

É POSSÍVEL A APLICAÇÃO POR ANALOGIA DA MODULAÇÃO DE EFEITOS NA SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES? INFERÊNCIAS A PARTIR DA MODULAÇÃO DA TESE TRIBUTÁRIA DO SÉCULO (RE 574.706)¹

Ravi Peixoto

Doutor em Direito Processual pela UERJ. Mestre em Direito pela UFPE. Procurador do Município do Recife. Professor da Faculdade de Direito do Recife (UFPE). Advogado. Membro da ANNEP, do CEAPRO e do IBDP.

Artigo recebido em 26.09.2024 e aprovado em 28.09.2024.

SUMÁRIO: 1 Introdução 2 A divergência na modulação de efeitos 3 Características da modulação de efeitos na superação de precedentes 3.1 Quem pode realizar a modulação de efeitos 3.1.1 O modelo federativo brasileiro, as competências legislativas e a atuação dos tribunais na fixação de precedentes obrigatórios 3.1.2 Os reflexos na competência para a prolação de precedentes vinculantes 3.1.3 Os órgãos com jurisdição nacional e os precedentes acerca da Constituição e da legislação federal 3.1.4. O reflexo das competências dos órgãos jurisdicionais para o estabelecimento de precedentes obrigatórios para a modulação de efeitos 3.2 Quando deve ser utilizada a modulação de efeitos 3.2.1 Como modular? Uma análise dos tempos na superação prospectiva e as suas possibilidades 4 Aplicação da *ratio decidendi* para casos análogos 4.1 Os principais problemas da aplicação da *ratio decidendi* da modulação de efeitos para casos “análogos” 5 Conclusão 6 Referências.

RESUMO: O texto tem por objetivo analisar as possibilidades de atuação da *ratio decidendi* da decisão de modulação de efeitos para outras situações de direito material, partindo de situações concretas, como foi a modulação realizada pelo STF no RE 574.706. A *ratio decidendi* tem sua esfera de força gravitacional, mas há poucas reflexões se esse ponto de vista pode ser replicado para a decisão de modulação de efeitos. É possível concluir que ela é bastante limitada, tendo em vista as particularidades exigidas para a superação prospectiva e porque as razões são diversas das utilizadas para o direito material.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria dos precedentes. *Ratio decidendi*. Superação. Modulação de efeitos. Requisitos.

1. Este artigo é resultado do grupo de pesquisa “FDR-PRO”, vinculado à Faculdade de Direito do Recife.

IS IT POSSIBLE TO USE ANALOGY TO APPLY THE PROSPECTIVE EFFECTS FROM AN OVERRULING CASE? INFERENCES FROM THE PROSPECTIVE OVERRULING IN THE TAX CASE OF THE CENTURY (RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 574.706)

CONTENTS: 1 Introduction 2 Divergence in the modulation of effects 3 Characteristics of the modulation of effects in overcoming precedents 3.1 Who can perform the modulation of effects 3.1.1 The Brazilian federative model, legislative powers and the role of the courts in setting binding precedents 3.1.2 The impact on the competence to issue binding precedents 3.1.3 The bodies with national jurisdiction and the precedents regarding the Constitution and federal legislation 3.1.4. The impact of the competences of the judicial bodies in establishing binding precedents for the modulation of effects 3.2 When should the modulation of effects be used 3.2.1 How to modulate? An analysis of the times in prospective overcoming and its possibilities 4 Application of the ratio decidendi to analogous cases 4.1 The main problems of applying the ratio decidendi of the modulation of effects to “analogous” cases 5 Conclusion 6 References.

ABSTRACT: The objective of the article is to study the possibilities of reasoning from the *ratio decidendi* about the prospective effects in a decision to other situations, beginning from concrete situations as the prospective overruling that was made by the Supreme Federal Court of Brazil in the “recurso extraordinário” 574.706. The *ratio decidendi* has its gravitational field, but there are few texts that analyze if and how it may be applied to other cases. It is possible to conclude that its gravity field is diminished because of the particularities demanded to the use of the prospective overruling and the reasoning is different from what is used to motivate the main claim.

KEYWORDS: Precedents. Ratio decidendi. Overruling. Prospective overruling. Requisites.

1 INTRODUÇÃO

Em 2017, o STF fixou a tese de que “O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da Cofins” (RE 574.706), mas não ingressou no tema da modulação, que ficou pendente. Durante quatro anos, o tema da modulação foi alvo de grandes discussões na seara tributária. Em maio de 2021, o tema voltou a julgamento – a decisão sobre a modulação de efeitos –, com a publicação do inteiro teor apenas em agosto do mesmo ano. Ao fim, prevaleceu a tese da relatora, segundo a qual “o novo precedente só terá eficácia a partir do julgamento do recurso extraordinário em 15.03.2017, ressalvadas as ações judiciais e administrativas protocoladas até a data da sessão em que proferido o julgamento de mérito”.

Seria possível imaginar que essa decisão resolveria o problema. Ocorre que ela foi apenas o início de várias outras problemáticas jurídicas que ainda estão longe de receber uma resposta satisfatória. Ainda existem questões a serem

resolvidas em relação à própria tese do século, a exemplo de como fazer incidir essa modulação para os casos em que aplicada.

Ocorre que outro grande problema é o seguinte: a partir da tese de direito material, que envolve a vedação de que um tributo tenha como base de cálculo outros tributos, inúmeras outras discussões surgiram. Afinal, a tese fixada no STF para a base de cálculo do PIS e da Cofins aplica-se a outros tributos? Mais ainda, e já indicando o objeto deste artigo: partindo do pressuposto de que a tese fixada pelo STF se aplica a outros tributos, outros tribunais podem aplicar a mesma modulação de efeitos definida pelo STF no RE 574.706?

Para que se possa responder a essa pergunta, outras precisam de respostas prévias. É necessário compreender quais os pressupostos da modulação de efeitos, para que se possa debater a sua transferibilidade para casos análogos. Uma vez satisfeitos esses primeiros questionamentos é que passa a ser possível enfrentar o problema concreto: a expansão ou não da modulação de efeitos no RE 574.706 para casos análogos. E, nesse ponto específico, é importante que se compreenda como foi realizada a modulação naquele caso e suas potenciais diferenças em relação às situações nas quais tem sido aplicada a tese de direito material do RE 574.706.

2 A DIVERGÊNCIA NA MODULAÇÃO DE EFEITOS

Antes de tentar propor uma solução para o problema, é importante relatar as divergências interpretativas que estão ocorrendo: não se trata de um problema teórico. Trata-se de questão que vem sendo decidida de forma divergente pelos tribunais regionais federais brasileiros.

Ao analisar a discussão da inclusão do ICMS *presumido* na base de cálculo do PIS/Cofins, o TRF da 5ª Região entendeu por aplicar a tese de direito material do RE 574.706, mas não só. Entendeu também ser “plenamente constitucional a aplicação da modulação de efeitos do entendimento firmado pelo STF no bojo do RE 574.706/PR (Tema 69) em crédito presumido de ICMS”, apesar de serem temas diferentes².

A mesma conclusão foi alcançada em análise da inclusão do ISS na base de cálculo do PIS/Cofins. Na decisão, tem-se a expressa afirmação de que:

2. TRF 5ª Região, 2ª T., Processo n. 0807239-51.2018.4.05.8201, Rel. Des. Paulo Cordeiro, j. 05.04.2022, DJ 07.04.2022.

[...] a conclusão do julgamento pelo STF a respeito da modulação dos efeitos do julgado no RE 574.706/PR afasta qualquer pretensão de reconhecimento do direito à referida exclusão antes de 15.03.2017, ressalvadas “as ações judiciais e administrativas protocoladas até a data da sessão em que proferido o julgamento” em 15.03.2017, o que não é o caso dos autos³.

Por outro lado, o TRF da 3ª Região foi instado a aplicar a tese e a modulação de efeitos do RE 574.706/PR para o caso da inclusão do ISS na base de cálculo do PIS/Cofins. A resposta foi positiva para a questão de direito material, mas não para a modulação de efeitos, o que pode ser resumido em sua ementa:

EMENTA. AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL. PIS COFINS. ISS. AGRAVO IMPROVIDO. 1. [...] 4. No entanto, considero inaplicável ao ISS a modulação temporal acima referida pois a modulação de efeitos das decisões do egrégio Supremo Tribunal Federal é providência excepcional, devendo ser interpretada e compreendida restritivamente. Vale dizer, a modulação trazida nos autos do RE n. 574.706 tratou especificamente do ICMS que aquela Colenda Corte modulou os efeitos considerando a data do julgamento. 5. A discussão relativa ao ISS, ainda que verse sobre a mesma tese aplicada ao ICMS, ainda não foi encerrada, pendendo de apreciação o RE n. 592.616. Não se pode descartar que o e. Supremo Tribunal Federal adote os mesmos critérios de modulação quanto ao marco temporal trazido no RE n. 574.706. 6. Desse modo, enquanto não houver expresso pronunciamento do e. Supremo Tribunal Federal a respeito da modulação quanto ao ISS, prudente aplicar a regra geral prevista no CTN. 7. Agravo improvido (TRF 3ª Região, 4ª T., Res. Des. Marcelo Mesquita Saraiva, ApelRemNec 5000920-96.2020.4.03.6100 Intimação via sistema: 29.04.2022)⁴.

3. TRF 5ª Região, 1ª T., Processo n. 0813877-60.2019.4.05.8300, Rel. Des. Roberto Wanderley Nogueira, j. 27.01.2022, DJ 04.02.2022.

4. No mesmo sentido é o entendimento do TRF da 1ª Região, que pode ser resumido por trecho da ementa de um dos acórdãos: “Posteriormente, julgando embargos de declaração no RE 574.706/PR, o Supremo Tribunal Federal (STF) modulou os efeitos do referido julgado, estabelecendo sua produção após 15.03.2017, ressalvadas as ações judiciais e administrativas protocoladas até a data da sessão em que proferido o julgamento, bem como esclareceu que se trata do ICMS destacado nas notas fiscais. Também no julgamento do RE 1.452.421/PE, vinculado ao Tema 1.279, o STF, estabeleceu a seguinte tese: ‘Em vista da modulação de efeitos no RE 574.706/PR, não se viabiliza o pedido de repetição do indébito ou de compensação do tributo declarado inconstitucional, se o fato gerador do tributo ocorreu antes do marco temporal fixado pelo Supremo Tribunal Federal, ressalvadas as ações judiciais e os procedimentos administrativos protocolados até 15.03.2017’. Entretanto, a referida

É possível identificar que tem ocorrido certa divergência quanto à aplicação por analogia da modulação de efeitos. Para que se possa compreender os limites da aplicação da *ratio decidendi* de decisão sobre esse tema, precisamos, antes de tudo, estabelecer algumas premissas.

3 CARACTERÍSTICAS DA MODULAÇÃO DE EFEITOS NA SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES

Em relação aos precedentes, no direito brasileiro, é possível fazer referência a dois textos normativos que fundamentam a modulação de efeitos. Na fixação de precedentes, tem-se autorização no art. 23 da LINDB. Para a superação de precedentes, há autorização expressa do art. 927, § 3º, do CPC. Ocorre que esses dois textos normativos trazem poucos indicativos em relação a *quem, quando e como* modular, pois, no caso do art. 927, § 3º, há menção apenas a que ela deve ocorrer “no interesse social e no da segurança jurídica”.

É preciso entender essas características para que se possa refletir se a *ratio decidendi* da modulação é aplicável por analogia a outras situações.

3.1 Quem pode realizar a modulação de efeitos

3.1.1 O modelo federativo brasileiro, as competências legislativas e a atuação dos tribunais na fixação de precedentes obrigatórios

O Brasil é um país que adota o modelo federativo de Estado, e o Estado federativo brasileiro, para além da União, como ente central, e os Estados, como entes regionais, ainda irá abranger outras subdivisões, como os Municípios e o Distrito Federal⁵. Um dos aspectos de um Estado federativo é a divisão de competências

modulação temporal é inaplicável ao ISS, pois efetuada restritivamente para o ICMS pelo Supremo Tribunal Federal (STF), nos termos do art. 927, § 3º, do CPC” (TRF 1ª Região, 13ª T., MS 1004764-81.2018.4.01.3600, Des. Fed. Pedro Braga Filho, PJe 15.07.2024).

5. LEONCY, Léo Ferreira. *Controle de constitucionalidade estadual*. São Paulo: Saraiva, 2007. [versão digital, n 1.1]. Não se ignora a polêmica sobre o fato de serem os municípios considerados entes federativos ou não, porém, para o que se deseja analisar neste tópico, basta a consideração de que possuem competências normativas. Sobre a temática, no sentido de não admitir um federalismo de terceiro grau, cf.: SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 474-475. Em sentido contrário, admitindo-a, cf.: BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 344-353.

entre os diversos entes que o compõem, em geral, baseada na predominância de interesses, em que à União caberia tratar de temas de interesse nacional, aos Estados-membros, de assuntos de interesse regional, e, aos Municípios, de assuntos de interesses local⁶. A esse aspecto, não foge a distribuição das competências para a produção de textos normativos.

As competências privativas da União estão previstas no art. 22 da Constituição. Aos Municípios e ao Distrito Federal, é concedida a competência exclusiva de legislar nas matérias de interesse predominantemente local, nos termos do art. 30, I, e 32, § 1º, da Constituição.

A competência concorrente consta do art. 24 da Carta Magna, distribuindo competências entre a União e os Estados-membros e o Distrito Federal. Alguns inserem os Municípios nessa equação, em face da previsão do art. 30, II, da CF, que lhes permite suplementar a legislação federal e a estadual, no que couber⁷. À União compete estabelecer as normas gerais, e, aos demais entes, a suplementação dessa legislação, a partir dos interesses regionais e locais⁸. Em relação aos Estados e ao Distrito Federal, ainda existe uma competência de caráter residual, nos termos dos arts. 25 e 32, § 1º, da Carta Magna.

3.1.2 Os reflexos na competência para a prolação de precedentes vinculantes

A distribuição de competências para a edição de textos normativos irá se relacionar com a atuação do Poder Judiciário e com as diferentes competências atribuídas a cada um dos seus órgãos. É necessário analisar a distribuição de competências aos diferentes órgãos jurisdicionais para que se possa definir a quem compete fixar o entendimento em face de cada um dos textos normativos editados pelos diversos entes. Para que se possa verificar o cabimento da

6. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 478.

7. ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de. *A construção da federação brasileira pela jurisdição constitucional: um estudo sobre a utilização do princípio da simetria na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2008. p. 38.

8. Um dos grandes desafios é justamente a diferenciação entre o que seria uma norma geral e uma norma de interesse local, para a efetiva delimitação da competência concorrente. Para uma tentativa de definição, cf.: FERRAZ JR. Tercio Sampaio. Normas gerais e competência concorrente: uma exegese do art. 24 da Constituição Federal. *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, v. 90, 1995.

modulação de efeitos por cada um dos tribunais, é imperioso identificar quais serão os órgãos jurisdicionais aptos a emitir os precedentes obrigatórios em cada matéria.

Para que isso seja feito, um fator essencial é o estudo da estrutura judiciária de um determinado país. Como destaca a doutrina, “há de se notar a ligação entre estrutura e precedente”⁹. É impossível ignorar que a relação hierárquica é um dos principais fatores, embora não seja o único, para a elaboração dos precedentes obrigatórios, na medida em que passa a ser possível o controle da aplicação do precedente.

A organização judiciária brasileira e a sua divisão em justiça federal, trabalhista, eleitoral, militar e comum possuem, como critérios para distribuição de competência, tanto fatores de ordem subjetiva como de ordem objetiva. Uma legislação federal pode ser aplicada igualmente por um tribunal estadual e um federal, podendo o mesmo acontecer em relação à legislação local.

Em relação às normas editadas pela União, independentemente de serem derivadas da competência exclusiva ou da normatização geral da competência concorrente, elas terão validade em todo o território nacional. Por conta disso, caberá a um tribunal com competência sobre todo o país a uniformização do entendimento sobre aquela matéria, como forma de evitar uma indesejada divergência entre os diversos tribunais estaduais e federais distribuídos pelo Brasil.

3.1.3 Os órgãos com jurisdição nacional e os precedentes acerca da Constituição e da legislação federal

Não se pode pensar na segurança jurídica advinda dos entendimentos dos tribunais em pequenas esferas no caso da legislação aplicável a todo o território nacional. *É imprescindível que exista um órgão para uniformizar os entendimentos.*

No Brasil, existem vários órgãos com jurisdição nacional, quais sejam, o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal Superior do

9. BARROS, Lucas Buril de Macêdo. *Os precedentes judiciais no sistema jurídico brasileiro*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2014. p. 351; BARROS, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 450. De forma semelhante: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noneses, 2012. p. 308-310; TARUFFO, Michele. Institutional factors influencing precedents. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (ed.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Dartmouth, 1997. p. 437-443.

Trabalho, o Superior Tribunal Militar e o Tribunal Superior Eleitoral. Ao Supremo Tribunal Federal compete a guarda da Constituição, fixando o entendimento a ser adotado pelos demais órgãos jurisdicionais acerca da Carta Magna. Ao STJ, compete a fixação da “interpretação do direito federal, evitando que cada estado da federação trate da lei federal a seu gosto”, entendimento que pode ser extraído do art. 105, III, da Constituição¹⁰. Esse mesmo raciocínio pode ser aplicado aos demais tribunais com jurisdição em todo o território nacional, em relação às suas respectivas áreas de atuação¹¹. *Apenas a esses tribunais de cúpula (STF, STJ, TST, STM e TSE) compete a fixação de um entendimento uniformizador sobre a Constituição da República e sobre a legislação federal, cada um com a sua esfera de atuação.*

Aos tribunais estaduais, em regra, compete fixar precedentes acerca da interpretação do direito municipal (com a inclusão das leis orgânicas) e estadual, além do entendimento acerca do texto constitucional estadual, quando não seja hipótese de repetição obrigatória da Constituição Federal.

3.1.4. O reflexo das competências dos órgãos jurisdicionais para o estabelecimento de precedentes obrigatórios para a modulação de efeitos

Enquanto não houver a fixação de um determinado entendimento sobre a matéria pelo órgão constitucionalmente competente, não haverá um parâmetro adequadamente confiável para o comportamento dos jurisdicionados. Quem age segundo um precedente ainda não estável, fá-lo assumindo os riscos de uma posterior mudança retroativa. Naturalmente, isso não significa que não haverá precedente enquanto não for realizada a referida manifestação, mas sim que ele ainda não é a interpretação final do Poder Judiciário. O precedente existirá, mas ainda não servirá como um parâmetro confiável para a realização de decisões por parte dos jurisdicionados, e, assim, não se presta a gerar a modulação de efeitos, caso modificado.

10. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 97-98.

11. De forma semelhante: NERY JR., Nelson. Boa-fé objetiva e segurança jurídica – eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo tribunal superior. In: FERRAZ JR., Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. 2. ed. Barueri: Manole, 2009. p. 91; BARROS, Lucas Buriel de Macêdo. *Os precedentes judiciais no sistema jurídico brasileiro*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2014. p. 348-349.

Por conta disso, para que se possa investigar a quem compete realizar a modulação, o estudo deve partir das normas constitucionais que fixam quais órgãos jurisdicionais devem uniformizar a interpretação sobre determinadas matérias. Esses tribunais possuem a função de uniformizar o entendimento em todo o território nacional, promovendo a segurança jurídica e estabelecendo um parâmetro adequado para a conduta dos jurisdicionados com base em seus precedentes. Ao STF compete determinar qual a interpretação adequada do texto constitucional, ao STJ, da matéria infraconstitucional, ao TST¹², da matéria trabalhista, ao STM, da matéria militar, ao TSE, do direito eleitoral¹³. *Em outras palavras, em regra, apenas os tribunais superiores teriam competência para a realização da modulação de efeitos em casos de superação de precedentes. Aos tribunais estaduais e federais compete tão somente a fixação da interpretação das normas locais.*

12. O qual, inclusive, já se utilizou da técnica: TST, SBDI-1 Plena, Processo n. TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138, Rel. Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, j. 21.11.2016, *DJ* 19.12.2016.
13. De forma semelhante, indicando que apenas alterações na jurisprudência dominante dos tribunais superiores poderiam gerar a modulação de efeitos, cf.: SILVA, Franklin Roger Alves. *Modulação temporal da jurisprudência*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. p. 84-85. Nelson Nery Jr. faz referência à jurisprudência dos tribunais superiores como fonte do direito, especialmente porque a eles compete a atuação seja como “intérpretes últimos da Constituição (STF) e das leis (STJ, TST, TST, STM)” e por isso a eles seria possível a modulação (NERY JR., Nelson. *Boa-fé objetiva e segurança jurídica – eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo tribunal superior*. In: FERRAZ JR., Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. 2. ed. Barueri: Manole, 2009. p. 91). Pela sua fundamentação da modulação de efeitos, seria possível entender que apenas aos tribunais superiores seria possível a utilização dessa técnica, porque apenas eles teriam essa função de proferir decisões paradigmáticas, também denominadas de “decisões-quadro” (p. 79). Assim também indica Roque Antonio Carrazza, ao afirmar que, “sendo mais explícitos, os *Tribunais Superiores*, pela imensa responsabilidade que têm, como últimos intérpretes das normas jurídicas, quando alteram sua jurisprudência dominante devem ter o cuidado de evitar que a guinada surpreenda todo um universo de pessoas, trazendo não só enorme insegurança nas relações sociais, como o descrédito do próprio Poder Judiciário” (CARRAZZA, Roque Antonio. *Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais: competência dos tribunais superiores para fixá-la – questões conexas*. In: FERRAZ JR., Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. 2. ed. Barueri: Manole, 2009. p. 59, 64, 66, 68, 72). (grifos nossos).

Seria possível pensar na modulação de efeitos nos tribunais locais, principalmente pelo fato de que já se tem notícia de que o tema tem sido por eles discutido¹⁴. É inegável que esses tribunais geram precedentes, entretanto, parece, *em regra*, que não cabe a eles, de acordo com a Constituição, a última palavra sobre os temas por eles julgados, com a exceção da interpretação da legislação local. Haverá a possibilidade de utilização do recurso extraordinário ou do recurso especial, a depender da matéria, ao órgão competente para uniformizar o entendimento dessas matérias.

Além de eles não serem os órgãos competentes para a fixação de precedentes vinculantes, seja da matéria constitucional, seja da infraconstitucional, existe outra problemática. *Uma vez admitida a modulação por esses tribunais, haveria a criação de âmbitos territoriais de modulação*. O tribunal de cada Estado brasileiro iria entender de forma diversa e modular de forma diversa. Não se pode pensar a segurança jurídica em pequenas esferas (no caso dos TJs, vinte e sete, e, no caso dos TRFs, cinco, sem contar todos os demais tribunais que fazem parte da justiça federal), tanto por não serem os tribunais constitucionalmente competentes para a fixação das matérias por eles analisadas, como pela necessidade de um órgão que possa exercer a jurisdição sobre todo o território nacional, especialmente nos casos de matérias que tenham aplicação em todo o território¹⁵.

Só é possível admitir que haja a modulação de efeitos na superação de precedentes pelos tribunais locais nas matérias que versem apenas sobre interpretação de legislação local e sobre as constituições estaduais, nos casos em que não seja um texto de reprodução obrigatória da Constituição Federal.

14. Com menção a diversos precedentes: ANDRADE, Fábio Martins de. *Modulação em matéria tributária: o argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico e as decisões do STF*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 304-305.

15. Destacando a necessidade de um órgão com jurisdição em todos o território nacional para realizar a modulação de efeitos, recusando sua possibilidade pelos tribunais locais, cf.: SILVA, Franklin Roger Alves. *Modulação temporal da jurisprudência*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. p. 84-85. Concorde-se na quase totalidade dos casos com o posicionamento do autor, exceto nas hipóteses de interpretação da legislação local, conforme será mencionado *infra*.

3.2 Quando deve ser utilizada a modulação de efeitos

Em relação ao *quando*, inexistente uniformidade, seja na jurisprudência, seja na doutrina. Será feito, neste tópico, um panorama básico sobre os requisitos, apenas para demonstrar as suas particularidades referentes ao caso concreto.

Para que seja atribuída eficácia prospectiva ao precedente, o *primeiro requisito* a ser ultrapassado é o da demonstração de que o novo precedente efetivamente signifique uma *modificação surpreendente na linha jurisprudencial anterior do tribunal*. Por vezes, um precedente superado já foi tão modificado, que a sua mudança não representa sequer uma grande novidade para os operadores do direito. Pode haver também a demonstração de que o precedente foi superado em determinado momento temporal pela atuação do legislador, e, com isso, limitar a modulação temporal. Enfim, vários elementos podem demonstrar que a superação do precedente não foi surpreendente. Caso eles não existam, a tendência é a de que haja a necessidade da superação prospectiva.

O segundo requisito é a boa-fé, relacionado com a necessidade de a parte que deseje a aplicação prospectiva demonstrar ter atuado de boa-fé em conformidade com o anterior precedente. O precedente, para que forneça segurança apta a gerar uma atuação de boa-fé para os jurisdicionados, deve ter sido prolatado pela Corte com competência para fixar o posicionamento sobre a respectiva matéria. A base da confiança é variável, por isso, aspectos como a publicação da decisão, trânsito em julgado, cognição exauriente etc. fortalecem a confiança dos jurisdicionados nos precedentes, mas a sua ausência não torna impossível a modulação.

O terceiro requisito aponta que só haveria necessidade de tutela da confiança quando demonstrado prejuízo significativo à esfera jurídica da(s) parte(s) por ela prejudicada(s). O aspecto de caráter consequencialista, nesse sentido, adentra apenas como elemento secundário da modulação de efeitos, e não como argumento único. Não seria adequada a modulação, tão somente, porque as consequências da retroatividade seriam o prejuízo para os particulares ou para os entes públicos. Essa argumentação apenas seria possível caso o primeiro teste, da confiabilidade do precedente superado, fosse ultrapassado. É a forma mais razoável de interpretar-se o requisito do interesse social presente no texto normativo do CPC. Em outros

termos, os argumentos consequentialistas são limitados “pela exigência de que demonstrem algum fundamento jurídico para o que fazem”¹⁶.

Não se pode ignorar a eventual incidência de outros direitos fundamentais que possam atuar na conformação do aspecto temporal do precedente. Pode-se, por exemplo, imaginar a situação do precedente que aplicou a teoria do patrimônio mínimo ao direito brasileiro. Ora, aqueles que se beneficiaram da cobrança sem limites perante o patrimônio dos endividados poderiam requerer que o precedente que estabelecia limites à cobrança fosse aplicado apenas de forma prospectiva. Por outro lado, seria possível defender que o prejuízo sofrido por aqueles que tiveram seu direito de cobrança limitados não seria essencialmente significativa, especialmente se dirigido a violar o patrimônio mínimo dos beneficiados pelo novo precedente, que teve como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana.

O quarto requisito seria uma situação limite, em que o tribunal poderia optar, por exemplo, por suspender a eficácia da decisão, de forma a permitir uma modulação da eficácia prospectiva pelo Poder Legislativo, especialmente nas hipóteses em que haja a necessidade de criação de um regime de transição complexo.

Na França, por exemplo, o Conselho Constitucional já regulou uma situação transitória ao decretar a inconstitucionalidade da composição das Cortes de Comércio Marítimo e determinar sua nova composição, por ser uma situação mais simples. Em casos mais complexos, preferiu suspender a decretação de inconstitucionalidade para permitir a atuação do legislador¹⁷. Prática semelhante também já foi utilizada pela Corte Constitucional Federal da Alemanha, em que se estabeleceu um período limite para a aplicação retrospectiva de uma decisão dentro do qual o parlamento poderia propor uma solução para a questão¹⁸.

Outro fato que pode contribuir para a realização, ou não, da modulação é o ambiente decisional, como sugerido por Teresa Arruda Alvim. No direito tributário, por exemplo, os princípios a ele aplicáveis apontam para uma necessidade

16. MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução: Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 215.

17. MILLET, François-Xavier. Temporal effects decisions in France. In: POPELIER, Patricia; VERSTRAELEN, Sarah; VANHEULE, Dirk; VANLENBERGHE, Beatrix (ed.). *The effects of judicial decision in time*. Cambridge: Intersentia, 2014. p. 115-120.

18. SAGAN, Adam. Changing the case law pro future – a puzzle of legal theory and practice. In: STEINER, Eva. (ed). *Comparing the prospective effect of judicial rulings across jurisdictions*. Heidelberg: Springer, 2015. p. 125.

de maior estabilidade do direito, em que qualquer alteração deve ser feita de forma suave. Por outro lado, no direito de família, haveria maior necessidade de evolução do direito pela jurisprudência, que deve acompanhar as mudanças da sociedade¹⁹. Não se trata, aqui, de um critério de sim ou não, no sentido de que nos ambientes frouxos não há modulação, mas apenas de mais um fator a ser analisado nas decisões de superação de precedentes.

A modulação, de certa forma, opera como a interpretação dos textos normativos. Por mais que se ofereçam parâmetros, não é possível afirmar especificamente em que casos a superação deve ser prospectiva. Em certas hipóteses, será evidente a necessidade de modulação; em outros casos, será justamente o contrário, e, por vezes, haverá uma zona de penumbra que irá dividir as opiniões dos julgadores e da doutrina. Mas isso não autoriza que se admita a existência de uma ampla discricionariedade dos julgadores. A solução do caso sempre irá depender dos elementos constantes do caso concreto. Em outras palavras, o fato de não haver uma resposta correta para determinar exatamente em que casos deve ser operada a modulação de efeitos, não autoriza que se desista de buscar-se a melhor decisão possível²⁰.

3.2.1 Como modular? Uma análise dos tempos na superação prospectiva e as suas possibilidades

De forma bastante simplista, pode-se dizer que a superação do precedente terá eficácia retroativa ou prospectiva. Ocorre que essa singela afirmação não abarca as nuances existentes entre essas duas eficácias temporais, havendo classificações doutrinárias que inserem subdivisões entre elas.

São várias as possibilidades de eficácias temporais: (a) aplicação retroativa pura, em que o novo entendimento abrange os fatos passados, inclusive aqueles em que os processos deles derivados já transitaram em julgado, com a

19. ALVIM, Teresa Arruda. *Modulação na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes*. São Paulo: RT, 2019. p. 162-163.

20. Esse raciocínio aplicado à modulação de efeitos é semelhante ao realizado por Georges Abboud ao tratar da busca a uma resposta correta. Como indicado pelo autor, “o fato de inexistir uma fórmula exata para se produzir a resposta correta não nos autoriza a desistirmos dela, até porque ela não pode ser tratada como mistério. Somente perante sua exigência é que podemos nos livrar dos grilhões relativistas e arbitrários que dominam nosso sistema jurídico” (ABBOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: RT, 2014. p. 494).

possibilidade de utilização de ação rescisória; (b) aplicação retroativa clássica, em que o tribunal irá aplicar a sentença aos fatos ocorridos antes da formação do novo precedente, exceto aos que já transitaram em julgado; (c) aplicação prospectiva pura, quando o novo precedente aplica-se apenas aos fatos posteriores, sequer sendo aplicado às partes litigantes; (d) aplicação prospectiva clássica, aplicando-se apenas aos fatos novos, sendo aplicado apenas às partes no caso concreto, abrangidos pelo novo precedente; e (e) aplicação prospectiva a termo, em que o tribunal fixa uma data ou condição para a eficácia do precedente²¹.

Na aplicação prospectiva pura, ainda seria possível uma subdivisão. Seria o caso em que as demandas posteriores, baseadas em fatos anteriores seriam julgadas com o entendimento superado, ou quando há a imposição de algum requisito, como a necessidade de o julgamento ainda não ter iniciado quando houve a mudança do entendimento²².

A utilização excessiva da modulação de efeitos, em especial, daquela em que o novo entendimento não é sequer aplicado ao caso concreto, pode gerar efeitos nocivos à evolução do direito. As partes, uma vez tendo conhecimento de que a superação de um precedente a elas desfavorável não se aplicará ao seu caso concreto, não se sentirão incentivadas a investir na sua superação²³.

21. ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 166-167.

22. MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 262.

23. EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. London: Harvard University Press, 1998. p. 131; GHATAN, Gil J. The incentive problem with prospective overruling: a critique of the practice (September 22, 2009). *ABA Real Property, Trust and Estate Journal*, p. 2-3, 16-17, 2010. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1477030>. Acesso em: 14 maio 2022. Esse argumento contra o *overruling* também foi levantado pela Câmara dos Lordes na Inglaterra (atual Corte Suprema do Reino Unido), afirmando-se que: “Nos casos cíveis, a superação prospectiva ‘pura’ iria impedir a evolução do direito ao desencorajar os litigantes a desafiar um determinado posicionamento prevalente sobre o direito”. (tradução nossa). Texto original: “In civil cases, ‘pure’ prospective overruling would hinder the development of the law by discouraging claimants from challenging a prevailing view of the law”. (Opinião dos *Lords of Appeal* na causa *National Westminster Bank plc v. Spectrum Plus Ltd* and others, 2005, UKHL 41, em 30 de junho de 2005, texto constante da seguinte coletânea: POPELIER, Patricia; VERSTRAELEN, Sarah; VANHEULE, Dirk; VANLENBERGHE, Beatrix [ed.]. *The effects of judicial decision in time*. Cambridge: Intersentia, 2014. p. 153).

Ainda sobre essa espécie de modulação, destaca Humberto Ávila que essa espécie de eficácia prospectiva iria restringir excessivamente “o direito fundamental de proteção judicial”. A parte, após tanto agir para conseguir a modificação jurisprudencial, iria receber “pedra, em vez de pão”, obtendo, tão somente, uma “vitória de Pirro”, despida de efeito prático. As ações em curso, pelos mesmos motivos, não poderiam ser abrangidas pela eficácia prospectiva²⁴.

Por mais que esse argumento seja interessante, não pode ser observado como sendo definitivo. Há de perceber-se que, da mesma forma que a parte que consegue a vitória tem o direito fundamental de proteção judicial, a outra parte também o possui. Ela teria efetivamente confiado e atuado de boa-fé com base no posicionamento anterior. Igualmente à situação da parte que tenta modificar o precedente, que age esperando pão e recebe pedra com a eficácia prospectiva, o mesmo ponto de vista pode ser verificado pela outra parte. Ela atua durante um longo processo judicial de forma a defender um posicionamento consolidado do Poder Judiciário, no qual confiou para atuar de determinada forma e, caso o novo precedente possua entendimento retroativo, terá atuado esperando pão, mas receberá pedra.

A primeira resposta a essa argumentação é a de que, como a maioria das superações de precedentes possui eficácia retroativa, essa constatação, por si só, seria um incentivo significativo para que os litigantes investissem nessa mudança de entendimento²⁵.

Uma forma de mitigar essa consequência ocorre nas causas repetitivas, em que, mesmo inaplicável ao caso concreto em questão, remanesce o interesse da parte na superação do entendimento, por conta dos incontáveis

24. ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 576.

25. KAY, Richard S. Retroactivity and prospectivity of judgments in American law. In: STEINER, Eva (ed). *Comparing the prospective effects of judicial rulings across jurisdictions*. London: Springer, 2015. p. 218.

casos futuros em que o litigante habitual²⁶ poderá vir a estar envolvido²⁷. Uma eventual superação de um entendimento desfavorável a um litigante habitual irá trazer efeitos favoráveis a ele em outras demandas. Mais importante do que a decisão no referido caso concreto é a repercussão para as diversas situações semelhantes que ocorram posteriormente.

No entanto, esse pensamento com o foco no futuro apenas funciona nas causas repetitivas e, de forma específica, nos casos em que o novo entendimento favorece o litigante habitual. Para os litigantes repetitivos, o caso específico não é tão importante, mas sim a própria mudança do entendimento e a perspectiva para os futuros casos ocorridos após a superação do precedente, em relação aos quais serão beneficiados.

Nos casos em que a mudança de entendimento favoreça apenas o litigante eventual, ela lhe será completamente irrelevante caso o novo precedente não lhe seja aplicado. Em geral, ele não vivenciará outras situações semelhantes que lhe permitam beneficiar-se do novo entendimento, ao contrário dos litigantes repetitivos.

26. O conceito de litigante habitual se contrapõe ao conceito de litigante eventual. Enquanto o primeiro é caracterizado por participar de vários casos semelhantes, o segundo é formado por aquelas partes que apenas atuam raramente perante o Poder Judiciário. Esses conceitos foram desenvolvidos por Marc Galanter, com a nomenclatura original de “one shoters” e “repeat-players” nos seguintes textos: GALANTER, Marc. Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change. Disponível em: <http://marcgalanter.net/Documents/papers/WhytheHavesComeOutAhead.pdf>. Acesso em: 15 maio 2022; GALANTER, Marc. Afterword: explaining litigation. *Law and Society*, v. 9, 1975. Tais conceitos foram divulgados no Brasil na obra traduzida de Mauro Cappelletti e Bryan Garth: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 25-26. Fazendo a ligação entre os litigantes habituais e as causas repetitivas, cf.: CUNHA, Leonardo Carneiro da. As causas repetitivas e a necessidade de um regime que lhes seja próprio. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre*, v. 25, n. 2, p. 239-241, jul./dez. 2009.

27. ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 168; JURATOWITCH, Ben. The temporal effects of judgments in the United Kingdom. In: POPELIER, Patricia; VERSTRAELEN, Sarah; VANHEULE, Dirk; VANLENBERGHE, Beatrix (ed.). *The effects of judicial decision in time*. Cambridge: Intersentia, 2014. p. 173; KAY, Richard S. Retroactivity and prospectivity of judgments in American law. In: STEINER, Eva (ed). *Comparing the prospective effects of judicial rulings across jurisdictions*. London: Springer, 2015. p. 218.

Em tese, outra forma de solucionar esse problema é mediante a superação prospectiva, mas de forma com que o novo precedente, embora não seja utilizado aos fatos ocorridos antes da nova decisão, se aplique de forma retroativa apenas ao litigante vencedor do caso concreto²⁸. Isso porque, mesmo que nenhuma das partes seja um litigante habitual, haveria o incentivo de buscar a modificação do entendimento jurisprudencial anterior.

Essa forma de tratamento, contudo, pode gerar outros problemas. É que acaba havendo uma completa desconsideração da confiança existente da parte sucumbente no entendimento anterior, como já apontado²⁹. Além do mais, haveria uma violação da isonomia, tendo em vista que as partes litigantes seriam tratadas de forma diferente, apenas pelo momento em que o julgamento foi efetuado³⁰. Imagine-se que haja dois fatos idênticos, mas o processo x chegou ao tribunal primeiro e foi superado com efeitos temporais, de forma que seria retroativo apenas para o caso concreto, e o litigante que atuou baseado no entendimento anterior seria prejudicado. No processo y, o litigante que estava na mesma situação do processo x terá a confiança tutelada, apenas porque foi julgado posteriormente, sendo prejudicado por uma demora que, na maioria das vezes, não foi por ele causada.

O mesmo problema é visto se observado do ponto de vista da parte que almeja modificar o precedente. Apenas aquele que teve o caso julgado primeiro será beneficiado, em detrimento dos demais. E, em termos de modulação de efeitos, ter apenas o aspecto “corrida à Corte” como fator para ser beneficiado pelo novo entendimento não é um elemento de *discrimen* adequado para que se tenha esse tratamento diversificado entre os litigantes³¹. Ou seja, essa forma de

28. No mesmo sentido: GHATAN, Gil J. The incentive problem with prospective overruling: a critique of the practice (September 22, 2009). *ABA Real Property, Trust and Estate Journal*, p. 24, 2010. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1477030>. Acesso em: 14 maio 2022.

29. GHATAN, Gil J. The incentive problem with prospective overruling: a critique of the practice (September 22, 2009). *ABA Real Property, Trust and Estate Journal*, p. 28, 2010. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1477030>. Acesso em: 14 maio 2022.

30. STEPHEN, Pamela J. The new retroactivity doctrine – equality, reliance and stare decisis. *Syracuse Law Review*, v. 48, p. 1.560-1.561, 1998; KÜHN, Zdenek. Towards a sophisticated theory of precedent? Prospective and retrospective overruling in the Czech legal system. In: STEINER, Eva (ed). *Comparing the prospective effects of judicial rulings across jurisdictions*. London: Springer, 2015. p. 152.

31. Sobre essa necessidade de correlação lógica entre fator de *discrimen* e a desequiparação procedida, cf.: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 37-40.

modulação acaba por gerar mais problemas do que propriamente solucionar a questão da falta de incentivo aos litigantes em buscar a evolução do direito.

O Brasil, nessa hipótese, tem mais um componente que dificulta a sua utilização. Nas causas repetitivas, inúmeros recursos são sobrestados para a espera do julgamento de apenas uma causa, que servirá de parâmetro para o julgamento das que estão sobrestadas. Ao aplicar-se essa modalidade de superação prospectiva apenas à causa utilizada como parâmetro para fixação da tese, apenas o litigante que, por acaso, teve seu caso julgado, iria se beneficiar do novo entendimento. Todas as outras causas, em tese, iriam se utilizar do anterior precedente. Trata-se de loteria.

O RE 574.706 tentou dar outra solução para essa problemática e acabou excepcionando da modulação todos os casos ajuizados até a prolação da decisão de mérito. Esse entendimento também não é imune a críticas, uma vez que poderia incentivar demasiadamente a litigância, na esperança de se beneficiar do novo precedente. Na Áustria, por exemplo, em que técnica semelhante já havia sido utilizada, a abertura do *case in point* provocou a criação de firmas especializadas em ajuizar centenas de ações idênticas perante o Poder Judiciário e requerer a instauração do incidente de inconstitucionalidade, de forma que fossem beneficiadas pelo novo precedente³².

A questão é que não há como negar a tensão existente entre a confiança dos litigantes e o incentivo a buscar a evolução do entendimento jurisprudencial.

De fato, para além da fundamentação material, os tempos possíveis de aplicação da superação prospectiva são também um grande desafio pela possibilidade de gerar situações completamente arbitrárias. *Como destaca a doutrina, não existe uma modalidade única de modulação capaz de satisfazer a todas as partes*³³. *Todas as possibilidades aventadas possuem vantagens e desvantagens*. Essa dificuldade irá exigir uma fundamentação adequada do tribunal e um cuidado no seu manejo, mas não no sentido de vedar a superação prospectiva³⁴. Se ele

32. STELZER, Manfred. *Pro futuro and retroactive effects of rescissory judgments in Austria*. In: POPELIER, Patricia; VERSTRAELEN, Sarah; VANHEULE, Dirk; VANLENBERGHE, Beatrix (ed.). *The effects of judicial decision in time*. Cambridge: Intersentia, 2014. p. 70.

33. MUÑOZ, Martín Oroco. *La creación judicial del derecho y el precedente vinculante*. Navarra: Aranzadi, 2011. p. 269.

34. Em sentido contrário, defendendo sua inadmissibilidade constitucional, uma vez que a superação prospectiva iria violar a exigência do Estado de Direito de que as regras devem ser sempre gerais em sua aplicação, evitando arbitrariedade, cf.: JURATOWITCH, Ben.

não se aplica aos litigantes do caso concreto, há diminuição do incentivo para que as partes atuem para a evolução do direito. Se ele se aplica às partes em questão, mas não aos demais, há um *discrímen* inadequado e uma corrida à Corte, uma mera loteria. Se há uma interpretação ampliando a eficácia retroativa para outros casos, há um incentivo à litigância, na medida em que as partes irão iniciar um processo judicial na esperança de serem beneficiadas por uma superação do precedente.

Todas as modalidades de superação prospectiva possuem vantagens e desvantagens. Não é possível indicar, *a priori*, uma única modalidade a ser utilizada. O que se percebe é que cada caso (e cada espécie de litigante) pode permitir uma diferente conformação da eficácia temporal. Por exemplo, enquanto litigantes repetitivos teriam maior capacidade de suportar uma eficácia temporal prospectiva pura, os litigantes eventuais não possuem essa aptidão e poderiam ser desencorajados a litigar pela mudança do precedente nessa hipótese, auxiliando a evolução do direito.

4 APLICAÇÃO DA *RATIO DECIDENDI* PARA CASOS ANÁLOGOS

Na formação do precedente, tem-se a *ratio decidendi*, que é norma jurídica que pode ser interpretada a partir da decisão. *A sua aplicação não pode ser mecânica*. Se o precedente em sentido amplo é texto, deve ser interpretado antes de ser utilizado como base para outro caso concreto. Não se pode adotar com os precedentes a mesma (errônea) solução encontrada para fundamentar as decisões com base na legislação. Não basta afirmar que, “com base no artigo x, julgo (im)precedente”, visto que se deve demonstrar por que o mencionado artigo incide na situação concreta.

No mesmo sentido, para que se demonstre que o precedente P se aplica ao caso C, não basta afirmar: “tendo em vista o precedente P do tribunal T, julgo (im)precedente”. Deve o julgador demonstrar que a situação fática se assemelha à anterior para que se verifique se o caso y está inserido no âmbito de incidência da *ratio decidendi* gerada pelo precedente anterior; do contrário,

The temporal effects of judgments in the United Kingdom. In: POPELIER, Patricia; VERS-TRAELEN, Sarah; VANHEULE, Dirk; VANLENBERGHE, Beatrix (ed.). *The effects of judicial decision in time*. Cambridge: Intersentia, 2014. p. 178.

a decisão não está fundamentada, justificada, mas apenas explicada³⁵. Não se aplica o precedente “porque sim”, mas porque há a demonstração de que aquele entendimento jurisprudencial é atual e de que a situação fática é semelhante, consoante exige o art. 489, § 1º, V, do CPC.

4.1 Os principais problemas da aplicação da *ratio decidendi* da modulação de efeitos para casos “análogos”

É pacífico na doutrina e na jurisprudência que a modulação de efeitos é uma decisão à parte daquela relativa ao mérito, sendo votada em separado. Essa decisão terá a sua própria *ratio decidendi*. A questão que pode surgir é: de que forma o precedente advindo da decisão de modulação de efeitos pode ser aplicado em outros casos?

Em relação à decisão de direito material ou processual sobre a qual decidida a modulação, tem-se a inserção, nessa decisão, de uma *cláusula de eficácia temporal*: apenas será aplicada a partir do momento x. Essa situação é simples. É basicamente o que ocorreu com a modulação da inserção ou não do ICMS na base do PIS e da Cofins: aqueles que ajuizaram a ação depois do julgamento do mérito só podem receber o valor retroativo limitado à data respectiva da análise da questão de mérito pelo STF.

Mas aqui surge o problema: a *ratio decidendi* do direito material tributário pode ser utilizada para outros tributos, impedindo que haja sua inclusão na base de cálculo de outros tributos. Essa utilização deve levar, consigo, a cláusula de eficácia temporal?

Essa discussão tem gerado, como apontado, acórdãos divergentes em tribunais regionais federais, relativos a diversas matérias que se utilizam da mesma fundamentação do direito material. Há vários problemas nessa prática.

O primeiro deles refere-se à questão da própria competência para decidir sobre a modulação de efeitos. Afinal, por regra, não cabe aos tribunais regio-

35. As razões explicativas seriam compostas de estados mentais que são antecedentes causais da decisão – porque sim –, enquanto as razões justificadoras teriam por objetivo não o entendimento de por que foi tomada a decisão, mas para avaliá-la, determinar se foi adequada segundo o direito. Consoante aponta Manuel Atienza, as decisões jurisdicionais “não precisam explicar as suas decisões; o que devem fazer é justificá-las” (ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teoria da argumentação jurídica*. 2. ed. Tradução: Maria Cristina Guimarães Cupertino. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 6-7).

nais federais a decisão sobre a eficácia temporal do precedente, porque não cabe a eles fixar/superar os precedentes, não se podendo também ignorar que a concessão desse poder implica eventual existência de vários âmbitos de eficácias temporais na competência de cada tribunal.

No entanto, o pior problema ocorre pelas exigências particulares para a decisão sobre a eficácia temporal do precedente. Conforme indicado nos itens anteriores, são vários os requisitos para decidir sobre o cabimento da modulação de efeitos, e mais ainda são as modalidades de eficácias temporais. E todos esses elementos são dependentes de particularidades da decisão, tais como: (i) a decisão foi surpreendente?; (ii) houve atuação de boa-fé dos jurisdicionados?; (iii) quais os prejuízos que podem ser gerados pela eficácia retroativa? (iv) qual a modalidade de modulação temporal? Existem litigantes repetitivos?

Para visualizar esses questionamentos, parte-se justamente da decisão de modulação no RE 574.706. Os principais argumentos utilizados pelo STF para acolher a tese da modulação foram: (i) até o julgamento do RE 574.706, o “planejamento fazendário deu-se dentro de legítimas expectativas traçadas de acordo com a interpretação até então consolidada pelo Superior Tribunal de Justiça”; (ii) a superação do STF geraria, dessa forma, surpresa ao Poder Público, mesmo levando em consideração a decisão no RE 240.785, porque a própria Corte teria se recusado à concessão de eficácia obrigatória à decisão; (iii) a constatação dos enormes prejuízos financeiros ao Estado, calculados em torno de R\$ 256 bilhões, que poderia gerar riscos ao equilíbrio-financeiros estatal; (iv) o tributo a maior já teria sido repassado ao consumidor; (v) identificou-se que 78% das ações que envolviam o tema foram ajuizadas depois do julgamento do mérito do RE 574.706³⁶.

Para além disso, ainda houve a decisão sobre a forma de modulação. Embora o debate não tenha sido aprofundado, é possível presumir que um dos fundamentos para permitir ampla retroatividade para quem já havia ajuizado a ação no momento do julgamento de mérito, mas limitar a data para os que ajuizaram depois decorre da constatação de que a grande maioria das ações só veio depois da decisão de mérito.

É perceptível a quantidade de particularidades que envolvem a decisão de modulação de efeitos. Uma coisa é aplicar analogicamente a *ratio decidendi* da

36. Para uma análise aprofundada desse precedente, cf.: PEIXOTO, Ravi. Reflexões a partir da modulação de efeitos da tese tributária do século: o recurso extraordinário 574.706 e a inserção do ICMS na base de cálculo do PIS e Cofins. *Revista dos Tribunais*, v. 1.034, dez. 2021.

questão tributária, por exemplo, excluindo o ISS da base de cálculo do PIS/Cofins. A fundamentação constitucional é a mesma. *Outra coisa, completamente diferente, é aplicar a tese de direito material e trazer, em conjunto, o tema da modulação de efeitos.* Os casos de direito material que tenham a decisão de mérito baseada no RE 574.706 possuem suas particularidades: não possuem a mesma estabilidade em termos jurisprudenciais, não geram os mesmos efeitos financeiros, dentre outras diferenças.

De forma resumida, a *ratio decidendi* da modulação de efeitos do RE 574.706 não se aplica automaticamente a outras situações, porque elas são diferentes. Em outros termos, o precedente *da modulação* tem fundamentos diferentes do precedente *de direito material ou processual que foi modulado*. A base constitucional para considerar que o ICMS não pode fazer parte da base de cálculo do PIS/Cofins é uma; o fundamento para modulação do precedente é totalmente diferente.

Os precedentes das modulações de efeitos são úteis no sentido de irem formando uma compreensão, por parte da Corte, de quais são os requisitos para a modulação, mas não são aptos a serem aplicados de forma automática nas situações em que o precedente de direito material for aplicado.

Nada impede que o STF, ao ser confrontado com a análise de temas que sejam assemelhados ao que foi decidido no RE 574.706, opte por também fazer a modulação. Não há vedação a que o STF, *mirando nas condições fáticas do julgamento*, por exemplo, do ISS na base de cálculo do PIS/Cofins, compreenda que, a partir do julgamento de mérito do RE 574.706, deixou de haver uma base de confiança da União para manter a forma de cálculo que incluía o ISS na base de cálculo do PIS/Cofins. Em outros termos, que aplique a mesma modulação do RE 574.706, mas não porque o direito material é semelhante.

É possível conceber que o STF se utilize do precedente da modulação de efeitos no RE 574.706 em uma matéria de direito administrativo, tendo em vista que a situação fática do *precedente* é semelhante. Ou seja, o direito material pode ser completamente diferente, mas as razões para a modulação podem ser equivalentes: há superação surpreendente do precedente, haverá considerável prejuízo pela aplicação retroativa etc.

Sempre haverá a exigência de verificar se, para outras situações de direito material, há justificativa para modular e, mais ainda, de que forma. Pode ser que a Corte entenda que não havia precedente anterior sobre a matéria, não havendo

justificativa para modulação; pode ser que ela entenda que há efetiva superação surpreendente e que há justificção para uma modulação a termo, dados os valores envolvidos. Enfim, são muitas as variáveis, não havendo simples repetição da modulação de efeitos.

5 CONCLUSÃO

O RE 574.706 é, efetivamente, a tese do século tributária. No entanto, de certa forma, também pode ser tida como a tese do século para o tema da superação prospectiva de precedentes, pois inúmeros têm sido os desenvolvimentos ocorridos a partir da decisão nesse caso.

No presente texto, o objetivo foi o de verificar de que forma a modulação de efeitos realizada no RE 574.706 pode ser aplicada a casos semelhantes, o que já tem ocorrido no TRF da 5ª Região. A conclusão é a de que não é possível, por parte dos juízes inseridos hierarquicamente abaixo do STF, a utilização da *ratio decidendi* da modulação no caso do ICMS na base de cálculo do PIS/Cofins para outros tributos, a exemplo do ISS.

Há vários problemas: (i) a ausência de legitimidade dos tribunais regionais federais para modular precedentes sobre legislação nacional; (ii) a impossibilidade de transplante automático da *ratio decidendi* da modulação de efeitos de um direito material para outro. Por mais que seja possível aplicar a *ratio decidendi* de direito material do ICMS na base de cálculo do PIS/Cofins para outros tributos, o mesmo não se pode dizer da sua eficácia temporal. Para que haja alteração da eficácia temporal do precedente, exigem-se muitas particularidades, que impedem que a aplicação da *ratio decidendi* de direito material esteja atrelada à eficácia temporal de outros tributos.

Sempre há necessidade de identificação dos requisitos para a modulação de efeitos em cada caso de direito material. A *ratio decidendi* do direito material é diferente da *ratio decidendi* acerca da eficácia temporal do precedente.

Assim, caso aplicada a *ratio decidendi* do RE 574.706 para outros tributos, não cabe aos tribunais regionais federais a modulação dos seus efeitos, tendo, assim, eficácia retroativa. Essa competência pertence apenas ao STF, que deverá, em cada situação, verificar se estão satisfeitos os pressupostos para a realização de modulação de efeitos.

6 REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. *Discrecionariiedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: RT, 2014.

ALVIM, Teresa Arruda. *Modulação na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes*. São Paulo: RT, 2019.

ANDRADE, Fábio Martins de. *Modulação em matéria tributária: o argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico e as decisões do STF*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de. *A construção da federação brasileira pela jurisdição constitucional: um estudo sobre a utilização do princípio da simetria na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2008.

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal*. Curitiba: Juruá, 2012.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teoria da argumentação jurídica*. 2. ed. Tradução: Maria Cristina Guimarães Cupertino. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

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

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 37-40.

BARROS, Lucas Buril de Macêdo. *Os precedentes judiciais no sistema jurídico brasileiro*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2014.

BARROS, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2015.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais: competência dos tribunais superiores para fixá-la – questões co-*

nexas. In: FERRAZ JR., Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. 2. ed. Barueri: Manole, 2009.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. As causas repetitivas e a necessidade de um regime que lhes seja próprio. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre*, v. 25, n. 2, jul./dez. 2009.

EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. London: Harvard University Press, 1998.

FERRAZ JR. Tercio Sampaio. Normas gerais e competência concorrente: uma exegese do art. 24 da Constituição Federal. *Revista da Faculdade de Direito, São Paulo*, v. 90, 1995.

GALANTER, Marc. Afterword: explaining litigation. *Law and Society*, v. 9, 1975.

GALANTER, Marc. Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change. Disponível em: <http://marcgalanter.net/Documents/papers/WhytheHavesComeOutAhead.pdf>. Acesso em: 15 maio 2022.

GHATAN, Gil J. The incentive problem with prospective overruling: a critique of the practice (September 22, 2009). *ABA Real Property, Trust and Estate Journal*, 2010. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1477030>. Acesso em: 14 maio 2022. POPELIER, Patricia; VERSTRAELEN, Sarah; VANHEULE, Dirk; VANLENBERGHE, Beatrix (ed.). *The effects of judicial decision in time*. Cambridge: Intersentia, 2014.

JURATOWITCH, Ben. The temporal effects of judgments in the United Kingdom. In: POPELIER, Patricia; VERSTRAELEN, Sarah; VANHEULE, Dirk; VANLENBERGHE, Beatrix (ed.). *The effects of judicial decision in time*. Cambridge: Intersentia, 2014.

KAY, Richard S. Retroactivity and prospectivity of judgments in American law. In: STEINER, Eva (ed). *Comparing the prospective effects of judicial rulings across jurisdictions*. London: Springer, 2015.

KÜHN, Zdenek. Towards a sophisticated theory of precedente? Prospective and retrospective overruling in the Czech legal system. In: STEINER, Eva (ed). *Comparing the prospective effects of judicial rulings across jurisdictions*. London: Springer, 2015.

LEONCY, Léo Ferreira. *Controle de constitucionalidade estadual*. São Paulo: Saraiva, 2007. [versão digital].

MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução: Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MILLET, François-Xavier. Temporal effects decisions in France. In: POPELIER, Patricia; VERSTRAELEN, Sarah; VANHEULE, Dirk; VANLENBERGHE, Beatrix (ed.). *The effects of judicial decision in time*. Cambridge: Intersentia, 2014.

MUÑOZ, Martín Oroco. *La creación judicial del derecho y el precedente vinculante*. Navarra: Aranzadi, 2011.

NERY JR., Nelson. Boa-fé objetiva e segurança jurídica – eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo tribunal superior. In: FERRAZ JR., Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. 2. ed. Barueri: Manole, 2009.

PEIXOTO, Ravi. Reflexões a partir da modulação de efeitos da tese tributária do século: o recurso extraordinário 574.706 e a inserção do ICMS na base de cálculo do PIS e Cofins. *Revista dos Tribunais*, v. 1.034, dez. 2021.

SAGAN, Adam. Changing the case law pro future – a puzzle of legal theory and practice. In: STEINER, Eva. (ed.). *Comparing the prospective effect of judicial rulings across jurisdictions*. Heidelberg: Springer, 2015.

SILVA, Franklin Roger Alves. *Modulação temporal da jurisprudência*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

STELZER, Manfred. *Pro futuro* and retroactive effects of rescissory judgments in Austria. In: POPELIER, Patricia; VERSTRAELEN, Sarah; VANHEULE, Dirk; VANLENBERGHE, Beatrix (ed.). *The effects of judicial decision in time*. Cambridge: Intersentia, 2014.

STEPHEN, Pamela J. The new retroactivity doctrine – equality, reliance and stare decisis. *Syracuse Law Review*, v. 48, 1998.

TARUFFO, Michele. Institutional factors influencing precedents. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (ed.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Dartmouth, 1997.