usus rectus rationis*, ou seja, *facultatis iudicandi*, pelo uso correto da razão, isto é, da capacidade de julgar. A essência do falar e do proferir asserções já é, há muito tempo, não mais o *logos* grego. A essência do falar agora é o *iudicium* romano, dizer o reto, isto é, ater-se, com certeza, ao que é reto. Por isso o livro fundamental da metafísica moderna é o *Meditationes de prima philosophia*, de Descartes. Em o *Discurso do Método*, o método passava a ser o supremo momento da subjetividade e da possibilidade de certeza. Trata-se da indutibilidade da verdade: penso, logo existo. É a base individualista (veja-se, mais uma vez, como o sujeito individualista, solipsista, é uma invenção da modernidade) da indagação filosófica de Descartes

---

<sup>46</sup> “Sobre a filosofia moderna diz-se que começou com Descartes (1596-1650) ou com Francis Bacon (1561-1626), na Inglaterra, e com Descartes, na França. Talvez não seja imediatamente evidente a justificativa para o uso do termo “moderno” aplicado ao pensamento do século XVII. Porém, seu uso implica claramente que há uma ruptura entre a filosofia medieval e pós-medieval e que cada uma tem características importantes que a outra não tem. Além disso, os filósofos do século XVII estavam convictos de que havia uma divisão clara entre as antigas tradições filosóficas e o que eles estavam tentando fazer. Homens como Francis Bacon e Descartes estavam totalmente convencidos de que o seu pensamento representava um novo começo.” (Copleston, 2022, p. 399)

<sup>47</sup> “Essas longas cadeias de razões, tão simples e fáceis, de que os geômetras costumam servir-se para chegar às suas mais fáceis demonstrações, levaram-me a imaginar que todas as coisas que podem cair sob o conhecimento dos homens encadeiam-se da mesma maneira, e que, com a única condição de nos abstermos de aceitar por verdadeira alguma que não seja, e de observarmos sempre a ordem necessária para deduzi-las umas das outras, não pode haver nenhuma tão afastada que não acabemos por chegar a ela e nem tão escondida que não a descubramos.” (Descartes, 2001, p. 23-24)

<sup>48</sup> Outro ponto a observar é que, nas *Meditações*, onde Descartes segue o que chama de método analítico, o filósofo está preocupado com a *ordo cognoscendi*, e não com a *ordo essendi*, a ordem do ser. Nesta última, Deus é anterior; ontologicamente anterior, pode-se dizer. Mas, na ordem da descoberta, a existência do sujeito é anterior. Sei, intuitivamente, que existo, e por investigação ou análise do material intuitivo expresso na proposição *cogito, ergo sum*, posso descobrir primeiro que Deus existe e depois que as coisas materiais existem, de acordo com as minhas ideias claras e distintas sobre elas.” (Copleston, 2022, p. 463)

<sup>49</sup> “Intuo, por mim mesmo, a conexão necessária entre o meu pensamento e a minha existência. Isso quer dizer que intuo concretamente a impossibilidade de meu pensamento ser alheio à minha existência. Ou seja, intuo concretamente a impossibilidade do meu pensamento sem a minha existência. E expresso essa intuição na proposição *cogito ergo sum*.” (Copleston, 2022, p. 475)

que constitui o seu aspecto mais relevante, como uma espécie de *iniciação filosófica da era moderna*. (p. 201)

A filosofia da consciência prosperou, passando de Descartes às filosofias de Kant, Hegel e Nietzsche, até que os trabalhos de Wittgenstein, Heidegger e Gadamer procurassem superar este paradigma filosófico em prol da filosofia da linguagem (paradigma da intersubjetividade), por meio da viragem ontológico-linguística. No campo do Direito, o esquema sujeito-objeto adquiriu grande relevância, estando arraigado de sobremaneira na prática do Direito no Brasil, havendo o esforço, por parte de matrizes pós-positivistas, com destaque para a matriz interpretativa e a matriz estruturante, na sua superação.

Questões provenientes da discricionariedade, de protagonismos dos juízes com bases solipsistas, do isolamento do Direito próprio de concepções positivistas, da cisão entre interpretação e aplicação, da ausência de uma linguagem pública em que opera as pré-compreensões, da ausência de enfoque na concretização do Direito e da consideração da dimensão adequada do caso concreto individual somente se sustentam sobre o paradigma da consciência, e, em pleno século XXI, suas consequências implicam na fragilização do Direito, posto que abrem espaço para o autoritarismo<sup>50</sup>.

A superação paradigmática ocorre pela filosofia da linguagem, com o reconhecimento da concepção de que a linguagem tem um papel constitutivo com a nossa relação com o mundo, cujo significado reside na impossibilidade de descoberta do mundo ou de seu sentido de forma independente à linguagem, como se esta fosse uma terceira coisa intermediária entre o sujeito assujeitador e o objeto. (Streck, 2014, p. 211-213)

Tem-se em Wilhelm Von Humboldt (1767-1835) o fundador da filosofia da linguagem e o ponto de partida para os seus desenvolvimentos subsequentes, diante do seu esforço em estabelecer uma nova visão sobre a linguagem em contraposição ao que se sustentava até então. Referido pensador afirma que a linguagem se constitui como um instinto natural da razão. A essência da linguagem, por sua vez, consiste em verter a matéria do mundo fenomênico em um molde da forma dos pensamentos, sendo todas as suas aspirações formais. (Humboldt, 1991, p. 43-46)

---

<sup>50</sup> “No esquema sujeito-objeto, o real, enfim, aquilo que é possível definir como real, é concebido à medida do sujeito-intérprete. Ele – o sujeito – é o centro decisório. Diz o mundo a partir de sua linguagem privada. Sujeito moderno e o esquema sujeito-objeto no qual está assentado são o cerne do autoritarismo. Daí que o humanismo, a que a filosofia da subjetividade (esquema S-O) abre espaço, não é simplesmente uma atitude moral ou ideológica, mas, sim, uma metafísica da época moderna, porque é, ela mesma, a subjetividade, o *fundamentum inconcussum*. As consequências para o Direito são incomensuráveis. Constituições e leis aprovadas democraticamente podem, simplesmente, ruir a partir do PCJ.” (Streck, 2017, p. 67)

A linguagem não se apresenta como um elemento intermediário, porque ela é indissociável ao ato de pensar, não se faz pensamento sem linguagem e a recíproca é verdadeira. Quanto melhores forem os recursos gramaticais da língua, melhor será a possibilidade de criação de pensamentos aperfeiçoados por partes dos falantes desta língua. (Milani, 2012, p. 27)

A respeito da imbricação entre pensamento e linguagem, Milani (2012) assim leciona:

Assim, uma língua que apresenta um desenvolvimento gramatical elevado oferece ao pensamento maiores recursos para que ele se realize, e o pensamento colabora com revitalização e modelação constantes dos recursos apresentados pela língua.

Nesse processo, a literatura, cujos passos a língua sempre segue, exerce grande influência. É o mais perfeito dos exercícios discursivos. O registro do pensamento dos homens, que carrega o pensamento abstraído por um homem de ideias mais claras e torna possível que os outros homens menos iluminados se apossam daqueles pensamentos, daquele discurso. Quanto mais desenvolvida for a literatura, melhores recursos possui a língua, e o pensamento será beneficiado.

A literatura tende a ser o registro das ideias que atingem os homens em larga escala, e, dessa maneira, a língua e o pensamento se aperfeiçoam. Nessa troca de recursos, pode-se ter uma ideia exata da importância do aperfeiçoamento linguístico do povo para qualquer nação. É imensurável o quanto ganha a nação quando o povo, de um modo geral, domina os recursos da língua. E é neste sentido a importância do ensino da língua materna para o povo. (p. 27)

Em Wittgenstein, a filosofia da linguagem teve um considerável avanço teórico, em especial naquela que pode ser chamada de sua *segunda fase*, pelo seu livro *Investigações Filosóficas*, em que a linguagem passa a manifestamente ser considerada como condição de possibilidade para o conhecimento.

A dita *primeira fase* de Wittgenstein ocorreu com a publicação do seu *Tractatus Logico-Philosophicus*, e a linguagem nesta fase ocupa a posição de representação da realidade, numa relação de isomorfismo com o mundo. Esta obra é composta por uma série de proposições em que o autor vai expondo de forma lógica os fundamentos da sua filosofia.

Assim, ele define mundo como “tudo o que ocorre” e como “a totalidade dos fatos” (prop. 1 e 1.1). Os fatos, por sua vez, são “a subsistência dos estados de coisas” (prop. 2); e os estados de coisas são “uma ligação de objetos (coisas)” (prop. 2.01), de maneira que no estado de coisas “os objetos estão uns em relação aos outros como elos de uma cadeia” (prop. 2.03) e também “estão uns em relação aos outros de um modo determinado” (prop. 2.031). (Wittgenstein, 1968, p. 55-58)

Avançando mais, Wittgenstein assevera que “a realidade inteira é o mundo” (prop. 2.063), e que nós “fazemo-nos figurações dos fatos” (prop. 2.1), sendo que a figuração “apresenta a situação no campo lógico, a subsistência e a não-subsistência de estados de coisas” (prop. 2.11), consistindo essas figurações como “um modelo da realidade” (prop. 2.12). A figuração, nesta linha de raciocínio, “representa o que representa, independentemente de sua verdade ou falsidade, por meio da forma de afiguração” (prop.

2.22), objeto de representação este que será o seu sentido (prop. 2.222). (Wittgenstein, 1968, p. 59-61)

A partir da constatação de que nós, humanos, fazemos figurações dos fatos, o pensamento não será nada mais do que a figuração lógica destes fatos (prop. 3), e a figuração do mundo será a totalidade dos pensamentos (prop. 3.01). O pensamento, ainda, é uma proposição significativa (prop. 4), e uma proposição pode ser compreendida como a forma pela qual o pensamento se exprime sensível e perceptivelmente (prop. 3.1). A linguagem, para o autor, é a totalidade das proposições (prop. 4.001). Desta maneira, é possível fechar o círculo de isomorfismo entre realidade e linguagem, posto que a proposição é “figuração da realidade” (prop. 4.01). (Wittgenstein, 1968, p. 70-71)

Na primeira fase de Wittgenstein, realidade e linguagem são coisas distintas, porém o papel da linguagem, considerada em sua totalidade, é fazer a representação/afiguração desta realidade, por meio de proposições, modo pelo qual a linguagem se exprime e se realiza o pensamento humano. Veja-se que a linguagem ainda não se revela como uma condição de possibilidade para o conhecimento, mas antes como uma forma perfeita de representação das coisas do mundo tais quais elas são.

Partindo para a segunda fase de Wittgenstein, por meio de sua obra intitulada *Investigações Filosóficas*, vemos a linguagem assumir uma condição diferenciada da fase anterior. Há a introdução do conceito de jogos de linguagem, que significa a linguagem em conjunto, os processos do uso das palavras e as atividades com as quais a linguagem está interligada. (Wittgenstein, 1999, p. 30)

A linguagem apenas como um conjunto de nomes que denominam objetos é fortemente criticado por Wittgenstein, na medida em que para ele não é possível atribuir-se sentido ao que se fala de forma apartada ao seu uso. As significações de uma palavra podem variar conforme o seu uso, sendo a linguagem uma atividade, devendo ser abandonada a sua imagem essencialista. Neste sentido, Reale (2018) assevera que:

Na realidade, porém, o jogo da linguagem da denominação (Benennungssprachspiel) não é de modo algum primário. De fato, se, indicando uma pessoa ou um objeto, eu disser: “esse é o Mário”, ou “isso é vermelho”, subsistirá sempre para quem me escuta certa ambiguidade, não sabendo ele a qual propriedade da pessoa ou do objeto me referi. (p. 946)

As palavras da linguagem não têm o condão de captar a essência de um objeto, pois somente a determinação do significado de determinada palavra ocorre apenas no momento de sua utilização por uma determinada pessoa, dentro de um jogo de linguagem. As significações de uma palavra podem variar tantas quantas forem as maneiras de utilização e

mesmo conforme a inclinação de seu usuário. Aquilo que se pode entender por ‘significação definitiva’ dependerá necessariamente da utilização da linguagem<sup>51</sup>.

Neste sentido, Neves (2014) esclarece que:

Assim, Wittgenstein verifica que não há nenhuma lógica subjacente à ideia de que entre uma proposição e a realidade existe uma relação de representação ou, segundo o autor, uma forma lógica, a qual se materializaria no caráter afirmativo ou declarativa dessa proposição. São os procedimentos, próprios da noção de significado, que criam uma espécie de “névoa” sobre a linguagem, levando ao “engessamento” por não considerarem as “multiplicidades” de expressões. Portanto, o entendimento de expressões não declarativas só é possível mediante um contexto específico no qual se deve levar em consideração a entonação, a expressão facial, e a gesticulação, sendo esse contexto que ajudará a mostrar o sentido que está sendo dado a expressão. (p. 64-65)

Com Wittgenstein, então, a questão da utilização prática da linguagem alcança o status de condição de possibilidade para a construção de uma cadeia de significados, constatação esta fundamental para a superação do paradigma da linguagem como instrumento secundária, cuja função consistiria apenas na denominação/representação dos objetos.

Martin Heidegger foi outro filósofo essencial para o desenvolvimento da filosofia da linguagem, na medida em que introduz o conceito de compreensão como o eixo no qual se articula a questão da filosofia e do método. (Stein, 1983, p. 24-25)

É essencial, para situar a questão da compreensão, introduzir o conceito de ser concebido por Heidegger. Ele começa a sua obra tecendo críticas a respeito de como a questão do ser foi tratada pelo pensamento grego, que teria como resultado o encoberto (velado), de maneira a gerar sua indefinição. (Heidegger, 2018, p. 37)

Neste sentido, destaca-se a seguinte explanação de Heidegger a respeito de como a obscuridade estabelecida sobre o conceito de ser torna necessária a retomada desta questão:

3. O “ser” é o conceito evidente por si mesmo. Em todo conhecimento, enunciado ou relacionamento com os entes e em todo relacionar-se consigo mesmo, faz-se uso de “ser” e, nesse uso, compreende-se a palavra “sem mais”. Todo mundo compreende: “o céu é azul”, “eu sou feliz”, etc. Mas essa compreensibilidade comum demonstra apenas a incompreensão. Revela que um enigma já está sempre inserido *a priori* em todo ater-se e ser para o ente como ente. Por vivermos sempre numa compreensão de ser e o sentido de ser estar, ao mesmo tempo, envolto em obscuridade, demonstra-se a necessidade de princípio de se retomar a questão sobre o sentido de “ser”. (p. 39)

Por meio de uma ontologia fundamental<sup>52</sup>, Heidegger busca a compreensão do ser em apartado do conceito de ente – ou apartado do conceito de ser dos entes, na forma como

<sup>51</sup> “Podemos dizer: na linguagem (8) temos diferentes espécies de palavras. Pois a função da palavra “lajota” e a da palavra “cubo” são mais semelhantes entre si do que a de “lajota” e a de “d”. Mas a maneira pela qual reunimos as palavras conforme as espécies dependerá da finalidade da repartição, - e da nossa inclinação.” (Wittgenstein, 1999, p. 32)

<sup>52</sup> “Ontologia fundamental nomeia a principal característica de *Ser e tempo*: é a tentativa de desconstrução da metafísica e de elaboração da analítica da finitude, tendo como ponto de partida uma fenomenologia hermenêutica das estruturas fundamentais do ser-o-aí”. (Giacioia Júnior, 2013, p. 51).

trabalhada pela Metafísica Clássica, ou seja, constituindo-se o ser como a essência dos entes<sup>53</sup> –, cuja meta será interpretar o tempo como horizonte para a determinação deste sentido, e com a plena consciência da relevância deste questionamento, procurando as respostas para as questões ontológicas fundamentais. (Giacoia Júnior, 2013, p. 53-55)

O sentido do ser, na perspectiva da ontologia fundamental, deve ser concebido a partir do tempo, ou seja, o ser se desvelará do ente em sua temporaneidade. Heidegger (2018, p. 55) afirma que é necessária uma “explicação originária do tempo enquanto horizonte da compreensão de ser a partir da temporalidade, como ser da presença, que se perfaz no movimento de compreensão de ser”. Este ser vinculado ao tempo recebe a denominação de ser-aí (ou Dasein, termo original empregado do alemão, ou ser-o-aí, utilização empregada por alguns autores, ou mesmo presença, expressão empregada pela tradutora Márcia de Sá Cavalcante).

As características constitutivas do ser-aí (Dasein; presença) são sempre os modos possíveis (possibilidades) de ser, ao passo que a sua essência está em sua existência<sup>54</sup>, termo este que, em Heidegger, deve ser compreendido como um “ter de ser”. O ente se determinará segundo uma das possibilidades trazidas pelo modo de ser do ser-aí. Pelo ente, será possível determinar a sua qualidade, ou seja, a mesa enquanto mesa, a árvore enquanto árvore<sup>55</sup>. (Heidegger, 2018, p. 85-89)

Sobre esta temática, Giacoia Júnior (2013) esclarece que:

Porque o ser-o-aí existe *lançado no Ser*, ele carece de definição essencial que conferiria finalidade ou necessidade à sua existência. Porque essa condição consiste em existir no mundo como um fato irremissível, ela não pode ser explicada ou reportada a nenhuma razão ou fundamento, pois o ser-o-aí é o grau zero (infundado) de toda compreensão e explicação possível.

---

<sup>53</sup> “O fenômeno mais importante na crise das ciências contemporâneas é que ela afeta a infraestrutura ontológica destas, o que evidencia a necessidade e a urgência de uma retomada da pergunta pelo sentido do Ser. Essa pergunta foi silenciada pela ontologia metafísica, na medida em que esta sempre se dedicou à condição do ser dos entes, *em sua totalidade*, e não aos sentidos do Ser como tal: razão pela qual sempre se manteve em um patamar meramente ôntico, ignorando a diferença *ontológica*, mas originária, entre ente e Ser.

A essência dos entes não pode ser percebidas pelos sentidos, tampouco ser identificada com nenhum fenômeno físico. Essências são entidades ideais, apreensíveis por intuição ou conceito e, em contraste com o universo físico, são de natureza metafísica (*meta ta physika*: além da física). Embora não presentes no âmbito natural, intramundano, as essências ainda não são *entes*. Alguns exemplos são as ideias de Platão, as causas de Aristóteles, Deus como *ens supremum* na filosofia medieval, substância pensante na metafísica de Descartes ou as mômadas em Leibniz. A metafísica constitui, portanto, um tipo de ontologia que se pergunta pelo ser dos entes, por sua essência, e responde a essa pergunta com a identificação de um ente ou um gênero supremo de entes metafísicos, cujo estatuto cabe à filosofia explicitar.” (Giacoia Júnior, 2013, p. 56)

<sup>54</sup> “Existir significa, em sentido radical, cuidar de poder ser no mundo, que é também (e não menos essencialmente) ser-com-os-outros.” (Giacoia Júnior, 2013, p. 74)

<sup>55</sup> “Existenciais e categorias são as duas possibilidades fundamentais de caracteres ontológicos. O ente, que lhes corresponde, impõe, cada vez, um modo diferente de se interrogar primariamente: o ente é um *quem* (existência) ou um *que* (algo simplesmente dado em um sentido mais amplo).” (Heidegger, 2013, p. 89)

Essa contingência é também originária, é a *facticidade* do ser-o-aí, decorrente de sua condição de projeto lançado (*geworfener Entwurf*) no ser como *ec-sistência*. Sua essência consiste em indefinidas possibilidades de ser. Como poder-ser, ele é essas mesmas possibilidades (Heidegger dá a isso o nome de *Zu-sein: para-ser*), inclusive a mais extrema de todas elas: a possibilidade da impossibilidade, de não atender seu poder-ser, também de deixar de ser, ser-para-a-morte, outra determinação originária do ser-o-aí. (p. 71-72)

Ser-no-mundo pode ser concebido como a constituição fundamental do ser-aí. Ele denota as modalidades intramundanas do ser-aí, relativamente ao trato com os outros seres, não se resumindo em um ser humano ou estar no mundo, mas, antes de tudo, como uma abertura, estar aberto para a mundanidade, um lidar com as coisas, relacionar-se com os outros ou em um modo de ser-com, um compartilhar. (Giacioia Júnior, 2013, p. 74-75)

A compreensão se revela como uma modalidade de abertura do ser-aí para a mundanidade. Trata-se de uma dimensão estruturante, em um projetar do ser-aí para as suas possibilidades, possuindo um caráter existencial. Toda compreensão implica em um saber prático e a compreensibilidade nunca é definitiva, estando em um constante devir. Compreender é dado como um âmbito prévio e irrefletido no interior do qual, quem compreende algo, está inserido. Por isso afirma-se não existir grau zero de sentido na compreensão, porque ela sempre está determinada por este âmbito prévio no qual o ser-aí está inserido na sua relação com o mundo. (Giacioia Júnior, 2013, p. 76)

Já a interpretação vem a ser a apropriação da compreender, a elaboração em formas do projetar inerente ao compreender. A abertura no compreender, o compreendido, revela-se expressamente “como isto ou aquilo”. O “como” nada mais é do que a estrutura do expressamente compreendido e ele constitui a interpretação. A interpretação representa as formas elaboradas das possibilidades pelas quais o ser-aí projeta o seu ser. Ela sempre é fundada em uma visão prévia, nunca oriunda de um dado preliminar, sem pressuposições, e o seu processo se materializa por um recorte do assumido por essa visão prévia, conformando-se a uma das possibilidades de interpretação. O compreendido torna-se conceito pela interpretação, ou seja, a concreção da interpretação consiste na formulação de “algo como algo”. (Heidegger, 2018, p. 209-211)

A compreensibilidade de alguma coisa, para o filósofo alemão em comento (Heidegger, 2018, p. 212-213) se sustenta em seu sentido, porquanto quando se descobre algo, diz-se que ela tem sentido. O que é compreendido é o ente e o ser e sentido é aquilo que pode ser articulado na abertura compreensiva, sendo um existencial do ser-aí e não uma propriedade do ente. O ser-aí só terá sentido se a abertura do ser-no-mundo puder ser preenchida por um ente que pode ser descoberto. Nesta linha de raciocínio, apresenta-se a seguinte definição de sentido (Heidegger, 2018, p. 212-213): “Sentido é a perspectiva na qual



se estrutura o projeto pela posição prévia, visão prévia e concepção prévia. É a partir dela que se algo se torna compreensível como algo”.

A Linguagem, para Heidegger, tem um papel decisivo em sua ontologia fundamental. Do ponto de vista existencial, a linguagem, cujo seu *fundamento ontológico-existencial* é a fala, é igualmente originária à disposição e ao compreender, posto que a compreensibilidade já está sempre articulada pela fala, antes mesmo de qualquer interpretação apropriadora, por isto ela radica-se na constituição existencial do ser-aí. A totalidade significativa está articulada pela fala, podendo desmembrar-se em significações, que sempre são dotadas de sentido. Enquanto abertura constitutiva da compreensibilidade, a fala possui um modo de ser essencialmente mundano, compreensibilidade esta que se pronuncia como fala. (Heidegger, 2018, p. 223-224)

A respeito da relação entre linguagem e ser-aí, Heidegger (2018) fornece as seguintes explicações:

A fala, na maior parte das vezes, se pronuncia e já sempre se pronunciou. É linguagem. Ao pronunciar-se, o compreender e a interpretação já se dão. Como um pronunciamento, a linguagem guarda em si uma interpretação da compreensão de presença. Assim como a linguagem, também essa interpretação não é algo simplesmente dado, mas o seu ser contém em si o modo de ser da presença. Dentro de certos limites e imediatamente, a presença está entregue à interpretação, na medida em que essa regula e distribui as possibilidades do compreender mediano e de sua disposição. Na totalidade de suas articulações de significado, o pronunciamento preserva um compreender do mundo que se abriu e, de maneira igualmente originária, um compreender da copresença dos outros e do próprio ser-em. A compreensão que, assim, já se acha inserida no pronunciar-se refere-se tanto à descoberta já estabelecida e herdada dos entes como a cada compreensão de ser e às possibilidades e horizontes disponíveis para novas interpretações e novas articulações conceituais. (p. 231)

É possível defluir, a partir disto, o enorme contributo de Heidegger para a filosofia da linguagem, na medida em que ele confere a ela uma dimensão ontológica, retirando-a de uma posição meramente instrumentária, como a nutrida pela Metafísica Clássica e pela filosofia da consciência. Configurando-se como a articulação da compreensibilidade do ser-no-mundo, a linguagem se constitui na maneira pela qual a compreensão e a interpretação se dão no mundo, a atestar sua inegável função de desveladora do ser. No entanto, a fala é caracterizada pela sua dimensão pública, própria de um existir coletivo, vez que o ser-aí está sempre inserido em um horizonte compreensivo que se antecipa a ele, como um modo de abertura para a mundanidade<sup>56</sup>.

---

<sup>56</sup> “A articulação desse sentido, ou dos diferentes sentidos de ser, dá-se sempre no *logos* – na palavra, na linguagem, no verbo, no discurso. Essa articulação é o modo como o ser-o-aí enuncia o seu entendimento de Ser – como manifesta, pelo verbo, o que vem-a-ser, dando com isso as condições para o desvelamento do Ser em sua verdade. Por isso, a linguagem é a articulação que coliga e manifesta, é o âmbito de desvelamento ou verdade do Ser. É assim que se pode entender o que Heidegger pensa quando afirma que a linguagem é a clareira, ou a morada, do Ser.

Sobre o predomínio dessa linguagem pública, ou interpretação pública, que condiciona o ser-no-mundo, cumpre colacionar o seguinte excerto fornecido por Heidegger (2018):

Este tipo de interpretação própria da falação já se consolidou na presença. É dessa maneira que aprendemos e conhecemos muitas coisas. É dessa maneira ainda que não poucas coisas jamais conseguem ultrapassar uma tal compreensão mediana. A presença nunca consegue subtrair-se a essa interpretação cotidiana em que ela cresce. Todo compreender, interpretar e comunicar autênticos, toda redescoberta e nova apropriação cumprem-se nela, a partir dela e contra ela. Não é possível uma presença, que não sendo tocada nem desviada pela interpretação mediana, pudesse colocar-se diante da paisagem livre de um “mundo” em si, para apenas contemplar o que lhe vem ao encontro. O predomínio da interpretação pública já decidiu até mesmo sobre as possibilidades de sintonização com o humor, isto é, sobre o modo fundamental em que a presença é tocada pelo mundo. O impessoal prescreve a disposição e determina o quê e como se “vê”. (p. 233)

Influenciado pelas concepções de Heidegger, Hans-Georg Gadamer vem a apresentar igualmente grandes contributos para o desenvolvimento da filosofia da linguagem, por meio de sua hermenêutica filosófica. O filósofo em questão começa manifestando preocupação com o fato de que as opiniões prévias, concepções prévias e visões prévias, por ele denominadas de preconceitos<sup>57</sup>, determinem uma compreensão indevida sobre o texto sobre o qual se interpreta, sendo fundamental que as interpretações corretas sejam protegidas da arbitrariedade da ocorrência de “felizes ideias” e limitações do hábito de pensar, a fim que elas sejam determinadas pelas coisas mesmas. (Gadamer, 1999, p. 401-402)

Faz-se necessária, a fim de evitar tal expediente, que o intérprete, ao travar contato com a opinião do outro ou a um texto, mantenha uma abertura, uma receptividade para a alteridade do texto. Neste processo de abertura, não é exigida uma postura de neutralidade ou o esquecimento das próprias opiniões prévias, mas é preciso deixar que a opinião ou texto com o qual se trava contato diga alguma coisa por si, dando-se conta das próprias antecipações. (Gadamer, 1999, p. 404-405)

Os preconceitos, em si mesmos, não devem ser encarados como algo negativo, conotação esta adquirida pela expressão em muitas ocasiões, e, sim, como condição de

---

Na condição de ser-o-aí, o homem habita a morada do Ser, a linguagem. Ao falar, ele traz à luz, manifesta o que os entes são em suas essências; assim, ele exhibe, desvela os entes em seu ser. Todavia, essa dimensão do habitar humano no cotidiano de sua existência natural é marcada pela dimensão pública do falar, pelo linguajar característico do existir coletivo, genérico, impessoal”. (Giacioia Júnior, 2013, p. 77-78)

<sup>57</sup> “Uma análise da história do instituto mostra que é somente no *Alfklärung* que o conceito de preconceito recebeu o matiz negativo que agora possui. Em si mesmo, “preconceito” (*Vorurteil*) quer dizer um juízo (*Urteil*) que se forma antes da prova definitiva antes de todos os momentos determinantes segundo a coisa. No procedimento juris-prudencial um preconceito é uma pré-decisão jurídica, antes de ser baixada uma sentença definitiva. Para aquele que participa da disputa judicial, um preconceito desse tipo representa evidentemente uma redução de suas chances. Por isso, *préjudice*, em francês, tal como *praejudicium*, significa também prejuízo, desvantagem, dano. Não obstante, essa negatividade é apenas secundária. É justamente na validade positiva, no valor prejudicial de uma pré-decisão, tal qual o de qualquer precedente, que se apóia a consequência negativa”. (Gadamer, 1999, p. 407)

possibilidade para compreensão. Gadamer busca promover a reabilitação dos conceitos de autoridade<sup>58</sup> e tradição<sup>59</sup>, afirmando que os preconceitos são legitimados pela autoridade, convertendo-os em preconceitos objetivos, oriundos do conhecimento e da razão, assim como nós sempre nos encontramos antes as tradições, e o nosso comportamento perante elas não é objetificador, revelando-se um reconhecer-se, uma consciência histórica. (Gadamer, 1999, p. 420-423)

A compreensão possui uma estrutura circular ocorrendo mediante a movimentação da tradição e a movimentação do intérprete. A antecipação de sentido não é, de modo algum, um ato de subjetividade, posto que ele decorre da comunhão do intérprete com a tradição, que está em processo de contínua formação. Não há no processo compreensivo um grau zero de sentido nem um resultado pronto e acabado, a circularidade ocorre da determinação do acontecer da tradição a partir de nós mesmos e não se determina por um método, na medida em que esta circularidade se constitui como uma condição para a própria compreensão. (Gadamer, 1999, p. 439-440)

Gadamer denomina de concepção prévia de perfeição uma pressuposição formal que orienta toda a compreensão, baseada na afirmação no fato de que só é compreensível o que apresenta uma unidade perfeita de sentido. A compreensão sobre uma determinada coisa que se busca ao se travar contato com um novo conteúdo ocorre com base nas expectativas de sentido que extraímos de nossa própria relação precedente com o assunto. A pré-compreensão manifesta-se, deste modo, como a condição hermenêutica que surge do ter que se haver com a coisa em questão, em que o intérprete tem diante de si um sentido antecipado

---

<sup>58</sup> “Na verdade, autoridade é, em primeiro lugar, um atributo de pessoas. Mas a autoridade das pessoas não tem o seu fundamento último num ato de submissão e de abdicação da razão, mas num ato de reconhecimento e de conhecimento: reconhece-se que o outro está acima de nós em juízo e em perspectiva e que por conseqüência, seu juízo precede, ou seja, tem primazia em relação ao nosso próprio. Junto a isso dá-se que a autoridade não se outorga, adquire-se, e tem de ser adquirida se a ela se quer apelar. Repousa sobre o reconhecimento e, portanto, sobre uma ação da própria razão que, tornando-se consciente dos próprios limites, atribui a outro perspectiva mais acertada. Este sentido retamente entendido de autoridade não tem nada a ver com obediência cega de comando. Na realidade, autoridade não tem nada a ver com obediência, mas com conhecimento”. (Gadamer, 1999, p. 419-420)

<sup>59</sup> “Na realidade, tradição sempre é um momento da liberdade e da própria história. Também a tradição mais autêntica e venerável não se realiza naturalmente, em virtude da capacidade de permanência daquilo que, singularmente está aí, mas necessita ser afirmada, assumida e cultivada. A tradição é essencialmente conservação e como tal sempre está atuante nas mudanças históricas. No entanto, a conservação é um ato da razão, ainda que caracterizado pelo fato de não atrair a atenção sobre si. Essa é a razão por que as inovações, os planejamentos intentem mostrar-se como única ação e resultado da razão. Isso, no entanto, apenas parece ser assim. Inclusive quando a vida sofre suas transformações mais tumultuadas, como em tempos revolucionários, em meio a suposta mudança de todas as coisas conserva-se muito mais do que era antigo do que se poderia crer, integrando-se com o novo numa nova forma de validade. Em todo caso, a conservação representa uma conduta tão livre como a destruição e a inovação. Tanto a crítica à tradição, como a sua reabilitação romântica, ficam muito aquém de seu verdadeiro ser histórico”. (Gadamer, 1999, p. 422-423)

que tornará possível atingir a compreensão como uma unidade perfeita de sentido, por meio do círculo hermenêutico. (Gadamer, 1999, p. 440-441)

Streck (2017) explica sobre a relação entre compreensão, círculo hermenêutico e pré-compreensão da seguinte forma:

Círculo hermenêutico quer dizer que sempre ingressamos em um “processo” de compreensão com algo antecipado. Heidegger explica: quando olho para um canto e vejo um fuzil, é porque, de forma antecipada eu já sabia o que era uma arma. Círculo hermenêutico é condição de possibilidade para a interpretação. Se fala de uma inconstitucionalidade é porque antes já sei o que é uma Constituição, Direito constitucional, jurisdição constitucional, etc. Isso tudo significa também que o círculo hermenêutico é o que propicia a antecipação de sentido que temos de algo. Essa antecipação de sentido está relacionada com o que Heidegger, especialmente em *Ser e Tempo*, chama de estrutura prévia da compreensão, ou seja, temos sempre uma *Vorhabe* (ver-prévio), uma *Vorgriff* (conceito-prévio). Toda a compreensão hermenêutica pressupõe uma inserção no processo de transmissão da tradição. Há um movimento antecipatório da compreensão, cuja condição ontológica é o círculo hermenêutico. Para Gadamer, em *Verdade e Método*, é da totalidade do mundo que resulta uma pré-compreensão que abre um primeiro acesso de inteligência; a pré-compreensão constitui um momento essencial do fenômeno hermenêutico e é impossível ao intérprete se desprender da circularidade da compreensão. (p. 29-30)

As meditações de Gadamer também perpassam à divisão estabelecida pela hermenêutica tradicional acerca dos momentos de realização da compreensão, a saber: compreensão, interpretação e aplicação. Se é certo que o romantismo uniu os momentos da compreensão e interpretação, mediante o fundamento de que compreender é sempre interpretar, ou seja, a interpretação é a explicitação da compreensão, a hermenêutica filosófica buscou investigar se a aplicação deve ser vista como um momento desconexo com os demais. (Gadamer, 1999, p. 459)

A resposta para esta investigação foi a de que a aplicação não deve ser desconectada da compreensão e da interpretação, sendo todos estes momentos integrantes de um mesmo *acontecer compreensivo*, de um mesmo processo unitário, não cabendo qualquer forma de cisão. A compreensão de um determinado texto como uma unidade perfeita de sentido (concepção prévia de perfeição) ocorre a cada instante, ou seja, em cada situação concreta ele será entendido de uma forma nova e distinta, por meio do círculo hermenêutico, motivo pelo qual a aplicação também integra o processo compreensivo<sup>60</sup>. (Gadamer, 1999, p. 459-461)

Acerca da linguagem, Gadamer sustenta ser ela o médium universal em que se realiza a compreensão, sendo a linguagem que determina a interpretação e o próprio objeto hermenêutico. Sabe-se que o sujeito que compreende não pode ficar imune ao legado da tradição, formando e moldando a sua concepção prévia de mundo dentro do processo de

---

<sup>60</sup> “Agora se torna claro o sentido da aplicação que já está de antemão em toda forma de compreensão. A aplicação não quer dizer aplicação ulterior de algo comum dado, compreendida primeiro em si mesma, a um caso concreto, mas é, antes, a verdadeira compreensão do próprio comum que cada texto dado representa para nós. A compreensão é uma forma de efeito, e sabe a si mesma como tal efeito.” (Gadamer, 1999, p. 504-505)

circularidade hermenêutica. A transmissão da tradição ocorre via linguística, seja escrita ou oral, pois é pela mediação linguística que a tradição se eleva acima do efêmero e finito<sup>61</sup>, convertendo-se em uma porção do mundo, adquirindo existência e sentido próprio. (Gadamer, 1999, p. 567-569)

No que concerne ao modo em que a tradição se manifesta como transmissão e a maneira pela qual este fenômeno ocorre linguisticamente, Streck (2014) assim explica:

Tradição é transmissão. A experiência hermenêutica, diz o mestre, tem direta relação com a tradição. É esta que deve anuir à experiência. A tradição não é um simples acontecer que se possa conhecer e dominar pela experiência, senão que é linguagem, isto é, a tradição fala por si mesma. O transmitido, continua, mostra novos aspectos significativos em virtude da continuação histórica do acontecer. Através de sua atualização na compreensão, os textos integram-se em um autêntico acontecer. Toda atualização na compreensão pode entender a si mesma como uma possibilidade histórica do compreendido. Na finitude histórica de nossa existência, devemos ter consciência que, depois de nós, outros entenderão cada vez de maneira diferente. Para nossa experiência hermenêutica, é inquestionável que a obra mesma é a que desdobra a sua plenitude de sentido na medida em que se vai transformando a sua compreensão. Por outro lado, a história é somente uma; seu significado é que segue se autodeterminando de forma incessante. (p. 298-299)

O processo hermenêutico em Gadamer não tem por função ser reprodutivo, mas, sim, produtivo. Toda interpretação produz um compreender, consistente na atribuição de sentido pelo intérprete, que se fia na fusão de horizontes representada pela pré-compreensão e aquilo que se busca compreender. Esta constatação significa que não haverá qualquer possibilidade de interpretação e, conseqüentemente, de produção de novos sentidos pela compreensão se não houver a atuação da tradição que determina a pré-compreensão do sujeito que compreende. A linguagem aparece, neste ponto, como a condição de possibilidade da manifestação de sentido. É impossível para o intérprete situar-se fora da tradição, submetendo-se o compreender e o interpretar à tradição linguística, mas a questão vai ainda mais além no sentido de que tudo o que se pretende ser compreensível, tem que ser acessível à compreensão e à interpretação. A linguagem encontra profundamente na realização por pensar e do interpretar, abarcando toda a compreensão, de maneira que muito pouco restaria se fosse apartada a consciência linguística do ser humano. (Gadamer, 1999, p. 588-589)

A linguagem se revelará para o ser humano como experiência de mundo. Ele, diferentemente dos demais seres vivos, é livre do mundo circundante, das condições de que depende a sua existência. O fato de o homem ter mundo deriva justamente da sua relação

---

<sup>61</sup> “Nesse sentido está justificada a idéia hegeliana de equiparar o começo da história com o surgir de uma vontade de tradição, de “permanência da recordação”. A escrita não é um simples acaso ou uma mera adição que não altera qualitativamente nada no progresso da tradição oral. É claro que também sem escrita pode dar-se uma vontade de sobrevivência, de permanência. Mas somente a tradição escrita pode ir mais além da mera permanência de resíduos de uma vida passada, a partir dos quais é possível a existência (Dasein) reconstruir outra existência.” (Gadamer apud Hegel, 1999, p. 570)

com o mundo circundante ser completamente diferente ao dos outros seres vivos. A liberdade face ao mundo circundante inclui a condição linguística do mundo. Esta liberdade consiste numa elevação das coerções que vem ao nosso encontro a partir do mundo circundante, elevação esta que tem sentido humano e, portanto, linguístico, o que quer dizer que ela somente se realiza pela linguagem. (Gadamer, 1999, p. 644-645).

Gadamer (1999) traz as seguintes reflexões a respeito da elevação do homem face ao mundo circundante:

Essa elevação sobre o mundo circundante tem, desde o princípio, um sentido humano, e isto quer dizer linguístico. Um animal pode abandonar o seu mundo circundante e percorrer toda a terra sem romper com isso sua vinculação ao mundo circundante. Por outro lado, para o homem, elevar-se acima do mundo circundante é *eleva-se ao mundo*, e não significa abandono do mundo circundante, mas uma posição completamente distinta com respeito a ele. Um comportamento livre e distanciado, cuja realização sempre é linguística. A idéia de uma linguagem dos animais somente se mantém *per aequivocationem*. Pois a linguagem, em seu uso, é uma possibilidade variável e livre do homem. Para o homem, a linguagem não é somente variável, no sentido de que existam outras línguas que podem ser aprendidas. É variável em si mesma, na medida em que oferece diversas possibilidades de expressar a mesma coisa. Inclusive em casos de carência, como nos surdos-mudos, a linguagem não é verdadeira linguagem expressiva de gestos, mas uma cópia substitutiva da linguagem fônica articulada, através de uso de gestos igualmente articulados. As possibilidades de entendimento entre os animais não conhecem esse gênero de variabilidade. Isso quer dizer, ontologicamente, que podem entender-se, mas não sobre conjunturas como tais, cujo conteúdo é o mundo. (p. 644-645)

Estes pontos representam, em síntese, os principais movimentos operados pela filosofia da linguagem para efetuar a superação dos paradigmas pertinentes à Metafísica Clássica e a filosofia da consciência, tirando a linguagem de um papel meramente secundário, cuja função consistiria servir apenas como um intermediário entre o homem e o objeto, de finalidade representacional, para revestir-se como uma condição de possibilidade para a atribuição de sentido pelo homem, o compreender, e constituidora do mundo<sup>62</sup>.

A viragem ontológica-linguística, apesar de ser fruto da reflexão de vários filósofos, tiveram em Heidegger e Gadamer os seus principais expoentes – paradigma filosófico este que servirá como referencial para a Crítica Hermenêutica do Direito, teoria jusfilosófica que servirá como um importante marco teórico para a análise da concepção de mutação constitucional, assim como da análise da problemática referente à (não)presença de modificação de sentido do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal de 1988 no caso

---

<sup>62</sup> “Uma vez vislumbrado o caráter transcendental da linguagem, com o giro-linguístico, cai por terra a teoria objetivista (instrumentalista, designativa), segundo a qual a linguagem seria um instrumento secundário de comunicação do conhecimento humano. Assume esta a condição de possibilidade para a sua constituição, pois não há consciência sem linguagem.

As coisas não precedem à linguagem, pois só se tornam reais para o homem depois de terem sido, por ele, interpretadas. Algo só tem significado, isto é, só se torna inteligível, a partir do momento em que lhe é atribuído um nome. A palavra torna o dado experimental articulável intelectualmente permitindo que ele apareça como realidade para o ser humano”. (Carvalho, 2019, p. 55)

de cessação automática dos efeitos temporais da coisa julgada formadas em processos individuais em que é declarada a não exação de determinado tributo por inconstitucionalidade, pertinente a relações jurídico-tributárias sucessivas, em razão superveniente decisão de constitucionalidade em sentido contrário proferida em controle difuso de constitucionalidade por força de padrão decisório vinculante ou controle concentrado de constitucionalidade.

### **2.3. Elementos da Crítica Hermenêutica do Direito.**

A Crítica Hermenêutica do Direito (ou Nova Crítica do Direito) é uma teoria jusfilosófica, idealizada por Lênio Luiz Streck, baseada nos ensinamentos de Martin Heidegger, Hans-Georg Gadamer e Ronald Dworkin. Sua pretensão consiste em formular uma teoria da decisão que defenda o direito contra a prática de discricionariedade nas decisões judiciais e em pensar o direito dentro do paradigma da filosofia da linguagem, superando todas as formas de positivismo jurídico e da filosofia da consciência.

Como os fundamentos mais relevantes da CHD, destacam-se os seguintes: (i) superação do paradigma da filosofia da consciência; (ii) adoção do conceito de pré-compreensão oriundo de Gadamer; (iii) adoção do conceito de círculo hermenêutico; (iv) adoção da ideia de que é indevida a cisão entre compreensão, interpretação e aplicação; (v) adoção do conceito de tradição; (vi) o pensamento do Direito imerso no pós-positivismo e na virada ontológico-linguística; (vii) diferença ontológica entre texto e norma; (viii) busca pela resposta constitucionalmente adequada como norte.

Rodrigues-Pereira (2019) assim traz a sua definição sobre quais são os enfoques da Crítica Hermenêutica do Direito:

Se a CHD pudesse ser resunida, diria ser uma busca por uma teoria da decisão que dê concretude ao direito fundamental do cidadão de receber uma resposta constitucionalmente adequada para seus anseios, dilemas e afins. A resposta correta nesse caso não seria a resposta que o cidadão quer, ou busca em juízo, mas sim uma resposta que encontra seu fundamento no sentido correto do texto constitucional. Muitas das vezes essa resposta vai desagradar ao cidadão, individualmente falando. Pode inclusive desagradar ao juiz do caso, que, particularmente preferia dar outra decisão, em razão do seu modo de pensar, de estar no mundo. Entretanto, se pode existir um relativismo dentro de um projeto de felicidade, ou seja, o que me faz feliz não necessariamente fará o outro feliz, tal relativismo não pode ser admitido no direito, justamente por ser um direito um sistema escalonado e hierarquizado de regras, tendo a constituição como ápice desse sistema. (p. 126-127)

A busca pela resposta constitucionalmente adequada apresenta-se como especialmente relevante dentro do contexto da mutação constitucional, na medida em que o parâmetro desta estará irremediavelmente conformada ao parâmetro daquela. Isto evidencia o caráter

essencialmente hermenêutico da mutação constitucional, razão pela qual não pode ela ser utilizada como justificativa para a adoção de decisionismos judiciais, baseado na discricionariedade do juiz/intérprete, ou em posturas positivistas, devendo a mutação ser compreendida neste sentido e combatida a sua utilização inautêntica.

Pois bem. O ponto candente pelo qual a Crítica Hermenêutica do Direito se insurge diz respeito à não aceitação da viragem ontológico-linguística no Direito. A situação mostra-se especialmente grave, essa não aceitação da viragem ocorre de forma acrítica, na medida em que mesmo teorias que proclamam a sua adesão à filosofia da linguagem apresentam em muitos pontos conformações com a filosofia da consciência, ocorrendo aquilo denominado por Streck de “mixagens metodológicas”. Tais mixagens também são alvos de crítica no Brasil, pois apesar de abordagens teóricas que se proclamam como pós-positivistas, a exemplo do neoconstitucionalismo brasileiro, elas estão eivadas de questões teóricas e metodológicas que remontam mesmo ao positivismo jurídico, além da má recepção e entendimento da obra de autores como Habermas e Alexy, muitas vezes utilizados como alicerce para a defesa de posições que não condizem com suas doutrinas<sup>63</sup>.

Diante deste estado de coisas, em que efetivamente o pós-positivismo não tem sido compreendido e efetivado adequadamente, propiciando que a Constituição Federal de 1988 adquira força normativa e os direitos fundamentais nela previstos possam ser plenamente concretizados, é necessário, então, o enfrentamento e superação destas concepções equivocadas, assim como promover as conquistas trazidas pelo Estado Democrático de Direito e pelo Constitucionalismo pós-segunda Guerra Mundial.

A respeito do movimento constitucionalista ocorrido após a Segunda Guerra Mundial, capitaneado pela virada kantiana, pelo pós-positivismo, pelo fortalecimento e universalidade da concepção de direitos humanos, Streck vem a denominá-lo de Constitucionalismo Contemporâneo, em contrapartida, inclusive, à utilização do termo neoconstitucionalismo, utilizando por muitos autores brasileiros para designar este mesmo fenômeno.

Cumprе consignar que Constitucionalismo Contemporâneo é parte de um fenômeno mais amplo do que simplesmente o pós-positivismo, posto que este gira em torno da teoria do Direito, enquanto aquele trata do movimento constitucionalista, abarcando tanto a teoria do

---

<sup>63</sup> “Esse belo epíteto – cunhado por um grupo de constitucionalistas espanhóis –, embora tenha representado um importante passo para a afirmação da força normativa da Constituições na Europa continental, no Brasil, acabou por incentivar/institucionalizar uma recepção acrítica da Jurisprudência dos Valores, da teoria da argumentação de Robert Alexy (que cunhou o procedimento da ponderação como instrumento pretensamente racionalizador da decisão judicial) e do ativismo judicial norte-americano, problema que será abordado mais adiante, ainda nesta introdução.” (Streck, 2012, p. 35)



Estado quanto a teoria do Direito. O pós-positivismo, na forma como realmente deve ser compreendido, é imprescindível ao Constitucionalismo Contemporâneo, mas não é o único elemento a ser considerado. Ao fim e ao cabo, a ascensão do pós-positivismo tem como decorrência o surgimento do Constitucionalismo Contemporâneo e vice-versa.

Desse modo, Constitucionalismo Contemporâneo pode ser definido da seguinte maneira (Streck, 2012):

Nessa medida, pode-se dizer que o Constitucionalismo Contemporâneo representa um redimensionamento na prática político-jurídica, que se dá em dois níveis: no plano da Teoria do Estado e da Constituição, com o advento do Estado Democrático de Direito, e no plano da Teoria do Direito, no interior do qual se dá a reformulação da teoria das fontes (a supremacia da lei cede lugar à onipresença da Constituição); na teoria da norma (devido à normatividade dos princípios) e na teoria da interpretação (que, nos termos em que proponho, representa uma blindagem às discricionariedade e aos ativismos). Todas essas conquistas devem ser pensadas, em um primeiro momento, como continuadoras do processo histórico por meio do qual se desenvolve o constitucionalismo. Com efeito, o constitucionalismo pode ser concebido como um movimento teórico jurídico-político em que se busca limitar o exercício do Poder a partir da concepção de mecanismos aptos a gerar e garantir o exercício da cidadania. (p. 37)

Conforme o Constitucionalismo Contemporâneo, a Constituição se trata de algo substantivo, e que, especialmente no âmbito do Brasil<sup>64</sup>, deverá assumir uma função dirigente, compromissória e vinculante. Neste ponto, Streck destaca que as Constituições devem ser tão variadas quanto às suas identidades nacionais, suas especificidades e respectiva inserção no cenário nacional, motivo pelo qual é tormentosa a ideia de uma teoria geral da Constituição. Uma teoria da Constituição deve apenas abarcar, como núcleo básico, as conquistas civilizatórias do Estado Democrático de Direito, consistentes no binômio democracia e direitos fundamentais-sociais, já os demais substratos dependerão da realidade de cada Estado. (Streck, 2012, p. 167-168)

Seguindo adiante, a CHD adota a concepção, presente em Heidegger e Gadamer, de que a interpretação é uma atividade de natureza produtiva e de que a pré-compreensão sempre está presente naquele que interpreta<sup>65</sup>, revestindo-se em uma condição de

---

<sup>64</sup> “Mais do que assegurar os procedimentos da democracia – que são absolutamente relevantes –, é preciso entender a Constituição como algo substantivo, porque contém direitos fundamentais, sociais, coletivos que o pacto constituinte estabeleceu como passíveis de realização. Há que se deixar assentado que o constitucionalismo dirigente-compromissório não está esgotado. A Constituição ainda deve “constituir-ação”, mormente porque, no Brasil, nunca constituiu. *No texto da Constituição de 1988, há um núcleo essencial, não cumprido, contendo um conjunto de promessas da modernidade, que deve ser resgatado* (o ideal moral transforma-se em obrigação jurídica). O problema é que, em países como o Brasil, formou-se um “silêncio eloquente” acerca do significado da Constituição, naquilo que ela tem de “norma diretiva fundamental.” (Streck, 2012, p. 171)

<sup>65</sup> “Nessa linha, compreender significa o modo de ser próprio do ser humano na medida em que não nos perguntamos por que compreendemos o mundo pelo fato de já o termos compreendido. Há uma antecipação de sentidos que inexoravelmente interpela qualquer tipo de interpretação. Essa antecipação é a pré-compreensão (*Vorverständnis*) da qual nos fala Heidegger.” (Streck, 2017, p. 227)

possibilidade para a interpretação, impossibilitando que ela parta de um grau zero de sentido. Assim, a interpretação não depende de um método, ao estilo cartesiano, próprio do esquema sujeito-objeto, em que o sujeito é responsável por construir o seu próprio objeto de conhecimento, ela opera com base no círculo hermenêutico, em que se constrói a interpretação, em que a pré-compreensão se afigura como antecipadora, a partir da qual se realizará o processo compreensivo. Interpretação, nada mais é, do que a explicitação do compreendido. (Streck, 2017, p. 227)

Neste ponto, apresenta-se relevante explicitar o que a pré-compreensão não é, até mesmo por conta de algumas objeções que se levantaram contra esse conceito, no Brasil, em destaque, por Daniel Sarmiento<sup>66</sup>, e pelos defensores das teorias procedimentalistas (teoria do discurso), ancorados no pensamento de Jurgen Habermas. A pré-compreensão não é nenhuma visão do mundo, concepção política ou ideológica, que, por vezes, turva a capacidade de reflexão do intérprete, na medida em que muitas delas contêm os mais diversos vieses não correspondentes às coisas tais como elas são (opiniões prévias/preconceitos inautênticos)<sup>67</sup>. Ela é antes um elemento estruturante, ontológico, que atua como possibilidade de compreensão de qualquer fenômeno.

A questão primordial para a abordagem desta questão diz respeito à necessária diferenciação entre as estruturas hermenêutica e apofântica, decorrente da dupla estrutura da linguagem. A estrutura apofântica da linguagem diz respeito ao seu aspecto enunciativo e propositivo decorrente do emprego articulado das palavras, oriundo da epistemologia; por sua vez, a estrutura hermenêutica da linguagem diz respeito à estruturação da compreensão e do sentido, revestindo-se no solo pelo qual a estrutura apofântica opera, com a utilização dos

---

<sup>66</sup> “Finalmente, entendemos que o método se afigura indispensável para controlar o arbítrio do intérprete e propiciar o controle intersubjetivo da sua atividade. Isso não significa que a interpretação constitucional seja *apenas* método. Conceber a interpretação constitucional assim seria “tapar o sol com a peneira”: há também política, argumentação moral e até sentimento na interpretação constitucional. Mas o método se afigura fundamental para evitar que os intérpretes da Constituição se convertam nos seus senhores.

Enfim, pode-se dizer que a pré-compreensão é realmente parte integrante da hermenêutica constitucional, como também o é em qualquer atividade interpretativa. Mas a teoria constitucional deve demandar dos intérpretes o exercício permanente de crítica às tradições e de autocrítica em relação às respectivas cosmovisões.” (Souza Neto, Sarmiento, 2016, p. 422)

<sup>67</sup> “Erros de pensamento, tal como emprego o termo aqui, são desvios sistemáticos em relação à racionalidade, ao pensamento e ao comportamento ideais, lógicos e sensatos. A palavra “sistemático” é importante, pois nos enganamos muitas vezes na mesma direção. Por exemplo, é muito mais frequente superestimar nosso conhecimento do que subestimá-lo. Ou então, o perigo de perdermos alguma coisa: ele nos faz agir muito mais rápido do que a perspectiva de ganhar alguma coisa. Um matemático falaria de uma divisão *skewed* (assimétrica) de nossos erros de pensamento. Que sorte: às vezes, a assimetria torna os erros previsíveis.” (Dobelli, 2014, p. 12)

recursos lógico-argumentativos<sup>68</sup>. A estrutura hermenêutica precede à apofântica, os sentidos são estabelecidos pela compreensão, mediante o círculo hermenêutico.

Não é possível operar o sacrifício do mundo fático por meio de discursos fundamentais prévios, contrafáticos (Habermas), que eliminem todos os vieses/erros de pensamentos oriundo de cosmovisões, ideologias ou interesses do intérprete e turvem a sua capacidade crítica, com o estabelecimento, assim, de um discurso ideal, que coloca em situação de igualdade todos os interlocutores, que terão condições de estabelecer, exercitando a prática discursiva racionalmente, a dita verdade, aceitadas por consenso.

Sobre este ponto, extrai-se o seguinte apontamento trazido por Streck (2012):

Isto é assim porque a teoria discursiva de Habermas funda-se na antecipação do discurso ideal (portanto, o discurso de fundamentação, que é contrafático, elaborado *prima facie*, para qual, nas palavras de Günther, “é relevante exclusivamente a própria norma independentemente de sua aplicação”), no qual poderiam ser dadas as condições ótimas, em que todos teriam o mesmo nível de argumentação, de informação, de capacidade de argumentação e, assim, chegariam a um consenso. Trata-se da teoria consensual da verdade, *embora Habermas diga que alterou esse conceito a partir de Verdade e Justificação*, quando teria reformulado o antigo conceito discursivo de verdade: “a redenção discursiva de uma alegação de verdade conduz à aceitabilidade racional, não à verdade”. (p. 112)

O contributo teórico trazido por Habermas encontra grande aceitação no Brasil, embora também não encontre grande penetração naquilo que se entende por senso comum teórico dos juristas, e traz argumentos dignos de reflexão e podem servir de aprimoramento ao Direito pátrio. Porém, seus pressupostos acarretam a precedência da estrutura apofântica sobre a hermenêutica, com a desestruturação do processo compreensivo, baseada em uma tentativa de antecipar o método, o procedimento, da pré-compreensão, com o objetivo senão de que este procedimento possa estabelecer, por si próprio, a verdade, descontextualizadamente, sem que ela seja determinada pelo “caso concreto” (faticidade) ou pela tradição<sup>69</sup>.

---

<sup>68</sup> “Insisto: a grande preocupação da hermenêutica foi sempre demonstrar que não interpretamos para compreender e, sim, compreendemos para interpretar. É nesse sentido que não se pode confundir os dois níveis em que se dá o “processo hermenêutico”. As teorias que se preocupam com o nível apofântico, explicativo, acabam tentando colocar esse nível lógico no lugar da pré-compreensão, condição de possibilidade para interpretação. Volto, pois, com a pergunta: *de que modo um processo lógico-argumentativo pode “acontecer” sem a pré-compreensão?*” (Streck, 2012, p. 479)

<sup>69</sup> “Não há dúvida, pois, que a diferença entre a possibilidade de existir uma resposta correta na hermenêutica filosófica e na teoria do discurso é de fundo paradigmático, isto é, a raiz da problemática reside na questão da verdade: para a hermenêutica filosófica, em face do mundo prático introduzido por Heidegger (filosofia hermenêutica) e Gadamer (*Verdade e Método*, que pode ser lido como Verdade contra o Método), *a verdade é conteudística* compreendida no sentido fenomenológico); *na teoria do discurso habermasiana, é procedimental; é consenso* (sempre ressalvando a tentativa habermasiana de corrigir o conceito de verdade como consenso para a ideia de aceitabilidade racional da argumentação, que é feita em condições “quase ideais”).” (Streck, 2012, p. 114)

Não se trata, todavia, de negar que a “racionalidade discursiva” (Streck) não deva ter sua importância e utilidade no enunciado, dentro da estrutura apofântica, na função de explicitar o já compreendido, que é estruturante do modo de ser-no-mundo. A estrutura hermenêutica, desse modo, segundo uma classificação em standards de racionalidade trazida primeiramente por Putmann, constitui-se como racionalidade I, dado o seu caráter estruturante e a *priori*, e a estrutura apofântica constitui-se como racionalidade II, dado seu caráter a *posteriori*. (Streck, 2005, p. 69-71)

Para evitar que as ditas visões de mundo/ideológicas e concepções equivocadas a respeito de algo (opiniões prévias que não se confirmam nas coisas mesmas) façam com que se compreenda erroneamente alguma coisa (entendimento que não se confirma na coisa mesma), é necessário que os preconceitos (opiniões prévias, também podendo ser denominados de pré-juízos) sejam examinados quanto à sua legitimidade/autenticidade, distinguindo-se os verdadeiros preconceitos, que possibilitam o projetar correto para a compreensão, dos mal-entendidos. Os prejuízos inautênticos são aqueles que são entendidos de maneira arbitrária, ou seja, sua origem e validade não são passíveis de serem confirmadas, e normalmente não são devidamente percebidos, sendo necessário, para a sua superação e formulação de prejuízos autênticos em sua substituição, o encontro com a tradição autêntica, mediante a formação de uma consciência histórica, e a suspensão completa<sup>70</sup> de todos os prejuízos ilegítimos. (Streck, 2017, p. 233-235)

De fato, é possível perceber a formação de um senso comum teórico dos juristas brasileiros eivados de pré-juízos inautênticos, a corroborar com a formação de um horizonte de sentido bastante raso em termos da compreensão das possibilidades e pretensões de efetividade do ordenamento jurídico, em especial, da Constituição Federal de 1988, o qual tem contribuído (não isoladamente como o único fator) para a inefetividade dos direitos fundamentais e o surgimento do fenômeno da “baixa constitucionalidade” (baixa compreensão sobre o sentido da Constituição no Estado Democrático de Direito), caracterizado pela ausência de atribuição ao direito constitucional de seu devido valor<sup>71</sup>.

---

<sup>70</sup> “Pré-juízos ilegítimos geram projetos de sentido ilegítimos e, inevitavelmente, fazem a interpretação incorrer em erro. Apenas quem suspende os próprios pré-juízos é que interpreta corretamente. Um julgador que não consegue suspender seus pré-juízos está incapacitado para a sua tarefa.” (Streck, 2017, p. 234)

<sup>71</sup> “A partir disso, é possível afirmar que, no campo jurídico brasileiro, esses pré-juízos, calcados em uma história que tem relegado o direito constitucional a um plano secundário, constituindo-se algo que se pode denominar de “baixa constitucionalidade”, que, hermenêuticamente, *estabelece o limite do sentido e sentido do limite de o jurista dizer o Direito*, impedindo, conseqüentemente, a manifestação do ser (do Direito).” (Streck, 2002, p. 185)

A respeito da necessidade de rompimento com estes pré-juízos inautênticos que conformam o senso comum teórico dos juristas brasileiros, Streck (2002) assevera o seguinte:

O sentido comum teórico é, pois, uma manifestação inautêntica do ser do Direito, uma vez que provoca o ocultamento/velamento, nesse jogo de ambivalência entre velamento e desvelamento, das possibilidades da manifestação de um Direito de índole transformadora, condizente com o novo modelo proporcionado pelo Estado Democrático de Direito que, superando a tradição própria de um constitucionalismo de outro viés, introduz a noção de Constituição enquanto constituidora de um Direito voltado à promoção da justiça social e ao respeito dos direitos sociais-fundamentais.

Esse velamento pode (facilmente) ser detectado de vários modos em *terra brasilis*: a escandalosa inefetividade da Constituição (afinal, somos juristas para que?), a crise da justiça, a morosidade e o problema do acesso à justiça, a não-implementação dos direitos sociais, etc, *isto para dizer o mínimo*. Sinteticamente e sem maior esforço, é razoável afirmar que esse velamento se expressa pela absoluta falta de função social do Direito. Ou seja, do cotejamento entre o texto constitucional e a “realidade constitucional”, tem-se que houve um acontecer que os juristas não perceberam: o acontecer constituinte (*o acontecer que constitui-a-ação!*), originário da Constituição. (p. 186-187)

O círculo hermenêutico e a diferença ontológica consubstanciam dois dos teoremas fundamentais da fenomenologia hermenêutica desenvolvida por Heidegger que encontram grande ressonância na Crítica Hermenêutica do Direito.

Ao invés de apostar na cisão entre compreender, interpretar e aplicar, convertendo-se a hermenêutica em uma questão de aplicação do método para o sujeito poder descobrir o sentido de um texto, a CHD, calcada na ontologia da compreensão, sustenta que o processo compreensivo ocorre dentro do movimento do círculo hermenêutico, onde a pré-compreensão atua como uma antecipação de sentido, abrindo um primeiro acesso de intelecção, que dita as possibilidades de interpretação, cuja qual não há meio de o intérprete se esquivar<sup>72</sup>, conjugada à abertura frente ao novo que se busca compreender (via oral ou escrita), de maneira a produzir uma fusão de horizontes onde ao final ocorrerá a produção de um sentido, cuja explicitação virá pela interpretação.

Sobre esta fusão de horizontes gestacionada no movimento do círculo hermenêutico, Streck (2017) afirma o seguinte:

Em razão disso, o entendimento é sempre uma “fusão de horizontes”, ou seja, um horizonte pode sempre ser colocado em contato com o outro, sem obliterá-lo, mas fundindo-se com ele. Nessa lógica, o entendimento não é o ato de um sujeito ativo que projeta um significado sobre um objeto inerte, morto. Pelo contrário, presente e passado tem horizontes que podem ser juntados produtivamente, ou seja, a visão global do passado faz uma declaração, por meio do texto, no presente. Desse modo, o evento do entendimento representa uma negação e uma afirmação do presente e do passado. (p. 81)

---

<sup>72</sup> “Essa dimensão pré-compreensiva (ou antipredicativa), forjada no mundo prático (facticidade), não é um elemento formal, traduzível por um discurso meramente lógico (ou semântico). Antes, em todo discurso semântico já opera uma dimensão compreensiva (ou hermenêutica, se quisermos dizer assim) que possibilita que aquilo que manifestamos pela linguagem seja algo objetivo. Essa dimensão ocorre em uma totalidade de nossa realidade, a partir da conjunção de múltiplos aspectos existenciais. Não, são, portanto, elementos que estejam à nossa disposição e nem de longe podem ser confundidos com “visões de mundo”, “subjetividades” ou “pressupostos ideológicos”. (Streck, 2017, p. 231)

A diferença entre texto e norma, trazida por Friedrich Müller, pela Crítica Hermenêutica do Direito assume a feição de diferença ontológica. A norma, sob este prisma, pode ser entendida como produto da interpretação do texto e que não está contida neste texto. Porém, cumpre afirmar que não há uma separação, no sentido de existência autônoma/independente, entre texto e norma, justamente por conta da diferença ontológica. Por conta da impossibilidade de cisão entre interpretação e aplicação, o texto não subsistirá enquanto texto, ele sempre aparecerá como norma, na medida em que o resultado do processo compreensivo de um texto normativo, da sua atribuição de sentido, é a sua norma. A norma resulta, portanto, de uma construção hermenêutica, cuja interpretação é o resultado de sua explicitação. (Streck, 2005, p. 61-63)

Neste sentido, destaca-se a elucidação trazida por Streck (2005) sobre esta temática:

Por isto – repito – não há “separação” entre texto e norma: há, sim, uma diferença entre eles (que é ontológica), questão que pode ser retirada da assertiva heideggeriana de que *o ser é sempre o ser de um ente, e o ente só é no seu ser. Não há ser sem ente!* No plano da hermenêutica jurídica – e daquilo que venho denominando de Nova Crítica do Direito –, é possível afirmar que a norma (que é produto da atribuição de sentido a um texto) *não é uma capa de sentido acoplada a um texto “desnudo”*. Ela é, sim, *a construção hermenêutica do sentido do texto*. Esse sentido manifesta-se na síntese hermenêutica da *applicatio*, espécie de ponto de estofa da interpretação. (p. 62)

Pela razão de a interpretação derivar da compreensão (compreende-se para interpretar e não se interpreta para compreender), não é possível sustentar que o texto é uma entidade autônoma a qual terá o seu sentido extraído pela interpretação, que será realizada com a utilização do método ou técnicas de interpretação, com fundamento na premissa de que o texto carregaria em si o seu próprio sentido. O texto somente se revelará enquanto norma, não existindo, por assim dizer, uma *textitude*. Mediante a compreensão, ao texto será atribuído um sentido, em uma atividade produtiva, sentido este que será a norma jurídica<sup>73</sup>.

Por fim, a CHD apresenta o conceito de resposta constitucionalmente adequada decorrente da busca de verdades conteudísticas, ao invés de verdades procedurais, dado o objetivo e a necessidade constante de concretização da Constituição<sup>74</sup>. Esta resposta correta firma no solo na compreensão da Constituição a partir do primado do Estado Democrático de

<sup>73</sup> “Repito, pois: o texto é um evento. Texto é fato; fato é texto. Gadamer diz que a interpretação não se limita aos textos e à compreensão histórica que neles se deve alcançar; todas as estruturas de sentido concebidas como textos, desde a natureza passando pela arte, até as motivações conscientes ou inconscientes da ação humana, são suscetíveis de interpretação. E esse texto (que é evento) somente é “algo” (*etwas als etwas*) no seu sentido, na sua enunciação, isto é, na sua norma.” (Streck *apud* Gadamer, 2012, p. 337)

<sup>74</sup> “Por tais razões, levando em conta as promessas incumpridas da modernidade em *terrae brasilis*, a revolução copernicana representada pela superação dos paradigmas metafísicos (clássico e moderno) – condição de possibilidade para a compreensão do fenômeno do Consitucionalismo Contemporâneo e da consequente derrota do positivismo – *não pode representar o abandono das possibilidades de alcançar verdades (correções) conteudísticas*. As teorias procedurais mostram-se insuficientes para as demandas paradigmáticas no campo jurídico de um país como o Brasil.” (Streck, 2012, p. 335)

Direito e dos direitos fundamentais sociais, de modo que ela ocupa posição de prevalência no ordenamento jurídico, ante a sua força normativa e suas pretensões de efetividade, conformando as demais normas do ordenamento jurídico, implicando afirmar que, ao fim e ao cabo, toda interpretação será constitucional. Vale aqui o resgate do conceito de “tradição constitucional”, pertinente à consolidação de um modelo de constitucionalismo forjado a partir do fim da Segunda Guerra Mundial, deferente aos acontecimentos históricos e jurídicos que engendraram as Constituições de países democráticos como Estados Unidos, Alemanha, Itália, dentre outros. (Streck, 2012, p. 348)

A tese da resposta correta é trazida inicialmente por Ronald Dworkin. A tese referida preceitua que para cada caso concreto haverá uma única *resposta correta* perante o ordenamento jurídico, mesmo que se trate de um caso difícil em que há a divergência sensata sobre os direitos postos em controvérsia<sup>75</sup>. Tal resposta correta não só é possível de ser obtida, como é decorrência de um conceito forte de direito e da responsabilidade política dos juízes.

Este conceito forte de direito é sustentado pela ideia de que possuir um direito implica que os demais tratem de maneira especificada a esse direito, quer dizer, ter um direito implica a sua prevalência no seu aspecto prático – trata-se de uma concepção forte de direito. Se uma pessoa tem direito à integridade moral, em consequência ela terá direito a uma indenização por danos morais sempre que um terceiro viole sua integridade moral. A posição contrária implicaria na reificação dos direitos, sua coisificação, alienação. (Dworkin, 2017, p. 515)

Já a responsabilidade política decorre da condenação ao intuicionismo, ou seja, as autoridades políticas não devem tomar decisões que parecem corretas isoladamente, mas que não integram uma teoria abrangente de princípios e políticas gerais que guardem compatibilidade com outras decisões que possam ser encaradas como corretas, ou seja, as decisões precisam guardar uma consistência articulada entre si. As decisões apresentam-se como ato de decisão e não atos de escolha. (Dworkin, 2017, p. 137)

As decisões judiciais não devem dizer o que o direito deveria ser idealmente, mas antes o que o direito corretamente interpretado quer dizer sobre a controvérsia jurídica estabelecida em um processo. Os advogados e juízes não visam apenas postular uma

---

<sup>75</sup> “Quando homens de bom senso discordam sobre alguma questão de direito e não chegam a um consenso quanto a um critério que resolveria a discordância se todos os fatos físicos e os que se referem a estados mentais fossem conhecidos, sua discordância poderia ser verdadeira? Ou seria melhor dizermos que não existe resposta correta para a questão em disputa?” (Dworkin, 2017, p. 507)

pretensão ou proferir uma decisão boa e razoável, dentre outras possíveis, mas, sim, produzir um argumento que seja correto perante o direito. (Macedo, 2013, posição 3764)

O fenômeno jurídico assume, assim, uma dimensão interpretativa, a pautar-se pelo direito como integridade, concepção defendida por Dworkin e significa que: “as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade.” (Dworkin, 1999, p. 272)

Os juízes, desse modo, não devem julgar pragmaticamente. Sua atividade interpretativa é comparada àquela de um romancista em cadeia. Essa comparação com o gênero literário advém do fato de que o juiz, ao proferir uma decisão, deverá adotar uma interpretação que respeite a ideia de continuidade, tal qual a continuidade de um romance em série onde vários autores diferentes desenvolvem uma mesma história, cada um ocupando-se de um capítulo. Assim, cada decisão é inserida em uma cadeia de decisões e cada nova decisão deve dar continuidade a essa cadeia, respeitando a coerência e a integridade do direito, de acordo a responsabilidade política dos juízes<sup>76</sup>. (Dworkin, 1999, p. 275-279)

Conectada à noção de integridade, está a noção de coerência, igualmente norteadora na atividade interpretativa com vistas ao estabelecimento da resposta correta para os casos difíceis em Dworkin. Coerência trata-se de uma consistência lógica que a decisão deve ter com relação a outras tomadas no passado, de forma que não sejam arbitrariamente proferidas decisões contraditórias sobre casos semelhantes.

Sobre este ponto, Streck (2017) assim discorre:

Portanto, tanto em Gadamer como em Dworkin é possível distinguir boa e más decisões (pré-juízos autênticos/legítimos e inautênticos/ilegítimos), o que significa que, quaisquer que sejam os seus pontos de vista sobre a justiça e o Direito a um tratamento igualitário, os juízes também devem aceitar uma restrição independente e superior, que decorre da integridade, nas decisões que proferem. Na especificidade, Dworkin, ao combinar os princípios jurídicos com objetivos políticos, coloca à disposição dos juristas/intérpretes um manancial de possibilidades para a construção/elaboração de respostas coerentes com o direito positivo – o que confere uma blindagem contra discricionariedades (se assim se quiser, pode-se chamar isso de “segurança jurídica”) – e com a grande preocupação contemporânea do Direito: a pretensão de legitimidade. (p. 255)

---

<sup>76</sup> “Importante referir que, conforme diz Dworkin, qualquer juiz obrigado a decidir uma demanda descobrirá, se olhar nos livros adequados, registros de casos plausivelmente similares, decididos há décadas ou mesmo séculos por muitos outros juízes, de estilos e filosofias judiciais e políticas diferentes, em períodos nos quais o processo e as convenções judiciais eram diferentes. Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em uma nova direção. Portanto, deve determinar, segundo seu próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores, qual realmente é, tomando como um todo, o propósito ou tema da prática até então.” (Streck, 2017, p. 257-258)



Para a CHD, de cariz hermenêutico-filosófica, a integridade equivale ao respeito à tradição autêntica, e consequentemente esquivando-se das tradições inautênticas, que são predatórias à integridade por violar o direito com a prevalência de pré-juízos falsos, como, por exemplo, os decorrentes da baixa compreensão da Constituição. Integridade liga-se intimamente, assim, com a pré-compreensão, com o deixar acontecer o que se antecipa e é condição de possibilidade para a formulação da resposta correta, que estará em consonância o Direito em conjunto. (Streck, 2012, p. 353)

Obter a resposta correta, ou hermeneuticamente adequada, implica na concretização dos direitos, constituindo-se em uma explicitação das condições de possibilidade do compreendido. A interpretação do direito se perfaz em uma atividade integrativa e coerente na prática jurídica, com o respeito da autoridade da tradição, e deverá apropriar-se dos pré-juízos autênticos. Esta resposta correta se revelará como aquela mais adequada à Constituição, paradigma do ordenamento jurídico. (Streck, 2012, p. 355-357)

A resposta correta adotada em um caso concreto, na sua especificidade que o diferencia dos demais da cadeia decisória, deve ser utilizado no processo de construção de coerência e integridade do direito, não servindo ela como uma resposta para outros casos (pretensão de universalidade e abstração), mas, sim, como pré-compreensão, possibilitando um grau de objetividade abrangente, a generalização que pode ser extraída do núcleo da decisão e que servirá de conformação da próxima resposta. (Streck, 2012, p. 358)

A decisão contendo a resposta oferecida para o caso deve estar ancorada em consistente justificação, contendo a reconstrução do direito, doutrinária e jurisprudencialmente, com a exposição das tradições autênticas, visando à legitimação desta decisão perante a sistemática própria do Estado Democrático de Direito, assim como pela ínsita responsabilidade política dos juízes<sup>77</sup>. Tal tarefa é incumbida a argumentação, de nível apofântico, vetor de racionalidade de segundo nível, e consistirá na explicitação do que foi compreendido. (Streck, 2012, p. 403-403)

---

<sup>77</sup> “Essa explicitação é o espaço “epistemológico” da hermenêutica. Explicitam-se as condições pelas quais se compreendeu. Mais do que fundamentar uma decisão, é necessário justificar (explicitar) o que foi fundamentado. Fundamentar a fundamentação, pois. Ou ainda, em outras palavras, a fundamentação (justificação) da decisão, em face do caráter não procedural da hermenêutica e em face da mediação entre o geral e o particular (o todo e a parte e a parte e o todo) na tomada de decisões práticas (aqui reside a questão da moral, *porque a Constituição agasalha em seu texto princípios que traduzem deontologicamente a promessa de uma vida boa, uma sociedade solidária, o resgate das promessas da modernidade etc.*), faz com que nela – na fundamentação do compreendido – o intérprete (juiz) não possa impor um conteúdo moral atemporal ou a-histórico, porque o caso concreto representa a síntese do fenômeno hermenêutico-interpretativo.” (Streck, 2012, p. 407)

As respostas corretas não são, por assim dizer, respostas definitivas, posto que elas estão inseridas na temporalidade. A provisoriedade da resposta correta, que, relembre-se, significa a resposta adequada hermenêuticamente, decorre do fato de que, dentro do círculo hermenêutico e diante da questão afeta à passagem do tempo produtora da distância temporal, haverá a possibilidade para novas aberturas, novas concepções e pré-juízos, que poderão produzir novas compreensões mais adequadas à Constituição no presente. De todo modo, é imperioso que o intérprete respeite a integridade e a coerência do Direito, ancorando-se em pré-juízos e tradições legítimas para que se produza a resposta que, naquele momento, será a mais adequada à Constituição, realizando-se a concretização dos direitos fundamentais do cidadão. (Streck, 2012, p. 386)

A tese da resposta adequada à Constituição apresentada pela Crítica Hermenêutica do Direito tem como função servir como blindagem a discricionariedades, relativismos e solipsismos, preservando a integridade do direito e servindo ao propósito de conferir efetividade à Constituição, realçando a sua força normativa e desmascarando os pré-juízos inautênticos que contribuem para uma má-prática do Direito no Brasil e uma baixa compreensão da Constituição.

Outrossim, esta tese da resposta correta (hermeneuticamente adequada) no direito, para ser corretamente entendida, deve ser entendida como uma metáfora. Esta metáfora significa que a busca pela resposta correta, baseada em verdades conteudísticas/substanciais, é uma necessidade no direito, assim como não é possível ao intérprete/jurista se abstrair do legado deixado pela tradição ou adotar um método que o coloca em posição de equidistância ao movimento do círculo hermenêutico (espiral hermenêutica). Sua finalidade crítica advém do estabelecimento de uma contraposição à ideia de que a verdade consensual (ou mesmo *aceitabilidade racional da argumentação*, como sustenta Habermas), obtidas mediante a adoção dos melhores procedimentos discursivos, pode se colocar, ainda que somente nos ditos *casos difíceis*, como a finalidade realizável em detrimento das verdades conteudísticas. Este ponto é mais bem explicado por Streck (2012) por base nas seguintes colocações:

A metáfora da resposta correta, desse modo, será a explicitação de que é possível atravessar o “estado de natureza hermenêutico” instalado no direito. A metáfora nos mostra que, ao nos situarmos no mundo, isso não implica uma *gênesis* a cada enunciação. Dito de outro modo, pela metáfora da resposta correta – compreendida nos moldes aqui delimitado – estabelece-se aqui a convicção (hermenêutica) de que há um desde-já-sempre (existencial) que conforma o meu compromisso minimamente objetivado(r), uma vez que, em todo processo compreensivo, o desafio é levar os fenômenos à representação ou à sua expressão na linguagem, chegando, assim, ao que chamamos de objetivação, como sempre nos lembra Ernildo Stein. (p. 388)

A Crítica Hermenêutica do Direito busca introduzir um novo paradigma ao Direito brasileiro, a partir da constatação dos malefícios que a prevalência de pré-juízos inautênticos

tem causado à efetividade da Constituição. Seu propósito está em promover a superação de todas as teorias que ainda apostam na filosofia da consciência e no positivismo. Compreendida sob o paradigma da filosofia da linguagem, ela busca desconstruir as concepções que ainda apostam na cisão entre compreensão, interpretação e aplicação do direito, e as teorias discursivas e argumentativas que se colocam como vetor de racionalidade estruturantes, com a aposta na descontextualização, na contrafaticidade em detrimento do caso concreto. A busca pela resposta constitucionalmente adequada apresenta-se como um direito fundamental do cidadão contra decisões arbitrárias e como a garantia de proteção da integridade do direito e efetividade da Constituição. Sob este paradigma teórico, analisar-se-á o fenômeno da mutação constitucional, bem como a adequação constitucional da cessão automática dos efeitos da coisa julgada no tempo em matéria tributária.

#### **2.4. A mutação constitucional como um fenômeno hermenêutico**

Neste momento, cabe então a análise da mutação constitucional como um fenômeno hermenêutico. Deste modo, então, a primeira afirmação a ser feita é a de que a mutação constitucional deve ser compreendida diferentemente das concepções trazidas pelos autores da Escola de Direito Público Alemã, revolvida na ideia de que a mutação decorre de algo imposto pelas forças fáticas (força normativa do fático). Para que este fenômeno possa ser compreendido adequadamente, ele deve estar inserido dentro da adequada compreensão que se deve ter da Constituição, com a primazia de sua força normativa, da integridade do direito, da busca pelas respostas hermeneuticamente adequadas à Constituição, do Estado Democrático de Direito, da efetividade dos direitos fundamentais-sociais, enfim, como um elemento que compõe uma tradição autêntica constitucional forjada pela Constituição Federal de 1988.

Tendo em vista a grande inserção que este tema adquiriu dentro dos estudos de direito constitucional no Brasil, bem como por significativas inserções em julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, faz-se necessário a análise e aprofundamento da mutação constitucional.

A manutenção da integridade constitucional ao longo do tempo é fundamental, mesmo que a realidade se mostre cambiante e complexa – como, de fato, tem ocorrido na contemporaneidade, onde as mudanças econômicas, sociais e tecnológicas ocorrem em uma velocidade nunca experimentada. É claro que, em virtude destes fatores, atualizações de compreensões das normas constitucionais são forjadas, e novos sentidos, até então

impensados, são construídos. Todavia, este ‘algo novo’ na norma constitucional não deve ser arbitrário, não deve representar as tais ‘ideias felizes’ abordadas por Gadamer, que promova uma baixa compreensão da Constituição (ou mesmo um rompimento constitucional) e deprede a autonomia do direito, ferindo de morte o Estado Democrático de Direito.

Sobre o tema, Streck (2012) traz as seguintes observações:

O mesmo Hesse traz um instrumento conceitual importante para entendermos o que significa *mutação constitucional*: ela provavelmente nasceu com Paul Laband, com a ideia de *mobilidade constitucional*, que articula dois conceitos distintos:

- a) a alteração formal da Constituição;
- b) mutação constitucional.

A diferença básica é que a alteração formal é feita pelas maiorias parlamentares (processo de emenda), que removem conteúdos do texto da Constituição – ou seja, a alteração formal modifica o *texto da norma constitucional* –, ao passo que a mutação não faz nenhuma alteração no texto da Constituição, atingindo a *norma concretizada*. Se há uma diferença entre texto normativo e norma, a alteração formal muda o primeiro, e a mutação, a segunda.

(...)

Todavia, quando estamos diante de uma postura ativista, temos uma decisão que vai além do próprio texto da Constituição, acarretando o que Hesse chama de *rompimento constitucional*, quando o texto permanece igual, mas a prática é alterada pelas práticas das maiorias. É o que aconteceu com a Constituição de Weimar e o nazismo. (p. 52-53)

Em primeiro lugar, a alteridade do texto constitucional deverá ser preservada em qualquer novo sentido que se possa ser atribuído a uma norma constitucional, ou seja, dever-se-ão respeitar os limites semânticos do texto, além da apropriação, ou tomada de consciência crítica, pelo intérprete de seus próprios pré-juízos. Ela se revela como um baluarte indispensável para que a mutação constitucional não represente, além de uma atualização da compreensão de um texto constitucional, a modificação/ruptura do próprio texto constitucional, ultrapassando os seus limites hermenêuticos inerentes.

Outrossim, essencial para a compreensão da mutação constitucional como fenômeno hermenêutico é o estabelecimento da diferença entre texto e norma. Para a Crítica Hermenêutica do Direito, a diferença entre texto e norma é de caráter ontológico, com a norma jurídica exsurindo a partir da compreensão do texto forjada no círculo hermenêutico, não existindo o texto cindido da norma, o texto em sua *textitude*, e não existindo a norma sem o texto que será compreendido<sup>78</sup>. O solo ao qual se firmará a compreensão fenomênica da mutação constitucional estará justamente na possibilidade de um texto constitucional ser

<sup>78</sup> “Atenção: a literalidade é muito mais uma questão da compreensão e da inserção do intérprete no mundo, do que uma característica, por assim dizer, “natural” dos textos jurídicos. Como diz Dworkin, o direito é uma questão interpretativa. E o direito é “alográfico”, como sustentam Grau e Müller. Aqui, no meio dessa discussão, está a viragem ontológico-linguística, queiramos ou não. Não há mais textos com sentidos em si e tampouco interpretações niilistas (grau zero). Além disso, não há textos sem contextos. O texto não (r)existe na sua “textitude”. Ele só “é” na sua norma. Mas essa norma tem limites. Muitos. E, por quê? Pela simples razão de que não se pode atribuir qualquer norma a um texto ou, o que já se transformou em bordão que inventei há algum tempo, “não se pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa.” (Streck, 2014, p. 138)

atribuídos sentidos (normas) que se diferem (se destacam) entre si em momentos distintos no tempo em decorrência do permanente movimento circular da compreensão.

Por isso se mostra tão importante entender o papel da tradição e da temporalidade nas possíveis modificações de sentido de um texto constitucional, recorrendo-se, para tal desiderato, também à adequada compreensão à ideia de história efetual – dos efeitos da história sobre a compreensão. As compreensões são fenômenos sujeitos à temporalidade, na medida em que são forjadas em um momento específico da história e a ela pertencem, de modo que, em um outro momento da história, podem surgir novas compreensões sobre a mesma coisa. Na fusão de horizontes, que representa o encontro entre o velho (as pré-compreensões forjadas em momento histórico passado) e o novo (a coisa a ser compreendida), dentro do movimento da circularidade hermenêutica, é possível constatar os efeitos da história sobre a compreensão, pois as pré-compreensões serão a condição de possibilidade para a compreensão pretendida. Não há modificação de sentido infensa aos efeitos da história.

A compreensão sofre um processo de permanente atualização, na medida em que a espiral hermenêutica é contínua e permanente, posto que o processo compreensivo ocorre no e pelo seu movimento. Novas compreensões sobre uma mesma coisa apresentam-se, assim, como inevitáveis e mesmo naturais dentro da continuação do acontecer dos eventos na experiência humana. Neste sentido, Gadamer (1999) apresenta a seguinte ilustração:

Já assinalamos anteriormente o quanto é duvidosa a frase de Vico, segundo a qual este ideal alcança seu cumprimento mais puro na história, porque nela o homem encontra sua própria realidade humana e histórica. Nós, contrariamente, destacamos que todo historiador e todo filólogo têm de contar, por princípio, com a impossibilidade de fechar o horizonte de sentido, no qual se movem quando compreendem. A tradição histórica somente pode ser entendida quando se tiver pensado também o progresso das coisas através da determinação fundamental continuada, e o filólogo, que trata de textos poéticos e filosóficos, sabe muito bem que estes são inesgotáveis. Em ambos os casos o transmitido mostra novos aspectos significativos em virtude da continuação do acontecer. Através de sua nova atualização na compreensão, os textos se integram num autêntico acontecer, tal como os eventos, em virtude de sua própria continuação. Isto é o que havíamos caracterizado, na experiência hermenêutica, como o momento da história efetual. Toda atualização na compreensão pode compreender-se como uma possibilidade histórica do compreendido. Na finitude histórica de nossa existência está o fato de que sejamos conscientes de que, depois de nós, outros compreenderão cada vez de maneira diferente. Do mesmo modo, para nossa experiência hermenêutica é inquestionável que é a mesma obra – cuja plenitude de sentido se manifesta na transformação da compreensão – que permanece como é a mesma história, cujo significado continua determinando-se incessantemente. A redução hermenêutica à opinião do autor é tão inadequada como nos acontecimentos históricos, a redução à intenção dos que atuam neles. (p. 549)

Sendo assim, os termos *mutação constitucional*, *modificação do sentido normativo de um texto constitucional* e *atualização de compreensão do sentido normativo de um texto constitucional* explicitam o mesmo fenômeno. Afigura-se, por isso, fundamental proceder à crítica a respeito dos significantes atribuídos ao fenômeno da mutação constitucional ao

longo da história, partindo-se de sua inauguração, construído sob o paradigma da concepção sociológica de Constituição de Ferdinand Lassale, passando por como ela foi recepcionada pela doutrina brasileira e adotada como fundamentação em julgamentos pelo Supremo Tribunal Federal<sup>79</sup>.

Ao pautar-se a compreensão da mutação constitucional sob o paradigma da filosofia da consciência, sem o necessário ancoramento na ontologia da compreensão, ainda mais da maneira como retratada por parte da doutrina e jurisprudência no Brasil, há o grave risco de ela dar azo a arbitrariedades cujo condão será o da fragilização da autonomia do direito e do rompimento constitucional.

A mutação constitucional, como fenômeno hermenêutico, não é algo que esteja à disposição do intérprete, não devendo ser encarada como algo que possa surgir em decorrência da utilização pelo intérprete de um método de interpretação (ou procedimento discursivo) que extraia um (novo) sentido da norma constitucional para sua aplicação em um caso concreto, com a finalidade de conferir, assim, efetividade à Constituição<sup>80</sup>.

Tal concepção decorre da não compreensão do caráter incindível entre compreender, interpretar e aplicar, bem como dos efeitos da história na compreensão. A compreensão já envolve tanto a interpretação como a aplicação, revelando-se como algo produtivo e não reprodutivo; a mutação constitucional – aqui assumindo a premissa de que os sentidos normativos conferidos ao texto constitucional podem sofrer modificações, com respeito à alteridade –, não advirá de uma extração de sentido que só poderá ser feita pela ação do intérprete subjetivamente, desconsiderando a antecipação de sentido sempre presente na pré-compreensão, e o caráter intersubjetivo e histórico de qualquer compreensão. Esse caráter produtivo da compreensão decorre da concepção da compreensão como um existencial, o

---

<sup>79</sup> “Valendo-se do argumento da mutação constitucional, o STF tem enunciado a sua legitimidade para modificar a determinação do poder constituinte e substituir a norma constitucional por outra, *criada* pelo próprio Tribunal. Nesse sentido, diferente da teoria desenvolvida na Alemanha, essa *mutação constitucional à brasileira* não ocorre no seio social e é reconhecida ou declarada pelo Judiciário, mas é originalmente constituída por ele que, antecipando o Poder Constituinte de Reforma, modifica a norma constitucional.” (Pedron; Ommati; Soares, 2021, p. 217)

<sup>80</sup> “Portanto, os métodos de interpretação recebem diversas e severas críticas da doutrina por sua potencial ocultação da subjetividade do intérprete, na medida em que cada método pode conduzir a um resultado interpretativo diverso e a escolha do método é realizada livremente pelo sujeito.

O método chega tarde diante do fenômeno da pré-compreensão. Ela busca superar a metodologia como “uma terceira coisa” com o objetivo de dar certeza ao conhecimento. O método não é, nem de longe, o fator determinante para a preparação e formação do conhecimento válido. Há estruturas que se situam antes de qualquer aporte metodológico que já constituem o conhecimento. E mais: são estas as estruturas que determinam os espaços intersubjetivos de formação do mundo. Sobremodo, advirta-se: essa autêntica revolução hermenêutica não foi apenas relevante para o Direito, mas para a totalidade da estrutura do pensamento da humanidade.” (Streck, 2017, p. 143-144)

intérprete sempre atribui sentidos, pois, conforme a virada ontológica-linguística, a linguagem não surge mais como um terceiro na relação entre sujeito e objeto, porém aquela que dá condição de possibilidade ao fenômeno compreensivo, ou seja, os sentidos se dão na linguagem<sup>81</sup>.

Não há, portanto, uma relação predecessora à linguagem entre o sujeito e os objetos, cenário este em que a finalidade da interpretação seria a de extração dos sentidos destes objetos para que o sujeito possa atingir a compreensão sobre eles. Não há como o intérprete se desprender da circularidade da compreensão, pois é nela em que ocorre a abertura para o mundo. A respeito da impossibilidade de cisão entre compreensão, interpretação e aplicação, vale destacar a seguinte elucidação fornecida por Streck (2017):

A impossibilidade dessa cisão implica a impossibilidade de o intérprete “retirar” do texto “algo que o texto possui-em-si-mesmo”, numa espécie de *Auslegung*, como se fosse possível reproduzir sentidos; ao contrário, para Gadamer, fundado na hermenêutica filosófica, o intérprete sempre atribui sentido (*Sinngebung*). O sentido da subjetividade assujeitadora – instituidor da filosofia da consciência – não tem mais lugar nesse giro. Daí o devido cuidado, para que não se confunda a “morte do sujeito” (da subjetividade assujeitadora, do *self*) com a morte do sujeito da relação de objetos, enfim, o sujeito da enunciação. Quem morre é o sujeito da subjetividade; nesse novo paradigma, o sujeito (solipsista) não é substituído por uma estrutura ou por um sistema; ele “simplesmente” não mais “assujeita” as coisas, os sentidos e o conhecimento; não mais coloca barreiras ao constrangimento que vem de fora, ele agora responde a uma relação intersubjetiva, em que existe um *a priori* compartilhado, *locus* dos sentidos que se antecipam a esse “sujeito”. A hermenêutica filosófica (e nem a filosofia hermenêutica) não “matou o sujeito” da enunciação; não existe proibição de interpretar; a tradição e modo-de-ser-no-mundo não aprisionam esse (novo) sujeito. O que ocorre é que ele – o sujeito – não é mais consciente-de-si-do-pensamento pensante. (p. 99)

Como complemento da assertiva exposta, é necessário também romper com o dualismo pertinente à cisão entre *questão-de-fato* e *questão-de-direito*. Tal questão, juntamente com a relativa à (não) cisão entre compreender, interpretar e aplicar apresenta-se relevante na questão de definição de sentido de uma norma jurídica e das possibilidades de atualizações de seu sentido.

O direito fundamentalmente serve para resolver casos concretos, singulares, revelando-se na sua concretude, na efetivação dos direitos das pessoas. A ascensão do pós-positivismo teve como um de seus baluartes a inserção do mundo prático no direito, ou seja, do direito não deve ser retirada a sua mundanidade, facticidade, a fim de isolá-lo epistemologicamente. Isso representa a imbricação entre direito e facticidade, cujo

---

<sup>81</sup> “Se o Direito tem um sentido interpretativo, um texto jurídico (lei, Constituição) não possui um sentido meramente analítico. Um texto só é na sua norma, para reproduzir a clássica assertiva de Müller e ratificar minha adaptação da diferença ontológica entre texto e norma. Por isso, não há sentidos em si. Consequentemente, não há conceitos sem coisas. E não há respostas antes das perguntas. Não há “normas gerais” que contenham os sentidos de forma antecipada. Estes somente acontecem de forma aplicativa. Daí a noção de *applicatio*. Por ela, ficam superadas quaisquer dicotomias entre objetivismos e subjetivismos, seja no plano “clássico” entre vontade da lei e vontade do legislador, seja no plano filosófico.” (Streck, 2014, p. 153)

significado está no fato de que o direito é parte integrante do fato e o fato é parte integrante do direito, tendo em vista que o direito será *applicatio* (aplicação) – a compreensão de uma norma jurídica será sempre em face da realidade, em um dado momento histórico-temporal.

Neste ponto, encontra-se o equívoco da afirmação de que a norma deve ser subsumida para ser aplicada em um caso concreto, na medida em que, uma vez mais, promove a cisão entre interpretação e aplicação, e nega a realidade como condição de possibilidade de compreensão da norma jurídica. A compreensão ocorre na aplicação e o intérprete/jurista encontra-se sempre inserido em um mundo circundante, orientado por sua pré-compreensão a respeito deste mundo, motivos pelos quais as normas jurídicas não podem ser extraídas isoladamente dos textos jurídicos, com a desconsideração das condições em que se opera o compreender.

Assim, a chamada questão-de-fato só assumirá significado em sua referência ao direito pressuposta na sua relevância jurídica, não existindo a faticidade absoluta, divorciado de qualquer concepção acerca de direito. A distinção absoluta entre questão-de-fato e questão-de-direito é fruto de uma tradição inautêntica, a considerar que a própria relevância de um fato implica na sua determinação jurídica e o direito, a norma a que se reclama concretude, só poderá ser selecionada em virtude da estrutura concreta do caso a que se reclama solução. (Hommerding, 2007, p. 261-262)

Hommerding (*apud* Neves, 2007) elucida a imprescindibilidade do fato ao direito e vice-versa da seguinte forma:

Todo o problema de realização ou aplicação concreta do direito vem a se analisar num perguntar pelos pressupostos materiais, pelos dados reais ou factuais de uma problemática jurídica – numa questão de fato –, e num perguntar pela validade jurídica, pelo sentido jurídico ou juridicidade destes fatos – numa questão de direito. Assim, o direito não pode prescindir do fato e o fato não pode prescindir do direito: uma *quaestio juris* é sempre a *quaestio juris* de uma *quaestio facti*. Por outro lado, sendo os fatos de um problema concreto de direito o objeto intencional da respectiva questão de fato, e por esta determinados, não é menos certo que também eles não têm sentido sem referência à questão de direito, pois uma *quaestio facti* é necessariamente a *quaestio facti* de uma certa *quaestio juris*. (p. 265)

A divisão entre fato e direito apresenta-se como ainda sob o paradigma da filosofia da consciência e aposta na subsunção do juiz que, diante de um caso concreto, separará as questões-de-fato das questões-de-direito, e busca subsumir a norma jurídica a ser aplicada para a solução controversa da questão-de-fato, ignorando que a própria compreensão dos fatos dependerá da compreensão do direito, pois, a título de exemplo, a união entre duas pessoas em união estável só pode ser compreendida enquanto tal se vier à mente a figura jurídica da união estável, não sendo possível a redução destes fatos ao ponto de eliminar a sua categoria jurídica.



Esta é mais uma das cisões que busca separar o Direito da História, ou seja, busca negar que o jurídico está imerso em sua historicidade, da influência que a história efetual exerce sobre as categorias jurídicas, sobre o constante movimento da circularidade hermenêutica quanto à atribuição de sentidos dos textos jurídicos. A realização do direito far-se-á, portanto, perante a realidade histórica e a temporalidade, em uma “autonomia histórico-prática”, e a manifestação do Direito será em ato, pressuposta uma “unidade compreensiva” entre a ação e a fundamentação, em que a compreensão-interpretação da ação ocorre na própria ação, ou seja, o direito é compreendido dentro de sua própria faticidade. (Hommerding, 2007, p 269)

O entendimento da indistinguibilidade entre questão-de-fato e questão-de-direito (ou simplesmente entre fato e direito) dentro da perspectiva hermenêutica, dada a sua especificidade atinente ao fenômeno jurídico, é fundamental para que se compreenda como são atribuídos os sentidos às normas jurídicas e como estes sentidos são determinados pela historicidade e pela temporalidade, de modo que, em distintos momentos no tempo e em distintas realidades sociais, às normas jurídicas podem ser atribuídos sentidos que diferem um dos outros. Esta modificação de sentido não se faz *per se*, baseada na intenção do intérprete em simplesmente “reformular” um sentido de uma norma jurídica para que ela caiba no caso concreto ao qual se requer aplicação, mas, sim, na realização do direito como integridade, com respeito à sua coerência, onde, retirada a ideia de romance em cadeia de Dworkin, a interpretação deverá ocorrer dentro de uma ideia de continuidade histórica. Por derradeiro, Hommerding (2007) observa o seguinte:

Qualquer interpretação já por si só manifesta a impossibilidade de se distinguir o que seja ainda “determinação do conteúdo jurídico” do que haverá já de se ter por redução deste às significações ou conceitos de fato. Realizando a decisão jurídica concreta a síntese intencional jurídico-material, que tem no caso jurídico concreto o seu correlato objetivo, os momentos factual e jurídico deixam de ser pensados aí como se fosse possível decompor essa unidade em duas partes descontínuas, separadas ou separáveis, com inteira dependência da sua acidental associação, como duas parcelas de uma soma: tal como o juízo não é a mera soma lógica dos seus termos, também não o será a aplicação do direito. A decisão judicial não é subsunção. Não se pode ter a aplicação do direito como processo subsuntivo, como processo dedutivo de uma relação lógica entre conceitos, não podendo atingir os casos jurídicos decididos em termos de casos individuais, de casos jurídicos concretos verdadeiramente reais (casos da vida). Na verdade, são os casos jurídicos reais os sujeitos da concreta aplicação do direito e, nesse caso, a aplicação, a decisão jurídica não será uma simples relação lógico-conceitual, uma mera subsunção lógica. Cada aplicação concreta é nova, irreduzível logicamente às anteriores feitas e já objetivadas conceitualmente. A única distinção possível será aquela que se traduza na análise do todo unitário desse juízo concreto de juridicidade, isto é, uma distinção em que os termos abstratos levam, cada um deles, a carga de juridicidade que respectivamente lhes compete em virtude da sua participação nesse todo unitário que mutuamente os assimila. O fato não será mais, no fundo, do que esse todo visto em perspectiva objetiva (o correlato objetivo da predicação) e o jurídico nada mais do que todo esse visto em perspectiva significativa (o sentido da predicação material concreta). A distinção entre o direito em si, ou o puramente jurídico, que se localizaria no predicado, e o fato em si, puramente factual, que se identificaria com o sujeito-objeto, é logicamente impossível. (p. 267)

A Constituição não deve ser infensa aos efeitos da história, por conta das suas pretensões de efetividade e realização em um Estado Democrático de Direito, justamente para servir de baluarte ao autoritarismo e preservar a autonomia e a integridade do Direito. Se existe algo como modificação do sentido normativo dos textos infraconstitucionais, também existirá algo como a modificação do sentido normativo dos textos constitucionais, a ter-se em vista que a Constituição, como a norma fundamental do ordenamento jurídico, tem uma relação intrínseca com a história.

Sobre esta ligação entre o tempo e o Direito e os seus efeitos sobre a hermenêutica, Ost (*apud* Gadamer; Ferry) assim afirma:

A hermenêutica dos textos – exercício cotidiano dos juristas – contribui eficazmente para essa ligação intertemporal: será que o juiz não é requisitado para decidir os casos de hoje com a ajuda dos textos de ontem, sempre tendo em mente o precedente que sua decisão poderia representar para amanhã? Reinterpretando doutrinas antigas à luz das questões da atualidade, ele dá vida a soluções que não tinham esgotados todas as suas promessas; traçando novos caminhos com a ajuda de textos que criam autoridade, ele restitui à tradição o seu verdadeiro alcance: o poder de transmitir mundos possíveis, que retroativamente podem enriquecer os princípios herdados. O famoso “círculo hermenêutico” encontra, aqui, sua tradução temporal: a troca semântica entre o mundo do texto e o mundo do intérprete é igualmente a reversibilidade histórica em ação, o diálogo entre trechos confusos de respostas formuladas no passado e interrogações expressas no presente. Podemos, com J.-M. Ferry generalizar a proposta: entre “mundos culturais”, separados por séculos, o diálogo hermenêutico, se bem que não programável, é sempre possível. É a característica do tempo histórico sempre nutrir-se de tais trocas de conteúdo de significação, herdados de mundos muitas vezes distanciados que “se reatam como textos”. (p. 30)

A passagem do tempo histórico, entremeada pela constante ação do círculo hermenêutico, levam à produção de novas compreensões sobre os sentidos normativos dos textos constitucionais. A mutação constitucional não surge de uma ação específica do intérprete visando inaugurar novos sentidos a uma norma constitucional, mas antes decorre do processo hermenêutico que está umbilicalmente ligado à temporalidade.

A mutação (autêntica) tem seu lugar na apropriação da consciência histórica a respeito das distintas compreensões sobre o sentido normativo de um texto constitucional na e pela (des)construção da história efetual, consubstanciada na movimentação/deslocamento pelo intérprete entre horizontes históricos, em que torna possível o destaque<sup>82</sup> de uma atualização compreensiva, que se torna ele própria um horizonte histórico, cujo qual (con)formará o

---

<sup>82</sup> “Já vimos antes, que isso se realiza como um processo de destacar (*Abhebung*). Consideremos um momento qual é o conteúdo desse conceito de “destacar”. Destacar é sempre uma relação recíproca. O que deve ser destacado tem de destacar-se de algo, que, por sua vez, terá de destacar-se ele próprio daquele. Todo destacar algo torna simultaneamente visível aquilo que se destaca. Nós o descrevemos acima como o pôr em jogo os preconceitos. Partíamos então do fato de que uma situação hermenêutica está determinada pelos preconceitos que trazemos conosco. Estes formam assim o horizonte de um presente, pois representam aquilo mais além do qual não já se consegue ver. No entanto, importa que nos mantenhamos longe do erro de que determina e limita o horizonte do presente é um acervo fixo de opiniões e valorações, e que face a isso a alteridade do passado se destaca como um fundamento sólido.” (Gadamer, 1999, p. 457)

horizonte presente do intérprete<sup>83</sup>. Portanto, sem o cotejamento a respeito dos sentidos de uma norma constitucional em diferentes momentos da história, sem a movimentação pelo intérprete entre os horizontes históricos de sentido da norma constitucional, sem a formação da consciência histórica sobre a norma constitucional, a mutação constitucional não exsurge enquanto tal.

Gadamer (1999), a respeito do tema, apresenta os seguintes esclarecimentos:

Nesse sentido, compreender uma tradição requer, sem dúvida um horizonte histórico. Mas o que não é verdade é que se ganhe esse horizonte deslocando-nos a uma situação histórica. Pelo contrário, temos de ter sempre um horizonte para podermos nos deslocar a uma situação qualquer. Pois, o que significa deslocar-se? Evidentemente que não será algo tão simples como “apartar o olhar de si mesmo”. Evidentemente que também isso é necessário na medida em que se procura dirigir a vista realmente a uma situação diferente. Mas nós temos que levar a nós mesmos até essa outra situação. Somente assim se satisfaz o sentido de “deslocar-se”. Se nos deslocamos, por exemplo, à situação de um outro homem, então vamos compreendê-lo, isto é, tornar-nos-emos conscientes de sua alteridade, e até de sua individualidade irreduzível, precisamente por nos deslocarmos à sua situação.

Esse deslocar-se não é empatia de uma individualidade na outra, nem submissão do outro sob os próprios padrões, mas significa sempre uma ascensão a uma universalidade superior, que rebaixa tanto a particularidade própria como a do outro. O conceito de horizonte se torna aqui interessante, porque expressa essa visão superior mais ampla, que aquele que compreende deve ter. Ganhar um horizonte quer dizer sempre aprender a ver mais além do próximo e do muito próximo, não para apartá-lo da vista, senão que precisamente para vê-lo melhor, integrando-o em um todo maior e em padrões mais corretos. (p. 455-456)

Torna-se claro, neste ponto, como o conceito de mutação constitucional tem sido compreendido de forma tão distinta, forjando-se uma tradição inautêntica a respeito da compreensão que se deve ter a respeito da possibilidade de os sentidos das normas constitucionais diferenciarem-se entre si ao longo do tempo, como decorrência dos efeitos da história, cujos quais a Constituição não se encontra infensa. Entendimento distinto a este pode servir de azo para posturas que levam ao rompimento constitucional e a violação da alteridade dos textos constitucionais, cujas consequências podem ser as mais diversas.

De toda maneira, é preciso que a atualização compreensiva seja destacável, cuja ocorrência dar-se-á pelo cotejamento/confronto entre tradições históricas, pelo deslocamento entre horizontes históricos, pela formação, enfim, de uma consciência a respeito dos efeitos da história sobre os sentidos normativos atribuídos a determinado texto constitucional ao longo do tempo.

---

<sup>83</sup> “A mobilidade histórica da existência humana apóia-se precisamente em que não há uma vinculação absoluta a uma determinada posição, e nesse sentido tampouco existe um horizonte fechado. O horizonte é, antes, algo no qual trilhamos nosso caminho e que conosco faz o caminho. Os horizontes se deslocam ao passo de quem se move. Também o horizonte do passado, do qual vive toda vida humana e que está aí sob a forma de tradição, põe em movimento o horizonte abrangente. Na consciência histórica este movimento tão-somente se torna consciente de si mesmo.” (Gadamer, 1999, p. 455)

Com intuito de explicitar a ocorrência da compreensão dentro da fusão de horizontes quanto ao fenômeno jurídico, Abboud, Streck (2014) manifestam o seguinte:

Não devemos esquecer – e a advertência que vem de Gadamer – que existem sempre dois mundos de experiência no qual ocorre o processo de compreensão: o mundo de experiência no qual o texto foi escrito e o mundo no qual se encontra o intérprete. O objetivo da compreensão é fundir esses dois mundos, em determinado contexto, que é a particularidade do caso, a partir da historicidade e da facticidade em que estão inseridos os atores jurídicos. Por isso, é possível acrescentar que fusão de horizontes não é acoplagem de universais a particulares, da generalidade à particularidade. (p. 126-127)

Lança (2014), em dissertação sobre o tema e valendo-se das contribuições da teoria estruturante do Direito de Friedrich Müller, que concebe a estrutura da norma jurídica por meio dos conceitos de programa normativo e âmbito normativo, sustenta que a mutação constitucional constitui-se como um caso especial do processo de compreensão da Constituição, equivalendo a uma modificação no âmbito normativo que, mediada pela fusão de horizontes (re)criada pela espiral hermenêutica, provocam novas compreensões sobre a norma jurídica.

Explicitando esta questão, Lança (2014) assim reflete:

O ponto a que se quer chegar é que sendo a norma pensada como um modelo estruturado pelo programa normativo e pelo âmbito normativo, o subsídio oferecido pela teoria estruturante do direito para uma concepção hermenêutica das mutações constitucionais, é que estas podem ser entendidas como resultado de modificações ocorridas no âmbito normativo, o que, por assim ser, reflete a exata noção de que devem ser concebidos como um processo ocorrido no interior estrutural da própria norma.

Se a norma é integrada pelos dados da realidade, que compõem o seu âmbito normativo, as modificações ocorridas dentro desse âmbito, selecionado pelo programa normativo, logicamente levarão a uma modificação do conteúdo da própria norma. Assim, a mutação constitucional surge enquanto mudança no interior da norma, na qual se apresentam novas possibilidades de concretização, ou seja, novos sentidos de aplicação do ordenamento constitucional, sem a alteração de seu texto. (p. 92)

É fundamental, para a adequada compreensão da mutação constitucional atentar, para além da não distinção entre fato e direito, para a distinção entre norma e texto jurídicos. Não faz sentido cogitar de mutação constitucional se houver o rompimento com a alteridade do texto constitucional e mesmo pela modificação formal deste texto, pois, neste caso, se estaria diante de uma revisão constitucional via emenda. Deste modo, a hermenêutica jurídica ocorre no plano normativo, ou seja, na concretização da norma jurídica perante um caso concreto, que poderá ser real ou fictício. Para tanto, o elemento da oposicionalidade<sup>84</sup> é fundamental

---

<sup>84</sup> “Assim, a sentença é um ato criador e concretizador da norma jurídica, mais especificamente, o dispositivo da sentença. Contudo, não é apenas na sentença judicial que a norma se produz, ela pode ser produzida no plano meramente teórico; o que caracteriza a norma é a oposicionalidade.

Busca-se desse modo não incorrer em decisionismo como se apenas a sentença judicial fosse apta a produzir a norma jurídica. A fim de evitar decisionismo, utilizaremos a oposicionalidade como um elemento fundamental para a norma. Não há a pretensão de uma elaboração acerca da teoria da norma, mas, sim, a

para se compreender sobre como exsurge a norma jurídica como algo que não guarda identidade com o seu texto.

A respeito da oposicionalidade como condição de possibilidade para a produção da norma jurídica, Abboud (2009) afirma o seguinte:

O que permite que um texto normativo seja contraposto e assim seja apresentada a norma é a problematização, a existência de uma conflituosidade a ser pacificada independentemente de essa conflituosidade ser real ou fictícia. A relação entre a problematização e a norma é o que passaremos a explicar.

A norma é produto da interpretação diante da problematização de um caso real ou fictício; sua existência somente ocorre na linguagem. Ela não está contida na lei, não é *ante casum*. A norma é produto da concretização do intérprete na qual são fundidos os elementos linguísticos (programa da norma) e os elementos não linguísticos (âmbito normativo). A norma surge no momento da aplicação, produzindo-se para a solução de cada caso concreto. Na interpretação/produção da norma, a historicidade influencia toda a atividade do jurista em razão da fusão de horizontes estabelecidos no diálogo entre o hermenêuta e o texto, bem como toda a pré-compreensão que o intérprete carrega.

É na linguagem que se produz a norma em razão da oposicionalidade; a norma não pode ser confundida com o texto normativo (lei, decreto, portaria etc.) nem com a súmula vinculante, que também constitui texto normativo a ser aplicado ao futuro. A norma jurídica não é *ante casum* nem de aplicação pro futuro. A norma jurídica não pode ser identificada com nenhum texto, escrito ela é um fenômeno a se manifestar a partir de sua contraposição. (p. 35)

Quer dizer, a norma nunca é anterior à problematização de um caso concreto que dá ensejo à concretização do direito. A produção da norma, desta forma, não ocorre em abstrato, a partir de um significado presente previamente em seu texto, mas sempre diante da problematidade atinente à solução de um conflito, que pode até mesmo ser hipotético. A norma jurídica não será, então, a mesma diante de casos concretos distintos; pelo contrário, as normas jurídicas diferirão sempre que diferirem os casos concretos, ainda que eles sejam semelhantes e os seus efeitos práticos sejam os mesmos, isso pelo fato de que o texto normativo em si mesmo não basta para a produção da norma jurídica, que é sempre dependente também um caso concreto problematizado. (Abboud, 2020, p. 274)

Expondo esta questão, Abboud (2020) salienta que:

Desse modo, em um processo em que o STF decidiu uma ADIn aplicando interpretação conforme à Constituição com efeitos erga omnes e vinculante, o dispositivo dessa sentença interpretativa, diante do litígio no qual foi proferida, constitui a norma; contudo, quando o dispositivo dessa sentença passa a ser aplicado para os demais casos, a qualidade de norma não é mantida, esse dispositivo de norma passa a ser texto normativo, passível de nova interpretação a fazer surgir novas normas para cada caso concreto a ser decidido.

Isso ocorre porque, no momento em que a norma é importada, ela se destaca de toda a historicidade e oposicionalidade que a fizeram surgir. O que se exporta é o texto escrito, que, diante de um novo conflito – nova oposicionalidade – fará surgir uma nova sentença, consequentemente, nova norma. Mister salientar que a norma não é uma coisa em si que existe fora da problematização; para produzirmos a norma, precisamos contrapor-la às particularidades do conflito jurídico subjacente. É um equívoco do positivismo legalista considerar que seria possível, em razão do efeito erga omnes de uma

decisão, solucionar, mecanicamente, diversos casos por silogismo. Acreditar nessa falácia permitiria, então, substituir o juiz por um autômato na aplicação do direito.

Destarte, a sentença com efeito vinculante e erga omnes, quando é aplicada em casos futuros, constitui textos a serem interpretados na produção da norma dos casos concretos sujeitos ao efeito vinculante; o que não se pode considerar é que a norma materializada no dispositivo de uma sentença com efeito erga omnes possa ser mecanicamente aplicada em casos futuros, como se sua importação fosse possível, uma vez que ela deve ser concretizada em cada caso jurídico quando exposta a outra oposicionalidade. (p. 299)

Compreender o conceito de mutação constitucional, conforme o paradigma aqui trabalhado, também tem a utilidade para que se entenda o que não é mutação constitucional, ou seja, a compreensão hermenêutica deste fenômeno implica em distingui-lo da concepção tradicionalmente empregado no Brasil, fruto de um pré-juízo inautêntico vinculado ao paradigma da filosofia da consciência e que dá azo a ativismos judiciais.

Frise-se, primeiramente, que não há óbices para que a mutação constitucional seja utilizada argumentativamente<sup>85</sup> para explicitar uma compreensão sobre uma determinada norma constitucional, ademais o seu destacamento significa antes uma apropriação de consciência histórica, essencial para o reforço das tradições constitucionais autênticas, o que não deve ocorrer é a sua utilização inautêntica para promover a quebra da alteridade do texto constitucional, baseadas na discricionariedade na atribuição de sentidos pelo intérprete, mediante a inobservância da integridade e da coerência no Direito, encarando-a como um fenômeno independente dos efeitos da história.

Tanto que, em preocupação de romper com esse modo “não hermenêutico” pelo qual a mutação constitucional tem sido entendida no Brasil, consistente na assertiva de que a mutação constitucional permite romper a alteridade do texto constitucional e até mesmo enfraquece a noção acerca das possibilidades da interpretação na concretização da Constituição, Luiz Guilherme Marinoni (2021) busca distinguir interpretação e mutação constitucional, conforme se destaca:

Na verdade, a separação entre o âmbito da norma e o programa normativo permite não apenas ver que o texto pode ser preservado a despeito da alteração da interpretação – como sustenta, por exemplo, Guastini –, mas também perceber que a alteração da realidade não se dissocia da própria norma. Portanto, torna possível compreender que a interpretação, com base em fatos novos, aprofunda a concretização da norma constitucional, tornando-a rente à realidade que não pode deixar de regular. Resultado disso é admitir que a reconstrução da interpretação, a partir de um mesmo dado normativo, não nega a Constituição, ou que a consideração de uma nova realidade fática, desde que abarcada pelo programa normativo e pelo texto, não modifica a norma constitucional.  
(...)

Assim, para finalizar o discurso acerca da razão de ser da distinção entre interpretação e mutação constitucional, importa reter que a interpretação encontra limites no texto e no programa

---

<sup>85</sup> “Trata-se de um conceito argumentativo, isto é, carecedor de demonstração em cada caso; e que pode ser desencadeado por interpretação constitucional judicial, legislativa e até pela prática reiterada (ou costumes, segundo alguns autores) em relação a certo entendimento extraído da constituição”. (Lança, 2014, p. 100)

normativo – incidente sobre a realidade – instituído pelo texto. Não há qualquer possibilidade de decidir, mediante interpretação válida, em detrimento do texto. Isso simplesmente porque a interpretação repousa, necessariamente, no dispositivo ou no enunciado linguístico que, a princípio, institui a norma. (p. 864-865)

Por conta disto, cabe explicitar que a mutação constitucional, sob a perspectiva hermenêutica, não é objeto de provimento jurisdicional. Não cabe ao juiz aplicá-la, declará-la ou anunciá-la previamente. Uma mutação não nasce como mutação constitucional. Ela não é algo independente dos efeitos da história ou do caráter integrativo do Direito e da necessidade de coerência e responsabilidade política dos juízes ao proferirem as suas decisões, remetendo-se à ideia de “romance em cadeia” trabalhada por Dworkin. A mutação constitucional não é divorciada da faticidade, ela não dispensa o caso concreto, não cabendo proceder à distinção entre questões-de-fato e questões-de-direito ou entre compreender e aplicar para justificar uma mutação constitucional que se apresente como uma capa de sentido a ser aplicada em casos futuros indeterminadamente ou como uma justificativa para o proferimento de decisões ativista no âmbito da jurisdição constitucional.

Evidenciando este ponto, Nery Júnior (*apud* Häberle, 2009) assim discorre sobre a mutação constitucional:

Mutação constitucional é fenômeno que ocorre durante a vivência da sociedade, no exercício de determinada Constituição. Processo imperceptível e não intencional, que faz a realidade ser contemplada dentro do sistema constitucional.

Decorre desse processo não intencional a consequência natural de limitar-se a atuação do intérprete da Constituição, seja ele o juiz de primeiro grau, o legislador, o administrador público, o particular – na ideia de Häberle de *Constituição aberta*, onde cada um, a seu tempo e modo, é intérprete legítimo da Constituição –, e, principalmente o tribunal constitucional (no Brasil, o STF), ao texto e espírito da Constituição.

Diante disso, é vedado ao intérprete explorar o processo hermenêutico e aplicar a Constituição fora do que determina o texto e o espírito da carta política, a pretexto de que teria havido, ou estaria ocorrendo mutação constitucional.

A mutação constitucional não pode ser prévia e intencionalmente anunciada, pois isso constitui *ruptura da Constituição*, circunstância que ocorre em Estados totalitários, não informados pelo princípio do Estado Democrático de Direito ou Estado Constitucional (*Verfassungsstaat*). No caso do Brasil, em que um dos fundamentos da república é o estado democrático de direito (CF, art. 1º, caput), não se pode romper voluntariamente, intencionalmente com a Constituição sem alteração formal do texto – por emenda constitucional –, sob pretexto de que teria havido mutação constitucional, pois isso caracteriza ofensa ao devido processo legislativo (CF, art. 5º, LVI).

A atuação do STF, na interpretação e na aplicação da Constituição, é limitada pelas fronteiras imanentes e inerentes da própria Constituição, da qual o STF é guardião, mas, sem embargos disso, a ela está subordinado. (p. 103-104)

A mutação constitucional não pode ser compreendida, portanto, como um elemento exógeno à compreensão dos sentidos dos enunciados normativos e nem como um recurso à disposição para o intérprete poder interpretar a Constituição conforme os seus subjetivismos, incorrendo em possíveis arbitrariedades e ativismos judiciais. Há uma vinculação ínsita entre a mutação constitucional e o processo hermenêutico, por isso ser a mutação um fenômeno

decorrente/consequente da hermenêutica. Assim, tem-se que, dentro da diferença ontológica existente entre texto e norma, a mutação constitucional atua sobre a norma.

A respeito do que seja mutação constitucional, Abboud (2020) afirma o seguinte:

Como se sabe, a dita mutação constitucional ocorre quando um enunciado normativo da Constituição adquire, pela atuação interpretativa do Poder Judiciário, um sentido diverso daquele que era dele extraído reiteradas vezes no passado.

Essa técnica, se adotada com cautela, permite a atualização do horizonte de sentido de certas normas, e nada mais faz do que confirmar a historicidade inerente ao ato de interpretar. A mutação, portanto, é um fenômeno hermenêutico que se opera no plano da norma, e não do texto. Vale dizer, o Supremo Tribunal Federal, no caso, extrai norma diversa do dispositivo sem, no entanto, alterar a sua redação, a qual, obviamente, só poderia ser modificada por Emenda Constitucional (incluir remissão). (p. 1030)

Não parece adequado, portanto, negar a realidade fenomênica de que um texto constitucional pode sofrer atualizações de sentido diversas (destacadas entre si) ao longo da história, a considerar a sua sujeição a sucessivos processos compreensivos, dentro do círculo hermenêutico, no contexto de realidade complexa e multifacetada. Todavia, esta constatação não serve de justificativa que seja atribuído um significado a esse texto que claramente ultrapasse os seus limites semânticos, sob pena de rompimento constitucional.

A atribuição de sentido a um texto normativo não ocorre dentro de um plano abstrato, em que a atividade do intérprete ocorrerá reprodutivamente, dissociada da tradição, da temporalidade e das particularidades oriundas do caso concreto. Vale, assim, frisar outra vez o caráter produtivo da compreensão das normas jurídicas. Dentro de um momento histórico como o atual, onde as mudanças sociais e econômicas são intensas e profundas, havendo, inclusive, a tendência de manutenção deste padrão de fluxo de mudanças nos próximos anos – com destaque da emergência da sociedade digital e da inteligência artificial, cujas possibilidades são ainda desconhecidas – torna-se evidente a interpretação jurídica não pode ser colocada como algo *pré-dado*, produzido silogisticamente; ao contrário, a temporalidade e a realidade (complexa) do caso concreto devem(rão) estar indissociavelmente relacionadas como partes integrantes da própria compreensão do texto jurídico.

De maneira a elucidar como ocorre esta relação entre texto jurídico, historicidade e faticidade na experiência constitucional, Abboud (2020) assim explicita:

Exemplificando a importância da historicidade, é ilustrativo o enfrentamento da igualdade racial pela Suprema Corte dos EUA. No caso *Plessy vs. Ferguson*, a Suprema Corte havia admitido a raça como fator de discriminação em benefícios dos brancos durante o transporte ferroviário. Tal voto consolidou a equivocada premissa: separados, mas iguais. Ou seja, a Suprema Corte admitiu como razoável a segregação racial em locais públicos. O entendimento da Suprema Corte norte-americana modificou-se totalmente, posteriormente, no julgamento do caso *Brown vs. Board of Education*, que revogou a possibilidade de discriminação racial, declarando inconstitucional o “regime Jim Crow”, constituído por leis estaduais e locais, em vigor entre 1876 e 1965, decretadas nos estados sulistas e limítrofes nos Estados Unidos e que discriminavam afro-americanos, asiáticos e outros grupos minoritários.

A supramencionada questão racial evidencia com ampla clareza que a interpretação de um texto, seja ele qual for, não pode desconsiderar a modificação e a alteração oriunda das questões



históricas. Daí não se poder mais falar em interpretação jurídica destinada a revelar suposta vontade da lei ou do legislador. A interpretação consiste em atividade concretizadora que se influencia, diretamente, pela realidade e pelos momentos históricos. (p. 252)

O caso mais notório em que a discussão sobre a (in)ocorrência de mutação constitucional na experiência constitucional brasileira refere-se ao sentido do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988, diante do fenômeno que se ousou denominar de “*abstrativização do controle difuso de constitucionalidade*”, consistente na atribuição de efeitos *ultra partes* às questões constitucionais decididas em caráter incidental pelo Supremo Tribunal Federal.

A Reclamação 4335/AC foi ajuizada pela Defensoria Pública do Estado do Acre em face de decisão do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco, Estado do Acre, que indeferiu pedido de progressão de regime em favor de uma série de condenados por crime hediondo.

Foi alegado o descumprimento do HC 82.959, onde o STF afastou a vedação de progressão de regime aos condenados pela prática de crimes hediondos, ao considerar inconstitucional o art. 2º, §1º, da Lei 8072/1990, que dispõe que as penas pelos crimes previstos como hediondos serão cumpridas em regime integralmente fechado.

O juiz reclamado argumentou que a decisão do HC 82.959 produzia efeitos *inter partes* apenas e para que produzisse efeitos *erga omnes* seria necessária a comunicação ao Senado Federal após o trânsito em julgado da decisão, nos termos do art. 52, X, da CF/88, para que se expeça uma resolução suspendendo a eficácia do dispositivo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal – STF.

Em sede de liminar, o Ministro Relator, Gilmar Mendes, determinou que, mantido o regime fechado de cumprimento de pena por crime hediondo, fosse afastada a vedação legal de progressão de regime, até o julgamento final.

O ponto nevrálgico desta Reclamação, no que importa ao controle de constitucionalidade e à mutação constitucional, diz respeito aos efeitos da decisão do STF no controle difuso de constitucionalidade.

O Ministro Relator, em seu voto, sustentou a possibilidade de a decisão de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo proferida em controle difuso possuir efeitos *erga omnes* sem a necessidade de que o Senado Federal suspenda a execução da lei por meio de Resolução. Além do mais, essa decisão contaria com efeitos *ex tunc*, a vislumbrar-se, então, uma nova dimensão ao controle difuso que passa a assemelhar-se, cada vez mais, com

o controle concentrado quanto aos seus efeitos, mesmo que esteja a tratar-se de um processo *inter partes*.

quanto aos seus efeitos, mesmo que esteja a tratar-se de um processo *inter partes*.

Muito foi abordado a respeito da trajetória histórica de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil, o que vale a abordagem.

A Constituição de 1891 foi pioneira no trato do controle de constitucionalidade no Brasil, instituindo o controle difuso, espelhando-se no sistema dos Estados Unidos da América. Contudo, a falta de possibilidade de uma decisão de inconstitucionalidade irradiar efeitos para além das partes de um caso concreto, levou a que, na Constituição de 1934, fosse conferido ao Senado Federal a prerrogativa de suspender a execução de norma declarada inconstitucional por decisão do STF.

Posteriormente, a Emenda Constitucional 16/1965, sob a égide da Constituição de 1946, criou-se a Representação de Inconstitucionalidade, de competência exclusiva do Procurador-Geral da República, inaugurando-se no Brasil o controle concentrado de constitucionalidade de normas.

A Constituição de 1988, por fim, ampliou o espectro do controle concentrado de constitucionalidade, aumentando o rol de legitimados a manejar esse instrumento, além de instituir novas ações processuais, hoje consubstanciadas na Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

O Ministro Relator do caso argumentou que a natureza idêntica do controle de constitucionalidade estatuída pela Constituição de 1988, no que tange às finalidades e os procedimentos comuns, não mais parece legitimar a distinção quanto aos efeitos das decisões proferidas no controle direto e no controle incidental. Acresce, ainda, o fato de que as ações coletivas também servem como instrumento de controle de constitucionalidade, e bem se sabe que essas ações não se restringem aos efeitos *inter partes*.

Assim, essa nova compreensão do controle de constitucionalidade, ocorrida especialmente a partir da Constituição de 1988, leva à conclusão de que a suspensão da execução da lei inconstitucional pelo Senado Federal não tem mais o condão de propiciar efeitos *erga omnes* às decisões do STF, eis que elas próprias já trazem em si essa possibilidade, tendo o ato do Senado Federal nada mais que efeito de publicidade das declarações de inconstitucionalidade.

A mutação constitucional aconteceria então na nova compreensão que se dá ao ato do Senado Federal de suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

O Ministro Eros Grau, justificando esse fenômeno, assim discorre:

Obsoleto o texto que afirma ser da competência privativa do Senado Federal a suspensão da execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, nele se há de ler, por força da mutação constitucional, que compete ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo.

Indague-se, a esta altura, se esse texto, resultante da mutação, mantém-se adequado à tradição [= à coerência] do contexto, reproduzindo-a, de modo a ele se amoldar com exatidão. A resposta é afirmativa. Ademais não se vê, quando ligado e confrontando aos demais textos no todo que a Constituição é, oposição nenhuma entre ele e qualquer de seus princípios; o novo texto é plenamente adequado ao espaço semântico constitucional. (STF, Reclamação 4335/AC, p. 77)

Os Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, que foram aqueles de fato a defender a existência de uma mutação constitucional no caso, argumentam que essa nova compreensão sobre o papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade não se apresenta incompatível com a redação literal do art. 52, inciso X, da Constituição, antes restringindo a sua abrangência interpretativa.

O Tribunal, por maioria, conheceu e julgou procedente a Reclamação, vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, que não conheceram da reclamação, mas concederam habeas corpus de ofício.

A diversidade de entendimentos e soluções propostas neste julgamento, mostrou, de forma clara, as diferentes concepções que o fenômeno da mutação constitucional tinha entre a composição do STF na época, resultando em sua maior ou menor aplicabilidade diante dos casos submetidos à Corte. Portanto, é de bom tom apresentar a seguir os pensamentos dos demais Ministros.

O Ministro Sepúlveda Pertence julgou improcedente a reclamação, mas concedeu habeas corpus de ofício aos interessados na ação, a fim de que possam ter a progressão de regime. Fundamentou seu voto afirmando ser desnecessário tirar o poder de o Senado Federal conferir efeitos *erga omnes* às decisões de controle difuso do Tribunal, uma vez que o instituto da súmula vinculante cumpre a função de conferir efeitos vinculantes às decisões do STF. (STF, Reclamação nº 4335/AC, p. 94-95)

O Ministro Joaquim Barbosa, que também votou pela improcedência da Reclamação, afirmou que, mesmo que se considerasse correto que o Senado passe a ter apenas o papel de conferir publicidade às decisões do STF em controle difuso, essa mudança de sentido da norma não caracterizaria uma mutação constitucional, mas pura e simplesmente uma

alteração de orientação interpretativa. Para que houvesse a mutação constitucional, continuando ele, seriam necessários dois fatores adicionais: o decurso de um espaço de tempo maior, para a constatação dessa mutação, e o consequente e definitivo desuso do dispositivo. (STF, Reclamação 4535/AC, p. 100)

O Ministro Ricardo Lewandowski sustenta que a Suprema Corte tem a opção de editar Súmula Vinculante caso queira atribuir vinculatividade às decisões proferidas em controle difuso de constitucionalidade, não sendo autorizada a concussão de que se possa ampliar o alcance das decisões da Corte mediante a vulneração da competência do Senado Federal prevista no art. 52, inciso X, da CF/88. Além do que, no ano de 2009, o próprio STF editou a Súmula Vinculante nº 26, em que determina que o Juízo da Execução Penal observe a inconstitucionalidade do art. 2º, §1º, da Lei 8072/90. (STF, Reclamação 4535/AC, p. 127-129)

Ressalta-se que a Reclamação em comento teve sucessivos pedidos de vista, de forma que o voto do Ministro Relator foi anterior à edição da Súmula Vinculante nº 26, mais precisamente em 01/02/2007, e o voto do Ministro Ricardo Lewandowski e daqueles que vieram após ele deram-se em momento posterior.

O Ministro Teori Zavascki afirmou que a ocorrência ou não da mutação constitucional não é fator determinando do não-conhecimento ou improcedência da reclamação. Ele reconhece a crescente tendência da Suprema Corte em conferir eficácia expansiva às suas decisões, inclusive aqueles referentes ao controle difuso, porém afirma que o instituto da reclamação deve ser proposto somente por quem tenha sido parte na relação processual em que foi proferida decisão cuja eficácia se busca preservar. (STF, Reclamação 4535/AC, p. 150)

Ao final do seu voto, o Ministro Teori Zavascki julga procedente a reclamação tendo em vista a edição superveniente da Súmula Vinculante nº 26, cujo descumprimento enseja a propositura de reclamação.

O voto do Ministro Teori Zavascki foi confirmado pelos Ministros Luís Roberto Barroso, Rosa Weber e Celso de Mello, no sentido de julgamento de procedência da reclamação constitucional por inobservância da Súmula Vinculante nº 26.

Nota-se, então, que no caso em comento não houve um posicionamento colegiado do Supremo Tribunal Federal acerca da ocorrência de mutação constitucional do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, porém este caso serviu para acender a discussão doutrinária e mesmo do próprio Tribunal em outras ocasiões sobre esta temática, que, aliás,

mantém-se relevante e atual após a inclusão no Código de Processo Civil de 2015 dos padrões decisórios vinculantes.

Sustentando o fenômeno da *abstrativização* do controle difuso de constitucionalidade, assim como a ocorrência de mutação constitucional do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, Mendes e Branco (2023) assim explicitam:

A exigência de que a eficácia geral da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal em casos concretos dependa de decisão do Senado Federal, introduzida entre nós com a Constituição de 1934 e preservada na Constituição de 1988 (art. 52, X), perdeu parte do seu significado com a ampliação do controle abstrato de normas, sofrendo mesmo um processo de obsolescência. A amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de que se suspenda, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, contribuíram, certamente, para que se mitigasse a crença na própria justificativa desse instituto, que se inspirava diretamente numa concepção de separação de Poderes – hoje necessária e inevitavelmente ultrapassada. Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de emenda constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão somente para as partes?

A única resposta plausível nos leva a acreditar que o instituto da suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão exclusivamente histórica. Observe-se que o instituto da suspensão da execução da lei pelo Senado mostra-se inadequado para assegurar eficácia geral ou efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal que não declaram a inconstitucionalidade de lei, limitando-se a fixar a orientação constitucionalmente adequada ou correta. Isso se verifica quando o Supremo Tribunal afirma que dada disposição há de ser interpretada desta ou daquela forma, superando, assim, entendimento adotado pelos tribunais ordinários ou pela própria Administração. A decisão do Supremo Tribunal não tem efeito vinculante, valendo nos estritos limites da relação processual subjetiva. Como não se cuida de declaração de inconstitucionalidade de lei, não há cogitar aqui de qualquer intervenção do Senado, restando o tema aberto para inúmeras controvérsias. (p. 2256-2257)

Contrariamente à concepção de mutação constitucional do artigo 52, inciso X, da CF/88, cita-se, em primeiro lugar, Lênio Streck, que sustenta que a proposta de mutação constitucional deste dispositivo equivale a um rompimento constitucional, posto que ultrapassa os limites semânticos do texto, equivalendo uma substituição do texto aprovado pelo Poder Constituinte Originário por outro, sem alteração formal de seu conteúdo. A postura dos Ministros do STF que se posicionaram no sentido da existência de mutação constitucional no âmbito da Reclamação 4335/AC, segundo o mencionado autor, classifica-se como ativista, indo além dos limites estabelecidos na própria Constituição a favor de uma convicção favorável ao fenômeno da *abstrativização* do controle difuso.

Streck (2012), a respeito do exposto, explica o seguinte:

Assim, o que acontece no âmbito da proposta de mutação constitucional do art. 52, X? Não há uma alteração de significado da norma; pretende(ram) mudar não o sentido da interpretação do texto, mas mudar a própria dicção do art. 52, X. Se vingar a tese defendida por parte dos ministros do STF, estar-se-á a alterar radicalmente o texto (ao invés de “suspender”, querem escrever “publicar”). Desse modo, tem-se um verdadeiro *rompimento constitucional*, pois, sem alterar o texto formal (por meio do devido processo legal legislativo constitucional), é como se o tivessem feito, mas pelo próprio Poder Judiciário. Nesse caso, não há *mutação*, mas *rompimento*. Por isso, o problema é democrático. Se admitirmos fissuras na ordem constitucional, passaremos a admiti-las no próprio Estado Democrático de Direito.

Os votos proferidos na Reclamação 4.335/AC adentraram, assim, na discussão acerca do papel do direito e dos limites da “função corretiva” da jurisdição (em especial, da jurisdição constitucional).

A interpretação da Constituição pode levar a que o STF produza (novos) texto, isto é, interpretações que, levadas ao limite, façam soçobrar os limites semânticos do texto no modo pelo qual ele vinha sendo entendido na (e pela) tradição (no sentido hermenêutico da palavra)? Minha resposta, à luz da hermenêutica, é não. (p. 53)

Em sentido similar, ou seja, de que a proposta de mutação constitucional do artigo 52, inciso X, da CF/88 tal como anunciada por alguns ministros do Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento da Reclamação 4335/AC constitui-se em decisionismo/ativismo judicial, posiciona-se Nelson Nery Júnior. Este autor sustenta que referido posicionamento viola a literal disposição do texto constitucional que confere competência ao Senado para suspender a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF, acarretando a violação ao Estado Democrático de Direito (art. 1º, CF/88), à separação de poderes (art. 2º, CF/88), o devido processo legal (art. 5º, caput, e inciso LIV), além de violar a coisa julgada na medida em que, conforme regia o CPC/73, não se fazia coisa julgada sobre questão prejudicial, de maneira que eficácia ultra partes para decisão de controle difuso de constitucionalidade se fazia inadmissível, pois a questão sequer transitava em julgado pela sistemática processual do CPC antecessor ao atual. (Nery Júnior, 2009, p. 101-103)

Georges Abboud apresentou recentemente um posicionamento favorável à mutação constitucional do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, mas com fundamentos diversos e em consonância às alterações produzidas pelo Código de Processo Civil de 2015 e na necessidade de se promover o diálogo entre os poderes para o enfrentamento da crescente complexidade social que marca a atualidade.

Apontando as vantagens da adoção efetiva de um diálogo institucional entre os poderes, especialmente entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional, Abboud (2021) esclarece o seguinte:

Portanto, são diversas as vantagens do diálogo institucional/constitucional: i) amadurece as instituições (Poderes), as quais reconhecem os limites de sua competência; ii) evita que ocorra conflito entre Poderes; iii) confere espaço de estabilidade e governabilidade possibilitando que problemas graves sejam solucionados sem rupturas democráticas; iv) aumenta a complexidade na resolução dos problemas sociais. O diálogo permite soluções que, de forma isolada, não seriam possíveis a cada um dos Poderes; v) recrudescer o diálogo como eixo de solução de conflitos em uma democracia constitucional; vi) quebra o monopólio da interpretação constitucional transformando a jurisdição constitucional em um espaço mais plural; vii) fortalece a legitimidade da jurisdição constitucional; e diminui rixas entre Poderes, na medida em que o diálogo permite soluções menos incisivas de um Poder em relação ao outro.

É tão natural quanto necessário que cada Poder observe a República sob sua própria ótica institucional. O ponto do diálogo é justamente acomodar o dissenso decorrente dos diferentes ângulos de visão e, com isso, permitir um debate de qualidade que realize plenamente a fórmula constitucional de independência e harmonia entre Poderes. (p. 637-638)

O primeiro ponto fundamental para a existência de um profícuo diálogo institucional trata do respeito pelos poderes dos limites de suas funções e competências

constitucionalmente estabelecidas, para que não haja atropelamentos constantes, a dar ensejo ao surgimento de conflitos constitucionais. No âmbito do Poder Judiciário, este atropelamento de funções em detrimento dos demais poderes, especialmente o Poder Legislativo, dá ensejo ao surgimento do fenômeno da Supremacia Judicial (ou protagonismo judicial), consubstanciado em sucessivas decisões, inclusive em sede de jurisdição constitucional, marcadas pela discricionariedade judicial<sup>86</sup>.

Outrossim, é de fundamental importância o rompimento da concepção de que ao Judiciário cabe o monopólio da interpretação constitucional a partir do conceito, originalmente estabelecido por Häberle, de “Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição”<sup>87</sup>, aspecto este que ressalta o aspecto democrático a que a jurisdição constitucional deve se conformar, bem como reforça o diálogo institucional entre os poderes.

A configuração do controle de constitucionalidade dentro da perspectiva do diálogo institucional entre os poderes envolve a consideração de todos os poderes como partícipes comuns da realização constitucional, devendo haver a possibilidade igualmente de participação da sociedade civil para a solução destes casos, de maneira que o controle de constitucionalidade seja menos repressivo e verticalizado e passe a ser mais dialogado, reduzindo os momentos de conflitos institucionais, com a aptidão de produção de resultados muito mais democráticos. (Abboud, 2021, p. 646-647)

É na medida em que se atende ao fortalecimento do diálogo institucional entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional que se deverá compreender ter havido a mutação constitucional do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, segundo Abboud. O dispositivo constitucional, por esta mutação constitucional, deve passar a ser compreendido como um mecanismo que confere maior legitimidade popular ao controle difuso de constitucionalidade, ao integrar o Senado Federal à interação dialógica sobre discussão travada em sede de jurisdição constitucional.

---

<sup>86</sup> “Natural e fatalmente, quando o Judiciário faz as vezes do Executivo e do Legislativo, a probabilidade de ocorrência de conflitos institucionais é altíssima. Afinal, por que o Executivo deveria se subordinar à decisão judicial que invade sua esfera de competências? Por que o parlamentar deveria acatar provimento jurisdicional que resolve questão sobre a qual o Congresso é quem tem a última palavra? A ilegitimidade constitucional do juiz para resolver todas as contendas reduz a deferência prestada pelos demais Poderes às decisões do Judiciário”. (Abboud, 2021, p. 640)

<sup>87</sup> “Até pouco tempo imperava a idéia de que o processo de interpretação constitucional estava reduzido aos órgãos estatais ou aos participantes diretos do processo. Tinha-se, pois, uma fixação da interpretação constitucional nos “órgãos oficiais”, naqueles órgãos que desempenham o complexo jogo jurídico-institucional das funções estatais. Isso não significa que se não reconheça a importância da atividade desenvolvida por esses entes. A interpretação constitucional é, todavia, uma “atividade” que, potencialmente, diz respeito a todos. Os grupos mencionados e o próprio indivíduo podem ser considerados intérpretes constitucionais indiretos ou a longo prazo”. (Häberle, 2002, p. 24)

De modo a apresentar o seu posicionamento favoravelmente à mutação constitucional do artigo 52, inciso X, da CF/88, Abboud (2020) traz as seguintes explicações:

Por óbvio, concordamos que tem havido uma aproximação dos efeitos de ambos os controles na medida em que foi introduzida a repercussão geral. Esse ponto reforça a importância de o STF investigar de forma mais detalhada as nuances da questão constitucional para produzir um julgado mais detalhado e bem fundamentado.

Nessa medida, é crucial que, a médio prazo, a polêmica da objetivação seja superada por uma unificação qualitativa no modelo de julgamento do STF. Ou seja, na medida em que o Supremo passe a permitir a manifestação da sociedade e o diálogo entre os Poderes em ambas as formas de julgamento, estaremos perante a premissa necessária para cada vez mais diluirmos essa dissociação entre os dois modelos.

Cumpramos ressaltar que, muito embora não concordemos com a diminuição dos poderes do Senado Federal no controle de constitucionalidade, entendemos que a CF 52, X sofreu, de fato, uma mutação constitucional no sentido de conferir maior legitimidade popular ao controle difuso de constitucionalidade, ao integrar à discussão o Senado da República, composto de membros eleitos e que, portanto, dá ao referido controle de leis um respaldo popular.

Tal mutação é um passo adiante na concretização da independência harmoniosa prevista pelo art. 2º da Carta Magna, impedindo que o Supremo Tribunal Federal tenha sempre a decisão definitiva quanto a constitucionalidade das leis e promovendo, entre os Poderes da República, uma interação dialógica que é essencial num Estado Constitucional.

Nossa opinião é no sentido de que a mutação a ser empregada ao inc. X da CF 52 é a de que o compreenda, como mecanismo da engenharia constitucional brasileira, para concretizar diálogo institucional entre Poderes Legislativo e Judiciário, trazendo o Senado como partícipe na estruturação das decisões judiciais. (p. 1033-1034)

Esta discussão, que se tornou clássica no direito brasileiro, traduz muito bem o fenômeno vivo que é a compreensão das normas constitucionais, que se encontra condicionada pela historicidade e pela faticidade. Por certo que a mutação constitucional não pode ser utilizada como álibi teórico para ativismos judiciais, violação dos limites semânticos do texto constitucional ou vulneração dos direitos fundamentais.

É crucial, desta maneira, a compreensão da mutação constitucional dentro dos paradigmas aqui propostos, quer sejam, o da Teoria Estruturante do Direito (Müller), o da hermenêutica filosófica (Gadamer), do direito com integridade (Dworkin) e o da Crítica Hermenêutica do Direito (Streck), com o intuito de que ele exsurja como um fenômeno hermenêutico que auxilie na obtenção de respostas adequadas à Constituição e na apropriação reflexiva pelo intérprete da riqueza e complexidade da experiência constitucional.

Com essa compreensão de mutação constitucional será possível analisar se houve ou não uma modificação de sentido legítima (uma atualização da compreensão) do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal de 1988 na possibilidade de cessação automática dos efeitos temporais da coisa julgada formadas em processos individuais em que é declarada a não exigência de determinado tributo por inconstitucionalidade, pertinente a relações jurídico-tributárias sucessivas, em razão de superveniente decisão de constitucionalidade em sentido contrário proferida em controle difuso de constitucionalidade em sede de repercussão geral ou controle concentrado de constitucionalidade.



### **3. ESPECIFICIDADES ATINENTES À COISA JULGADA E À SEGURANÇA JURÍDICA EM QUESTÕES TRIBUTÁRIAS**

#### **3.1. Contornos do problema.**

A partir deste ponto da pesquisa, passar-se-á especificamente a uma exploração hermenêutica do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, especificamente à modificação ou não de seu sentido provocado pelo entendimento consolidado pelo STF a respeito da possibilidade de cessação automática (sem a necessidade de propositura de ação rescisória ou de revisão de sentença) dos efeitos da coisa julgada no tempo em relações jurídico-tributárias sucessivas em processos subjetivos que julguem pela invalidade de uma tributação nas hipóteses de entendimento contrário e posterior/superveniente do STF, em controle concentrado ou difuso de constitucionalidade, com efeitos vinculantes.

A problemática submetida à análise assume grande relevância na atualidade, especialmente por conta do julgamento do Recurso Extraordinário nº 949.297 (Tema 881 da Repercussão Geral) e Recurso Extraordinário nº 955.227 (Tema 885 da Repercussão Geral), em que a questão específica da eficácia da coisa julgada no tempo em matéria tributária é submetida à controvérsia. Por conta do decidido por estes julgados, houve uma guinada jurisprudencial sobre o tema que representa uma adesão à possibilidade de cessão automática da coisa julgada no tempo, por força unicamente de decisão que afirme a constitucionalidade da exação de um tributo em sede de controle difuso em precedentes vinculantes ou controle concentrado de constitucionalidade, decisões estas de caráter essencialmente hermenêutico sobre as possibilidades de sentido de uma lei instituidora e/ou definidora de um tributo. Tais casos referem-se especificamente à matéria tributária, porém os casos tributários não são os únicos que representam relações jurídicas sucessivas, razão pela qual se vislumbra que esses precedentes terão sérias implicações para a teoria da coisa julgada, instituto antigo de fundamental importância à efetiva prestação jurisdicional e à segurança jurídica.

Partindo-se dessa premissa, torna-se crucial, assim, averiguar com profundidade se esta cessação automática da eficácia da coisa julgada no tempo plasmada no entendimento do Supremo Tribunal Federal representa uma modificação ou não no sentido atribuído ao texto constitucional que confere proteção à coisa julgada. E, caso represente uma modificação, se essa modificação é legítima, podendo ser considerada uma mutação constitucional, ou é ilegítima, representando um rompimento do texto constitucional e, por consequência, uma fragilização dos direitos fundamentais.

É cediço a importância a que se dá aos direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988, a ponto de eles serem compreendidos como cláusulas pétreas, não podendo o seu núcleo ser alterado por emenda constitucional, revestindo-se, assim, da máxima rigidez constitucional, a ponto de se infirmar que o texto do inciso XXXVI não pode ser modificado de qualquer maneira sem que isso acarrete um rompimento constitucional. Outrossim, dada a pretensão de concretização e aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (sendo a coisa julgada um deles), próprias do Estado Democrático de Direito, não é admissível decisões discricionárias que rompam a tradição legítima construída sobre a compreensão do conceito de coisa julgada, que, ao longo do tempo, teve a importância histórica de conferir proteção/blindagem aos cidadãos contra as mais diversas formas de arbitrariedades, oriundas da ação estatal ou mesmo de particulares. Caso a coisa julgada não se fizesse presente, as decisões do Poder Judiciário perderiam a sua pretensão de definitividade, impossibilitando o exercício de jurisdição, além de golpear a pretensão de independência do Judiciário em relação aos demais poderes, especialmente em relação ao Poder Executivo, que historicamente exerceu seus poderes de forma arbitrária e absoluta sempre que não teve nenhuma limitação decorrente do sistema de freios e contrapesos.

Admite-se que, conforme trabalhado anteriormente nesta pesquisa, diante das constantes modificações das conjunturas sociais e históricas, determinados institutos jurídicos podem sofrer destacadas atualizações de compreensão modificações de sentido. Isso não significa, por outro lado, que possam ser atribuídos sentidos a estes institutos jurídicos de forma arbitrária, de maneira a romper com a integridade do direito e a alteridade dos textos constitucionais. Isso quer dizer que o hermeneuta jurídico não poderá se servir da justificativa de ocorrência de modificação de sentido de uma determinada norma jurídica para atribuir o sentido que bem lhe entender, sob pena de estar colocando-se em risco o próprio Estado Democrático de Direito.

Como parte do contexto a que se procede à averiguação pretendida, destacam-se as modificações pelas quais o processo civil brasileiro passou a partir da vigência do Código de Processo Civil de 2015, que introduziu expressamente um sistema de precedentes brasileiro, em especial diante do artigo 926, a determinar que os tribunais devem uniformizar a sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente, e do artigo 927, a estabelecer nos seus incisos uma variedade de hipóteses pelas quais o tribunal deverá seguir os precedentes construídos pelos Tribunais Superiores e pelas orientações de plenário ou órgão especial a que estiverem vinculados.

Outrossim, a sistemática relativa ao controle de constitucionalidade também passou por alterações. Como exemplos, citam-se a possibilidade de o Poder Judiciário encontrar-se vinculado horizontal e verticalmente a decisões proferidas em controle difuso de constitucionalidade em decorrência de acórdão oriundo de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recurso especial e extraordinário repetitivos.

Na área tributária em especial, por conta da necessária sujeição tributária passiva por aquele que pratique o fato imponible<sup>88</sup> de um tributo, em razão de o lançamento tributário ser uma atividade administrativa vinculada (art. 142 do CTN), de obrigatório cumprimento pelas autoridades fiscais, as controvérsias pertinentes à incidência ou não de determinado tributo, ou da obrigatoriedade ou não de cumprimento de determinada obrigação acessória, envolverão um conjunto significativo de pessoas que não nutrem relação umas com as outras. Motivo este pelo qual as questões de direito discutidas nestas demandas guardam importância que ultrapassa a esfera subjetiva das partes em um processo judicial, resultando em uma multiplicação de processos em que se discutem as mesmas questões.

A questão cadente acerca da formação da coisa julgada nas demandas em que são discutidas estas relações jurídicas tributárias sucessivas diz respeito à hipótese em que, posteriormente à solução definitiva da lide que determina a inconstitucionalidade da exação de determinado tributo, houver decisão proferida em controle de constitucionalidade, difuso ou concentrado, de caráter vinculativo, que vá em sentido contrário a esta solução, ou seja, determina a constitucionalidade da exação tributária. Sendo assim, indaga-se: o que ocorre com a coisa julgada consolidada em descompasso com o decidido em controle de constitucionalidade? A eficácia da coisa julgada superveniente formada em caráter vinculante se sobreporá à formada em processo individual? Como deve ser tratada a eficácia temporal da coisa julgada se a decisão em controle de constitucionalidade tiver que se sobrepor sobre aquela formada em processo individual? Como essa problemática pode ser justificada perante as normas constitucionais, em especial o artigo 5º, inciso XXXVI, que confere proteção à coisa julgada? É possível sustentar uma modificação de sentido da norma constitucional que confere proteção à coisa julgada diante desta problemática, se for adotada a solução

---

<sup>88</sup> “A lei (h.i.) descreve hipoteticamente certos fatos, estabelecendo a consistência de sua materialidade. Ocorridos concretamente estes fatos hic et tunc, com a consistência prevista na lei e revestindo a forma prefigurada idealmente na imagem legislativa abstrata, reconhece-se que desses fatos nascem obrigações tributárias concretas. A estes fatos, a cada qual, designamos “fato imponible” (ou fato tributário).

No momento em que, segundo o critério legal (aspecto temporal da h.i.), se consuma um fato imponible, nesse momento nasce uma obrigação tributária, que terá a feição e características que a h.i. ditar.” (Ataliba, 2019, p. 68)

preconizada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento dos Temas 881 e 885? O entendimento trazido pelo STF no julgamento dos Temas 881 e 885 podem ser caracterizados como ativismo judicial ou conferem a resposta constitucionalmente adequada à problemática da eficácia temporal da coisa julgada em relações jurídico-tributárias de caráter sucessivo?

Enfim, são muitas questões que merecem o devido tratamento e justificação pela comunidade jurídica, visando sempre a aplicação mais justa e democrática do direito, com o respeito ao sentido das normas definidoras e garantidoras de direitos fundamentais, posto que elas foram formadas e desenvolvidas a custo de muita luta ao longo da história.

Os casos mais relevantes que envolvem a questão da eficácia temporal da coisa julgada em relações jurídico-tributárias sucessivas dizem respeito a ações/medidas antiexacionais<sup>89</sup>, em que a parte obteve decisão favorável à invalidade de algum aspecto da regra-matriz de incidência tributária por inconstitucionalidade, estando o contribuinte desobrigado a efetuar o recolhimento do tributo pertinente, contudo ocorre a superveniência de julgado em controle de constitucionalidade com efeitos vinculantes que declara a constitucionalidade da validade da mesma regra-matriz tributária.

A fim de ilustrar tudo quanto exposto, fundamental trazer as colocações de Heleno Taveira Torres (2019):

Passa-se a examinar a coisa julgada como direito fundamental do contribuinte no âmbito das “limitações constitucionais do poder de tributar”. Neste sentido, para efetividade do princípio de segurança jurídica nas modificações de jurisprudência, urge saber se a coisa julgada resiste à declaração de (in) constitucionalidade do STF, se esta decisão pode autorizar a retroatividade dos atos tributários, para alcançar as situações fáticas estabilizadas sob a égide da coisa julgada (sobre o passado) ou se pode inibir a continuidade da eficácia desta (quando disponha para o futuro), nas chamadas relações tributárias continuativas.

Dúvidas impõe-se para determinar se o efeito vinculante das decisões do STF faz cessar, de modo automático, a eficácia da coisa julgada para o futuro (i), se estas podem ser aplicadas às relações jurídicas constituídas no passado, desconstituindo-as (ii), ou se não são suficientes para desconstituir a “coisa julgada material” (iii). Neste último caso, quanto ao procedimento, se para tanto se faz imprescindível procedimento próprio de “revisão” da coisa julgada (a) ou se seria desnecessária tal pretensão, em virtude do efeito vinculante aos órgãos administrativos, para exigibilidade dos tributos e outros efeitos (b). E, por fim, se esta exigibilidade pode se dar de imediato ou se deve atender ao princípio de não surpresa, como a aplicação do prazo de anterioridade previsto no art. 150, III, da CF. (p. 395)

---

<sup>89</sup> “A expressão ações/medidas “antiexacionais” foi utilizada no contexto tributário por Paulo Cesar Conrado, significando aquelas de iniciativa do contribuinte quando põe em xeque o dever de pagar tributo. Tecnicamente, afigura-se incorreto aludir à expressão “ação”, porque tal termo denota o direito subjetivo à respectiva tutela jurisdicional. Entretanto, como é utilizado na pragmática forense, emprega-lo-emos, inclusive, como sinônimo de “demanda” e, às vezes, “processo”.

No tocante às “medidas” judiciais antiexacionais, estamos nos referindo, no presente estudo, às defesas apresentadas pelo contribuinte no bojo do executivo fiscal, ou seja, no estágio de inadimplemento da obrigação tributária, a saber: a exceção de pré-executividade e os embargos à execução fiscal.” (Camano, 2021, p. 113)

A definição de coisa julgada aparece na legislação infraconstitucional no artigo 6º, §3º, da Lei nº 4.657/42, nos seguintes termos: “Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que não caiba recurso”. Já o Código de Processo Civil, no seu Capítulo XIII, Seção V, o artigo 502 traz a definição de coisa julgada material (“Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”) e o artigo 503 trata dos limites da coisa julgada em relação ao mérito da questão principal expressamente decidida (“A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida”).

Diante das variadas especificidades da coisa julgada, bem como do seu aspecto prático mais proeminente<sup>90</sup>, trazer uma conceituação precisa deste instituto não é das tarefas mais simples, sendo objeto de estudo dos mais relevantes processualistas. Paulo Mendes de Oliveira (2015, p. 78) define coisa julgada como: “a situação jurídica que qualifica com um elevado grau de estabilidade a decisão judicial, impedindo novos questionamentos e devendo ser tomada como premissa para a solução de futuros litígios. À decisão judicial agrega-se a autoridade de coisa julgada, passando a gozar de superior estabilidade”. Já Heleno Taveira Torres (2019) traz a seguinte definição de coisa julgada:

A coisa julgada é efeito da Constituição, como expressão de típico direito fundamental e garantia de direitos. Trata-se, assim, a coisa julgada, de uma das mais representativas expressões de segurança jurídica, na função estabilizadora do sistema jurídico, e representa a imutabilidade do direito definido pelo Judiciário para reger a solução de litígio entre as partes, como garantia da legalidade e da própria Constituição. A tutela jurisdicional, portanto, é o limite material da coisa julgada, que tem a natureza de típica garantia constitucional, para conferir titularidade de direitos fundamentais a todos aqueles que, de algum modo, possam suportar qualquer tipo de violação sobre seu conteúdo. Destarte, a sentença de mérito recebe a imunização do caso julgado com proteção de garantia constitucional, seja qual for o seu teor, declaratória, constitutiva ou condenatória, inclusive nas hipóteses de improcedência do pedido. (p. 369)

A coisa julgada merece normatividade constitucional pelo artigo 5º, inciso XXXVI, da CF/88, que lhe confere status de garantia constitucional, estando expressamente incluída no rol dos direitos e garantias fundamentais expressos na Constituição Federal. Deflui-se, por conta disso, que a coisa julgada também se reveste como uma cláusula pétrea, motivo pelo qual o dispositivo constitucional que lhe prevê não poderá ser modificado por emenda constitucional, conforme a previsão do art. 60, §4º, da CF/88.

---

<sup>90</sup> “Embora algum nível de precisão teórica seja indispensável, é muito mais útil para o sistema que a coisa julgada, entendido como a autoridade que torna imutável aquilo que foi debatido em um processo, seja pensada a partir de viés prático. Nesse sentido, a rivalidade histórica entre as teorias materiais e processuais tem pouco a acrescentar. São apenas formas teóricas distintas de explicar o mesmo fenômeno, partindo de premissas diferentes. Na prática, pouco importa se o juiz se sente obrigado a respeitar a decisão anterior porque o direito objetivo foi modificado ou se a vinculação é meramente processual. Relevante é apenas saber se a obrigação existe” (Reschke, 2018, p. 86).

Sobre os contornos da proteção à coisa julgada conferidos pela Constituição Federal, Paulo Mendes de Oliveira (2015) ensina que:

Pretende-se com isso dizer que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, XXXVI, traz uma regra explícita de proteção da coisa julgada, tanto para o legislador quanto para os operadores do Direito, bastando apenas um atento olhar para a sua teologia e, sobretudo, para a completa ilogicidade de entender-se que a lei não pode prejudicar a coisa julgada, mas que os juízes estão livres para tal. Deve-se retirar do comando constitucional muito mais do aquilo que se poderia, em análise perfunctória, imaginar. Portanto, é possível verificar que a norma jurídica que se extrai da disposição constitucional é bem clara, no sentido de que a coisa julgada, seja como situação jurídica concreta ou como instituto jurídico, seja em relação ao legislador ou em relação aos operadores do direito, constitui garantia fundamental prevista na Constituição Federal de 1988. (p.41)

Por sua vez, sobre os limites temporais da coisa julgada, cumpre trazer já neste momento a definição empreendida por Oliveira (2015):

A partir desses esclarecimentos, pode-se afirmar que, enquanto a limitação objetiva se destina a precisar *sobre o que* incide a coisa julgada (sobre o quê?) e a limitação subjetiva revela *quem* está vinculado ao comando sentencial (em relação a quem?), os limites temporais exprimem uma limitação no futuro da eficácia da coisa julgada (até quando?). Desta forma, tem-se a identificação sobre *o que*, *em relação a quem* e *até quando* a coisa julgada será eficaz. Afirmar que a coisa julgada é temporalmente limitada, portanto, significa dizer que em algum momento (e não necessariamente a partir de algum momento!) a coisa julgada poderá deixar de gerar efeitos sobre fatos futuros. (p. 114)

Assim, nota-se que a ideia de limitação temporal da coisa julgada, ou seja, da não dimanação de efeitos da coisa julgada poderá ocorrer sob circunstâncias especiais, a depender da relação jurídica estabelecida entre as partes, mormente quanto à sua divisão em relações jurídicas instantâneas e relações jurídicas de trato continuado (sucessivas). Por isso, o aprofundamento do estudo das limitações temporais da coisa julgada em relações tributárias sucessivas assume especial importância com o intuito de cotejá-la com a necessária observância da segurança jurídica. A segurança jurídica nas relações jurídico-tributárias é fundamental para o Estado Democrático de Direito, tendo em vista que ela representa uma das mais importantes garantias em favor da limitação da atividade de tributação por parte do Estado, sendo evidente o seu relacionamento íntimo com alguns dos mais importantes princípios constitucionais tributários, como, por exemplo, o da capacidade contributiva, legalidade e isonomia. Com efeito, a segurança jurídica permite que o Estado não mude de orientação a respeito de uma determinada tributação, em desrespeito ao patrimônio jurídico do contribuinte, com vistas a apenas atender as suas sanhas arrecadatórias<sup>91</sup>.

Nesta linha de pensamento, cabe trazer à baila os ensinamentos de Oliveira (2015):

---

<sup>91</sup> “Em todos os ordenamentos jurídicos, nos dias que correm, a mais evidente constatação é que a insegurança assumiu patamares de indiscutível preocupação por todos os juristas, especialmente em matéria tributária, o que tem provocado graves afetações aos direitos fundamentais, mormente à igualdade e aos valores decorrentes da justiça. Torna-se, a segurança jurídica tributária, um “fim” basilar do Sistema Constitucional Tributário, não como um valor pré ou supraconstitucional, mas como um fim sistêmico a ser efetivado por meios típicos, como expectativa de solução aos problemas decorrentes da insegurança.” (Torres, 2019, p. 30)

Não à toa, a doutrina moderna geralmente cuida dos limites temporais da coisa julgada quando do estudo da sua formação sobre relações jurídicas continuativas, pois a norma concreta que ficará imunizada regerá não só fatos jurídicos passados, mas também eventos futuros que se sucedem em virtude da continuidade da relação substancial apreciada. Assim, o limite temporal da coisa julgada seria alcançada quando fatos novos, diversos daqueles efetivamente apreciados, tivessem lugar, restringindo no tempo a influência da coisa julgada. Seria a identificação, pois, do momento a partir do qual a norma jurídica concreta perderia a aptidão de reger fatos jurídicos futuros (superação da estabilidade), seja em decorrência de mutações ocorridas em uma relação jurídica continuativa, seja em razão da heterogeneidade dos fatos futuros de relações jurídicas sucessivas. (p. 111)

A relação entre a segurança jurídica e a coisa julgada é a mais próxima possível, posto que a função primordial da coisa julgada é promover a estabilização das relações controvertidas apresentadas em juízo, de forma a impedir que a relação seja novamente discutida pelas partes, ocorrendo, por essa via, a realização da segurança jurídica, visto que, a partir daí, as partes terão pleno conhecimento de quais comportamentos devem ser adotados por elas e quais efeitos jurídicos incidem nesta relação jurídica.

No âmbito do Direito Tributário, cujo função consiste na limitação do poder de tributar do Estado<sup>92</sup>, a importância da segurança jurídica é ainda mais premente, visto que, sem ela, faltarão os impeditivos e mecanismos necessários para que as normas trazidas pela Constituição relativas à tributação sejam devidamente cumpridas<sup>93</sup>.

A respeito da necessidade que o direito tem de fornecer segurança jurídica e dos riscos da sua falta, Heleno Taveira Torres (2019, p. 30) discorre sobre o paradoxo da segurança jurídica, segundo o qual a insegurança jurídica pode ser forjada dentro do próprio ordenamento jurídico, cuja função é oposta, a de evitar a injustiça, a quebra de situações já consolidadas e o arbítrio. Disto resulta a importância de que a segurança jurídica seja bem compreendida e levada em consideração na aplicação das normas jurídicas.

A integridade jurídica da coisa julgada é condição necessária para a proteção e promoção da segurança jurídica, sendo esta a principal razão pela qual se faz necessário averiguar se há ou não modificação do sentido da norma de proteção à coisa julgada com a cessação automática de seus efeitos no tempo, bem como quais são as implicações disto para

---

<sup>92</sup> “A arrecadação tributária, durante muito tempo, foi objeto da ciência das finanças e, no âmbito jurídico, do amplo ramo do direito administrativo. Posteriormente, as questões relacionadas à receita e à despesa do Estado passaram a ser objeto de ramo autônomo: o direito financeiro. Apenas no último século é que se passou a ter tratamento sistemático e específico para as questões atinentes à tributação, identificando-se princípios e institutos próprios, o que originou o direito tributário, com objeto ainda mais restrito, focado na imposição e arrecadação de tributos”. (Paulsen, 2020, p. 42).

<sup>93</sup> “Contudo, os conflitos resultantes da ambiguidade da legislação, das incertezas que são frutos de uma legislação complexa, confusa, repleta de conceitos indeterminados, múltiplas formas de conflitos normativos, tanto de regras quanto de princípios, têm afetado as garantias de previsibilidade no sistema tributário, a imparcialidade dos julgamentos e servido como estímulo ao arbítrio e a todo tipo de descumprimento da Constituição e das leis pelas autoridades pública, aqui e alhures” (Torres, 2019, p. 39).

a compreensão acerca deste instituto, tendo como referencial as normas e princípios estabelecidos pela Constituição Federal de 1988.

### **3.2. Relações entre a proteção da coisa julgada e a segurança jurídica**

A coisa julgada, na medida em que possibilita que as decisões de mérito do Poder Judiciário se tornem indiscutíveis, se reveste como uma importante garantia do Estado Democrático de Direito. A segurança e a estabilidade das relações jurídicas são promovidas com a certeza pelas partes de que, após o desfecho de um processo, o resultado produzido pelo julgamento do Poder Judiciário não poderá ser revisado, com a exceção, claro, das hipóteses legalmente estabelecidas para tanto, a citar, como exemplo, o ajuizamento da ação rescisória ou mesmo a revisão decorrente de alteração do estado de fato ou de direito nas relações continuativas, como prescreve o inciso I do artigo 505 do Código de Processo Civil brasileiro.

Sem a presença da coisa julgada, a atividade jurisdicional exercida pelo Judiciário restaria inviabilizada, posto que não seria possível o seu exercício em conformidade com as características que a tornam uma atividade estatal singular, que são elas: a substitutividade, a imperatividade, a imutabilidade, a inafastabilidade, a indelegabilidade e a inércia.

A substitutividade da jurisdição nasce pelo fato de a jurisdição ser substitutiva da vontade dos litigantes, evitando a utilização da autotutela de seus próprios interesses por uma das partes em litígio, mediante a imposição de sua própria vontade. A relação desta característica com a coisa julgada advém justamente da constatação de que não faria sentido a jurisdição esta pretensão de substitutividade se, ao final do processo, não se operasse a resolução definitiva do litígio, com a não mais possibilidade de rediscussão do caso concreto.

A imperatividade surge da obrigatoriedade, do poder de sujeição dos litigantes ao que for decidido pelo Poder Judiciário no âmbito, com o devido respeito, evidentemente, a todos os preceitos constitucionais que garantem o devido processo legal. Outra vez, a certeza trazida pela definitividade da coisa julgada atua como uma condição de possibilidade para que o litigante que venha a ser derrotado em uma demanda judicial seja legalmente obrigada a cumprir a decisão judicial em seus exatos termos, sob pena de ser coagido para tanto, como medida de tutela dos direitos da parte adversa que veio a lograr êxito em juízo.

A característica da imutabilidade da jurisdição diz respeito diretamente à coisa julgada em si, pois confere o selo da impossibilidade de uma decisão transitada em julgado, ou seja, de uma decisão da qual não cabe mais recurso, que já percorreu todo o iter procedimental



conferido pelo ordenamento jurídico, de ser novamente submetida à discussão pela parte que porventura não venha aceitar o resultado do processo<sup>94</sup>. Sem esta característica, a jurisdição não passaria de uma atividade consultiva, a considerar que a parte insatisfeita com o resultado de mérito de uma demanda poderia recorrer a outras vias para que suas pretensões sejam atendidas.

A inafastabilidade da jurisdição diz respeito à obrigação do Poder Judiciário prestar a atividade jurisdicional em sua inteireza a partir de momento em que provocado pelas partes<sup>95</sup>. No Estado Democrático de Direito, a jurisdição é uma atividade fundamental para a tutela dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, por isso a ela devem ser conferidas todas as possibilidades para tanto, isto é, a jurisdição deve ser uma atividade forte, dotada dos mecanismos de garantir a proteção dos direitos às partes que os tiveram vulnerados, e a definitividade da atividade jurisdicional, alcançada pela coisa julgada produzida com o respeito ao devido processo legal, constitui-se em um elemento que confere legitimidade ao exercício desta atividade.

A indelegabilidade da jurisdição é outra característica da jurisdição que a legitima como atividade estatal fundamental para o Estado Democrático de Direito. A atividade jurisdicional somente poderá ser exercida pelo juiz, a quem a jurisdição é investida, revelando-se como uma garantia a serviço do jurisdicionado, aos moldes do inciso LIII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988<sup>96</sup>, ao passo de que apenas os agentes do Estado, os juízes, investidos previamente de jurisdição pelo próprio Estado poderão exercer a atividade jurisdicional em toda a sua plenitude.

Por fim, a inércia da jurisdição se traduz no fato de que o seu exercício dar-se-á apenas com a provocação das partes ou do Ministério Público. É essencial para que a decisão

---

<sup>94</sup> “Uma vez prestada a atividade jurisdicional, substituída a vontade e os interesses dos litigantes pela “vontade funcional” do Estado-juiz e *imposta*, se for o caso, a solução no caso concreto, a atividade jurisdicional tende a se tornar imutável no sentido de impedir que ela seja rediscutida por quem quer que seja, inclusive pelo próprio Estado-juiz. É este o “selo” de imutabilidade de determinadas decisões proferidas pelo Estado-juiz no âmbito da função jurisdicional – e só por ele no desempenho desta função –, que é chamado comumente de “coisa julgada material” ou somente de “coisa julgada”, que tem a previsão expressa no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal.” (Bueno, 2021, p. 273)

<sup>95</sup> “Pode até mesmo ocorrer que o Estado-juiz se manifeste no sentido de que o processo não possui condições mínimas de procedibilidade – que não é devido na perspectiva constitucional – e que, por isso, ele deve ser rechaçado, inviabilizando a prestação da tutela jurisdicional. Mesmo quando isso ocorrer, contudo, há resposta *adequada* do Estado-juiz, em total harmonia com o precitado art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.” (Bueno, 2021, p. 274)

<sup>96</sup> “O próprio “princípio do juiz natural”, expressamente previsto no art. 5º, LIII, da Constituição Federal é, nesse sentido, um “limite” da jurisdição. Os órgãos jurisdicionais, para poderem exercer sua jurisdição, em consonância com o modelo constitucional de direito processual civil, devem ter sido criados *antes* dos fatos a serem julgados. É vedada a criação de *novos* órgãos jurisdicionais para processar e julgar fatos *anteriores* à sua existência.” (Bueno, 2021, p. 275)

proferida pelo Judiciário tenha legitimidade e possa adquirir definitividade que ela decorra de um juiz imparcial que não se valha desta função estatal para promover interesses a favor de uma das partes por sua própria iniciativa. A resposta adequada dos conflitos e a tutela dos direitos ocorrerá somente mediante a adoção pelo magistrado de uma equidistância das partes, vedando-se o início da atividade jurisdicional por meio de um impulso provindo do próprio Estado.

A íntima relação da coisa julgada com todas as características essenciais da jurisdição no Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição Federal de 1988 revela o seu papel de destaque na sistemática relativa aos direitos fundamentais, não sendo por outra razão que o inciso XXXVI do artigo 5º conferiu a sua proteção/integridade constitucional.

Neste contexto, a proteção à coisa julgada figura como uma garantia à concretização da segurança jurídica, na medida em que proporciona estabilidade às decisões judiciais, podendo as partes envolvidas em uma demanda judicial ter a certeza de que, operando-se a coisa julgada, determinada controvérsia não poderá mais ser objeto de discussão, pelo menos não por meios lícitos. Concretiza-se, igualmente, o direito fundamental ao acesso à justiça, posto que a coisa julgada torna certo o provimento judicial que confere guarida aos direitos, situação esta de relevância não apenas para as partes envolvida de uma demanda individual, mas a qualquer pessoa que venha a necessitar da tutela do Estado para a promoção ou preservação dos seus direitos, especialmente aquelas mais carentes de concretização dos seus direitos fundamentais.

Conforme os ensinamentos de Paulo Mendes de Oliveira (2015, p. 33-36), a coisa julgada tem as seguintes finalidades: (i) coerência ao sistema jurídico, no ponto em que se revelaria um paradoxo o Estado privar os cidadãos de exercerem a autotutela, bem como conferisse o amplo acesso à justiça e regulasse o devido processo legal e não proporcionasse a certeza e definitividade próprias da coisa julgada<sup>97</sup>; (ii) viabilizar o discurso jurídico, haja vista que a impugnabilidade limitada de uma decisão judicial é condição para que um discurso jurídico possa ser identificável e apto a definir a norma jurídica que deverá reger o caso concreto<sup>98</sup>; (iii) conferir cognoscibilidade ao direito, posto que define qual o conteúdo do

---

<sup>97</sup> “Assim, a estabilidade das decisões judiciais, conferindo uma resposta segura aos conflitos apresentados perante o Poder Judiciário, órgão responsável em dar a palavra final sobre os litígios no Estado brasileiro, constitui fator de coerência do sistema jurídico, pois seria um insuportável paradoxo adotar como premissa o princípio do amplo acesso à justiça e, ao mesmo tempo, esquivar-se de conferir uma resposta definitiva aos jurisdicionados.” (Oliveira, 2015, p. 34)

<sup>98</sup> “Caso assim não seja, ao invés de haver um discurso apto a definir a norma jurídica concreta que regerá a relação substancial declinada em juízo, a jurisdição consistirá em mera opinião, sempre provisória e precária,

direito que deve incidir sobre o caso concreto, possibilitando às partes o conhecimento do direito que deve reger as suas relações jurídicas, mormente a interpretação dada à determinada norma jurídica submetida à controvérsia; (iv) possibilitar a calculabilidade das relações jurídicas, no ponto em que o trânsito em julgado de uma decisão trará segurança às partes quanto aos efeitos e consequências jurídicas de uma decisão, podendo, então, planejar-se e comportar-se levando em consideração o decidido<sup>99</sup>; (v) imprimir sentimento de segurança aos cidadãos, finalidade esta relacionada com a proteção que deve ser dada à confiança que os cidadãos conferem à jurisdição como um meio concretizador dos direitos fundamentais e contentor das arbitrariedades, o que só poderá ocorrer com a coisa julgada que proporciona a definitividade do comando jurisdicional, momento a partir do qual ele constituirá norma às partes e será obrigatório.

A expressão “segurança jurídica” não foi empregada em nenhum momento pela Constituição Federal. Contudo, esta ausência não implica na asserção sobre a inexistência de um direito fundamental à segurança jurídica. Logo no *caput* do artigo 5º da Constituição há a menção do direito à segurança<sup>100</sup> a todos, direito este que compreendido como abarcador da segurança jurídica<sup>101</sup>.

Neste sentido, Oliveira (2015) leciona o seguinte:

A tutela da segurança jurídica constitui garantia expressamente consignada no texto constitucional, expondo, logo no *caput* do art. 5º, constituir direito fundamental inviolável. Mesmo se assim não fosse, negar a proteção da segurança jurídica no Estado Constitucional é retirar um dos seus elementos fundamentais, porquanto a própria noção de Estado Democrático de Direito é umbilicalmente ligada à

---

que não será apta a dar qualquer resposta à sociedade. Ademais, “tal opinião” carecerá de respeitabilidade necessária de um ato estatal tendente a regular as relações sociais, porquanto a simples possibilidade de sua revisão não deixa de ser um estímulo à inobservância diante da esperança da superação da decisão proferida.” (Oliveira, 2015, p. 34)

<sup>99</sup> “Por isso, a estabilização das decisões judiciais constitui pedra de toque também para esta dimensão do princípio da segurança jurídica, pois, se as normas jurídicas gerais e abstratas devem proporcionar à sociedade clareza quanto às consequências jurídicas das condutas isoladas, com maior razão devem os cidadãos ter como premissa segura a norma jurídica concreta que o próprio Estado apreciou, definiu e informou ao jurisdicionado, para que possa planejar o seu futuro com tranquilidade.” (Oliveira, 2015, p. 35)

<sup>100</sup> “Por fim, pode-se conceber a segurança como sinônimo de proteção social contra ameaças às condições essenciais de sobrevivência humana, compreendendo o conjunto de instituições voltadas a tal modalidade de proteção, como os institutos de previdência, os sistemas de saúde e os sistemas de proteção contra o desemprego.

Mesmo diante da polissemia do termo, observa-se que, ao falar “segurança”, fala-se também, quase que necessariamente, de ordem e de certeza. Isso porque, a partir do momento em que se pensa em qualquer tipo de organização humana, faz-se premente o mínimo de ordem e certeza para que as relações sociais possam se desenvolver em um ambiente propício a tanto.” (Quintela, 2011, p. 20-21)

<sup>101</sup> “No Estado Democrático de Direito a expectativa de direito à segurança, à semelhança do direito à inviolabilidade da vida, da liberdade ou da propriedade, ganha novas dimensões, materializa-se e expande-se, agora, não mais limitada a simples “fim” do Estado, mas como direito que deve ser concretizado, inclusive na sua feição de “segurança jurídica” material. Por isso, no âmbito de um Estado Democrático de Direito, fenece qualquer possibilidade para admitir-se a importação de doutrina que afirme o princípio da segurança jurídica como derivado do Estado de Direito, essa frágil comodidade reflexiva.” (Torres, 2019, p. 136)

ideia de segurança. Mesmo em ordenamentos jurídicos em que não há a expressa previsão, como ocorre na Alemanha, a doutrina e a jurisprudência não tergiverisam ao identificá-la como decorrência das mais evidentes do princípio do Estado de Direito. (p. 27)

Além do mais, pela sistemática da Constituição, infere-se a relevância dada a segurança jurídica em todas as formas de relações jurídicas, especialmente aquelas estabelecidas entre Estado e Contribuinte, na regulação dada pelas normas do Sistema Constitucional Tributário. Infere-se, então, que a coisa julgada não é o único instituto que visa concretizar o direito à segurança jurídica, pois o texto constitucional está permeado de normas que, das mais diversas formas, buscam conferir estabilidade e certeza às relações jurídicas dos cidadãos.

Por conseguinte, a exigência de respeito e observância à segurança jurídica é um dever imposto a todos, seja ao Estado, vinculando-se os Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, seja aos particulares. A administração pública em geral e os poderes constituídos, nas múltiplas relações jurídicas que venham a estabelecer, como, por exemplo, a de entes federativos entre si, com o contribuinte no âmbito tributário, com o cidadão em relação a normas de caráter administrativo, deverão observar e respeitar a segurança jurídica, não podendo, assim, praticar atos administrativos contra a alteridade do texto normativo, desrespeitar decisões judiciais ou administrativa, não promover a efetividade das normas constitucionais etc. Quanto aos particulares, estes igualmente têm o dever jurídico de observar a segurança jurídica no trato das suas relações jurídicas, bem como mediante o respeito ao ordenamento jurídico e às decisões do Poder Judiciário<sup>102</sup>.

Dois princípios jurídicos que extraem seu fundamento da segurança jurídica carregam uma íntima relação com a coisa julgada são os princípios da boa-fé objetiva e da proteção da confiança legítima<sup>103</sup>.

---

<sup>102</sup> “A consagração pela Constituição de determinado direito como fundamental oferece à sociedade mais do que a simples possibilidade de o cidadão se defender, inclusive em juízo, contra atos praticados em desrespeito ao bem jurídico tutelado constitucionalmente. Além de um direito subjetivo que pode ser exercido em face do Estado (eficácia vertical) e dos particulares (eficácia horizontal), também representa a consagração dos *valores* reconhecidos pelo Constituinte que merecem a ampla observância e proteção em todo o ordenamento jurídico, seja na elaboração do Direito, seja na sua aplicação.” (Oliveira, 2015, p. 28)

<sup>103</sup> “As observações de Senise Lisboa levam à reflexão e confirmam o entrelaçamento entre os institutos da proteção à confiança legítima e da boa-fé objetiva. Esta não trata somente de proteger a confiança em qualquer caso, mas sim quando ela decorre (ainda que parcialmente) de atos praticados por uma pessoa. Se, por decorrência dos atos de uma pessoa, outrem passa a ter confiança legítima em certo tratamento jurídico, aquela fica obrigada, por força da boa-fé objetiva, a respeitar a confiança legítima que foi desencadeada por seus atos. Em outras palavras, a pessoa é responsável pela consequência dos seus atos. Não há faculdade de gerar confiança a outrem e depois desconsiderar essa situação de confiança. Agir assim é incidir em prática de má-fé ou, quando menos, menosprezar as obrigações de atuar pautado pela boa-fé.” (Doniak Júnior, 2011, p. 132)

A boa-fé objetiva, segundo os ensinamentos de Porto (*apud* Méndez, 2015), conforma-se segundo os seguintes parâmetros:

Em poucas palavras, a boa-fé objetiva estabelece um modelo de conduta que: (a) numa perspectiva negativa, interdite comportamentos contraditórios, caracterizando violação aos preceitos da boa-fé objetiva, além de condutas que impeçam, perturbem, menoscabem ou atrasem o exercício de um direito ou que pretendam impedir ou tornar impossível o cumprimento de uma obrigação ou dever de outra parte; e (b) numa formulação positiva, oriente e estimule a adoção de comportamentos que promovam a fidelidade, a honestidade, a veracidade, a coerência, a ponderação e o respeito, concentrando-se na ideia de comportamento leal em relação ao alter. (p. 184)

A violação ao modelo de conduta relativo à boa-fé objetiva, em suas perspectivas positiva e negativa, acarreta inexorável violação à segurança jurídica, pois uma parte terá frustrada legítima expectativa de adoção de um determinado comportamento perante o Direito, ferindo a certeza e a previsibilidade que contava para a determinação de suas próprias ações, que ocasionará consequências várias próprias da criação de um estado de insegurança jurídica, havendo a necessidade, inclusive, de acionamento do Poder Judiciário, a fim de prover a tutela jurisdicional para o restabelecimento da conformidade jurídica.

No que tange ao princípio da proteção da confiança legítima, colaciona-se os seguintes ensinamentos de Torres (2019):

O sistema jurídico, ao tutelar um *fim* sistêmico de segurança jurídica e da confiabilidade do seu conteúdo e na ação dos órgãos e autoridades públicos, permite criar um “estado de confiança” no ordenamento. Para tanto, habilita uma série de *meios* para tutela de qualquer evidência de afetação a direitos decorrente de condutas do Estado contrárias a este “estado de confiança”. Justifica-se este esforço, pois o homem necessita de um mínimo de confiabilidade para organizar e programar suas ações futuras. Esta garantia de previsibilidade gerada pelo sistema e esperada pelos particulares coincide no conteúdo do *princípio de proteção da proteção da confiança legítima*, seja qual for a função estatal envolvida (legislativa, executiva e judicial). E só há confiança porque o ordenamento propõe-se a preservar e proteger os seus efeitos, mediante tutela institucional. Essa distinção entre confiança individual (expectativas formadas a partir da existência do sistema jurídico) e confiança tutelada pelo sistema (por meio de regras específicas ou como cláusula geral) é fundamental para evitar confusões sobre a própria noção de “confiança”. (p. 232)

Diferentemente da boa-fé objetiva, a confiança legítima não está baseada na manifestação de vontade, que deverá seguir certos parâmetros para ser considerada conforme o ordenamento jurídico, mas, sim, na condição de previsibilidade da ação com observância às normas do ordenamento jurídico, criando-se um estado de confiança (Torres, 2019, p. 234). No âmbito da relação entre Fisco e contribuintes, estes têm a confiança legítima de que as ações de fiscalização, autuação e cobrança de tributos irão seguir os parâmetros legais, em especial com o respeito aos princípios constitucionais-tributários previstos no Sistema Constitucional Tributário, de modo a assim planejarem e cumprirem as obrigações tributárias em consonância com as expectativas criadas por esta confiança legítima. Havendo a quebra da confiança legítima do contribuinte, cria-se um estado de insegurança jurídica tributária.

Sendo assim, afigura-se relevante o conceito de segurança jurídica formulado por Humberto Ávila (2011):

Em face de todas as considerações anteriores, pode-se conceituar a segurança jurídica como sendo uma norma-princípio que exige, dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, a adoção de comportamentos que contribuam mais para a existência, em benefício dos cidadãos e na sua perspectiva, de um estado de confiabilidade e de calculabilidade jurídica, com base na sua cognoscibilidade, por meio da controlabilidade jurídico-racional das estruturas argumentativas reconstitutivas de normas gerais e individuais, como instrumento garantidor do respeito à sua capacidade de – sem engano, frustração, surpresa e arbitrariedade – plasmar digna e responsavelmente o seu presente e fazer um planejamento estratégico juridicamente informado do seu futuro. (p. 268)

A respeito dos caracteres essenciais da segurança jurídica, abordar-se-ão a seguir os aspectos material, objetivo, subjetivo, temporal, quantitativo e instrumental, baseado no estudo sobre a segurança jurídica elaborado por Humberto Ávila, de importância singular para a doutrina jurídica nacional, com o intuito de conferir a apropriada densificação jurídica que o tema segurança jurídica demanda.

O *aspecto material* trata da análise dos horizontes de sentido, para a determinação do conteúdo de segurança jurídica, das palavras *segurança* e *jurídica*. O sentido de segurança, na sua perspectiva estática e atemporal, refere-se à cognoscibilidade do conteúdo das normas jurídicas, seja para a sua acessibilidade (grau de facilidade com o que o destinatário do conteúdo normativo tem o devido conhecimento dela), seja para a sua inteligibilidade (grau de facilidade com que o destinatário do conteúdo normativo tem para compreendê-la adequadamente). (Ávila, 2011, p. 123)

Na perspectiva dinâmica e intertemporal, a segurança tem significação tanto em relação ao passo quanto em relação ao futuro. Quanto ao passado, ela refere-se à confiabilidade, que deve ser compreendida como a exigência de o ordenamento jurídico ser protetor de expectativas e garantidor de mudanças estáveis, de maneira que o cidadão ter a confiança de que suas situações subjetivas individuais são devidamente protegidas pelo Direito, mesmo nos casos eventuais de modificação das normas jurídicas. Quanto ao futuro, ela refere-se à calculabilidade, que é a capacidade de o cidadão prever os limites tocantes à intervenção estatal sobre os atos que pratica, na medida em que lhe é conferido o conhecimento antecipado dos limites de discricionariedade dos atos estatais. (Ávila, 2011, p. 124-126)

Quanto ao seu fundamento, o sentido de segurança exsurge como resultado da ideia de direito, tendo em vista que é da própria essência do Direito garantir a segurança, na medida que não há que se falar em ordenamento jurídico ou integridade do Direito sem que se haja um mínimo de certeza e eficácia das normas jurídicas, bem como limitações ao exercícios dos Poderes, por parte do Estado, e do exercício dos direitos subjetivos, por parte

dos particulares. Mais do que remeter à ideia de direito, a segurança jurídica é passível de configuração como uma norma específica do ordenamento jurídico, o que possibilitará compreender como e em que medida ela deverá ser realizada. (Ávila, 2011, p. 127-128)

Em prosseguimento à análise do *aspecto material* da segurança jurídica, cumpre mencionar o conteúdo de segurança jurídica trazida pelos horizontes de sentido da palavra *jurídica*. Aqui, a segurança jurídica faz referência ao Direito enquanto tal e assume vários significados (segurança “do”, “pelo”, “como um”, “frente ao”, “sob o”, “de um”, ou “no” Direito), a demonstrar a complexidade, a amplitude e a importância deste assunto para o fenômeno jurídico. (Ávila, 2011, p. 136)

*Segurança do Direito* significa que o próprio Direito, para ser considerado seguro, deverá ser dotado de clareza e determinação, a fim de que ele se revele dotado de objetividade, bem como deverá envolver processos pessoais e uniformes de aplicação<sup>104</sup>. A *segurança pelo Direito* significa que o Direito se configura em um instrumento para assegurar as expectativas jurídicas dos cidadãos, ou seja, a segurança jurídica aqui assume o aspecto de asseguradora dos direitos e obrigações estabelecidas pelas normas jurídicas. A segurança jurídica como *segurança frente ao Direito* pode ser entendida como a segurança que o Direito pode fornecer frente ao próprio Direito que, paradoxalmente, pode ser causador de insegurança, por meio, por exemplo, de manifestações tais como procedimentos administrativos e judiciais movidos por uma autoridade estatal em face a um cidadão, situação na qual este cidadão deverá ser dotado de instrumentos legais que possam proteger a sua esfera jurídica de direitos. A *segurança sob o Direito* diz respeito à segurança jurídica proveniente não de normas abstratas e gerais, próprias das leis, mas daquela que asseguram algo a alguém, como são os casos das sentenças judiciais e decisões administrativas, podendo-se constatar que esta forma de segurança jurídica encontra-se diretamente relacionada ao fenômeno da coisa julgada, na medida em que o respeito à autoridade que torna imutável os provimentos jurisdicionais que resolvem um litígio em favor de uma parte de uma demanda jurisdicional é uma maneira de assegurar a segurança jurídica. A segurança como um direito diz respeito à possibilidade de a segurança jurídica ser compreendida como um próprio direito em si mesma, adentrando-se, assim, na esfera jurídica de direitos dos

---

<sup>104</sup> “Essa dimensão procura responder à seguinte pergunta: “O próprio Direito é seguro?”. Veja-se que nessa oração a palavra “Direito” funciona como sujeito, isto é, como elemento do qual se diz alguma coisa; ao passo que “seguro” exerce a função de núcleo do predicado nominal por meio de um adjetivo, ao denotar aquilo que se diz sobre o sujeito, caracterizando-o pela indicação de uma propriedade. Segurança é, enfim, um atributo do Direito.” (Ávila, 2011, p. 129)

cidadãos, havendo a possibilidade, inclusive, de ser objeto de tutela jurisdicionais visando à sua proteção, como um autêntico direito subjetivo<sup>105</sup>. A segurança jurídica pode representar um estado de segurança proveniente não do Direito, mas *de um direito específico*, ou seja, a segurança jurídica neste caso se concretiza com a efetivação de um direito em particular, como se pode observar, por exemplo, com o respeito ao direito do devido processo legal, porque, por meio deste direito, as decisões tomadas na via jurisdicional ou administrativa terão sido tomadas com o respeito ao procedimento e com observância a todos os argumentos dos envolvidos, legitimando a tomada de decisão. Em último lugar, verifica-se que a *segurança no Direito* significa que ela é algo que deve ser realizado na concretização do Direito, caracterizando esta concepção de segurança jurídica como abrangente de todas as demais, posto que, por meio dela, formula-se a compreensão de que a segurança jurídica deverá ser respeitada e promovida em todos os atos, decisões e manifestações de vontade jurídicas. (Ávila, 2011, p. 128-135)

A compreensão que se tem sobre o Direito também é um elemento a mais que determina o aspecto material de segurança jurídica, a considerar que distintas concepções sobre o que seria o fenômeno jurídico podem levar a distintos entendimentos sobre o modo como exsurge a segurança jurídica e sobre como ela pode ser realizada em vistas a sua máxima efetividade. Ávila sustenta que se o Direito é compreendido como um objeto, decorrente de uma concepção objetivista da interpretação, a segurança jurídica será revelada por meio de uma atividade estática e determinista, calcada em aspectos exclusivamente semânticos, de determinação do conteúdo normativo da legislação<sup>106</sup>. Em complementação, se o Direito é compreendido como uma prática argumentativa, baseada na concepção argumentativa de interpretação, a determinação do conteúdo da segurança jurídica será revelada por meio de uma atividade dinâmica e intermediária, baseada em aspectos semânticos e argumentativos, de reconstrução do conteúdo normativo, pela razão de que o

---

<sup>105</sup> “Longe de permitir exageros, a conceituação da segurança jurídica como direito nada mais é do que reflexo subjetivo do princípio objetivo da segurança jurídica. Se, por um lado, é certo que a segurança jurídica é positivada como um fim, a ser concretizada pelo Estado, no exercício legítimo da sua liberdade de configuração – o que afasta a pretensão do indivíduo de exigir judicialmente políticas públicas destinadas a protegê-las –, por outro lado, não é menos verdadeiro que a falta de realização do dever estatal de protegê-la pode densificar normativamente ao ponto de criar não pretensões gerais a políticas públicas, mas pretensões individuais a concretizá-la minimamente.” (Ávila, 2011, p. 133)

<sup>106</sup> “Nesta concepção o Direito é reconhecido como um objeto a ser inteiramente revelado pelo intérprete. A norma jurídica contém um sentido, de modo que a atividade do intérprete consiste em descobrir o sentido predeterminado pela norma, por meio de uma atividade estática e determinista. O Direito, nessa perspectiva, envolve, sobretudo, um problema semântico; e a interpretação, uma atividade objetivista. E a segurança jurídica, a seu turno, abrange, por conseguinte, um problema de segurança do objeto: o Direito é algo pronto posto diante do intérprete, cuja atividade se resume passivamente a revelá-lo.” (Ávila, 2011, p. 152)



Direito será considerado como uma atividade dependente dos processos de interpretação e aplicação das normas jurídicas<sup>107</sup>. (Ávila, 2011, p. 136-138)

Rumando para o aspecto objetivo da segurança jurídica, tem-se que ele trata de quais seriam os objetos da segurança jurídica, ou sobre o que incide a proteção da segurança jurídica. Neste ponto, Ávila sustenta que os objetos da segurança jurídica serão: (i) a *segurança normativa*, que abrange a segurança das normas jurídicas em espécie, seja administrativas ou legislativas, a segurança do ordenamento jurídico em geral, a segurança referente a apenas uma norma jurídica e a segurança oriunda da aplicação das normas jurídicas; (ii) a *segurança comportamental*, que abrange a (in)ação própria, referente à possibilidade de o cidadão prever a reação dos órgãos jurídicos aos seus próprios comportamentos, e a (in)ação de terceiros, referente à possibilidade de o cidadão prever a reação dos órgãos jurídicos aos comportamentos de terceiros; (iii) a *segurança fática*, decorrente da possibilidade de antecipação e previsão, por parte do cidadão, das consequências atribuíveis pelos órgãos jurídicos sobre fatos que venham ocorrer, indo além, nesta hipótese, aos atos próprios ou de terceiros; (iv) a *segurança doutrinária*, que trata da segurança jurídica não sobre o Direito, mas sobre o modo como ele é tratado, relativamente aos enunciados descritivos-explicativos ou reconstitutivos que compõe a metalinguagem doutrinária, nos aspectos pertinentes à sua clareza, abrangência, consistência e coerência dos enunciados doutrinários. (Ávila, 2011, p. 138-146)

O *aspecto subjetivo* trata de quais serão os sujeitos a serem beneficiados pela segurança jurídica e quais serão os sujeitos a serem responsáveis em garantir a segurança jurídica, ou seja, na atribuição dos direitos e deveres entre os sujeitos de direito. A perspectiva do benefício da *segurança jurídica para um cidadão* diz respeito à sua incidência em uma dimensão individual, que surgirá quando a segurança jurídica atuar sobre um único indivíduo visando a resguardar os seus interesses particulares<sup>108</sup>. A perspectiva da *segurança jurídica para os cidadãos* trata de uma dimensão coletiva, consistente na concretização da

---

<sup>107</sup> “O essencial é que o Direito não é meramente descritivo ou revelado, mas reconstruído a partir de núcleos de significado de dispositivos normativos que, por sua vez, precisam ser conectados com elementos factuais no processo de aplicação. O material normativo, assim, não é totalmente, mas parcialmente dado. Como decorrência disso, a segurança jurídica deixa de ser uma exigência de simples conhecimento de conteúdo total e previamente dado, para passar a ser um dever de reconstrução e de aplicação de sentidos normativos de acordo com as regras de argumentação e de postulados hermenêuticos (coerência substancial e formal) e aplicativos (proporcionalidade e razoabilidade).” (Ávila, 2011, p. 138)

<sup>108</sup> “O ordenamento jurídico contém várias normas que protegem essa dimensão, como é o caso da proteção do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, nos quais a segurança jurídica atua, concreta e reflexivamente, relativamente a um sujeito determinado. Analisam-se questões individuais, e não coletivas.” (Ávila, 2011, p. 154)

segurança jurídica com vistas a preservar o ordenamento jurídico como um todo, em benefício da coletividade. (Ávila, 2011, p. 153-154)

Do ponto de vista dos responsáveis pela garantia da segurança jurídica aos sujeitos que devem ser por ela beneficiados, afirma-se que são eles os três poderes do Estado, quais sejam, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. O Poder Legislativo deverá garantir a segurança jurídica mediante várias maneiras diversas no exercício de suas atividades legislativas, preservando a segurança jurídica sobre todo o ordenamento jurídico em geral e mediante o respeito aos caracteres essenciais da segurança jurídica, como, por exemplo, os aspectos objetivo e material, de forma a que nenhum ato deste Poder venha a entrar em conflito com o princípio da segurança jurídica<sup>109</sup>. Já o Poder Executivo é igualmente responsável na concretização da segurança jurídica no exercício de suas atividades consistente na concretização dos mandamentos legais, não devendo incorrer em arbitrariedade, interpretações das normas legais e administrativas em dissonância da segurança jurídica ou simplesmente descumprimento de seus deveres em prejuízo à confiança legítima que o(s) cidadão(s) depositaram no correto exercício das funções estatais. O Poder Judiciário, por fim, garantirá a segurança jurídica preservando a cognoscibilidade, a calculabilidade e a certeza de suas decisões no exercício da jurisdição estatal, de maneira a que os jurisdicionados não se vejam surpreendidos diante de decisões judiciais mal fundamentadas, com mudanças jurisprudenciais com efeitos retroativas ou realizadas de forma abrupta, com ausência e de coerência na interpretação do ordenamento jurídico, com vários tribunais interpretando a mesma questão de maneira diversa (ou com conflitos jurisprudenciais dentro do mesmo tribunal)<sup>110</sup>. (Ávila, 2011, p. 158-161)

No que tange ao *aspecto temporal* da segurança jurídica, ele tem as funções de delimitar a perspectiva temporal pela qual serão examinados os subelementos do princípio da segurança jurídica e, mais importante, de funcionar como critério para a própria comprovação da segurança jurídica, a levar-se em consideração que a plena concretização do princípio envolve não apenas a visão nos tempos passado, presente e futuro, mas na adoção de uma

---

<sup>109</sup> “Em razão desses problemas, vários deveres devem ser cumpridos pelo Poder Legislativo para preservar a segurança jurídica, dentre os quais o dever de determinabilidade das hipóteses de incidência, a proibição de restrição dos direitos adquiridos, de atos jurídicos perfeitos ou de coisas julgadas, a proibição de legislação retroativa que a atinja confiança legítima, a obrigação de instituição de regras de transição ou cláusulas de equidade – e assim por diante.” (Ávila, 2011, p. 159)

<sup>110</sup> “Em decorrência desses problemas, igualmente numerosos deveres são dirigidos ao Poder Judiciário para preservar a segurança jurídica, dentre os quais o dever de fundamentação suficiente e racionais das decisões judiciais, a proibição de mudanças judiciais retroativas que atinjam confianças legítimas, a utilização de mecanismos de moderação na alteração de precedentes – e assim por diante.” (Ávila, 2011, p. 160)

perspectiva unitária, consistente no exame da segurança jurídica em todos estes momentos conjuntamente, pois se a sua não realização em todos os momentos importará, na prática, na sua não realização, a considerar que não é possível a promoção de um ‘estado de segurança’ onde a segurança jurídica é concretizada só no momento passado ou apenas para o momento passado, em detrimento de sua concretização para o futuro ou mesmo para o presente<sup>111</sup>. (Ávila, 2011, p. 161-165)

A segurança jurídica no momento presente (hoje) relaciona-se diretamente com a perspectiva estática e atemporal do aspecto material, com a referência, portanto, à cognoscibilidade do conteúdo da norma jurídica (acessibilidade e inteligibilidade) e a abrangência normativa, tratando, assim, da investigação quanto à capacidade de o cidadão compreender as normas a serem obedecidas por ele. Em relação ao momento passado, sua relação ocorre com a perspectiva dinâmica e intertemporal do aspecto material, no que toca à verificação da presença das condições de intangibilidade das situações passadas, o que quer dizer que as situações consolidadas em conformidade com o Direito deverão ser protegidas de seu rompimento arbitrário, como uma medida de proteção da confiança. Já sobre o momento futuro, a segurança jurídica está relacionada à calculabilidade normativa, consistente na previsão dos cidadãos quanto à ocorrência e o momento de definição de determinadas consequências jurídicas aplicáveis a atos e fatos, em proveito da maximização da capacidade dos cidadãos em traçar linhas de ação sobre as suas pretensas ações futuras. (Ávila, 2011, p. 163-167)

Em sequência, o *aspecto quantitativo* da segurança jurídica tem a ver com a grandeza (certeza e determinabilidade), a medição (exame fático e exame normativo) e a medida suficiente (muita segurança e pouca segurança). A certeza da segurança jurídica está relacionada ao ideal de previsibilidade, a possibilidade de o cidadão prever as consequências jurídicas dos atos ou fatos que pratique ou pratiquem contra si, dos conteúdos das normas jurídicas e dos limites e modos de exercício dos poderes estatais. A certeza poderá ser absoluta, quando a previsibilidade abrange todos os possíveis casos e de modo absoluto, ou relativa, quando a previsibilidade abrange a maior parte dos casos e em elevada medida,

---

<sup>111</sup> “Essas observações – a serem oportunamente retomadas – são de grande importância prática, pois demonstram que o “estado de segurança”, embora possa e deva ser desmembrado analiticamente em unidades conceitualmente autônomas de tempo, só pode ter a sua realização examinada *em seu conjunto*. Para o Direito Tributário – como será analisado na parte deste trabalho relativa ao conteúdo da segurança jurídica – essa constatação é decisiva, porque a manutenção dos efeitos de leis tributárias inconstitucionais, a pretexto de promover a segurança jurídica, pode causar, na verdade, e em maior medida, sua restrição.” (Ávila, 2011, p. 165)

sendo que da maneira como o vocábulo certeza é empregado, ele está a se referir à certeza absoluta. A determinabilidade, por sua vez, remete à concepção de certeza relativa, associada às situações em que, embora possa se ter alguma previsibilidade, ela não abrange todos os possíveis casos, havendo aqui alguma margem de indeterminação, motivo pelo qual a previsão realizada pelo cidadão não será absoluta e poderá contemplar alternativas distintas, tornando-se, por isso, mais complexa. (Ávila, 2011, p. 167-172)

O exame fático, circunspecto à medição da segurança jurídica, diz respeito a uma análise fática entre a consequência que se previa que deveria ser implementada e a consequência que de fato veio a ser implementado, com vistas a medir em que grau há correspondência entre o previsto e o efetivamente ocorrido, sendo este tipo de medição o de mais significativa serventia para a constatação de que o Brasil encontra-se em um estado de elevada insegurança jurídica, em contraposição ao que determina a Constituição Federal de 1988. O exame normativo, por outro lado, ocorre mediante a análise de correspondência entre as normas jurídicas e atos juridicamente vinculantes com determinadas condições normativas teóricas, previstas antecipadas e abstratamente, podendo ser trazidos, como exemplo, a situação de as normas jurídicas referentes ao processo civil estarem em conformidade com os princípios constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal ou do caso de análise da legalidade de uma sentença judicial no ponto pertinente à obediência das exigências circunscritas no Código de Processo Civil quanto à publicação, intimação, fundamentação suficiente e respeito à coerência e integridade do direito. (Ávila, 2011, p. 173-174)

A aferição da medida suficiente de insegurança necessária para a efetiva violação do princípio da segurança jurídica pode ocorrer por meio dos critérios de pouca ou muita insegurança. O critério de pouca segurança apregoa que uma baixa violação às exigências de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade é suficiente para que se constate a violação ao princípio da segurança jurídica. O critério da muita insegurança apregoa que somente com uma alta violação às exigências de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade é que se estará diante de uma violação ao princípio da segurança jurídica. (Ávila, 2011, p. 174-175)

O *aspecto justificativo* refere-se à fundamentação da segurança jurídica como um valor em si mesma (valor funcional), a saber, pelos valores que ela realiza por si própria na sua inserção no ordenamento jurídico, sem o seu cotejo com outras normas e institutos jurídicos com que eventualmente estabelece conexões. O valor instrumental da segurança jurídica advém dos valores que ela realiza como um instrumento que assegura, garante outros direitos, revestindo a segurança jurídica como um importante instituto jurídica de rica

tradição histórica e um aliado na proteção dos direitos fundamentais do cidadão, especialmente daqueles em situação de maior vulnerabilidade. (Ávila, 2011, p. 177-179)

Sobre este *aspecto justificativo* da segurança jurídica, Ávila (2011) assim discorre:

Assim, uma faca pode ser boa unicamente por ser afiada, e poder cortar qualquer coisa, pouco importa o quê, tendo, pois, valor decorrente do seu afiamento, independente de qualquer outro elemento adicional; ou pode ser qualificada como boa porque pode cortar determinadas coisas, sendo, assim, valorada ou desvalorada pelo que pode cortar. Valorar uma faca pelo simples fato de ser afiada, sem qualquer valor adicional, é atribuir-lhe valor meramente funcional; adicionar-lhe valor pelos objetos que pode cortar, é atribuir-lhe valor instrumental. Isso que sucede com a faca, nesse singelo exemplo ilustrativo, ocorre com a segurança jurídica: ela pode ser valorada pelo simples fato de proporcionar inteligibilidade, confiabilidade e calculabilidade, sem qualquer valor adicional, ou ser estimada pelos valores a cuja realização ela serve. No primeiro caso ela tem mero valor funcional – é importante simplesmente porque serve de pressuposto para guiar as pessoas; no segundo, valor instrumental – é valiosa porque, ao servir de pressuposto para guiar as pessoas, permite o respeito ao exercício da liberdade e o tratamento digno do ser humano. (p. 174-175)

Por fim, cumpre relacionar o *aspecto instrumental*, que consiste na revelação dos meios necessários à concretização da segurança jurídica. Para esse desiderato, é necessária a promoção de um estado de coisas ideais, que envolvem o atendimento da cognoscibilidade, da confiabilidade e da calculabilidade jurídicas, que exigem a adoção de comportamentos humanos por parte daqueles sujeitos que têm o dever de garantir a segurança jurídica em benefício daqueles que são os beneficiários do estado de coisas trazidos na e pela concretização da segurança jurídica. (Ávila, 2011, p. 181-182)

Outra questão relevante no estudo da normatividade da segurança jurídica é a pertinente à definição sobre qual seria a sua espécie normativa, dentro da tradicional classificação distintiva das normas jurídicas entre regras e princípios. Neste ponto, cabe vincular esta análise à ótica do paradigma da Crítica Hermenêutica do Direito sobre o tema. Muito resumidamente, cumpre assinalar que em se tratando o Direito de uma prática interpretativa, remetendo-se aqui à diferença ontológica entre texto (enunciado) normativo e norma, não se afigura adequada uma cisão radical das normas jurídicas entre regras e princípios, no sentido de um estabelecimento prévio e antecipador de se uma determinada norma jurídica afigura-se como uma norma ou um princípio, de maneira que o seu modo de aplicação sempre se dará em conformidade com esta categorização.

Neste ponto, traz-se a seguinte elucidação empreendida por Oliveira (2007):

A partir do que foi dito, podemos afirmar que, para Dworkin, não há uma cisão radical entre regras e princípios que estão, de modo permanente, implicados na prática interpretativa que é o Direito. Há uma diferença entre regra e princípio porque quando nos ocupamos das controvérsias jurídicas e procuramos argumentar para resolvê-la, somos levados a nos comportar de modo distinto quando argumentamos com regras e quando argumentamos com princípios. Há um elemento transcendente nos princípios, porque quando argumentamos com princípios sempre ultrapassamos a pura objetividade em direção a um todo contextual coerentemente (re)construído, algo que permanece oculto pela objetividade aparente das regras. Tanto é assim que o próprio positivismo de Hart, levado por essa objetividade das regras, construiu uma imagem do direito não conseguindo descrevê-lo colado na própria faticidade.

Isso parece permanecer na classificação (semântica) proposta por Alexy em seu conceito de norma. A partir dele somos surpreendidos por uma artificialidade que efetua uma cisão radical entre regras e princípios oferecendo, inclusive, diferentes procedimentos para a “aplicação” de cada uma dessas espécies normativas. (p. 173-174)

Visto isso, observa-se que à ideia de segurança jurídica sempre esteve muito ligada ao elemento transcendental pertinente aos princípios, de maneira que significativos estudiosos sobre o tema, entre eles cita-se Humberto Ávila, a costumam classificar como uma norma-princípio. Contata-se, realmente, que a concepção da segurança jurídica está mais ligada à ultrapassagem de uma objetividade ligada à subsunção de uma norma a um caso concreto, indo mais ao encontro da *dimensão de peso ou importância*<sup>112</sup>, posto que a segurança jurídica impende ser observada por todos os Poderes Estatais para a conservação do Estado Democrático de Direito. Todas as normas jurídicas, atos administrativos ou decisões judiciais deverão guardar observância à segurança jurídica, sob pena de se constituírem como uma afronta ao Direito.

É imperioso concluir, desse modo, que a coisa julgada e a segurança jurídica são vitais para a preservação da coerência e integridade do Direito, cuja conformação deverá estar presente em todos os atos jurídicos. A coisa julgada é um pilar para o exercício da atividade jurisdicional, tal como posta pela Constituição Federal de 1988, cuja função primordial consiste na tutela dos direitos, em especial os direitos humanos/fundamentais, e o seu respeito implica na promoção da segurança jurídica em seu aspecto material.

### 3.3. Caracteres da coisa julgada

Neste tópico, serão analisados todos os caracteres da coisa julgada e das sentenças constitucionais, no intuito de bem situá-las perante a problemática desta pesquisa.

A primeira questão pendente de análise diz respeito a qual seria a sua natureza jurídica, a de um instituto de natureza material ou a de um instituto de natureza processual, que decorre da muito debatida pela doutrina distinção entre direito material e direito processual. Para a tese da coisa julgada como instituto de direito material, a decisão transitada em julgado afeta diretamente o plano material, fazendo surgir direitos que até então não

---

<sup>112</sup> “Essa primeira diferença entre regras e princípios traz consigo uma outra. Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão de peso ou importância. Quando os princípios se entrecruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a diferença relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra que freqüentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é.” (Dworkin, 2017, p. 42-43)

existiam, ou seja, a sentença tem a aptidão criadora de norma jurídica a reger o caso submetido à controvérsia no Judiciário<sup>113</sup>. Já para a tese da coisa julgada como instituto de direito processual, a coisa julgada diz respeito somente ao processo, sem qualquer ligação com o direito material, a considerar que a sentença não tem a função de criar a norma jurídica, posto que a função do direito processual seria a de proteção dos direitos já existentes no ordenamento jurídico<sup>114</sup>.

A doutrina contemporaneamente adota majoritariamente que a coisa julgada é um instituto de natureza processual, desvinculado, portanto, do direito material das partes que buscam a solução de um caso concreto pela via jurisdicional. Todavia, a título de acréscimo, vale trazer a posição sustentada por Georges Abboud a respeito da superação da dicotomia entre direito material e direito processual, posto que, em que pese a desvinculação entre o processo (precisamente os direitos conferidos aos jurisdicionados no processo judicial, com destaque ao devido processo legal e a ampla defesa, e as normas reguladoras dos mais diversos procedimentos, ônus, deveres e faculdades processuais) e o direito das partes tenha representada um importante passo histórico no sentido de possibilitar a efetividade da jurisdição na proteção dos direitos fundamentais, ela não se sustenta perante a virada linguística e a diferenciação entre texto (enunciado) e norma, onde a norma jurídica surge por meio da atribuição de sentido ao texto, em uma atividade compreensiva conformada pelo círculo hermenêutico. Neste sentido, traz-se a seguinte colação (Abboud, 2009):

Sobre a polêmica, ela necessita de uma superação diante da hermenêutica porque, primeiramente, não é possível estabelecer proeminência do direito material sobre o processual nem o inverso. A dicotomia existente não resiste a um enfrentamento hermenêutico da polêmica. No plano hermenêutico é impossível absolutizar a distinção entre plano material e processual porque, ontologicamente, tanto o direito material quanto o processual estão no mesmo plano, ambos constituem textos normativos a

---

<sup>113</sup> “Quando ainda não havia separação científica entre direito material e direito processual, a ação era envolta na mesma massa do direito material. Até meados do século XIX não se vislumbrava a possibilidade de a ação ser colocada em um plano distinto do plano do direito material.

A doutrina recorria a conhecidas definições romanistas, como a de Celso, que dizia que “a ação nada mais é do que o direito de alguém perseguir em juízo o que lhe é devido” (*actio autem nihil aliud est quam ius persequendi in iudicio quod sibi debetur*). Na Itália e na França a doutrina admitia a perfeição do ditado de Celso, limitando-se alguns a colocar o dedo sobre a expressão “o que lhe é devido” (*quod sibi debetur*) para advertir a necessidade da sua complementação com “ou o que é seu” (*vel quod suum est*). A finalidade deste acréscimo era explicitar que “a ação não é apenas o direito de alguém perseguir em juízo o que lhe é devido, mas também o que é seu”, deixando claro que a definição também abrangia os direitos reais, e não apenas os obrigacionais ou direitos a prestações.” (Marinoni, 2008, p. 159-160)

<sup>114</sup> “Segundo a teoria processual, o direito material existe em um plano distinto e absolutamente autônomo ao do processo. Espécie de realidade supranatural, existente no plano das ideias e efetivamente inatingível. Ao juiz caberia a atividade de buscar criar, por meio do processo, situação fática que se equipare àquela ditada pelo direito material. Se o juiz errar – quer dizer, se a sentença for injusta – a realidade do direito material permaneceria inalterada. A injustiça residiria apenas no plano processual. A sentença, assim, seria relevante apenas para o campo do direito processual, pois gera vínculo formal que obriga juízes futuros a decidirem de certa forma; isso em nada afetaria o plano material.” (Reschke, 2018, p. 74)

serem interpretados, circularmente, uma vez que um não possui proeminência sobre o outro. Perante um acesso hermenêutico não se pode distinguir entre normas substanciais (materiais) e normas processuais, na medida em que a norma surge somente quando um caso real ou fictício é trazido à linguagem e interpretado, sem dizer que essa distinção seria meramente semântica. Todavia, essa crítica também não permite que a pesquisa seja associada ao monismo, porque a teoria monista, em regra, entende que o direito surgiria com a sentença judicial, consistindo esta em um ato de posituação da vontade (ora lei ora legislador), algo criticado mais ao norte da pesquisa. (p. 47)

A coisa julgada é desenvolvida sob dois aspectos: o *formal* e o *material*. Diz-se coisa julgada formal ocorre no interior do processo, e decorre da preclusão, tornando incabível a interposição de qualquer recurso e possibilitando o encerramento do processo<sup>115</sup>. A coisa julgada material, por sua vez, é gerada para fora do processo, ou seja, afigura-se como um fenômeno exoprocessual, revestindo o provimento jurisdicional de imutabilidade e indiscutibilidade em qualquer outro processo judicial da matéria transitada em julgado em qualquer outro processo judicial (Neves, 2018, p. 878). Outrossim, deflui-se pela redação do artigo 502 e 503 do CPC que não é apenas a sentença o único tipo de decisão com capacidade de gerar coisa julgada material, posto que decisões que julguem total ou parcialmente o mérito da demanda (artigo 503 do CPC) podem gerar o mesmo efeito.

Ainda pelo artigo 503 do CPC deflui-se que os limites objetivos da coisa julgada estão circunscritos ao provimento relativo ao mérito da demanda, ou seja, aos limites dos pedidos das partes relativos à sua pretensão, que se encontram na parte dispositiva da decisão. O artigo 504 do CPC, em complemento, dispõe que não fazem coisa julgada os motivos da sentença, ainda que importantes para determinar o alcance da sua parte dispositiva (inciso I), e a verdade dos fatos estabelecida como fundamento da sentença (inciso II).

A exceção destes limites objetivos, está presente no §1º do artigo 503 do CPC, cujo qual dispõe que as questões prejudiciais também podem gerar coisa julgada material<sup>116</sup>. Pelo julgamento das questões prejudiciais, que exigem contraditório prévio e efetivo, ocorre também uma excepcionalidade à formação da coisa julgada apenas da parte dispositiva da

---

<sup>115</sup> “Esse impedimento de modificação da decisão por qualquer meio processual dentro do processo em que foi proferida é chamado tradicionalmente de coisa julgada formal, ou ainda de *preclusão máxima*, considerando-se tratar de fenômeno processual endoprocessual. Como se pode notar, qualquer que seja a espécie de sentença – terminativa ou definitiva – proferida em qualquer espécie de processo – conhecimento (jurisdição contenciosa ou voluntária), execução, cautelar – haverá num determinado momento processual o trânsito em julgado e, como consequência, a coisa julgada formal.” (Neves *apud* Dinamarco, 2018, p. 877-878)

<sup>116</sup> “Questão prejudicial de mérito. Questões prévias são as que podem ser decididas antes do mérito. Dividem-se em preliminares e prejudiciais. Preliminar é a questão que deve ser cronologicamente decidida antes da questão seguinte; prejudicial é a que deve ser decidida antes e influencia o teor da questão seguinte (prejudicada). Somente a questão prejudicial de mérito é que pode ser objeto de pedido de resolução da questão prejudicial com força de coisa julgada (v., para o direito anterior: RT 560/95, RJTJSP 62/40; JTACivSP 104/398, 59/45). O mérito deve ser, necessariamente, a questão prejudicada.” (Nery, Júnior, 2018, p. 1234)



decisão de mérito, pois o julgamento destas questões normalmente ocorre na parte da fundamentação da decisão. Neste sentido, Nery Júnior (2018) traz as seguintes observações:

24. Limites objetivos da coisa julgada. Normalmente os motivos constantes da fundamentação da sentença, dentre os quais se encontra a solução da questão prejudicial, não são alcançados pela coisa julgada (CPC 504). Com a controvérsia formada sobre a prejudicial de mérito, há ampliação do *thema decidendum*, fazendo com que os limites objetivos da coisa julgada sejam aumentados, abarcando a parte da motivação da sentença, onde se encontra resolvida, incidentemente, a questão prejudicial de mérito. Com isso evita-se tanto a proliferação de demandas quanto a possibilidade de haver decisões conflitantes, ao mesmo tempo em que se atua em benefício da economia processual. (p. 1236)

Os limites subjetivos da coisa julgada encontram-se previstos pelo artigo 506 do CPC, que dispõe sobre a sentença (decisão de mérito) fazer coisa julgada às partes entre as quais é dada (*inter partes*), não vindo a prejudicar terceiros. Via de regra, portanto, no processo civil individual, os terceiros, sejam desinteressados ou interessados, não são afetados pela coisa julgada decorrente de uma demanda judicial, seja para o seu benefício ou prejuízo. Aos terceiros desinteressados a coisa julgada não influi em nada, pela razão a relação jurídica entre as partes no caso não lhes atinge sua esfera jurídica de direitos materiais. Já os terceiros interessados, a *contrario sensu*, poderão ser atingidos reflexamente pela formação da coisa julgada, cabendo a análise do caso concreto para verificar se direito material de terceiro que não participou do processo será afetado pela decisão de mérito da lide, não sendo permitido que terceiro pretender se beneficiar da coisa julgada proferida em demanda da qual não participou em prejuízo do outro terceiro ou mesmo de uma das partes. (Nery Júnior, 2018, p. 1249-1250)

Nas ações coletivas, a coisa julgada não se dará apenas entre as partes, devendo dar-se *erga omnes*, nos casos em que estiverem envolvidos direitos e interesses difusos, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas (inciso I do art. 103 do CDC) ou se o pedido for julgado procedente, para beneficie de todas as vítimas e seus sucessores, nos casos em que estiverem envolvidos direitos e interesses individuais homogêneos (inciso III do art. 103 do CDC). Ainda, nos casos em que estiverem envolvidos direitos e interesses coletivos, a coisa julgada *ultra partes*, limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência da ação coletiva por insuficiência de provas (inciso II do art. 103 do CDC).

A *função negativa* da coisa julgada trata da impossibilidade que a mesma causa seja enfrentada em um novo processo, corporificando a imutabilidade ínsita ao fenômeno deste fenômeno. Isso implica afirmar que a coisa julgada impede a chamada repetição de demandas, onde uma nova demanda repete as mesmas partes, mesmo que elas ocupem polos invertidos, a mesma causa de pedir, que pode ser próxima e remota e o mesmo pedido, que

pode ser imediato ou mediato, relativamente à demanda anteriormente julgada sobre a qual se operaram os efeitos da coisa julgada material<sup>117</sup>. (Neves, 2018, p. 881)

A *função positiva* da coisa julgada, de outro norte, se refere à vinculação da decisão transitada em julgado em processo pretérito no caso de propositura de uma demanda que trate da mesma relação jurídica. Tem-se, assim, a propositura de uma nova ação sobre uma mesma relação jurídica que foi objeto de uma ação anteriormente ajuizada e sobre a qual se geraram os efeitos da coisa julgada material, motivo este pelo qual o juízo poderá proferir decisão de mérito na segunda demanda, mas estará vinculado, em sua fundamentação, ao decidido na primeira demanda, por força da imutabilidade da coisa julgada. (Neves, 2018, p. 883)

A *eficácia preclusiva* da coisa julgada encontra-se prevista no artigo 508 do CPC, que dispõe que: “Art. 508. Transitada em julgado a decisão de mérito, considerar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas que a parte poderia opor tanto ao acolhimento quanto à rejeição do pedido”. Esta eficácia preclusiva não diz respeito ao dispositivo da decisão, mas, sim, às questões relacionadas ao mérito, inclusive as alegações de fato, independentemente de a parte as ter alegado ou não. Não há a ocorrência sobre elas da coisa julgada, há a ocorrência da preclusão com vistas a preservar a imutabilidade da decisão<sup>118</sup>. (Nery Júnior, 2018, p. 1254)

Sobre os *limites temporais* da coisa julgada, tem-se eles podem se dar por dois enfoques distintos. O primeiro se refere à definição do marco temporal pelo qual não podem mais ser alegados pelas partes a ocorrência de fatos novos, fatos supervenientes, no curso da demanda, à maneira de um *termo a quo* que exclui, limita do alcance da coisa julgada os fatos posteriores a ele. O segundo enfoque circunscreve-se à definição do marco temporal a partir do qual a ocorrência de fatos ulteriores não será regida pela decisão de mérito transitada em julgado, representando um *termo ad quem* ao qual a coisa julgada material regerá os fatos jurídicos futuros. (Oliveira, 2015, p. 109-110)

---

<sup>117</sup> “A repetição de uma mesma demanda em novo processo só pode ser derivada de extrema má-fé da parte ou de ignorância de seu patrono, que pode desconhecer a existência do primeiro processo por não ter sido informado por seu cliente da existência de processo anteriormente julgado. Seja como for, o réu terá todo o interesse em informar o juízo sobre a existência da coisa julgada (para evitar uma nova derrota ou para evitar que uma vitória se torne derrota), o que levará o segundo processo à extinção sem resolução de mérito (art. 485, V, do Novo CPC).” (Neves, 2018, p. 882)

<sup>118</sup> “5. Objeto da eficácia preclusiva. A eficácia preclusiva da coisa julgada alcança: a) as questões de fato, bem como as de direito *efetivamente alegadas* pelas partes ou interessados, tenham ou não sido examinadas pelo juiz na sentença; b) as questões de fato e de direito que *poderiam ter sido alegadas* pelas partes ou interessados, mas não o foram; c) as questões de fato e de direito que deveriam ter sido examinadas *ex officio* pelo juiz, mas não o foram. Para que ocorra a eficácia preclusiva da coisa julgada relativamente a essas hipóteses, é irrelevante indagar-se sobre se a parte tinha ou não conhecimento do fato ou do direito dedutível, mas não deduzido.” (Nery Júnior, 2018, p. 1254)

O segundo enfoque da coisa julgada é o mais afeito ao objeto desta pesquisa, posto que ele trata especificamente dos casos em que a ocorrência de fatos futuros, mormente os atinentes às relações jurídicas de desenvolvimento ou repetição posterior ao trânsito em julgado da demanda, sendo relevante a análise detida de quais são os alcances e limites temporais da coisa julgada em casos desta natureza. (Oliveira, 2015, p. 111)

Sobre a problemática em questão, Oliveira (2015) assevera o seguinte:

A indagação é pertinente, pois, conforme será visto, é possível que ocorram mutações nos fatos jurídicos ocorridos após o advento da coisa julgada, fazendo com que sobre estes não incida o comando imunizado, mas, posteriormente, novos fatos jurídicos ocorram dentro do arquétipo previsto na decisão, atraindo a eficácia da coisa julgada. Nesse caso, é possível dizer que houve uma limitação temporal da coisa julgada quando do advento dos fatos jurídicos cujas circunstâncias fáticas não se amoldaram àquelas apreciadas judicialmente? Após essa limitação temporal ter sido suspensa, teria voltado a coisa julgada a gerar seus amplos efeitos? (p. 112)

Com o intuito de proceder a uma relação com os limites temporais da coisa julgada, cumpre analisar as relações jurídicas conforme as suas circunstâncias temporais, cujo desdobramento ocorre em dois tipos: o das *relações jurídicas instantâneas* e o das *relações jurídicas de trato continuado*.

As relações jurídicas instantâneas cuidam das relações decorrentes de fatos geradores esgotados em determinado momento e que reúna condições, por estar plenamente formado, de ser submetido à ampla apreciação pelo Poder Judiciário em uma demanda. Não há, neste tipo de relação, a preocupação de que a ocorrência de fatos supervenientes poderá alterar a relação, de modo a que a decisão de mérito possa se tornar inadequada para regê-la. A demanda que versa sobre uma relação jurídica instantânea, portanto, se referirá sobre fatos ocorridos no passado cujos quais haverá a controvérsia sobre qual norma jurídica deverá reger o caso (Oliveira, 2015, p. 115-116). Pode haver casos em que a relação jurídica instantânea gera desdobramentos futuros, como é o caso de contrato de compra de um bem móvel por pagamento a prestações, em que a execução, qual seja, a entrega do móvel é imediata, mas o pagamento é realizado pelo pagamento de parcelas de caráter mensal até a integralização do valor do bem. Independentemente de a relação instantânea gerar ou não desdobramentos futuros, uma vez que a relação esteja formada e o seu fato gerador esgotado, não haverá como alterar a relação. (Zavascki, 2019, posição 2498)

A coisa julgada, nestas relações jurídicas, formar-se-á da forma como prevista pelas normas pertinentes no Código de Processo Civil, sem a recorrência a maiores problematizações, com a necessidade da existência de uma decisão de mérito preclusa e formada sob cognição exauriente para que ela se torne imutável. A decisão tornada imutável nestes casos só poderá ser alterada com eventual procedência de ação rescisória proposta para

este fim, dentre as hipóteses do artigo 966 do Código de Processo Civil. Nestes casos, os limites temporais da coisa julgada estão conformados ao primeiro enfoque, porque, após o trânsito em julgado da decisão de mérito (ou mesmo anteriormente, em virtude das regras procedimentais de produção de prova), surgirá um *termo a quo* mediante o qual não será possível a alegação de novos fatos visando à modificação do mérito da demanda. (Oliveira, 2015, p. 118-119)

Em relação às relações jurídicas de trato continuativo, elas podem ser de duas espécies: *relações jurídicas continuativas ou permanentes* e *relações jurídicas sucessivas*. De todo modo, cumpre esclarecer que as relações jurídicas continuativas ou permanentes são aquelas que “se desenvolvem com o passar do tempo, gerando constantemente situações ativas e passivas, direitos e obrigações que vinculam os seus integrantes por certo lapso temporal” (Oliveira, 2015, p. 122). As relações jurídicas sucessivas, por sua vez, tratam de relações homogêneas e instantâneas que se repetem no tempo. Não se trata de uma única relação que se prolonga no tempo, mas de várias relações distintas, porém de caracteres idênticos, que se repetem dentro de uma constância, motivo pelo qual lhes é dispensado o mesmo tratamento jurídico (Oliveira, 2015, p. 123-125).

Determinadas relações jurídico-tributárias apresentam essa feição de relação sucessiva. A título de exemplo, uma pessoa física com rendimentos tributáveis deverá pagar Imposto de Renda (IR) em cada acréscimo patrimonial. Isso quer dizer que em todos os exercícios financeiros a mesma pessoa está sujeita a pagar os tributos relativos sobre a sua renda, sendo que essas relações jurídicas que nascem do dever de pagar o tributo em comento adquirem um caráter sucessivo, ou seja, elas vão se repetir dentro de um período preestabelecido, com a incidência da mesma norma jurídica, e com as mesmas características jurídicas<sup>119</sup>.

---

<sup>119</sup> “Na verdade, as relações sucessivas compõem-se de uma série de relações instantâneas homogêneas, que, pela sua reiteração e homogeneidade, podem receber tratamento jurídico conjunto ou tutela jurisdicional coletiva. No geral dos casos, as relações sucessivas pressupõem e dependem de uma situação jurídica mais ampla, ou de determinado status jurídico dos seus figurantes, nos quais se inserem, compondo-lhes a configuração. Por exemplo: a relação obrigacional de que nasce o direito de receber o pagamento de vencimentos mensais tem como fato gerador imediato a prestação do serviço pelo servidor: sem a ocorrência desse, não existirá aquele. Assim considerada, é relação jurídica sucessiva, já que seu suporte de incidência é repetitivo no tempo. Mas o citado fato gerador se forma num contexto jurídico mais complexo: o do regime estatutário, de caráter permanente (e não sucessivo), que vincula os figurantes da relação jurídica. Disso resulta que a relação obrigacional nasce da incidência da norma sobre um suporte fático complexo, composto de um (a) fato instantâneo e inserido numa (b) situação permanente. No exemplo dado, o sujeito ativo, para fazer jus ao pagamento da prestação mensal, além de exercer efetivamente suas funções naquele período (fato gerador instantâneo e imediato), tem de ostentar também o status de servidor público legitimamente investido no cargo (fato gerador permanente e mediato).” (Zavascki, 2019, posição 2498)

A respeito da diferenciação entre as espécies de relações jurídicas quanto às suas circunstâncias temporais, cumpre colacionar os seguintes ensinamentos de Zavascki (2019):

Considerada a sua relação com as circunstâncias temporais do fato gerador, podem-se classificar as relações jurídicas em três espécies: as instantâneas, as permanentes e as sucessivas. Instantânea é a relação jurídica decorrente de fato gerador que se esgota imediatamente, num momento determinado, sem continuidade no tempo, ou que, embora resulte de fato temporalmente desdobrado, só atrai a incidência da norma quando estiver inteiramente formado. É instantânea, assim, a relação obrigacional de ressarcir os danos materiais causados no veículo alheio por motorista imprudente que ultrapassou o sinal vermelho. Ou, no campo tributário, a relação obrigacional de pagar o imposto de transmissão em face da venda de determinado imóvel. Define-se como permanente (ou duradoura) a relação jurídica que nasce de um suporte de incidência consistente em fato ou situação que se prolonga no tempo. A obrigação previdenciária que dá ensejo ao benefício de auxílio doença tem como suporte fático a incapacidade temporária do segurado para exercer as suas atividades laborativas normais, estado de fato que, prolongado no tempo, acarreta uma espécie de incidência contínua e ininterrupta da norma, gerando a obrigação, também continuada, de pagar a prestação. Dessa mesma natureza é a obrigação de pagar alimentos, que tem suporte fático desdobrado no tempo, consistente na insuficiência econômica e financeira do alimentando e na capacidade econômica e financeira do alimentante (art. 1.694, § 1.º, do CC). Finalmente, há uma terceira espécie de relação jurídica, a sucessiva, nascida de fatos geradores instantâneos que, todavia, se repetem no tempo de maneira uniforme e continuada. Os exemplos mais comuns vêm do campo tributário: a obrigação do comerciante de pagar imposto sobre a circulação de mercadorias, ou do empresário de recolher a contribuição para a seguridade social sobre a folha de salário ou sobre o seu faturamento. (posição 2469)

A coisa julgada formada sobre as relações continuativas e sucessivas, diferentemente do que ocorre com as formadas sobre as relações instantâneas, é dotada de uma eficácia prospectiva, ou seja, a decisão de mérito judicial regerá os fatos jurídicos futuros que compõem a relação continuativa ou sucessiva, não podendo o juiz decidir novamente sobre o mesmo objeto, a não ser em casos excepcionais, que, no Código de Processo Civil de 2015 é regulado pelo inciso I do artigo 505, consistente na sobrevinda de modificação no estado de fato ou de direito, hipóteses estas que permitirão a revisão e alteração da sentença/decisão judicial de mérito transitada em julgado. (Oliveira, 2015, p. 126)

Diferentemente do que ocorria no Código de 1973, pelo seu artigo 471, inciso I<sup>120</sup>, o Código de Processo Civil de 2015 incluiu a eficácia prospectiva da coisa julgada não apenas para as relações jurídicas continuativas, mas também para as relações jurídicas sucessivas, mediante a utilização da expressão relações jurídicas de trato continuativo para abarcar todas estas relações jurídicas cujos efeitos podem desdobrarem-se no futuro.

A respeito da importância que representou a inovação trazida pelo novo CPC a respeito da eficácia prospectiva da coisa julgada para as relações sucessivas, Oliveira (2015) destaca o seguinte:

---

<sup>120</sup> “Art. 471. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo:  
I - se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença;  
II - nos demais casos prescritos em lei.”

Pode-se dizer que restaria violada a própria teologia da coisa julgada possibilitar que a mesma *situação jurídica* presente em relações jurídicas diversas fosse reiteradamente submetida à apreciação judicial, com possibilidade de julgamentos contraditórios, proporcionando uma completa insegurança jurídica aos jurisdicionados.

Em homenagem ao princípio da segurança jurídica, do qual a estabilização das decisões judiciais é um instrumento, não se pode admitir que o Poder Judiciário reveja constantemente seus juízos a respeito de determinada *situação jurídica* apreciada em cognição exauriente, se as novas relações sucessivas não apresentam alguma distinção substancial em cotejo com aquela antes apreciada. Possibilitar a reiterada revisitação do tema geraria uma instabilidade nociva à almejada segurança e confiança dos cidadãos das quais a coisa julgada é o penhor. (p. 129)

A partir disso, deflui-se acerca da possibilidade de a coisa julgada ter efeitos prospectivos, nas relações jurídicas continuativas (permanentes) e sucessivas, permitindo com que a decisão de mérito transitada em julgado venha a reger situações futuras, sendo desnecessária a propositura de nova ação judicial para este fim, bem como igualmente a possibilidade de cessação desta eficácia prospectiva a casos muito específicos, decorrentes de modificação de estado de fato e de direito, na forma como prescrita no artigo 505, inciso I, do CPC.

Em tais hipóteses, é cabível ação revisional, de caráter constitutivo, com fundamento justamente no inciso I do artigo 505 do CPC. A respeito da discussão a respeito da (im)prescindibilidade da propositura desta ação revisional no caso da modificação dos estados de fato ou de direito, Teori Zavascki sustenta a indispensabilidade da ação revisional apenas nas hipóteses em qual tal meio processual é previsto expressamente na lei, como é o caso nas relações jurídicas que envolvem prestações alimentícias, onde se exige que a modificação no estado de fato ou de direito venha a ser declarado judicialmente<sup>121</sup>, pois, em virtude da especialidade destes casos eleitos pelo legislador, a sentença da ação revisional constituirá o novo direito decorrente da modificação do estado de fato ou direito. Nos outros

---

<sup>121</sup> “Há, porém, exceções à regra acima referida, da automática cessação da eficácia vinculante da sentença por decorrência da mudança do status quo. Em certas situações, a modificação do estado de fato ou de direito somente operará alteração na relação obrigacional se houver iniciativa do interessado e nova decisão judicial. Em outras palavras, assiste ao beneficiado pela mudança no status quo o direito potestativo<sup>16</sup> de provocar, mediante ação própria, a revisão da sentença anterior, cuja força vinculativa permanecerá íntegra enquanto não houver aquela provocação. A nova sentença terá, portanto, natureza constitutiva com eficácia ex nunc, provocando a modificação ou a extinção da relação jurídica afirmada na primitiva demanda. Exemplo clássico é o dos alimentos provisionais. A sentença que os fixa está sujeita à cláusula rebus sic stantibus, a significar que a obrigação poderá ser alterada, para mais ou para menos, ou até extinta, com a superveniente mudança do status quo ante. Todavia, aqui não há eficácia automática. Cumpre ao devedor dos alimentos, que teve reduzida a sua capacidade financeira, promover judicialmente a alteração da obrigação; cumpre, igualmente, ao credor, que teve supervenientemente aumentadas as suas despesas de subsistência, demandar em juízo a majoração do pensionamento. É o que prevê, expressamente, o art. 1.699 do CC. Enquanto não houver a iniciativa do interessado, a obrigação permanece intacta, segundo os parâmetros estabelecidos na sentença. Daí afirmar-se que, em tais casos, há direito potestativo à modificação, que deve ser exercido mediante ação judicial. São casos excepcionais, que, por isso mesmo, recebem interpretação estrita. É justamente nessas situações que será cabível – e indispensável para operar a mudança na relação jurídica objeto da sentença – a chamada ação revisional ou ação de modificação, anunciada no art. 471, II, do CPC.” (Zavascki, 2019, posição 2651)

casos, a simples ocorrência da modificação do estado de fato ou de direito seria suficiente para a cessação automática dos efeitos da coisa julgada, vindo a ser necessária a propositura da ação rescisória apenas no caso de pretensão resistida, ou seja, no caso de a parte beneficiada pela coisa julgada se recusar, diante da modificação do estado de fato ou de direito, voluntariamente a reconhecer a cessação dos efeitos da coisa julgada que lhe era benéfica, caso em que a decisão judicial não será neste caso de caráter constitutivo, mas, sim, de caráter declaratório.

No mesmo sentido, Paulo Mendes de Oliveira (2015) faz a seguinte sustentação:

Tal ajuizamento, por exemplo, será necessário para que a parte que se nega a reconhecer a modificação das circunstâncias fático-jurídicas. Nesse caso, será possível propor nova demanda com o objetivo de ver *declarada*, com eficácia *ex tunc*, a modificação da relação jurídica objeto da decisão transitada em julgado e, por consequência, a necessidade de as partes se comportarem de acordo com as novas circunstâncias. Chama-se a atenção, no particular, para a natureza declaratória e a eficácia retroativa de tal julgado, evidenciando que a finalidade da ação de modificação se limita ao reconhecimento de uma situação que já se operou no passado, mas não foi objeto de observância pelas partes.

Isso significa que, uma vez alteradas as circunstâncias fático-jurídicas, não haverá norma jurídica apta a reger tais novos fatos, estando as partes do processo originário livres para observar voluntariamente o ordenamento jurídico ou, caso estabelecida alguma divergência, buscarem o Poder Judiciário para que defina essa *nova situação*. O ajuizamento da ação de modificação, portanto, não deve ser visto como uma imposição do ordenamento processual, pois, ao contrário, a regra que vige nosso sistema é que as decisões judiciais não devem reger fatos jurídicos estranhos àqueles que foram objeto de julgamento. (p. 151)

Contrariamente ao posicionamento destes ilustres autores, ou seja, com o entendimento de que é indispensável a propositura de ação revisional/ação rescisória para a cessação dos efeitos temporais de uma coisa julgada, traz-se os posicionamentos de Paula Barros de Carvalho e Luiz Guilherme Marinoni.

Para Paulo de Barros Carvalho, valendo-se aqui de contribuições também de Aurora Tomazini, a decisão de mérito que revisar uma sentença com fundamento na modificação da relação jurídica por alteração no estado de fato e de direito sempre terá caráter constitutivo, na medida em que estará extinguido, para os devidos fins de direito, uma relação jurídica passada, constituída por uma decisão de mérito transitada em julgado, e estará constituindo uma nova relação jurídica decorrente da alteração do(s) estado(s) de fato/direito. O que poderá ocorrer, apesar de a relação jurídica constituída por conta da sentença revisional ocorrer no momento presente, a sua declaração retroagir (voltar ao passado) em relação ao evento que deu causa de pedir a ação revisional.

Especificamente sobre este ponto, cumpra colacionar as explicações de Tomazini (2019):

O foco do problema centra-se no conceito de “retroatividade”, ou seja, no que se entende por “efeitos retroativos”. No uso comum empregado pela doutrina jurídica, “retroativos” são os efeitos que voltam no tempo. Mas, como algo pode voltar no tempo se este só anda para frente não resgatando os acontecimentos passados? É uma impossibilidade cronológica algo produzir efeitos para o passado,

quando este se encontra concretizado. Como o direito teria este condão? Quando se diz que os efeitos da relação jurídica são retroativos à data do evento, pois o fato jurídico que lhe deu causa é declaratório deste, não significa que tenham o condão de modificar o passado, mas sim apenas o presente e o futuro. Os efeitos de uma relação jurídica nada mais são do que a instauração de direitos e deveres correlatos, tais direitos e deveres não voltam no tempo, eles valem de sua constituição para frente. Eventualmente, porém, o direito permite que sejam utilizados como fundamentação para desconstituição de certas relações jurídicas instituídas no passado, mas que continuam existentes no presente ou para constituir outras relações que não foram estabelecidas no passado, tendo em vista a inexistência de tais direitos e deveres correlatos. A tal possibilidade atribui-se o nome de “retroatividade”. (p. 666)

Sob o paradigma da filosofia da linguagem, aqui fazendo remissão à Teoria das Relações desenvolvida por Paulo Barros de Carvalho, tem-se que as relações jurídicas são caracterizadas pelo seu elemento linguístico, o que significa que as relações jurídicas adquirem existência própria na e pela linguagem, não provindo do mundo sensível, mas, sim, da produção de conhecimento, proveniente da associação de termos ou proposição que comporão o seu sentido. Dentro de um sistema de relações, elas podem se desenvolver ou por meio de operações de junção de elementos (linguísticos) ou pela modificação de outras relações, mediante aquilo que se denomina de cálculo de relações (Tomazini, 2019, p. 637-638). As relações, por sua vez, podem existir sob diversas ordens, a depender das suas especificidades. As relações de primeira ordem ocorrem entre nomes de indivíduos ou objetos e as relações de segunda ordem são as relações entre as relações de primeira ordem, as relações entre as relações, com o mesmo critério sendo aplicado progressivamente a gerar mais ordens de relações. (Carvalho, 2021, p. 105)

Desta maneira, é preciso compreender que a modificação no estado de fato ou de direito a que faz alusão o inciso I do artigo 505 do CPC tem o caráter extintivo ou modificativo da relação jurídica de trato continuativo abrigada pela coisa julgada. Pelo cálculo de relações, tem-se que uma nova relação, caracterizada novo estado de fato ou de direito extingue relação anterior de trato continuativo (continuativa ou sucessiva). A relação lógica entre as relações retratadas é a de que uma exclui ou modifica a outra e por isso se cessam os efeitos da coisa julgada no tempo.

Assim, por conta do elemento linguístico inerente às relações jurídicas, tem-se que é por ele que deverá se constituir a nova relação jurídica, resultado da modificação do estado de fato ou direito, que irá extinguir ou modificar a anterior. Submetida esta questão à apreciação judicial, ou seja, na hipótese em que as partes não convencionarem entre si os termos da nova relação jurídica, na possibilidade jurídica de proceder-se a este meio, será a sentença da ação revisional que constituirá a norma jurídica, cujos efeitos poderão ou não ser retroativos, conforme apreciação do mérito da causa.

Exemplificando a questão, traz-se os ensinamentos de Tomazini (2019):



Para anulação ou alteração de um vínculo jurídico pré-estabelecido é preciso a existência de uma relação jurídica posterior, de caráter específico, que guarde identidade com a relação que se pretenda extinguir ou modificar. Sem tal identidade, o cálculo de relações é impossível, pois não há vínculo lógico entre elas.

Explicamos melhor tal colocação com o exemplo da declaração de inconstitucionalidade em controle concentrado de uma lei (norma geral e abstrata) que não tem o condão de, por si só, extinguir as relações jurídicas constituídas sob seu fundamento. Para isso é preciso que novas relações jurídicas sejam constituídas em cada caso concreto.

Digamos, mais especificamente, que uma lei x, que fundamenta a cobrança de determinado tributo, é declarada inconstitucional (em controle direto – concentrado), tal fato, por si só não tem o condão de extinguir as relações tributárias constituídas sob seu fundamento. É preciso que o contribuinte, com fundamento na declaração de inconstitucionalidade requeira a anulação do auto de infração (que constituiu a relação de crédito) ou a repetição de indébito, caso já haja pago o tributo. E mais, é preciso que uma autoridade competente produza outra relação, que se relacione com a relação anterior, por meio do cálculo de relações, para extingui-la. Caso o contribuinte não tome tais providências a relação de crédito tributário permanece inabalável, pois o vínculo jurídico instituído com a declaração de inconstitucionalidade, não é específico com relação ao vínculo do contribuinte com o fisco, instituído pela relação de crédito. Não há, assim, a identidade necessária para o cálculo de relações. (p. 670-671)

Prosseguindo, Marinoni (2021, p. 1161-1164) sustenta que a alteração dos fatos e do direito tem o condão permitir a cessação da coisa julgada no tempo, na medida em que a relação entre as partes passa a ser regida por fatos ou direito supervenientes, que dão causa a uma nova causa de pedir, a ensejar uma nova ação diferente da anterior, cujo propósito será a obtenção de uma nova coisa julgada que terá o condão de paralisar a eficácia da coisa julgada formada anteriormente.

Tem-se que, na esteira do artigo 505, inciso I, do CPC, as relações continuativas podem abrir oportunidade para uma outra ação em razão de alterações de circunstâncias fáticas ou jurídicas. A circunstância apontada pela parte, portanto, comporá a causa de pedir da outra ação e caberá ao juízo efetuar a análise se o alegado realmente se configura como uma nova circunstância capaz de paralisar a eficácia temporal da coisa julgada ou se ela foi anteriormente deduzida na primeira ação. Esta análise tem a sua importância diante da eficácia preclusiva da coisa julgada a que alude o artigo 508 do CPC, que impede a rediscussão de alegações e defesas que poderiam ter sido deduzidas na primeira ação, de maneira que se deve compreender que apenas a nova circunstância é que não estará acobertada pela coisa julgada. (Marinoni, 2021, p. 1165)

Conforme o sustentado pelo autor em comento, a cessação dos efeitos no tempo da coisa julgada não implica em anulação da própria coisa julgada, esta continuará a subsistir e protegerá a declaração judicial no tocante às circunstâncias que lhe conformaram a causa de pedir. Não haverá um conflito entre coisa julgada anterior e posterior, pois elas se referirão a causas de pedir distintas, compostas por circunstâncias, de fato ou de direito, igualmente

distintas<sup>122</sup>. O caráter temporal de uma relação continuativa abriga a possibilidade de serem conferidas a elas novas conformações que a alteram substancialmente decorrentes de circunstâncias supervenientes capazes, hipótese esta que na realidade reafirmam a sua temporalidade e ensejam que as partes afetadas busquem nova coisa julgada que contemplem a modificação ocorrida na relação jurídica.

No que toca à questão entre manutenção da coisa julgada e a cessação de seus efeitos, Marinoni (2021) discorre:

Explicando em outras palavras: a alteração dos fatos e do direito, diante de uma relação jurídica continuativa, não leva à desconstituição da coisa julgada que se formou a partir dos fatos e do direito anteriores. Essa coisa julgada é intocável. Ninguém pode, como é óbvio, pretender recuperar o que pagou a quem tinha direito de receber. Novos fatos ou direito levam à cessação da eficácia da coisa julgada no tempo. Ao permitirem nova compreensão da relação substancial, abrindo oportunidade a outra solução jurídica, paralisam a eficácia da coisa julgada, que, apesar disso, permanece válida e intocada. A cessação da eficácia, embora obviamente não invalide a coisa julgada e os seus efeitos materiais, impede que aquele que se amparava na coisa julgada para realizar seu direito possa continuar dela se valendo. (p. 1164)

A necessidade de propositura de ação judicial para obter a cessação da eficácia da coisa julgada no tempo se justifica, então, ao fundamento de que ninguém poderá ser obstado de exercer pretensão abrigada por uma coisa julgada obtida a seu favor sem que haja igualmente uma declaração judicial que obste a sua eficácia por alteração em questão de fato ou de direito. Contudo, o interessado na cessação dos efeitos da coisa julgada poderá propor ação inibitória ou outro meio processual adequado a evitar a prática de ato contrário à modificação das circunstâncias supervenientes. A cessação da eficácia poderá ser objeto principal da ação, como costuma ocorrer nas hipóteses de ação revisional ou rescisória, ou mesmo incidental/prejudicial, caso em que o objeto da nova ação terá como objeto principal a tutela do direito relacionado à relação jurídica continuativa. (Marinoni, 2021, p. 1174-1175)

Outrossim, Marinoni sustenta que as declarações de inconstitucionalidade ou constitucionalidade, em controle concentrado ou difuso decorrente de julgamento em sede de repercussão geral, configuram como circunstâncias supervenientes capazes de alterar estado de direito. Deste modo, o julgamento superveniente pelo STF a respeito da (in)constitucionalidade de uma norma pode ensejar a cessação dos efeitos da coisa julgada

---

<sup>122</sup> “Em essência: toda sentença espelha os fatos e o direito que existiam em determinado instante, de maneira que, alterados os fatos ou o direito, outra será a causa de pedir e, por consequência, a ação, a sentença e a coisa julgada. Quando as circunstâncias são alteradas, é formada outra (nova) coisa julgada, que convive em harmonia com a coisa julgada respeitante às circunstâncias anteriores. A coisa julgada protege a declaração judicial apenas enquanto as circunstâncias (fáticas e jurídicas) da causa *permanecerem as mesmas*, inseridas que estão na causa de pedir da ação. Sempre que tais circunstâncias (fáticas ou jurídicas) da causa forem alteradas de maneira a dar composição a *nova causa de pedir*, surgirá *nova ação*, totalmente diferente da anterior, e, por esta razão, não preocupada com a coisa julgada imposta sobre a primeira decisão”. (Marinoni, 2021, p. 1163)

em sentido contrário sobre a relação jurídica continuativo, com fundamento no artigo 505, inciso I, do CPC.

Em todo caso, havendo modificação no estado de direito, seja por intermédio de nova legislação ou por decisão judicial de (in)constitucionalidade, a declaração judicial de cessação de eficácia da coisa julgada se faz indispensável, conforme o magistério de Marinoni, posto ser necessário o reconhecimento da pertinência e a suficiência da modificação de direito para que ele possa incidir sobre relação jurídica já definida com autoridade de coisa julgada. (Marinoni, 2021, p. 1175)

Pois bem. Vistos estes pontos relativos à coisa julgada, faz-se necessário voltar aos olhos aos tipos e características das sentenças produzidas em sede de jurisdição constitucional.

### **3.4. Caracteres das sentenças constitucionais**

A jurisdição constitucional, que pode ser vista como “um espaço de destaque para controle de constitucionalidade material e formal dos atos do Legislativo e do Executivo” (Abboud, 2020, p. 428) é fruto do movimento Constitucionalista e do pós-positivismo que surgiu especialmente a partir do término da Segunda Guerra Mundial<sup>123</sup>.

Abboud elenca as quatro funções primordiais da jurisdição constitucional, a saber: (i) limitar o Poder Público – consiste na limitação dos atos do Executivo que firam a Constituição, impedindo a prevalência de atos arbitrários; (ii) garantir a existência das minorias e assegurar a proteção dos direitos fundamentais, sejam aqueles previstos na Constituição, sejam aqueles previstos em tratados internacionais aos quais o Brasil seja signatário – importantíssima função da jurisdição constitucional é conferir a efetividade dos direitos fundamentais, levando em consideração, inclusive, a disposição do §2º do artigo 5º da Constituição Federal que prevê aplicabilidade imediata aos direitos fundamentais; (iii) corrigir os equívocos e omissões do Poder Legislativo – esta função da jurisdição constitucionais se traduz no seu dever em garantir a conformidade constitucionais de todos os

---

<sup>123</sup> “É nesse contexto que a jurisdição constitucional, compreendida como um espaço de destaque para tratar especificamente das questões constitucionais, pode ser conceituada como a grande invenção do direito no século XX. Obviamente que o constitucionalismo e as questões constitucionais são muito anteriores ao século XX. Todavia, a criação de um Tribunal Constitucional com atividade especializada para a proteção dos direitos fundamentais e do controle dos atos do Poder Público são conseqüências da teorização de Kelsen e da conjuntura histórica advinda no período subsequente à 2ª Guerra Mundial”. (Abboud, 2020, p. 430)

atos legislativos, por conta da supremacia da Constituição e do seu caráter constitutivo da ordem jurídica; (iv) conferir coerência e garantir a preservação da autonomia do Direito e da própria Constituição Federal pela jurisprudência advinda da jurisdição constitucional – esta função se reflete no compromisso de que a jurisprudência formada pelas Cortes Constitucionais seja estável, íntegra e coerente (artigo 926 do Código de Processo Civil), de maneira que a autonomia do Direito não venha a ser golpeada por medidas tais como adesão a majoritarismos, consequencialismo judicial ou ativismo judicial. (Abboud, 2020, p. 438)

É inegável que a atividade da jurisdição constitucional tem se tornado cada vez mais complexa, sendo muito diferente hoje do que era ao tempo de sua ascensão após a Segunda Guerra Mundial, em que o seu principal intuito consistia no combate de normas constitucional, pelo exercício do controle abstrato de constitucionalidade<sup>124</sup>. A questão dos padrões decisórios vinculantes, cuja relevância aumentou com o Código Civil de 2015, e a questão das técnicas interpretativas constitucionais consistentes na interpretação conforme a Constituição e a nulidade sem redução de texto, demonstram isso. Outrossim, em entremeio a esse crescimento de complexidade, a questão da multidisciplinariedade assume importância capital da jurisdição constitucional, não se tratando aqui em ferir a autonomia do Direito, mas a da abertura do Direito a outros saber, mediante um diálogo, dando origem ao que se chama de modelo cognitivista da jurisdição constitucional. (Abboud, 2020, p. 455)

Em prosseguimento, cumpre trazer a tipologia de sentença empregadas em decisões de (in)constitucionalidade: sentenças interpretativas, sentenças manipulativas (aditivas e substitutivas) e sentenças limitativas.

*Sentenças interpretativas* seriam aquelas que tratam sobre as possibilidades hermenêuticas da lei e não sobre a própria lei, quanto à sua (in)validade/(in)constitucionalidade. As *sentenças interpretativas* podem ser de *rejeição* (interpretação conforme à Constituição) ou de *aceitação* (arguição de nulidade sem redução de texto)<sup>125</sup>.

---

<sup>124</sup> “A complexidade dos sistemas políticos implantados a partir do segundo pós-guerra e o “ingresso” de um expressivo número de novos países que adotaram a jurisdição constitucional (com ou sem Tribunal Constitucional), aliados à relevante circunstância de que os tribunais têm sido investidos de funções adicionais que os colocaram em posição peculiar no âmbito das formas de Estado e de governo, fazem com que, cada vez mais, se devem lançar novos olhares às classificações advindas da tradição constitucional. Funções que ficavam alheias à justiça constitucional em sentido estrito hoje representam uma significativa parte dos instrumentos do Judiciário, devendo ser incorporadas ao núcleo histórico da classificação tradicional.” (Streck, 2019, p. 60)

<sup>125</sup> “Portanto, a noção de sentenças interpretativas terá somente um caráter “metodológico”, para apartar tais decisões daquelas consideradas dogmaticamente como “não problemáticas”, isto é, daquelas nas quais o sentido não causa perplexidades no seio da comunidade jurídica, donde nunca é demais referir que o sentido de um texto somente é claro quando há um determinado consenso acerca dele. Surgindo discrepâncias, nasce a divergência

A interpretação conforme a Constituição pode ser definida da seguinte forma (Abboud, 2020):

A interpretação conforme a Constituição (*verfassungskonform Gesetzauslegung*) é uma forma de controle de constitucionalidade, excluindo por inconstitucionalidade determinadas hipóteses de aplicação (*Anwendungsfälle*) do programa normativo, sem que implique qualquer alteração do texto legal. Não obstante sua larga utilização pelo Tribunal Constitucional Alemão, seu surgimento teria ocorrido nos Estados Unidos. Assim, apesar de ser difícil precisar sua origem, a doutrina aponta como seu nascimento decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos anterior ao caso *Marbury vs. Madison* (1803). A interpretação conforme a Constituição teria nascido do julgamento do caso *Hylton vs. United States* (1796) a partir do voto do Justice Samuel Chase. Sua influência e utilização foram fundamentais para o desenvolvimento do direito constitucional norte-americano, a ponto de tornar-se uma das grandes máximas do *judicial self-restraint*, consistente na seguinte premissa: sempre que a lei puder ser interpretada em harmonia com o texto constitucional, ela não deverá ser declarada inconstitucional. Quando a lei contém em abstrato vários sentidos possíveis, objetivamente apenas um deles diante do problema decidendo é constitucional, alcançado mediante a interpretação conforme a Constituição. Quando é aplicada, o Tribunal limita-se a declarar a constitucionalidade (legitimidade) do ato questionado, desde que interpretado em conformidade com a Constituição. O resultado da interpretação, normalmente, é incorporado, de forma resumida, na parte dispositiva da decisão. (p. 659-660)

Neste tipo de decisão, a decisão de inconstitucionalidade não afeta o dispositivo normativo, ela afeta uma de suas possibilidades hermenêuticas, na hipótese de haver várias interpretações sobre o mesmo dispositivo normativo, em que algumas delas podem ser tidas por constitucionais, em conformidade com a Constituição, enquanto outras podem ser tidas por inconstitucionais, devendo, por isso mesmo, ser declaradas inconstitucionais acaso forem levadas à apreciação judicial.

A interpretação conforme a Constituição pode ser realizada tanto pelos Tribunais Superiores como pelo juízes das instâncias inferiores, pela via do controle difuso, sendo isso justificável, a considerar que, acaso inexistisse tal possibilidade, haveria-se, então, a obrigação de declaração de inconstitucionalidade de dispositivos normativos que guardassem impossibilidades hermenêuticas com a Constituição, mesmo na hipótese da possibilidade de existência de uma compreensão do dispositivo que guarde compatibilidade constitucional<sup>126</sup>. (Streck, 2019, p. 235)

---

de cunho interpretativo. As decisões interpretativas constituem, em *ultima ratio*, uma espécie de decisão em que há um aditamento explícito de sentido ou uma redução de uma das hipóteses aplicáveis ao texto. Dizendo de outro modo, as decisões assim denominadas interpretativas surgem no interior de um processo hermenêutico-corretivo do texto normativo, agregando-se acepções muitas vezes aquém ou além do explicitado ou querido pelo legislador.” (Streck, 2019, p. 401)

<sup>126</sup> “Desnecessário referir que, muito embora a própria declaração de inconstitucionalidade de uma lei também abarque um dos sentidos possíveis, a retirada da lei do mundo jurídico, por sua nulificação, produz consequências absolutamente diferentes de quando o tribunal faz uma interpretação conforme a Constituição. No primeiro caso, independentemente de o entendimento do tribunal estar correto ou não, o texto é *expungido* (plano de validade) do ordenamento. Já no caso de interpretação conforme a Constituição, o texto normativo é “salvo”, a partir de uma adaptação à Constituição.” (Streck, 2019, p. 403)

Outra questão que, no plano doutrinário, ainda desperta questionamentos, é se a interpretação conforme a Constituição teria o condão de possuir efeitos vinculantes. Isso ocorre por conta de seus caracteres adaptativos/corretivos e até criador de novos sentidos, não sendo esta norma excluída do ordenamento, de modo que, se esta interpretação for dotada de efeito vinculante, sobre ela recairá uma abstratização incompatível com o seu caráter hermenêutico, a acarretar a impositividade de uma única interpretação tida como correta pelo Tribunal, uma vinculação hermenêutica sobre a gama de casos concretos que advirão<sup>127</sup>. (Streck, 2019, p. 406-408)

As *sentenças interpretativas de aceitação* estão relacionadas à arguição de nulidade/inconstitucionalidade de uma determinada possibilidade de sentido do texto normativo, não tendo o condão de eivar o texto normativo de inconstitucionalidade, haja vista ser possível a atribuição de sentidos sobre ele que estejam em consonância com a Constituição<sup>128</sup>. Ao contrário do que ocorre no caso da interpretação conforme a Constituição, a doutrina majoritariamente tem se filiado positivamente à possibilidade de se atribuir efeitos vinculantes sobre a nulidade por inconstitucionalidade sem redução de texto, especificamente sobre o sentido normativo tido por inconstitucional, na medida em que este sentido se mostra contrário ao ordenamento jurídico. Neste sentido, posiciona-se Streck (2019):

Ou seja, a nulidade parcial sem redução de texto diz respeito à procedência em parte da inconstitucionalidade proposta, apenas poderá ser vinculante o sentido (aquele sentido) que é retirado do sistema. Assim como não deveria haver efeito vinculante em decisão que rejeite uma ADI, também não deveria haver efeito vinculante da parte residual do texto *que não foi declarado inconstitucional*.

<sup>127</sup> “Desse modo, concordando inteiramente com Jorge Miranda, tenho que a interpretação conforme não deve(ria) ter efeito vinculante. Na verdade, a partir da coerência e da integridade, uma decisão do STF definindo interpretação conforme a Constituição em um determinado contexto de um texto (do qual surge uma norma) terá efeito hermenêutico-vinculativo e não vinculativo-hermenêutico. Esse efeito hermenêutico-vinculativo se deve à *applicatio*. Deve-se ao DNA do caso, como já referido à saciedade. Ou seja, incansavelmente isso deve ser registrado: o problema do efeito vinculante é o modo abstratizante pelo qual o formalismo jurídico utiliza o dispositivo (ementas em geral) das decisões assim consideradas. Nesse sentido, o problema se agrava, nas hipóteses de existir preceito normativo determinando o efeito vinculante. É nesse contexto que uma teoria da decisão, tratada a partir da coerência e integridade do direito, não terá os mesmos problemas que a dogmática jurídica tem com a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante das decisões de indeferimento do provimento de inconstitucionalidade. Não havendo grau zero de sentido e, em cada caso, existindo a reconstrução da história institucional do dispositivo em tela, a “vinculação hermenêutica” será decorrência lógica do processo de aplicação do direito.” (Streck, 2019, p. 407)

<sup>128</sup> “Na utilização da interpretação conforme a Constituição, o Supremo fixa a interpretação que entende constitucional para aquele dispositivo, enquanto na arguição de nulidade, o Supremo, em vez de declarar qual a interpretação adequada (conforme a Constituição) do texto normativo, limita-se tão somente a declarar a inconstitucionalidade de uma das variantes interpretativas do texto. Nessa modalidade de sentença, a declaração de inconstitucionalidade não atinge o texto legal que conserva sua validade, permitindo outras interpretações desse mesmo dispositivo, e o que é anulado é uma de suas interpretações (norma), mantendo-se, assim, o texto legal dentro do sistema, apto a fornecer novas interpretações quando contraposto aos problemas concretos, isto é, apto a criar novas normas.” (Abboud, 2020, p. 671-672)

Afinal, e se isso se afigura como extremamente relevante, se se declara que determinada lei é inconstitucional se lida de uma determinada maneira, parece razoável concluir que *somente poderá ter efeito vinculante esse determinado sentido*, pela simples razão de que somente esse sentido do texto normativo teve sua eficácia retirada do sistema. Haverá diversos exemplos em que outras hipóteses de incidência poderão ser abduzidos do texto ou a ele aditados. Por isso é que, da negação/nulificação do sentido de um texto (isto é, dos sentidos possíveis do texto), não se poderá concluir que o seu restante será o sentido (novo e) único (portanto, constitucional). (p. 419)

Por sua vez, nas *sentenças manipulativas* o Tribunal não se limita a apenas declarar a inconstitucionalidade de uma lei, mas também emite disposições normativas novas, para alterar ou modificar a lei, com o intuito de conformá-la à Constituição. Nota-se aqui a atuação do Judiciário como legislador, mais especificamente no sentido de suprir omissões legislativas normativas. Tais sentenças são também designadas de sentenças normativas e podem ser divididas em dois subtipos, os das *sentenças aditivas* e das *sentenças substitutivas*. (Abboud, 2020, p. 675)

As *sentenças aditivas* são aquelas em que há uma declaração de inconstitucionalidade pertinente à ausência de certo conteúdo na lei, ausência/incompletude esta que tem o condão de tornar inconstitucional a lei em questão, por isso o Tribunal adiciona o conteúdo faltante a fim de que a lei guarde compatibilidade com a Constituição, não havendo, assim, nenhuma alteração ao texto legislativo, e, sim, adição, complemento. (Abboud, 2020, p. 676)

Outrossim, as *sentenças aditivas* ainda podem ser subdivididas em três outros tipos, quais sejam: (i) *sentença aditiva de princípio* – a decisão não atinge o texto da lei especificada e detalhadamente, porém explica, a partir do sistema constitucional, um princípio que pode servir tanto para orientar a atividade legislativa quanto para suprir uma omissão inconstitucional que decorreria da declaração de inconstitucionalidade da lei sob exame (Abboud, 2020, p. 678); (ii) *declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade* – tal decisão é pronunciada quando a anulação da lei inconstitucional levar a uma situação ainda mais grave ou na ocorrência das mesmas hipóteses que ensejam a sentença aditiva de princípio, com a diferença de que as sentenças aditivas de princípio apresentam uma fórmula legislativa de conformação à Constituição, ao passo em que a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade (Abboud *apud* Pinardi, 2020, p. 681); (iii) *sentenças aditivas em sentido estrito* – envolvem a adição de conteúdo com o fito de tornar a lei adequada à Constituição (Abboud, 2020, p. 682).

As *sentenças substitutivas* são aquelas compostas por duas partes, em que uma é proveniente da declaração de inconstitucionalidade da norma e a outra é a proveniente da pronúncia do complemento normativo constitucionalmente conforme cuja propósito será o de substituir a norma declarada inconstitucional (Abboud, *apud* Cerri, 2020, p. 684).

Os requisitos para a prolação das *sentenças manipulativas (aditivas e substitutivas)* são uma declaração prévia de inconstitucionalidade da norma, ou seja, o exercício de controle de constitucionalidade, na modalidade concentrada ou difusa, e o efeito aditivo da decisão manipulativa deverá provir de hipóteses constitucionalmente vinculadas, com fundamento direto do texto constitucional cuja incidência se faz como obrigatória. (Abboud *apud* Cerri, 2020, p. 694)

As *sentenças limitativas* tratam da hipótese de modulação de efeitos na decisão de inconstitucionalidade, consistente na possibilidade de quebra do efeito *ex tunc* das declarações de inconstitucionalidade, tendo em vista razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social, conforme previsão expressa no artigo 27 da Lei nº 9.868/99<sup>129</sup>.

Deveras, podem ocorrer situações em que a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc* poderá acarretar a violação ou restrição de direitos fundamentais, de maneira tal que esta declaração de inconstitucionalidade com efeitos retroativos pode gerar outras situações de inconstitucionalidade, o que seria contraprodutivo e inconforme ao sistema constitucional, que se funda no propósito de se conferir máxima efetividade e concretização à Constituição. Um exemplo interessante a respeito da problemática relativa à atribuição indistinta de efeitos retroativos às declarações de inconstitucionalidade diz respeito à hipótese de desconstituição de uma série de atos/negócios jurídicos praticados previamente por particulares sob a égide de lei posteriormente declarada inconstitucional, caso em que o seu desfazimento poderá violar a segurança jurídica e a boa-fé objetiva. (Abboud, 2020, p. 746)

Neste sentido, Pandolfo (2020) assim afirma:

A incompatibilidade de uma norma com o ordenamento constitucional atinge a sua validade, identificada como sua existência perante um sistema com o qual deve guardar relação de pertinência. Sendo inválida, a norma não poderia e não deveria produzir efeitos.

Ocorre que a presunção é a constitucionalidade das normas, e não o contrário. Sendo assim, o reconhecimento de sua incompatibilidade com o sistema muitas vezes tem lugar quando seus efeitos – nascidos dos atos concretos de aplicação – correspondem a atos vivenciados pelo teatro da vida. Contratos firmados, custos estabelecidos, direitos nascidos e confiança na inalterabilidade do passado materializam um plexo de relações juridicamente tuteláveis. A preservação da segurança jurídica e a vedação do enriquecimento ilícito constituem eixos fundamentais do estado de direito, assim como o controle de constitucionalidade.

---

<sup>129</sup> “Este é exatamente o ponto mais importante: a modulação de efeitos não pode representar uma abertura interpretativa dada ao Judiciário, para que este delimite de forma arbitrária (discricionária) os efeitos da decisão de inconstitucionalidade. Nesse sentido, as críticas que possam ser realizadas em relação a tal tema não se direcionam ao instituto da modulação (isto é, diretamente a sua criação, a sua incorporação ao sistema constitucional brasileiro), mas aos requisitos, aos critérios verificadores da possibilidade de modulação e, para além disso, ao modo como essa será “realizada”, que não pode ficar ao alvedrio do julgador, que deve restar atrelado a “pesadas correntes” hermenêuticas, que, ao mesmo tempo, autorizam e obrigam a empreender a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade com o fito de garantir e promover os direitos fundamentais.” (Streck, 2019, p. 434)



Se a inconstitucionalidade é a doença a ser extirpada e a declaração de inconstitucionalidade, o remédio criado pelo ordenamento para esse desiderato, não se pode conceber que os efeitos da decisão de inconstitucionalidade tragam consequências mais danosas aos cidadãos que os decorrentes da própria norma inconstitucional. (p. 240)

Sob essa ótica, tem-se que a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade deverá ser realizada primordialmente para assegurar os direitos fundamentais. Deste modo, o interesse público não deve(ria) ser utilizado como justificativa para a modulação de efeitos, sem a demonstração de violação aos direitos fundamentais, devendo ocorrer a superação do mito do interesse público sobre o interesse privado, em razão de ser oriundo de uma concepção em que o Estado se coloca em um plano superior à sociedade<sup>130</sup>. Convém, ainda, ressaltar que o interesse social, previsto na redação do artigo 27 da Lei nº 9.868/99, está ligado à ideia de promoção dos direitos fundamentais em benefício da sociedade, o que quer dizer que a modulação de efeitos sob o fundamento do interesse social deve vir fundamentada na preservação dos direitos fundamentais dos cidadãos e não em um interesse abstrato do Estado<sup>131</sup>, operando-se uma confusão conceitual entre interesse público e interesse social. (Abboud, 2020, p. 757-758)

Pois bem. A visão dos pontos fundamentais relativos à coisa julgada e às sentenças constitucionais serão de fundamental importância para a exploração do problema relativo à cessação da eficácia da coisa julgada nas relações jurídico-tributárias sucessivos em razão do exercício de controle de constitucionalidade, seja em controle concentrado ou difuso (padrões decisórios vinculantes), a respeito de exações tributárias, posto que envolvem sobretudo o revolvimento dos mais importantes temas circunspectos à jurisdição constitucional.

### 3.5. Doutrina dos precedentes e padrões decisórios vinculantes

---

<sup>130</sup> “Os direitos fundamentais apresentam duplo âmbito de vinculação, posto que, ao mesmo tempo em que os particulares são os sujeitos ativos desses direitos, em determinados momentos, eles poderão ser os sujeitos passivos (destinatários) diretos deles. Assim, os direitos fundamentais pertencem aos particulares permitindo sua oponibilidade contra o Poder Público, bem como contra outros particulares, estabelecendo entre eles verdadeiras relações jusfundamentais.

A fórmula que postula a sempre primazia do interesse público sobre o particular é uma simplificação errônea e frequente do problema que existe entre o interesse público e os direitos fundamentais. O erro consiste justamente porque os direitos fundamentais são constitutivos tanto para o indivíduo como para a comunidade. Portanto, são constituídos não apenas em favor do indivíduo, porquanto cumprem uma função social e constituem o fundamento funcional da democracia”. (Abboud, 2020, p. 748)

<sup>131</sup> “32. A modulação de efeitos – mesmo a fundada na preservação do interesse social – nunca pode ser realizada para preservar interesses do Poder Público, mas apenas os direitos fundamentais dos particulares. Isso porque os direitos fundamentais são limites para a atuação de qualquer Poder Público, inclusive o Poder Constituinte, com maior razão não podem ser suprimidos ou restringidos com fundamento em uma suposta primazia do interesse público por meio de decisão de inconstitucionalidade que venha a privilegiar o interesse do Poder Público, em detrimento dos direitos dos jurisdicionados.” (Abboud, 2020, p. 788)

A doutrina dos precedentes teve sua origem na tradição jurídica do *common law*, de origem na Inglaterra cuja formação ocorreu a partir da conquista da Inglaterra pelos normandos, no ano de 1066, o que levou ao fim do tribalismo que subsistia na região, com o surgimento do regime feudalista naquele país. (David, 2002, p. 358)

Sobre o conceito de *common law*, traz-se a seguinte definição (David, 2002):

*A comune ley ou common law é, por oposição aos costumes locais, o direito comum a toda a Inglaterra. Este direito, em 1066, não existe. A assembleia dos homens livres, chamada County Court ou Hundred Court, aplica o costume local, isto é, limita-se, de acordo com este costume, a decidir qual das partes deverá provar a verdade das suas declarações, submetendo-se a um meio de prova que não tem nenhuma pretensão de ser racional. Continuando, em princípio, a ter competência depois da conquista, as Hundred Courts ou County Courts serão pouco a pouco substituídas por jurisdições senhoriais de um novo tipo (Courts Baron, Court Leet, Manorial Courts); mas estes estatuirão igualmente com base na aplicação do direito costumeiro eminentemente local. As jurisdições eclesiásticas instituídas depois da conquista aplicam o direito canônico comum a toda a cristandade. A elaboração da comune ley, direito inglês e comum a toda a Inglaterra, será obra exclusiva dos Tribunais Reais de Justiça, vulgarmente designados pelo nome do lugar onde vão estabelecer-se a partir do século XIII, Tribunais de Westminster. (p. 359)*

O *common law*, mesmo anteriormente ao surgimento da doutrina dos precedentes, sempre se baseou na casuística, ou seja, os juízes analisavam as decisões prévias com o intuito de alcançar o deslinde da demanda que lhes era submetida. A sua estruturação não era oriunda de uma doutrina ou ciência do direito, mas através da sua prática cotidiana<sup>132</sup>, sendo as decisões judiciais consideradas como as principais fontes de direito, posto que, embora a lei exista e seja obrigatória nesta tradição jurídica, ela não é considerada a via normal de manifestação Direito. (Streck, Abboud, 2014, p. 27 e 39)

Assim, o elemento caracterizador da *common law* reside no fato de que a sua maior parte de sua produção não é oriunda do Parlamento, mas do trabalho de juízes aplicando as regras consuetudinárias estabelecidas aos casos submetidos à sua apreciação, motivo pelo qual o princípio que respalda a doutrina dos precedentes é o de que o juiz deverá aplicar o direito existente, o que se traduz na exigência de que se sigam o precedente de decisões anteriores que formularam o direito conforme tal tradição jurídica. (Streck, 2019, p. 10)

Neste ponto, cabe esclarecer que a doutrina dos precedentes, que teve sua origem no século XVII, difere da doutrina dos precedentes obrigatórios, ou *stare decisis*<sup>133</sup>, que teve sua origem no século XIX. A origem da doutrina dos precedentes deveu-se por influência do

<sup>132</sup> “O Direito inglês não é um Direito de Universidades, nem um direito dogmático, consiste em um Direito de processualista e de práticos. O grande jurista na Inglaterra é o juiz, oriundo da fileira dos práticos, e não o professor da Universidade, até mesmo porque, outrora, somente uma minoria de juristas estudava nas universidades, nenhum dos grandes juízes do século XIX possuía título universitário.” (Streck, Abboud *apud* Terré, Caenegem, 2014, p. 21)

<sup>133</sup> “A regra do precedente (ou *stare decisis*) se explica pelo adágio *stare decisis et non quieta movere*, isto é, continuar com as coisas decididas e não mover as “coisas quietas”. (Streck, Abboud, 2014, p. 33)

método experimental proposto por Robert Boyle, que se contrapôs ao cientificismo de Thomas Hobbes, e influenciou a filosofia do direito de Matthew Hale, cujo qual afirmava que a validade dos princípios legais dependia da repetição e validação dos membros da comunidade, da mesma forma tal como ocorria com as ciências naturais. Com a formação desta dimensão filosófica para a história do *common law* inglês, foram lançadas as premissas históricas do *historical jurisprudence*, assim como a concepção de que o precedente judicial deveria ser fonte imediata de direito, ao lado da equidade e da legislação. (Streck, Abboud, 2014, p. 38-39)

A respeito das origens e definição sobre o que consiste a doutrina dos precedentes, Streck, Abboud (2014) assim afirmam:

O termo precedente foi utilizado pela primeira vez em 1557. A doutrina dos precedentes consiste em teoria que alça as decisões judiciais como fonte imediata do Direito junto à equidade e legislação. Dessa maneira, a doutrina dos precedentes vincula as Cortes no julgamento dos casos análogos. Essa doutrina, para ser aplicada, demanda dos juízes a avaliação de quais razões jurídicas foram essenciais para o deslinde das causas anteriores. Os fundamentos jurídicos que foram imprescindíveis para a solução da demanda constituem a *holding*, já o que não foi essencial é mera *dictum* que deve ser desconsiderada no julgamento dos casos futuros. Todavia, uma vez detectada a *holding*, ela constituirá a *rule of law* que vinculará os casos futuros. (p. 39-40)

Já os precedentes obrigatórios (*stare decisis, case law*) tiveram o seu surgimento específico a partir do sistema denominado de *Law Reports*, cujo início foi datado no ano de 1865, por ocasião das reformas no direito inglês do século XIX<sup>134</sup>. (Streck, 2019, p. 10)

O caso que historicamente surge como o primeiro caso em que foi expressa a adesão obrigatória ao precedente (*stare decisis*) na Inglaterra foi o caso *Beamish vs. Beamish*, no ano de 1861, onde foi expresso na decisão sobre o caso proferida pelo *House of Lords* que a *ratio decidendi* proferida na decisão em caso anterior, *Queen vs. Mill*, possuía caráter vinculante sobre a decisão que se estava a adotar. (Câmara, 2018, p. 15)

No período compreendido entre este primeiro caso até o ano de 1966 a adesão aos precedentes obrigatórios era de forma absoluta no Direito Inglês, impossibilitando que a

---

<sup>134</sup> “No que se refere ao direito substantivo, realizou-se uma notável obra clarificadora (ab-rogação de leis em desuso) e ordenadora (consolidation), libertando o direito inglês de soluções arcaicas e esforçando-se, em vários domínios, por apresentar sistematicamente as suas regras. A importância da obra de legislação, realizada no século XIX, não fez o direito inglês perder o seu aspecto tradicional: não intervém nesta obra nenhuma codificação concebida à maneira francesa, e o desenvolvimento do direito inglês mantém no essencial a obra dos tribunais; o legislador oferece-lhes novas possibilidades e lhes indica novas orientações, mais do que cria ele próprio, na realidade prática, um direito novo. Já nenhum autor tem a ambição, como outrora Glanvill, Bracton, Coke e Blackstone, de descrever o conjunto de um direito que reflita a complexidade das relações na civilização moderna. Os instrumentos essenciais para o conhecimento do direito inglês são, desde então, no que diz respeito à jurisprudência e legislação, a nova coleção dos *Law Reports* (criada em 1865), e no que se refere à exposição sistemática do direito inglês, a enciclopédia das *Laws of England*, publicada sob a direção de Lorde Halsbury”. (David, 2002, p. 378)

*House of Lords* os modificassem em qualquer hipótese. Por meio da edição *House of Lords Practice Statement* passou-se a admitir a superação (*overruling*) dos precedentes, caso haja razões de justiça para tanto. (Câmara, 2018, p. 16)

Já nos Estados Unidos da América, a adesão vinculante aos precedentes sempre ocorreu dentro da sua tradição jurídica de *common law*, devendo ser levado em consideração o elemento fragmentador pertinente ao direito norte-americano, tendo em vista a existência de certa autonomia jurídica de cada estado federada do país, diferentemente do que ocorre na Inglaterra, marcada pela centralização e unificação do seu direito. (Viana, Nunes, 2018, p. 39)

Cumprе afirmar, neste ponto, que a adesão aos precedentes judiciais no *common law* ocorre sobre a *ratio decidendi*, o que quer dizer que não são as decisões em si que se constituem como precedentes, mas os fundamentos jurídicos determinantes destas decisões. Neste sentido, Streck (*apud* Jauregui, 2019) aponta que:

É relevante frisar, em síntese, que o juiz não se remete às decisões precedentes como simples orientação ou guia, mas sim que está obrigado a aplicar as regras legais contidas em tais decisões. É importante ressaltar, nesse sentido, lembra Jauregui, que os precedentes se aplicam somente aos pontos ou questões de direito, ainda que em alguns casos as questões de direito estejam diretamente inter-relacionadas com os fatos. Por outro lado, o princípio legal no qual se baseia um precedente deve ser essencial para a decisão a tomar. Essa parte substancial do princípio legal é chamada de *ratio decidendi* do caso. A ideia principal é que a aplicação da lei a determinado conjunto de fatos sempre é baseada em um princípio legal que dá suporte à decisão. Esse princípio constitui o elemento vinculante. Isso não significa necessariamente que a *ratio* pode ser encontrada sempre no que está estabelecido na regra que aparece na sentença da Corte que se aplica ao caso particular, uma vez que é também um princípio estabelecido que *os casos são unicamente vinculantes em relação a outros casos quando estes são precisamente similares (precisely similar)*. O mesmo autor alerta, ainda, para o fato de que não é o mesmo dizer “similar” e “precisamente similar”, já que, neste último caso, se estreita a possibilidade interpretativa do julgador. Isso é bastante comum na lei inglesa, que, com frequência, utiliza palavras e expressões como *beyond reasonable doubt*, *fairness*, *equity*, que têm um conteúdo semântico muito amplo e que, porém, ao mesmo tempo, limitam o arbítrio do intérprete. (p. 11-12)

Estes são as bases pelas quais se fundam o sistema de precedentes judiciais nos países de tradição de *common law*, especificamente Estados Unidos e Inglaterra. Em relação aos países que adotam a tradição jurídica do *civil law* (romano-germânica)<sup>135</sup>, é possível chegar à

---

<sup>135</sup> “A família romano-germânica tem atrás de si uma longa história. Liga-se ao direito da antiga Roma, mas uma evolução mais que milenar afastou, de modo considerável, não só as regras substantivas e de processo, mas a própria concepção que se tem do direito e da regra do direito, da que era admitida no tempo de Augusto ou de Justiniano. Os direitos da família romano-germânica são os continuadores do direito romano, cuja evolução concluíram; não são de modo algum cópia deles, tanto mais que muitos de seus elementos derivam de fontes diversas do direito romano.

A família de direito romano-germânica está atualmente dispersa pelo mundo inteiro. Ultrapassando largamente as fronteiras do antigo Império Romano, ela conquistou, particularmente, toda a América Latina, uma grande parte da África, os países do Oriente Próximo, o Japão e a Indonésia. Esta expansão deveu-se em parte à colonização, em parte às facilidades que, para uma recepção, foram dadas pela técnica jurídica de *codificação*, geralmente adotada pelos direitos românicos no século XIX.” (David, 2002, p. 33-34)

constatação de que há a adoção, sim, dos precedentes judiciais, cuja eficácia pode ser persuasiva ou vinculante. (Câmara, 2018, p. 28)

No caso do Brasil, em que pese a sua nítida vinculação ao *civil law*, é possível notar a influência que a doutrina dos precedentes obrigatórios (*stare decisis*) exerceu quando da elaboração do seu próprio sistema de provimentos judiciais vinculantes<sup>136</sup>.

O contexto pelo qual levou ao Brasil sucessivamente à adoção dos provimentos judiciais vinculantes (ou padrões decisórios vinculantes), que culminou com a vigência dos artigos 927 a 929 do Código de Processo Civil de 2015, se revela diante da existência de uma jurisprudência instável (jurisprudência lotérica), caracterizada pela divergência entre decisões proferidas por tribunais distintos, pelo mesmo tribunal e até mesmo ocorrem decisões distintas proferidas pelo mesmo julgador, ocasionando grave insegurança jurídica às partes, que não possuem o mínimo de previsibilidade de como será o julgamento do mérito ao ingressarem com ações judiciais (Câmara, 2018, p. 61). Em complemento, outras decorrências diretas desta jurisprudência lotérica é a ocorrência da chamada discricionariedade judicial, além da multiplicação de ações propostas perante o Judiciário, que alcança um volume numérico sem paralelo em qualquer outro lugar do mundo, levando a um estado de coisas em que há uma sobreposição da *efetividade quantitativa* sobre a *efetividade qualitativa* da prestação jurisdicional<sup>137</sup>.

Sobre este fenômeno, Viana, Nunes (*apud* Souza, Duxbury, 2018) assim afirmam:

No Brasil o julgado mais relevante é o mais recente, com desprezo ao passado de aplicação e os julgadores, com recorrência, não mantêm coerência nem com suas próprias decisões (dever de autorreferência). Há, com isso, uma total imprevisibilidade da atividade judicante e um enorme espaço de “discricionariedade”, deixando uma sensação de que os outros sujeitos processuais simplesmente figuram alegoricamente, sem que de maneira efetiva lhes sejam franqueadas oportunidades de participação e coconstrução argumentativa do pronunciamento de forma real.

Atualmente, verifica-se uma resistência dos julgadores, especialmente das Cortes Superiores, em recuperar o histórico institucional das decisões passadas e analisá-lo de maneira crítica, mantendo os bons precedentes e modificando os entendimentos que não mais se sustentam (ou estejam

<sup>136</sup> Pode-se, então, afirmar que o fato de o Direito brasileiro vir – de algum tempo para cá – adotando a técnica dos precedentes como padrões decisórios não implica dizer que se tenha, com isso, levado o ordenamento jurídico brasileiro a afastar-se da tradição de *civil law* em que foi moldado, mas, tão somente, que houve uma influência horizontal do *common law*. Daí se extrai, então, que será preciso compreender como a técnica dos precedentes se aplica no ordenamento jurídico brasileiro, a partir da compreensão do Direito que se tem no Brasil, construída a partir da cultura brasileira, levando-se em conta o modo como no Brasil se pensam o Direito e o processo (o que, evidentemente, não leva a negar a possibilidade de buscar-se, na doutrina jurídica formada à luz da tradição de *common law*, relevantes subsídios para compreender-se a técnica de utilização dos precedentes). (Câmara, 2018, p. 59)

<sup>137</sup> “A efetividade quantitativa é tão importante quanto a qualitativa, e os movimentos para a melhoria das decisões precisam receber a mesma atenção que a otimização da prestação jurisdicional pelos tribunais brasileiros têm recebidos nas últimas décadas. O respeito pelo artigo 926 seria um bom começo que não só tem o potencial de reduzir o número de processos, como também de melhorar a qualidade das decisões e efetivar, de vez, a exigência – legal – de coerência e integridade do sistema jurídico brasileiro. (Streck, 2023, p. 178)

equivocados em dimensão normativa), o que potencializa a litigância ao não se atacar a completa ausência de previsibilidade que contamina a jurisprudência brasileira, além de representar uma atitude não cooperativa. A propósito, um dos significados da cooperação (hoje norma fundamental do CPC/2015) consiste exatamente na coerência com o passado de um tribunal, quando os entendimentos pretéritos não forem passíveis de mudança.

Esse problema de dispersão de entendimentos é recorrente no Brasil desde o período imperial e inicial da república e precisa ser enfrentado pelos tribunais de modo que se criem novos modos de se conhecer (mediante pesquisas periódicas de como vêm julgando os casos mais recorrentes) e de se publicizar seus julgados com maior clareza de seus fundamentos determinantes para que os julgadores estructurem um novo modo de fundamentar mais racional e vocacionado ao aumento da eficiência e legitimidade. A ignorância de como julgam os casos (qual é a história institucional), sem dúvidas, é um fator decisivo para a anarquia interpretativa, que induz dispersão e a litigância sem fundamentação adequada. (p. 26)

Precedente, assim, pode ser caracterizado como uma decisão judicial que contenha “a potencialidade de servir como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e dos magistrados” (Marinoni, 2019, p. 153). Gonçalves (2020, p. 30) traz a seguinte definição para precedente judicial: “Em sentido próprio, o precedente judicial é uma decisão proferida por um órgão do Poder Judiciário, com força normativa, e que deve ser respeitado pelos demais órgãos da estrutura judiciária quando do julgamento dos casos futuros com similitude fática”. Já Ferraz (2017, posição 3719) traz a seguinte definição de precedente judicial: “Sob o aspecto material, são decisões que, por terem solucionado controvérsias por meio da interpretação do direito, projetam-se como pontos de referência sobre decisões de outros juízes”.

Ainda sobre o significado de precedente, Streck, Abboud (2014) trazem a seguinte reflexão:

O precedente, assim, terá dois níveis de análise: em um primeiro momento, o precedente é uma decisão de um Tribunal com aptidão a ser reproduzida-seguida pelos tribunais inferiores, entretanto, sua condição de precedente dependerá de ele ser efetivamente seguido na resolução de casos análogos-similares. Ou seja, não há uma distinção estrutural entre uma decisão isolada e as demais decisões que lhe devem “obediência hermenêutica”. Há, sim, uma diferença qualitativa, que sempre exsurgerà a partir da *aplicatio*. Do mesmo modo como não existe uma questão de fato e uma questão de direito, também não se pode falar de um precedente sem possibilidade de capilarização sistêmica. (p. 41)

O significado do precedente é encontrado na *ratio decidendi* (também conhecida como *holding* nos Estados Unidos da América), nas razões de decidir de certa maneira ou nas razões adotadas para a fixação do dispositivo, configurando-se na tese jurídica ou interpretação da norma na decisão (pontos de direito). A *ratio decidendi* não se confunde com a fundamentação, mas nela está inserida, não bastando apenas olhar para o dispositivo da decisão. (Marinoni, 2019, p. 158)

*Obter dictum*, por sua vez, trata-se das questões constantes da decisão que são desnecessárias ou irrelevantes para o deslinde da demanda, não compondo a *ratio decidendi/holding*, nem sendo útil para a formação de um precedente<sup>138</sup>.

Os *precedentes persuasivos* são aqueles que, ausentes de vinculatividade/obrigatoriedade, servem de constrangimento para os juízes em favor de uma determinada tese jurídica, devendo o magistrado, sim, considerar o precedente, ainda que para rejeitá-lo, empregando a adequada justificativa. Utilizando-se a parte de um precedente persuasivo como argumento em favor de sua pretensão, na hipótese de omissão em sua análise, a decisão deverá ser passível de nulidade. (Marinoni, 2019, p. 90-91)

Sobre a distinção entre *precedentes persuasivos* e *precedentes obrigatórios*, Ferraz (2017) traz as seguintes elucidações:

Os precedentes obrigatórios devem ser seguidos independentemente da vontade do órgão decisor do caso em julgamento e do seu convencimento quanto à correção da decisão anterior. Para afastar a sua aplicação, será necessário lançar mão de técnicas de exceção, demonstrando-se que a situação em análise é diferente do caso paradigma de onde emanou o precedente (técnica do *distinguishing*), que o precedente foi anulado pela Corte competente, ou, mesmo, que resultou superado em razão de circunstâncias supervenientes (*overruling*), entre outras circunstâncias que possam justificar a não incidência.

Já os precedentes de natureza persuasiva, embora se espere que sejam observados, pela legitimidade que se reconhece aos órgãos de onde emanam, não obrigam a que se tome a decisão no mesmo sentido, servindo como argumentação a ser empregada para decisão do caso subsequente, diante do respeito que se deve dedicar às decisões de Cortes paralelas ou mesmo superiores, no exercício de determinadas competências. Ilustram, auxiliam a conferir força aos argumentos e proveem maior suporte à decisão, mas não vinculam. (posição 3769)

Para Mitidiero, os precedentes são sempre vinculantes/obrigatórios<sup>139</sup>, na medida em que eles não se prestam apenas a ser ilustração ou medida persuasiva, mas que resultam de “interpretações de textos dotados de autoridade jurídica ou de elementos não textuais integrantes da ordem jurídica formulada por cortes encarregadas de dar a última palavra sobre o significado do direito constitucional ou do direito federal”. (Mitidiero, 2021, p. 31)

Em contrapartida, Câmara sustenta a possibilidade da existência de precedentes persuasivos, apontando que na tradição jurídica do *common law* se reconhece a existência de

<sup>138</sup> “O precedente possui uma *holding*, que irradia o efeito vinculante para todo o sistema. Isso não está na Constituição, nem na lei, e, sim, na tradição. Para a vinculação, a matéria (o caso) deve ser similar. A aplicação não se dá automaticamente. Nesse sistema, sempre cabe examinar se o princípio que se pode extrair do precedente constitui a fundamentação da decisão ou tão somente um *dictum*.”

Portanto, também nos EUA – e não poderia ser diferente – texto e norma não são a mesma coisa. Somente os fundamentos da decisão possuem força vinculante. O *dictum* é apenas uma observação ou opinião. Mas o mais importante a dizer é que os precedentes são “feitos” para decidir casos passados; sua aplicação em casos futuros é incidental.” (Streck, Abboud, 2014, p. 33)

<sup>139</sup> “Precedentes são razões jurídicas necessárias e suficientes que resultam da justificação das decisões prolatadas pelas Cortes Supremas a pretexto de solucionar casos concretos e que servem para vincular o comportamento de todas as instâncias administrativas e judiciais do Estado Constitucional e orientar juridicamente a conduta de todos os indivíduos e da sociedade civil.” (Mitidiero, 2021, p. 31)

precedentes não vinculantes e no ordenamento jurídico pátrio essa distinção ocorre no que tange ao modo como os precedentes são produzidos, exigindo os padrões decisórios vinculantes uma participação qualificada e fundamentações especiais para legitimar tal vinculação. (Câmara, 2018, p. 132)

Os precedentes podem ser dotados de eficácia vertical e eficácia horizontal. A eficácia vertical diz respeito ao dever de respeito pelos precedentes oriundos da Cortes Superiores pelos Tribunais e juízes inferiores, que a ele estarão vinculados. A eficácia horizontal trata da necessidade de respeito aos precedentes pelas próprias Cortes Superiores que o formularam. (Marinoni, 2019, p. 91)

Para que se verifique se, diante de um caso concreto, se está diante de uma situação de aproveitamento ou afastamento de determinado precedente, afigura-se como fundamental proceder-se à extração da sua *ratio decidendi*. Isso possibilitará que se determine se o caso anterior, em primeiro lugar, configura-se realmente como um precedente e se há ou não as similaridades que justifiquem a adoção do precedente ao caso concreto sob análise. (Viana, Nunes, 2018, p. 374)

A identificação da *ratio decidendi* do precedente, conforme o acesso hermenêutico ao direito, não tem o condão de impedir o processo interpretativo dos atores jurídicos. A determinação do peso ou importância do precedente para o caso concreto cujo qual se busca a solução ocorre dentro de um processo hermenêutico, em que o precedente é submetido ao processo compreensivo e o seu significado é (re)produzido à luz da fusão de horizontes com o novo caso a fim de verificar a sua adequação para servir como um precedente enquanto tal.

Neste sentido, Viana, Nunes (2018) assim discorrem:

Como se depura das aludidas técnicas de investigação da *ratio decidendi*, o que se pode concluir é que eventuais tentativas de simplificação da temática – corriqueiras no dia a dia da prática judiciária, em que petições diversas dos advogados e decisões judiciais são inspiradas e confeccionadas com a transcrição excessiva de julgados, ementas ou trechos de ementas, súmulas – colidem com a imprescindibilidade de uma séria investigação da *ratio*, bem como com as garantias constitucionais que regem o processo. Portanto, a identificação da *ratio decidendi* constitui um passo elementar da dinâmica do direito jurisprudencial que se pretenda (re)fundar no Brasil, exigindo-se dos sujeitos processuais a atuação voltada ao cotejo entre *ratio decidendi* do caso precedente e fatos do caso presente. (p. 382)

Dentro desta temática, surgem as técnicas da distinção (*distinguishing*) e da superação (*overruling*). Por meio da distinção, são identificados padrões de distanciamento entre o caso passado e o presente, para efeitos de se determinar ou não a incidência do caso passado como um precedente do caso presente (Viana, Nunes, 2018, p. 383). Tais distinções podem ser suficientes ou não para afastar a incidência do precedente no caso concreto, cabendo aqui a



indicação dos motivos pelos quais não há as similaridades entre os casos capaz de ensejar a adoção do precedente<sup>140</sup>. (Marinoni, 2018, p. 227)

A superação vai além da distinção entre o precedente e o caso concreto, consistindo na sua não manutenção, na medida em que a sua adoção não se torna mais suportável por questões de equívoco ou desgaste. Esta superação poderá ser total quando a adoção do precedente deixa de ser suportada em sua integralidade. A superação, ademais, poderá ser parcial quando o precedente é alterado para que se produza resultado com ele compatível (transformação) ou seu âmbito de incidência é redefinido (reescrito). Tendo em vista que a superação do precedente implica na afirmação de sua inaptidão, tem-se que a temática da sua superação deverá ser expressamente indicada na fundamentação, com a presença de fundamentação substancial e contraditório efetivo. (Mitidiero, 2018, p. 54-56)

A alteração do precedente oriunda da superação poderá, ainda, ter eficácia retroativa ou prospectiva. A eficácia retroativa dá-se nos casos em que a adoção do novo precedente oriundo da alteração da jurisprudência que levou à superação do precedente anterior ocorre na solução de casos anteriores ao seu surgimento, ou seja, ele torna-se aplicável a todos os casos pendentes, cuja única limitação dar-se-á em virtude da existência de coisa julgada em sentido contrário. Neste sentido, o §4º do art. 927 do CPC prescreve que “a modificação do enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia”. (Mitidiero, 2018, p. 61)

Via de regra, a superação do precedente ocorrerá retroativamente, porém há a possibilidade de a superação do precedente ocorrer prospectivamente (*prospective overruling*). Sobre o assunto, Mitidiero (2018, p. 61) afirma que: “Aplicar o precedente prospectivamente significa manter todos os fatos anteriores à superação sobre o abrigo do precedente anterior, aplicando o novo precedente apenas para o futuro”. Ainda conforme o mesmo autor, há a necessidade de diferenciação entre a superação para frente, ligada à sistemática dos precedentes judiciais, e a modulação de efeitos, ligada à temática do controle de constitucionalidade. A superação para frente teria como objetivo de proteger a segurança

---

<sup>140</sup> “Na hipótese em que a pretensão do autor, em tese, puder conflitar com um dos padrões decisórios enumerados no art. 927, por exemplo, cabe ao advogado extrair a *ratio decidendi* do referido padrão. Deve ainda indicar os motivos pelos quais o destino do próprio caso não deve se dar com base no que fora anteriormente decidido. Caberá, na confecção da petição inicial, preferencialmente no tópico da exposição dos fatos, formular item próprio voltado à demonstração do *distinguishing* (distinção).” (Viana, Nunes, 2018, p. 385)

jurídica, a igualdade e a liberdade, ocorrendo nas hipóteses em que a adoção retroativa do precedente venha a ser mais gravosa, vindo a regular casos cujos quais a parte se autodeterminou levando em consideração o precedente anterior, que oferecia uma solução diametralmente oposta ao novo precedente, frustrando a confiança legitimamente depositada e, portanto, a causar uma surpresa injusta. A modulação de efeitos, por sua vez, estaria ligada às decisões de controle de constitucionalidade e sua finalidade remeteria à manutenção dos efeitos de uma lei declarada inconstitucional do que os suprimir completamente, por meio de atribuição de efeitos *ex tunc* a uma decisão de inconstitucionalidade de determinada norma jurídica<sup>141</sup>. (Mitidiero, 2018, p. 61 e 75)

Colocadas estas questões essenciais a respeito da doutrina e das características dos precedentes judiciais, cabe agora trazer a discussão sobre se os dispositivos dos artigos 926 a 929 do Código de Processo Civil de 2015 podem ser considerados como um sistema de precedentes ou eles devem ser compreendidos como um sistema de vinculação jurisprudencial, não existindo, para esta corrente, um sistema de precedentes no Brasil.

Acerca daqueles que entendem que o Código de Processo Civil de 2015 trouxe de fato um sistema de precedentes ao Brasil, Viana, Nunes (*apud* Cramer, 2018) destacam as seguintes correntes de pensamento:

Pela primeira corrente, o art. 927 contém um rol de precedentes vinculantes, valendo-se, segundo Ronaldo Cramer, de um critério prioritariamente semântico. A segunda corrente, por sua vez, defende a inexistência de precedentes vinculantes no art. 927, sendo de fato vinculantes, apenas aqueles acobertados pela proteção da reclamação. A terceira corrente considera que o art. 927 não teria o condão de estabelecer força vinculante aos “precedentes” ali listados, mas apenas exige, dos juízes e tribunais, a observância dos precedentes, embora o seu defensor reconheça a força vinculante em razão do próprio regime de cada um dos “precedentes”. Pela tese da quarta corrente, a tentativa de estipulação de força vinculante aos precedentes enumerados no art. 927 seria inconstitucional, na medida em que somente o texto constitucional poderia agasalhar outras hipóteses de vinculatividade, a exemplo do que ocorre com os efeitos das decisões em controle direto de constitucionalidade e ainda no caso das súmulas vinculantes. A mera alteração da legislação ordinária (Código de Processo) não teria força alterar o estado das coisas, exigindo-se, por conseguinte, o atendimento ao devido processo legislativo-constitucional de emenda à Constituição. Os adeptos da quinta e última corrente, por sua vez, não se satisfazem com o rol dos precedentes contidos no art. 927, pois, segundo Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Arenhart e Daniel Mitidiero, quaisquer decisões emanadas das Cortes Supremas (STJ e STF) são hábeis a serem consideradas precedentes obrigatórios. Em suma, os precedentes vinculantes/obrigatórios não estão contidos apenas no rol do art. 927, mas, em verdade, decorreriam de

---

<sup>141</sup> “Guimarães Rosa termina o *Grande Sertão* em uma palavra – Travessia. Para que seja a mais suave e com os menores percalços, nossa ordem jurídica prevê a superação para frente e a modulação de efeitos. São metas importantes, sobretudo porque – no Direito e na vida – fazer planos e conviver com desacertos são parte do dia a dia.

A fim de que essa passagem possa ser a mais segura possível, porém, é preciso bem identificar cada uma dessas técnicas. O emprego de uma por outra pode levar a um desvio sem saída para o Estado de Direito. Em uma estrada adequadamente sinalizada, o risco de se perder é menor. Guardando-se a *superação* para a proteção da confiança legítima e a *modulação* para uma segura contenção do estado de coisas inconstitucional, indica-se um caminho de maior respeito à Constituição e aos direitos fundamentais.” (Mitidiero, 2018, p. 83)

qualquer decisão dessas Cortes, sendo as únicas hábeis à formação de precedentes, de modo que a força vinculativa decorreria da autoridade desses órgãos (entendidos como cortes supremas). (p. 215-216)

Além das mencionadas correntes de pensamento a respeito da instituição de um sistema de precedentes no Brasil pelo Código de Processo Civil de 2015, há também mais uma corrente de pensamento que considera que não há no Brasil um sistema de precedentes, mas, sim, um sistema de vinculação jurisprudencial, cujas características são essencialmente distintas daquelas próprias da teoria de precedentes. Os principais autores a sustentar essa tese são Lênio Streck e Georges Abboud.

A primeira questão apontada por esta corrente reside no fato de que a doutrina dos precedentes surgiu fruto de um desenvolvimento histórico pelos países do *common law* que perdurou muitos séculos, havendo grandes problemas na implementação pela via legislativa de um sistema de precedentes<sup>142</sup>.

Outro ponto diz respeito aos mecanismos vinculatórios previstos no artigo 927 do CPC irem na contramão da principal característica de um sistema de precedentes, que é a sua flexibilidade, ou seja, por meio dos mecanismos de *distinguishing* e *overruling* um precedente pode ser superada se assim recomendar, ao passo que os mecanismos vinculatórios brasileiros não contêm previsão adequada de superação de precedentes, sendo a sua aplicação obrigatória aos casos futuros<sup>143</sup>.

A aplicação dos mecanismos vinculatórios, para essa corrente, tem a pretensão de ser subsuntiva e não hermenêutica/interpretativa, tal como ocorre com os precedentes judiciais oriundos do *common law*. As teses formuladas nos provimentos vinculantes buscam uma universalização e generalização conceitual, desconsiderando a singularidade dos casos. Com o intuito de alcançar efetividades quantitativas, promoveria-se a instituição de provimentos vinculatórios, a equiparar a atividade judicial com a atividade legislativa<sup>144</sup>, como se fosse

---

<sup>142</sup> “O aspecto mais decisivo do assunto, a ser imediatamente enfrentado, relaciona-se com a capacidade de se ver implementado um modelo ou sistema de precedentes por meio de reforma legislativa, de tal sorte que a noção de precedente é delineada pelo conteúdo extraído do próprio texto legal. Ao voltar os olhos ao passado, especialmente nos países radicados na tradição do *common law*, a afirmação segundo a qual é rechaçada a viabilidade da criação de um sistema de precedentes torna-se bastante verossímil. Afinal, no direito inglês, berço do precedente judicial, pode ser facilmente constatada a ocorrência de uma mudança gradativa da referida tradição jurídica. Portanto, lá por aquelas bandas, nada foi feito por saltos. (Nunes, Viana, 2018, p. 219)

<sup>143</sup> “Todavia, no Brasil, o que se constata é que o maior problema da adoção dessa perspectiva não são as tentativas legislativas – abalizadas por parcela da doutrina – de pretender instituir o *stare decisis* no sistema pátrio. O maior risco que essas reformas trazem é que, no afã de implantar o sistema de precedentes em nosso ordenamento – porque tal sistema supostamente geraria maior isonomia e celeridade processual –, essas reformas acabam por suprimir verdadeiros direitos e garantias fundamentais do cidadão, na medida em que ignoram a flexibilidade ínsita ao sistema de precedente do *common law*”. (Abboud, 2019, p. 1040-1041)

<sup>144</sup> “Com efeito, não se pode mesmo dar uma eficácia formalmente vinculante às decisões judiciais, equiparando-as perigosamente à atividade legislativa. E, mais do que isso, é preciso atentar: o perigo do “juiz-

normas gerais e concretas, que funcionam como um fechamento interpretativo, como um ponto de chegada, cuja sua formulação vem desindexada dos casos que lhe deram origem e da mesma forma pretendem ser aplicados, obrigatoriamente e de forma alheia às particularidades do caso concreto.

Neste ponto, Streck (2022) afirma que:

Aliás, se fôssemos avaliar as opções dos diferentes sistemas pela aderência a ideias de “racionalidade”, pareceria mais “racional” a opção pela codificação, com seu ideal de completude, organização e sistematização, do que a aposta na autoridade dos precedentes, que, de modo como estão sendo propostos, não passam de *normas gerais e abstratas de segundo nível*, com pretensão purificada, o que aproxima a tese daquilo que se pode denominar de metafísica ontoteológica. Não por menos, até mesmo os positivistas clássicos ingleses – seja Bentham, com seu positivismo normativo de matriz utilitarista, seja Austin, com sua jurisprudência analítica –, críticos do Direito Judiciário defendiam não a vinculação ao precedente, mas, sim, a codificação do Direito.

Segundo a tradição dos precedentes, ele não se constitui como uma decisão paradigma a reger casos futuros, ou seja, ele não nasce precedente e nem tem a sua aplicação *pro futuro*, ao contrário sua formação enquanto precedente ocorre historicamente com a sua utilização na argumentação das partes e na fundamentação das decisões, especificamente sobre a sua *ratio decidendi*, *ratio* esta cujo alcance e amplitude exsurge do confronto entre o caso presente e o caso passado utilizado como precedente, por isso há a concepção de que a função dos precedentes judiciais não é a de ser um *fechamento hermenêutico*, mas, sim, uma *abertura hermenêutica*<sup>145</sup>.

A respeito da característica dos precedentes como abertura hermenêutica (*starting point*), Abboud (2019) afirma que:

Os precedentes, vale dizer, constituem o ponto de partida (*starting point*) para a discussão da lide, permitindo a exposição das razões jurídicas, papel que no civil law é desempenhado pela própria legislação. Na discussão do caso concreto no common law, o argumento das partes consiste em evidenciar como o cerne do precedente (aquilo que deve ter efeito vinculante) milita a seu favor, por isso, o precedente é o *topoi* argumentativo a partir do qual autor e réu passam a expor seus argumentos.

Ademais, o precedente não possui sua eficácia vinculante em razão de determinação legislativa, pelo contrário, sua força advém da tradição jurídica própria da comunidade em que se formou, por isso, heurístico. Por fim, o precedente nunca tem em sua estrutura, definido de forma prévia, o que efetivamente deve ser considerado vinculante, em virtude disso, a sua aplicação para a decisão de uma questão jurídica nunca é pretensamente automática/silogística. Não obstante a utilização do precedente na fundamentação da decisão jurídica, seu uso nunca é possível sem que o juiz promova verdadeira problematização, com o intuito de determinar como sua incidência será feita caso a caso. (p. 1085)

---

legislador” pode existir ainda quando se nega terminologicamente que ele esteja exercendo essa função”. (Streck, 2022, p. 25)

<sup>145</sup> “Ora, a resposta é bastante óbvia: somente diante de novos casos é que será possível estabelecer, contingencialmente, em que medida o caso passado será precedente e, portanto, vinculará. Vinculará – além de que é o novo caso que dirá o que do caso anterior é só “obter dictum” e o que é “ratio decidendi” e, inclusive, o que este último significa para a solução atual do caso. Não é possível dar a resposta antes das perguntas! O histórico do *common law* depõe contra qualquer pretensão “abrasileirada” do instituto.” (Streck, 2022, p. 76-77)

Em acréscimo, o disposto no artigo 927 do CPC equivaleria a uma aposta na *verticalização vinculante*, a considerar que ela provém exclusivamente dos Tribunais Superiores, que passam a assumir uma função de Cortes de Vértice, cuja função está na produção de provimentos judiciais constituidoras de regras decisórias para uma multiplicidade de casos concretos<sup>146</sup>. (Abboud, 2019, p. 1088)

Ante a ausência suficiente de mecanismos que garantam a possibilidade de superação/alteração dos precedentes, nota-se que a vinculação dos padrões decisórios vinculantes é normativa, ao passo que a vinculação aos precedentes oriundos do *common law* é interpretativa/hermenêutica. Ou seja, a vinculação aos precedentes ocorre com vistas à solução de um caso concreto, em um aspecto que reforça a qualidade interpretativa é ser dada na decisão, atuando o caso paradigma que ora serve como um precedente judicial como uma abertura/princípio hermenêutico, não tendo este precedente judicial nascido como um precedente ou mesmo com uma pretensão normativa de reger casos futuros, mas como uma decisão com o propósito específico de fornecer uma solução a um caso concreto tornado problematizado.

A respeito de o que constitui uma vinculação interpretativa, Streck, Abboud (2014) assim explicitam:

Do mesmo modo que não podemos dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa no cotidiano – porque isso nos afastaria da “vinculação linguística” que o modo prático de ser no mundo nos traz – também na aplicação do direito não podemos decidir sobre o modo como “nos aprofundaremos”. No direito, igualmente não podemos “trocar o nome das coisas”. Aliás, direito é *nomos*. Lei é *Gesetz* (deixar assentado). Interpretação é aplicação; é assentar sentidos. Os sentidos não são aleatórios. Não há grau zero. Há uma cadeia interpretativa que nos vincula. Tanto no cotidiano como no direito. Assim, de cada decisão extrai-se um princípio (subjacente a cada decisão) e que é aplicável aos casos seguintes. Ele os norteia. Podemos chamar a esse norteamento de “vinculação interpretativa”, que se constitui a partir da integridade e coerência do direito. Desse modo, se é súmula ou é lei, tanto faz. Trata-se de um texto que somente existe interpretativamente. Não há texto sem normas, e a norma exsurge da facticidade. Isso se chama de *applicatio*. Em cada interpretação, sendo súmula ou lei (ou precedente, para contentar os aficionados pela tese da *commonização*), deve haver sempre a reconstrução do caso, o que implica reconstruir a história institucional do instituto ou dispositivo sob comento. (p. 110-111)

Em conclusão, a corrente de pensamento que distingue os padrões decisórios vinculantes (previstos no artigo 927 do CPC) e precedentes não nega que os precedentes devam ser observados pelos juízes no Brasil, mas sustenta que essa observância deva ocorrer

---

<sup>146</sup> “Todo juiz é um guardião dessa arquitetura. É um *romancista em cadeia*, é um coautor de uma obra coletiva, o Direito, cujo propósito maior é o de fazer com que o uso da força coletiva esteja justificado em princípios. Portanto, já o disse: todo juiz, no Brasil ao menos, é um juiz constitucional. Seu dia a dia é a jurisdição constitucional. Não importa se ele ocupa o vértice ou piso de uma pirâmide. Há, é claro, divisão de trabalho, de competências, de funcionalidades. Mas o dever judicial, a responsabilidade política de cada juiz é, no frangir dos ovos, uma só. Indelegável. Convenções (sejam estes precedentes da Corte de Vértice, sejam súmulas vinculantes, sejam dispositivos constitucionais) não resolvem o problema. Não desoneram o juiz do dever – e, fundamentalmente, do Direito – de interpretar.” (Streck, 2022, p. 71-72)

ao modo como sustentado por Dworkin na sua alegoria de romance em cadeia, a significar que a adoção de um precedente deve ocorrer mediante o cumprimento dos deveres de coerência e integridade, previstos no artigo 926 do CPC, com a decisão paradigma utilizada como precedente para a solução do caso concreto como uma abertura interpretativa e não como um fechamento. Além do mais, as decisões devem ser substancialmente fundamentadas, atentando-se sempre para a efetividade qualitativa da prestação jurisdicional, que servirá como um importante meio de redução da multiplicação de processos e de recursos no país<sup>147</sup>.

Dierle Nunes e Aurélio Viana, em que pese corroborar com os fundamentos apontados pela corrente que diferencia provimentos judiciais vinculantes e precedentes, asseveram que o Código de Processo Civil de 2015 visou, sim, a instituir um sistema de precedentes judiciais. A novel legislação processual foi contemplada com a prescrição normativa a respeito da força dos casos passados sobre os casos pendentes de solução, entendida em *sentido lato* como direito jurisprudencial, inovando neste ponto sobre a longa tradição histórica no Brasil de manejo do direito jurisprudencial, não obstante o fato de que no país nunca se esteve autenticamente mergulhado na tradição dos precedentes ou tenha desenvolvido adequadamente técnicas condicionantes de aplicação do direito jurisprudencial. (Viana, Nunes, 2018, p. 218-219 e 378)

Referidos autores (Viana, Nunes, 2018) explicitam os motivos pelos quais há um sistema de precedentes no Brasil por meio dos seguintes termos:

A partir daí, retoma-se o argumento lá de trás, ou seja, às possibilidades de visualização do precedente no CPC/2015. Estando os traços gerais devidamente apresentados, afirma-se que, em nossa visão, o CPC/2015 pretende realmente instituir um modelo ou sistema de precedentes judiciais. Aliás, essa é a perspectiva que melhor se amolda ao direito democrático, pois um sistema de precedentes judiciais tende a trazer consigo o potencial de desenvolvimento de técnicas processuais (dogmáticas) e teoria (ciência) hábeis a diminuir os entraves que circundam o direito jurisprudencial. (...)

A tese pela qual se nega a existência dos precedentes no CPC/2015, embora bem-intencionada e apresentada por ícones da ciência do direito, pode provocar efeito reverso, na medida em que os pontos positivos do direito estrangeiro quanto ao manejo de precedentes, aproveitáveis no Brasil e capazes de conduzir à melhoria da utilização dos referidos precedentes, podem ser intencionalmente ignorados, exatamente pela assimilação da inexistência de um sistema de precedentes. (p. 221)

---

<sup>147</sup> “Por isso, Dierle e eu sugerimos uma coisa mais simples: cumprir o CPC e a CF. Obedecer à risca os artigos 10, 371, 489, 504, 926 e 927, como pontos de estofo do ordenamento. A efetividade *qualitativa* exsurgirá do mesmo modo que os precedentes do *common law* foram surgindo: sua construção nasce já quando o advogado ajuíza a demanda. Não somos contra “precedentes”. Somos contra o modo como querem eficientizá-los. Todos participamos do sistema (*sociedade aberta de intérpretes*, recordam?). A coerência e a integridade vão moldando o caminho do processo.” (Streck, 2023, p. 41)

A afirmação da existência de precedentes no direito brasileiro vai além dos dispositivos do artigo 927 do CPC, que institui os padrões decisórios vinculantes<sup>148</sup>, valendo fazer menção também aos artigos 311, inciso II, 332, 496, 520, dentre outros, de modo a abranger qualquer técnica de uso do direito jurisprudencial, com menção especial ao artigo 926 do CPC cuja prescrição determina que os Tribunais preservem a estabilidade, a integridade e a coerência da jurisprudência. (Viana, Nunes, 2018, p. 224)

O reconhecimento de um sistema de precedentes no Brasil oriundo do novo Código de Processo Civil mostra-se como mais consentâneo, de fato, com a crescente influência do direito jurisprudencial no Brasil, bem como faz jus toda a tradição histórica neste sentido. Além do mais, afigura-se como uma possibilidade a mais para o aprofundamento do estudo sobre os precedentes judiciais e seus institutos, bem como o exercício crítico a respeito de como eles devem ser manejados e até mesmo sobre possíveis inconstitucionalidades. Neste ponto, a temática relativa ao manejo dos precedentes judiciais ainda é insuficiente (re)conhecida pelos profissionais do Direito no Brasil<sup>149</sup>, sendo muito importante a sua difusão, a fim de que ela venha a ser calcada na assimilação de uma teoria do direito consistente, que possibilite uma visão constitucionalmente adequada sobre no que se constituem os precedentes judiciais, assim como a observância do modelo constitucional de processo, baseada na interdependência entre os sujeitos processuais<sup>150</sup>.

Quando a este ponto, Câmara (2018) manifesta-se da seguinte forma:

---

<sup>148</sup> “O iminente colapso da atividade jurisdicional, prenunciado pelo altíssimo número de demandas judiciais, serviu de pretexto para a estruturação do “precedente” no CPC/2015. No art. 927, para partir de um exemplo, nota-se a enumeração de diversas técnicas e institutos a serem observadas pelos juízes e tribunais. Entretanto, as referidas técnicas e institutos, se observados com atenção, são nitidamente díspares entre si, tanto pelo procedimento de formação quanto pelo seu produto final, revelando-se, portanto, o desígnio do legislador em não deixar nenhuma possibilidade de incremento da padronização decisória.” (Viana, Nunes, 2018, p. 262-263)

<sup>149</sup> “Considerando que boa parte dos advogados inseridos na tradição do *civil law* – e, por certo, no Brasil também é assim – não domina as técnicas de aplicação dos precedentes judiciais, é previsível a estagnação do direito jurisprudencial ou precedentalista, a menos que se perceba a mudança profunda implementada pelo CPC/15, que atribuiu ao advogado dever de consideração e aperfeiçoamento quanto às técnicas de formação e aplicação do direito jurisprudencial. Aliás, também os juízes precisam compreender de modo mais adequado a dinâmica de funcionamento do sistema que pretenda se valer, de modo genuíno, dos precedentes, que deve se dar a partir de um modelo participativo, que respeita a integridade e coerência do direito, perspectiva na qual o precedente é munido de força gravitacional.” (Viana, Nunes, 2018, p. 239)

<sup>150</sup> “Nesse sentido, é imprescindível que o uso do direito jurisprudencial no Brasil se dê a partir de premissas teóricas compatíveis com o Estado Democrático de Direito e capazes de fornecer as balizas aos atos jurisdicionais decisórios, algo que somente se vislumbra a partir da reformulação do papel dos sujeitos processuais, do reconhecimento do caráter linguístico construtivo (hermenêutico) do direito e, por conseguinte, do afastamento de propostas “teóricas” que insistem em depositar as esperanças na sapiência do juiz, no acerto das decisões prolatadas pelos garbosos integrantes dos altos tribunais ou mesmo que desprezam o *iter* de formação decisória, de modo a exigir que a fundamentação se dê apenas nas decisões.” (Viana, Nunes, 2018, p. 322)

Muitos outros exemplos poderiam ser citados, a confirmar essa tendência já aqui identificada: a de confundir a decisão construída com apoio em precedentes com a decisão em que são citadas ementas de outros acórdãos, como se isto e aquilo fossem o mesmo. Não há, porém, qualquer motivo para apresentar mais exemplos que só serviriam para confirmar o que já se pôde perceber: é realmente necessário que os órgãos jurisdicionais brasileiros passem a decidir valendo-se das técnicas adequadas ao emprego de padrões decisórios como princípios argumentativos, sob pena de o sistema de elaboração de pronunciamentos judiciais a partir de padrões decisórios que vem sendo construído no Brasil tornar-se elemento integrante de uma prática forense inconstitucional, já que incompatível com o modelo constitucional de processo civil brasileiro. (p. 170)

Conformando-se a este modelo constitucional de processo, destaca-se a teoria da comparticipação, cuja qual “representa a ruptura com o protagonismo ou pontos de centralidade de qualquer um dos sujeitos processuais” (Viana, Nunes, 2018, p. 403). Por esse modelo participativo, com antecedência na teoria do processo como *procedimento em contraditório*, de Élio Fazzalari, há o abandono da ideia de que algum dos sujeitos processuais devem ocupar uma posição de protagonismo, como seria o caso das partes, no caso do liberalismo processual, ou como seria o caso do juiz, no caso da socialização processual. (Viana, Nunes, 2018, p. 323-324)

A comparticipação, portanto, diz respeito ao direito de as partes efetivamente influírem sobre a decisão, com um sistema processual que forneça um ambiente comunicacional onde todas as contribuições das partes são intersubjetivamente discutidas, não se resumindo, conseqüentemente, o contraditório como um espaço de garantia de mera igualdade formal entre as partes, assumindo o processo uma feição pautada por critérios conteudísticos e não apenas axiológico-instrumental<sup>151</sup>. (Viana, Nunes, 2018, p. 329-330)

O artigo 6º do CPC/2015 está em consonância com a teoria participativa do processo, ao prescrever que: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. Tem-se que, pela ideia de comparticipação, não se está a sustentar que os sujeitos processuais tenham um dever de auxiliarem-se mutuamente, como se eles não tivessem interesses jurídicos contrapostos em uma relação de litigiosidade, mas que a eles será assegurado a sua participação substancial no processo para a construção do resultado almejado, que é a prolação da sentença, sem uma formação de qualquer assimetria, seja entre as partes entre si, seja entre o juiz e as partes. (Câmara, 2018, p. 105)

---

<sup>151</sup> “Impende-se, então, que o contraditório seja visto como uma garantia de que as decisões (ou, mais amplamente, que os resultados do processo, pois é preciso também considerar a atividade executiva, que não se destina a produzir decisões) sejam produzidas sem que se apresentem como capazes de surpreender as partes. E isto só se consegue se o princípio do contraditório for compreendido como a garantia de que as partes poderão efetivamente participar, com influência, de sua formação.” (Câmara, 2018, p. 96)



Sobre a maneira pela qual acontece esse modelo participativo no processo judicial, Câmara (2018) aponta que:

A construção de um modelo participativo e policêntrico de processo, porém, exige mudança de postura de todos os sujeitos do processo. E é esta a base para afirmar-se que tanto as partes como o órgão jurisdicional têm, na formação e aplicação de padrões decisórios, de cumprir papéis específicos. No que concerne à formação dos padrões decisórios, caberá às partes (empregado o termo aqui em sentido bastante amplo, capaz de englobar todos os sujeitos que atuam no processo defendendo interesses de forma parcial) – como se verá melhor adiante – apresentar todos os argumentos normativos que puderem trazer para contribuir com a formação dos padrões decisórios. Aos integrantes dos órgãos jurisdicionais, será preciso levar esses argumentos em consideração e promover um efetivo debate que permita a criação responsável desses padrões decisórios, os quais deverão ser “a melhor resposta possível” para as situações a que se dirigem. De outro lado, na aplicação desses padrões decisórios caberá às partes desincumbir-se de um específico ônus argumentativo destinado a demonstrar estar-se diante de eventual caso de distinção ou superação. E ao órgão jurisdicional responsável pela aplicação do padrão decisório caberá fundamentar de forma adequada e completa a decisão que o aplica, assim como deverá fazê-lo quando se trata de proferir decisão que o afasta (por distinção ou superação). Este é o ponto central da tese que aqui se busca desenvolver. E mais adiante se procurará demonstrar como tudo isso deve acontecer. (p. 108-109)

No contexto do sistema dos precedentes, em especial no atinente à formação dos padrões decisórios vinculantes, assume relevância a questão do ônus argumentativo<sup>152</sup>, distribuído igualmente a todos os sujeitos processuais, que deverá contemplar todas as questões relativas ao direito jurisprudencial desde o princípio da demanda.

Há de se falar, portanto, na esteira dos ensinamentos de Augusto Viana e Dierle Nunes, de uma mutação no ônus argumentativo, especialmente em relação aos advogados, por conta do surgimento do sistema normativo de precedentes no Brasil, a fim de que este sistema não seja uma fonte para violações do modelo participativo de processo, mediante uma aplicação de padrões decisórios vinculantes desconexa/abstráida dos casos concretos, dando a ativismos/discrecionariedades do juízo, em prejuízo aos direitos fundamentais das partes.

Os mencionados autores (Viana, Nunes, 2018), a respeito das implicações da mutação do ônus argumentativo dos sujeitos processuais pelo surgimento de um sistema de precedentes no Brasil, destacam que:

O que queremos dizer com a mutação do ônus argumentativo, principalmente após a aprovação do CPC/15, é que os sujeitos processuais, começando pelas partes, devem assumir, com seriedade, as responsabilidades argumentativas que lhes tocam. Parece muito evidente que num sistema processual no qual o direito jurisprudencial exerça influência brutal, o mínimo que se espera é o desenvolvimento de processos argumentativos capazes de dialogar racionalmente com os casos passados, seja para promover analogias e indicar que a solução do caso presente deve se dar por outro já decidido de forma acertada, seja, contrariamente, para demonstrar que os casos passados não servem de critério adequado à decisão a ser reconstruída, tanto por disparidade fática quanto por necessidade de superação do anterior entendimento. (p. 370)

<sup>152</sup> “O ônus argumentativo diz respeito à necessidade de os sujeitos processuais assumirem as suas responsabilidades argumentativas na própria construção participativa da decisão judicial.” (Viana, Nunes, 2018, p. 412)

Em relação especificamente às partes, por intermédio da atuação de seus respectivos advogados em uma demanda judicial, o ônus argumentativo indica a responsabilidade de apresentação de todos os fundamentos determinantes para a adequada condução e solução da demanda, inclusive as pertinentes ao direito jurisprudencial, como a existência de padrões decisórios vinculantes a favor ou contra o interesse dos seus clientes. O descumprimento de tal dever pode levar, em determinados casos, à improcedência liminar do pedido (art. 332 do CPC), à presunção de veracidade dos fatos em caso de ausência de impugnação específica pela parte ré dos fatos descritos pela parte autora (art. 341 do CPC) e mesmo à inadmissão de recurso, tanto nos tribunais de segunda instância como nos superiores, em casos de ausência de impugnação específica da sentença/acórdão (art. 932, inciso III, do CPC).

Em relação aos juízes, o ônus argumentativo se materializa nas disposições do artigo 93, X, da Constituição Federal, que estabelece que todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, do §1º do art. 489 do Código de Processo Civil, em que há o elenco de várias hipóteses mediante as quais podem se evidenciar a ausência de fundamentação das decisões judiciais, e dos artigos 20 a 30 da Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro (LINDB), com diversas disposições que balizam a tomada de decisão pelo julgado orientada pela faticidade<sup>153</sup>.

Relativamente à formação de padrões decisórios vinculantes, ante a sua especificidade, faz-se ainda mais relevante a questão do cumprimento do ônus argumentativo pelos sujeitos processuais, havendo as previsões, no âmbito do art. 927 do CPC, que a alteração de jurisprudência do STF e dos tribunais superiores poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese (§2º) e observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, em consideração aos princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia (§4º).

Mais do que isso, é necessário que todas as decisões judiciais passem a levar mais a sério os precedentes, para fins de que possam ser consideradas adequadamente fundamentadas. Essa afirmação implica que os juízes, ao ancorarem determinado entendimento com base em casos passados, não devem trazer simplesmente ementários de

---

<sup>153</sup> “Desse modo, o CPC 489, §1º + LINDB 20/30 é o bloco que deve ser utilizado pelo juiz como norte de sua fundamentação. Só assim poderemos obter uma decisão efetivamente democrática e um consequencialismo efetivo, já que a exposição da interpretação dada aos fatos, às consequências trazidas pelas partes (ou intervenientes) e a aplicação do direito poderão ser objeto de controle pelas partes e, se necessário, constrangê-lo à coerência por meio de embargos de declaração.” (Abboud, 2022, p. 138)

jurisprudência sem a devida correlação entre os casos passados e os casos presentes e seus respectivos fundamentos determinantes, sob pena de ausência de fundamentação adequada, posto que tal prática ocorre sem o respeito à devida *accountability* hermenêutica e o emprego dos precedentes como um fechamento hermenêutico (vinculação normativa)<sup>154</sup>.

Nota-se, assim, que um sistema de precedentes que esteja realmente em consonância com o artigo 926 do CPC deverá conduzir à observância do modelo participativo do processo, com o cumprimento pelas partes e pelo juízo dos ônus argumentativos que lhes cabem, rechaçando qualquer adoção subsuntiva/silogística dos precedentes, mesmo e principalmente dos padrões decisórios vinculantes. Do contrário, vislumbra-se um engessamento/petrificação do sistema de precedentes, em contraposição àquelas que seriam as suas principais virtudes, quer sejam, o respeito à história institucional do direito e a flexibilização decorrente da possibilidade de superação ou alteração de um precedente<sup>155</sup>.

A questão mais relevante, até o momento, produzida no Direito Brasileiro, relativamente à produção de um padrão decisório vinculante, diz respeito justamente ao julgamento dos Recursos Extraordinários nº 949.297 (Tema 881 da Repercussão Geral) e 955.227 (Tema 885 da Repercussão Geral), atinente à cessação dos efeitos da coisa julgada em relações jurídico-tributárias de caráter sucessivo, justamente por conta do levantamento de questões acerca da vinculação normativa a um padrão decisório vinculante, sua adoção sem o respeito ao modelo participativo do processo, a ocorrência de discricionariedade/solipsismo em julgamentos desta natureza, bem como os seus reflexos

---

<sup>154</sup> “Muitos outros exemplos poderiam ser citados, a confirmar essa tendência já aqui identificada: a de confundir a decisão construída com apoio em precedentes com a decisão em que são citadas ementas de outros acórdãos, como se isto e aquilo fossem o mesmo. Não há, porém, qualquer motivo para apresentar mais exemplos que só serviriam para confirmar o que já se pôde perceber: é realmente necessário que os órgãos jurisdicionais brasileiros passem a decidir valendo-se das técnicas adequadas ao emprego de padrões decisórios como princípios argumentativos, sob pena de o sistema de elaboração de pronunciamentos judiciais a partir de padrões decisórios que vem sendo construído no Brasil tornar-se elemento integrante de uma prática forense inconstitucional, já que incompatível com o modelo constitucional de processo civil brasileiro.

E isto se diz por que a mera invocação de ementas de acórdãos (ou de enunciados de súmula) como se isso fosse capaz de demonstrar a existência de precedentes e legitimasse a construção de decisões a partir de tais padrões decisórios é manifestação de uma forma de decidir que a própria lei processual reputa como não fundamentada e, portanto, nula, como se pode ver especialmente pela leitura do art. 489, § 1º, V, do CPC/2015.” (Câmara, 2018, p. 170)

<sup>155</sup> “O problema da instituição de um sistema rígido de precedentes reside exatamente na sua cristalização, situação na qual, sob o pretexto do princípio da inércia, passa-se a vedar a apresentação de novos argumentos ou ao menos desqualificá-los *prima facie*, impedindo-se que argumentos inauditos (ou já ditos, mas não apreciados) possam dar nova formatação ao próprio direito, principalmente se houver razões explícitas que o recomendem. Por certo, a alteração do precedente carece de abertura argumentativa, o que somente pode ser efetivado no ambiente processual, repleto de garantias, dentre tantas, a do contraditório como influência e não surpresa e da fundamentação exaustiva e racional das decisões judiciais.” (Viana, Nunes, 2018, p. 390)

sobre o próprio instituto da coisa julgada, temas estes que serão desenvolvidos com afincos na continuidade do desenvolvimento desta pesquisa.

### **3.6. O ativismo judicial em matéria tributária na jurisdição constitucional**

Efetuada as análises referentes à segurança jurídica, a coisa julgada, as características das sentenças proferidas na jurisdição constitucional, a doutrina dos precedentes e a sua relação com os padrões decisórios vinculantes trazidos pelo Código de Processo Civil de 2015, a seguir será efetuada uma análise sobre o que é e quais são implicações do fenômeno do ativismo judicial na jurisdição constitucional e ainda quais as feições que ele costumeiramente tem assumido em questões de matéria tributária.

O fenômeno do ativismo judicial, intimamente relacionado com o da discricionariedade, no contexto da defesa da integridade e da coerência do direito, em especial no tocante à busca pela resposta constitucionalmente adequada, tem se revelado especialmente problemático no Brasil, na medida em que a prolação decisões discricionárias tem contribuído para a formação de uma “jurisprudência lotérica”, em que juízes divergem constantemente entre si acerca da mesma matéria, não possuindo o jurisdicionado um nível de previsibilidade mínimo quanto ao resultado de uma demanda ao propor uma ação perante o Judiciário.

No contexto do direito tributário, a questão da discricionariedade tem sido marcante, acarretando, especialmente ao contribuinte que intente discutir a validade da cobrança de um tributo, falta de segurança jurídica quanto ao *quantum* e ao modo de cumprimento de suas obrigações tributárias, que pode acarretar consequências variadas, como, por exemplo, a incidência de pesadas multas para pessoas físicas e jurídicas e prejuízo nos planejamentos de negócios, vida particular e de investimentos. Já quanto à dinâmica na relação entre contribuinte e Fisco, a falta de segurança jurídica decorrente da jurisprudência lotérica leva ao fomento do chamado paradigma do crime, que é aquele em que o Fisco age de forma repressiva, recorrendo à fiscalização autuações e punições severas, com base na crença de que o receio de uma punição será o fator primordial para o respeito das leis tributárias pelo contribuinte, quando o paradigma mais adequado para a regência do relacionamento entre o Fisco e o contribuinte é o do serviço, em que ambas as partes deverão colaborar e cooperar entre si, com vistas ao estado de conformidade fiscal, com o Fisco adotando posturas de respeito e confiança, auxiliando o contribuinte no cumprimento de suas obrigações tributárias e, sempre que possível, simplificando os procedimentos e formalidades para tanto.

Porto (2015), acerca das disfuncionalidades ainda prevalente, embora desconformes com a ordem jurídica, na relação entre Fisco e Contribuinte, assim assevera:

É da percepção do cotidiano, da observação do dia-a-dia que surgia a fagulha inspiradora deste trabalho. Esta hostilidade velada, este espírito de rivalidade que se observa na relação entre Fisco e Contribuinte são compatíveis com a ordem constitucional vigente? A relação jurídica estabelecida entre Estado e cidadão sob a égide da Constituição de 1988 deveria possuir estas características? Parece óbvio que as questões sugeridas merecem resposta negativa. No estado atual da evolução e maturação da ordem jurídica pátria, não se admite reconhecer – muito menos fomentar –, uma relação de rivalidade ou hostilidade entre o Estado e aqueles que o sustentam. No entanto, as experiências empíricas atestam que a relação travada entre Fisco e Contribuinte é muitas vezes tensa e hostil. (p. 14)

Outrossim, para a formação de uma autêntica tradição de respeito aos precedentes no Brasil, a questão do combate à discricionariedade/ativismo judicial reveste-se como um aspecto fundamental, a considerar a imperiosidade de manutenção de uma jurisprudência íntegra, estável e coerente, ou seja, remetendo-se aqui a alegoria do *“romance em cadeia”* de Ronald Dworkin, uma jurisprudência que se pretenda respeitadora de tais atributos deverá estar calcada na responsabilidade política dos juízes, onde eles deverão estar conscientes de sua condições de autores institucionais da tradição em que estão inseridos, não devendo pretender descolar-se dela com base em convicções pessoais, ideológicas ou políticas. No ponto relativo aos padrões decisórios vinculantes, a temática assume ainda mais relevância, tendo em vista da possibilidade de muitos destes padrões virem a ser frutos da discricionariedade judicial, cujos efeitos serão problemáticos à concretização dos desideratos consubstanciados no artigo 926 do CPC.

A respeito do que consiste a discricionariedade judicial, Streck (2012) afirma o seguinte:

Nesse sentido, discricionariedade acaba, no plano da linguagem, sendo sinônimo de arbitrariedade. E não confundamos essa discussão – tão relevante para a teoria do direito – com a separação feita pelo direito administrativo entre atos discricionários e atos vinculados, ambos diferentes de atos arbitrários. Trata-se, sim, de discutir – ou, na verdade, pôr em xeque – o grau de liberdade dado ao intérprete (juiz) em face da legislação produzida democraticamente, com dependência fundamental da Constituição. E esse grau de liberdade – chame-se-o como quiser – acaba se convertendo em um poder que não lhe é dado, uma vez que as “opções” escolhidas pelo juiz deixarão de lado “opções” de outros interessados, cujos direitos ficaram à mercê de uma atribuição de sentido, muitas vezes decorrentes de discursos exógenos, não devidamente filtrados na conformidade dos limites impostos pela autonomia do direito. (p. 39)

Uma decisão judicial será discricionária e, portanto, arbitrária, sempre que o juiz perpassa os limites do Direito na solução de um caso concreto, baseado na sua subjetividade, no seu solipsismo<sup>156</sup>, que se sobrepõe à legislação democraticamente instituída, levando ao

---

<sup>156</sup> “Do latim *solus* (sozinho) e *ipse* (mesmo), o solipsismo pode ser entendido como a concepção filosófica de que o mundo e o conhecimento estão submetidos estritamente à consciência do sujeito. Ele assujeita o mundo

fenômeno da juristocracia, onde, em última análise, o Direito passa a ser aquilo que os tribunais/juízes dizem que é diante da falta de controle conteudístico das decisões judiciais (controle hermenêutico).

Neste ponto, cabe proceder à relação entre ativismo judicial e discricionariedade judicial e à diferenciação entre ativismo judicial e judicialização da política. O ativismo judicial surge como um fenômeno pelo qual a discricionariedade judicial se manifesta, mais especificamente no aspecto do voluntarismo/subjetividade do magistrado em desviar-se do Direito no julgamento de um caso para a adoção de suas convicções pessoais, morais e políticas, ou, segundo as palavras de Abboud (2022, p. 91): “ativismo essencialmente é a discricionariedade judicial operada teologicamente por vieses políticos”.

Por outro lado, a judicialização da política tem o caráter contingencial para assegurar a concretização de direitos fundamentais e sociais, além de solucionar dissensos políticos, cuja variação decorrerá do contexto democrático e social de cada Estado (Abboud, 2022, p. 49). No contexto brasileiro, tendo em vista a sua realidade social e o amplo catálogo de direitos fundamentais da Constituição de 1988, a judicialização da política tem se apresentado como um fenômeno comum e muitas vezes necessário para salvaguarda de determinados direitos, valendo citar, como exemplo clássico, o ajuizamento de ações visando à aquisição de medicamentos de alto custo pelo Sistema Único de Saúde, que invariavelmente gera discussões sobre o comprometimento dos recursos escassos destinados à saúde e a afetação de políticas públicas como consequência da procedência de tais demandas. A judicialização da política não leva necessariamente ao ativismo judicial, devendo cada decisão judicial ser analisada per se para avaliar se houve ou não o extrapolamento pelo Judiciário das possibilidades conferidas pelo Direito<sup>157</sup>.

Com o fito de elucidar as características do fenômeno da judicialização da política, Tassinari (2012) traz as seguintes elucidações:

Por tudo isso, pode-se dizer que a judicialização apresenta-se como uma questão social. A dimensão desse fenômeno, portanto, não depende do desejo ou da vontade do órgão judicante. Ao contrário, ele é derivado de uma série de fatores originalmente alheios à jurisdição, que possuem seu ponto inicial em um maior e mais amplo reconhecimento de direitos, passam pela ineficiência do Estado em

---

conforme o seu ponto de vista interior. Epistemologicamente, o solipsismo representa o coroamento da radicalidade do individualismo moderno no seu sentido mais profundo.

Isso quer dizer que o solipsismo é, de certa forma, resultado da própria modernidade, ou seja, derivado do paradigma metafísico que encontrou na subjetividade do homem o ponto de fundamentação última para todo o conhecimento sobre o mundo. Trata-se de um *fundamentum incocussum absolutum veritatis*, um fundamento definitivo e indubitável que sustenta todo o conhecimento possível, encontrando a sua morada, a partir das *Meditationes de Prima Philosophia* de Descartes, na subjetividade individual do sujeito”. (Streck, 2017, p. 273).

<sup>157</sup> “Como se vê, inexiste uma linha distinta prévia e clara; a aferição de uma decisão ativista, consequentemente ilegal/inconstitucional, dá-se mediante a avaliação da motivação judicial dessa decisão”. (Abboud, 2022, p. 50)

implementá-los e desaguam no aumento da litigiosidade – característica da sociedade de massas. A diminuição da judicialização não depende, portanto, apenas de medidas realizadas pelo Poder Judiciário, mas, sim, de uma plêiade de medidas que envolvem um comprometimento de todos os poderes constituídos. (p. 22)

O ativismo judicial, como manifestação da discricionariedade judicial, nunca tem feição positiva, podendo ser considerado sempre como inconstitucional ou ilegal. A concretização da Constituição e dos direitos fundamentais é um dever imposto a todos na sistemática da ordem jurídica nacional, que oferece os devidos mecanismos institucionais neste sentido, não podendo ser qualificado como bom ativismo uma decisão judicial voluntarista motivada sob estes propósitos, posto que ela estará a fragilizar a autonomia do direito. (Abboud, 2022, p. 54-56)

Por estas colocações, afigura-se fundamental a compreensão de que o ativismo judicial se trata de um problema de teoria do direito, mais em especial de uma teoria da interpretação, que importa a recepção da mudança de paradigma em prol da viragem ontológico-linguística e do pós-positivismo em detrimento da filosofia da consciência e das teorias positivistas. Para isso, faz-se necessário o abandono da concepção de que a interpretação seja um ato de vontade ou meramente reprodutivo para a assunção de que o sentido de uma norma jurídica exsurja por meio de um processo compreensivo – o círculo hermenêutico –, dentro de uma intersubjetividade e pelo reconhecimento da tradição. (Tassinari, 2012, p. 44)

Com Abboud (2022, p. 74-75), observa-se que o ativismo judicial se manifesta em duas dimensões, na dimensão (macro) estrutural e (micro) decisória. Na dimensão estrutural do ativismo, é que se tem o fenômeno da *juristocracia*, *protagonismo judicial* ou *supremacia judicial*, em que há o agigantamento do Judiciário em relação aos demais poderes, em dissonância com a Constituição, de modo a afetar o equilíbrio próprio da separação de poderes<sup>158</sup>. Na dimensão decisória, o ativismo é caracterizado pela suspensão da legalidade, aqui entendido como Constituição + Lei, como critério de decisão, com a emergência de um

---

<sup>158</sup> “Com essa afirmação não se está desconsiderando a existência de um elemento de conflito entre os três poderes, afinal, isso faz parte do que se entende por controle de constitucionalidade; é evidente que isso persiste e se manifesta claramente pela cotidiana disputa de atribuições entre eles. O que se pretende demonstrar, então, é a ideia de que essa luta por poder muitas vezes desaparece, pois, em determinados momentos, pode ser convincente aos poderes eleitos não manifestarem sua opinião, especialmente se for sobre assuntos polêmicos, porque isso pode acarretar a perda de votos ou gerar comprometimentos políticos. Assim, a tensão entre eles – legislativo, executivo e judiciário – se dilui na exata medida em que os poderes eleitos avaliam ser muito melhor deixar que o Supremo Tribunal Federal se posicione sobre questões sociais sensíveis do que gerar, por sua atuação, indisposições políticas; neste caso, é muito mais interessante construir e fomentar o imaginário que favorece a supremacia judicial. Enfim, trata-se de uma *supremacia judicial estratégica*, voltada a evitar desgastes políticos.” (Tassinari, 2016, p. 188)

solipsismo pautado por convicções e vieses particulares, mediante os quais a decisão judicial deixa de estar vinculada ao direito.

Destas observações, denota-se o quanto o ativismo judicial pode ser pernicioso, ao contrário do que pode sugerir uma análise mais simplista, ainda mais diante da presença de uma Constituição como a de 1988, repleta de direitos e garantias constitucionais, que podem ficar à mercê de interpretações ativistas no plano da jurisdição constitucional, baseadas em concepções teóricas adeptas do senso comum teórico dos juristas, ainda caudatário do fenômeno da baixa constitucionalidade. Vislumbra-se uma situação de maior gravidade ainda no tocante à pretensão, difundida por muitos, da eternização dos padrões decisórios vinculantes: quer dizer, há o risco concreto de que julgamentos ativistas em sede de jurisdição constitucional adquirirem um status de imutabilidade, por conta de um mal entendimento e recepção sobre o que significam os precedentes e os padrões decisórios no contexto de um Estado Democrático de Direito.

Em interessante sistematização sobre o ativismo judicial, Abboud (2022, p. 171) apresentou oito tipos diferentes de ativismo judicial, cujos quais vale a análise detida e, ao final, o cotejamento do(s) tipo(s) mais comuns de ativismo(s) relacionado(s) com a matéria tributária.

O *ativismo performático* diz respeito ao emprego de conceitos/enunciados vagos e indeterminados semanticamente, com o propósito de sobrepor-los às leis e/ou à Constituição Federal. Por serem performativos, estes enunciados não estão sujeitos a juízos de validade ou veracidade, escapando, portanto, a um teste de racionalidade, muitas vezes expressando aquilo que Gadamer denomina como “felizes ideias”, porém com prejuízo da normatividade<sup>159</sup> ínsita à autonomia do direito. Uma espécie de *ativismo performático* é o ativismo metafísico, que se caracterizam pela impossibilidade de atestamento da veracidade de tais enunciados, justamente pela sua vagueza. (Abboud, 2022, p. 172-176)

Uma fundamentação ancorada em enunciados performativos mostra-se vazia de conteúdo, a tornar bem dificultoso, quiçá obscurecer, o trabalho relativo ao controle de

---

<sup>159</sup> “Quando usados em contexto judicial, enunciados desse gênero fazem com que o mérito da lide deixe de ser avaliado em nome de um subterfúgio qualquer. Os termos frequentemente usados com função performativa são: interesse público, conveniência e oportunidade, livre convencimento motivado, proporcionalidade, vontade da lei, princípio republicano e justiça. Em regra, esses conceitos são utilizados para conferir verniz normativo a decisões ativistas. O intérprete julga de acordo com sua própria subjetividade e, para mascarar esse voluntarismo, os enunciados performativos são lançados como elemento de suposta normatividade. O julgador não confronta o enunciado com a faticidade do caso concreto para demonstrar sua fundamentação”. (Abboud, 2022, p. 173)



racionalidade, ao *accountability hermenêutico*<sup>160</sup>, condição essencial esta para o controle das decisões judiciais pelos jurisdicionados e pela sociedade. (Abboud, 2022, p. 176)

O *ativismo contra os limites do texto* diz respeito àquele tipo em que o julgador vai em sentido contrário à literalidade do texto da lei no exercício de discricionariedade judicial. Como já exposto anteriormente nesta pesquisa, texto e norma não se confundem, sendo a norma jurídica a compreensão de seu texto (enunciado normativo), não havendo, por assim dizer, o texto em sua “*textitude*”, divorciada da compreensão do intérprete. Mas vale a consideração que a *alteridade* dos textos deve ser preservada como dimensão da própria autonomia e integridade do direito, não podendo haver a sua violação para exercício de ativismos. O texto da lei poderá, sim, ser contrariado quando do exercício do controle difuso de constitucionalidade, posto que neste caso estar-se-á proferindo juízo a respeito de sua inconstitucionalidade. (Abboud, 2022, p. 183-184)

O *ativismo messiânico* diz respeito à hipótese de o julgador, indo além de proferir uma decisão que busque concretizar a Constituição e preservar a autonomia e a integridade do direito, busque realizar os seus ideais de justiça, ao modo de um herói das histórias de ficção.

Elucidando sobre este tipo de ativismo, Abboud (2022) assevera:

O julgador messiânico, por enxergar além das contingências terrenas e das circunstâncias dos casos concretos, volta-se a um conhecimento que somente se iluminou para ele. Assim, como Raskólnikov, protagonista perturbado do clássico de Dostoiévski, *Crime e Castigo*, ele se sente à vontade para ignorar as regras legais da democracia constitucional, pois isso é necessário para alcançar a um bem maior. Essa espécie de ativista é mais do que um juiz; é, antes de tudo, um suposto agente transformador da história e um sacerdote do processo civilizatório. Em sua versão extremada, aos seus olhos, as regras do jogo democrático são apenas empecilhos, preciosismos dispensáveis. (p. 186)

Outrossim, o *ativismo ideológico-moralista* tem a ver com a hipótese de o julgador pretender sobrepor a sua orientação ideológica às legislação, de modo a ocorrer a colonização da autonomia do direito pela política, o que significa que, a fim de evitar a ocorrência deste ativismo, o julgador não pode se orientar pelas suas convicções político-ideológicas, seja de qual espectro do campo político seja (direita-esquerda-centro, conservadores-progressistas), devendo sempre concretizar a Constituição. (Abboud, 2022, p. 187-188)

O *ativismo populista* ocorre quando o magistrado abdica do exercício jurisdicional de maneira *contramajoritária*<sup>161</sup>, porém em conformidade com a legalidade, para julgar baseada

---

<sup>160</sup> “Por exemplo, no modelo brasileiro, os juízes não se submetem à nenhuma modalidade de sufrágio universal, o que não significa que eles não tenham dever de *accountability*, pelo contrário, todos os atos do Judiciário devem ser fundamentados, ou seja, em toda decisão, o julgador deve expor de que forma sua ela está baseada na lei e na Constituição. Se não fizer esse dever de *accountability*, possivelmente estaremos em face de ativismo judicial.” (Abboud, 2021, p. 46)

em uma pretensa voz das ruas, fazendo com que ele se torne exposto às pressões sociais de toda ordem, inclusive as oriundas das redes sociais. Uma espécie de *ativismo populista* é aquele *punitivista*, onde há o apelo à punição criminal como a “*pedra de toque*” para a construção de uma sociedade melhor, noção esta que encontra bastante apelo midiático, mas, muitas vezes, é dissonante às garantias constitucionais penais e ao que a legislação penal prescreve sobre determinadas condutas criminosas.

O *ativismo puramente consequencialista* trata daquele ativismo em que o julgador adota um discurso economicista ou cientificista em detrimento do direito. Não se trata de negar o fenômeno do consequencialismo jurídico, tão bem apostado na Lei de Introdução das Normas de Direito Brasileiro – LINDB e na questão da modulação de efeitos das decisões judiciais, nos casos em que cabíveis. O consequencialismo de mote ativista pode acabar por moldar os direitos fundamentais ou a colocar em dúvida a função contramajoritária do Judiciário com base em uma ode à eficiência. Não pode deixar de notar a influência consequencialista na excessiva preocupação do Judiciário com efetividades quantitativas em detrimento de efetividades qualitativas e com certos posicionamentos judiciais em matéria tributária. (Abboud, 2022, p. 208-215)

O *ativismo por inação decorre da falta de atividade do Judiciário* em casos em que sua atuação é efetivamente demandada para a concretização da Constituição, ou seja, deixa-se de conferir efetiva proteção a direitos fundamentais por conta da inércia da justiça, que não se manifesta para conferir concretude a esses direitos em tempo oportuno, diante da existência de demandas judiciais que fornecem essa possibilidade. (Abboud, 2022, p. 215-216)

Por fim, o *ativismo nas funções administrativas do STF* ocorre quando este Tribunal atua de forma pró-ativa ou omissa no trato de determinadas demandas submetidas à sua apreciação, com vista a atendimento de agendas políticas ou morais, incondizentes com uma atuação judicial pautada na concretização da Constituição, realçando um viés político de atuação. (Abboud, 2022, p. 217)

---

<sup>161</sup> “Justamente por se tratar de um compromisso de Estado assegurar a proteção do indivíduo e de minorias contra arbitrariedades e voluntarismos da maioria, é que existem a Constituição Federal e o Judiciário, em especial, a jurisdição constitucional exercida pelo Supremo Tribunal Federal.  
(...)”

Avançando no argumento mais didático: a vontade da maioria é crucial na democracia ela determina o resultado das eleições e a composição dos Poderes Executivo e Legislativo. Ocorre que existem pré-compromissos democráticos que não podem ser violados, nem mesmo por vontade ou convenções da maioria. Até mesmo porque a duras penas aprendemos no séc. XX que maiorias degeneram. Esses pré-compromissos, são basicamente, a Constituição Federal e direitos fundamentais.” (Abboud, 2021, p. 123)

Analizada a problemática envolvendo o ativismo judicial e suas implicações referente a assuntos como a autonomia e a integridade do direito, o protagonismo judicial e a questão da separação dos poderes, a teoria do direito e da decisão judicial diante da presença da discricionariedade judicial, chegou a hora de analisar algumas propostas para o enfrentamento ao ativismo judicial, com destaque às apresentadas por Georges Abboud, Lênio Streck e Guilherme Pupe da Nóbrega.

Abboud (2022, p. 129-130) elenca três proposta para o combate ao ativismo judicial, destacando que não se está diante de um problema simples, devendo a ocorrência do ativismo ser analisada caso a caso, a demandar daquele que se propõe a tal avaliação arcabouço teórico sofisticado e reflexão amadurecida sobre o papel do Poder Judiciário em uma democracia constitucional.

A primeira proposta trata do reforço da posição normativa da teoria da decisão judicial. Para a formulação de uma adequada teoria da decisão é preciso ter em vista que a discricionariedade judicial não é compatível com a democracia, porque leva a impossibilidade de controle do direito, que fica à mercê de convicções pessoais dos julgadores. A historicidade da interpretação deve ser ressaltada, posto que o texto normativo não se constitui um objeto independente em face dos efeitos da história, por isso toda a interpretação é produtiva e não meramente reprodutiva. Outrossim, é preciso compreender que a independência judicial consiste na independência de julgar conforme as leis e a Constituição, estando não só o Poder Judiciário, como o Poder Executivo e Legislativo submetido ao “*rule of law*”. Deste modo, as decisões devem ser substancialmente fundamentadas para que seja possível exercer o controle sobre as decisões judiciais e avaliar se nelas há a presença de ativismo judicial. (Abboud, 2022, p. 130-39)

A segunda proposta do autor em comentário para o combate ao ativismo judicial menciona sobre a preservação da autonomia do direito. De fato, a presença de ativismos judiciais reveste-se em uma das maiores ameaças à autonomia do direito, dando azo à possibilidade da política, da economia e da moral depredarem/degenerarem o direito. A decisão judicial, então, deve estar assentada em fundamentos e critérios exclusivamente jurídicos. Qualquer pretensão corretiva de determinada norma jurídica se faz pelas vias próprias, cabendo ao Judiciário deixar de aplicar uma legislação justificadamente no caso de controle de constitucionalidade. No Estado Democrático de Direito, cabe ao Direito corrigir o Direito, não podendo pressões políticas ou populares servir como critério para a prolação de decisões. (Abboud, 2022, p. 139-142)

A terceira proposta refere-se ao respeito à legislação democraticamente instituída. Deve-se construir uma visão a respeito da dignidade da legislação enquanto regramento instituído sob/em um Estado Democrático de Direito, não devendo este produto legislativo ser substituído por soluções ativistas das Cortes Judiciais, sob pena de ferimento do pacto democrático, com o retorno a uma tradição de menosprezo do debate público. Outrossim, deve ser fortalecida a ideia de diálogo entre os poderes instituídos, como medida de reforço à harmonia entre os poderes, à profundidade e sofisticação de suas atuações e, em última análise, à democracia. (Abboud, 2022, p. 157-159).

Sobre as vantagens do diálogo entre as instituições ora referidos, Abboud (2022) sustenta o seguinte:

Portanto, são diversas vantagens do diálogo institucional/constitucional: i) amadurece as instituições (Poderes) que reconhecem os limites de sua competência; ii) evita que ocorra entre Poderes; iii) confere espaço de estabilidade e governabilidade possibilitando que problemas graves sejam solucionados sem rupturas democráticas; iv) aumenta a complexidade na resolução dos problemas sociais. O diálogo permite soluções que, de forma isolada, não seriam possíveis a cada um dos Poderes; v) recrudescer o diálogo como eixo de solução em uma democracia constitucional; vi) quebra o monopólio da interpretação constitucional, transformando a jurisdição constitucional em um espaço mais plural; vii) fortalece a legitimidade da jurisdição constitucional, fazendo com que ela se transforme em espaço estruturador de dissenso; viii) diminui rugas entre Poderes, na medida em que diálogo permite soluções menos incisivas de um Poder em relação ao outro. (p. 166)

Dando sequência à apresentação de medidas/propostas de combate ao ativismo judicial, o professor Lênio Streck apresenta dois tipos de critérios para servir de conformação e controlabilidade das decisões judiciais no Estado Democrático de Direito. Um desses critérios trata do elenco de princípios conformadores da hermenêutica, enquanto o outro trata das hipóteses pelas quais o juiz pode deixar de aplicar a lei democraticamente instituída.

Os princípios que devem conformar a atividade hermenêutica do juiz para que a decisão judicial esteja em consonância com os desígnios constitucionais e não venha eivada de discricionariedade são os seguintes: *i)* princípio da preservação da autonomia do direito; *ii)* princípio do controle hermenêutico da interpretação constitucional; *iii)* princípio do respeito à integridade e à coerência do direito; *iv)* princípio do dever fundamental de justificar as decisões; *v)* princípio do direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada. (Streck, 2017, p. 259)

Em virtude do alto grau de autonomia do direito, da existência de uma Constituição garantidora de direitos fundamentais e instituidora do Estado Democrático de Direito como a existente no Brasil desde 1988, além da uma legislação infraconstitucional democraticamente produzida, o julgador, conforme Streck, só poderá deixar de aplicar a lei em seis hipóteses distintas, a fim de evitar o ativismo judicial, a saber: *i)* quando a lei for inconstitucional, caso

no qual ela deixará de ser aplicada, seja pelo exercício do controle difuso de constitucionalidade, seja pelo controle concentrado; *ii*) nos casos de resolução de critérios de antinomia, quando, a título de exemplo, há o caso de duas leis que regulam a mesma matéria, e o juiz deverá aplicar a lei posterior ao invés da lei anterior, conforme regula o §1º do artigo 2º da LINDB; *iii*) no exercício de interpretação conforme a Constituição para a adição de sentido ao dispositivo legal a fim de que este se torne adequada a Constituição; *iv*) no exercício de nulidade parcial sem redução de texto, onde há uma abdução de sentido quanto ao uma hipótese de aplicação do dispositivo legal, por inconstitucionalidade; *v*) no caso de declaração de constitucionalidade com redução de texto, situação esta que envolve a redução do enunciado normativo com o intuito de adequá-lo à Constituição; *vi*) no caso de uma regra que se confronte com um princípio, caso em que ela perderá sua normatividade face ao princípio, a ser entendido este como um padrão. (Streck, 2017, p. 258-259)

Guilherme Pupe da Nóbrega, em abordagem voltada mais diretamente à discricionariedade judicial, por sua vez, prescreve outros dois mecanismos aptos a provocar a autocontenção judicial: o resgate da doutrina como instância de responsabilização e iluminação da prática decisória judicial, de forma a zelar pela consistência e previsibilidade do direito, e na noção de processo judicial como um complexo de relações jurídicas no âmbito das quais serão realizados os ditames constitucionais. (Nóbrega, 2021, p. 227)

Referido autor abre destaque para uma crítica ao papel que a doutrina tem ocupado no Direito Brasileiro, reforçando um inautêntico senso comum teórico dos juristas e servindo como caudatário irreflexivo das decisões dos Tribunais, ao modo de como se o Direito estivesse reduzido àquilo que os Tribunais dizem que ele é. Assim, faltaria à produção doutrinária brasileira o enfrentamento da discricionariedade judicial e o resgate do seu papel crítico e reprodutivo (e não meramente descritivo das decisões judiciais dos Tribunais), a servir, inicialmente, como um *constrangimento epistemológico*<sup>162</sup> aos julgadores e aos operadores do Direito em geral. (Nóbrega, 2021, p. 230)

À doutrina deve ser resgatada a sua autoridade e dignidade, de maneira que ela exerça o seu papel crítico sobre a operacionalidade do Direito no Brasil e o senso comum teórico dos juristas, com vistas à preservação e à autonomia do Direito, apontando os equívocos e

---

<sup>162</sup> “Decisões judiciais solipsistas devem ser constrangidas. Do mesmo modo, acórdãos emanados de últimas instâncias jurisdicionais, embora inegavelmente mereçam ser obedecidos, devem, entretanto, sofrer fortes constrangimentos epistemológicos ou, em outros termos, de “censuras significativas”. Desso modo, lança-se um repto à comunidade jurídica: o dever da doutrina de doutrinar. Isso implica um papel prescritivo arraigado no paradigma democrático, e não meramente reprodutor das orientações do Judiciário, imaginário que se formou e tem ganhado cada vez mais força na teoria do Direito”. (Streck, 2017, p. 43)

solipsismos de todas as formas, servindo como uma ponte para a concretização da Constituição.

Nesta linha, Nóbrega (*apud* Tassinari, 2021) pontua que:

Se a própria doutrina é capaz de se colocar num círculo vicioso de reforço e reprodução do senso comum teórico, ela própria é igualmente capaz de reverter esse círculo em virtuoso a partir de uma autocrítica — constringer primeiro a si própria para que volte a constringer — e retomar sua missão de problematização do estado de coisas. Isso porque, quanto mais logre a doutrina evidenciar o quanto as significações denotativo-literais emanadas do senso comum contrastam com as contextuais-reais, maior a tendência de se fomentar uma reflexão crítica; quanto mais o próprio sistema, calcado numa estabilização de sentidos, revele, na verdade, o oposto do que esses sentidos emanem, maior há de ser a anomia a impulsionar questionamentos. Enfim, operando num duplo nível — filosófico, ao criticar “encobrimentos significativos”, e jurídico, na crítica ao senso comum teórico —, a doutrina contribuirá para iluminar os paradoxos do direito, afinal, a eficiência da ilusão somente perdura enquanto seja ela capaz de ocultar seu próprio caráter ilusório. (p. 239)

Ao processo judicial como um *locus* de realização dos direitos fundamentais, cabe o resgate da teoria *comparticipativa* do processo, mediante a noção da necessidade participação de todos os sujeitos processuais para o aprimoramento do Direito e da prestação jurisdicionais, retirando a aposta no protagonismo judicial sustentada em um modelo processual em que o juiz teria uma posição de superioridade em detrimento das partes. (Nóbrega, 2021, p. 249-250)

Para isso, é preciso abandonar a ideia, indevidamente propalada com muita frequência no Brasil, que a cognição está limitada ou concentrada na fase decisória ou apenas na figura do juiz. A saber, o juiz não é neutro cognitivamente às questões que são levadas a juízo, frisando-se a indistinção entre questões de fato e questões de direito, até o momento da decisão, momento em que então passará a construir a sua convicção sobre o caso, ao contrário disso desde o início do processo o juiz vai moldando a sua visão sobre o caso ao encarar os elementos que são apresentados pelas partes e antevendo soluções. A cognição é subsidiária à decisão, mas ela é responsável em si para a realização de direitos fundamentais, a exemplo do contraditório, não devendo ela ter a sua importância reduzida ou mesmo instrumentalizada, pois a decisão judicial decorrerá do exercício cognitivo, sendo a fundamentação o elo que une a decisão e a cognição. (Nóbrega, 2021, p. 252-253)

Ultrapassada a questão relativa à análise de alguma das propostas de combate ao ativismo judicial, proceder-se-á a uma análise, ainda que sintética, a respeito de algumas das principais facetas pelas quais o ativismo judicial se apresenta nas matérias tributárias.

O aspecto de ativismo judicial que mais tem chamado a atenção em matéria tributária é o ativismo puramente consequencialista ou *consequencialismo judicial*. Para caracterização de um consequencialismo discricionário na/da decisão judicial, por consequência entendem-se aquelas externas às normas jurídicas, ou seja, a aplicação do direito é sobreposta por meio

de uma adesão pelo julgador de uma convicção baseada na contemplação de consequências não relacionadas ao programa normativo, mais comumente aquelas relacionadas a impactos econômicos.

O *consequencialismo judicial*, então, difere do *consequencialismo normativo*, que recentemente vem sendo amparado no ordenamento jurídico brasileiro, como pode ser constatado pelo artigo 20 da LINDB. Disto, deflui-se, a fim de não restar dúvidas, de que o consequencialismo judicial é sinônimo de discricionariedade judicial e não se pode ser utilizado como recurso para “interpretação” de qualquer norma no ordenamento jurídico e nem utilizado como fundamento decisório. (Dias, 2018, p. 74)

Outro ponto digno de consideração diz respeito à confusão algumas vezes estabelecida dentro do senso comum teórico, que acaba por confundir *faticidade* com *consequencialismo*. É notório que as relações jurídicas e sociais são cada vez mais complexas atualmente, levando, muitas vezes, ao conhecimento multidisciplinar como condição para a adequada compreensão destas relações. O recurso ao pensamento complexo<sup>163</sup> mostra-se fundamental para a superação do fenômeno da baixa constitucionalidade, ou seja, da compreensão da Constituição abaixo das suas potencialidades decorrentes de sua força normativa e do seu amplo rol de direitos fundamentais, e ele nada tem a ver com o *consequencialismo*, que visa sobretudo fragilizar a autonomia e a integridade do Direito. Portanto, adotar um pensamento complexo sobre a *faticidade* oriunda do caso concreto não significa ser consequencialista e nem significa sujeitar o direito à fragilização por conta de fatores externos a ele, como a moral, a política ou a economia.

Justificando os motivos pelos quais os julgamentos em matéria tributária não devem recorrer a consequências externas às normas, Dias (2018) afirma o seguinte:

Isso quer dizer que no âmbito tributário, o julgador está proibido de se valer das consequências externas às regras atributivas de competência tributária em detrimento das suas consequências internas, a pretexto de promover o bem-estar da sociedade, evitar um cenário caótico, prevenir prejuízos financeiros, reduzir a multiplicidade de demandas judiciais, ou concretizar qualquer outro suposto interesse ou princípio jurídico. De igual modo, no âmbito tributário, o julgador está proibido de recorrer às consequências extrajurídicas para determinar o conteúdo da sua decisão.

---

<sup>163</sup> “O que é a complexidade? A um primeiro olhar, a complexidade é um tecido (complexus: o que é tecido junto) de constituintes heterogêneas inseparavelmente associadas: ela coloca o paradoxo do uno e do múltiplo. Num segundo momento, a complexidade é efetivamente o tecido de acontecimentos, ações, interações, retroações, determinações, acasos, que constituem nosso mundo fenomênico. Mas então a complexidade se apresenta com os traços inquietantes do emaranhado, do inextrincável, da desordem, da ambiguidade e da incerteza... Por isso o conhecimento necessita ordenar os fenômenos rechaçando a desordem, afastar o incerto, isto é, selecionar os elementos da ordem e da certeza, precisar, clarificar, distinguir, hierarquizar... Mas tais operações, necessárias a inteligibilidade, correm risco de provocar a cegueira, se elas eliminam outros aspectos do complexus: e, efetivamente, como eu o indiquei, ela nos deixaram cegos.” (Morin, 2005, p. 13-14)

Em que pese essas proibições decorram diretamente das normas constitucionais (regras atributivas de competência tributária, Estado de Direito, segurança jurídica, legalidade, separação de poderes e igualdade), a constante violação dos limites impostos pela própria Constituição Federal à tomada de decisão no âmbito tributário tem resultado na substituição paulatina do Direito pelo não Direito, da vontade da lei pelo arbítrio e convicções pessoais do julgador. O resultado é que “em nome da defesa do Direito Tributário”, juízes e tribunais matam o ‘direito’ e ficam apenas com o tributário”. (p. 129)

O argumento *consequencialista* mais em voga atualmente no julgamento de matérias tributárias pelos Tribunais Superiores é o atinente ao impacto fiscal que a adoção de um posicionamento jurídico pode gerar às contas públicas, tanto na perda de arrecadação quanto na repetição do tributo pago indevidamente pelos contribuintes.

O caso mais emblemático a esse respeito foi o atinente à modulação de efeitos em razão da declaração de inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, ocasião em que a União Federal argumentou que o impacto econômico da declaração de inconstitucionalidade de tal incidência tributária na sistemática dos padrões decisórios vinculantes sem a modulação de efeitos poderia gerar um impacto no orçamento público na quantia de 250 bilhões de reais. O julgamento pelo STF foi a favor da modulação de efeitos limitada, com produção de efeitos a partir da data de 15/03/2017, com base no argumento de impacto às contas públicas, a representar uma mudança de orientação jurisprudencial pela Suprema Corte, que até então vinha negando a modulação de efeitos sob este fundamento (Recurso Extraordinário nº 574.406; Tema 69 da Repercussão Geral do STF).

Mas o ativismo judicial tributário não se esgota no *consequencialismo judicial*, ocorrendo muitas vezes uma mixagem entre mais de um tipo de ativismo judicial na adoção de determinadas posições, normalmente em favor do Estado Fiscal. O ativismo contra os limites do texto é aplicável normalmente com o intuito de enfraquecer alguma garantia do contribuinte, a fim de possibilitar a exigência inconforme de tributos com a legislação, sendo os relativos a irregularidades no lançamento tributário os casos mais comuns deste tipo de ativismo. O Código Tributário Nacional prevê regras claras sobre os requisitos que um lançamento tributário deve atender para ser juridicamente válido, acontecendo de o Poder Judiciário, de forma ativista, abrandar tais exigências para não os declarar nulos de pleno direito, indo frontalmente contra o legislador.

O *ativismo ideológico-moralista* entra em cena em diversas ocasiões no âmbito tributário, aqui decorrente de posições subjetivas do julgador quanto à necessidade da cobrança de tributos para a manutenção de um Estado de Bem-Estar Social, que requer muitos recursos públicos que só podem ser obtidos pela via da tributação. Essa convicção



subjetiva orienta o julgador a adotar posicionamentos a favor do Estado Fiscal em questões controvertidas, mormente à avaliação do cumprimento do ônus probatório do Contribuinte a respeito da existência do seu direito, onerando-o a um detalhismo probatório não consentâneo com o ordenamento jurídico ou mesmo com a lógica dos fatos. Tal dinâmica, ao fim e ao cabo, leva uma condição de desigualdade processual entre Contribuinte e Estado, a favor deste.

O *ativismo performático* é o modo de ativismo judicial que mais se amolda em mixagem com os outros tipos de ativismo citado. A sua feição mais proeminente consiste na evocação do mito da supremacia do interesse público sobre o particular. Esse argumento, tratado muitas vezes como um princípio, constitui-se no grande eixo de sustentação de todas as posições solipsistas adotadas em detrimento dos direitos e garantias dos Contribuintes, com a adoção do raciocínio de que antes vale adotar posições juridicamente questionáveis a favor do Fisco do que fazer valer o direito de um particular se isso for onerar excessivamente o Estado.

A respeito do tema, Abboud (2020) assevera:

A fórmula que postula a sempre primazia do interesse público sobre o particular é uma simplificação errônea e frequente do problema que existe entre o interesse público e os direitos fundamentais. O erro consiste justamente porque os direitos fundamentais são constitutivos tanto para o indivíduo como para a comunidade. Portanto, são constituídos não apenas em favor do indivíduo, porquanto cumprem uma função social e constituem o fundamento funcional da democracia.

Disso se conclui que a garantia e o exercício dos direitos fundamentais estão caracterizados por um entrecruzamento de interesses públicos e interesses individuais. A tutela da vida, da liberdade e da propriedade no Estado Constitucional é uma exigência legítima, tanto do indivíduo como da comunidade, ou seja, existe no interesse público e no interesse privado. Esta conclusão é de fundamental importância para se impedir que a restrição ao direito fundamental possa ser realizada com fundamento no interesse público.

Desse modo, se nos direitos fundamentais estão fundidos interesses públicos e interesses privados, disso retém-se que tão logo ocorra uma violação a um direito fundamental, invariavelmente também ficará prejudicado o interesse público. Consequentemente, a preponderância do segundo nunca pode ser feita à custa da diminuição de qualquer direito fundamental. (p. 748-749)

A justificação de julgamentos ativistas com base na supremacia do interesse público sobre o interesse privado constitui uma simplificação errônea do problema da relação que existe entre o interesse público e os direitos fundamentais. Em um Estado Democrático de Direito, a função precípua do Estado está em realizar os direitos fundamentais, e a realização e garantia destes direitos ocorrerá em um entrecruzamento entre os interesses públicos e privados (Abboud, 2020, p. 748). Como exemplos deste entrecruzamento, listam-se: (i) o caso de uma empresa privada que, contratada pelo Poder Público pela via licitatória, presta serviço de grande abrangência à população – ainda que movida pelo interesse privado no recebimento dos valores pertinentes aos serviços prestados, é inegável a dimensão de realização de direitos fundamentais, motivo pelo qual é de interesse público que a avença

pactuada entre esta empresa e o Poder Público seja cumprida nos exatos termos em que formulada; (ii) o Contribuinte que paga imposto indevidamente, por inconstitucionalidade ou por qualquer outro tipo de arbitrariedade, tem seus direitos e garantias fundamentais violados, como o do direito à igualdade e a propriedade, posto que a atuação do Estado está pautada pela legalidade, só podendo fazer o que está prescrito na lei, sendo mais que um interesse meramente privado do cidadão receber a restituição do que pagou indevidamente a título de tributos, residindo aí um verdadeiro interesse público digno de realização pelo Estado.

Vislumbra-se, assim, que os julgamentos dos temas 881 e 885 do STF, que permitem a cessação automática, sem a necessidade de propositura de ação rescisória ou ação revisional de sentença, violam a norma constitucional do artigo 5º, inciso XXXVI, da CF/88, além dos artigos 501, I, 926 e 927 do CPC, podendo considerar este posicionamento como um ativismo judicial contra o texto legal/constitucional, na medida em que vulnerabiliza o instituto da coisa julgada. Em acréscimo, nota-se a presença de um ativismo puramente consequencialista no ponto em que atende a sobreposição de uma eficiência quantitativa em detrimento de uma eficiência qualitativa, havendo a transferência de uma responsabilidade que deveria ser do Poder Judiciário – quer seja, a da verificação da adequação de um padrão decisório vinculante ao caso concreto – ao Poder Executivo, que estará dotado (inconstitucionalmente) de poderes para determinar se o padrão decisório vinculante é aplicável ao caso abrigado pela coisa julgada, podendo, inclusive, proceder a lançamentos tributário e atuações a mais diversas. O resultado de tudo isto é que tais julgamentos não conferiram mais segurança jurídica aos jurisdicionados; ao contrário disso, reforçaram o aspecto lotérico que a jurisprudência tributária tem assumido.

Estes pontos e outros pertinentes à uma análise crítica dos Temas 881 e 885 do STF será realizada no próximo capítulo.

#### **4. ANÁLISE DA CESSAÇÃO AUTOMÁTICA DOS EFEITOS DA COISA JULGADA NO TEMPO EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA NO CONTEXTO DA LEGITIMIDADE DA MODIFICAÇÃO DE SENTIDO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS**

##### **4.1. Precedentes dos Tribunais Superiores sobre o tema**

Neste capítulo, que será o último desta pesquisa, far-se-á a análise do julgado referentes aos Recursos Extraordinários 949.297, responsável pela fixação do Tema 881 do STF, e 955.227, responsável pela fixação do Tema 885 do STF, julgados conjuntamente no ano de 2023.

Para este propósito, o primeiro tópico cuidará de analisar os principais precedentes dos Tribunais Superiores, no caso o STF e o STJ, que fomentaram a discussão e os sucessivos posicionamentos por estes tribunais sobre o tema da eficácia da coisa julgada no tempo. Em seguida, proceder-se-á a uma análise detalhada do acórdão que julgou os Recursos Extraordinários em questão, com ênfase no detalhamento dos fundamentos utilizados pelos Ministros para a adoção de seus posicionamentos. Ultrapassada a análise do acórdão, realizar-se-á uma análise hermenêutica, conforme os paradigmas teóricos adotados nesta pesquisa, a respeito de se a possibilidade de cessação automática dos efeitos da coisa julgada no tempo em relações jurídico-tributárias sucessivas em razão de decisões de (in)constitucionalidade, em controle concentrado e em controle difuso sob a sistemática da repercussão geral, implicam em modificação do sentido normativo do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, com suas respectivas implicações. Por fim, verificar-se-á as implicações dos julgamentos dos Temas 881 e 885 baseadas na teoria da decisão e na sistemática dos precedentes instituídos pelo Código de Processo Civil de 2015.

O precedente do Supremo Tribunal Federal mais antigo diretamente relacionado ao tema diz respeito à Súmula 343 do STF, cuja aprovação ocorreu em sessão plenária do Tribunal, na data de 13/12/1963, que conta com a seguinte redação: “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”.

Um notório precedente ensejador da aprovação desta súmula é o Recurso Extraordinário nº 41.407 (Relator Ministro Antônio Vilas Boas, 2ª Turma do STF, julgamento em 04/08/1959, publicado em 03/09/1959), em que figuraram como partes *União Federal v. Fernando de Abreu Teixeira*. No caso, o recurso não foi conhecido, sendo mantida a improcedência de ação rescisória proposta pela União, sob o fundamento de que

divergência jurisprudencial, em si, não é suficiente para dar ensejo a propositura de ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei.

Em sentido similar, o Supremo Tribunal Federal também aprovou a Súmula 400 (aprovação em sessão plenária na data de 03/04/1964), com a seguinte redação: “Decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra a do art. 101, III, da C.F”. No caso, a súmula faz referência expressa a Constituição de 1946, que estava em vigência quando de sua aprovação.

Ambas as Súmulas 343 e 400 do STF tratam da distinção a ser feita entre controvérsia interpretativa entre Tribunais e ofensa literal à lei, porém com a Súmula 343 tratando especificamente da impossibilidade de propositura de ação rescisória e a Súmula 400 cuidando da impossibilidade de interposição de recurso extraordinário com fundamento em violação à dispositivo da Constituição ou letra de tratado ou lei federal.

Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal veio a adotar o posicionamento de que, em temas de índole constitucional, não é aplicável a Súmula 400 do STF, como se pode extrair do precedente oriundo do julgamento do Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 145680/SP (Relator Ministro Celso de Mello, julgamento 13/04/1993, publicado 30/04/1993).

Como justificativa para o posicionamento a respeito da inaplicabilidade da Súmula 400 na hipótese de matéria constitucional, o Ministro Relator Celso de Mello apresenta o seguinte argumento:

Todos sabemos que temas de índole constitucional não se expõem, em função da própria natureza de que se revestem, à incidência do enunciado 400 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. Essa formulação sumular não tem qualquer pertinência e aplicabilidade às causas que veiculem, perante o Supremo Tribunal Federal, em sede recursal extraordinária, questões de direito constitucional positivo. Em uma palavra: em matéria constitucional não há que cogitar de interpretação razoável. A exegese de preceito inscrito na Constituição da República, muito mais do que simplesmente razoável, há de ser juridicamente correta. (STF, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 145680/SP, p. 13)

Em linha similar ao posicionamento sobre a Súmula 400, o STF igualmente firmou posicionamento em alguns julgados a respeito da inaplicabilidade da Súmula 343 sobre matéria constitucional, admitindo-se, desta forma, a propositura de ação rescisória na hipótese de interpretação posterior do STF sobre matéria constitucional situar-se em sentido contrário a caso transitado em julgado, como se extrai do julgamento proferido no âmbito do Recurso Extraordinário nº 89.108/GO (Relator Ministro Cunha Peixoto, Sessão Plenária, julgamento em 28/08/1980, publicado em 19/12/1980).

Dentro desta problemática, já mais recentemente, foi levado a julgamento sob a sistemática da repercussão geral o Recurso Extraordinário nº 590.809, que veio a definir o

Tema nº 136 da Repercussão Geral do STF, cujo enunciado estabelecido foi o seguinte: “Não cabe ação rescisória quando o julgado estiver em harmonia com o entendimento firmado pelo Plenário do Supremo à época da formalização do acórdão rescindendo, ainda que ocorra posterior superação do precedente”.

O caso concreto trata da propositura de ação rescisória pela *União Federal* em face de *Metabel Indústria Metalúrgica Ltda* com fundamento na violação à literalidade do artigo 153, §3º, inciso II, da Constituição Federal. A decisão transitada em julgado a que se buscou rescisão havia determinado pelo direito da contribuinte *Metabel* ao crédito do IPI (Imposto de Produtos Industrializados) quando da aquisição de insumos e matérias-primas sujeitas à alíquota zero, sendo que se baseava na orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal da época.

Contudo, a partir do julgamento do RE nº 353.657, a orientação jurisprudencial do STF modificou-se sobre a interpretação do artigo 153, §3º, inciso II, da Constituição Federal, posicionando-se acerca da inviabilidade do creditamento do IPI na hipótese de aquisição de insumos e matérias-primas sujeitas à alíquota zero. Tendo em vista esta conjuntura, assim como posicionamentos do STF e do TRF4 a respeito da inaplicabilidade da Súmula 343 do STF em matéria constitucional, a ação rescisória foi proposta com o fundamento constante do inciso V do artigo 485 do CPC/73.

Em sede de julgamento pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, a ação rescisória foi julgada procedente, desconstituindo o julgado em contrariedade à jurisprudência superveniente do STF, ensejando a interposição de Recurso Extraordinário pela parte *Metabel*.

O Recurso Extraordinário foi provido e o Tema 136 foi firmado a favor da aplicabilidade da Súmula 343 do STF inclusive em sede de interpretação constitucional, não cabendo a propositura de ação rescisória no caso de modificação de jurisprudência pelo STF sobre matéria constitucional, se, ao tempo do julgado rescindente, era harmônica com o entendimento do Plenário.

Por conta disto, foi dado provimento ao recurso da parte *Metabel*, reformando-se o acórdão proferido pelo TRF4 que julgava procedente a ação rescisória proposta pela *União Federal*. Ilustrando o entendimento formado por maioria no Leading case do Tema 136, o Ministro Marco Aurélio apresenta voto no seguinte sentido:

Não posso admitir, sob pena de desprezo à garantia constitucional da coisa julgada, a recusa apriorística do mencionado verbete, como se a rescisória pudesse “conformar” os pronunciamentos dos tribunais brasileiros com a jurisprudência de último momento do Supremo, mesmo considerada a interpretação da norma constitucional. Neste processo, ainda mais não sendo o novo paradigma ato declaratório de

inconstitucionalidade, assento a possibilidade de observar o Verbete nº 343 da Súmula se satisfeitos os pressupostos próprios. (STF, Recurso Extraordinário nº 590.809, p. 12)

O posicionamento firmado pelo Supremo com o Tema 136 representou, assim, a reafirmação da distinção entre interpretação controvertida e ofensa à literal disposição de lei, cuja qual deverá ser observado pelos magistrados como critério de julgamento em sede de ação rescisória. Outrossim, ficou assentado de forma pacífica que uma decisão acobertada pela coisa julgada firmada pelo STF em matéria constitucional por controle difuso não poderá ser rescindida por ação rescisória, mesmo que posteriormente o próprio STF firme entendimento em sentido oposto, por conta da proteção que deve ser conferida à coisa julgada. É digno de menção, igualmente, o fato de que a relação entre as partes no caso concreto do Leading Case dizia respeito a relações jurídico-tributárias de trato continuado.

Anteriormente à fixação do Tema 136 pelo STF, mais especificamente no ano de 2009, o STJ, por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 1001776, firmou o Tema Repetitivo nº 239, com o seguinte enunciado:

A Súmula 343, do Supremo Tribunal Federal, cristalizou o entendimento de que não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais. A ação rescisória resta cabível, se, à época do julgamento cessara a divergência, hipótese em que o julgado divergente, ao revés de afrontar a jurisprudência, viola a lei que confere fundamento jurídico ao pedido.

Deflui-se, a partir deste enunciado, que o Superior Tribunal de Justiça conferiu plena aplicabilidade à Súmula 343 do STF na apreciação das causas sob sua competência. Além disto, firmou-se o entendimento de que constitui ofensa literal à lei a hipótese em que, na época da prolação do julgamento rescindendo, já havia cessado a divergência jurisprudencial, de maneira que haverá fundamento jurídico à pretensão rescisória se a parte demonstrar que o julgamento rescindendo for superveniente e contrário à interpretação pacificada pelos Tribunais.

Observa-se que os julgados até agora trazidos não procuram fazer distinção entre os efeitos da coisa julgada em relação a relações jurídicas permanentes e relações jurídicas de trato continuado. O primeiro tema em sede de repercussão geral que tratou especificamente sobre os limites da coisa julgada sobre relações jurídicas continuativas diz respeito ao Tema 494 do STF, cujo Leading Case foi o Recurso Extraordinário nº 596.663/RJ (Relator Ministro Marco Aurélio, julgamento 24/09/2014, publicação 26/11/2014), a contar com o seguinte enunciado: “A sentença que reconhece ao trabalhador ou servidor o direito a determinado percentual de acréscimo remuneratório deixa de ter eficácia a partir da superveniente incorporação definitiva do referido percentual nos seus ganhos”.

No caso, foi proposta ação rescisória por *Espólio de Aprígio Belarmino de Camargo e Outros(A/S)* em face de *Banco do Brasil S/A*, em que os autores requerem a rescisão de sentença que determina a extinção de uma execução por satisfação da obrigação mediante a alegação de ofensa à coisa julgada formada em ação de conhecimento por razão de indevida limitação dos efeitos temporais do julgado.

Tem-se que, na ação de conhecimento, proferiu-se sentença que conferiu o direito à categoria profissional dos autores aos valores da incidência da URP de fevereiro/89, ao percentual de 26,05% sobre os proventos deles, com o asseguramento de que tal incidência deve integrar os mencionados proventos com *efeitos presentes e futuros*. Posteriormente, já em sede executiva, as partes celebraram acordo em Dissídio Coletivo que incorporou o acréscimo de proventos relativos a URP em definitivo à remuneração da classe profissional. A irrisignação da parte autora da ação rescisória consistiu no fato de que a sentença proferida em execução não deveria ter estabelecido uma limitação temporal inexistente na sentença da ação principal, configurando-se, assim, ofensa à coisa julgada, prevista no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal.

No âmbito do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal foi aprovado o Tema 494 da Repercussão Geral, por maioria de votos, com o estabelecimento de posicionamento acerca da cessação de eficácia de sentença que reconhece a trabalhador ou servidor acréscimo de remuneração na hipótese de superveniente incorporação definitiva do percentual aos seus ganhos. Por esta tese, não será necessária a propositura de ação rescisória ou revisional de sentença para a postulação da perda de eficácia da sentença, posto que a cessação ocorreria automaticamente. Neste sentido, o Ministro Teori Zavascki assim sustenta em seu voto:

3. Restaria saber se essa superveniente perda de eficácia da sentença dependeria de ação rescisória ou, ao menos, de uma nova sentença em ação revisional. Quanto à rescisória, a resposta é certamente negativa, até porque a questão posta não se situa no plano da validade da sentença ou da sua imutabilidade, mas, sim, unicamente, no plano da sua eficácia temporal. Quanto à ação de cunho revisional, também é dispensável em casos como o da espécie, pois, alteradas por razões de fato ou de direito as premissas originalmente adotadas pela sentença, a cessação de seus efeitos, em regra, opera-se de modo imediato e automático, independente de novo pronunciamento judicial. (STF, Recurso Extraordinário nº 596.663/RJ, p. 20)

Houve a invocação, como fundamentação, de que as sentenças que versam sobre relações jurídicas continuativas trazem implicitamente a cláusula *rebus sic stantibus*, de maneira que a sentença será mantida enquanto permanecerem inalteradas as circunstâncias de fato e de direito que lhe conformaram. Havendo alguma modificação de circunstância, a eficácia temporal da coisa julgada cessa automaticamente. Com intuito de explicitar este ponto em cotejo com o caso em concreto que ensejou a aprovação do Tema 494 da

Repercussão Geral, cumpre outra vez trazer à baila excerto do voto do Ministro Teori Zavascki:

Enfatiza-se, portanto, outra vez: não houve, por parte do acórdão recorrido, qualquer violação à coisa julgada. O que ele fez, na verdade, foi apenas um juízo sobre o esgotamento da eficácia temporal da sentença exequenda, em face do superveniente atendimento integral do seu comando, ficando assentado que, com o advento de acórdão do TST no Dissídio Coletivo 38/89 e com o consequente reajuste dos vencimentos dos ora recorrentes de acordo com os índices apurados pelo DIEESE entre 1º/9/88 a 31/8/89, o valor da URP correspondente ao mês de fevereiro de 89 foi definitivamente incorporado aos seus ganhos. Em outras palavras, após o trânsito em julgado da sentença que certificou o direito à incorporação do índice da URP correspondente a fevereiro de 1989, o pagamento deste mesmo percentual passou a ser reconhecido por um outro instrumento normativo autônomo, produzido supervenientemente, e que alterou radicalmente os termos da relação jurídica originariamente posta sob o crivo da Justiça Trabalhista.

Daí ter o juízo de execução determinado, com acerto, a extinção do processo, impedindo a eternização do pagamento em duplicidade do mesmo percentual de 26,05%. (STF, Recurso Extraordinário nº 596.663/RJ, p. 26)

Este caso, então, tratou de relações jurídicas continuativas, especificamente a questão remuneratória sobre as relações de trabalho de funcionários do Banco do Brasil S/A, em que foi gerada a coexistência entre uma *sentença em reclamação trabalhista* com trânsito em julgado que conferia direito a acréscimo remuneratório e um *acordo homologado em Dissídio Coletivo* que incorpora definitivamente o mesmo acréscimo à remuneração aos funcionários. O posicionamento da *Corte Suprema* foi a de que o acordo homologado no Dissídio Coletivo ocasionou a cessação automática dos efeitos temporais da coisa julgada da sentença trabalhista, com base na cláusula rebus sic stantibus, cláusula implícita presente nas sentenças que versam sobre relações jurídicas continuativas.

A aprovação deste Tema pelo Supremo Tribunal Federal representou, de forma nítida, a primeira incursão da Corte sobre o tema da cessação dos efeitos da coisa julgada no tempo sobre relações continuativas e representou importante precedente para a adoção das teses consubstanciadas nos Temas 881 e 885.

Embora não seja um precedente oriundo dos Tribunais Superiores, o Parecer PGFN/CRJ/Nº 492/2011 é digno de atenção, haja vista tratar de orientação firmada pela Procuradoria da Fazenda Nacional, órgão que representa a União Federal em causas fiscais, especificamente sobre os casos que foram objeto de julgamento pelo STF nos Temas 881 e 885.

O Despacho aprovado pelo então Ministro da Fazenda, Guido Mantega, tem o seguinte teor:

Despacho: Aprovo o PARECER PGFN/CRJ/Nº 492/2011, de 30 de março de 2011, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, que concluiu que: i) quando sobrevier precedente objetivo e definitivo do STF em sentido favorável ao Fisco, este pode voltar a cobrar o tributo, tido por inconstitucional em anterior decisão tributária transitada em julgado, tido por inconstitucional em anterior decisão tributária transitada em julgado, em relação aos fatos geradores praticados dali para frente, sem que necessite de prévia autorização judicial nesse sentido; (ii) quando sobrevier precedente objetivo e definitivo do STF



em sentido favorável ao contribuinte-autor, este pode deixar de recolher o tributo, tido por constitucional em anterior decisão tributária transitada em julgado, em relação aos fatos geradores praticados dali para frente, sem que necessite de prévia autorização judicial nesse sentido. (Parecer PGFN/CRJ/Nº 492/2011, p. 01)

Diferindo relativamente ao posicionamento adotado pelo STF nos Temas 881 e 885, o ora analisado parecer posiciona-se no sentido de que a alteração de circunstâncias fáticas ou jurídicas sobre relações jurídico-tributárias ocasiona o surgimento de nova relação jurídico-tributária, não sendo por isso alcançada pelos limites objetivos da coisa julgada, motivo pelo qual a coisa julgada deixa naturalmente de exercer seus efeitos vinculantes com a alteração de circunstância, dada sua inaptidão de alcançar a nova relação que surgiu posteriormente à sua prolação.

O contexto principal apontado como razão para a formulação do parecer pela PGFN diz respeito à aproximação existente entre os controles difuso e concentrado de constitucionalidade, oriundo, sobretudo, pela adoção da sistemática de repercussão geral na aprovação do artigo 543-B do Código de Processo Civil de 1973. Neste sentido, destaca-se:

34. De fato, a objetividade que tem caracterizado as decisões proferidas pelo Plenário do STF em controle difuso de constitucionalidade, somada à definitividade alcançada quando estas decisões resultam de julgamentos formados nos moldes do artigo 543-B do CPC, tornam as definições nelas contidas perfeitamente aplicáveis, **tanto quanto as proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade**, a todas as demandas judiciais que, eventualmente, tratem da mesma questão jurídica nelas enfrentadas, sendo aptas, ainda, a reger a atuação da Administração Pública Direta e Indireta. Tanto uma (a proferida em controle difuso, nos termos do art. 543-B do CPC) quanto a outra (a proferida em controle concentrado) são oriundas do mesmo órgão (Pleno do STF) e resolvem, de forma igualmente final e estável, as questões constitucionais que lhe são submetidas, fazendo-o sempre à luz da ordem objetiva, sem qualquer apego a dados subjetivos da causa.

35. Se é assim, então a **simples circunstância** de as decisões proferidas pelo STF em controle difuso resolverem questões jurídicas de forma **principal**, por ocasião do julgamento de pedido formulado em ação originária, **não** parece configurar razão suficientemente relevante para **lhes negar a força de vincular** os demais órgãos jurisdicionais na resolução de demandas judiciais que tratem de questões jurídicas idênticas às nelas tratadas, bem como a atuação da Administração Pública Direta e Indireta. Nota-se que pretender justificar, apenas em tal **circunstância**, a diferenciação entre a extensão da eficácia vinculante emanada das decisões proferidas pelo Plenário do STF em controle concentrado e aquela emanada das proferidas, nos moldes do art. 543-B do CPC, **pelo mesmo Plenário**, em controle difuso, acaba conduzindo a uma distinção absolutamente **artificial** entre essas duas decisões, já que escorada **em critérios cuja relevância, se um dia já se fez presente, certamente inexistia na realidade jurídica atual**. (Parecer PGFN/CRJ/Nº 492/2011, p. 13. Grifos conforme o original)

Ainda no que diz respeito às características dos controles concentrado e difuso de constitucionalidade, o Parecer PGFN nº 492/2011 sustenta que, enquanto o controle concentrado de constitucionalidade é dotado de *efeitos vinculantes* e *eficácia erga omnes*, o controle difuso de constitucionalidade proferido sob a sistemática da repercussão geral é dotado apenas de efeitos vinculantes, posto o artigo 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988 exigir Resolução do Senado Federal para que os julgados proferidos em controle difuso pelo STF ostentem *eficácia erga omnes*.

É possível defluir, por este ponto do Parecer, a defesa de inexistência de mutação constitucional do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, mesmo com a aproximação dos controles difuso e concentrado de constitucionalidade, diante do motivo de que a eficácia *erga omnes* ao controle difuso só pode ser alcançada, única e exclusivamente, por Resolução do Senado Federal que suspenda a execução de lei declarada inconstitucional.

O trecho a seguir explicita esta compreensão da Procuradora-Geral da Fazenda Nacional:

43. É que a ausência de eficácia vinculante *erga omnes*, explicada mais em função da literalidade do texto constitucional e do Diploma Processual Civil do que por qualquer razão de índole verdadeiramente ontológica, não retira das decisões proferidas pelo STF nos moldes do art. 543-B a vocação de representarem, tanto quanto as proferidas em controle concentrado, a “palavra final e definitiva” da Suprema Corte acerca da questão jurídica nelas objetivamente decididas. E, conforme se explicitou mais ao início deste tópico do presente Parecer, é exatamente isso, ou seja, a especial qualidade de representarem o juízo objetivo, definitivo e final da Suprema Corte acerca de uma dada questão constitucional – e não a sua eventual eficácia vinculante *erga omnes*-, que configura o fator responsável por conferir às decisões proferidas pelo Pleno do STF (seja em controle concentrado, seja em controle difuso de constitucionalidade, seguidas ou não de Resolução Senatorial, neste último caso, desde que nos moldes do art. 543-B do CPC) força para alterar/impactar o sistema jurídico vigente, agregando-lhe um relevante elemento novo, a saber, o juízo de certeza final acerca da constitucionalidade/inconstitucionalidade de uma determinada lei, ou acerca da correta interpretação do texto constitucional. (Parecer PGFN/CRJ/Nº 492/2011, p. 16. Grifos conforme o original)

Igualmente, o Parecer sustenta que o artigo 543-B do CPC/73 entrou em vigência na data de 19 de fevereiro de 2007 e o Regimento Interno do STF, após a Alteração Regimental nº 21, na data de 03 de maio de 2007, adaptaram-se plenamente para proferir julgamentos sob a sistemática da repercussão geral, razão pela qual apenas a partir desta data que os julgamentos de controle difuso sob a repercussão geral poderão representar modificação nas circunstâncias jurídicas aptas a ensejar o surgimento de nova relação jurídica não sujeita aos limites objetivos da coisa julgada formada em sentido contrário.

Com base nestas premissas, o Parecer nº 492/2011 ousou a elencar todos os precedentes do STF que poderiam representar alteração de circunstância jurídica da seguinte forma: *i)* independentemente da época em que foram prolatados, todos os julgamentos formados em sede de controle concentrado de constitucionalidade; *ii)* os posteriores à data de 03 de maio de 2007 decorrentes de julgamento em sede de controle difuso de constitucionalidade em sede de repercussão geral, seguidos ou não da Resolução Senatorial prevista no artigo 52, inciso X, da Constituição Federal; *iii)* os anteriores à data de 03 de maio de 2007 formados em julgamento de controle difuso de constitucionalidade do STF, desde que oriundo de decisão Plenária e confirmado em julgados posteriores pelo STF, seguidos ou não de Resolução Senatorial prevista no artigo 52, inciso X, da Constituição Federal. (Parecer PGFN/CRJ/Nº 492/2011, p. 01)

Como providências práticas sugeridas aos Procuradores da Fazenda Nacional diante de casos envolvidos por esta temática, estão as seguintes: *i)* a avaliação de possibilidade de ajuizamento de ação rescisória, com fundamento no artigo 485, inciso V, do CPC/73 (violação a literal disposição de lei) – destaca-se que o Parecer menciona não haver impedimento pela Súmula 343 do STF ao ajuizamento diante de envolver matéria constitucional atinente à constitucionalidade/inconstitucionalidade de tributo e já existiram, de fato, julgados do STF que negaram aplicabilidade à súmula em matéria constitucional, conforme retratado na exposição sobre o Recurso Extraordinário nº 89.108/GO; *ii)* com o ajuizamento da ação rescisória, o encaminhamento dos autos judiciais à Delegacia da Receita Federal do Brasil do domicílio do contribuinte para a realização dos procedimentos relativos à cobrança do tributo sobre os fatos geradores ocorridos após o julgamento pelo STF; *iii)* não sendo cabível ação rescisória, o encaminhamento dos autos judiciais à Delegacia da Receita Federal do domicílio do contribuinte para a realização dos procedimentos relativos à cobrança do tributo sobre os fatos geradores após o julgamento do STF ou sobre os fatos geradores ocorridos após a publicação do Parecer em questão no caso de a cessação da eficácia da sentença transitada em julgado no caso individual tenha ocorrido anteriormente à publicação do Parecer e tenha os agentes fazendários ainda não terem feito à cobrança do tributo. (Parecer PGFN/CRJ/Nº 492/2011, p. 33)

O Parecer PGFN/CRJ/Nº 492/2011 teve sua importância histórica na medida em que representou a orientação de atuação da Procuradoria da Fazenda Nacional sobre a questão da eficácia da coisa julgada em relações continuativas e motivou o ajuizamento de inúmeras ações rescisórias, a motivar o intenso debate judicial sobre as várias questões que restaram consolidadas no julgamento dos Temas 881 e 885 do STF.

A prosseguir, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 730.462/SP (Relator Ministro Teori Zavascki, julgamento 28/05/2015, publicado em 09/09/2015), foi aprovado o Tema 733 da Repercussão Geral do STF, com o seguinte enunciado:

A decisão do Supremo Tribunal Federal declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo não produz a automática reforma ou rescisão das decisões anteriores que tenham adotado entendimento diferente. Para que tal ocorra, é indispensável a propositura de ação rescisória própria, nos termos do art. 485 do CPC, observado o respectivo prazo decadencial (CPC, art. 495).

O caso do Recurso Extraordinário em comento trata de ação ajuizada por *Nelson Itiro Yanasse* em face de *Caixa Econômica Federal*, com a pretensão da parte autora ao pagamento do Plano Collor, com juros e honorários advocatícios. Tendo a ação sido julgada procedente, não houve a condenação ao pagamento de honorários advocatícios à parte sucumbente diante da previsão constante do artigo 29-C da Lei nº 8036/90, incluída pelo

artigo 9º da Medida Provisória nº 2164-41/2001. Posteriormente ao trânsito em julgado desta sentença, houve o ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2736, que veio a declarar a inconstitucionalidade do artigo 29-C da Lei nº 8036/90, ante a inconstitucionalidade da fixação por lei do não cabimento de condenação em honorários advocatícios entre o FGTS e os titulares destas contas vinculadas.

Por conta deste julgamento em sede de controle concentrado de constitucionalidade, a parte Autora da ação requereu o desarquivamento da ação e condenação da parte Ré, a Caixa Econômica Federal, ao pagamento de honorários de sucumbência, requerimento este que restou negado, ao fundamento de ocorrência do trânsito em julgado, motivo pelo foi interposto Agravo de Instrumento, que manteve a decisão de primeira instância, o que levou, por fim, a interposição de Recurso Extraordinário.

No julgamento da causa pelo STF, foi definida a indispensabilidade de ação rescisória para a reforma de decisões anteriores transitadas em julgado que tenham decidido em sentido contrário. No corpo da ementa do acórdão, fez-se a ressalva de entendimento quanto à indispensabilidade da propositura de ação rescisória à execução de efeitos futuros sobre relações jurídicas de trato continuado.

Em seu voto, o Ministro Relator Teori Zavascki afirma que a afirmação de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma jurídica em controle concentrado gera a *eficácia normativa* de manter ou excluir a norma do ordenamento jurídico. Por sua vez, o efeito vinculante desta sentença de mérito diz respeito à força impositiva e obrigatória em relação a atos administrativos e judiciais supervenientes, o que foi denominado pelo Ministro de eficácia executiva ou instrumental. A *eficácia normativa*, ou seja, a declaração de constitucionalidade/inconstitucionalidade, opera com efeitos *ex tunc*, retroagindo ao nascimento da norma. A *eficácia executiva ou instrumental*, ao contrário do que ocorre com a eficácia normativa, tem seus efeitos a partir da publicação do acórdão do controle concentrado no Diário Oficial – tal conclusão implica no fato de que para a desconstituição dos atos formados sob a norma inconstitucional só poderão ser desfeitos mediante a propositura de ação rescisória. (STF, Recurso Extraordinário nº 730.462/SP, p. 02-03)

O julgamento de mérito deste recurso, apesar de sinalizar favoravelmente à possibilidade de desconstituição do julgado que não fixou honorários advocatícios de sucumbência, foi pelo improvimento do recurso, porque, além de o caso ter chegado ao STF por meio de um agravo de instrumento oriundo da ação originária em que ocorreu o trânsito em julgado que aplicou a norma inconstitucional, não ocorrendo a propositura de uma ação rescisória, também havia transcorrido o prazo decadencial para a propositura de ação

rescisória, a considerar o fato o julgamento ocorreu sob o regramento do Código de Processo Civil de 1973, que não continha os artigos 525, §12, e 535, §8º, do CPC/2015.

Outro caso submetido à apreciação do Supremo sob esta temática é o referente à Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2418. Tratou de ação proposta pelo Conselho Federal da OAB questionando a inconstitucionalidade dos seguintes dispositivos legais: i) artigos 1º-B e 1º-C da Lei nº 9.494/97; ii) artigos 741, Parágrafo único, e 475-L, §1º, do CPC/73 – embora não tenha sido feito pedido expresse de inconstitucionalidade dos artigos 525, §1º, III, e §12º e 14º, e 535, III, §5º, do CPC/2015, houve a sua análise pelo Tribunal, haja vista possuírem em essência o mesmo conteúdo dos dispositivos de constitucionalidade questionada.

A ação foi julgada improcedente, com todos os dispositivos sendo declarados constitucionais pelo Supremo. A análise deste caso em especial estará voltada aos fundamentos utilizados pelos Ministros do Supremo para a declaração de constitucionalidade dos dispositivos do CPC/73 e CPC/2015, posto que tratam das hipóteses de rescindibilidade de julgado por decisão superveniente de constitucionalidade do Supremo.

Para fins de melhor exposição, transcreve-se integralmente estes dispositivos legais:

Código de Processo Civil de 1973:

Art. 475-L. A impugnação somente poderá versar sobre:

II – inexigibilidade do título;

§ 1º Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

Art. 741. Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre:

II - inexigibilidade do título;

Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II do **caput** deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

Código de Processo Civil de 2015:

Art. 525. Transcorrido o prazo previsto no art. 523 sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação.

§ 1º Na impugnação, o executado poderá alegar:

III - inexecutabilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;

§ 12. Para efeito do disposto no inciso III do § 1º deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

§ 14. A decisão do Supremo Tribunal Federal referida no § 12 deve ser anterior ao trânsito em julgado da decisão exequenda.

Art. 535. A Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, por carga, remessa ou meio eletrônico, para, querendo, no prazo de 30 (trinta) dias e nos próprios autos, impugnar a execução, podendo arguir:

III - inexecutabilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;

§ 5º Para efeito do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado

inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

Conforme o voto do Ministro Relator Teori Zavascki, a coisa julgada, embora de matriz constitucional, tem a sua conformação trazida pelo legislador ordinário, que poderá estabelecer os seus limites objetivos e subjetivos, bem como as hipóteses na qual ela poderá ceder ante bens ou princípio de mesma hierarquia, ou seja, de natureza constitucional. (STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2418, p. 22)

Tais dispositivos, ainda conforme o Relator, buscam harmonizar o instituto da coisa julgada com o primado da Constituição, posto que apenas trazem um instrumento com eficácia rescisória de sentenças eivadas de especiais vícios de inconstitucionalidade. Esta solução não teria o condão de resolver todos os conflitos entre a supremacia da Constituição e a coisa julgada ou rescindir ou negar exequibilidade a todos os tipos de sentença inconstitucionais. (STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2418, p. 22)

A respeito dos tipos de técnicas de decisão constitucional aptas a gerar o reconhecimento da inconstitucionalidade ensejadora de rescindibilidade da sentença, o Relator afirma que, na hipótese de vício por aplicação de lei inconstitucional, a técnica de decisão utilizada em decisão pelo STF será a de declaração de inconstitucionalidade com redução de texto, já na hipótese de vício por aplicação da lei a situação considerada inconstitucional, a técnica de decisão do STF será a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, e, por fim, na hipótese de vício de aplicação de lei com um sentido inconstitucional, a técnica de decisão será a interpretação conforme a Constituição. (STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2418, p. 26-27)

Por fim, foi sustentada a diferença existente entre a sistemática do CPC/73, que exigia como condição que a decisão do STF fosse anterior à formação da coisa julgada, e a do CPC/2015, que admite a possibilidade de que a rescisão decorra de decisões do STF anteriores e posteriores à formação da coisa julgada, sendo que o prazo para a propositura da ação rescisória contará do trânsito em julgado da decisão superveniente do STF. (STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2418, p. 26-27)

A improcedência da ADI deu-se por maioria de votos, excepcionando-se o Ministro Marco Aurélio que a julgou procedente em parte, no sentido de declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados por vício formal decorrente de sua inclusão no ordenamento jurídico por meio da Medida Provisória nº 2.102-27/2001.

Já no ano de 2021, foi julgado pelo STF a Ação Rescisória nº 2297/PR. Tratou-se de ação proposta no STF pela *União Federal* em face de *Nutriara Alimentos LTDA*, cuja pretensão consistiu na rescisão de julgado que conferiu à parte ré o direito de crédito de IPI quando da aquisição de insumos e matérias-primas sujeitas à alíquota zero, com fundamento no artigo 485, inciso V, do CPC/73 em razão de afronta ao artigo 153, §2º, inciso II, da CF/88, posto a desconformidade existente entre o julgado a que se busca a rescisão e a jurisprudência pacífica do STF.

Em acórdão, a Ação Rescisória foi julgada improcedente, com fundamento na Súmula 343 do STF e no Tema 136 do STF. De fato, percebe-se que esta Ação Rescisória se assemelha, em seu objeto, ao Recurso Extraordinário nº 590.809, que veio a fixar o Tema nº 136 do STF, a envolver relações jurídico-tributárias de natureza continuativa. Portanto, tal julgado, realizado sete anos após a aprovação do tema que (re)afirmou a aplicabilidade da Súmula 343 em relação a matéria constitucional, demonstra que o STF, até aquele momento, mantinha o entendimento de que a superveniência de jurisprudência do STF em sentido contrário a decisão transitada em julgado não autoriza, por si só, o direito à cessação dos efeitos da coisa julgada.

Adicionalmente, é imperioso constatar que o tema relativo ao não direito de creditamento do IPI quando da aquisição de insumos e matérias-primas sujeita à alíquota zero constitui-se em um precedente do STF, no sentido a qual se compreende o termo na tradição jurídica do *common law*, em razão da sucessividade uniforme de posicionamentos que foram adotados desde o ano de 2007. Todavia, o STF jamais julgou referido assunto sob a sistemática da repercussão geral, o que implica afirmar que este entendimento específico não tem efeitos vinculantes, aos moldes dos padrões decisórios vinculantes previstos nos artigos 927 e seguintes do Código de Processo Civil.

O último julgado a ser analisado será o pertinente à Reclamação nº 33.765/PA. A ação trata de uma reclamação constitucional, instituto processual com fundamento no artigo 102, inciso I, alínea I, da Constituição Federal de 1988, proposta pelo *Estado do Pará* em face da *Associação dos Delegados de Polícia do Pará (ADEPOL/PA)*.

As origens fáticas do caso remontam à impetração pela ADEPOL, em 17 de junho de 1994, de Mandado de Segurança Coletivo exigindo a equiparação salarial entre os Delegados de Polícia Civil do Estado do Pará com os Procuradores do Estado do Pará, baseado no artigo 65 da Lei Complementar Estadual nº 22/1994. O Mandado de Segurança foi julgado procedente, em 21 de dezembro de 1994, com a determinação para que o Governador do

Estado do Pará equipare os vencimentos entre as carreiras públicas, ocorrendo o trânsito em julgado em 28 de maio de 2007.

Além do Mandado de Segurança Coletivo, a ADEPOL/PA também ajuizou reclamação perante o Tribunal de Justiça do Pará, na data de 01º de fevereiro de 2006, alegando o descumprimento, desde novembro de 1995, da decisão do Mandado de Segurança Coletivo que estabelece a isonomia remuneratória. Referido pedido foi julgado procedente pelo Tribunal. Após o trâmite dos autos pelas instâncias superiores, a decisão do TJPA foi mantida e a reclamação transitou em julgado em 01º de junho de 2017. Em razão do trânsito em julgado tanto do Mandado de Segurança Coletivo quanto da Reclamação em sentido favorável à isonomia remuneratória, em 17 de dezembro de 2018, o Tribunal de Justiça do Pará determinou a expedição de ofício ao Governador do Estado para o cumprimento integral das decisões oriundas das mencionadas ações.

Em paralelo a isso, a *Associação Nacional dos Procuradores dos Estados (ANAPE)*, propôs, na data de 11/07/2006, uma Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF com a pretensão de obter a declaração de não recepção constitucional do artigo 65 da Lei Complementar Estadual do Pará nº 22/1994, aos fundamentos jurídicos nos artigos 37, inciso XIII, e 39, §1º, da Constituição Federal, que foram alterados pela Emenda Constitucional 20/1998, de maneira a vedar expressamente a equiparação salarial entre o pessoal do serviço público e, adicionalmente, a ineficácia da decisão proferida no Mandado de Segurança Coletivo.

O STF, em 21/08/2014, veio a julgar parcialmente procedente a ADPF para declarar a não recepção do artigo 65 da Lei Complementar nº 22/94, sendo que, em relação ao pedido de ineficácia da decisão transitada em julgado no Mandado de Segurança Coletivo, houve julgamento de improcedência por inadequação da via processual eleita.

Diante deste cenário jurídico, então, o Estado do Pará propôs a Reclamação Constitucional nº 33.765/PA, na data de 18 de março de 2019, requerendo a garantia da autoridade da decisão transitada em julgado no âmbito da ADPF 97, sustando em definitivo qualquer ordem judicial proveniente do Mandado de Segurança Coletivo e da Reclamação ajuizados pela ADEPOL/PA que venham a determinar a equiparação remuneratória entre as carreiras de Delegado de Polícia Civil e Procurador do Estado, a considerar a não recepção do artigo 65 da Lei Complementar nº 22/94.

Em sede de acórdão, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente a Reclamação nº 33.765/PA, com o reconhecimento da cessação automática dos efeitos da coisa julgada no Mandado de Segurança Coletivo ajuizado pela ADEPOL em 2004 (Autos nº 00003462-



14.1994.8.14.0000) e na Reclamação ajuizada pela ADEPOL em 2006 (Autos nº 00001030-02.2006.8.14.0000), a partir da vigência da Emenda Constitucional nº 20/1998, que, ao alterar a redação dos artigos 37, inciso XIII, e 39, §1º, da Constituição, passou a vedar a equiparação remuneratória entre carreiras do serviço público, e mais a cassação do ato Tribunal de Justiça do Pará que determinou a expedição de ofício ao Governador do Estado para o cumprimento integral das decisões cujo efeitos foram cessados.

Como fundamentação, a Relatora Ministra Rosa Weber afirmou que as sentenças que regem relações jurídicas continuativas são regidas pela cláusula *rebus sic stantibus*, ao modo que superveniente decisão do STF em contraste com a coisa julgada proferida em relação jurídica continuativa tem como efeito automático a cessação dos efeitos futuros da sentença transitada em julgado, não sendo necessária a propositura de ação revisional ou rescisória para tanto. No trecho a seguir, há a explicitação da relatora sobre o ponto em questão:

Com efeito, retomando a questão central deste tópico, mostra-se desnecessário que o beneficiado pelo entendimento veiculado pelo STF, em sede de controle de constitucionalidade, ajuíze ação própria para fazer cessar a autoridade da coisa julgada anterior em sentido contrário proferida em relação jurídica de trato continuado, ausente, pela simples superveniência do decisor desta Casa, pretensão resistida pelo prejudicado.

Na realidade, em tal circunstância, paralisado o cumprimento das obrigações decorrentes da coisa julgada ante superveniente pronunciamento deste Tribunal em controle de constitucionalidade, cabe ao interessado prejudicado – beneficiário da sentença concreta transitada em julgado – ajuizar ação própria, tendo em vista que, nessa hipótese, haverá a necessidade (interesse de agir) de pronunciamento do Poder Judiciário para sanar eventual dúvida existente, haja vista resistência ao cumprimento de decisão anterior.

Há, por fim, uma questão prática relevante para amparar o entendimento acima exposto.

Exigir, sem qualquer previsão legal específica, o ajuizamento de nova ação (ação revisional) para reconhecimento da cessação de eficácia da coisa julgada acarreta elevação (i) no número de processos distribuídos e (ii) na taxa de congestionamento dos Juízos, sem justificativa e fundamentação razoável e adequada. (STF, Reclamação Constitucional nº 33.765/PA, p. 19-20)

A respeito do momento em que deve ser reconhecida a cessação dos efeitos da coisa julgada, a Ministra Relatora se posicionou no sentido de que ela deve ocorrer a partir da data de publicação da ADPF 97, em 08 de setembro de 2014, porque a partir desta data houve a projeção dos efeitos vinculantes da decisão de controle de constitucionalidade que, em sede da reclamação constitucional ajuizada, visou preservar a autoridade da decisão, conforme ilustra o seguinte excerto do acórdão:

Destaco, em primeiro lugar, para que não parem dúvidas, que eu também compreendo que a coisa julgada, na hipótese dos autos, teve sua eficácia cessada com a simples entrada em vigor da Emenda Constitucional 19/1998. Essa específica temática foi tratada, de forma exaustiva e expressa, ao longo do meu voto escrito. Portanto, quanto à questão de fundo, não há qualquer divergência.

O instrumento processual da reclamação, contudo, como tenho reiteradas vezes acentuado nesta Turma, deve ter seu âmbito cognitivo restrito às hipóteses constitucionais e legais. Sempre lembro de Rudolf von Inhering: A forma é inimiga jurada do arbítrio e irmã gêmea da liberdade.

Pedindo as mais respeitadas vênias aos que pensam de forma diversa, entendo que o Supremo pode muito, mas não pode tudo, o que inviabiliza, v.g., em sede de reclamação, corrigir todas as injustiças e todos os erros eventualmente cometidos pelas instâncias ordinárias. (STF, Reclamação Constitucional nº 33.765/PA, p. 28-29)

Na questão relativamente ao momento em que ocorreu a cessação automática da coisa julgada, do momento da publicação do acórdão da ADPF 97 ou desde a vigência da EC 20/1998, apenas as Ministras Rosa Weber e Cármen Lúcia votaram a favor da cessação desde a ADPF 97, enquanto os demais Ministros votaram a favor da cessação desde a vigência da EC 20/1998, motivo pelo qual tal entendimento prevaleceu, por maioria de votos.

Cotejando as razões pelas quais a cessação deve ocorrer desde a vigência da Emenda Constitucional, o Ministro Luís Roberto Barroso assim destaca:

13. Em primeiro lugar, porque o não conhecimento do pedido de desconstituição de coisa julgada anterior à alteração constitucional decorreu do princípio da subsidiariedade da via da arguição de descumprimento de preceito fundamental, tendo sido refutado no caso concreto a ideia de eficácia permanente da coisa julgada formada no âmbito do mandado de segurança coletivo 00003462-14.1994.8.14.0000.

14. Em segundo lugar, porque não houve modulação de efeitos do julgamento paradigma, que, pela sua natureza, tem em regra eficácia *ex tunc*. Desse modo, a vigência do art. 65 da Lei Complementar nº 22/1994 do Estado Pará, no que vinculou os vencimentos dos delegados de Polícia aos dos Procuradores de Estado, foi cessada no momento da revogação realizada pela EC nº 19/1998, e não pelo reconhecimento da sua não recepção pelo novo regramento constitucional, realizada somente no julgamento da ADPF 97. Em outras palavras, a inovação do ordenamento jurídico ocorreu de modo pleno com a edição da emenda constitucional, e não com decisão do Supremo Tribunal Federal que atestou o fenômeno da não recepção na hipótese. A decisão na ADPF 97 teve natureza declaratória da revogação da norma legal, e não constitutiva.

15. Observo, ademais, que o art. 501, I, do CPC/2015 deve ser interpretado à luz das prerrogativas da Administração Pública na edição de atos de natureza coercitiva necessários à gestão do seu regime jurídico de pessoal. Quer dizer, com a vigência, lei ou norma constitucional que altera o regime jurídico de servidores públicos torna-se cogente, tendo o administrador o múnus de aplicação imediata. Por essa razão, inclusive, o Supremo Tribunal Federal possui jurisprudência pacífica no sentido da inoponibilidade do direito adquirido em face de modificação de regime jurídico administrativo, ressalvada a irredutibilidade de vencimentos. Nessa linha é a tese firmada no tema 24 da repercussão geral (RE 563.7008, Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. Cármen Lúcia): “Não há direito adquirido a regime jurídico, notadamente à forma de composição da remuneração de servidores públicos, observada a garantia da irredutibilidade de vencimentos”.

16. Esse entendimento alcança, inclusive, o direito adquirido relativo ao regime jurídico de servidores que foi reconhecido por decisão transitada em julgado. (STF, Reclamação Constitucional nº 33.765/PA, p. 52-53)

Estes foram, então, os principais precedentes do Supremo Tribunal Federal que trataram das questões que foram objeto dos Temas 881 e 885 e demonstram os caminhos pelos quais o Tribunal percorreu ao longo do tema até a sedimentação do entendimento de que os efeitos da coisa julgada devem ser cessados automaticamente em relações jurídico-tributárias de trato continuativo.

#### **4.2. Análise do Julgamento dos Recursos Extraordinários nº 949.297 e 955.227 (Temas 881 e 885 da Repercussão Geral do STF)**

Os Recursos Extraordinários nº 949.297 e 955.227 foram os *Leading Cases* para os Temas 881 e 885 da Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal, respectivamente. Os dois Recursos Extraordinários foram julgados conjuntamente, assim como a redação dos

Temas foi unificada. Em que pese a jurisprudência da Suprema Corte ter tratado dos temas da cessação da coisa julgada no tempo em relações de trato sucessivo, da necessidade ou dispensabilidade de ajuizamento de ação rescisória em caso de reorientação da jurisprudência do STF sobre matéria constitucional, dentre outros, estes julgados são os primeiros a tratar de todas estas questões simultaneamente, ainda mais sob a sistemática de repercussão geral, constituindo-se, desde já, em um padrão decisório vinculante a atingir uma significativa quantidade de relações jurídico-tributárias.

Por estas razões, mencionados julgados poderão ser submetidos à análise e crítica sobre várias perspectivas, a fim de verificar as suas implicações à ordem jurídico-constitucional. Algumas destas perspectivas seriam: *i)* as implicações destes julgados para a tese da mutação constitucional do artigo 52, inciso X, da CF/88, e para a tese da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade; *ii)* as implicações destes julgados para a garantia de proteção à coisa julgada, prevista no artigo 5º, inciso XXXVI, da CF/88; *iii)* os impactos destes julgados para a sistemática relativas às relações jurídicas de trato continuativos; *iv)* os impactos destes julgados sobre as garantias conferidas ao contribuintes frente ao poder de tributar do Estado; *v)* as implicações destes julgados para a compreensão sobre a operacionalidade do sistema de precedentes que tem se desenvolvido no país; *vi)* referidos julgados no ponto de vista da teoria da decisão e da (não)presença de ativismo/discrecionalidade judicial.

A respeito da problemática envolvida na cessação dos efeitos da coisa julgada no tempo em relações jurídico-tributárias de trato continuativo, cabe trazer à baila o seguinte trecho do Parecer PGFN/CRJ/Nº 492/2011, a fim de fornecer adequada contextualização:

2. Na prática, a questão acima referida tem se apresentado à Fazenda Nacional nos seguintes termos: **a sentença transitada em julgado em que, por exemplo, se reconhece à empresa-autora o direito de não pagar determinado tributo face à inconstitucionalidade da lei que o instituiu, possui o condão de eximir essa empresa do pagamento de tal tributo eternamente, mesmo em relação a fatos geradores ocorridos após a consolidação da jurisprudência do STF no sentido da total constitucionalidade da referida lei tributária?** Ou, a mesma questão, agora apresentada sob outra perspectiva: **a sentença transitada em julgado em que se reconhece ser devido o tributo, face à constitucionalidade da respectiva lei de incidência, permite que o Fisco continue cobrando tal tributo da empresa-autora mesmo em relação aos fatos geradores ocorridos após a consolidação da jurisprudência do STF no sentido da total inconstitucionalidade da mencionada lei?** (Parecer PGFN/CRJ/Nº 492/2011, p. 01. Grifos conforme o original)

De fato, a questão que mais tem suscitado a atenção dos tribunais sobre esta problemática diz respeito ao caso de um contribuinte ter obtido a seu favor a declaração de inexistência de relação-jurídico tributária, ao fundamento, tratada nos autos como uma questão incidental/prejudicial – em típico exercício de controle difuso de constitucionalidade, de inconstitucionalidade de um determinado tributo, sendo que, após a formação da coisa

julgada, há superveniente declaração de STF, seja em controle concentrado ou difuso sob a sistemática da repercussão geral, em sentido contrário à coisa julgada individual, decidindo-se pela constitucionalidade do tributo. Em virtude destes julgados possuírem efeitos vinculantes, fica-se o questionamento *se e como* os efeitos futuros da coisa julgada individual serão afetados pelo julgamento da Suprema Corte.

O enunciado dos Temas 881 e 885 da Repercussão Geral do STF, que foram elaborados de maneira unificada conta com o seguinte teor:

“1. As decisões do STF em controle incidental de constitucionalidade, anteriores à instituição do regime de repercussão geral, não impactam automaticamente a coisa julgada que se tenha formado, mesmo nas relações jurídicas tributárias de trato sucessivo. 2. Já as decisões proferidas em ação direta ou em sede de repercussão geral interrompem automaticamente os efeitos temporais das decisões transitadas em julgado nas referidas relações, respeitadas a irretroatividade, a anterioridade anual e a noventena ou a anterioridade nonagesimal, conforme a natureza do tributo.”

Deste enunciado, é possível extrair as seguintes conclusões: *i)* a eficácia no tempo da coisa julgada formada em processos individuais sobre relações jurídicas tributárias de trato sucessivo não serão impactadas automaticamente na hipótese de haver decisão superveniente em sentido contrário pelo STF em controle difuso de constitucionalidade; *ii)* a eficácia no tempo da coisa julgada formada em processos individuais sobre relações jurídicas tributárias de trato sucessivo serão cessadas automaticamente, com a dispensabilidade de propositura de ação com este propósito pelas partes, na hipótese de superveniência de decisão do STF em controle concentrado ou difuso em sede de repercussão geral, ou seja, mediante decisões de eficácia vinculante, devendo-se respeitar, caso a decisão superveniente restabeleça a incidência de um tributo, a irretroatividade, a anterioridade anual e a noventena ou a anterioridade nonagesimal, a considerar a natureza do tributo.

O Recurso Extraordinário nº 949.297/CE foi o *Leading Case* do Tema 881 e teve a relatoria do Ministro Edson Fachin. Na origem, tratou de mandado de segurança preventivo impetrado pela pessoa jurídica *TBM – Têxtil Bezerra de Menezes S/A* em face da *União Federal*, visando impedir a cobrança de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, em virtude de coisa julgada a seu favor decorrente do Mandado de Segurança nº 127/1989, que havia transitado em julgado em 14/08/1992. A contribuinte em questão havia conseguido a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária relativamente à tributação da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, ao fundamento da inconstitucionalidade formal da Lei nº 7.689/88, por isso impetrou o *mandamus preventivo* com o intuito de coibir qualquer ato tendente à cobrança tributária por parte da Administração Tributária.

Tem-se que, após a formação da coisa julgada em favor da contribuinte TBM, a questão chegou ao STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade por ocasião

do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 15, que veio a ser julgada improcedente em julgamento publicado em 31/08/2007, ao fundamento de que a exação da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido era constitucional e a exação deveria ser cobrada então. Dadas estas especificidades, o julgado em questão somente teve como objeto a temática relativa à possibilidade de cessação automática dos efeitos da coisa julgada tributária na hipótese de superveniência de decisão do STF em controle concentrado em sentido oposto à proferida no processo individual.

No âmbito do Voto do Ministro Relator Edson Fachin, foi sustentado que as sentenças regedoras de relações jurídicas de trato continuativo são regidas pela cláusula *rebus sic stantibus*, que possibilita a sua revisão por ocasião de alteração no estado de fato ou de direito na relação, cuja previsão está contida no artigo 505, inciso I, do CPC. A decisão sobre a (in)constitucionalidade de um tributo, quando estiver em sentido contrário à sentença de processo individual formada anteriormente, representa uma modificação no estado de direito capaz de ensejar a cessação dos efeitos da coisa julgada, de modo que a relação jurídica de trato continuativo se passe a reger pelo comando da sentença proferida em controle concentrado de constitucionalidade. Ilustrando este ponto, traz-se o seguinte excerto do voto do Relator:

Por outro lado, importa esclarecer que a doutrina processualista tradicionalmente entende que a condição resolutiva da eficácia temporal da sentença consiste na alteração dos estados de fato ou de direito. Aliás, nas relações de trato continuado, esse critério foi positivado nos arts. 471, I, do CPC/73, e 505, I, do CPC/15.

Nesse panorama, afirma-se que o comando sentencial rege-se pela cláusula *rebus sic stantibus*, de modo a permanecer hígido enquanto se mantiverem íntegras as situações de fato e de direito existentes quando da prolação da sentença. Assim, alterada a norma jurídica individual ou o suporte fático de incidência normativa, a sentença deixa de ter força de lei entre as partes processuais, dado que aquela opera nos limites da questão principal expressamente decidida, a teor dos arts. 468 do CPC/73 e 503 do CPC/15.

(...)

**Ante a natureza continuada da relação jurídico-tributária e a condição implícita traduzível na cláusula *rebus sic stantibus*, entendo que juízo de constitucionalidade de lei instituidora de tributo em sede de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade possui o condão de modificar o estado de direito, consistindo em *ius superveniens*, à luz do efeito vinculante e da eficácia *erga omnes* produzidos pelas decisões definitivas de mérito, proferidas pelo STF, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade (art. 102, §2º, da Constituição da República), assim como pela função constitutiva do Direito dos precedentes judiciais. (STF, Recurso Extraordinário nº 949.297/CE, p. 36-38. Grifos conforme o original)**

Foi firmado no voto, igualmente, que a decisão em controle concentrado de constitucionalidade ou em sede de repercussão geral, se caminhar em sentido à coisa julgada formada em favor do contribuinte, representará um ônus tributário, equivalendo a um tributo novo, por isto, por razões de segurança jurídica, deverá haver o respeito às normas constitucionais que limitam a cobrança de tributos de forma retroativa (princípio da

irretroatividade tributária), no mesmo exercício que o da sua instituição (princípio da anterioridade anual) – a instituição do tributo, seguindo a linha intelectual apresentada pelo Relator, seria a publicação do acórdão em controle concentrado de constitucionalidade –, ou antes de decorridos noventa dias da sua instituição, respeitada a anterioridade anual (princípio da anterioridade nonagesimal), em consonância ao artigo 150, inciso III, da Constituição Federal de 1988.

Relativamente à modulação de efeitos, o Relator votou a favor de sua necessidade, ante o argumento de que o novo entendimento a respeito da possibilidade de cessação automática dos efeitos da coisa julgada deve ter eficácia apenas pró-futuro, por razões de segurança jurídica e de proteção à confiança do contribuinte, de maneira que a cessação dos efeitos da coisa julgada do contribuinte só poderá ter efeitos a partir da publicação do acórdão do Recurso Extraordinário nº 949.297/CE, mesmo que o julgamento superveniente de controle concentrado ou difuso em sede de repercussão geral tenha ocorrido anteriormente à fixação do novo paradigma. Neste sentido, o Ministro Edson Fachin argumenta que:

A questão central aqui é a tutela da confiança depositada pelo contribuinte antes acobertado pela coisa julgada que até então apenas poderia ser modificada com o julgamento de procedência de uma ação rescisória.

Consectário imediato da segurança jurídica na ordem tributária é a proteção da confiança depositada pelo contribuinte respaldado pelo instituto da coisa julgada. Ainda que se trate apenas de mera cessação automática da eficácia temporal da coisa julgada, como sustentado pela Fazenda Nacional, haverá uma alteração do entendimento deste Eg. STF; o que recomenda eficácia pró-futuro da decisão sob o risco de grave vulneração à confiança depositada pelos contribuintes na própria interpretação e aplicação de regras processuais pelos Tribunais Superiores.

(...)

Posto anteriormente ao presente julgamento como necessário o ajuizamento e procedência de ação rescisória para o início da cobrança de exação tributária antes considerada inconstitucional, novo entendimento implica em alteração da interpretação e aplicação de regra processual, o que recomenda eficácia pró-futuro com a observância da coisa julgada formada antes deste julgamento.

Considerando as razões de segurança jurídica veiculadas nos memoriais tenho por razoável fixar entendimento no sentido de que o presente julgamento tem efeito apenas a partir da publicação da ata de julgamento do acórdão respeitando-se, assim, as sentenças e acórdãos acobertados pelo instituto da coisa julgada; isso sem prejuízo do necessário ajuizamento da ação rescisória naquelas situações que admissíveis (Tema 136). (STF, Recurso Extraordinário nº 949.297/CE, p. 22-23)

O Recurso Extraordinário da União Federal foi provido por unanimidade de votos, no sentido da cessação automática dos efeitos da coisa julgada. Por maioria de votos, decidiu-se pela não modulação de efeitos do julgado, restando vencidos, nesta questão, os Ministros Edson Fachin, Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli e, em parte, Nunes Marques, sendo que, até o momento da conclusão desta pesquisa, a questão da modulação de efeitos ainda estava pendente de análise em sede recursal de Embargos de Declaração. Por fim, decidiu-se favoravelmente à inserção nos Temas da Repercussão Geral da aplicação das

limitações constitucionais do poder de tributar, restando vencidos os Ministros Gilmar Mendes, André Mendonça, Alexandre de Moraes e Dias Toffoli.

O Recurso Extraordinário nº 955.227/BA, por sua vez, concentrou-se no tema relativo à cessação dos efeitos da coisa julgada em relações tributárias continuativas face à decisão superveniente do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade realizado em sede de julgamento proferido sob a sistemática da repercussão geral, sendo o Ministro Luís Roberto Barroso o relator do recurso. As partes na controvérsia são a *União Federal*, na condição de recorrente, e a pessoa jurídica *Braskem S/A*, na condição de recorrida. A Braskem S/A obteve coisa julgada a favor da inexistência de relação jurídico-tributária pertinente à incidência tributária de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, no ano de 1992. Posteriormente, a empresa em questão teve de impetrar outro mandado de segurança em razão de a União Federal ter efetuado a cobrança do tributo CSLL nos anos de 2001 e 2003, mesmo existindo coisa julgada datada de 1992 em sentido contrário à pretensão do Fisco.

Nota-se, assim, as similaridades entre as causas relativas aos Leading Cases dos Temas 881 e 885, já que ambas tratam de casos concretos onde o contribuinte obteve, no ano de 1992, coisa julgada favorável à sua pretensão de não pagar o tributo da CSLL, pelo motivo da inconstitucionalidade formal da Lei nº 7.689/88. Em seu voto, o Relator Ministro Luís Roberto Barroso sustenta em princípio a ocorrência da *abstrativização* do controle difuso de constitucionalidade, por conta da instituição da sistemática dos julgamentos por repercussão geral, reforçado pelo Novo Código de Processo Civil de 2015, que trouxe o artigo 927. Tal estado de coisas, segundo o Relator, levou à mutação constitucional do artigo 52, inciso X, da CF/88, de forma a não ser mais necessária resolução do Senado Federal para que um julgado em sede de controle difuso tenha eficácia erga omnes. Sua argumentação vai no seguinte sentido:

21. Assim, aproveito para afirmar ser necessário que esta Corte reconheça que a declaração de inconstitucionalidade, em sede de recurso extraordinário com repercussão geral, possui os mesmos efeitos vinculantes e eficácia erga omnes atribuídos às ações de controle abstrato. Nesses casos, a resolução do Senado, a que faz menção o art. 52, X, da CF/1988, possuirá a finalidade de publicizar as decisões de inconstitucionalidade, não configurando requisito para a atribuição de efeitos vinculantes erga omnes.

22. Aponto ainda que a superação da necessidade de resolução do Senado para a atribuição de efeitos vinculantes e eficácia erga omnes às decisões em controle de constitucionalidade não é novidade no âmbito desta Corte. Sob a égide da Constituição de 1967 alterada pela EC nº 1/1969, vigia o art. 42, VII, cuja redação era idêntica à do atual art. 52, X, da Constituição de 1988<sup>18</sup>. No entanto, no Processo Administrativo nº 4.477/1972, em deliberação chancelada pelo despacho de 18.04.1977, esta Corte definiu que as decisões, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, não seriam mais encaminhadas ao Senado Federal, mas apenas às autoridades prolatoras da legislação, para fins de comunicação. Esta Corte atribuiu, portanto, efeitos vinculantes erga omnes às suas próprias decisões em controle abstrato, o que foi positivado com a introdução do art. 175 no Regimento Interno, em 1980<sup>19</sup>, e, posteriormente, com o art. 102, § 2º, na Constituição de 1988.

23. Desse modo, entendo ser imprescindível que se reconheça a mutação do art. 52, X, da CF/1988, para as decisões proferidas em recurso extraordinário com repercussão geral. Apesar de a matéria de fundo, no presente caso, tratar da constitucionalidade de lei, e não de sua inconstitucionalidade, a nova interpretação do referido dispositivo constitucional é relevantíssima, sobretudo em matéria tributária. Isso porque, atualmente, a Administração Pública não se vincula automaticamente às decisões proferidas em repercussão geral e, em sendo ela que constitui os créditos tributários, é bastante comum que autuações sejam feitas mesmo após esta Corte ter se manifestado pela inconstitucionalidade do tributo em sede de repercussão geral. Além disso, caso o Tribunal não entenda dessa forma, a própria decisão proferida neste recurso vinculará o Judiciário.

24. Trata-se, portanto, de passo rumo à consolidação do processo de abstratização do controle difuso, resultando em uma maior integridade à teoria de precedentes, bem como no aprimoramento do controle de constitucionalidade brasileiro. (STF, Recurso Extraordinário nº 955.227/BA, p. 22-24)

Adiante, o Relator aduz que a segurança jurídica, a livre concorrência e a isonomia possuem igual status constitucional, não havendo como estabelecer, em abstrato, qual dentre elas deve prevalecer em caso de conflito, sendo necessário recorrer à técnica de decisão da ponderação. Na hipótese da coisa julgada, o artigo 505, inciso I, admite a sua flexibilização quando a relação jurídica for de trato continuativo em alterações no estado de fato e de direito. Portanto, a segurança jurídica deverá ser flexibilizada ante aos princípios da livre concorrência e iniciativa no caso em comento.

28. Assim, a segurança jurídica, a igualdade e a livre iniciativa possuem estatuto constitucional. Vale dizer, entre estas não há hierarquia, de modo que não é possível estabelecer, em abstrato, qual deve prevalecer. Em caso de conflito entre normas dessa natureza, impõe-se a ponderação, que, como se sabe, é uma técnica de decisão que se desenvolve em três etapas: (i) na primeira, verificam-se as normas que postulam incidência no caso; (ii) na segunda, selecionam-se os fatos relevantes; (iii) e, por fim, testam-se as soluções possíveis para verificar, em concreto, qual delas melhor realiza a vontade constitucional. Idealmente, a ponderação deve procurar fazer concessões recíprocas, preservando o máximo possível dos direitos em disputa. No limite, porém, fazem-se escolhas e promovem-se restrições. Todo esse processo intelectual tem como fio condutor a proporcionalidade.

(...)

33. Assim sendo, a segurança jurídica, resguardada pela coisa julgada, não é valor absoluto, sendo passível de flexibilização em favor de princípio que, na hipótese, cumpra mais fielmente a vontade constitucional. No presente caso, como já abordado, refere-se à igualdade e à livre concorrência.

(...)

38. Em resumo: (i) há pessoas jurídicas que não pagam CSLL com respaldo em decisões transitadas em julgado; (ii) a maioria das pessoas jurídicas permanece com a obrigação de pagar o referido tributo, já que não possui decisões transitadas em julgado favoráveis; (iii) esta Corte se manifestou ao longo da década de 90 e dos anos 2000 diversas vezes, em controle difuso, anteriormente à repercussão geral, pela constitucionalidade da instituição da CSLL; (iv) apenas em 2007, na ADI 15, o Plenário proferiu acórdão vinculante e erga omnes, declarando a constitucionalidade da Lei nº 7.689/1988.

39. Partindo das premissas de que esta Corte dá a última palavra no que se refere à constitucionalidade de leis e atos normativos, e que os pontos (i) e (ii) descritos acima geram situações anti-isonômicas, com repercussão direta na livre concorrência, chego à conclusão de ser necessária a interrupção dos efeitos da coisa julgada nas relações jurídicas tributárias de trato sucessivo, independente do tributo que se esteja discutindo, quando esta Corte se manifestar em sentido oposto, em controle concentrado ou em controle difuso, desde que de acordo com sistemática da repercussão geral. Explico. (STF, Recurso Extraordinário nº 955.227/BA, p. 25, 29 e 31)

Nos dizeres do Relator, a decisão do STF, em controle concentrado ou repercussão geral, sendo contrária à coisa julgada favorável ao contribuinte, no âmbito das relações de trato sucessivo, produz norma jurídica nova, equivalendo a criação de um novo tributo.



Depreende-se disto que, a partir da publicação da ata de julgamento, deverá iniciar a contagem do prazo pertinente à anterioridade anual e nonagesimal, de modo que a incidência dos tributos, por suposto, não poderá ser retroativa e só incidirá sobre os fatos geradores ocorridos após escorrido os prazos atinentes ao cumprimento dos princípios da anterioridade. Cumpridos estes requisitos, a eficácia temporal da coisa julgada formada no processo individual cessará automaticamente, sem a necessidade de propositura de ação revisional ou rescisória.

No que tange ao caso concreto que deu origem ao Recurso Extraordinário nº 955.297/BA, foi negado, por unanimidade, provimento ao recurso da União, ao fundamento de que, embora tenha havido decisão em controle concentrado na ADI 15 a favor da constitucionalidade da CSLL, os lançamentos tributários efetuados em desfavor da Braskem S/A remontam os anos de 2001 a 2003, período este em que não havia decisão com eficácia erga omnes e efeitos vinculantes, de maneira que a coisa julgada a favor do contribuinte prevalece. Em relação à modulação de efeitos e à aplicação das limitações do poder constitucional de tributar, as conclusões são as mesmas referentes ao Recurso Extraordinário nº 949.297/CE, haja vista que eles foram julgados conjuntamente, além do que a redação dos Temas 881 e 885 foram unificadas em um único enunciado.

Feito este apanhado geral sobre os Leading Cases, resta efetuar uma breve análise a respeito de alguns posicionamentos relevantes adotados pelos Ministros do STF nos julgados. Haja vista os julgamentos dos dois processos terem ocorridos na mesma sessão, os votos dos Ministros são muito parecidos em ambos os processos, chegando a ser idênticos nas questões comuns, porém vale frisar que eles são específicos para cada Leading Case, razão pela qual será feita a devida referência sobre qual caso foi adotado cada caso a ser exposto aqui.

O Ministro Dias Toffoli, no tocante à aplicação das limitações constitucionais ao poder de tributar, sustentou, no RE nº 949.297/CE, que não é correta a fixação de uma cláusula *a priori* de anterioridade, devendo a apreciação ocorrer em cada julgamento de acordo com as particularidades do caso, utilizando-se da modulação de efeitos se for necessária. Tal entendimento encontra substância com fulcro no trecho a seguir:

Acrescento, ainda, que vejo com ressalvas a ideia de se adotar, a priori, uma cláusula geral de anterioridade (geral e/ou nonagesimal) para aplicação em todos os casos de declaração de constitucionalidade de um tributo em sede de repercussão geral ou de controle concentrado, criando-se, por assim dizer, uma espécie de modulação de efeitos (*ex nunc*), para os julgamentos futuros. A apreciação, creio eu, deve se dar a partir das particularidades de cada julgamento em que houver a declaração de constitucionalidade de tributo em sede de ação direta ou de repercussão geral, podendo o Tribunal, se for o caso, modular os efeitos da decisão em relação aos casos transitados em julgado em sentido contrário, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de interesse social. (STF, Recurso Extraordinário nº 949.297/CE, p. 171)

O Ministro Luiz Fux, no voto no RE nº 949.297/CE, sustentou a necessidade de *prospective overruling* (superação para frente) dos julgados dos Temas 881 e 885, com embasamento em consideração às possíveis consequências econômicas aos contribuintes na hipótese de não modulação de efeitos, pela razão de que muitos julgados tributários em sede de repercussão geral e controle concentrado ocorreram há muitos anos atrás – destaca-se o julgamento que declarou a constitucionalidade da CSLL na ADIN 15, ocorrido em 2007 –, de maneira que estes contribuintes que tinham uma coisa julgada a seu favor podem se ver diante da situação de estarem sujeitos à cobrança tributária retroativa por conta de um entendimento inédito na jurisprudência, fato este que vulnera a segurança jurídica e a proteção à confiança.

Nessa mesma linha de pensamento é que deve ser avaliada a modulação de efeitos do precedente ora em julgamento. Os casos em discussão remontam à discussões inauguradas pelos contribuintes na década de 1990, encerradas com o trânsito em julgado das ações individuais pelo. O Supremo Tribunal Federal somente exarou a decisão em controle concentrado de maneira totalmente desfavorável às empresas no ano de 2007, quase 20 anos após a edição da lei original. De lá até hoje, somam-se quase 16 anos em que a força normativa do julgamento em controle concentrado em face de uma decisão transitada em julgado foi examinada por esta Corte.

É forçoso reconhecer que nesta conjuntura, a discussão desborda para a aferição das consequências econômicas da decisão a ser tomada quanto ao termo inicial para a produção de efeitos do entendimento ora formado. (STF, Recurso Extraordinário nº 949.297/CE, p. 346)

O Ministro Gilmar Mendes, em seu voto no RE nº 949.297/CE, defendeu a inaplicabilidade da Súmula 343 do STF em matéria constitucional, sustentando seu posicionamento contrário ao Tema 733 do STF. Para tanto, aduziu o que o Tema 733 do STF vai em sentido contrário ao disposto no artigo 535, §5º e 8º, do CPC, que veio a ser declarado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 2.418. Já no que tange ao trato de relações continuativas, o Ministro posicionou-se no sentido de que, para desconstituir os efeitos passados de decisão passada em julgado contrária a entendimento superveniente do STF, é necessária a propositura de ação rescisória dentro do prazo decadencial, e sobre os efeitos futuros há a cessação da ultratividade da coisa julgada com a publicação do acórdão da STF, em controle concentrado ou difuso de constitucionalidade.

Nesta linha, destaca-se o seguinte trecho do voto relatado:

Assentado do que se trata de relação jurídica continuada, ou seja, aquela que se renova periodicamente, o que deve prevalecer no caso de conflito entre o comando transitado em julgado e a interpretação constitucional conferida posteriormente pelo STF? Em outras palavras, sempre prevalecerá a garantia da coisa julgada ou a partir de qual momento deve sobressair a posição da Suprema Corte?

A resposta vai estar interligada se estamos tratando dos efeitos pretéritos, pendentes ou futuros de atos passados, bem ainda os atos futuros de relação jurídica permeada por trato sucessivo.

Caso se esteja diante de efeitos pretéritos ou pendentes de fatos/atos anteriores, aplic se o posicionamento acima (com as críticas quanto ao posicionamento do STF de refrear a utilização da ação rescisória com fundamento na súmula 343 da própria Corte).

Por outro lado, na situação de se cuidar dos efeitos futuros de atos/fatos anteriores – ou mesmo de atos posteriores –, a resposta será outra, haja vista ser necessário igualar as situações jurídicas após o julgamento da Corte Suprema, sob pena de odiosa violação ao princípio da isonomia.

A norma constitucional protetiva invocada é a do inciso XXXVI do art. 5º da CF, a qual sabidamente se trata de direito fundamental. É consabido que tal postulado protetivo não é absoluto, podendo ter sua incidência diminuída quando presente outro princípio constitucional, de igual ou maior envergadura.

Igualmente tive a oportunidade de registrar, em sede doutrinária, que tal princípio “não se mostra apto a proteger posições jurídicas contra eventuais mudanças dos institutos jurídicos ou dos próprios estatutos jurídicos previamente fixados” (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 376).

Com todas as vênias, penso que ocorre a cessação da ultratividade da eficácia executiva quando houver decisão do Plenário desta Corte, que tenha interpretação de norma jurídica em sentido contrário ao título transitado em julgado.

Também o será quando a decisão transitada em julgado tiver se fundado em aplicação ou interpretação tida por incompatível com a Carta Magna, firmada evidentemente em processo objetivo ou subjetivo. A aplicação ou interpretação constitucional proferida pelo Supremo Tribunal Federal deixa claro que aquela é a orientação para os tribunais inferiores.

Assim, para ser inexigível, basta que o título judicial transitado em julgado tenha se fundado em sentido ou em interpretação constitucional em confronto com qualquer tipo de posicionamento do Plenário da Corte, seja pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade, em obediência à força normativa da Constituição. (STF, Recurso Extraordinário nº 949.297/CE, p. 69-71)

Relativamente à aplicação das limitações constitucionais do poder de tributar para a cessação dos efeitos da coisa julgada, o Ministro Gilmar Mendes sustenta que as normas constitucionais que regulam a matéria tratam apenas dos casos de lei que institui ou aumentou tributos, ainda que de forma indireta, não cabendo esta equiparação com as decisões do STF em controle difuso ou concentrado de constitucionalidade de forma a dar ensejo a aplicação do princípio da anterioridade, cabendo, assim, a cessação automática da eficácia da coisa julgada sem o aguardo do interregno do prazo constitucional das anterioridades anual e nonagesimal. (STF, Recurso Extraordinário nº 949.297/CE, p. 91-92)

Pois bem. Efetuadas as análises, ainda que sucinta, dos *Leading Cases* relativos aos Temas 881 e 885 da Repercussão Geral do STF, faz-se necessário passar-se à análise crítica a respeito das implicações dos referidos julgados.

#### **4.3. Análise hermenêutica ao sentido normativo do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal em razão do julgamento dos Temas 881 e 885 da Repercussão Geral do STF**

Vistas as questões relativas aos precedentes do STF relativamente à temática da cessação dos efeitos no tempo da coisa julgada e à análise dos acórdãos dos Recursos Extraordinários nº 949.297/CE e 955.227/BA, *Leading Cases* dos Temas 881 e 885 da Repercussão Geral do STF, é momento de explorar hermenêuticamente quais os influxos que esta problemática traz ao sentido normativo do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal.

O texto constitucional em comento conta com a seguinte redação: “XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Tal dispositivo constitucional encerra uma garantia constitucional de proteção à coisa julgada, como manifestação, inclusive, da concretização da segurança jurídica, revestindo-se como um direito fundamental do jurisdicionado e uma cláusula pétrea, conforme o artigo 60, §4º, da CF/88.

Em que pese o artigo 5º, inciso XXXVI, em sua literalidade, trate apenas da proteção da coisa julgada perante a lei, tem-se que a proteção à coisa julgada deve ser garantida contra qualquer forma de violação, outrossim o instituto jurídico sairia sobremodo fragilizado, ante as várias possibilidades de violação, seja pela Administração Pública ou pelos Particulares. A compreensão diversa da coisa julgada daquela que a situa elemento que garante a integridade do direito, o respeito aos direitos fundamentais e ao funcionamento do Estado Democrático de Direito, reveste-se em uma compreensão não adequada do instituto em relação à Constituição Federal de 1988, como já salientado anteriormente<sup>164</sup>.

Sobre o tema relativo a quais tipos de decisão possuem eficácia vinculante, há um consenso de que não são todas as decisões listadas no artigo 927 do CPC que são vinculantes, estando qualificadas com esta eficácia apenas as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade (inciso I), os enunciados de súmula vinculante (inciso II), e os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos especial e extraordinários repetitivos (inciso III). A amplitude do contraditório, com uma comparticipação qualificada na sua formação, consubstanciado em uma subjetividade ampliada pela possibilidade de participação de pessoas e entidades não restritas às partes originais do processo, tem o condão de criar oportunidades para que todos os interesses que possam vir a ser alcançados nos processos futuros a ser alcançada por esta vinculatividade e, assim, legitimar, perante o modelo constitucional de processo, a formação dos padrões decisórios vinculantes. (Câmara, 2018, p. 178-179)

---

<sup>164</sup> “Diz o art. 5º, XXXVI, da Constituição que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Interpretação literal da norma diria que a coisa julgada é protegida somente contra o Legislador. Porém, a circunstância da norma ter se referido ao Legislador obviamente não quer dizer que a Constituição quis liberar o Administrador e o Juiz para a desrespeitarem. A norma não se ocupou do Juiz e do Administrador porque a possibilidade destes desconsiderá-la é poico mais que estranha aos princípios do Estado de Direito. A coisa julgada expressa a necessidade de estabilidade das decisões judiciais, vistas como atos de positivação do poder, motivo pelo qual, se há sentido em garantir a sua imodificabilidade diante do Legislativo, é ainda mais evidente a imprescindibilidade de se tutelá-la em face do Judiciário”. (Marinoni, 2021, p. 1138)

A eficácia *erga omnes* pode ser agregada à coisa julgada e não transita em julgado. Sua incidência na coisa julgada é limitada a alguns tipos de padrões decisórios, mormente os atinentes ao exercício de controle de constitucionalidade concentrado pelo Supremo Tribunal Federal. Sua previsão vem expressa nos §2º do artigo 102 da Constituição Federal<sup>165</sup> e artigo 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/99<sup>166</sup>, mediante o uso da expressão *eficácia contra todos*.

A respeito do significado de eficácia *erga omnes*, Sarlet *et al* (2019) assim dispõe:

As sentenças de inconstitucionalidade e de constitucionalidade produzem efeitos contra todos pelo simples fato de terem eficácia direta contra todos e não em virtude de ficarem revestidas pela coisa julgada material. A preocupação em selar tais decisões com coisa julgada material teria o objetivo de impedir o seu questionamento e a sua rediscussão judicial. Acontece que a imutabilidade dessas decisões não deriva da coisa julgada material, mas da falta de legitimidade ad causam “de todos” os representados pelos legitimados às ações de inconstitucionalidade e constitucionalidade. Não é a coisa julgada que opera efeitos *erga omnes*, mas os efeitos diretos da sentença. Todos ficam submetidos à decisão pela circunstância de não poderem discutir a constitucionalidade da lei em abstrato. Uma vez decidida a (in)constitucionalidade da lei, nada pode ser feito pelos cidadãos ou por todos os que são representados pelos legitimados ao controle abstrato. Estão eles submetidos à decisão, sendo impossível o seu questionamento em qualquer ação concreta. Retenha-se o ponto: a estabilidade da decisão não deriva da impossibilidade de se voltar a questionar a constitucionalidade, mas da impossibilidade em discuti-la e da submissão à decisão tomada pelo Tribunal constitucionalmente legitimado a defini-la. (p. 1.204)

Os efeitos vinculantes a um padrão decisório vinculante tratam da exigência de vinculação por parte dos órgãos do Poder Judiciário, com exceção do STF e STJ, e dos órgãos da Administração Pública Direta e Indireta, em todas as esferas federativas (limites subjetivos dos efeitos vinculantes), ao dispositivo e aos fundamentos determinantes da decisão (*ratio decidendi/holding*<sup>167</sup>), cuja previsão está contida no artigo 102, §2º, da CF/88, artigo 28, Parágrafo Único, da Lei nº 9.868/99 e no artigo 927 do CPC/2015.

No sentido de que os efeitos vinculantes de um padrão decisório não se limitam ao dispositivo da decisão, abrangendo os seus fundamentos determinantes, Streck (2019) sustenta que:

Nestes termos, resta evidente que o efeito vinculante da decisão não está restrito à parte dispositiva, mas abrange também os próprios fundamentos determinantes, sempre levando em conta a discussão

<sup>165</sup> Constituição Federal de 1988. Artigo 102, §2º. “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.”

<sup>166</sup> Lei nº 9.868/99. Artigo 28, Parágrafo único. “A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.”

<sup>167</sup> “É importante dizer que é inevitável que ela (a *ratio decidendi*) seja *inseparável/incindível* dos fatos (enfim, da discussão, dos fundamentos) que lhe deram origem. A “exigência hermenêutica”, segundo Gadamer, é justamente a de “compreender o que diz o texto a partir da situação concreta na qual foi produzido”. Em sentido contrário a isso, teríamos por aniquilada a historicidade que atravessa o direito. Não há direito sem história simplesmente porque não há linguagem que não seja história. Em sendo o direito linguagem, o seu componente histórico é indevassável”. (Streck *apud* Gadamer, 2019, p. 368)

hermenêutica, no sentido de que esses “fundamentos determinantes” fazem parte da reconstrução do próprio caso e que dele será possível extrair o DNA para os casos a serem vinculados à referida decisão. Ou seja, a parte dispositiva não esgota a discussão, do mesmo modo que uma súmula não “contém” o direito em causa. Súmulas, ementas ou partes dispositivas de decisões não podem ser entendidas como enunciados assertóticos. A transcendência (dos efeitos) deve ser entendida interpretativa e hermeneuticamente. (p. 369)

Como se pode notar, os efeitos vinculantes e a eficácia *erga omnes* foram originalmente concebidos para o controle concentrado de constitucionalidade. Com a vigência do Código de Processo Civil de 2015, buscou-se a sistematização daquilo que pode ser denominado como “extensão dos efeitos vinculantes” por meio da ampliação dos padrões decisórios vinculantes (também denominados por muitos de provimentos judiciais vinculantes ou precedentes vinculantes), reclamando observância para além das partes constantes de um processo subjetivo<sup>168</sup>.

No que interessa ao controle difuso de constitucionalidade realizado em sede destes padrões decisórios vinculantes, como o atinente ao julgamento de recurso extraordinário sob a sistemática da repercussão geral, consiste em perquirir se à decisão de (in)constitucionalidade, retratada como questão prejudicial ao mérito da causa, também podem ser agregados efeitos vinculantes.

Diante da previsão constante do §1º do artigo 503 do CPC, em que se possibilita a formação de coisa julgada material sobre a questão prejudicial, havendo contraditório prévio e efetivo expressamente sobre a questão cuja resolução dependa o julgamento de mérito, tem-se que é possível a agregação de efeitos vinculantes a estas questões em padrões decisórios vinculantes, desde que haja o contraditório ampliado, mediante participação qualificada exigida pelo modelo constitucional de processo e mesmo pelas disposições do Código de Processo Civil.

Feitas estas considerações, é o momento de perquirir se o Temas 881 e 885 da Repercussão Geral do STF, dotados de efeitos vinculantes, na medida em que autorizam a

---

<sup>168</sup> “O dito direito jurisprudencial, baseado na atribuição, via legislação, de observância obrigatória e geral para provimentos judiciais, deve ser caracterizado como mecanismo legal para tornar de observância obrigatória pelo Judiciário outros provimentos (e.g., decisões de RE e REsp repetitivos, IRDR) na solução jurídica dos casos tal qual lei fossem. É despiciendo afirmar que, numa democracia, a Constituição e as Leis são naturalmente vinculantes, ou seja, ao decidir uma lide, o juiz não pode deixar que sejam aplicadas. Contudo, o fato de um provimento se tornar vinculante (de observância obrigatória), em nenhum momento pode se pretender transformá-lo em texto não interpretável. Todo provimento vinculante, seja lei, súmula ou acórdão paradigma, é texto (dado linguístico) passível de interpretação para se alcançar a solução dos casos que lhes são subjacentes.

Parece-nos que o CPC vigente, ao conferir efeito vinculante a provimentos judiciais, na realidade, amplia o alcance de decisões que, em regra, seriam apenas inter partes (no caso de decisões de REsp e RE) ou de súmulas que vinculariam tão somente os tribunais que a criaram. Ou seja, o efeito vinculante do CPC atribui efeito *erga omnes* e vinculante para decisões que seriam tão somente inter partes, por consequência, atribui a essas hipóteses a possibilidade de se manejar reclamação (vinculante)”. (Abboud, 2020, p. 594)

cessação da eficácia automática dos efeitos da coisa julgada em matéria tributária quando houver um padrão decisório vinculante superveniente de (in)constitucionalidade pelo STF a respeito da incidência de determinado tributo representa ou não uma mutação constitucional do artigo 5º, inciso XXXVI, da CF/88, que confere proteção à coisa julgada.

Um ponto fundamental para esta exploração hermenêutica é o relativo à distinção entre texto e norma. Como abordado anteriormente nesta pesquisa, há uma diferença ontológica entre texto e norma, de modo que a norma jurídica exsurgerà a partir da compreensão que se tem do enunciado normativo. Além disso, tal compreensão ocorrerá sempre perante um caso concreto, seja real ou fictício. Disto decorre que surgirão tantas normas jurídicas distintas quantas forem as compreensões que se fizerem dos textos jurídicos diante de um caso concreto.

O processo compreensivo é mediado pela circularidade hermenêutica que possibilita a fusão de horizontes apta a desencadear novas compreensões sobre um mesmo texto jurídico, que nada mais são do que uma atualização compreensiva que pode ser destacada da anterior. No que tange à compreensão das normas jurídicas, a possibilidades hermenêuticas de atualizações de compreensão são ainda mais ricas, porque nela há a questão do caso concreto, ou seja, as questões do mundo da vida que demandam a incidência das normas jurídicas são altamente variáveis e sujeitas a constantes mudanças, eis que as relações sociais e jurídicas sempre estão em constante transformação.

Em relação à coisa julgada, tem-se que, durante muito tempo, ela esteve focada nas chamadas relações jurídicas permanentes, voltadas a amparar os efeitos jurídicos já consumados/passados, decorrente de relações que não manifestavam (mais) o aspecto de continuidade/renovação quando da formação da autoridade da coisa julgada. É certo que, desde o CPC/73, por meio do seu artigo 471, já havia a preocupação com os efeitos da coisa julgada das relações continuativas, mas elas nunca adquiriram o significado atual.

Mesmo na seara tributária, os entendimentos a respeito da incidência de tributo, da sua constitucionalidade ou mesmo a possibilidade de a coisa julgada nestas questões regerem fatos sucessivos futuros passaram por uma constante modificação ao longo das décadas até se chegar ao patamar em que se encontra hoje. A título de exemplo, pode-se citar a Súmula 239 do STF, datada de 13/12/1963, que enuncia: “Decisão que declara indevida a cobrança de imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores”. Sobre esta súmula, posteriormente o STF julgou em diversas ocasiões a respeito da sua inaplicabilidade na hipótese de a decisão tratar sobre a própria existência da relação jurídica (ARE 861.473, Relator Ministro Roberto Barroso, decisão monocrática, j. 9-2-2015, *DJE* 36

de 25.2.2015), a denotar que quando da aprovação da súmula em comento, a tônica das discussões tributária não girava em torno de questões relativas à existência de relações jurídico-tributária entre Estado e Contribuinte, aspecto este de natureza marcadamente sucessiva.

Todo este cenário de constante mudança de realidade social e jurídica, que mudou profundamente o perfil das relações jurídicas e, conseqüentemente, do perfil das demandas trazidas ao Poder Judiciário, seguramente impactou na compreensão e complexificação dos institutos jurídico-processuais, dentre eles a coisa julgada. A título de exemplo, o Código de Processo Civil de 1973 não contemplava a possibilidade de formação de coisa julgada sobre questões prejudiciais, já o Código de Processo Civil de 2015 contempla esta possibilidade no §1º do artigo 503.

Outrossim, a ampliação dos ditos padrões decisórios vinculantes por meio do artigo 927 do CPC também acarretou modificações relevantes sobre a coisa julgada, pois se ampliou o número de decisões a que se agregam os efeitos vinculantes, fenômeno este que outrora ocorria apenas em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

Todavia, diante deste contexto, é necessário, em obediência ao artigo 5º, inciso XXXVI, conferir proteção à coisa julgada, como garantia do Estado Democrático de Direito. Isto implica no dever de conferir se as soluções e modificações compreensivas que são conferidas a este instituto jurídico estão em conformidade com a Constituição. Ou, ainda, se um eventual aumento ou redução de sua proteção acarreta violação constitucional. Por certo, a coisa julgada deve ser protegida, mas o nível adequado de proteção constitucional depende sempre da realidade no qual a coisa julgada incide, mais especificamente do perfil das relações jurídicas submetidas à apreciação do Judiciário. A proteção deficiente ou em excesso da coisa julgada pode implicar em uma não compreensão adequada do seu dispositivo constitucional.

Fica claro desta maneira que a compreensão que se faz acerca do artigo 5º, inciso XXXVI, é dependente do caso concreto, ou seja, é dependente da faticidade ou do âmbito normativo, adotada aqui a classificação de Friedrich Müller sobre as estruturas da norma jurídica. Outrossim, a compreensão deste dispositivo constitucional depende da historicidade, da sua tradição, da história institucional do instituto da coisa julgada.

Mudadas as condições fáticas sobre as quais incidem a coisa julgada ou propostos novos modos de incidência, pode ser o caso de se questionar sobre o que se entende por proteção à coisa julgada continua igual ou se houve uma mutação constitucional. Contudo, a questão pode se tornar ainda mais complexa, pois também é necessário investigar se as



modificações sobre a coisa julgada representam uma afronta à Constituição, caso em que elas devem ser criticadas e combatidas, a fim de que não prosperem inconstitucionalidades.

Diante do ineditismo e possibilidades de implicações ainda não totalmente esclarecidas, é de se analisar se o caso da cessação automática dos efeitos da coisa julgada, com a dispensabilidade de propositura de ação que vise a certificação e adequabilidade da interrupção dos efeitos temporais da coisa julgada, representa uma solução que vulnere à coisa julgada, acarretando uma proteção deficiente, que deve ser coimada de inconstitucionalidade pelo artigo 5º, inciso XXXVI, da CF/88, ou ela pode ancorar uma modificação sobre a compreensão sobre o que significa proteção à coisa julgada, de modo a que ela possa ser encarada como uma mutação constitucional, uma atualização compreensiva sobre a norma constitucional.

E a hipótese sustentada nesta pesquisa é a de que não, o caso da cessação automática dos efeitos temporais da coisa julgada em caso de superveniente decisão do STF, em controle concentrado ou difuso em sede de repercussão geral, sobre a (in)constitucionalidade de tributo nas relações jurídicas tributárias de trato sucessivo não representa uma mutação constitucional do artigo 5º, inciso XXXVI, da CF/88, por não representar uma solução que confira proteção adequada à coisa julgada, mas, sim, uma proteção deficiente, motivo pela qual ela é inconstitucional, além de representar uma solução ativista adotada pelo Supremo Tribunal Federal.

Um dos grandes problemas que a aplicação judicial do Direito no Brasil enfrenta é o chamado fenômeno da jurisprudência lotérica, decorrente da falta de segurança jurídica que o jurisdicionado enfrenta ao ingressar com demandas perante o Poder Judiciário. Não raras vezes, o cidadão ingressa com uma demanda judicial com a expectativa, baseada na legislação ou mesmo em posicionamentos dos Tribunais, de ter um julgamento a seu favor, porém esta expectativa resta frustrada, com a sua demanda julgada improcedente, muitas vezes com julgamentos discricionários, em franco desrespeito não somente aos precedentes dos Tribunais Superiores, mas também às vezes aos próprios posicionamentos do magistrado em casos semelhantes anteriores.

A inserção do artigo 926 ao novo CPC ao prescrever que os Tribunais devem uniformizar a sua jurisprudência, mantendo-a íntegra, estável e coerente. O fenômeno vulgarmente chamado de “jurisprudência lotérica”, envolve, em certa medida, o descumprimento de cada uma destas exigências constantes deste artigo do CPC. A integridade da jurisprudência é violada principalmente por julgamentos discricionários, que exsurtem em flagrante rompimento com a cadeia julgamentos anteriores semelhantes, mediante a adoção

de juízos subjetivos não justificados no e pelo Direito, mas, sim, em convicções pessoais<sup>169</sup>. A estabilidade da jurisprudência apregoa que as orientações dos Tribunais não podem sofrer mudança repentina, sendo que a jurisprudência lotérica neste sentido representa um rompimento claro com a estabilidade que se espera do Judiciário, na medida em que as expectativas que a parte tinha na tutela do seu direito são rompidas de abrupto por decisões, senão inéditas, proferidas sem o compromisso com a estabilidade jurisprudencial, consubstanciada aqui na ausência de fundamentação adequada da decisão sobre os motivos pelos quais a orientação estabelecida vai contra a jurisprudência sedimentada. Por sua vez, a jurisprudência lotérica agrida a coerência, pois rompe com a unidade de “visão de justiça” sobre determinada questão jurídica, transmitindo aos jurisdicionados a impressão de que a justiça será tão variável quanto forem os posicionamentos subjetivos dos magistrados.

Com a cessação automática dos efeitos no tempo da coisa julgada sobre matérias tributárias, ainda mais sem a modulação de efeitos – a frisar que até o momento de conclusão desta pesquisa não foi realizado o julgamento sobre embargos de declaração no STF que tratam justamente da definição se deve haver ou não modulação de efeitos para os Temas 881 e 885 do STF – inúmeros contribuintes sofrerão de insegurança jurídica, uma vez que relações jurídico-tributárias até então tidas por inexistentes voltarão a existir, com a agravante de que os tributos poderão ser cobrados retroativamente, ou seja, desde o momento de superveniência da decisão do STF em sentido contrário à coisa julgada, se ela for anterior à fixação dos Temas 881 e 885.

Isto poderá dar azo a inúmeros lançamentos tributários, com a aplicação de pesadas multas, em desfavor de contribuintes que tinham a legítima expectativa de inexistência de relação jurídico-tributária, ou, quando menos, de que não poderiam juridicamente ser cobrados tributos retroativamente, com base em uma modificação da jurisprudência do STF

---

<sup>169</sup> “No que diz respeito à integridade das deliberações judiciais, exige-se dos juízes que tratem o sistema normativo como se este expressasse e respeitasse um conjunto coerente de princípios, interpretando as normas que constituem esse sistema de modo a encontrar normas implícitas entre e sob as normas explícitas. Essa atitude que os magistrados devem tomar ao interpretar e ao aplicar o Direito, ao mesmo tempo que satisfaz a integridade, é metaforicamente transcrita no que Dworkin chama de romance em cadeia: os juízes, assim como escritores de um romance desenvolvido em capítulos, em que cada escritor é responsável por uma parte da narrativa, são autores institucionais da tradição jurídica em que inseridos portanto, superada a questão sobre se o juízes somente aplicam ou se criam o Direito; em Dworkin as duas coisas ocorrem ao mesmo tempo em alguma medida –, devendo satisfazer as dimensões de adequação e de ajuste ao interpretarem o substrato normativo e decidirem os casos que lhe são postos com base em princípios explicitados por meio de argumentos que digam que as partes realmente têm os direitos e os deveres reconhecidos quando do pronunciamento judicial”. (Viana, Nunes, 2018, p. 408-409)

até então inédita – fator este ressaltada pelos Ministros do Supremo em diversos trechos do acórdão.

A situação inversa também poderá ocorrer, quer seja: a possibilidade de o Estado ter que vir a arcar com pesadas restituições pagas com base em relações tributárias as quais foram tidas por constitucionais em decisão passada em julgado, mas foram tidas por inconstitucionais por decisão superveniente do STF. Ficará aberta a questão de se os entes públicos desconstituirão voluntariamente todos os lançamentos tributários efetuados com base na confiança que possuíam de ter uma coisa julgada a seu favor, ou se os contribuintes terão que se valer de medidas judiciais, como ações anulatórias ou embargos à execução para que não se vejam obrigados a arcar com o pagamento tributário. Muito relevante também será a questão de como serão regulados os acordos de transação tributária em que estiverem sendo cobrados tributos agora inexigíveis por força dos Temas 881 e 885 do STF. O contribuinte terá que recorrer à justiça para renegociação, com o risco de o ente estatal romper unilateralmente com a transação, ou ele terá que arcar normalmente com todos os pagamentos do instrumento de acordo para depois discriminar e provar perante o Judiciário quais foram os pagamentos indevidos realizados para fins restituição de indébito tributário?

Todas estas questões, somadas ao fato de que as relações entre Fisco e Contribuintes normalmente são complexas, podendo afetar várias relações anexas e mesmo terceiros interessados, demonstram que a cessação automática da coisa julgada, sem a necessidade de propositura de ação revisional ou rescisória, oportunidade em que o juízo do caso concreto tem a possibilidade de verificar a adequação do precedente, podem provocar grave insegurança jurídica, podendo levar à multiplicação de demandas. Sem a modulação de efeitos ao julgado dos Temas 881 e 885 do STF, a situação se agrava substancialmente, pois situações passadas que eram regidas por uma norma, passaram a ser regidas por outras.

Vislumbra-se, neste ponto, a multiplicação de processos judiciais com o fito de obter tutelas de situações jurídicas implicadas com o novo posicionamento do STF. O incremento da litigiosidade entre Fisco e Contribuinte poderá provocar um retrocesso nos esforços legislativos e institucionais que têm sido feitos para que este tipo de relação passe a ser mais colaborativa, com base na transparência e cooperação entre as partes com vistas à promoção da conformidade fiscal, transmutando-a do paradigma do crime para o paradigma do serviço.

Por trás deste padrão decisório vinculante do STF que propugna pela cessação automática dos efeitos da coisa julgada no tempo, em menoscabo ao caso concreto, está a sobreposição de eficiências quantitativas sobre eficiências qualitativas, fato este que vem

sendo denunciado por Streck (2019) e outros desde a criação das súmulas vinculantes, senão vejamos:

A nossa frágil tradição acerca do que seja “um caso concreto” ou “uma causa” faz com que os casos sejam obnubilados pelos ementários. O resultado disso é o enfraquecimento dos direitos de liberdade e os demais atinentes ao exercício dos direitos fundamentais-sociais.

Chegamos a esse estágio – que exigiu a radical aprovação da repercussão geral – porque não investimos nas efetividades qualitativas. A institucionalização de uma cultura *prêt-à-porter*, representada pela proliferação de manuais de baixa densidade jurídica, fez com que o jurista (juízes, promotores, advogados) se contentassem com migalhas de significação. A agravar esse quadro o surgimento desta espécie de pós-modernidade fragmentadora, em que somos invadidos por informações e deixamos de lado a busca pelo saber e pela sabedoria. (p. 234)

Conforme já exposto, a solução trazidas pelos Temas 881 e 885 não devem contribuir para a redução de processos judiciais, servindo, ao contrário, para fomentar a já tradicional litigiosidade da relação entre Fisco e Contribuinte, podendo gerar uma multiplicidade de processos o enfrentamento de questões não previstas na solução trazida pelo STF, especialmente os atinentes às questões complexas, em que a coisa julgada sobre a relação tributária continuativa representa apenas parcialmente o objeto de uma ação. Sob o pretexto de se conferir isonomia, pode-se estar criando uma grande desigualdade, a atingir determinados contribuintes e terceiros interessados.

De fato, tal estado de coisas poderá provocar uma inibição ao contribuinte de promover o manejo de ações judiciais para exigir o respeito pelo Estado das suas limitações constitucionais do poder de tributar. O Direito Tributário tem a sua função primeira e mais fundamental no estabelecimento de limites para a tributação. Não são raros os exemplos na história brasileira de interpretações e criação de leis abusivas e nitidamente inconstitucionais do Fisco relativamente à exigência de tributos.

É por esta razão que Torres (*apud* Vanoni, 2019) traz a explicitação a seguir:

A passagem da tributação ao primado do Estado de Direito afasta a pretensão de se instaurar um *estado de sujeição permanente ao tributo* ou algum recurso às *razões de Estado* para constituir deveres formais e obrigações tributários contra qualquer cidadão ou empresa. Ao tempo do absolutismo, os tributos prosperaram como manifestação da *soberania* do Estado e eram arrecadados em virtude do *status* e do poder personalíssimo do príncipe exercido sobre os súditos, exigidos em decorrência de algum benefício auferido ou não, mas sempre com base na simples “razão de Estado”. Com o surgimento do Estado de Direito, a legalidade da tributação afasta a tributação de exações *ad hominem*, uma vez que os comandos tributários passam a depender do autoconsentimento. Essa construção jurídica dinâmica, longe de ser algo meramente formalista, constitui-se como uma garantia de isonomia de todos em face da tributação e de justiça tributária, sem apelos a qualquer vontade superior ou externa ao Estado. (p. 187-188)

A este modo, os contribuintes mais vulneráveis, que são as pequenas empresas e as pessoas físicas, podem optar por sujeitarem-se a uma tributação injusta ao invés de recorrer à justiça, ante o caráter lotérico da jurisprudência, pois mesmo obtendo êxito em suas pretensões, eles não estarão amparados de suficiente segurança jurídica, pois, ao final, os seus

ônus tributários poderão ser maiores precisamente por ter acessado à justiça. O aumento do chamado “risco tributário” decorrente do manejo de ações tributárias para o não pagamento de algum tributo é mais sentido pelos contribuintes mais vulneráveis, que não dispõe de medidas de planejamento tributário e nem meios de provisões para o caso de insucesso nessas demandas. Este estado de fatos certamente é vulnerador dos direitos fundamentais relativos à tributação e gera um estado de violação à isonomia tributária.

Para o enfrentamento ao grande contingente de processos judiciais no país, não se deve renunciar à qualificação da prestação jurisdicional, cujo maior símbolo consiste na fundamentação detalhada das decisões judiciais. Isso quer dizer que não se adquire efetividades quantitativas sem as efetividades qualitativas. É medida essencial para o respeito ao artigo 926 do CPC que as decisões sejam substancialmente fundamentadas, com a efetiva análise das particularidades do caso concreto. Pode-se dizer, assim, que a fundamentação das decisões, além de ser uma medida de transparência e prestação de contas pelo Poder Judiciário, constitui um direito fundamental do cidadão, velando-se, assim, pela coerência e integridade do sistema jurídico brasileiro.

No sentido de a fundamentação das decisões judiciais revestirem-se como um direito fundamental, Rocha (2014) aduz o seguinte:

8. Na perspectiva do modelo de Estado Democrático de Direito, abraçado pela Constituição Federal, e do paradigma da filosofia da linguagem, as decisões judiciais devem ser necessariamente fundamentadas porque, no Brasil, a) os juízes, tanto quanto os integrantes do Legislativo e do Executivo, são agentes políticos que, para bem exercerem a função estatal que lhes foi reservada (jurisdição), precisam legitimar-se perante a sociedade, objetivo somente alcançado com a entrega da prestação jurisdicional devidamente justificada na Constituição Federal, uma verdadeira condição de possibilidade; b) o exercício da função jurisdicional implica a assunção de responsabilidade política, como ocorre com qualquer agente estatal, que se traduz no dever (decorrente diretamente da responsabilidade política) fundamental de fundamentar as decisões judiciais, forma que assume o dever do juiz de prestar contas de seus atos (accountability) perante a sociedade organizada; c) o dever fundamental de fundamentar as decisões judiciais corresponde à contraface iluminada do direito fundamental do cidadão à obtenção de uma resposta devidamente adequada à Constituição Federal. É que, no paradigma da intersubjetividade, não há espaço para a atribuição de sentidos arbitrários, sendo por isso possível a obtenção de respostas hermeneuticamente corretas, no sentido de adequadas à Constituição, dado que o juiz, como intérprete privilegiado do direito, não pode, com essas balizas, atribuir aos direitos fundamentais os significados que bem entender.

9. Em termos de justificação das decisões judiciais, fundamentação (no sentido de justificar e explicitar o compreendido) não é sinônimo de motivação, posto que esta expressão abre possibilidade de o intérprete e aplicador do direito invocar razões de ordem pessoal, religiosa, política ou de outra natureza metajurídica, não sendo, pois, o termo o mais idôneo para justificar uma decisão judicial. Fundamentação, por outro lado, é bem mais preciso, já que se percebe que o juiz, decidindo conforme sua consciência, não deixa de motivar a decisão, o que não significa, à luz do paradigma da intersubjetividade e do Estado Democrático de Direito, fundamentar. (p. 199-200)

Em termos de direito comparado, a cessação automática da eficácia temporal da coisa julgada, aos moldes como decido pelo Supremo Tribunal Federal decidiu, também representa um ineditismo, uma vez que não se tem notícia de que os países que adotam o Estado

Democrático de Direito permitam que a coisa julgada deixe de produzir seus naturais efeitos ou sejam desconstituídas sem nenhuma declaração prévia neste sentido.

A título de exemplo, o Artigo 282.º da Constituição de Portugal regula os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou ilegalidade e, no nº 3, há a menção expressa de que os casos julgados ficam ressalvados dos efeitos *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade ou ilegalidade, a menos que haja declaração expressa do Tribunal em sentido contrário e em casos especificamente elencados.

Artigo 282.º

Efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade

1. A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado.

2. Tratando-se, porém, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infração de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última.

3. Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido.

4. Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excecional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n.os 1 e 2. (Constituição da República Portuguesa)

Diferentemente do que ocorre no Brasil, ao Tribunal Constitucional de Portugal confere-se uma competência expressa para regular sobre a coisa julgada no caso de a decisão de inconstitucionalidade ou ilegalidade proferida por ele, em sede de fiscalização abstrata, for contrária a casos já passados em julgado. Outrossim, impende constatar que as possibilidades são muito limitadas e não envolvem matéria tributária ou a menção a relações jurídicas continuativas, querendo dizer que as preocupações do legislador constituinte portuguesa, ao estabelecer sobre a revisibilidade da coisa julgada pelo seu Tribunal Constitucional, foram diversas daquelas do Supremo Tribunal Federal.

Neste ponto, cumpre infirmar que a Constituição Federal brasileira nada trata sobre a revisibilidade da coisa julgada por decisões da Suprema Corte, mas, sim, o Código de Processo Civil de 2015 pelos artigos 505, 525, 535 e 966. Por ocasião do julgamento dos temas ora em análise, foi dada interpretação ao inciso I do artigo 505 do CPC no sentido de que a ação revisional de sentença para a cessação dos efeitos temporais da coisa julgada só será obrigatória nos casos expressamente previstos diante da cláusula rebus sic stantibus, implícita à coisa julgada sobre relações continuativas, com base no magistério de Teori Zavascki, conforme anteriormente exposto.

A respeito da sistemática da retroatividade do caso julgado em declarações de inconstitucionalidade ou ilegalidade previstos na Constituição Portuguesa, Canotilho (2003) destaca que:

O art. 282.º/3 da CRP estabelece uma excepção ao princípio da intangibilidade do caso julgado. Nas hipóteses de casos julgados em matérias de ilícito penal, ilícito disciplinar e ilícito de mera ordenação social, à excepção à ressalva do caso julgado pode justificar-se em nome do tratamento mais favorável aos indivíduos que foram sujeitos a medidas sancionatórias penas, disciplinares ou contra-ordenacionais. A excepção à regra consistiria, portanto, no seguinte: a declaração de inconstitucionalidade tem efeitos retroactivos mesmo em relação aos casos julgados se da revisão retroactiva das decisões transitadas em julgado resultar um regime mais favorável aos cidadãos condenados por ilícito criminal, ilícito disciplinar ou ilícito contra-ordenacional. Nota-se que esta excepção ao princípio da intangibilidade do caso julgado não opera automaticamente como mero corolário lógico da declaração de inconstitucionalidade da norma. Embora não seja possível prever, em abstracto, todos os casos em que o Tribunal recorrerá, presumivelmente, ao expediente do art. 282.º/3 da CRP, as hipóteses mais frequentes de revisão de casos julgados serão estas: (1) repristinação de normas que não configurassem como ilícito criminal, ilícito disciplinar ou ilícito de mera ordenação social, actos ou comportamentos considerados como ilícitos (criminal, disciplinar ou contra-ordenacional) pela norma declarada inconstitucional; (2) aplicação de leis supervenientes à norma ou normas declaradas inconstitucionais nas quais se estabelece um regime mais favorável ao arguido (redução substancial da medida da pena, descriminalização, redução dos prazos de prescrição do procedimento criminal). O art. 282.º/3 parece incluir no seu âmbito normativo as hipóteses mais relevantes, sob o ponto de vista prático, em sede de sentenças penais. (p. 1015-1016)

Diversas novas questões ainda não esclarecidas surgem a partir da formação do posicionamento sobre a cessação automática dos efeitos da coisa julgada, em especial as relativas a saber se em matérias não tributárias que envolvem relações jurídicas continuativas a coisa julgada poderá ter sua eficácia cessada automaticamente a partir de uma decisão de constitucionalidade superveniente e se os padrões decisórios vinculantes supervenientes afetos a relações jurídicas continuativas sobre matéria infraconstitucional também terão a aptidão de fazer cessar a coisa julgada.

A respeito da extensão da cessação automática para relações de natureza não tributária, assume especial relevo o questionamento de quais seriam as distinções entre estes dois tipos de natureza de relação a ponto de justificar que apenas em um tipo delas há modificação no estado de direito em decisões de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Na Reclamação nº 33.765/PA, há um indicativo de que a Corte Suprema poderá estender o posicionamento dos Temas 881 e 885 para relações jurídicas continuativas não tributárias. Porém, assume-se ser ao mínimo necessário que haja então um novo padrão decisório vinculante explicitando que os efeitos da coisa julgada no tempo poderão ser cessados automaticamente em relações não tributárias havendo decisões de constitucionalidade supervenientes. Seria problemático que se fizesse uma interpretação dos Temas 881 e 885 para incluir neles também as relações jurídicas não tributárias, ante as

profundas consequências que isso acarretaria, ou mesmo que não fosse estabelecido padrão decisório vinculante nenhum para o tratamento desta questão.

Os fundamentos constitucionais utilizados para balizar o entendimento firmado nos Temas 881 e 885 foram embasados, em grande medida, sobre as características inerentes às relações tributárias, como as atinentes à isonomia na tributação e a liberdade da concorrência. O Ministro Luís Roberto Barroso, inclusive, fez menção ao emprego da técnica da ponderação para a flexibilização da segurança jurídica em detrimento da isonomia e da liberdade de concorrência. A utilização dos mesmos argumentos para a flexibilização da segurança jurídica sobre relações jurídicas não tributárias revela-se problemática, haja vista que as relações jurídicas de trato continuativo surgem sob várias formas e aspectos. Se existem fundamentos constitucionais que autorizem a flexibilização da segurança jurídica em prol da cessação automática dos efeitos temporais da coisa julgada em todos os tipos de relações jurídicas continuativas era fundamental que eles tivessem sido trazidos já ao julgamento dos Temas 881 e 885 do STF, sob pena de deficiência de fundamentação. Não se pode vislumbrar uma coerência na jurisprudência na Suprema Corte se não houver um mínimo generalizável das razões que apoiem a cessação automática dos efeitos da coisa julgada, independentemente do tipo de relação jurídica continuativa, sob pena de proteção deficiente da coisa julgada.

Outrossim, considerar uma alteração de jurisprudência materializada em um padrão decisório vinculante como modificação de estado de direito apta a influir sobre a coisa julgada gerará ainda maiores e mais profundas repercussões no direito brasileiro. A atribuição de efeitos vinculantes a decisões sobre matéria infraconstitucional é um fenômeno recente no Brasil, a ter ganhado força principalmente após a vigência do Código de Processo Civil de 2015, merecendo ser frisado que esta sistemática brasileira difere profundamente da sistemática de vinculação aos precedentes do *common law*. Na tradição inglesa, o precedente não nasce como tal, formando-se a partir da adesão da sua *ratio decidendi* pelos magistrados em casos semelhantes, de forma que sempre há um juízo de averiguação de adequação entre o precedente e o caso submetido a julgamento, além de possibilidades palpáveis de distinção (*distinguishing*) e superação (*overruling*) do precedente que não se mais se revela como adequado na solução dos casos.

Oscilações nas interpretações de lei, acarretando formação de nova jurisprudência, é um fenômeno mais comum do que a oscilação sobre interpretação de matéria constitucional. O espectro de variáveis oriundos das particularidades das situações jurídicas e do caso concreto acaba, por isso, a ser maior nas questões de compreensão do sentido de normas



infraconstitucionais. O estabelecimento de uma única determinação genérica sobre a cessação automática dos efeitos da coisa julgada virá na contramão das múltiplas variações que o caso concreto pode trazer, de maneira a acarretar insegurança jurídica. Uma parte que se julgue beneficiada pela cessação da coisa julgada poderá *a priori*, sem necessidade de recorrer ao Judiciário, pretender impor uma compreensão mais benéfica para si sobre o modo que a relação jurídica continuativa deverá se reger, em prejuízo ao aspecto da pacificação social que a coisa julgada proporciona.

A questão entre modificação de jurisprudência e violação da norma jurídica já foi intensamente discutida pelo STF ao longo de muitos anos, o que levou à formação da Súmula 343 e do Tema 136. Com algumas oscilações de jurisprudência com relação às matérias de índole constitucional, o Tribunal sempre compreendeu que a modificação de entendimento pelo Plenário não implica que o entendimento anterior constante de caso julgado venha a configurar-se como violação à norma jurídica, no sentido de o novo entendimento enquadrar-se como o direito enquanto tal e o antigo entendimento enquadrar-se como antijurídico. O entendimento proveniente dos Temas 881 e 885, neste sentido, vai em direção oposta à Súmula 343 e o Tema 136 do STF, inferindo-se, assim, que estes foram superados nos casos de decisões de constitucionalidade em sentido contrário à coisa julgada formada em relações tributárias continuativas.

Outra jurisprudência consolidada que, com o posicionamento do STF sobre a coisa julgada, se encontra superada trata do Tema Repetitivo nº 340 do Superior Tribunal de Justiça, que fixou a seguinte tese, no ano de 2011:

Não é possível a cobrança da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) do contribuinte que tem a seu favor decisão judicial transitada em julgado declarando a inconstitucionalidade formal e material da exação conforme concebida pela Lei nº 7.868/88, assim como a inexistência de relação jurídica material a seu recolhimento. O fato de o Supremo Tribunal Federal posteriormente manifestar-se em sentido oposto à decisão judicial transitada em julgado em nada pode alterar a relação jurídica estabilizada pela coisa julgada, sob pena de negar validade ao controle difuso de constitucionalidade.

O Tema cuidava da hipótese de a *União* pretender a cobrança tributária da CSLL de contribuintes que tinham a coisa julgada a seu favor anteriormente à declaração de constitucionalidade deste tributo pelo Supremo por ocasião do julgamento da ADI-15. O Superior Tribunal de Justiça, ao rechaçar esta hipótese, fez uma importante correlação entre a proteção à coisa julgada como forma de validação do controle difuso de constitucionalidade.

Em um sistema de controle de constitucionalidade misto, como o brasileiro, em que convivem o controle difuso e controle concentrado de constitucionalidade, tem-se que o exercício da jurisdição constitucional é cabível a todos os magistrados, que não se limitam apenas a apreciar questões infraconstitucionais, podendo e devendo – por conta de sua

responsabilidade política em concretizar a Constituição – apreciar sobre as questões constitucionais por ventura existentes no caso concreto. Na tradição constitucional brasileira, inclusive, o controle difuso de constitucionalidade é mais antigo, ocorrendo que, somente com o advento da Constituição Federal de 1988, o controle concentrado ganhou a envergadura e proeminência tais como a concebemos atualmente, com o seu regramento infraconstitucional e com a ampliação do rol de legitimados a postularem o pronunciamento do STF em processo abstrato.

A coisa julgada formada em controle difuso de constitucionalidade pressupõe, assim, a sua formação em face do devido processo legal constitucional em que houve expressamente uma decisão de caráter constitucional sobre o caso submetido à análise, de modo a afirmar o efetivo exercício de jurisdição constitucional. Decisão esta que, via de regra, envolveu manifestação expressa do Supremo Tribunal Federal, que, na sistemática do ordenamento jurídico pátrio, configura-se na Corte Constitucional por excelência, cabendo o exercício tanto do controle difuso quanto do controle concentrado em face da Constituição Federal de 1988.

Neste sentido, Marinoni (*apud* Capeletti, 2021) sustenta o seguinte a respeito das diferenças que existem entre os sistemas jurídicos que adotam isoladamente o controle difuso ou concentrado de constitucionalidade e os sistemas jurídicos que adotam o controle misto:

Note-se, precisamente, a diferença entre a decisão que simplesmente aplicou a lei – sem apreciá-la – posteriormente declarada inconstitucional e a decisão que enfrentou a questão constitucional, ou melhor, a distinção entre a decisão tomada pelo tribunal que está proibido de apreciar a questão constitucional e a questão do tribunal que tem o dever de apreciá-la. No sistema em que o juiz e o tribunal estão proibidos de tratar da questão constitucional, há razoabilidade em sustentar a declaração de constitucionalidade como fundamento para a oposição à execução, mas, no sistema em que o juiz e o tribunal têm o poder e o dever de tratar da questão constitucional, não há como conferir à declaração de inconstitucionalidade o *status* de alegação obstacularizadora da execução da sentença.

Por derradeiro, importante lembrar que o controle difuso, quando comparado ao controle concentrado, permite ver duas relações diferentes entre o juiz e a lei. Ora, vale perguntar o que significa dizer que, no controle difuso, o juiz e os tribunais têm poder para interpretar a lei para aplicá-la ou não, enquanto, no sistema de controle concentrado, o juiz ordinário não tem poder para tratar da questão de constitucionalidade. Isso permite afirmar que, no controle concentrado, há uma verdadeira presunção de validade das leis com efeitos para todos os juízes, com exceção da Corte Constitucional, e de uma marcante sobreposição do Legislativo sobre o Judiciário. (p. 1137-1138)

A imodificabilidade da coisa julgada consiste na própria afirmação do Estado de Direito, situando-se em um plano normativo, não devendo sua higidez estar condicionada aos posicionamentos que as Cortes de Justiça poderão adotar em um futuro imprevisível. A situação se torna particularmente especial no tocante ao controle difuso de constitucionalidade, consistente em uma expressão do Poder Judiciário como guardião da Constituição. Deflui-se, a partir disto, que o controle difuso não pode ser relativizado ou condicionado, sob pena de negação da própria força normativa da Constituição, não podendo

uma decisão de (in)constitucionalidade posterior adquirir efeitos retroativos ao ponto de violar a coisa julgada. Cita-se, outra vez, o exemplo da Constituição Portuguesa que expressamente menciona que a decisão de inconstitucionalidade não afetará os casos julgados<sup>170</sup>.

Não bastasse a proteção à coisa julgada em sede constitucional atinente aos direitos fundamentais, tem-se que a legislação infraconstitucional, especialmente o Código de Processo Civil de 2015, oferecem uma série de institutos processuais que garantem plena possibilidade às partes verem cessados os efeitos da coisa julgada em caso de modificação de estado de fato e de direito, sem que se “atropele o caso concreto” ou se fragilize o próprio instituto da coisa julgada. Esta afirmação implica na constatação de que a previsão da cessação automática da coisa julgada, sem qualquer tipo de declaração judicial envolvida, mesmo que proferida pela própria Corte Constitucional quando da declaração de inconstitucionalidade, a exemplo do previsto na Constituição de Portugal, reforça o fenômeno da baixa constitucionalidade, na medida em que promove uma compreensão da Constituição aquém das suas possibilidades.

Esta “*visão míope*” das possibilidades constitucionais consubstancia-se, nesta vertente, na (i) proteção deficiente da coisa julgada e no fomento de uma (ii) tradição inautêntica do modelo constitucional do processo, que deve guiar-se pelo *modelo participativo*, o qual confere às partes de efetivamente contribuírem para a solução a ser dada ao caso concreto. Ante um sistema processual civil que prevê expressamente o dever de cooperação e boa-fé processuais (artigos 5º e 6º do CPC/2015), além de inúmeros institutos processuais que, se utilizados adequadamente, têm o condão de garantir a efetividade da tutela jurisdicional, como, por exemplo, as tutelas antecipadas, de evidência, cautelares e inibitórias, a imposição de um padrão decisório vinculante pelo STF que dispense o caráter participativo do processo só pretende reafirmar a baixa constitucionalidade.

A despeito do julgado no âmbito da Ação Direta de Constitucionalidade nº 2418, que afirmou a constitucionalidade dos artigos 525, III, §8º e 12, e 535, III, §5º, do CPC, que trata justamente das possibilidades de impugnação ao cumprimento de sentença e propositura de

---

<sup>170</sup> “Já à primeira vista não se pode admitir a conclusão de que a imodificabilidade da coisa julgada tenha sido pensada para decisões “conformes com o Direito”. Na verdade, e isso é pacífico no plano da doutrina processual, a proteção à coisa julgada nada tem a ver com a circunstância de a decisão estar ou não em conformidade com o direito, aí compreendidas as normas infraconstitucionais e as normas constitucionais. A imodificabilidade da coisa julgada é imprescindível à afirmação do Estado, além de garantia do cidadão à estabilidade da tutela jurisdicional, corolário da segurança jurídica e do princípio da proteção da confiança”. (Marinoni, 2021, p. 1127)

ação rescisória em caso de decisão de constitucionalidade, cabe, neste momento, fazer uma análise destes dispositivos e relacioná-los com a solução proposta pelo STF nos Temas 881 e 885.

O artigo 525 do CPC trata das regras relativas à impugnação ao cumprimento de sentença das obrigações de pagar quantia certa, ressaltando que o §4º do artigo 536 prescreve que as regras relativas ao cumprimento de sentença de pagar quantia certa se aplica, no que couber, ao cumprimento de sentença das obrigações de fazer ou não fazer, assim como o §3º do artigo 538 prescreve que ao cumprimento de sentença relativos às obrigações de pagar quantia certa aplicam-se as regras relativas ao cumprimento de sentença das obrigações de fazer ou não fazer.

O §5º do artigo 525 do CPC prescreve que será inexigível a obrigação reconhecida em título judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo STF, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tido pelo STF como incompatível pela Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso. Este dispositivo, portanto, abre a possibilidade de a parte que tem uma decisão judicial em seu desfavor apresentar impugnação ao cumprimento de sentença caso tenha uma decisão de constitucionalidade a seu favor proveniente do STF. Cumpre ressaltar que o dispositivo em questão não estabelece que a decisão tenha eficácia erga omnes ou efeitos vinculantes, sendo necessário apenas que ela provenha do STF em exercício de controle de constitucionalidade, difuso ou concentrado.

O §14 do artigo 525, por sua vez, prescreve que a decisão do STF descrita no §12 deve ser anterior ao trânsito em julgado da sentença, a significar que a impugnação ao cumprimento de sentença por inexigibilidade do título judicial pelo advento de uma decisão de constitucional poderá ser utilizada apenas se não houver se a decisão não houver transitada em julgado em definitivo, ocasião em que a propositura de uma ação rescisória será necessária, conforme estabelece o §15 do artigo 525, posto que se estará diante da hipótese de rescisão do julgado.

No ponto relativo à sistemática do cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa pela Fazenda Pública, são estabelecidas normas similares àquelas do artigo 525, por meio dos §5º, 7º e 8º do artigo 535 do CPC. É importante ressaltar que as normas relativas ao modo como são cumpridas as obrigações de pagar quantia pela Fazenda Pública são distintas relativamente aos particulares, em razão da defesa ao erário público, consubstanciado nas normas que determinam que os pagamentos ocorram somente via Requisição de Pequeno Valor – RPV ou Precatório.

Como já relatado anteriormente, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2418, que veio a ser julgada improcedente, com a declaração de constitucionalidade destes dispositivos do Código de Processo Civil. Diante desta realidade, cabe fazer as seguintes considerações, a fim de que se tenha uma compreensão destes enunciados que de fato seja adequada constitucionalmente, tendo sido esta questão discutida intensamente por muitos dos maiores doutrinadores do Direito no país.

Em primeiro lugar, cumpre frisar o acerto do § 14 do artigo 525 do CPC ao estabelecer a necessidade de propositura de ação rescisória, caso a decisão de constitucionalidade do STF seja superveniente à formação da coisa julgada, pois este é o instituto processual tradicionalmente configurado para o exercício da pretensão de desconstituição da coisa julgada, chegando-se, por outra via, à conclusão de que a impugnação ao cumprimento de sentença não é o instituto adequado à rescisão da coisa julgada. Nos termos em que posto o § 14, há a proteção da coisa julgada.

Por outro lado, afigura-se inconstitucional a prescrição do § 12 do artigo 525 que confere a possibilidade de qualquer decisão proferida pelo STF em controle difuso, mesmo sem efeitos vinculantes, autorizar a desconstituição da coisa julgada. Tal prescrição, em primeiro lugar, viola a sistemática dos padrões decisórios vinculantes, especialmente com o artigo 927 do CPC.

A saber, por esse dispositivo, toda e qualquer decisão em controle difuso do STF poderá ter efeitos além das partes envolvidas em uma demanda, a trazer insegurança jurídica às partes e, portanto, conferindo proteção deficiente à coisa julgada, na medida em que as partes, inclusive, poderão invocar como causa rescindenda de sentença posicionamentos não pacificados, ainda controversos dentro do Tribunal. É mister, portanto, que se confira uma interpretação conforme à Constituição deste dispositivo de maneira que se compreenda que apenas as decisões com eficácia *erga omnes* e/ou efeitos vinculantes proferidas pelo STF em exercício de controle de constitucionalidade sejam causa de pedir para ação rescisória ou impugnação ao cumprimento de sentença, abarcando-se, inclusive, as proferidas em controle difuso que tenham sido objeto de resolução do Senado Federal previstas no inciso X do artigo 52 da CF/88.

Neste sentido, impende observar, como medida que confere interpretação conforme a Constituição aos dispositivos dos § 12 e 15 do art. 525 e dos § 5º e 8º do art. 535, todos do CPC, e proteção à coisa julgada, o disposto no Tema 136 do STF, proferido sob a sistemática da Repercussão Geral, constituindo-se como um padrão decisório vinculante, a respeito do

não cabimento de ação rescisória quando a decisão rescindenda houver sido proferida de acordo com a orientação do Plenário do STF, ainda que haja superveniente superação do entendimento. Igualmente, se a interpretação sobre matéria constitucional adotada na decisão rescindente for controvertida nos Tribunais, não deverá ser cabível a ação rescisória, na linha do entendimento consolidado do STF de que a Súmula 343 é válida para matéria constitucional. Nota-se que a Súmula 343 do STF é mais abrangente que o Tema 136, na medida em que abarca o não cabimento da rescisória às controvérsias dos Tribunais e não apenas da Corte Constitucional, representando importante entendimento que preserva a higidez do controle difuso de constitucionalidade.

Por fim, a fim de conferir proteção à coisa julgada e à segurança jurídica, há de se conferir nova interpretação conforme a Constituição do §15 do artigo 525 e do §8º do art. 535, ambos do CPC, no sentido de impedir a retroatividade ilimitada sobre a coisa julgada provenientes de decisão de constitucionalidade do STF. Se uma coisa julgada pode ser desconstituída por decisão superveniente do STF, em controle difuso ou concentrado, tem-se que ela própria foi prolatada no exercício legítimo do controle difuso, configurando-se, assim, como manifestação legítima do exercício de jurisdição constitucional.

Neste sentido, Nelson Nery Júnior sustenta que o prazo de dois anos para a ação rescisórias contados a partir da superveniência da decisão de constitucionalidade só poderá ser iniciado se não estiver extinta a pretensão rescisória regular de dois anos prevista no artigo 966 do CPC, de modo a evitar uma retroatividade ilimitada. Explicitando este ponto, Nery Júnior (2018):

56. Ação rescisória. Segurança jurídica. Contudo, determina o texto comentado que o dies a quo desse prazo seja o do trânsito em julgado da decisão proferida pelo STF. Haveria, portanto, dois prazos de rescisória? O prazo 1 – dois anos a contar do trânsito em julgado da própria sentença exequenda – e o prazo 2 – dois anos a contar do trânsito em julgado do acórdão do STF que reconheceu a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em que se funda a sentença exequenda? A pretensão rescisória extinta pela decadência não pode renascer pela decisão futura do STF. Saliente-se que a ADIn, por exemplo, não tem prazo de exercício previsto em lei, de sorte que se trata de pretensão perpétua, que pode ser ajuizada dois, cinco, dez, vinte anos depois da entrada em vigor da lei apontada inconstitucional. Por óbvio, a rescisória – instituto que se caracteriza como exceção à regra constitucional da intangibilidade da coisa julgada material (CF 5.º XXXVI), que, como exceção, deve ser interpretada restritivamente – não pode receber esse mesmo tratamento e nem as partes devem submeter-se à essa absoluta insegurança jurídica. Daí por que, extinta a pretensão rescisória pela decadência, não pode renascer. Entendimento diverso ofenderia o princípio constitucional da segurança jurídica e a garantia fundamental da intangibilidade da coisa julgada (CF 5.º XXXVI). Para que possa dar-se como constitucional, o dies a quo fixado no texto normativo sob comentário deve ser interpretado conforme a Constituição. Assim, somente pode ser iniciado o prazo da rescisória a partir do trânsito em julgado da decisão do STF, se ainda não tiver sido extinta a pretensão rescisória cujo prazo tenha-se iniciado do trânsito em julgado da decisão exequenda. Em outras palavras, o que o texto comentado autoriza é uma espécie de alargamento do prazo da rescisória que está em curso. (p. 1320-1321)

A partir disto, tem-se que a permissão para a retroatividade ilimitada da coisa julgada, sem estabelecimento de prazos e ainda com a possibilidade de qualquer decisão em controle difuso pelo STF tenha este condão, efetivamente viola o instituto da coisa julgada e a segurança jurídica decorrente da confiança que os cidadãos depositam nas decisões de controle difuso de constitucionalidade proferidas pelo Poder Judiciário.

Desta maneira, tendo em vista a declaração de constitucionalidade dos dispositivos analisados no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2418, há que conferir a eles interpretação conforme a Constituição para: (i) negar a possibilidade de qualquer decisão de controle difuso possa servir como fundamento para ação rescisória de decisão transitada em julgado em sentido contrário, podendo servir como causa de pedir para ação rescisória ou impugnação ao cumprimento de sentença apenas as decisões de constitucionalidade com eficácia *erga omnes* e/ou efeitos vinculantes; (ii) a observância do disposto no Tema 136 do STF a respeito do não cabimento da ação rescisória se a decisão rescindenda estiver em conformidade com a orientação do Plenário do STF na época em que foi proferida; (iii) a observância da Súmula 343 do STF para matéria constitucional, no sentido de não cabimento da ação rescisória no caso de a decisão rescindendo estiver baseada em interpretação controvertida nos Tribunais; (iv) o impedimento da retroatividade ilimitada das decisões de constitucionalidade, nos moldes traçados por Nelson Nery Júnior, no sentido de que o início do prazo decadencial de dois anos para a propositura de ação rescisória por decisão de constitucionalidade só se iniciará se ainda não houver sido transcorrido o prazo decadencial de dois anos previsto no artigo 966 do CPC<sup>171</sup>.

Outro problema que pode ser vislumbrado pelos Temas 881 e 885 da Repercussão Geral do STF diz respeito à extrapolação dos limites dos efeitos vinculantes decorrentes dos padrões decisórios vinculantes sobre matéria constitucional oriundos da permissão da cessação automática dos efeitos da coisa julgada em matéria tributária.

Com efeito, o efeito vinculante tem os seus limites objetivos circunscritos à parte dispositiva e aos fundamentos determinantes da decisão (da *ratio decidendi/holding*) do

---

<sup>171</sup> “Isso significa que se deve conferir ao §15 do art. 525 interpretação conforme ao art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição, que afirma que “a lei não prejudicará (...) a coisa julgada”. Está escrito no §15 do art. 525 que, se a decisão de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal “for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal”. Essa regra, para ser compreendida nos termos da Constituição, exige uma interpretação que não permita a negação da essência da coisa julgada e a legitimidade do controle difuso de constitucionalidade. Na verdade, a regra pode ser fácil e corretamente interpretada ao se admitir que a ação rescisória é cabível, após decorrido o prazo decadencial “contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal” (art. 525, §15, do CPC), quando, na época da decisão rescindenda, não havia dúvida interpretativa nos tribunais”. (Marinoni, 2021, p. 1152)

padrão decisório, sendo que eles não compõem a coisa julgada, mas, sim, se tratam de um efeito agregado a ela.

A vinculação de um padrão decisório sobre matéria constitucional não avança sobre a coisa julgada decorrente de caso julgado distinto, antes representa a modificação de estado de direito, que pode ensejar a propositura pela parte interessada de ação revisional (art. 505 do CPC) ou ação rescisória (art. 525, §12 e 15, do CPC). Admitir que um padrão decisório cesse automaticamente os efeitos temporais da coisa julgada sobre outros processos equivale a atribuir-lhe efeitos que vão além da vinculação constante do §2º do artigo 102 da CF/88 e do artigo 927 do CPC, porque todas as decisões vinculantes, para incidirem sobre casos concretos, devem passar por um juízo de adequação/aferição do caso concreto, a fim de que se verifique sua adequação e suficiência, devendo a aplicação ser devida e expressamente justificada, em consonância ao artigo 489 do CPC e do artigo 93, IX, da CF/88.

O que ocorre mediante a sistemática da cessação automática da coisa julgada é que uma decisão vinculante passa a funcionar *como se legislação fosse*, regendo casos julgados com a dispensabilidade de aferição do caso concreto, ou seja, sem nenhum controle hermenêutico pelo Judiciário. A decisão vinculante determina a cessação em si, de forma generalizante e relativamente a um indeterminado número de processos encerrados, da eficácia da coisa julgada. Isso vai além dos efeitos vinculantes nos moldes estabelecidos constitucionalmente ou mesmo de uma oscilação jurisprudencial, porque, a publicação dos acórdãos dos Temas 881 e 885 do STF representa o marco normativo para a cessação de eficácia das coisas julgadas referentes ao padrão decisório vinculante, inclusive com efeitos retroativos, na hipótese de ser mantida a posição pela não modulação de efeitos. Tal possibilidade favorece, inclusive, a petrificação deste padrão decisório, já que não há abertura para as técnicas de distinção (*distinguishing*) e superação (*overruling*).

Assim, afigura-se clara a inconstitucionalidade da cessação automática dos efeitos temporais da coisa julgada. O CPC já tem a previsão, consubstanciada principalmente nos §12 e 15 do art. 525, da necessidade de propositura de ação rescisória para rescindir a coisa julgada. Mostra incongruente, dentro desta sistemática, a possibilidade de cessação dos efeitos temporais desta coisa julgada sem a necessidade de submissão da questão ao Judiciário para juízo de adequação.

É certo que a ação rescisória tem verdadeiro efeito desconstitutivo da sentença, atingindo não apenas os efeitos futuros e presentes, mas também os efeitos passados da relação jurídica. Todavia, a causa de pedir e o efetivo exercício de cognição pelo Judiciário são os mesmos tanto para a ação revisional como para a ação rescisória, de modo que se cria



uma situação na qual uma parte poderá ter desconstituídos automaticamente os efeitos presentes e futuros de uma relação jurídica com base em um fundamento, mas necessitará manejar uma ação rescisória para desconstituir os efeitos passados da mesma relação jurídica com base no mesmo fundamento.

Neste cenário, o exercício prático da jurisdição restará esvaziado diante da assunção lógica de que, se os efeitos presentes e futuros da coisa julgada já estão cessados, os efeitos passados deverão ser desconstituídos, a menos, e aqui reside questão de grande relevância, o juízo da ação rescisória conclua que o padrão decisório vinculante não é aplicável à relação jurídica, o que será tanto mais comum quanto mais complexa for a relação jurídica-tributária, ou seja, quanto mais variáveis estiverem em jogo, maior será o exercício jurisdicional para a verificação de adequação entre o caso concreto e padrão decisório vinculante.

Outra vez a questão da facticidade inerente ao caso concreto se apresenta contra a cessação automática dos efeitos da coisa julgada. A questão da inconstitucionalidade de uma tributação aparece como uma questão prejudicial à questão da inexistência da relação jurídico-tributária. Ocorre que as ações tributárias normalmente trazem outras questões principais que podem ser conexas, mas não necessariamente dependentes da questão da existência ou não da relação jurídico-tributária. Como exemplo, sabe-se que a atividade de tributação é complementemente submissa à lei, devendo, portanto, as autoridades providenciarem o respeito integral à legislação em todas as fases do lançamento tributário, inclusive no que pertine à avaliação de todas as conformações do fato gerador, de quem é o responsável tributário, de qual alíquota deve ser aplicada no caso concreto etc.

Neste ponto, torna-se extremamente complexo determinar os limites sobre os quais a modificação sobre a existência da relação jurídico-tributária exercerá sobre as demais questões principais. Ocorrendo a cessação automática da coisa julgada tal como trazidas pelos Temas 881 e 885, abrir-se-á a possibilidade de o Fisco proceder à sua própria regulação sobre como deverão ser regidas todas as questões trazidas em uma demanda judicial complexa. Despiciendo mencionar que tal estado de coisas pode levar a graves violações aos limites constitucionais da atividade de tributação, a afetar mais intensamente os contribuintes mais vulneráveis (as pequenas empresas e as pessoas físicas), além de acarretar profunda insegurança jurídica.

Contrariamente à cessação automática dos efeitos temporais da coisa julgada há a norma do inciso I do artigo 505 do CPC, que franqueia a possibilidade de revisão de sentença, com a modificação no estado de fato ou de direito em relações jurídicas continuativas. Cumpre ressaltar que a revisão de sentença poderá ser a pretensão única de

demanda que vise a cessação dos efeitos temporais da coisa julgada, caso em que será uma ação revisional de sentença propriamente dita, ou poderá vir cumulada com outros pedidos que por ventura se façam necessários à tutela jurídica pretendida pela parte.

A indispensabilidade se configura na necessidade de provimento jurisdicional que revise a sentença para a cessação dos efeitos da coisa julgada. A interpretação dada ao inciso I do artigo 505 do CPC conferida durante o julgamento dos Temas 881 e 885 do STF, data vênua, mais do que inconforme ao artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, portanto, eivada de inconstitucionalidade, é incoerente com a própria semântica do texto legal, além de inconstitucional por fragilizar a coisa julgada.

Evidentemente que as partes não estão impedidas de regularem por si próprias os efeitos da relação jurídica com a modificação em estado de fato e de direito, é até preferível que se proceda assim, aliás revestindo-se em uma prática jurídica comum a celebração de acordos em fase de cumprimento de sentença, cuja homologação é feita pelo juízo. Porém, o exercício de pretensão unilateral contra alguém munido de coisa julgada deverá estar amparado por nova decisão judicial que determine a cessação dos efeitos da anterior. A legislação processual vigente dispõe de vários institutos processuais que garantam a tutela jurídica das partes de forma tão completa quanto possível, como já exposto.

Desta forma, relativamente à superveniência de decisão de (in)constitucionalidade de tributo com efeitos vinculantes pelo STF, em controle concentrado ou difuso, a parte que vier a se beneficiar da cessação dos efeitos de coisa julgada que lhe é contrária poderá propor ação rescisória, com fundamento nos §12 e 15 do artigo 525 e nos §5º e 8º do artigo 535, todos do CPC.

Neste ponto, é necessária a observância do Tema 136 do STF e Súmula 343 do STF, no sentido de não ser cabível a ação rescisória quando a decisão rescindenda estiver de acordo com a orientação do Plenário da Corte à época em que houver a formação da coisa julgada ou se a decisão rescindenda tiver sido baseada em interpretação constitucional controvertida nos Tribunais, a fim de consagrar o entendimento histórico do STF no sentido de que oscilações de jurisprudência não significam violação à norma jurídica, além de conferir a higidez constitucional devida ao controle difuso de constitucionalidade.

Marinoni (*apud* Medeiros, 2021), precisamente sobre este tema, sustenta o seguinte:

Também não há como aceitar o argumento de que a retroatividade da decisão do Supremo Tribunal Federal sobre coisa julgada é imprescindível para fazer valer a plenitude da Constituição. *Não se pense que a rescisão da coisa julgada fundada em lei declarada inconstitucional constitui a afirmação da constitucionalidade sobre a inconstitucionalidade.* A decisão, ainda que fundada em lei posteriormente declarada inconstitucional, é evidentemente um ato revestido de plena constitucionalidade. Não fosse

assim, além de ser impossível pensar em controle difuso, não haveria sequer como admitir o prazo de dois anos para a propositura da ação rescisória.

A decisão, mesmo que baseada em lei mais tarde afirmada inconstitucional, é manifestação legítima do Poder Judiciário. A coisa julgada que cobre essa decisão é imprescindível à tutela da segurança jurídica e à proteção do sistema de controle difuso de constitucionalidade, que não pode ser usurpado dos Juízes e dos Tribunais. *É equivocado relacionar tutela de constitucionalidade com negação da coisa julgada, uma vez que a coisa julgada é, em si, uma afirmação da Constituição.* Na verdade, é errado imaginar que se está diante de uma opção entre privilegiar a plenitude da Constituição ou a coisa julgada, porquanto a certeza do direito declarado judicialmente (ainda que inconstitucional) é, ela própria, uma das formas que se reveste a certeza constitucional. Em outras palavras, como diz Rui Medeiros, a ressalva da coisa julgada também constitui forma de assegurar a primazia da ordem constitucional. (p. 1147-1148)

Com o intuito de se evitar a retroatividade ilimitada da decisão de constitucionalidade, deve ser conferida interpretação conforme a Constituição destes dispositivos, nos moldes traçados por Nelson Nery Júnior (2018, p. 1320-1321), no sentido de que o início do prazo decadencial de dois anos para a propositura de ação rescisória por decisão de constitucionalidade só se iniciará se ainda não houver sido transcorrido o prazo decadencial de dois anos previsto no artigo 966 do CPC. Isto significa que, se a decisão superveniente do STF tiver ocorrido há mais de dois anos da formação da coisa julgada, não será possível a propositura de ação rescisória, mas apenas de ação revisional.

Sendo a ação revisional a única cabível para a cessação dos efeitos da coisa julgada, ela não terá efeitos retroativos, mas apenas para o presente e futuro, podendo, entretanto, a parte a ser beneficiada com a modificação do estado de direito requerer todas as medidas processuais cabível para conferir ampla tutela para o seu direito, inclusive tutelas inibitórias e antecipadas, de modo que o pedido de revisão de sentença poderá vir cumulado de outros pedidos que se mostrem adequados ao caso concreto.

A ação rescisória e a ação revisional possuem objetos distintos, pois enquanto aquela busca a desconstituição da sentença, esta busca a cessação dos efeitos temporais da coisa julgada. Se é certo que desconstituição e cessação de efeitos temporais são fenômenos distintos, e a cessação não implica na anulação da coisa julgada, isso não significa que o caso da cessação automática dos efeitos temporais não implique em uma fragilização do instituto da coisa julgada, bem como na sua proteção deficiente.

A coisa julgada deve ser protegida integralmente de todos os mecanismos ou “exceções” predatórias, a fim de manter a sua higidez e preservar a sua autoridade, com benefício à integridade do Direito e ao Estado Democrático de Direito. Ressalta-se que a Constituição Portuguesa protege o caso julgado a despeito da retroatividade das decisões de constitucionalidade. A Constituição Federal, no artigo 5º, inciso XXXVI, inclui a proteção à

coisa julgada como um direito fundamental, mas, mais do que isso, também elenca a segurança jurídica como um direito fundamental.

O ordenamento jurídico brasileiro é dotado de instrumentos jurídicos suficientes para garantir que a cessação dos efeitos da coisa julgada ocorra com segurança jurídica, preservando os direitos tanto de uma parte que no passado teve coisa julgada formada a seu favor quanto de outra parte que se encontra beneficiada pela modificação do estado de fato ou de direito em relações jurídicas de trato continuativo. Neste contexto, a aprovação dos Temas 881 e 885 do STF ocorreu por razões *consequencialistas* e para atendimento de *eficiências quantitativas*, focada em evitar um possível aumento do número de demandas judiciais consistente na propositura de ações revisionais ou rescisórias.

Caso não seja conferida as mencionadas interpretações conforme ao artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal de 1988 aos §12 e 15 do artigo 525 e aos §5º e 8º do artigo 535, todos do CPC, bem como não se compreenda pela inconstitucionalidade dos Temas 881 e 885 do STF, a coisa julgada sobre relações de trato continuativo encontrar-se-á ferida em duas frentes, seja permitindo a retroatividade ilimitada da decisão superveniente de constitucionalidade para atingir a coisa julgada, seja permitindo a cessação automática de seus efeitos temporais.

Neste cenário, inclusive, não haverá a redução do número de processos almejada, pois, mesmo que a cessação dos efeitos temporais ocorra sem a necessidade da propositura de ação própria, para a desconstituição da coisa julgada em virtude da retroatividade ilimitada da decisão superveniente de constitucionalidade será necessária a propositura de ação rescisória, o que fará com que o Fisco promova ações contra o contribuinte com vistas aos efeitos passados, acionando o Judiciário. Aliás, a prática comum da Fazenda Pública ainda é o manejo de ações rescisórias, mesmo com a pacificação do entendimento quanto à sua inaplicabilidade por ocasião do Tema 136/STF e da Súmula 343/STF.

Neste sentido, cessão automática dos efeitos temporais da coisa julgada na realidade implica em cessação unilateral, ou seja, a parte que se pretende beneficiada com a cessação poderá exercitar as suas razões por si só, independentemente de qualquer pronunciamento judicial que declara cessados os efeitos da coisa julgada. No caso dos temas em análise, formou-se um padrão decisório vinculante que possibilita às partes, Fisco e Contribuinte, a exercitarem os seus direitos de pagar ou não um determinado tributo, conforme o conteúdo da decisão de constitucionalidade superveniente.

Orientando-se a respeito da indispensabilidade de declaração judicial para a cessação da eficácia temporal da coisa julgada, Marinoni (2021) destaca o seguinte:

Porém, é possível propor ação autônoma de cessação quando basta a sua certificação para *eliminar estado de dúvida* que paira sobre relação jurídica. A ação de cessação igualmente é oportuna quando a declaração é importante *para legitimar a prática de uma conduta* em detrimento da coisa julgada, assim como nos casos em que a declaração é necessária *para permitir o exercício de uma atividade obstada* pela coisa julgada.

(...)

Deixe-se claro que a declaração judicial da cessação da coisa julgada é necessária porque a decisão de (in)constitucionalidade, assim como o precedente constitucional, não são suficientes, por si, para fazer cessar a eficácia da coisa julgada, *do mesmo modo que a lei não é*. Quando um novo dispositivo legal, e portanto também uma decisão de (in)constitucionalidade ou precedente constitucional, incidem sobre uma relação jurídica já definida com a coisa julgada material, *é necessária decisão judicial posterior* que reconheça a *pertinência e a suficiência da modificação do direito* para fazer cessar a eficácia da coisa julgada no tempo. (p. 1174-1175)

No tocante à previsão de uma denominada cláusula geral de anterioridade, em conformidade com as normas do artigo 150, inciso III, da Constituição Federal de 1988, constante do item do enunciado dos Temas 881 e 885 do STF, tem-se que se trata de expressão de um ativismo judicial consequencialista. Isto porque não se mostra adequada a previsão de uma cláusula em um padrão decisório vinculante que tenha o condão de reger tanto eventuais padrões decisórios passados como padrões decisórios futuros, em desatenção às especificidades de cada situação concreta.

As normas da irretroatividade tributária, anterioridade anual e nonagesimal foram instituídas pela Constituição especificamente como uma limitação constitucional do poder de tributar na instituição de novos tributos, que só poderá ocorrer mediante lei ou previsão na Constituição. Isto significa que os tributos cujos quais são objetos de padrão decisório vinculante determinado a sua constitucionalidade já tiveram necessariamente que se submeter à irretroatividade e as anterioridades, senão inconstitucionais seriam.

Não existe qualquer previsão constitucional ou legal que estabelecesse quaisquer normas relativas à tributação decorrentes de nova orientação decorrente de padrões decisórios vinculantes, muitas vezes, a bem da verdade, decorrentes de oscilações jurisprudenciais, de forma que se revela inédita esta orientação adotada pelo Supremo Tribunal Federal. Há uma perigosa equiparação entre lei e padrões decisórios vinculantes ínsita na instituição desta cláusula geral de retroatividade e anterioridades. Os padrões decisórios vinculantes não são só passíveis de superação, como devem ser superados se for a solução mais consentânea para a preservação da integridade do direito sobre os casos concretos submetidos à apreciação pelo Judiciário. Muito diferentemente ocorre com as leis, que são expressão da atividade parlamentar de deliberação democraticamente produzida.

A modulação de efeitos é o instituto que abarca o consequencialismo normativo no direito brasileiro e ele deve ser utilizado para a proteção da segurança jurídica, a fim de evitar que os contribuintes que contavam com a coisa julgada a seu favor venham a ser

surpreendidos com a retomada de tributação aos quais eles não contavam, sujeitando-se a lançamentos tributários e aplicações de multas. Em sentido inverso, a modulação de efeitos foi utilizada para limitar o período pelos quais os contribuintes poderiam ter direito à restituição pelo pagamento de tributos inconstitucionais sob o fundamento de que ao Fisco seria imposta uma onerosidade excessiva, prejudicial à garantia dos direitos fundamentais, ante o desfalque orçamentário que adviria da restituição a cada contribuinte dos valores pagos indevidamente. O exemplo mais clássico disto é o Tema 69 do STF, que estabelece ser inconstitucional a inclusão do valor do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

Portanto, mediante a análise do caso concreto e em atenção aos princípios da proteção da confiança e da segurança jurídica, de maneira que os contribuintes não venham a sair prejudicados por terem recorrido à justiça para questionar a constitucionalidade de um tributo, o que é legítimo, mostra-se adequada a utilização da modulação de efeitos para o estabelecimento de uma prazo somente a partir do qual poderá haver a cobrança do tributo tido por constitucional em padrão decisório vinculante, independentemente de o Estado já houver revisado ou desconstituído definitivamente a coisa julgada em seu desfavor.

A discussão sobre a cessação automática ou não dos efeitos da coisa julgada em matéria tributária tem uma outra natureza, que diz respeito à proteção da coisa julgada. O respeito à norma do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal é o modo de proteção do contribuinte por excelência, que, ante um processo *comp participativo*, terá condições substanciais de adequar-se em proveito da sua conformidade fiscal. Neste sentido, a previsão da cláusula geral de irretroatividade tributária e das anterioridades pode ser compreendida como uma solução de cariz *consequencialista* fornecida para amparar os riscos e insuficiências da própria cessação automática dos efeitos temporais da coisa julgada sobre matéria tributária diante das problematizações que advirão da adoção da sistemática dos Temas 881 e 885 do STF.

O caso da cessação automática dos efeitos temporais da coisa julgada em matéria tributária é algo que se mostra inédito no direito brasileiro e igualmente sem paralelo evidente no direito internacional. Adotando aqui a distinção entre âmbito da norma e programa da norma de Friedrich Müller, a possibilidade de que a coisa julgada tenha seus efeitos temporais cessados automaticamente em determinados casos representa uma mudança no âmbito da norma do artigo 5º, inciso XXXVI, da CF/88, que determina a proteção à coisa julgada, de maneira relevante e destacada para que se faça uma exploração hermenêutica a respeito dos seus influxos sobre o instituto da coisa julgada, de tradição rica e antiga, e sobre

a compreensão constitucionalmente adequada sobre o que significa a proteção da coisa julgada<sup>172</sup>.

Por todas as razões expostas ao longo da pesquisa, conclui-se que os Temas 881 e 885 do STF, ao admitir a cessação automática dos efeitos temporais da coisa julgada em caso de superveniente decisão do STF, em controle concentrado ou difuso em sede de repercussão geral, sobre a (in)constitucionalidade de tributo nas relações jurídicas tributárias de trato sucessivo não representa uma mutação constitucional sobre a compreensão constitucionalmente adequada sobre o que significa a proteção à coisa julgada garantida pelo artigo 5º, inciso XXXVI, da CF/88. Pior do que isso, significa uma proteção deficiente ao instituto da coisa julgada, representando, assim, uma fragilização do instituto constitucionalmente protegido de casos ou “exceções” como esta.

Não se vislumbra sequer uma interpretação conforme a Constituição aos Temas 881 e 885, que, por constituírem um padrão decisório vinculante, caso não seja (re)afirmada a sua incompatibilidade com o ordenamento constitucional, vincularão os juízes e Tribunais do país, que terão que apreciar todas as problematizações decorrente da sua incidência junto aos casos concretos sobre os quais há coisa julgada formada.

O fenômeno da cessação dos efeitos da coisa julgada não deve ser confundido com a sua própria desconstituição. Na cessação, a única consequência consiste no impedimento da sua regular produção de efeitos voltados para o presente e para o futuro, enquanto na desconstituição, há a efetiva anulação, deixando a coisa julgada de existir. Em todo caso, a compreensão adequada sobre a proteção à coisa julgada naturalmente envolve a questão de como devem ser produzidos os seus efeitos em prol daquele que teve uma decisão jurisdicional a seu favor. Não é de somenos importância alguém ter uma coisa julgada a seu

---

<sup>172</sup> “Contudo, com Friedrich Müller e sua *Teoria Estruturante do Direito*, tem-se claro que a norma jurídica não é mais percebida como algo completamente apartado da realidade, propondo estruturada relação entre *Sein* (Ser) e *Sollen* (Dever-ser). Müller entende que a norma jurídica não é vazia, mas preenchida pela realidade. Não pode, portanto, ser reduzida a um *ato de vontade*, cujo sentido é o fato de Kelsen – campo aberto para decisionismos de toda sorte, ou, ainda, para a construção de sentidos petrificados a partir de efeitos vinculantes. Há, de um lado, influência da realidade da norma – normatividade materialmente determinada – e, de outro lado, influência da norma nessa mesma realidade – normatividade concreta.

Ocorre, entretanto, que essa *influência* não permitirá antever todas as múltiplas hipóteses de aplicação. Se uma lei abrangesse todas as possibilidades aplicativas, seria uma lei perfeita. Não é o caso, como se vê, embora pareça ser esta a pretensão das súmulas e dos demais enunciados provenientes do Supremo Tribunal Federal. E parcela significativa da comunidade jurídica parece cair nessa armadilha, a ponto de alguns juristas – e cito, por todos, Fredie Didier Jr. – proporem uma espécie de teoria geral para a produção do precedente, para evitar ambiguidades e vaguezas nos textos dos enunciados”. (Streck, 2019, p. 360)

favor em decorrência do exercício legítimo da jurisdição, ainda mais quando sua pretensão foi amparada pelo exercício do controle difuso de constitucionalidade<sup>173</sup>.

Há razões suficientes para o exercício de prognóstico de que a possibilidade de cessação automática dos efeitos temporais da coisa julgada não ficaram limitados aos casos de decisões de constitucionalidade vinculantes sobre questões tributárias, o que deverá dar azo à formação de novos padrões decisórios vinculantes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça sobre a temática, a menos que haja devida regulamentação, pela via legislativa, na Constituição Federal e no Código de Processo Civil.

Tal conjuntura deve ser suficiente para ilustrar a presença de ativismo judicial dos Temas 881 e 885 do STF, pois ele não tem o condão de conferir interpretação conforme à Constituição do artigo 5º, inciso XXXVI. Ao contrário disso, há a expressa menção, em determinados trechos dos acórdãos, de que a segurança jurídica deve ceder/ser relativizada, em prol da isonomia tributária e da liberdade de concorrência. A questão, em termos constitucionais, apropriada para ser levantada nesta situação seria a de se a cessação automática dos efeitos da coisa julgada, em determinados casos, representa uma violação ao núcleo essencial de proteção à coisa julgada ou não. A própria existência da ação revisional, da ação rescisória ou mesmo por acordo entre as partes envolvidas na demanda levam a crer que a coisa julgada não é absoluta, contudo, a constatação de que a coisa julgada pode ceder em determinados casos não implica na permissão para a sua proteção deficiente e nem reduz a sua dignidade constitucional<sup>174</sup>. Trata-se, assim, de uma questão de se compreender qual

---

<sup>173</sup> “Entretanto, a decisão produzida no processo estatal não é definitiva apenas por ter de pôr fim a uma discussão e impedir a reabertura de um litígio, mas por constituir a afirmação do poder do Estado. Apenas uma decisão dotada de autoridade é capaz de pôr fim a um conflito. A decisão jurisdicional, além de qualificada pela autoridade estatal, é protegida contra outros setores do Estado, pois o Executivo e o Legislativo não podem prejudicá-la. Assim, a decisão produzida ao final do processo pode eliminar um litígio, tornando-se definitiva, por conta com a força da autoridade do Estado ou, mais precisamente, com a autoridade da coisa julgada, que qualifica a decisão judicial, impedindo a sua rediscussão ou a sua modificação.

Uma decisão judicial não seria propriamente uma afirmação da autoridade do poder jurisdicional caso pudesse ser modificada, depois do encerramento do processo em que foi proferida, por outro órgão judicial. Ora, se a decisão jurisdicional é protegida contra o Executivo e o Legislativo, não deveria sequer ser preciso dizer que ela deve ser absolutamente intocável pela própria esfera de poder que a produziu. Um poder que pudesse eternamente rever a sua interpretação seria uma gritante aberração diante da teoria jurídica. O poder, para se reafirmar, deve gerar confiança, para o que é imprescindível a estabilidade de suas decisões”. (Marinoni, 2021, p. 1116)

<sup>174</sup> “Ocorre que nenhum ordenamento jurídico está isento de possuir algumas sentenças injustas, todavia, essas são particularidades (exceções dentro da nossa ordenança) que não podem ser utilizadas para que se promova a suspensão da legalidade vigente, mais precisamente, o descumprimento da Constituição. Pelo contrário, são essas exceções (casos isolados) que atestam a normalidade/legitimidade do ordenamento. Essa conclusão pode ser embasada no próprio Carl Schmitt, para quem o normal não prova nada, a exceção prova tudo; ela não só confirma a regra, mas a própria regra só vive da exceção. 800 Destarte, enquanto a coisa julgada inconstitucional e injusta forem casos isolados (exceções) em nosso sistema, estará corroborada a sua higidez, desautorizando



seria/é o âmbito de proteção constitucionalmente adequado da coisa julgada, e não sobre como se deve tratar da colisão entre a coisa julgada e outros princípios constitucionais.

Outrossim, constata-se não haver tido uma nova compreensão dos artigos 926 e seguintes do CPC, que tratam da regulação dos padrões decisórios vinculantes; no máximo, pode-se afirmar ter se conferido uma compreensão do artigo 505, inciso I, do CPC, no sentido da dispensabilidade da propositura, em via de regra, de ação revisional para a revisão de sentença no caso de modificação no estado de fato e de direito sobre relações jurídicas de trato continuado. Data máxima vênia, a interpretação constitucionalmente adequada para o artigo 505, inciso I, do CPC, é a no sentido de se conferir a possibilidade de o juiz decidir novamente questão acobertada sobre a coisa julgada, no caso de modificação do estado de fato ou de direito sobre relações jurídicas de trato continuado – entendimento distinto a este implica na possibilidade de a parte unilateralmente se autodeterminar em sentido oposto à coisa julgada, o que se reveste em uma cláusula aberta, especialmente em relações jurídicas complexas, para que ela promova a regulação da controvérsia que entender mais conveniente para os seus próprios interesses, em detrimento da manifestação do Poder Judiciário.

Suspende-se com isso a legalidade, ferindo a integridade do direito. O desrespeito à coisa julgada é uma forma de depredação do direito democraticamente produzido e a aniquilação da segurança jurídica e da proteção da confiança, o que não se pode admitir diante da Constituição Federal de 1988.

#### **4.4. Análise do julgamento dos Temas 881 e 885 da Repercussão Geral do STF com enfoque na teoria da decisão e na sistemática dos precedentes judiciais**

Neste tópico, o último desta pesquisa, serão analisados os Temas 881 e 885 do STF com o intuito de explorar se eles, tais como postos, contribuem para o desenvolvimento de um sistema de precedentes judiciais que esteja em consonância com o modelo *comparticipativo* de processo e com uma teoria da decisão que realce o dever de *accountability* dos juízes por meio da fundamentação das decisões e não seja referente ao ativismo judicial.

Em primeiro lugar, é preciso preconizar que é necessário que se tenha a devida compreensão sobre o que seja esta vinculação aos quais são dotados alguns padrões

---

qualquer teorização que busque transformar esses casos isolados em regras, criando uma hipótese legal para desconsideração da coisa julgada injusta”. (Abboud, apud Schmitt, 2020, p. 817-818)

decisórios, mormente os previstos no artigo 927 do CPC. A vinculação não pode ser compreendida como uma proibição de interpretar, como uma impossibilidade de superação de determinado padrão decisório vinculante, e não dão ensejo a práticas processuais que dispensem a comparticipação das partes/órgão judicial no processo.

Ao contrário disso, a compreensão mais adequada à Constituição a respeito dos precedentes judiciais é a de que eles aprimoram a comparticipação das partes, que deverão levar em consideração os precedentes judiciais, na medida em que eles interfiram na pretensão almejada, reforçando a existência de um ônus argumentativo que acompanha os sujeitos processuais e atua em favor da estabilidade, coerência e integridade da jurisprudência, que não deverá estar apartada da história institucional do direito, retomando aqui a ideia da metáfora dworkiniana do romance em cadeia.

Desta forma, os padrões decisórios vinculantes, a fim de serem aplicados a um caso concreto, deverão passar por um juízo de adequação, “aferição do caso concreto”, para ver se há compatibilidade entre o padrão decisório e o novo caso e não seja a hipótese de distinção entre os casos ou de superação do padrão decisório em prol de um novo entendimento. Percebe-se que esta vinculação não atua normativamente, mas hermeneuticamente/interpretativamente, posto que os Tribunais que formulam os padrões decisórios vinculantes, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, não estão proibidos de alterarem o seu entendimento e formarem novo padrão decisório que supere o anterior, como está prescrito pelo §4º do artigo 927 do CPC.

Portanto, cabe inferir que a vinculação ao padrão decisório não se esgota no enunciado da tese ou da súmula, indo para além disso, atingindo a sua *ratio decidendi*, que, por sua vez, está intimamente relacionada aos fatos que deram origem ao caso que serviu para a formação do padrão decisório.

Neste sentido, preleciona Streck (2023):

É preciso ter claro que os precedentes com pretensões generalizantes já não são precedentes, isto é, no mínimo já não são precedentes naquilo que sempre se entendeu como “precedente”. Algo que precede, mas que só se aplica contingencialmente. Quem tem pretensão e poder de validade universalizante é apenas a lei. Até mesmo a súmula vinculante necessita, para ser aplicada, a verificação de seu DNA. Aliás, por qual razão o CPC acolheu a tese do *distinguishing* do artigo 489? Simples: porque precedentes e súmulas somente se aplicam a partir de uma reconstrução de sua história institucional. Fora disso seria entender os precedentes e seus “genéricos” (teses, enunciados) como proposições que contenham de antemão as questões fáticas. E voltaríamos ao século XIX, cindindo juízes de validade e de facticidade. (p. 83)

A despeito disto, o Código de Processo Civil, pelo seu artigo 489, §1º, é categórico ao prescrever que será considerada como não fundamentada uma decisão que não considere um precedente judicial e nem verifique sua adequação ao caso concreto, inclusive para fins de

distinção e superação. O dever de fundamentação das decisões judiciais tem seu substrato constitucional pelo artigo 93, IX, do CPC, e, por estas razões, não há como estabelecer uma compreensão democrática sobre os padrões decisórios vinculantes divorciada do dever de fundamentação substancial de todas as decisões judiciais, inclusive as que venham a determinar a incidência de um padrão decisório vinculante. Em outras palavras, a questão relativa a possível incidência de um padrão decisório vinculante tem o condão de reforçar o dever de fundamentação da decisão judicial, que deverá contemplar toda a temática jurisprudencial envolta ao caso, assegurando, assim, o cumprimento de dever de *accountability* (prestação de contas) dos juízes, caudatário de uma responsabilidade política do Judiciário.

Neste ponto, mostra-se relevante a transcrição dos dispositivos legais citados:

Constituição Federal

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

Código de Processo Civil

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a summa do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

No que interessa aos precedentes, os incisos V e VI do §1º do artigo 489 do CPC preveem que uma decisão judicial não será considerada fundamentada se a decisão se limitar à invocação de precedente ou súmula, sem a indicação dos fundamentos determinantes e sem a demonstração de que o caso concreto se ajusta aos fundamentos da súmula ou precedente (inciso V) e se a decisão deixar de seguir súmula, jurisprudência ou precedente sem

demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento (inciso VI).

O maior perigo relativamente à aplicação dos Temas 881 e 885 do STF consiste na sua aplicação subsuntiva do seu enunciado sem a justificação da sua adequação do caso concreto. Aliás, como ressaltado em passagens dos acórdãos, um motivo para que se cesse automaticamente os efeitos da coisa julgada consiste na preocupação com a multiplicação do número de processos que haveria caso fosse necessária a propositura de ação revisional/rescisória para que os efeitos temporais da coisa julgada fossem cessados. Contudo, cumpre infirmar que eventual inibição de propositura de ações revisionais/rescisórias amolda-se muito mais a uma vinculação normativa (como se lei fosse) do enunciado dos Temas, o que, reitera-se, vai além dos limites dos efeitos vinculantes permitidos aos padrões decisórios do artigo 927 do CPC.

Para além disso, há uma outra possibilidade consistente nas problematizações advindas da cessação automática das coisas julgadas, cujo condão será a da suscitação, por alguma das partes, da incidência dos Temas 881 e 885 do STF no caso concreto submetido ao Judiciário. Como um exemplo, cita-se a hipótese da propositura de uma execução fiscal referente a lançamentos tributários de períodos posteriores ao marco tido pelo Fisco como o atinente à cessação dos efeitos da coisa julgada, em que a parte contrária, seja em exceção de pré-executividade ou mesmo em embargos à execução fiscal, proceda a alguma das suas alegações no sentido da inconstitucionalidade da cessação automática da coisa julgada pretendida pelo Fisco. Nestes casos, caberá ao juízo fazer uma fundamentação detalhada a respeito da incidência dos temas ao caso concreto, a partir dos seus fundamentos determinantes, detalhando como e em que medida eles se aplicam à controvérsia, a fim de garantir o cumprimento do inciso V do §1º do artigo 489 do CPC.

A partir disto, Câmara (2018) destaca o seguinte:

Vê-se, pois, que uma decisão que se limita a citar decisões tomadas em casos anteriores sem indicar os motivos pelos quais é ela empregada, no julgamento de um novo caso, como base para a formação desta decisão posterior é mesmo uma decisão que deve ser equiparada aos pronunciamentos judiciais não fundamentados. Afinal, tem-se aí uma fundamentação constitucionalmente ilegítima, já que insuficiente para justificar a decisão proferida, o que atenta contra o modelo constitucional de processo brasileiro. Repita-se, então, o que vem sendo dito: para que o sistema brasileiro de padrões decisórios vinculantes funcione, é absolutamente necessária uma mudança radical na forma de fundamentar as decisões, tornando-as compatíveis com o modelo constitucional de processo e, por conseguinte, com o Estado Democrático de Direito. Impende, então, que se supere o estágio da mera reprodução de ementas ou do teor de acórdãos e se passe a promover o confronto analítico entre o precedente e o caso posterior sob julgamento, a fim de permitir que se verifique se é adequada a utilização dos fundamentos determinantes daquela decisão anterior como base da formação da decisão posterior. E isto tudo só se legitima se for fruto de um contraditório efetivo, substancial, compatível com o modelo de processo participativo, em que seja assegurada às partes a possibilidade de previamente debater se aquele precedente contém ou não fundamentos determinantes que se ajustem ao caso concreto, de modo a

garantir a possibilidade de que elas participem com influência da formação do resultado do processo. (p. 171-172)

O respeito à história institucional do direito, assim como a coerência e a integridade (artigo 926 do CPC) preconizam que os precedentes devem operar como *princípio argumentativo* e não como um *fechamento*. Isto significa que dos precedentes deve ser extraído o seu DNA, seus fundamentos determinantes e sua faticidade, para que, mediante a aferição do caso concreto, se possa determinar se o precedente se aplica ao caso sob julgamento ou não. A mera enunciação de ementa de jurisprudência ou enunciado de tese de padrão decisório vinculante (como, aliás, ainda se configura como prática corrente na fundamentação das decisões no país) não é suficiente para caracterizar a fundamentação substancial preconizada, em especial pelo inciso V do §1º do artigo 489 do CPC.

Se a aplicação subsuntiva da lei, de forma abstrata e sem referência às particularidades do caso submetido a julgamento, já é rechaçada, posto que simplifica/falsifica o processo compreensivo-hermenêutico decorrente da circularidade hermenêutica, com mais razões deve ser rechaçado que os precedentes sejam aplicados a esse modo subsuntivo. Conforme abordado outrora, a diferença entre texto e norma preconiza que a compreensão de um enunciado jurídico se estabelece sobre (em oposição) a um caso concreto, de maneira que interpretação e aplicação são incindíveis. Por este motivo, a “interpretação não surge antes do caso” ou “as respostas não vem antes das perguntas”, sendo assim os padrões decisórios vinculantes não são como uma fórmula a ser aplicada mecânica e irrefletidamente pelos juízes, a fim de obterem-se efetividades quantitativas consubstanciadas na redução do número de processos<sup>175</sup>.

Relativamente à possibilidade de *superação* de um padrão decisório vinculante, cabe o apontamento das previsões constantes dos §2º e 4º do artigo 927 do CPC, que estabelecem que o *overruling* de um padrão decisório vinculante poderá ser *precedido* de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que tenham a contribuir para a rediscussão da tese (§2º) e estará *condicionado* a uma fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

---

<sup>175</sup> “A norma não fica à disposição de quem simplesmente ira aplicá-la. No paradigma hermenêutico, não há como fazer essa cisão por um simples motivo: a norma é a norma no caso, *de modo que diante dos casos futuros ela também será texto*(este é segredo!) e, portanto, novamente será interpretado. E quando dizemos que será novamente interpretado, isso pressupõe um novo caso, uma nova situação hermenêutica na qual o sentido se dá. Não há como aceitar que, diante de novos casos, os juízes e Tribunais do andar de baixo simplesmente aplicarão e, apenas *eventualmente*, necessitarão interpretá-los!”. (Streck, 2023, p. 63)

A mesma exigência de um contraditório dinâmico e efetivo existente para a formação de um padrão decisório ocorre também para a sua superação. Isto vem de encontro ao modelo participativo de processo, consistente em um contraditório ampliado legitimador da participação de pessoas ou entidades que reúnam as condições de representar os interesses envolvidos na controvérsia. Como reforço ao §2º do artigo 927, há os incisos I e II do artigo 1038 do CPC que estabelece que o relator do recurso especial ou extraordinário selecionado para afetação sob a sistemática de julgamento de casos repetitivos poderá, obedecidas as normas do Regimento Interno do STF ou STJ, designar data para audiências públicas e solicitar ou admitir a manifestação de interessados na controvérsia.

Dado o caráter intersubjetivo do modelo participativo do processo, em que todos os sujeitos processuais têm espaço para participar da construção da decisão judicial, a admissão de manifestação de entidades ou pessoas que representem os interesses envolvidas na controvérsia ou a realização de audiências públicas não está na esfera de discricionariedade do relator. Sempre que se verificar a existência, portanto, destas pessoas que não integrem a relação jurídica-processual estabelecida inicialmente que estejam dispostas a se manifestar, o juízo deverá admitir o seu ingresso nos autos, a fim de legitimar o efeito vinculante que recairá sobre o padrão decisório. (Câmara, 2018, p. 231-232)

Mais do que a instauração de um contraditório ampliado, para a superação de um padrão decisório vinculante é necessário um maior esforço argumentativo dos interessados, bem como dos magistrados que profiram decisões neste sentido, representado por um ônus argumentativo reforçado. Quer dizer que as partes, desde o início da demanda, deverão trazer as questões relativas à superação do precedente, e os magistrados deverão fundamentar suas decisões em conformidade com o artigo 489 do CPC, apreciando todos os argumentos relativos à superação e sobre a adequação do padrão decisório ao caso concreto, a fim de que o contraditório sobre a temática seja o mais efetivo possível<sup>176</sup>.

---

<sup>176</sup> “Dito de outro modo: é preciso que, na aplicação do precedente, seja assegurado às partes o direito ao prévio debate acerca de existir ou não um “ajuste” (para empregar aqui o termo usado no texto do inc. V do § 1º do art. 489 do CPC/2015) entre o precedente ou o enunciado de súmula e o caso em julgamento, de modo a garantir sua participação, em contraditório, na decisão que se funda no padrão decisório. É aí, pois, que se cogita de um especial ônus argumentativo para as partes que pretendam demonstrar haver razões para um afastamento do padrão decisório previamente fixado (seja por distinção ou por superação). E desse especial ônus argumentativo se tratará mais adiante. Como consequência disso, impõe-se ao juiz (ou tribunal) apresentar, na fundamentação da decisão, e nos precisos termos do art. 489, § 1º, do CPC/2015, as razões pelas quais aquele precedente é (inc. V) ou não é (inc. VI) aplicável ao caso concreto, o que garantirá seu emprego como *principium argumentativo*. Só por meio do contraditório como garantia de participação com influência e de não surpresa, pois, é que se revelará possível a aplicação (e não só a formação) adequada dos padrões decisórios no sistema processual brasileiro. Também para o órgão jurisdicional, pois, existe um ônus argumentativo para legitimar o afastamento do padrão decisório”. (Câmara, 2018, p. 172)

Em termos hipotéticos, caso uma parte almeje a superação dos Temas 881 e 885 do STF diante de sua inconstitucionalidade por violação ao artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal (posicionamento sustentado nesta pesquisa), a parte interessada deverá se manifestar pretendendo a superação do padrão decisório vinculante desde a sua primeira manifestação nos autos, sendo que a parte contrária também deverá se manifestar sobre a questão, além dos magistrados de primeira e segunda instâncias. Com os autos sendo remetidos ao STF pela interposição de recurso extraordinário, deverá o relator da causa franquear um contraditório ampliado, por meio de realização de audiências públicas e manifestação de terceiros (*amici curiae*), para, enfim, prolatar uma decisão referente à alteração ou manutenção do padrão decisório.

Expostos estes pontos, cumpre infirmar que a formação do padrão decisório vinculante referente aos Temas 881 e 885 do STF, que estabelece que a coisa julgada formada sobre relações jurídico-tributárias de trato sucessivo pode ser cessada automaticamente em caso de decisão de (in)constitucionalidade sobre tributo decorrente de controle difuso em sede de repercussão geral ou controle concentrado de constitucionalidade representa uma prática inconforme ao desenvolvimento de um sistema de precedentes judiciais e de uma teoria da decisão judicial conformes à Constituição, ante as suas incompatibilidades com o modelo constitucional do processo, com os direitos fundamentais, especificamente o atinente à proteção da coisa julgada, e com os deveres conferidos à magistratura atinentes à responsabilidade política e o respeito à integridade do direito.

A inconstitucionalidade constante do posicionamento encampado pelo STF é manifesta, posto que normaliza a compreensão de que os padrões decisórios devem funcionar como um fechamento hermenêutico (como se legislação fosse). A cessação automática da coisa julgada tal como posta serve antes a um propósito eficientista de inibir a propositura de ações revisionais/rescisórias, de modo que este padrão decisório foi formado com violação aos limites subjetivos e objetivos dos efeitos vinculantes. Os seus destinatários serão todos os diretamente interessados nos processos judiciais sobre os quais se formou a coisa julgada cessada, afetando apenas de forma contingencial, na hipótese da ocorrência de alguma problematização, os magistrados. Esta característica confere ao enunciado dos Temas 881 e 885 do STF indubitável caráter normativo, estabelecendo uma vinculação inconstitucional.

Este consequentialismo não tem sustentação na Constituição ou nos artigos 20 e seguintes da Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro – LINDB. Assim fica nítido o caráter ativista constante desta decisão vinculante. Mais do que isso, acarreta a proteção deficiente da coisa julgada e uma compreensão inconstitucional dos efeitos vinculantes,

conferindo-se uma interpretação inconstitucional e em franca violação aos limites dos textos dos artigos 505, inciso I, 926 e 927 do CPC, 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/99, e do artigo 5º, inciso XXVI, e 102, §2º, da Constituição Federal.

Vislumbra-se, assim, uma compreensão degenerativa do sistema de precedentes judiciais no Brasil oriunda das concepções de que os precedentes podem ser aplicados de forma silogística/subsuntiva, a dispensar a interpretação, e de que os Tribunais Superiores podem fixar teses como se legisladores fossem, em desconsideração que a formação de um padrão decisório vinculante é consequência direta de casos concretos julgados segundo o modelo constitucional do processo<sup>177</sup>.

Com efeito, os Tribunais, ao formarem padrões decisórios vinculantes com conteúdo ativista, violam a integridade e a coerência do Direito, posto que, ao substituírem a legalidade/constitucionalidade por juízos morais, políticos ou consequencialistas, eles proferirão decisões desintegradas ao conjunto do Direito, especialmente em dissonância à história institucional do Direito. Valendo-se da metáfora dworkiana de romance em cadeia, o juiz que decide discricionariamente assemelha-se ao escritor que escreve um conto, ao passo que o juiz que decide com integridade e coerência assemelha-se ao escritor que escreve capítulos de um romance em cadeia junto a outros escritores, formando uma única obra<sup>178</sup>.

Deste modo, a formação de decisões vinculantes com pretensões abstratalizantes afasta-se da feição democrática que deve ser dada ao sistema de precedentes e à decisão judicial a partir da Constituição, rompendo com o paradigma pós-positivista indo em direção

---

<sup>177</sup> “Conforme nossos comentários ao artigo 926 do CPC já mencionados, a integridade impõe um compromisso de todo julgador com a cadeia decisória em que ele está inserto. O que quero dizer claramente é que existe campo para se teorizar e argumentar de forma similar ao precedente do *common law*, todavia, afirmar que inauguramos uma nova era precedentalista ou que todos os dispositivos do artigo 927 são precedentes “porque sim”, no mínimo, é sincretismo teórico. Daí a importância de se garantir uma interpretação conforme a Constituição do artigo 927 sustentada minimamente em duas premissas: 1) todo provimento vinculante do artigo 927 comporta interpretação e não se aplica por mero silogismo; 2) precedente genuíno não se equipara a julgamento de litigiosidade repetitiva, e os Tribunais Superiores não podem fixar teses equiparando-se a legisladores, sendo que a fixação da tese é consequência direta dos casos devidamente julgados em amplo contraditório e com a fiel observância do inciso IX do artigo 93 da CF e do parágrafo 1º do artigo 489 do CPC”. (Streck, 2023, p. 96-97)

<sup>178</sup> “Este reconhecimento é ainda mais necessário no direito brasileiro, caracterizado pela intensa judicialização, que coloca o judiciário no centro do debate político e pela dificuldade de se fazer cumprir a Constituição. Por isso, a exigência de coerência e integridade, pressupostos dworkinianos que dão contorno à ideia de responsabilidade política do julgador, são imprescindíveis para que se compreenda o papel do juiz na efetividade da democracia.

Respeitar ou agir de forma coerente e íntegra quer dizer: o ato de aplicar a lei possui responsabilidade política. Um sistema jurídico que tem na coerência e integridade o seu vetor de racionalidade, nem precisaria ter mecanismos formais de vinculação jurisprudencial. Se o judiciário julga por princípio, o corolário é a manutenção da coerência e, consequentemente, da integridade. Julgamento que lançam mão de argumentos morais inexoravelmente quebrarão a cadeia de coerência, uma vez que a integridade estará comprometida”. (Streck, 2017, p. 35-36)



a um realismo jurídico traduzido em uma identificação do Direito com aquilo que os Tribunais dizem que ele, conferindo uma importância aos Tribunais Superiores que não encontra guarida na Constituição.

Precisamente sobre este ponto, Abboud (2020) afirma:

Justamente por ter havido recrudescimento da atuação da jurisdição constitucional é que, em contrapartida, torna-se imprescindível a exigência de cobrar cada vez mais uma maior, mais detalhada, exaustiva e correta fundamentação jurídica por parte das Cortes Constitucionais. Nessa senda, é de enorme risco a visão obtusa, que tem ganhado fôlego, tanto nas discussões acadêmicas quanto nas legislativas, sobre o fenômeno jurídico que pode ser sintetizada na seguinte frase: o direito é aquilo que os Tribunais Superiores disserem que ele é. Essa forma de raciocínio, na realidade, resgatava uma faceta autoritária e obsoleta de realismo jurídico. É autoritária, porque exclui as dimensões doutrinárias, hermenêuticas e legislativas do fenômeno jurídico; é obsoleta, porque não dissocia a persona de sua função. Da mesma forma que o indivíduo que ocupa a Presidência da República não pode ser visto como pura e simplesmente a própria República, o direito não pode ser identificado como os pronunciamentos dos Tribunais Superiores.  
(...)

Se for verdade que a Constituição é aquilo que o STF diz e a lei aquilo que o STJ diz, e o direito o conjunto do que ambos dizem, qual a importância do próprio texto legislativo? Qual a importância da dimensão legislativa do próprio direito? Há alguma relevância para o que a doutrina e a teoria do direito afirmam? De que adianta a lei e a Constituição para o cidadão, se ao final o direito será aquilo que os Tribunais disserem que é? Que parâmetros existiriam para avaliar uma decisão do STF como inconstitucional e do STJ como ilegal, se as Cortes Superiores são a própria Constituição e as leis? (p. 1454-1456)

Adotando-se uma compreensão conforme a Constituição sobre o conteúdo da proteção à coisa julgada e do sistema de precedentes judiciais destacado pelo artigo 927 do CPC, a única conclusão a que se pode chegar é a relativa à inconstitucionalidade do padrão decisório vinculante referentes aos Temas 881 e 885 do STF. Por conta das inúmeras possibilidades de problematizações a respeito de seu conteúdo e significado diante de casos concretos, antevê-se um intenso debate judicial futuro. Tal estado de coisas poderá levar à superação do padrão decisório em questão ou mesmo a criação de novos padrões decisórios a eles relacionados, como, por exemplo, a extensão da cessação automática da coisa julgada para todos os tipos de relações jurídicas continuativas. De todo modo, ante as particularidades da conjunção entre as temáticas da proteção da coisa julgada e dos precedentes judiciais, está-se diante de uma oportunidade ímpar para a comunidade jurídica nacional (re)pensar os rumos da prática do Direito.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por ocasião da conclusão dos julgamentos dos Recursos Extraordinários nº 955.297/BA e 949.227/CE, o Supremo Tribunal Federal formou o padrão decisório vinculante relativos aos Temas 881 e 885 da Repercussão Geral, de modo a permitir a cessação automática dos efeitos da coisa julgada no tempo sobre relações jurídicas tributárias de trato sucessivo, na hipótese de haver decisão de (in)constitucionalidade de uma exação tributária superveniente à formação da coisa julgada individual proveniente de controle concentrado de constitucionalidade ou controle difuso de constitucionalidade exercido sob a sistemática da repercussão geral.

Esta decisão inova na jurisprudência até então sedimentada no Supremo Tribunal Federal sobre o tema. Dado o seu caráter vinculante aos demais órgãos jurisdicionais, a sua aplicação será obrigatória a todos os casos judiciais que se ajustem ao âmbito de incidência da decisão, excetuadas as hipóteses de distinção e superação, que deverão ser devidamente justificadas à luz do sistema de precedentes instituído pelo Código de Processo Civil de 2015 e da Constituição Federal de 1988.

Constata-se que a possibilidade em si de cessação automática dos efeitos temporais da coisa julgada não encontra evidente paralelo nas principais ordens jurídicas do mundo. A título de exemplo, pode-se citar a Constituição de Portugal, que, em seu Artigo 282, nº 3, ressalva os casos julgados dos efeitos retroativos das decisões de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral, a não ser em hipóteses específicas, dependendo, em todo caso, de manifestação expressa do Tribunal na decisão de inconstitucionalidade e/ou ilegalidade neste sentido.

No âmbito do ordenamento jurídico nacional, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXVI, confere proteção à coisa julgada. A partir disto, é possível defluir o caráter constitucional da coisa julgada e seu status de direito fundamental. O dispositivo constitucional em comento, diante da previsão do artigo 60, §4º, da Constituição é inalterável por ação do poder constituinte de reforma via emenda constitucional, revestindo-se como uma cláusula pétrea.

Diante desta condição, tem-se que a proteção à coisa julgada deve ser garantida e respeitada pelos poderes do Estado e pelos cidadãos em geral. De outro modo não poderia ser, pois a coisa julgada reveste-se como uma condição de possibilidade para o próprio Estado Democrático de Direito. A fragilização deste instituto de rica tradição representa uma ameaça à própria legalidade e unidade do ordenamento jurídico, na medida em que aquele

que houver contra si uma decisão desfavorável abrigada pelo manto da coisa julgada, não terá nenhum tipo de constrangimento para simplesmente ignorá-la e, mediante o uso da força, resolver uma controvérsia conforme os seus interesses ou conveniência. Tal possibilidade pode dar azo à configuração de um Estado de Exceção, onde os detentores do poder não se sentiram submetidos às leis e à Constituição.

Por estas razões, proteção à coisa julgada deve ser compreendida como uma proteção adequada aos fins do Estado Democrático de Direito, à garantia dos direitos fundamentais e aos fins da prestação da atividade jurisdicional pelo Poder Judiciário.

O Judiciário brasileiro, ao longo das últimas décadas, tem enfrentado dois problemas marcantes: (i) o excesso de demandas que muitas vezes se revela prejudicial à adequada prestação jurisdicional; e (ii) o fenômeno conhecido como “jurisprudência lotérica” decorrente da falta de uniformidade de posicionamento sobre um mesmo tema pelos Tribunais, consubstanciado no fato de que casos semelhantes recebem julgamentos distintos, a depender do juízo em que tramitaram.

Os provimentos judiciais vinculantes surgiram, então, justamente para combater os problemas apontados. Mediante a obrigação de aplicação destes provimentos, atualmente descritos nos incisos I a III do artigo 927 do CPC/2015, aos casos concretos, pretendeu-se conferir uma simplificação ao processo decisório apta a permitir uma maior efetividade quantitativa, garantindo, a um só tempo, a conclusão de uma maior quantidade de processos e a uniformização da jurisprudência em âmbito nacional.

Todavia, em que pese os provimentos vinculantes (que podem ser denominados igualmente de padrões decisórios vinculantes) sejam uma realidade no ordenamento jurídico nacional e possam, realmente, atingir os fins que se propõe, o que se reverterá em benefício ao jurisdicionado, esta virtuosidade dependerá de sua adequada compreensão conforme à Constituição, o que tem se revelado um desafio.

A Constituição institui o modelo constitucional do processo, onde, por meio de uma regulação de direitos e garantias a incidir no processo jurisdicional, busca-se estatuir o devido processo legal. O modelo *comparticipativo* do processo é a que melhor se adequa às normas constitucionais ao promover a compreensão de que todos os sujeitos processuais tem a possibilidade de contribuir intersubjetivamente para a formação da decisão judicial, em posição de igualdade.

O modelo *comparticipativo* assume especial relevância no tocante ao sistema de precedentes judiciais instituído pelo Código de Processo Civil de 2015. Este sistema, manifesto em diversos dispositivos do codex processual, informa que as decisões judiciais

não poderão ser proferidas em desconsideração toda a história dos posicionamentos da jurisprudência e dos padrões decisórios vinculantes formados sobre o tema posto a julgamento, sob pena de nulidade da decisão por deficiência de fundamentação. Em outra ponta, a formação das decisões com efeito vinculatório deverá advir de um contraditório fortalecido e subjetivamente ampliado, com o franqueamento de manifestação a pessoas ou órgãos que reúnam as condições de representar os interesses em disputa (*amici curiae*) e a realização de audiências públicas.

Esta sistemática implica em um reforço do ônus argumentativo das partes, que deverão estar atentas ao direito jurisprudencial desde a propositura da ação, ante a possibilidade de incidência de um padrão decisório vinculante que atinjam o mérito da controvérsia. Configura-se necessário que ocorra uma maior popularização das técnicas e conceitos oriundos da teoria dos precedentes judiciais, como os conceitos de *ratio decidendi* e *obiter dictum*, além das técnicas de distinção (*distinguishing*) e superação (*overruling*). É certo que a tradição jurídica brasileira, profundamente enraizada no *civil law*, distingue da tradição jurídica inglesa, oriunda do *common law*, onde foi formada e enriquecida a doutrina dos precedentes judiciais, mas tal fato *per se* não implica na incompatibilidade da instituição no país de uma sistemática de respeito aos precedentes judiciais consentânea com a Constituição.

A maior dificuldade ao atingimento deste propósito consiste na perpetuação de uma compreensão equivocada acerca do modo como se dá a vinculação de determinados tipos de decisão. A ênfase ao atendimento de eficiências quantitativas em sobreposição a eficiências qualitativas e a crise por que passa a operacionalidade do Direito no Brasil, caudatária de um senso comum teórico dos juristas ainda não totalmente ancorado no paradigma do pós-positivismo, tem contribuído para a compreensão de que os padrões decisórios vinculantes atuam como um fechamento hermenêutico, “*como se lei fosse*”, com pretensões de aplicação abstrata e generalizantes a um indeterminado número de casos. A *contrario sensu*, a aplicação de um padrão decisório vinculante como *principium* hermenêutico leva, em primeiro lugar, a extração do DNA do caso que lhe deu origem, seus fundamentos determinantes e sua faticidade, para que, mediante a confrontação com o caso novo submetido a julgamento, se possa determinar a incidência ou não da decisão com efeitos vinculantes.

O conceito de mutação constitucional foi originariamente concebido por Paul Laband, vindo a ganhar notoriedade por intermédio da escola alemã de direito público entre o final do século XIX e o início do século XX, com a constatação na ausência de coincidência entre a

“realidade da constituição” e a Constituição Formal do Império Alemão de 1871. Os primeiros contornos de uma teoria da mutação constitucional foram nitidamente influenciados pela concepção predominante na escola alemã de direito público acerca da separação entre direito e política, devendo as questões jurídicas serem compreendidas de forma apartada dos acontecimentos políticos.

Estas primeiras concepções acerca do fenômeno da mutação constitucional estiveram condicionadas ao paradigma da concepção sociológica da Constituição, com a aposta na primazia da realidade fática (força normativa do fático) em detrimento da força normativa da Constituição, servindo como instrumento legitimador de investidas contra a alteridade do texto constitucional, o que fragiliza a força normativa da Constituição.

A partir da contribuição de Konrad Hesse e sua teoria da força normativa da Constituição, a mutação constitucional passa a ser concebida dentro do contexto da interpretação constitucional com vistas a melhor concretização das normas constitucionais. Já Friedrich Müller pela primeira vez apresenta a distinção entre texto e norma, onde a normatividade surge na concretização do direito, que só ocorre perante um caso concreto, bem como formula a sua teoria da estrutura da norma jurídica, em que o programa normativo se constitui no seu texto (enunciado) e o âmbito da norma se constitui no recorte da realidade social sobre o qual haverá a incidência da norma.

O paradigma pós-positivista surgiu no contexto do fim da Segunda Guerra Mundial, com a adoção de referenciais paradigmáticos consonantes com os ideais e aspirações do Estado Democrático de Direito. O pressuposto teórico deste movimento consiste na adoção da teoria da moralidade de Immanuel Kant para o âmbito do Direito, mediante a admissão de que é necessária a existência de uma relação entre Direito e Moral. Os primeiros juristas pós-positivistas fizeram parte de uma corrente filosófica denominada de virada kantiana.

A viragem ontológica-linguística representou em uma mudança paradigmática dentro da filosofia, em que se promove uma superação da metafísica clássica e da filosofia da consciência por um paradigma, a filosofia da linguagem, consistente, muito sucintamente, no reconhece do papel constitutivo da linguagem com a nossa relação com o mundo, deixando-a de ocupar um papel de terceiro intermediário entre o sujeito e o objeto. Os principais expoentes da filosofia da linguagem são Heidegger e Gadamer.

A Crítica Hermenêutica do Direito é uma teoria jusfilosófica idealizada pelo jurista brasileiro Lênio Luiz Streck, cujo propósito está em situar o Direito dentro dos paradigmas do pós-positivismo e da filosofia da linguagem, além de formular uma teoria da decisão que

blinde o direito contra a prática da chamada discricionariedade judicial, conservando sua autonomia e integridade.

Para que a mutação constitucional seja compreendida adequadamente, ou seja, como um fenômeno hermenêutico, sustenta-se que ela seja compreendida dentro dos paradigmas da teoria estruturante do direito (Müller), hermenêutica filosófica (Gadamer), do direito com integridade (Dworkin) e o da Crítica Hermenêutica do Direito (Streck), realçando uma tradição autêntica forjada pela Constituição Federal de 1988. Por isso, cumpre rechaçar a compreensão da mutação constitucional sob o paradigma da filosofia da consciência, o qual nega a vinculação entre mutação constitucional e o processo hermenêutico.

Mutação constitucional, modificação do sentido normativo de um texto constitucional e atualização de compreensão do sentido normativo de um texto constitucional explicitam o mesmo fenômeno. Diante de uma realidade cambiante e complexa, em que mudanças econômicas, sociais e tecnológicas ocorrem em um ritmo nunca experimentado, atualizações de compreensões das normas constitucionais são forjadas e novos sentidos, até então inéditos, são construídos. Precisamente por isso, não parece adequado negar a realidade fenomênica de que um texto constitucional pode sofrer atualizações de sentido destacadas entre si ao longo da história, a considerar a sua sujeição a sucessivos processos compreensivos pelos intérpretes da Constituição, dentro do círculo hermenêutico. Contudo, este algo novo não deve violar a alteridade do texto constitucional e nem depredar a autonomia do direito, ou seja, o fenômeno da mutação constitucional não deve dar à azo a subjetivismos e ativismos.

A compreensão que se faz acerca do artigo 5º, inciso XXXVI, da CF/88, é dependente do caso concreto, ou seja, é dependente da faticidade ou do âmbito normativo. Mudadas as condições fáticas sobre as quais incidem a coisa julgada ou propostos novos modos de incidência, pode ser o caso de se questionar se o que se entende por proteção à coisa julgada continua igual ou se houve uma atualização compreensiva. Contudo, a questão pode se tornar ainda mais complexa, pois também é necessário investigar se as modificações sobre a coisa julgada representam uma afronta à Constituição, caso em que elas devem ser criticadas e combatidas, a fim de que não prosperem inconstitucionalidades.

A hipótese sustentada nesta pesquisa é a de que os Temas 881 e 885 do STF, ao admitir a cessação automática dos efeitos temporais da coisa julgada em caso de superveniente decisão do STF, em controle concentrado ou difuso em sede de repercussão geral, sobre a (in)constitucionalidade de exação tributária nas relações jurídicas tributárias de trato sucessivo não representa uma mutação constitucional sobre a compreensão constitucionalmente adequada sobre o que significa a proteção à coisa julgada garantida pelo

artigo 5º, inciso XXXVI, da CF/88. Pior do que isso, significa uma proteção deficiente ao instituto da coisa julgada, representando, assim, uma fragilização do instituto constitucionalmente protegido de casos ou “exceções” como esta.

A cessação dos efeitos da coisa julgada é fenômeno distinto da sua rescisão/desconstituição. Na cessação, há a ocorrência de um impedimento da regular produção de efeitos da coisa julgada voltada para o presente e para o futuro, enquanto na desconstituição, há a efetiva anulação, deixando de existir a coisa julgada. Não obstante, esta diferença não deve obscurecer o fato de que a compreensão adequada sobre a proteção à coisa julgada envolve a questão sobre como devem ser produzidos os seus efeitos, pois é a produção de efeitos da coisa julgada que lhe confere higidez.

Perante a sistemática da cessação automática da coisa julgada, uma decisão vinculante passa a funcionar como se legislação fosse, ou seja, de forma generalizante a relativamente a um indeterminado número de casos, dispensando completamente o controle hermenêutico do Judiciário consubstanciado na aferição do caso concreto. Há a representação, assim, de um marco normativo, inclusive com efeitos retroativos, caso mantenha-se o posicionamento pela não modulação de efeitos. Isso vai além dos efeitos vinculantes próprios a este tipo de padrão decisório, favorecendo a sua petrificação e a sua aplicação subsuntiva/silogística.

O ordenamento jurídico brasileiro é dotado de instrumentos jurídicos bastantes que garantem a plena possibilidade às partes verem cessados os efeitos da coisa julgada em caso de modificação de estado de fato e de direito, sem que se “atropele o caso concreto” ou se fragilize o próprio instituto da coisa julgada, preservando os direitos das partes, especialmente o Código de Processo Civil de 2015. Pode-se citar, como exemplo, as tutelas antecipadas de urgência, inibitória, cautelares e de evidência, o julgamento antecipado de mérito, dentro outros. Neste contexto, a aprovação dos Temas 881 e 885 do STF ocorreu antes para o atendimento de eficiência quantitativas, focado em aumentar um possível número de demandas judiciais, razão esta que consta em passagens dos acórdãos em comento.

Não se adquirem efetividades quantitativas sem as efetividades qualitativas, de modo que, para o enfrentamento do grande número de demandas judiciais no país, deve-se focar também na fundamentação detalhada das decisões judiciais. É essencial para o respeito aos artigos 926 e 489 do CPC que as decisões sejam substancialmente fundamentadas, com a efetiva análise do caso concreto. Mais do que uma medida de *accountability* (prestação de contas), a fundamentação das decisões judiciais constitui um direito fundamental do cidadão.

Vislumbra-se, assim, que a solução trazida pelos Temas 881 e 885 do STF não deve contribuir para a redução de processos judiciais, servindo antes ao fomento da tradicional litigiosidade da relação entre Fisco e Contribuinte, de forma a gerar uma multiplicidade de processos a trazer, inclusive, questões não previstas nesta solução, especialmente os atinentes às questões complexas, nos quais a coisa julgada sobre a relação tributária continuativa representa apenas parcialmente o objeto de uma ação. Ademais, tal estado de coisas poderá provocar uma inibição aos contribuintes, especialmente os mais vulneráveis (pessoas físicas e pequenas empresas), em promover o manejo de ações judiciais para exigir o respeito pelo Estado de suas limites e deveres no exercício das atividades tributárias.

As normas sobre a irretroatividade tributária, anterioridade anual e nonagesimal foram instituídas como limitações constitucionais ao poder de tributar na instituição de novos tributos, que só poderá ocorrer mediante lei ou previsão constitucional. Há uma perigosa equiparação entre lei e padrões decisórios vinculantes ínsita na previsão de cláusula geral e anterioridade e irretroatividade constante no enunciado dos Temas 881 e 885. Ao abarcar o consequencialismo normativo, a modulação de efeitos é o instituto que deve ser utilizado para, em atenção aos princípios da proteção da confiança e da segurança jurídica, os contribuintes não saiam prejudicados por legitimamente terem questionado a constitucionalidade de um tributo em juízo. Revela-se adequado, assim, dada as particularidades do caso concreto, a utilização da modulação para o estabelecimento de um prazo somente a partir do qual poderá haver a cobrança do tributo tido por constitucional em padrão decisório vinculante, independentemente de o Estado já houver revisado ou desconstituído definitivamente a coisa julgada em seu desfavor.

Buscou-se, assim, fazer uma exploração hermenêutica a respeito dos influxos que a problemática da cessação automática dos efeitos temporais da coisa julgada ao sentido normativo do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal. Por este dispositivo, tem-se de ser necessário conferir se as modificações compreensivas que são conferidas a este instituto jurídico estão em conformidade com a Constituição, mais especificamente se um eventual aumento ou redução de sua proteção acarreta violação/rompimento constitucional. A imodificabilidade da coisa julgada está diretamente relacionada à própria afirmação do Estado de Direito, motivo pelo qual a sua higidez não deve estar condicionada aos posicionamentos que as Cortes de Justiça poderão adotar em um futuro imprevisível. Pretender cessar automaticamente a coisa julgada formada no exercício de controle difuso de constitucionalidade implica, mais do que na fragilização da coisa julgada, na fragilização da



jurisdição constitucional, com negação da força normativa da Constituição, dando azo ao fenômeno da baixa constitucionalidade.

Sustenta-se, diante de todos os fundamentos apresentados nesta pesquisa, a inconstitucionalidade da cessação automática dos efeitos temporais da coisa julgada em relações jurídicas tributárias de trato continuativo. A consequência prática desta constatação é a de que haverá um intenso debate judicial futuro oriundo das várias possibilidades de problematização que advirão no contexto de aplicação do padrão decisório vinculante referentes aos Temas 881 e 885 do STF. Assim, exsurge uma fecunda possibilidade para o exercício de reflexão acerca de temas como precedentes judiciais, decisões vinculantes, proteção à coisa julgada e a importância dos paradigmas no Direito.

## REFERÊNCIAS

- ABBOUD, G. (2009). *Sentenças interpretativas, coisa julgada e súmula vinculante: alcance e limites dos efeitos vinculantes e erga omnes na jurisdição constitucional*. 309 f. Dissertação. Mestrado. Orientador: Nelson Nery Júnior. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.
- ABBOUD, G. (2020). *Processo Constitucional Brasileiro* (4ª Edição). Editora Thomson Reuters Brasil.
- ABBOUD, G. (2021). *Democracia para quem não acredita* (1ª Edição). Editora Letramento.
- ABBOUD, G. (2021). *Direito constitucional pós-moderno* (1ª Edição). Editora Thomson Reuters Brasil.
- ABBOUD, G. (2022). *Ativismo judicial: os perigos de se transformar o STF em inimigo ficcional* (1ª Edição). Editora Thomson Reuters Brasil.
- ATALIBA, G. (2021). *Hipótese de incidência tributária* (6ª Edição, 19ª Tiragem). Editora Malheiros Editores.
- ÁVILA, H. (2011). *Segurança Jurídica: Entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário* (1ª Edição). Editora Malheiros.
- BARRETO, L. G. M (2018). *Contribuições aos limites da mutação constitucional sob a perspectiva da Teoria Estruturante do Direito de Friedrich Müller*. Orientadora: Bruna Vieira de Vicenzi. 120f. Dissertação. Mestrado. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Universidade Federal do Espírito Santo.
- BARROSO, L. R. (2020). *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo* (9ª Edição). Editora Saraiva Educação.
- BITTAR, E. C., ALMEIDA, G. A. (2019). *Curso de Filosofia do Direito* (14ª Edição). Editora Atlas.
- BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*. Acesso em 20 de março de 2023, [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm).
- BRASIL, *Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999*. Acesso em 15 de maio de 2023, [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19868.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm).
- BRASIL, *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil*. Acesso em 15 de abril de 2023, [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm).

- BRASIL, Ministério da Fazenda, Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. *Parecer PGFN/CRJ nº 492, de 24 de maio de 2011*, <https://www.gov.br/pgfn/pt-br/aceso-a-informacao/atos-da-pgfn-1/pareceres-da-pgfn-aprovados-pelo-ministro-da-fazenda/2011/PARECER%20CRJ%20492-2011.pdf/view>
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 41.407/DF*. Recorrente: União Federal. Recorrido: Fernando de Abreu Teixeira. Brasília, 03 de setembro de 1959. <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=141324>
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Agravo de Instrumento nº 145.680/SP*. Recorrente: Companhia do Metropolitano de São Paulo. Recorrido: Roberto Florentino Antonio e Cônjuge. Brasília, 13 de abril de 1993. <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=275681>
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 596.663/RJ*. Recorrente: Espólio de Aprígio Belarmino de Camargo e outros. Recorrido: Banco do Brasil S/A. Brasília, 24 de setembro de 2014. <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7329845>.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 590.809/RS*. Recorrente: Metabel Indústria Metalúrgica LTDA. Recorrida: União Federal. Brasília, 22 de outubro de 2014. <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7303880>.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 4335/AC*. Reclamante: Defensoria Pública da União. Reclamado: Juiz de Direito das Varas de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco. Brasília, 22 de outubro de 2014. <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 730.462/SP*. Recorrente: Nelson Itiro Yanasse e outros. Recorrido: Caixa Econômica Federal. Brasília, 28 de maio de 2015. <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9343495>.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Rescisória nº 2297/PR*. Autor: União Federal. Réu: Nutriara Alimentos LTDA. Brasília, 03 de março de 2021. <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755918129>.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Reclamação nº 33.765/PA*. Recorrente: Estado do Pará. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado do Pará. Brasília, 09 de agosto de 2022. <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=764148310>.

- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 955.227/BA*. Recorrente: União. Recorrido: Braskem S/A (0019712-53.2919.4.01.3300). Brasília, 02 de maio de 2023.  
<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15357657888&ext=.pdf>.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 949.297/CE*. Recorrente: União. Recorrido: TBM – Textil Bezerra de Menezes S/A (0008113-77.2001.4.05.8100). Brasília, 02 de maio de 2023.  
<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15357653486&ext=.pdf>.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.001.776/RS*. Recorrente: Padaria e Confeitaria Brasil LTDA. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul (2007/0257573-4). Brasília, 12 de novembro de 2008.  
[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=4387613&num\\_registro=200702575734&data=20081112&tipo=41&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=4387613&num_registro=200702575734&data=20081112&tipo=41&formato=PDF).
- BUENO, C. S. (2021). *Curso sistematizado de direito processual civil – volume 1: teoria geral do direito processual civil – parte geral do Código de Processo Civil* (11ª Edição). Editora Saraiva Educação.
- BULOS, U. L. (1997). *Mutação Constitucional*. (1ª Edição). Editora Saraiva.
- CAMANO, F. D. (2021). *Coisa julgada sobre questão tributária* (1ª Edição). Editora Thomson Reuters Brasil.
- CÂMARA, A. de F. (2018). *Levando os padrões decisórios a sério* (1ª Edição). Editora Atlas.
- CANOTILHO, J. J. G. (2003). *Direito constitucional e teoria da constituição* (7ª Edição, 16ª Reimpressão). Editora Edições Almedina.
- COPLESTON, F. (2022). *Uma história da filosofia, volume II: do Renascimento a Hume* (1ª Edição). Tradução por Fernando Klein, Juliana Amato, Carlos Guilherme Silveira e Silva, Nelson Dias Corrêa e Ronald Robson. Editora Vide Editorial.
- CARVALHO, A. T. de. (2019). *Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico* (6ª Edição). Editora Noeses.
- CARVALHO, P. de B. (2021). *Direito Tributário: linguagem e método* (8ª Edição). Editora Noeses.
- DAU-LIN, H. (1998). *Mutación de la Constitución* (1ª Edição). Tradução por Pablo Lucas Verdú e Christian Förster. Editora Instituto Vasco de Administración Pública.

- DAVID, R. (2002). *Os grandes sistemas do direito contemporâneo* (4ª Edição). Editora Martins Fontes.
- DESCARTES, R. (2001). *Discurso do Método* (2ª Edição, 3ª Tiragem). Traduzido por Maria Ermentina Galvão. Editora Martins Fontes.
- DIAS, D. G. (2018). *Consequencialismo judicial no Direito Tributário brasileiro*. Orientador: Humberto Bergmann Ávila. 190f. Dissertação. Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade de São Paulo.
- DOBELLI, R. (2014). *A arte de pensar claramente: como evitar as armadilhas do pensamento e tomar decisões de forma mais eficaz* (2ª Edição). Editora Objetiva, 2014.
- DONIAK JÚNIOR, J (2021). *A Boa-Fé objetiva nas relações Jurídico-Tributárias: Os deveres do Poder Público*. Orientadora: Luiza Nagib. 364f. Tese. Doutorado. Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.
- DWORKIN, R. (1999). *O império do direito* (1ª Edição). Editora Martins Fontes.
- DWORKIN, R. (2017). *Levando os direitos a sério* (1ª Edição). Editora Martins Fontes.
- FARIA, R. O. (2009). *Natureza jurídica do orçamento e flexibilidade orçamentária*. Orientador: José Maurício Conti. 288f. Dissertação. Mestrado. Universidade de São Paulo.
- FERRAZ, T. S. (2017). *O precedente na jurisdição constitucional* (1ª Edição). Editora Saraiva.
- GADAMER, H-G. (1999). *Verdade e Método, volume 1* (3ª Edição). Traduzido por Flávio Paulo Meurer. Editora Vozes.
- GIACOIA JÚNIOR, O. (2013). *Heidegger urgente: introdução a um novo pensar* (1ª Edição). Editora Três Estrelas.
- GOMES, N. C. (2009). *A teoria da norma de Friedrich Müller: reflexos na metódica jurídica*. Orientador: Sergio U. Cadernatori. 132f. Dissertação. Mestrado. Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina.
- GONÇALVES, R. de S. (2020). *Provimentos judiciais vinculantes: o modelo brasileiro* (1ª Edição).
- HÄBERLE, P. (2002). *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição* (1ª Edição). Tradução por Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antonio Fabris Editor.

- HEIDEGGER, M. (2015). *Ser e tempo* (10ª Edição). Tradução por Márcia Sá Cavalcante. Editora Vozes. Editora Universitária São Francisco.
- HELLER, H. (1942). *Teoria del Estado* (1ª Edição). Tradução por Luis Tobio. Editora Fonde de Cultura Económica.
- HESSE, K. (1991). *A força normativa da Constituição* (1ª Edição). Sergio Antonio Fabris Editor.
- HESSE, K. (2017). *Temas Fundamentais do Direito Constitucional* (1ª Edição). Tradução por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocência Mártires Coelho. Editora Saraiva Jur.
- HUMBOLDT, W. von. (1991). *Escritos sobre el lenguaje* (1ª Edição). Tradução por Andrés Sánchez Pascual. Ediciones Península.
- HOMMERDING, A. N. (2007). *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil* (1ª Edição). Editora Livraria do Advogado.
- LANÇA, J. A. A. (2014). *Mutação constitucional: fundamentação e limites à luz da hermenêutica-filosófica e da teoria estruturante do direito*. Orientadora: Iara Menezes Lima. 161f. Dissertação. Mestrado. Universidade Federal de Minas Gerais.
- LASSALE, F. (2007). *A Essência da Constituição* (7ª Edição). Prefácio por Aurélio Wander Bastos. Editora Lumen Juris.
- KANT, I. (2004). *Crítica da razão prática* (1ª Edição). Edições e Publicações Brasil Editora S.A.
- KANT, I. (2013). *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* (1ª Edição). Editora Vozes.
- KELSEN, H. (1998). *Teoria pura do direito* (6ª Edição). Tradução por João Baptista Machado. Editora Martins Fontes.
- MACEDO JÚNIOR, R. P. (2013). *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea* (1ª Edição). Editora Saraiva.
- MARINONI, L. G. (2019). *Precedentes obrigatórios* (6ª Edição). Editora Thomson Reuters Brasil.
- MARINONI, L. G. (2021). *Processo Constitucional e Democracia* (1ª Edição). Editora Thomson Reuters Brasil.
- MASSON, N. (2016). *Manual de Direito Constitucional* (4ª Edição). Editora JusPODIVM.
- MENDES, G. F., BRANCO, P. G. G. (2023). *Curso de direito constitucional* (18ª Edição). Editora Saraiva Jur.
- MILANI, S. E. (2012). *Historiografia linguística de Wilhelm von Humboldt: Conceitos e Métodos* (1ª Edição). Editora Paco Editorial.

- MIRANDA, J. (2011). *Teoria do Estado e da Constituição* (3ª Edição). Editora Atlas.
- MITIDIERO, D. (2021). *Superação para frente e modulação de efeitos: precedente e controle de constitucionalidade no direito brasileiro* (1ª Edição). Editora Thomson Reuters Brasil.
- MORIN, E. (2005). *Introdução ao pensamento complexo* (1ª Edição). Tradução por Eliane Lisboa. Editora Sulina.
- MÜLLER, F. (2008). *Teoria Estruturante do Direito*. Tradução por Peter Neumann e Eurides Avance de Souza (1ª Edição). Editora Revista dos Tribunais.
- NASCIMENTO, J. L. R. do (2014). *Do estrito cumprimento do dever de fundamentar as decisões judiciais como condição de possibilidade para a extinção dos embargos de declaração: uma abordagem hermenêutica-filosófica*. Orientador: Lenio Luiz Streck. 217f. Dissertação. Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade do Vale do Rio dos Sinos.
- NERY JÚNIOR, N., NERY, R. M. de A (2018). *Código de Processo Civil Comentado* (17ª Edição). Editora Thomson Reuters Brasil.
- NERY JÚNIOR, N. (2009). *Anotações sobre mutação constitucional – Alteração da Constituição sem modificação do texto, decisionismo e Verfassungsstaat*. In: LEITE, G. S., SARLET, I. W. *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho* (1ª Edição). Coimbra Editora.
- NEVES, C. (2014). *A linguagem viva Wittgenstein e os jogos de linguagem: a comunicação em uma organização prisional*. Orientador: Aldo Lataiff. 200f. Tese. Doutorado. Pós-Graduação em Ciência da Linguagem. Universidade do Sul de Santa Catarina.
- NEVES, D. A. A. (2018). *Manual de Direito Processual Civil* (10ª Edição). Editora JusPodivm.
- NÓBREGA, G. P. da. (2021). *Jurisdi(scri)ção: a discricionariedade judicial como estratégia e sua (in)validade perante o Direito*. Orientador: Georges Abboud. 294f. Tese. Doutorado. Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Constitucional do Instituto de Desenvolvimento e Pesquisa (IDP).
- OLIVEIRA, P. M. de. (2015). *Coisa julgada e precedentes: limites temporais e as relações jurídicas de trato continuado*. 1ª Edição. Editora Revistas dos Tribunais, 2015.
- OLIVEIRA, R. T. de. (2007). *O conceito de princípio entre a otimização e a resposta correta: aproximações sobre o problema da fundamentação e da discricionariedade das decisões judiciais a partir da fenomenologia hermenêutica*. 210 f. Dissertação.

- Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade do Vale do Rio dos Sinos.
- OST, F. (2005). *O tempo do direito* (1ª Edição). Traduzido por Elcio Fernandes. Editora Edusc.
- PÁDUA, A. C. S. M. (2006). *A mutação constitucional e a coisa julgada no controle abstrato de constitucionalidade: análise de um fragmento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Orientador: Gilmar Ferreira Mendes. 200f. Dissertação. Mestrado. Universidade de Brasília.
- PANDOLFO, R. (2020). *Jurisdição constitucional tributária: reflexos nos processos administrativos e judiciais* (2ª Edição). Editora Noeses.
- PAULSEN, L. (2020). *Curso de direito tributário completo* (11ª Edição). Editora Saraiva Educação.
- PEDRA, A. S. (2009). *Teoria da Mutação Constitucional: limites e possibilidades das mudanças informais da constituição a partir da teoria da concretização*. Orientador: André Ramos Tavares. 332f. Tese. Doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.
- PEDRON, F. Q (2019). *A mutação constitucional no direito público do Império Alemão: contribuições de Laband e Jellinek*. Revista Quaestio Juris, Vol. 12, nº 3, p. 190-211. <https://doi.org/10.12957/rqi.2019.39557>
- PEDRON, F. Q., SOARES, J. P., OMMATU, J. E. M. (2021). *A (re)descoberta da teoria da mutação constitucional pelo STF: indícios de um estado de exceção?* Revista de Direito Administrativo e Constitucional [Recurso Eletrônico]. Belo Horizonte, v.21, n.86, out./dez, p. 205-221. <https://doi.org/10.12957/rqi.2019.39557>
- PLATÃO (2014). *Crátilo, ou sobre a correção dos nomes* (1ª Edição). Traduzido por Celso de Oliveira Vieira. Editora Paulus.
- PORTO, E. G. (2015). *Os deveres de colaboração, cooperação e proteção no direito tributário: Por um novo perfil de relação jurídico tributária*. Orientador: Luiz Felipe Silveira Dafini. 392f. Tese. Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Sul.
- PORTUGAL, Constituição da República Portuguesa, de 25 de abril de 1976. Acesso em 12 de julho de 2023, Acesso em <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>
- QUINTELA, G. C. (2011). *Segurança jurídica e proteção da confiança: a justiça prospectiva na estabilização das expectativas no direito tributário brasileiro*.



- Orientadora: Misabel Abreu Machado Derzi. 240f. Dissertação. Mestrado. Programa de Pós-Graduação. Universidade Federal de Minas Gerais.
- REALE, G., ANTISERI, D. (2018). *Filosofia: Idade Contemporânea, vol. 3* (2ª Edição). Traduzido por José Bortolini. Editora Paulus.
- RESCHKE, P. H. (2018). *A expansão dos limites objetivos da coisa julgada*. Orientador: Pedro Miranda de Oliveira. 263f. Dissertação. Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.
- ROCHA, I. R. P. P. A. da. (2021). *Aplicação de uma Teoria dos Princípios* (1ª Edição). Editora Appris.
- RODRIGUES-PEREIRA, T. (2019). *A necessária defesa do óbvio: a crítica hermenêutica do direito como superação do positivismo jurídico e do “decisionismo” judicial brasileiro* (1ª Edição). Editora Ágora 21.
- SARLET, I. W., MARINONI, L. G., MITIDIERO, D. (2018). *Curso de direito constitucional* (7ª Edição). Editora Saraiva Educação.
- SARMENTO, D. NETO, C. P. S. (2016). *Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho* (2ª Edição). Editora Fórum.
- SILVA, L. da. (2015). *A teoria estruturante e a crítica hermenêutica do direito: (des)encontros entre Lenio Streck e Friedrich Müller*. Orientador: Lenio Luiz Streck. 124f. Dissertação. Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade do Vale do Rio dos Sinos.
- SMEND, R. (1985). *Constitucion y Derecho Constitucional* (1ª Edição). Tradução por José Maria Beneyto Pérez. Madrid. Editora Centro de Estudios Constitucionales.
- STEIN, E. (1983). *A questão do método na filosofia: um estudo do modelo heideggeriano* (1ª Edição). Editora Movimento.
- STRECK, L. L. (2002). *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito* (1ª Edição). Livraria do Advogado.
- STRECK, L. L. (2005). *Diferença (ontológica) entre texto e norma: afastando o problema do relativismo*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, volume 36, n. 1, p. 55-86.
- STRECK, L. L. (2012). *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas* (4ª Edição). São Paulo. Editora Saraiva.
- STRECK, L. L. (2014). *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito* (11ª Edição). Editora Livraria do Advogado.

- STRECK, L. L. (2017). *Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito* (1ª Edição). Editora Letramento.
- STRECK, L. L. (2019). *Jurisdição constitucional* (6ª Edição). Editora Forense.
- STRECK, L. L. (2023). *Precedentes Judiciais e Hermenêutica* (4ª Edição). Editora JusPodivm.
- STRECK, L. L., TASSINARI, C., LIMA, D. (2013) *A relação entre direito e política: uma análise da atuação do Judiciário na história brasileira*. Revista Pensar, Volume 18, n. 3, set./dez., p. 737-758.
- STRECK, L.L., ABOUD, G. (2014). *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* (2ª Edição). Livraria do Advogado Editora.
- TASSINARI, C. (2012). *Ativismo judicial: uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana*. Orientador: Lênio Luiz Streck. 139 f. Dissertação. Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade do Vale do Rio dos Sinos.
- TORRES, H. T. (2019). *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário* (3ª Edição). São Paulo. Editora Thomson Reuters Brasil.
- URRITIA, A. V. S. (2000). *Mutación constitucional y fuerza normativa de la constitución. Una aproximación al origen del concepto*. Revista Española de Derecho Constitucional, Año 20, Num. 58, Jan.-Abr., p. 105-135.
- VIANA, A. A. de S., NUNES, D. (2018). *Precedentes: a mutação no ônus argumentativo*. Editora Forense.
- WITTGENSTEIN, L. (1968). *Tractatus Logico-Philosophicus*. Tradução por José Artur Giannotti (1ª Edição). Editora Companhia Nacional Editorial.
- WITTGENSTEIN, L. (1999). *Investigações Filosóficas* (1ª Edição). Tradução por José Carlos Bruni. Editora Nova Cultural Ltda.
- ZAVASCKI, T. A. (2019). *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional* (2ª Edição). Editora Thomson Reuters Brasil.

