UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação em Direito

HENRIQUE PERLATTO MOURA

O HORIZONTE TEMPORAL INTERNO DO SISTEMA JURÍDICO E MODULAÇÃO DOS EFEITOS DECISÓRIOS: O PODER JUDICIÁRIO POSSUI LIVRE CONTROLE DE SEU PRÓPRIO TEMPO?

BELO HORIZONTE
2026

HENRIQUE PERLATTO MOURA

O HORIZONTE TEMPORAL INTERNO DO SISTEMA JURÍDICO E MODULAÇÃO DOS EFEITOS DECISÓRIOS: O PODER JUDICIÁRIO POSSUI LIVRE CONTROLE DE SEU PRÓPRIO TEMPO?

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito.

Linha de pesquisa: Poder, Cidadania e Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito.

Área de estudo: P-01 - Justiça Tributária e Segurança Jurídica.

Orientação: Dr. Onofre Alves Batista Júnior

BELO HORIZONTE
2026

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Meire Queiroz - CRB-6/2233.

Moura, Henrique Perlatto
M929h O horizonte temporal interno do sistema jurídico e modulação dos efeitos decisórios [manuscrito] : o Poder Judiciário possui livre controle de seu próprio tempo? / Henrique Perlatto Moura. - 2026.

Orientador: Onofre Alves Batista Júnior.
Tese (doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

1. Direito tributário - Teses. 2. Segurança jurídica - Teses. 3. Teoria dos sistemas - Teses. 4. Paradoxos - Teses. 5. Poder judiciário - Teses. I. Batista Júnior, Onofre Alves. II. Universidade Federal de Minas Gerais - Faculdade de Direito. III. Título.

CDU: 336.2

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

ATA DA DEFESA DE TESE DO ALUNO

HENRIQUE PERLATTO MOURA

Realizou-se, no dia 20 de março de 2026, às 14:00 horas, na Faculdade de Direito, da Universidade Federal de Minas Gerais, a defesa de tese, intitulada *O HORIZONTE TEMPORAL INTERNO DO SISTEMA JURÍDICO E MODULAÇÃO DOS EFEITOS DECISÓRIOS: O PODER JUDICIÁRIO POSSUI LIVRE CONTROLE DE SEU PRÓPRIO TEMPO?*, apresentada por HENRIQUE PERLATTO MOURA, número de registro 2022651027, graduado no curso de DIREITO, como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em DIREITO, à seguinte Comissão Examinadora: Prof(a). Onofre Alves Batista Junior - Orientador (UFMG), Prof(a). Ulisses Schwarz Viana (Instituto de Direito Público), Prof(a). André Mendes Moreira (USP), Prof(a). Marcio Luis de Oliveira (UFMG), Prof(a). Misabel de Abreu Machado Derzi (UFMG).

A Comissão considerou a tese:

(X) Aprovada, tendo obtido a nota (96 – noventa e seis).

( ) Reprovada

Finalizados os trabalhos, lavrei a presente ata que, lida e aprovada, vai assinada por mim e pelos membros da Comissão.
Belo Horizonte, 20 de março de 2026.

Onofre Alves Batista Junior:53149270634 Assinado de forma digital por Onofre Alves Batista Junior:53149270634 Dados: 2026.03.20 17:16:46 -03'00'

Prof(a). Onofre Alves Batista Junior (Livre-docente; Doutor) Nota: 96

ASSINADO DIGITALMENTE ULISSES SCHWARZ VIANA A conformidade com a assinatura pode ser verificada em: https://serpro.gov.br/assinador-digital Serpro

Prof(a). Ulisses Schwarz Viana (Doutor) Nota: 96

ANDRE MENDES MOREIRA 04013973600 Data: 24/03/2026 10:23 Verifique em https://validar.iti.gov.br/ Assinado digitalmente via whom.doc9

Prof(a). André Mendes Moreira (Livre-docente; Doutor) Nota: 96

gov.br Documento assinado digitalmente MARCIO LUIS DE OLIVEIRA Data: 23/03/2026 17:12:43-0300 Verifique em https://validar.iti.gov.br

Prof(a). Marcio Luis de Oliveira (Doutor) Nota: 96

MISABEL DE ABREU MACHADO DERZI:13010867620 Assinado de forma digital por MISABEL DE ABREU MACHADO DERZI:13010867620 Dados: 2026.03.24 10:42:56 -03'00'

Prof(a). Misabel de Abreu Machado Derzi (Doutora) Nota: 96

AGRADECIMENTOS

Muito se ouve sobre a jornada em um trabalho de doutorado ser solitária. Para o bem da verdade, a negatividade da reflexão se aflora nas pausas, nas ausências, sendo inevitável a solitude para que esta se manifeste em seu mais profundo estágio. Mas a jornada é feita, primeiro, de sonhos, ideias que inspiram vontade de trilhar até os caminhos mais sinuosos, com um objetivo de realização que, no mais das vezes, se volta ao brilho da própria caminhada. Também por isso, a jornada é feita de encontros e acasos, amizades e boas prosas, que podem muito bem transformar esse árido descampado em um jardim de belas recordações.

O primeiro agradecimento dedico aos meus professores. Figuras quase mitológicas que, desde que consigo me lembrar por gente, sempre inspiraram a continuidade dos sonhos. Muito mais que um título, ser professor é assumir um papel social na busca pela construção de saberes que podem ou não serem compartilháveis ao final. Talvez pela assimetria da construção, que no mais das vezes é mais relevante para o aluno que para o professor, há uma desigualdade de importância do aluno para o professor, que é um entre muitos, quando comparado ao professor, que é único para o aluno – o que não desqualifica a natureza recíproca do aprender com o outro.

Agradeço, portanto, a todos os professores que me acompanharam e a ainda me acompanham nesta trajetória, fontes de inspiração e questionamentos que me guiaram até a realização que é escrever uma tese de doutorado.

Mas inspirar só não faz jornada, sendo certo que o mais relevante são os encontros – e eventuais desencontros –, que se manifestaram nesta trajetória.

Semanas antes da minha defesa da dissertação, tive a oportunidade de conhecer a Fernanda Andrade Azevedo, quem compartilha desde então das cores e dores dessa trajetória e, sem dúvida, aplacou muito da solidão inerente à escrita de uma tese de doutorado. Com ela foi possível a construção de um lar com muito amor e carinho, somado das ferinhas Poirot e Agatha, que acompanharam ainda mais de perto a escrita – até apagando alguns parágrafos inadvertidamente enquanto se sentavam no teclado.

Finalizado o mestrado, um encontro inesperado com um anúncio de vaga para trabalhar em sua equipe em um escritório de ponta de direito tributário fez com que, deste acaso da vida, eu tivesse a oportunidade de dedicar 3 anos ao contencioso, com diversos de seus nuances. Agradeço a Victor Tavares de Castro e toda a equipe

do escritório Ayres Westin Advogados, em especial aos sócios Gilberto Ayres Moreira, Fernando Westin Marcondes Pereira e ao colega Pedro Cota Almeida, que me acolheram e me incentivaram a trilhar este caminho, quando ainda não pensava que ele seria possível.

Agradeço ao Professor Onofre Alves Batista Júnior a acolhida junto à UFMG, bem como as sugestões e contribuições que foram dadas ao longo deste processo. Também agradeço ao professor André Mendes Moreira que, além de brilhante professor, confiou em mim para compor uma primeira lista tríplice para ocupar uma vaga de Conselheiro no CARF, embora naquela ocasião não tive o privilégio de ser o escolhido. Agradeço também à professora Misabel Derzi, professor Valter Lobato e Thomas Bustamante, que contribuíram cada qual à sua maneira na condução do meu pensamento e das minhas reflexões nas disciplinas que cursei junto ao programa.

Por fim, mas não menos importante, agradeço aos amigos que tive a oportunidade de encontrar nesta caminhada acadêmico-profissional. Primeiro, agradeço à Ana Carolina Barbosa, que em uma prosa em uma crise profissional vivenciada à época, confiou em mim para que pudesse ter uma segunda oportunidade de compor o CARF, vez que sagrou exitosa. Para a viabilização desta jornada, agradeço especialmente à Ludmila Mara Oliveira, que confiou em mim e no meu trabalho antes mesmo de me conhecer. Além disso, agradeço ao colega de representação Roberto Junqueira, que se tornou um amigo que acompanhou de perto esta batalha. Ainda nesta jornada, tive a oportunidade de encontrar Thiago Feital, amigo este que para além de se deixar incomodar pelas minhas divagações, também comentou a versão final do trabalho e propôs ajustes, diversos dos quais foram realizados antes mesmo do depósito.

É claro que estes foram apenas alguns dos inúmeros encontros que tive ao longo deste período, que antecede o meu ingresso no programa no ano de preparação e engloba esta janela de 4 anos que se encerra com a defesa da tese. Guardarei com carinho as memórias dessa trajetória de encontros que, certamente, fizeram de mim um ser humano melhor e mais feliz.

A todos os envolvidos, o meu sincero muito obrigado!

RESUMO

A modulação dos efeitos decisórios tem sido cada vez mais utilizada pelos tribunais para a racionalização de seus precedentes. Isso pode ser atribuído a um movimento de fortalecimento de mecanismos de controle concentrado de constitucionalidade em detrimento do direito litigado em lides individuais, bem como a um fechamento dos tribunais para a análise do direito difuso quando este cause impactos para a coletividade. Não obstante o aumento de decisões proferidas pela corte, sobretudo em matéria tributária, não é possível apurar uma densificação argumentativa em torno dos principais pontos balizadores da modulação. Os marcos fixados pelo tribunal partem de um padrão que foi firmado sem uma reflexão profunda, além de excepcionarem as ações ajuizadas até determinado marco. A hipótese que se pretende testar é de que não há uma reflexividade do tribunal no tocante à densificação dos critérios para a modulação, o que leva a corte a reiteradamente tomar decisões anti-isonômicas, que limitam o direito de diversos jurisdicionados por uma norma criada pelo tribunal em momento posterior à tomada de decisão. Essa decisão é tomada com base em parâmetros que se distanciam da lide original e, pelo seu alto grau de abstração, acabam implicando na adoção de um código de preferibilidade com relação aos efeitos que a corte deseja manter, ao alvedrio do código jurídico – o que evidencia uma aproximação da decisão de modulação com uma política pública tributária que reparte os ônus de financiamento estatal de forma anti-isonômica. Isso, sobretudo, pelo critério padrão empregado pela corte ter sido o ajuizamento de ações antes de determinada data, o que não encontra amparo na Constituição. Inclusive, este marco tem sido revisto pelos tribunais superiores, como se percebe do debate travado no julgamento do Tema de Repercussão Geral nº 985, o que evidencia a necessidade de melhor densificar os critérios para a realização da modulação de efeitos e as consequências de sua utilização. A modulação dos efeitos respeitaria a isonomia caso se preservasse a segurança jurídica subjetiva mediante a dissolução de uma antinomia criada pelo próprio direito, sob pena de a decisão judicial criar um paradoxo no sistema do direito. Assim, pretende-se responder as seguintes perguntas: qual o limite da tutela jurídica quando esta se contrapõe à racionalização sistêmica do direito? O critério utilizado pelo STF na modulação dos efeitos decisórios atende ao princípio da isonomia? Há uma densificação clara dos marcos empregados pela corte na realização da modulação e indícios de estabilidade da jurisprudência?

Mediante análise de posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais com enfoque na modulação de efeitos decisórios em matéria tributária e de alteração do paradigma de proteção da tutela individual em prol da coletiva, pretende-se demonstrar que a equalização da proteção aos direitos individuais pode se dar pela proteção da segurança jurídica subjetiva, isto caso ocorra uma mudança cultural na concessão de tutelas liminares em matéria tributária em favor dos contribuintes afetados por comandos ilegais ou inconstitucionais.

Palavras-chave: modulação de efeitos; isonomia; teoria dos sistemas; paradoxo; segurança jurídica subjetiva.

ABSTRACT

The modulation of judicial effects has been increasingly employed by courts as a means of rationalizing their precedents. This trend can be attributed to a strengthening of mechanisms of concentrated constitutional review at the expense of rights litigated in individual disputes, as well as to a growing reluctance of courts to address diffuse rights when they do not directly impact the collective sphere. Notwithstanding the rise in the number of decisions rendered by the court—particularly in tax matters—it is not possible to identify a corresponding argumentative densification regarding the main guiding criteria of modulation. The benchmarks established by the court derive from a standard that was adopted without deeper reflection and that, moreover, exempts actions filed up to a certain cutoff date. The hypothesis to be tested is that the court lacks reflexivity in densifying the criteria for modulation, which leads it to repeatedly issue anti-egalitarian decisions that restrict the rights of several litigants based on a rule created by the court after the original decision was rendered. Such decisions are grounded on parameters that depart from the original dispute and, due to their high level of abstraction, result in the adoption of a preferential code regarding the effects the court seeks to preserve, at the expense of the legal code itself. This reveals an approximation between modulation decisions and a form of tax public policy that distributes the burdens of state financing in an anti-egalitarian manner. This is particularly evident given that the standard criterion employed by the court has been the filing of lawsuits before a specific date, which finds no support in the Constitution. Indeed, this benchmark has been revisited by higher courts, as illustrated by the debate in the judgment of General Repercussion Theme nº 985, underscoring the need to better densify the criteria for effect modulation and the consequences of its use. The modulation of effects would respect equality if subjective legal certainty were preserved through the dissolution of an antinomy created by the legal system itself; otherwise, the judicial decision risks generating a paradox within the legal system. Accordingly, this study seeks to answer the following questions: what are the limits of legal protection when it conflicts with the systemic rationalization of law? Does the criterion used by the Federal Supreme Court in modulating judicial effects comply with the principle of equality? Is there a clear densification of the benchmarks employed by the court in effect modulation and evidence of jurisprudential stability? Through the analysis of doctrinal and jurisprudential positions focusing on the modulation of judicial

effects and on the shift from individual to collective protection paradigms, this paper aims to demonstrate that the equalization of protection for individual rights may be achieved through the safeguarding of subjective legal certainty—provided that a cultural shift occurs in the granting of interim relief in tax matters in favor of affected taxpayers.

Keywords: modulation of effects; equality; systems theory; paradox; subjective legal certainty**.**

Lista de siglas ou abreviações

ADI	Ação Declaratória de Inconstitucionalidade
CARF	Conselho Administrativo de Recursos Fiscais
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Código de Processo Civil
CTN	Código Tributário Nacional
DRJ	Delegacia Regional de Julgamento
ICMS	Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação
LINDB	Lei de introdução ao Direito Brasileiro
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUS	Sistema Único de Saúde
TUSD	Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica
TUST	Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 14

2 A MODULAÇÃO DE EFEITOS DECISÓRIOS: PANORAMA GERAL PARA A COMPREENSÃO DO PROBLEMA 23

2.1 A modulação dos efeitos decisórios e sua contextualização à luz do paradigma jurídico 24

2.1.1 A subsunção do mérito a aspectos processuais 24

2.1.2 A complexificação da sociedade e do sistema do direito 25

2.1.3 A modulação de efeitos decisórios e a sua relação com a passagem do Estado Legislativo para o Estado Constitucional 27

2.1.4 Atuação positiva do Poder Judiciário para suprir uma deficiência dos demais poderes 31

2.2 A ingerência do Poder Judiciário na regulação social pela abertura axiológica da constituição 55

2.2.1 Considerações sobre o ativismo judicial 55

2.2.2 Impacto do argumento moral na definição da lide: a supressão do paradigma normativo em prol da ponderação valorativa 61

2.3 A desigualdade e a legitimidade das políticas públicas tributárias 68

2.3.1 Política pública e desigualdade 68

2.3.2 A crise do Estado Pós Providência e a intervenção do Poder Judiciário 72

2.3.3 O poder de agenda na alocação dos recursos sociais e a política pública realizada pela decisão judicial que reparte o ônus de custeio 78

2.3.4 O impacto orçamentário e seu papel na delimitação da lide da modulação 81

2.3.5 A prevalência da tutela coletiva sobre a individual 86

2.3.6 A desigualdade na política pública conduzida pelo Poder Judiciário 90

2.4 Modulação dos efeitos, ativismo judicial e crises sociais 97

2.4.1 O aumento da utilização da modulação e as crises sociais 97

2.4.2 O paradoxo decorrente de a modulação simultaneamente visar a proteção individual e racionalização jurídica 99

2.4.3 A dificuldade de densificação normativa tendo como base o valor: risco de colonização do mundo da vida 106

2.4.4 O valor e a modulação: o risco de se restringir a tutela por uma preferência do julgador 113
2.5 Estrutura da norma enunciada pela decisão judicial e o problema da hiperintegração do direito 116
3 MODULAÇÃO DE EFEITOS: UM OLHAR SISTEMÁTICO DOS REQUISITOS PARA SUA APLICAÇÃO 128
3.1 A modulação de efeitos decisórios: Uma contextualização da jurisprudência dos tribunais superiores 128
3.2 Análise da jurisprudência dos tribunais superiores 135
3.2.1 Primeiro bloco jurisprudencial: as primeiras aplicações do instituto de modulação de efeitos decisórios até o ano de 2019 138
3.2.2 Segundo bloco jurisprudencial: A proliferação de decisões e o alargamento do "padrão" decisório 147
3.2.3 Considerações e reflexões acerca das modulações realizadas até 2022 168
3.2.4 Considerações sobre a jurisprudência mais recente dos tribunais superiores em matéria tributária (2022-2025) 171
3.3 Segurança jurídica 180
3.3.1 A densificação da segurança jurídica objetiva e subjetiva 180
3.3.2 Segurança jurídica objetiva: estabilidade das estruturas de sentido sociais 189
3.3.3 Segurança jurídica subjetiva: uma revolução em sua conceituação? 194
3.3.4 A reflexividade jurídica e a modulação de efeitos decisórios 198
3.3.5 Uma tentativa de conciliação da proteção da segurança jurídica objetiva e subjetiva: A necessidade de uma mudança de cultura institucional 204
3.4 Excepcional interesse social 219
3.5 Do argumento consequencialista e o seu papel na delimitação da lide . 232
3.5.1 Artigo 20 da LINDB 236
3.5.2 Artigo 21 da LINDB 241
3.5.3 Artigo 22 da LINDB 245
3.5.4 Artigo 23 da LINDB 246
3.5.5 Artigo 24 da LINDB 248

3.5.6 Considerações acerca da proteção adicional proporcionada pela consideração das consequências.....249
3.6 Natureza “autônoma” da decisão de modulação dos efeitos decisórios. 253
3.7 Controle concentrado e difuso de constitucionalidade: duas vozes dissonantes 261
4 O SISTEMA JURÍDICO: CONSISTÊNCIAS E PARADOXOS.....270
4.1 Autopoiese, reflexividade, reflexão e sentido 270
4.1.1 O fechamento operativo do sistema do direito 270
4.1.2 A comunicação jurídica e os níveis de autorreferência do sistema 273
4.1.3 Os níveis de autorreferência e seu papel na construção de sentido 278
4.1.4 O fechamento operativo como *hiperciclo*: a influência das comunicações proferidas na estrutura de construção de sentido sistêmico.....281
4.1.5 Modulação de efeitos decisórios como auto-regulação do hiperciclo de sentido jurídico 284
4.1.6 A autoprodução jurídica como fechamento do hiperciclo: o controle do sistema do direito dos seus próprios elementos.....286
4.1.7 Autonomia e desdiferenciação funcional.....288
4.2 O tempo do direito: o regresso material pela tematização do risco.....291
4.3 Tematização do risco e a legitimação da decisão pela consequência: Um problema no nível do código 296
4.4 A argumentação jurídica e o seu papel na definição da tutela jurisdicional 302
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS 310
REFERÊNCIAS.....313

1 INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 inaugurou um novo paradigma constitucional no Brasil, questão que reverberou e ainda reverbera impactos no sistema jurídico brasileiro. Um dos maiores impactos de seu advento foi o fortalecimento da compreensão que há uma força normativa que emana do texto constitucional, questão corroborada com a abertura dos legitimados para a propositura de ações de controle concentrado de constitucionalidade. Aproximadamente após 20 anos de sua promulgação, o Ministro Gilmar Mendes (2009) chega a afirmar que o controle concentrado passou a prevalecer no âmbito do STF quando comparado ao Recurso Extraordinário. Isso não se trata de uma questão isolada e decorre, em verdade, de um movimento de concentração de poder e racionalização do Poder Judiciário em um contexto de crises sociais crescentes com relação aos demais poderes, bem como pelo excesso de comunicações proporcionado pelo advento das tecnologias de comunicação.

A proliferação de demandas judiciais é uma marca do excesso de litigiosidade da sociedade brasileira, dado que o Poder Judiciário está sempre aberto para responder às demandas sociais e solucionar os conflitos advindos da vida em coletividade. Como destaca o Ministro Luiz Roberto Barroso, há um lado positivo deste excesso de litigiosidade, dado que, “se a população recorre ao Judiciário é porque acredita que o Judiciário pode resolver os seus problemas, sinal que desperta confiança”, como destacado pelo portal do CNJ (BRASIL, 2024). O problema é que a tal força normativa prevista na Constituição de 1988 passou a legitimar que o Judiciário paulatinamente tomasse o palco que antes era assegurado ao Legislativo, pela utilização de valores abstratos para a construção dos consequentes normativos, não raro sem amparo nos textos positivados.

Essa questão foi bem experimentada no direito brasileiro com a experiência da judicialização da saúde, em que o Poder Judiciário passou a atuar ativamente para materializar as políticas públicas de saúde pela concessão de medicamentos àqueles que os pediam judicialmente – o que passou a ensejar diversas demandas predatórias ilegítimas que prejudicavam a capacidade do sistema de saúde prestar o mínimo àqueles que mais precisam, questão que será aprofundada ao longo deste capítulo. Esse movimento levou a um fortalecimento da carga informacional disponível ao julgador para que, com informações de qualidade, pudesse tomar decisões que, ao

menos do ponto de vista médico-científico, tinham validade – ainda que aspectos orçamentários não fossem objeto de grande reflexão.

Ocorre que a experiência da judicialização no Brasil é mais abrangente e afeta outras áreas do direito. A escalada crescente de litigiosidade, inclusive, motivou que o CPC de 2015 reafirmasse expressamente a autoridade dos precedentes no sistema jurídico brasileiro e facilitasse a realização da modulação de efeitos pelo STF quando houver mudança de jurisprudência, além de ter ampliado o rol de legitimados para sua realização. Este fenômeno passou a legitimar inúmeras modulações realizadas pela corte tomando como base critérios distintos, mesmo quando se está diante de hipóteses que não justificariam mudanças muito criativas, como se verifica com a alteração de jurisprudência. Em verdade, o que se verifica é que a possibilidade [excepcional] de se modular os efeitos não veio acompanhada de uma densificação argumentativa correspondente, de modo que não se sabe com clareza quais os motivos levam as cortes superiores a decidir com base na análise das decisões proferidas.

Gradativamente as cortes têm incorporado novas restrições à fruição da tutela pelo jurisdicionado sem que uma semântica clara em torno dos conceitos jurídicos autorizativos da realização da modulação de efeitos decisórios seja consolidada. Com isso, não há estabilidade quanto à densificação dos conceitos que orientam a sua aplicação. No início, a modulação era tomada com a exclusão dos processos ajuizados até a data de julgamento de mérito, com pontuais desvios, mas a justificativa deste marco não era claramente explicitada pela corte. Foi a recursividade em torno deste marco que o elevou à categoria de uma jurisprudência tradicional, ainda que seja excepcionado à luz da pluralidade de casos concretos submetidos a apreciação. Não obstante, com o aumento da litigância e incremento da intervenção do Poder Judiciário nas esferas do Executivo e Legislativo no papel de condução da sociedade, há uma tentativa cada vez maior de que ocorra o esvaziamento dos efeitos da tutela judicial já reconhecida, ao menos para parte dos jurisdicionados – questão intermediada pela modulação dos efeitos decisórios. Com isso, a utilização deste instrumento faz com que a intervenção do Poder Judiciário na concessão da tutela leve em conta os impactos para o restante da sociedade e, ao se evidenciar que as consequências seriam indesejáveis, ocorra a neutralização de parte desta – tudo em nome da proteção em grau maior da Constituição.

Isso evidencia que se operou o movimento de transição do Estado Legislativo para o Estado Constitucional, delineado por Daniel Mitidiero (2015), em que as decisões judiciais em torno da modulação passam a se orientar por um código de preferibilidade. Isso, sobretudo, ante a constatação de que a corte: não densifica à luz dos bens jurídicos tutelados os motivos que a levam a modular; não justifica com clareza os motivos que levam à delimitação do marco que foi utilizado; não justifica o critério de *discrímen* entre contribuintes em uma mesma situação que legitime o tratamento desigual. Além de a restrição ser arbitrariamente imposta a alguns, percebe-se uma tendência nos debates travados pelos Ministros tanto no STJ como no STF de que o marco a ser adotado para contenção da macro litigância seja o da data de afetação – ponto que pode agravar a fragmentação da tutela proporcionada pelo instituto de modulação dos efeitos.

É importante não olvidar que a decisão judicial que enuncia o direito é a norma jurídica individual e concreta que vale para um determinado caso, sendo que uma norma enunciada que vale para toda uma coletividade se aproxima muito mais da norma abstrata produzida pelo Poder Legislativo. Não por outro motivo, torna-se necessário adensar a proteção do jurisdicionado contra as alterações de entendimento, o que inclusive pode beneficiar o Estado pela consideração da perspectiva de uma segurança jurídica estrutural que pode ser denominada de objetiva. Esse ponto implica em um avanço com relação à doutrina tradicional cunhada em matéria de modulação de efeitos decisórios que limitava o escopo da segurança jurídica ao jurisdicionado, pois o Estado soberano é parte componente das estruturas de poder – como destaca DERZI (2009a), embora a autora reconheça a possibilidade de se preservar a expectativa orçamentária em favor do ente público para manutenção das prestações essenciais.

Assim, em paralelo à segurança jurídica subjetiva, tem-se uma segurança jurídica objetiva que decorre dos próprios pronunciamentos emanados pelo tribunal refletidos à luz de sua historicidade. Ademais, reflete-se que há um conteúdo mínimo de segurança jurídica no relevante interesse social na delimitação do impacto orçamentário como forma de paralização dos serviços essenciais como argumento legítimo para a modulação de efeitos decisórios, dado que se reportaria ao interesse daqueles afetados pela lide, mas que não a compuseram.

Seria dizer: há uma segurança jurídica que olha para dentro do sistema e para os jurisdicionados em lide, preservando-se as expectativas da historicidade do tribunal

e expectativas legítimas da parte e, há uma segurança jurídica para fora, que contempla aqueles jurisdicionados impactados pela lide, mas que não a compõem. Esse avanço poderia melhor densificar os critérios para modulação de efeitos no futuro com base na segurança jurídica e relevante interesse social, de modo que as hipóteses de modulação sejam decorrentes da aplicação de conceitos jurídicos distintos, como ocorre com algumas decisões de modulação que os empregam sem distinção, como critérios alternativos (“motivos de relevante interesse social ou segurança jurídica”).

Ademais, ao se tratar de modo desigual contribuintes que se submeteram de igual forma à norma inconstitucional, com a concessão da tutela integral apenas àqueles que ajuizaram ações antes de determinado marco, cria-se um paradoxo no direito, em que um mesmo fenômeno será tratado como jurídico e não jurídico simultaneamente, com base em uma distinção que não se justifica no plano constitucional. Esse paradoxo evidencia que, ao se tentar conciliar a tutela individual e a coletiva, o tribunal em verdade ofende a Constituição em maior grau, com grave ofensa à isonomia e com potenciais efeitos danosos para a concorrência e federalismo brasileiro.

Todos estes pontos motivaram o presente trabalho, que pretendeu demonstrar que a modulação dos efeitos decisórios se assemelha a uma política pública, pois não adota a mesma estrutura aplicável aos direitos, mas sim parte de preferências valorativas dos julgadores e de falácias argumentativas para que as cortes, mediante alteração do marco da eficácia, manipulem o direito que será assegurado a alguns jurisdicionados ao final – conforme demonstrado por DIAS (2021). Essa manipulação, embora parta de uma base reflexiva para que seja possível observar-se e projetar os efeitos do que se está decidindo, não raro tem fundamentação lacônica que não justifica os critérios escolhidos pelo julgador para limitar a tutela a um grupo de jurisdicionados, incorrendo em arbitrariedade – de modo que não possui amparo constitucional.

Ademais, embora a alteração do marco para prolação de efeitos seja introduzida no processo decisório como uma mera técnica processual, é exatamente a demarcação de um horizonte temporal o que se pretende pela temporalização da lide para que seja possível ao contribuinte repetir o indébito no prazo prescricional. Com isso, tem-se que por um instrumento do direito processual, se limita o direito

material com base em critérios distintos e mais flexíveis, que se distanciam do sistema de conflito instaurado.

Essa questão foi bem demonstrada no capítulo 2, que tem como objetivo enunciar as principais teses que são objeto de aprofundamento nos tópicos posteriores. Uma primeira tese que se defende é que a modulação dos efeitos decisórios é uma segunda decisão tomada após a definição do mérito. Isso é importante para deixar claro que a modulação dos efeitos decisórios parte da existência de consequências que se revelam antijurídicas, dado que a sua determinação pelos tribunais ofenderia em grau maior o direito das partes envolvidas e da coletividade afetada, ofensa maior à Constituição que poderia ser resguardada por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

Uma segunda tese que se pretende defender é que a jurisprudência padrão que veio a ser cunhada pela corte, com a exclusão dos processos em curso que tenham sido ajuizados antes do marco que venha a ser fixado para modulação, criou e replicou tratamento anti-isonômico, de modo que jurisdicionados em mesma situação são tratados de forma distinta por um arbítrio do Poder Judiciário, sem amparo legal ou constitucional.

Por isso, além da contextualização da modulação e densificação destes problemas decorrentes de sua aplicação errática e carente de reflexão, aprofunda-se na questão da ingerência do Poder Judiciário na condução de políticas públicas no contexto social para se comparar ao que é realizado em matéria de modulação dos efeitos decisórios. Neste ponto, o objetivo é explicitar os problemas decorrentes da ilegitimidade do Poder Judiciário quando este cria distorções arbitrárias na definição de quem são os beneficiados pela tutela jurídica, o que aproxima a tutela jurídica de uma política pública conduzida à força, sem debate social prévio que a chancele. Esse paradigma se aproxima de um modelo de jurisdição ativista, agravado pela pluralidade de demandas submetidas à apreciação da corte que aumenta sua capacidade de produzir legislação para regular a sociedade.

Feito este esclarecimento teórico e contextualizadas as teses deste trabalho e definidas hipóteses de trabalho para que sejam testadas à luz da jurisprudência dos tribunais, no capítulo 3 pretende-se abordar aspectos específicos da modulação, com a densificação prática de como o instituto vem sendo aplicado e replicado pelos tribunais, em uma reconstrução de um estado da arte das discussões jurisprudenciais sobre a matéria. Para este esforço, foram levantadas decisões de modulação dos

efeitos indicadas como paradigmáticas pela doutrina, bem como analisadas diversas decisões de modulação de efeitos em matéria tributária, repartidas em blocos que dizem respeito às fases de amadurecimento da jurisprudência e evidenciam uma tentativa de ruptura com os padrões até então adotados para as modulações que venham a ser realizadas no futuro.

Essa análise da jurisprudência é sucedida de uma reflexão teórica com relação: (i) à densificação dos requisitos autorizadores para se realizar a modulação; (ii) aos impactos do argumento consequencialista e da aplicação da LINDB para a consideração prática dos efeitos de uma decisão tomada com base em valores jurídicos abstratos; (iii) à natureza autônoma da decisão de modulação que, se tomada de forma completamente dissociada da discussão de mérito subjacente, faz com que seja tolhida a tutela jurídica pela aplicação “cega” de um instituto processual; (iv) à existência de uma dissonância entre os paradigmas de controle concentrado e difuso de constitucionalidade pelo conflito entre a coexistência da teoria da nulidade e da anulabilidade.

Revela-se que a proteção da tutela individual perde espaço em um contexto de proliferação de demandas repetitivas, de modo que os tribunais passam a se dessensibilizar com relação às provocações sociais dado que, ao proferir uma tutela jurídica, reiteradamente se negam a aplicá-la de forma universal em homenagem a preferências do julgador. Com isso, as tutelas deixam de ser esperadas à luz do código jurídico e ficam à mercê da preferência dos tribunais. Essa preferência, não raro, é fortemente influenciada pelos entes públicos, litigantes qualificados que possuem estrutura para influenciar na formação das regras que serão utilizadas no futuro para resolver os conflitos sociais.

Este esforço pode ser evidenciado, primeiro, pela análise de três blocos que marcam fases da jurisprudência do STF em matéria de modulação de efeitos, com o cotejo dos principais casos apontados pela doutrina e escolhidos pelo pesquisador no que tange à modulação de efeitos decisórios, com ênfase em matéria tributária. O objetivo deste cotejo foi aprofundar qual seria o padrão decisório que Vettorato (2025) defende existir em matéria de modulação dos efeitos, relativo à adoção de uma data próxima do julgamento de mérito, bem como com a exclusão de certos jurisdicionados.

Isso é relevante para que seja possível aprofundar a reflexão dos requisitos autorizadores da modulação, a saber segurança jurídica e excepcional interesse social, que são tratados de forma alternativa pela jurisprudência, como se tivessem

significado similar ou coincidente. Embora defenda-se a existência de similaridade entre os conceitos, seria possível descrever uma segurança jurídica para dentro do sistema jurídico e do sistema de conflito que se difere daquela que se projeta para fora e visa resguardar interesses daqueles que não compõem a lide. Essa distinção é relevante para que se densifique a segurança jurídica como proteção da integridade jurídica ou da subjetividade da expectativa depositada no sistema jurídico materializada pelo sistema de conflito – compreendidos como segurança jurídica –, e excepcional interesse social como a segurança de continuidade de um estado de coisas jurídico, com a manutenção da rede prestacional do Estado-Providência. Com isso, pela diferenciação dos conceitos de relevante interesse social e segurança jurídica é possível que seja amadurecida a compreensão de qual a amplitude de cada uma das expressões, bem como a relação que o critério pode ter com relação aos marcos de modulação e eleição dos excluídos da modulação.

A segurança jurídica se divide para os fins deste trabalho em: objetiva, que seria aquela tendente a resguardar as expectativas geradas pelas próprias estruturas jurídicas no passado, em que o sistema jurídico observa a confiança que foi depositada na historicidade de suas comunicações e as protege na hipótese de alteração de jurisprudência; subjetiva, que seria aquela que uma das partes do conflito depositou que mereça ser legitimada em nome da expectativa individual que foi depositada pelo jurisdicionado, para que a decisão não ofenda em grau maior a constituição.

A utilização de conceitos mais restritivos de segurança jurídica, como se dá pela utilização da segurança jurídica subjetiva, já assegurada por algum pronunciamento oficial, leva a uma restrição crescente do Poder Judiciário no tocante ao resguardo de expectativas que a princípio são reconhecidas como legítimas, dado que será preservada apenas aquela expectativa litigada, com relação à qual já houve decisão favorável. Como será demonstrado, a adoção desta proteção da segurança jurídica individual poderia ser uma saída legitimadora para que a corte, ao definir aqueles que se beneficiarão integralmente da tutela original, se valha de um critério de antinomia, em que uma decisão proferida – ainda que precária – terá o condão de resguardar a expectativa do jurisdicionado até que a nova decisão entre em vigor.

Outrossim, é possível reafirmar que a decisão de modulação tem natureza autônoma, dado que esta logicamente só seria possível após a definição do resultado da primeira lide. Por isso, afirma-se que esta seria uma segunda decisão sobre

aspectos que surgem com a própria prolação da decisão, de modo que a tematização dos efeitos da decisão seria a própria delimitação da lide da modulação, que deveria ser dissolvida com a argumentação da corte em torno dos bens jurídicos tutelados que justifiquem a realização do recorte temporal. Assim, o antecedente desta decisão de modulação é o efeito jurídico, econômico e social gerado pela decisão, de modo que o argumento consequencialista normalmente rechaçado pela doutrina se revela, em verdade, como delimitação da lide de modulação – embora o que deveria ser ponto de partida não raro se encerre o debate, o que torna os critérios dotados para modulação a este título criticáveis. Inclusive, pela análise dos artigos 20 a 24 da LINDB, percebe-se que poderia haver um ganho cognitivo pela sua aplicação em matéria de modulação dos efeitos decisórios dado que, ao explicitar as consequências e descrever os impactos práticos da decisão, o tribunal fica obrigado a demonstrar que considerou os pontos trazidos pelas partes e os superou, além de permitir que jurisdicionados que estejam em situação que não foi apreciada expressamente pela decisão possam rediscutir a matéria perante os tribunais.

Finalizando o capítulo 3, promove-se uma reflexão acerca da origem dos institutos de controle difuso e concentrado, o primeiro com matriz norte americana com fulcro na teoria da nulidade e o segundo de origem austríaca com fulcro na teoria da anulabilidade. Como destacado neste capítulo, ambos sistemas caminharam para atenuar a rigidez decorrente da aplicação das referidas teorias, de modo que as decisões passaram a dotar de efeitos mais fluidos, que seriam passíveis de serem dimensionados pelos tribunais à luz das situações específicas enfrentadas. Em verdade, com o movimento de fortalecimento da jurisprudência e de um processo de autorregulação do sistema jurídico pelo uso do instituto da modulação de efeitos decisórios, há uma prevalência da percepção de um abandono da teoria da nulidade pela adoção da teoria da anulabilidade, ponto que seria reforçado pela compreensão de que a matéria é tratada como de ordem pública, passível de ser suscitada de ofício pelos julgadores.

Esse aspecto da autorregulação jurídica é retomado no capítulo 4, em que é realizada a densificação de elementos da teoria dos sistemas sociais com a finalidade de argumentar que o direito trabalha com paradoxos e, no seu fluxo operativo, desparadoxa os paradoxos que surgem na sociedade e impedem a continuidade das comunicações ao dar respostas e definir quais expectativas merecem ser preservadas quando há impasse. Com isso, a função do sistema jurídico na realização da

imunologia social com a manutenção da expectativa assegurada pelo direito pode ser descrita como um processo de desparadoxação, com a definição da realidade jurídica que será imposta aos demais subsistemas sociais (LUHMANN, 2016).

Para compreender este ponto é demonstrado como se chega ao fechamento operativo do sistema do direito, com a criação do direito pelos seus próprios elementos, o que é denominado por Luhmann de autopoiese. Este conceito é central na compreensão de como os sistemas processam as informações em comunicações, ações que irradiam efeitos para os demais sistemas. Assim, as informações são captadas pelo direito por meio da lide jurídica e, ao final, é produzido um *output* que consiste na decisão jurídica, com impactos para os demais sistemas sociais.

É verdade que decidir implica em assumir o risco de se estar errado, razão pela qual a corte deve refletir com base em informações de qualidade apresentadas pelos litigantes e sociedade civil organizada. Esta tematização do tempo, realizada pela perspectiva do risco orçamentário, seria passível de ser processada pelo sistema jurídico por meio da argumentação jurídica, de modo que a própria decisão se tematiza e projeta seus impactos no tocante aos demais subsistemas da sociedade, reintegrando a observação como elemento decisório. É dizer, o impacto refletido é utilizado como argumento decisivo na compreensão da lide dado que este seria o momento em que o sistema jurídico ainda pode adequar os efeitos de sua decisão com relação aos demais subsistemas sociais – ainda que em algumas situações a modulação seja ajustada em momento posterior à finalização do julgamento do mérito, como se verifica no tocante à ADC nº 49.

Assim, não é a utilização de dados práticos acerca do impacto das decisões que seria o problema do “consequencialismo” na modulação. Veja-se que a doutrina foca na questão orçamentária como se a manutenção da tutela em favor do Poder Público fosse algo inconcebível, ponto que olvida que há excepcional interesse social na continuidade das políticas públicas, que deveria ser melhor densificada pelas cortes para que esta exceção se legitime. Ademais, a doutrina tende a ser conivente com um problema mais grave que a injustiça do Estado se beneficiar de uma decisão emanada pelo Poder Judiciário, que seria o efeito anti-isonômico da decisão que demarca o direito com base em quem entrou com ação judicial até determinada data.

Verifica-se que o STF tem adotado um parâmetro reflexivo na modulação para conter os efeitos da macrolitigância, de modo que, pelo efeito da decisão, se limita a própria decisão, em um giro consequencialista. Não obstante, não tece qualquer

reflexão com relação ao marco originalmente adotado para que fossem excluídas ações judiciais em curso, salvo em raras hipóteses em que teria sido alegado que este serviria para prestigiar o direito de petição (embora prestigie apenas o direito de quem peticionou). Estes pontos serão explorados no capítulo 4.

Feitos todos estes esclarecimentos, é possível concluir pela validação da tese de que a modulação de efeitos decisórios é uma segunda decisão, que limita os efeitos da primeira; se aproxima de um código de política pública pela ausência de densificação reiterada em sua utilização pelo próprio sistema jurídico – o que impossibilita a criação de uma semântica consistente.

Ademais, percebe-se que as decisões tomadas em sede de modulação dos efeitos decisórios adotam parâmetros que não se distinguem e que precisam ser estratificados para melhor compreensão dos bens jurídicos tutelados em cada hipótese. Dessa forma, compreende-se que seria enriquecedor para a disciplina de modulação dos efeitos decisórios o reconhecimento de que há segurança jurídica objetiva e subjetiva interna ao sistema jurídico e sistema de conflito respectivamente e, em paralelo, há excepcional interesse social na manutenção das estruturas prestacionais do Estado e continuidade do sistema jurídico, como uma segurança jurídica externa ao sistema de conflito, que afeta toda a sociedade.

Por fim, defende-se que a modulação de efeitos decisórios deve justificar à luz da segurança jurídica e relevante interesse social não somente a necessidade de se modular, mas sim o porquê de a justificativa levar à escolha de um determinado marco e o porquê de se excluir alguns jurisdicionados para que se beneficiem integralmente da tutela com fito de proteger em grau maior a Constituição, sob pena de o sistema do direito criar por meio da decisão um paradoxo em nível social. Essa ação evidencia que o sistema jurídico não cumpre de forma satisfatória a sua função de desparadoxação dos conflitos sociais dado que, ao planificar a realidade social, arbitrariamente cria planos jurídicos distintos sem que este tratamento desigual se justifique à luz dos direitos constitucionais envolvidos.

2 A MODULAÇÃO DE EFEITOS DECISÓRIOS: PANORAMA GERAL PARA A COMPREENSÃO DO PROBLEMA

2.1 A modulação dos efeitos decisórios e sua contextualização à luz do paradigma jurídico

2.1.1 A subsunção do mérito a aspectos processuais

A modulação de efeitos decisórios consiste em uma importante ferramenta de equalização da contingência jurídica frente à complexidade da sociedade e do próprio direito ao possibilitar a restrição dos efeitos provocados por uma decisão judicial. Isso, pois, embora não exista um dispositivo legal ou constitucional que estabeleça qual a extensão do efeito produzido por uma decisão judicial que declara a inconstitucionalidade das leis, há uma construção da prática jurídica e doutrina que caminharam no sentido de que esta decisão produza efeitos retroativos (*ex tunc*) (FARIAS, 2011, p. 37).

Essa indefinição com relação à multiplicidade de tutelas judiciais possíveis à luz de um mesmo conflito foi objeto de estudo prévio em que se questionou a relação que existia entre o direito material e o direito processual, dado que nos casos de impasse o que vale é o efeito da tutela, pois ninguém litiga sem esperar que sua expectativa seja satisfeita (MOURA, 2017, p. 843-849). O exemplo então investigado era oriundo do direito civil, em que uma sentença declaratória de nulidade do testamento não poderia retroagir até a data da citação para impactar legatário de boa-fé, que não participou da nulidade e, por isso, não poderia deixar de auferir os frutos decorrentes da aparência de regularidade de sua propriedade até o momento em que o Poder Judiciário declarasse que esta se dava em desacordo com as regras jurídicas. Na época, a preocupação era que, por meio de uma categoria processual que determinava o efeito esperado pela tutela (declaratória, constitutiva ou mandamental), haveria um esvaziamento do mérito, eis que o efeito jurídico para as partes e terceiros envolvidos na lide deveria se dar pela análise subjetiva, isto é, com base em elementos extraídos da relação litigiosa que permitissem a manutenção da presunção da boa-fé em favor daqueles que, até o momento da prolação da decisão judicial, não tinham conhecimento do vício – que pode ter natureza meramente formal em se tratando de testamento, um dos negócios jurídicos mais solenes do direito civil.

Neste caso, o direito civil presumiria má fé a partir da citação, mas não o faria com base no direito material e na análise subjetiva das condutas das partes, mas sim pela aplicação de uma “fôrma” processual que limitaria a possível tutela jurisdicional

que, na verdade, mais que declarar uma nulidade, efetivamente alteraria a realidade da posse ao desmantelar o instrumento jurídico que imbuiu o legatário nesta condição. Essa mudança de posição de uma perspectiva processual em detrimento da material deveria ser temperada à luz do sistema de conflito e, por isso, a sentença, ainda que declaratória de nulidade, deveria produzir efeitos apenas para o futuro, preservando-se os frutos auferidos pelo legatário no curso da discussão judicial (MOURA, 2017, p. 843-849).

O exemplo acima é elucidativo para demonstrar como uma decisão pode impactar em uma constelação de relações jurídicas, com envolvimento de terceiros, e o resultado decorrente da análise do direito material é diverso daquele que se chega pela análise da categoria da tutela jurisdicional pleiteada. Por isso, é importante que essa frieza processual seja temperada sempre pela máxima efetivação do direito material, sob pena de a tutela jurídica não responder ao sistema de conflito inaugurado pela ação judicial, se tornando uma formulação pretoriana que esvazia o conteúdo do próprio direito.

Isso não significa que a classificação das tutelas seja dispensável, pois o processo é uma garantia e os efeitos esperados das tutelas são construções que indicam a pluralidade de efeitos possíveis que os jurisdicionados podem obter perante o Poder Judiciário, mas não são *per si* suficientes para assegurar a manutenção da expectativa social. A sociedade e os conflitos são mais complexos que uma clássica classificação das tutelas permite alcançar. Por isso, é importante que se tenha em observação que os princípios que definem o que é o direito, a formulação clássica da subsunção do fato à norma e a necessidade de um desenrolar processual para que seja imposta a consequência jurídica, são todas garantias conquistadas em um esforço de limitação e racionalização do poder, que tem no judiciário um de seus palcos. A esfera de garantias jurisdicionais não deveria ser tolhida por uma categorização processual que não responde ao sistema de litígio inaugurado – o que poderia ser até considerado uma anomalia desta classificação, no sentido preconizado por Tomas Kuhn (1996).

2.1.2 A complexificação da sociedade e do sistema do direito

Os sistemas jurídicos ocidentais se tornaram crescentemente complexos para lidar com a complexidade da sociedade e a pluralidade de conflitos que advém dos

fatos da vida. O movimento do constitucionalismo, com a criação de uma hierarquia interna ao direito – que crescentemente passa a ser considerado como um sistema com linguagem, estruturas, função e sentido próprio –, confere ao julgador um horizonte mais amplo para que possa, por meio da decisão judicial, materializar em grau máximo o próprio direito. A partir da compreensão de que existem direitos fundamentais na Constituição – direitos estes que gozam de alta carga ideológica –, há a ideia de que a ordem democrática possui uma "dimensão dirigente". Como destaca Canotilho, a função dirigente não se confunde com a possibilidade de o tribunal "substituir todas as concretizações legislativas editadas pelo legislador no uso da sua liberdade de conformação legislativa", mas se pauta na compreensão de que há uma diretriz para a conformação e replicação do direito (CANOTILHO, 2010, p. 83-84). Neste contexto, para que o discurso jurídico possa se adequar à realidade social sem rupturas, se insere a modulação dos efeitos, que é mais um elemento à disposição dos julgadores para a construção e conformação do discurso jurídico, que deve ser pensado para atender às necessidades da sociedade, sem rupturas de expectativa. Para que possa continuar no exercício de sua função, é necessário que a ordem constitucional se revele aberta para outras fontes e a "novas experiências constitutivamente conformadoras da sociedade contemporânea (sociedade de informação, sociedade de risco)" (CANOTILHO, 2010, p.87). Há um desafio premente do julgador na materialização do direito, sendo certo que isso vai muito além da clássica compreensão de subsunção do fato à norma.

Assim, para além da afirmação de que o sistema jurídico tem como ponto de partida o texto legal, com o desenvolvimento do constitucionalismo ocidental, ao direito reserva-se a missão de tornar concreta a Constituição. Essa constatação se torna relevante para a desconstrução de uma verdade absoluta na interpretação do direito, dado que múltiplas interpretações se tornam legítimas quando se percebe que a linguagem é um sistema aberto, que é utilizada no cotidiano de forma livre e com isso se atualiza no tempo – embora exista uma diferença entre a linguagem ordinária quando comparada com a linguagem jurídica, visto que os eventos captados pelo direito estão limitados pela construção normativa. Por isso, é relevante a afirmação realizada por Paulo de Barros Carvalho no sentido de que a construção do direito positivo é realizada em conjunto pelo Poder Legislativo, Poder Judiciário, Poder Administrativo e até mesmo pelo setor privado – embora este último com menor hierarquia (CARVALHO, 2015, p. 173).

Estes enunciados emanados pelos “Poderes” se interrelacionam em uma construção sistêmica, formadora e conformadora da realidade jurídica pela criação e propagação de sentidos jurídicos comunicados. É esse arranjo descritivo que permite a construção de uma ciência do direito, com a atribuição de sentido jurídico aos signos comunicantes empregados nas normas e permite também a replicação do direito de forma recursiva e o planejamento do jurisdicionado que observa o sistema antes de definir quais ações tomar. Por isso, tanto o sistema jurídico atribui sentido ao texto positivado, como o jurisdicionado também constrói a sua perspectiva do que é jurídico, se valendo para isso da historicidade das decisões já proferidas pelos tribunais.

Com isso, é importante reconhecer que há um efeito esperado com base no procedimento escolhido pela parte que pode ser ponderado, em alguma medida, pelo sistema de conflito e pelo contexto interpretativo à luz da Constituição. Se há um efeito esperado, que no caso da decisão declaratória seria *ex tunc* (ÁVILA, 2011), não surpreende que o sistema atribua ao julgador a possibilidade de alterar os efeitos da tutela jurisdicional que será concedida para que seja possível conformar o que as partes buscam no curso de um procedimento judicial, de modo que a tutela possa, efetivamente, materializar os direitos das partes e, com isso, concretizar em grau maior a Constituição.

Ademais, se é possível que o julgador, ao final de um procedimento, determine o efeito ou extensão da tutela à luz do direito material, poderia ele fazer esta mesma “modulação” com base em elementos estranhos ao sistema de conflito inicialmente instaurado – isto é, de forma dissociada do direito material? É neste contexto que se insere o problema da modulação dos efeitos decisórios, inaugurado de forma expressa no ordenamento jurídico pela Lei nº 9.868, de 1999.

2.1.3 A modulação de efeitos decisórios e a sua relação com a passagem do Estado Legislativo para o Estado Constitucional

Cumpre destacar que modular não é o verbo introdutório do instituto no direito brasileiro, tendo em vista que o comando do artigo 27, da Lei nº 9.868, de 1999, prevê que é autorizado ao STF “restringir os efeitos daquela declaração [de inconstitucionalidade]” mediante quórum qualificado de 2/3 “tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social” (BRASIL, 1999). Um aspecto que frequentemente passa despercebido é que a regra, ao prever uma hipótese

excepcional qualificada para restringir os efeitos de uma decisão judicial, fortalece a compreensão de que há um efeito presumido *ex tunc* que decorreria da declaração, em homenagem ao princípio da nulidade das leis inconstitucionais (FERRAZ JUNIOR, 2024, p. 77).

Mantovanni Colares Cavalcante se inspira na teoria da música e na teoria das telecomunicações para densificar o que poderia significar o vocábulo modulação, que passou a ser a alcunha do instituto previsto no referido artigo. Ao analisar a teoria musical, percebe-se que modulação corresponde à transição de um tom ou modo para outro segundo as regras de harmonia, enquanto na teoria das telecomunicações, corresponde à método pelo qual uma onda é modificada pela ação de outra onda (CAVALCANTE, 2016. p. 114-115). Por meio desta comparação metafórica proposta por Mantovanni, seria possível afirmar que a modulação dos efeitos carrega este nome justamente pelo seu caráter de modificar algo já posto, como uma energia que neutraliza o que se esperaria que fosse assegurado pelo direito. Com isso, reforça-se a compreensão que já havia um efeito esperado da norma jurídica – ponto central na tese defendida pelo autor de que a modulação deve ser pensada a partir da tutela jurisdicional pleiteada. Em um esforço de delimitar a sua primeira aparição institucional, indica que esta “surge de maneira por demais discreta, em anotação feita pelo corpo de apoio do Supremo Tribunal Federal, na indexação do RE 197.971, julgado em 2002 (CAVALCANTE, 2016, p. 120).

Não obstante, como narra Antônio de Pádua Soubhie Nogueira, antes mesmo da promulgação da Lei nº 9.868, de 1999, quando houve a revisão da Súmula nº 394, a corte já havia compreendido pela possibilidade de manutenção dos efeitos do entendimento anterior até o momento da prolação da decisão que entendeu pelo seu cancelamento, para que não houvesse nulidade dos julgados anteriormente realizados pela corte (NOGUEIRA, 2013, p. 18). Essa reflexão em abstrato não repercutiu muito em âmbito acadêmico dado que a Lei nº 9.868, de 1999, trouxe previsão expressa acerca da possibilidade de reflexão dos efeitos que seriam ocasionados pela decisão para que, mediante a prolação de uma decisão de modulação com quórum diferenciado de 2/3 à luz de razões de segurança jurídica ou relevante interesse social, fossem “restringi[dos] os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado” (BRASIL, 1999).

A princípio, a modulação dos efeitos decisórios consistia em uma técnica processual utilizada em situações excepcionais, casos complexos cuja decisão jurídica de tudo ou nada se revelava ofensa tão grave à Constituição como a manutenção da ilegalidade praticada. Nota-se que a sua crescente utilização em matéria tributária é um ponto altamente criticado pela doutrina nacional, eis que, considerando que a norma jurídica é emanada e aplicada pelo Estado, este não poderia se valer de um instituto processual para negar a tutela ao jurisdicionado.

Segurança jurídica, em uma primeira acepção, protegeria apenas o indivíduo contra o arbítrio do poder e não deveria proteger o detentor do poder, que foi quem praticou a ilegalidade mediada pela tutela jurídica. Essa compreensão, ainda que comportasse exceções – como indicam DERZI (2009) e PISCITELLI (2011) –, foi central nos estudos doutrinários realizados em um primeiro momento, quando a modulação ainda era fenômeno raro nos julgamentos realizados em controle de constitucionalidade (sobretudo em matéria tributária), de modo que a sua aplicação deveria ter o condão de fortalecer a segurança jurídica e o Estado Democrático de Direito (ÁVILA, 2011).

Não obstante, em um movimento claro de enfrentar a proliferação de demandas jurídicas no contexto de uma sociedade cujas comunicações se tornam mais aceleradas, o sistema processual civil caminhou para o fortalecimento de instrumentos de uniformização de jurisprudência, questão que intensificou a utilização do instituto da modulação de efeitos pelo STF. Essa alteração é o que Daniel Mitidiero denomina de passagem do Estado Legislativo para o Estado Constitucional, evidenciada em três grandes mudanças que transformam o papel do processo judicial para que este deixe de ser pensado com ênfase no caso concreto e, com isso, passe a promover uma regulação social abstrata.

Como relata o autor, são diversas as transformações deste novo paradigma, notadamente: (i) passa a haver uma *pluralidade fragmentada* de fontes, de modo que o "Código perde seu caráter de plenitude"; (ii) a legislação passa a ser redigida de maneira casuística e aberta, com maior utilização de "conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais"; e (iii) há uma separação do que se compreende por norma e texto, de modo que a solução da lide passa a ser construída pelo intérprete (MITIDIERO, 2015, p. 71-73). Essa transição representa, em verdade, uma virada conceitual que desloca o enfoque anteriormente dado à ciência do direito para o processo jurisdicional, de modo que o processo civil "passou a responder não só

pela necessidade de resolver casos concretos mediante a prolação de uma decisão justa para as partes, mas também pela promoção da unidade do direito mediante a formação de precedentes" (MITIDIERO, 2015, p. 73-74). A base deste novo paradigma se reporta a dois fundamentos do Estado Constitucional, quais sejam dignidade da pessoa humana e segurança jurídica, que passam a reger a fórmula com a qual o Poder Judiciário profere decisões justas para o caso concreto e, paralelamente, promove a unidade do direito para a sociedade. Essa dualidade de discursos contidos no bojo da jurisdição o leva a concluir que "o fim do processo civil no Estado Constitucional é a tutela dos direitos nessas duas dimensões" (MITIDIERO, 2015, p. 74).

Cumpre destacar que o binômio "dignidade da pessoa humana/segurança jurídica" indicado pelo autor, dada sua indeterminação, é muito similar às hipóteses autorizativas de modulação de efeitos decisórios de "excepcional interesse social/segurança jurídica" e, com base nesse paralelo e nos pontos destacados acima, é possível afirmar que:

(i) há uma desnaturação do código jurídico (jurídico/anti-jurídico), classicamente construído com base na subsunção do fato à norma, pela possibilidade de que seja realizado um juízo de conveniência por parte do julgador no tocante à eficácia da norma por ele produzida, adotando-se um código normalmente atribuído ao campo de políticas públicas (conveniente/inconveniente);

(ii) as hipóteses autorizativas gozam de alto grau de abstração, com a existência de múltiplos caminhos para a sua densificação, o que abre espaço para a utilização de argumentos morais na definição do resultado da lide jurídica. Ademais, considerando que a modulação é oriunda do controle concentrado de constitucionalidade, cujas decisões produzem efeitos vinculantes (*erga omnes*), o risco da decisão aumenta exatamente pela abrangência da tutela, o que transforma qualquer lide jurídica em um *hard case* não pela perspectiva jurídica, mas sim pela análise dos impactos que a decisão jurídica irá causar nos demais subsistemas sociais – questão que veio a afetar também o controle difuso objetivado, realizado por meio do instituto da Repercussão Geral;

(iii) a jurisprudência passa a ter um papel mais relevante na argumentação jurídica e o seu aspecto normativo passa a ser enfatizado, de modo que

> a cada decisão tomada reintegrada ao sistema jurídico fortalece-se o padrão de normalidade da apreciação de um pedido de modulação dos efeitos, que a rigor seria excepcional.

Com base nas considerações acima, é possível perceber que o aumento da relevância do instituto da modulação dos efeitos decisórios é uma das marcas da transição do Estado Legislativo para o Estado Constitucional delineada por Daniel Mitidiero. Esse fenômeno pode ser atribuído a diversos fatores, inclusive inspiração em sistemas estrangeiros, e evidencia o fortalecimento do Poder Judiciário em um contexto de crise institucional dos demais poderes estatais, sobretudo no tocante à manutenção das políticas públicas e tutela dos direitos fundamentais. Dado o enfraquecimento do Poder Legislativo, que demora para tomar decisões e evita as que são impopulares, e do Executivo, que se submete à fragmentação da coalizão para alocação de recursos, o Poder Judiciário, pelo monopólio da violência, foi paulatinamente ocupando estes espaços em que se percebia há muito um vácuo de poder.

2.1.4 Atuação positiva do Poder Judiciário para suprir uma deficiência dos demais poderes

2.1.4.1 A “contrarrevolução” conduzida pelo Poder Judiciário

São vários exemplos em que o Poder Judiciário atua para suprir uma inação por parte do legislador, sobretudo no campo dos direitos e garantias fundamentais. Como já indicavam Dierle Nunes e Alexandre Bahia (2010), o processo judicial pode ser um meio de assegurar a garantia constitucional a grupos minoritários, exatamente em decorrência do caráter contramajoritário da decisão judicial. Como narram, mesmo após diversas tentativas frustradas de regulamentação da união estável entre pessoas do mesmo sexo (mais de 20 em 16 anos), o Poder Judiciário passou a atuar de forma positiva para assegurar os direitos aos homossexuais com base no princípio da igualdade (NUNES; BAHIA, 2010, p. 62-69). Embora essa intervenção possua externalidades positivas como no exemplo citado, a assunção do espaço do Legislativo tem um lado negativo, visto que também se torna possível a manipulação

do direito por parte de setores específicos da sociedade que gozam de maior influência perante os juízes, o que torna a decisão jurídica um instrumento de manifestação do poder que pode não estar alinhado com o espírito constitucional. Isso é o que Boaventura de Sousa Santos denomina de “contrarrevolução jurídica”, em que um ativismo judicial conservador neutraliza “muito dos avanços democráticos que foram conquistados ao longo das duas últimas décadas pela via política, quase sempre a partir de novas Constituições” (SANTOS, 2009).

Importa lembrar que o Poder Judiciário só responde quando provocado, com base no princípio do impulso oficial, salvo exceções legais, como já estava previsto no artigo 262 do CPC de 1973 e reiterado no artigo 2º do CPC de 2015 – embora existam exceções pontuais que podem evidenciar a transposição de limites do impulso oficial pelo próprio STF em matérias com maior repercussão política. Não obstante, considerando que a sociedade civil organizada pode ajuizar ações pleiteando tutelas de direitos coletivos com base em direitos constitucionais que são gerais, existem diversas lides pendentes de julgamento que conferem ao judiciário o poder de limitar os direitos constitucionais que já foram conquistados, inclusive pela promulgação de novas Constituições.

Como exemplo de possíveis “contrarrevoluções”, o autor foca na existência de ações que discutem direitos de grupos minoritários, notadamente aquelas que requerem: a anulação de políticas de educação para grupos socialmente excluídos; a restrição e dificultação da ratificação de novas reservas indígenas e aldeamentos extintos; a criminalização do MST; a anistia dos torturadores da ditadura. Dado que a atuação das cortes está limitada à lide que é levada ao judiciário, torna-se preocupante o aumento acelerado de decisões proferidas pelo STF que impactam na esfera legislativa e, mesmo existindo bons argumentos para que a corte não sucumba aos interesses de grupos isolados, há o risco de que ocorra uma “contrarrevolução” no Poder Judiciário com relação a garantias constitucionais – questão agravada pela ausência de representatividade democrática dos tribunais.

É possível aproveitar este enfoque – ainda que temperado – para uma perspectiva tributária, pois as garantias contra os abusos de tributação têm raízes constitucionais e os tribunais, ao reinterpretarem os limites da tributação e da própria tutela jurisdicional, acabam por promover uma “contrarrevolução jurídica”, privilegiando grupos específicos. Essa situação evidencia o poder reformador dos tribunais na definição do que é direito, não raro em desprestígio da expectativa do

jurisdicionado de que o sistema jurídico irá assegurar a sua expectativa, atentando contra a própria função imunológica por ele exercida.

Neste contexto, a atuação mais ativa do governo em conjunto com o Poder Judiciário pode causar preocupação na própria estrutura de controle social pelo efeito provocado pela tutela no processo tributário, sobretudo quando as estruturas jurídicas acabam neutralizando o efeito das comunicações jurídico-processuais resultantes das lides que irradiam efeitos para todo o sistema. Percebe-se que os impactos das decisões judiciais são tratados como “tombos” proporcionados nas contas públicas, como se depreende do discurso dado pelo Ministro Haddad, que afirma que a postura mais proativa junto aos tribunais superiores foi o que viabilizou a remoção de R$ 1.5 trilhão da conta de riscos judiciais dado que, desde janeiro de 2023, a União não perdeu nenhum julgamento com impacto significativo nas contas públicas – questão que, no seu entender, decorreu do fortalecimento de um movimento denominado “consequencialismo jurídico” (UOL, 2025). Também é pertinente ressaltar que os fatos econômicos importam mais para a sociedade capitalista que uma unidade do direito ou integridade dos precedentes judiciais, questão que é refletida pela mídia. Veja-se que os portais de notícias frequentemente noticiam as discussões tributárias com ênfase nos impactos econômicos proporcionados, que se reduzem a um valor estimado que os cofres públicos sofrerão caso a decisão seja tomada em favor ou contra uma das partes.

Essa questão evidencia a crescente relevância de outros argumentos que não o direito em conflito para a definição da eficácia de uma decisão judicial, sobretudo em um contexto em que a agenda da corte envolve “julgamentos tributários bilionários” (VALOR, 2025), o que acaba por atribuir mais importância aos interesses de uma das partes do litígio sem que o direito que esta possua seja efetivamente cotejado. É dizer, se a relevância atribuída pelo direito a uma lide jurídica decorrer do impacto econômico proporcionado – ainda que este argumento possa ser considerado jurídico pela perspectiva orçamentária, como defende PISCITELLI (2011) –, dificilmente um contribuinte ganhará do interesse de toda a coletividade, o que impacta diretamente nas lides tributárias.

2.1.4.2 Vantagens e privilégios dos grandes litigantes na definição das regras sociais

Exatamente por não haver uma consonância nos discursos de proteção à tutela individual e coletiva em um contexto que privilegia a planificação e racionalização para alcançar a eficiência, somado ao fato de que o aumento do horizonte de abrangência da decisão judicial torna qualquer caso um *hard case*, é possível afirmar da perspectiva do Estado que existem "vantagens estratégicas em sua litigância perante o Supremo Tribunal Federal, no pleito de atribuição de efeitos prospectivos aos julgados dessa Corte" (COSTA; SILVA, 2022, p. 214). Isso decorre de quatro premissas, quais sejam de que: (i) a modulação visa preservar a segurança jurídica e a confiança; (ii) há uma crescente valorização dos precedentes que fortalece a sua autoridade em um modelo que se aproxima do *stare decisis* – com ênfase em técnicas de distinção e superação de precedentes sem rupturas "repentinas de expectativa"; (iii) que litigantes repetitivos gozam de vantagens com relação aos "litigantes ocasionais", "haja vista a diferença entre seus tamanhos, recursos disponíveis e objetivos perseguidos"; (iv) há "inconstância no uso de critérios para a modulação dos efeitos das decisões em controle de constitucionalidade pelo STF, em especial quando utilizado o argumento do "excepcional interesse social" inscrito no art. 27 da Lei 9.868/1999" (COSTA; SILVA, 2022, p. 188-189).

Os primeiros dois pontos são as já citadas marcas da transição do Estado Legislativo para o Estado Constitucional, com o fortalecimento do papel dos tribunais e por meio de um volume crescente de decisões vinculantes que irradiam efeitos "inesperados", isto é, externalidades negativas que fazem com que os julgadores não se sintam confortáveis com a prolação da decisão. Estes pontos serão densificados no decorrer deste capítulo e reportam, principalmente, à crise do Estado pós-providência, que não consegue assegurar todos os direitos previstos no texto constitucional dado o limite do sensível proporcionado pelas finanças públicas.

No tocante à terceira premissa, a constatação dos autores repousa sobre a distinção entre os *One Shotter* (OS) e os *Repeat Player* (RP), dado que aqueles litigantes que possuem habitualidade no conflito possuem melhor domínio dos desdobramentos de uma lide jurídica. Os RPs, por possuírem um horizonte temporal passado que pode ser projetado ao futuro, como um histórico de tentativas, acertos e erros que lhe permitem uma tomada de decisão com mais densidade informacional, passam a desenvolver o que os autores denominam de "inteligência de antecipação" (COSTA; SILVA, 2022, p. 190).

Também em razão da pluralidade de lides, o custo escalado do conflito é reduzido, dado que os casos são similares e o custo de contratação de profissionais acaba sendo pulverizado por demanda, o que reduz o próprio risco. Todo este contexto fortalece a posição dos RPs no âmbito institucional, de modo que possuem acesso facilitado àqueles que tomam as decisões, sendo certo que há um interesse em manter sua reputação como um litigante e negociador qualificado, pela presença constante nos palcos de litígio. Os OS, por sua vez, possuem maior dificuldade para se comprometer com negociações e, considerando os riscos no empenho dos recursos, “têm maior probabilidade de adotar estratégias que visem reduzir as chances de maiores perdas”. Considerando a multiplicidade de lides, a capacidade de intervenção dos RPs passa a não se resumir na “busca por ganhos imediatos”, pois passa a “influenciar a elaboração ou alteração de normas (aqui vistas em sentido amplo, incluindo-se os precedentes das Cortes)” (COSTA; SILVA, 2022, p. 190). Como a lide individual perde o enfoque pela multiplicidade destas, é possível que um RP promova uma litigância reflexiva, isto é, projetando as expectativas para que seja possível chegar a um resultado que no futuro o beneficie, ainda que possa parecer desfavorável no presente – ponto que o diferencia do OS, que possui interesse naquela lide específica. Dessa forma, “a impressão do que se tem como um resultado favorável pode variar entre os RPs e os OSs”. A ideia é que os RPs, pela própria experiência que possuem com o litígio, possam “discernir quais regras têm potencial de eficácia” daquelas que “se apresentam apenas como compromissos simbólicos, mas que repercutirão em ganhos tangíveis” (COSTA; SILVA, 2022, p. 192-193).

Para os autores, na seara tributária, os entes públicos se enquadram no conceito de RP, dado que são os maiores litigantes, sobretudo considerando o volume de execuções fiscais. As grandes empresas, principalmente quando assessoradas por renomadas bancas de advocacia, também gozam de influência perante os julgadores e possuem recursos para, estrategicamente, manejar esforços para melhor moldar a norma jurídica construída pelos tribunais, de modo que também são RPs. Isso, pois tanto as empresas possuem recursos como as bancas possuem expertise e estrutura para conduzir estes processos, que tendem a perdurar por décadas. Os OS, neste caso, poderiam ser consideradas as pessoas físicas – com exceções pontuais – e as pequenas empresas, sobretudo porque possuem menos recursos para manter o conflito sem comprometer a sua saúde financeira, além de que, não raro, não dispõem de assessoria jurídica do mesmo porte.

Destaca-se que não são todos os RPs que possuem o mesmo grau de influência perante a corte e recursos para se manter em litígio. Isso decorre de uma dificuldade que será posteriormente explorada no tocante à quantificação do direito em litígio, pois quando o Poder Público é sucumbente em uma lide, toda a coletividade arca com este ônus, questão que se agrava na crise do Estado pós-providência em que não se tem recursos para todos, mas quer-se evitar o retrocesso (a qualquer custo). Não por outro motivo, percebe-se "uma natural internalização de argumentos favoráveis à Fazenda Pública – esta, uma eminente litigante repetitiva –, tais como o que advoga a necessidade de o STF garantir a governabilidade e a manutenção das expectativas de arrecadação do Fisco" (COSTA; SILVA, 2022, fl. 212).

Talvez por isso exista uma dificuldade na densificação do que seria excepcional interesse social, dada a fragmentação proporcionada pelos interesses envolvidos na lide, em que prepondera o interesse daquele que representa toda a sociedade, qual seja o ente público. Essa corporificação do ente público enquanto representante da coletividade leva à compreensão de que a repercussão econômica em seu desfavor é prejudicial para toda a coletividade, de modo que para além de haver excepcional interesse social na neutralização dos seus efeitos, também há o resguardo da segurança jurídica pela manutenção da estrutura prestacional mantida pelo orçamento público. Há uma cautela no ato de decidir e um risco intrínseco na decisão, o que torna atraente ao julgador que este tempere os efeitos de suas próprias decisões em um manejo da expectativa que será assegurada pelo direito, o que inevitavelmente privilegia uma das partes do litígio em detrimento do direito litigado. Trata-se, como será defendido, da utilização de uma estrutura processual para neutralizar o próprio direito, de modo que a comunicação jurídica passa a se aproximar mais da seara de uma política pública.

2.1.4.3 Dificuldade na aferição de balizas claras e coerentes para a limitação dos efeitos decisórios: o exemplo do Tema de Repercussão Geral nº 985

Um exemplo elucidativo da possibilidade de intervenção do Poder Judiciário e dos efeitos decorrentes de giros interpretativos (supostamente consequencialistas) é o que se verifica no julgamento do RE nº 1.072.485/PR, em que se discutiu a possibilidade de inclusão do terço constitucional de férias no salário de contribuição –

matéria que sofreu com a instabilidade da jurisprudência. Isso, pois como se depreende do Tema de Repetitivo nº 479, o STJ fixou tese vinculante no sentido de que o valor pago “a título de terço constitucional de férias possui natureza indenizatória/compensatória, e não constitui ganho habitual do empregado, razão pela qual sobre ela não é possível a incidência de contribuição previdenciária (a cargo da empresa)” (BRASIL, 2014). O STF já havia apreciado a constitucionalidade da discussão no Tema de Repercussão Geral nº 908 (BRASIL, 2016), quando entendeu que não havia repercussão geral na “[d]efinição da natureza jurídica de parcelas pagas ao empregado, para fins de enquadramento ou não na base de cálculo da contribuição previdenciária”. Não obstante, a matéria veio a ser novamente apreciada pela corte quando do julgamento do RE nº 1.072.485/PR, afetado como Tema de Repercussão Geral nº 985, em que, ao final, restou definida a seguinte tese: “É legítima a incidência de contribuição social sobre o valor satisfeito a título de terço constitucional de férias” (BRASIL, 2024f).

Veja-se que o STF já havia enfrentado a constitucionalidade da matéria e, por decidir que se tratava de questão infraconstitucional, o entendimento foi aplicado pelos tribunais por quase uma década, o que tornaria necessário um posicionamento dos Tribunais Superiores para preservar a confiança legítima “acerca da irretroatividade do novo entendimento firmado”, como já prenunciavam Valter de Souza Lobato e Tiago Conde Teixeira, em homenagem à responsabilidade “[que o Estado-juiz tem] pela confiança gerada nos contribuintes” (2020, p. 552). Por isso, como bem indica Giovanna Maschietto Guerra, houve a violação de duas expectativas, quais sejam a de que não só a jurisprudência vinculante do STJ se manteria quanto ao mérito, mas também que a do STF se manteria com relação à sua natureza infraconstitucional (2024, p. 261).

Neste caso, atento ao risco de instabilidade que seria gerado pela decisão que alterou o posicionamento adotado até então, a corte entendeu em sede de julgamento de Embargos de Declaração que a decisão deveria produzir efeitos *ex nunc* em homenagem à mudança jurisprudencial, “em respeito à segurança jurídica e ao sistema integrado de precedentes”. Dessa forma, assim ficou redigido o dispositivo: “para atribuir efeitos *ex nunc* ao acórdão de mérito, a contar da publicação de sua ata de julgamento, ressalvadas as contribuições já pagas e não impugnadas judicialmente até essa mesma data, que não serão devolvidas pela União” (BRASIL, 2024f, p. 3).

É válido mencionar que essa é uma das poucas modulações realizadas em decisão declaratória de constitucionalidade, o que pode ser considerado até mesmo um verdadeiro oxímoro em que o Poder Judiciário diz que um diploma normativo só é válido após a enunciação da decisão, como se houvesse uma constitucionalização superveniente do dispositivo impugnado – uma grave contradição do sistema jurídico que esvazia a vinculatividade da própria norma jurídica positivada. Veja-se que o Ministro Marco Aurélio, [quase] sempre vencido em seus posicionamentos acerca da restrição à modulação de efeitos decisórios, reconhece que neste caso modular implicaria em reconhecer que a incidência do tributo em momento anterior à prolação da decisão de mérito seria incabível, o que revelaria uma preocupação da corte para potencializar a segurança jurídica em detrimento da lei, “instrumento último de estabilização das expectativas no Estado Democrático de Direito” (BRASIL, 2024f, p. 13). Para ele, a existência de divergência de entendimento entre STJ e STF não poderia legitimar modulação, sob pena de em toda controvérsia jurídica que o STF venha a deliberar em momento posterior, se tornar necessário modular para preservar uma expectativa que não seria materializada pelo direito – ponto que logo será retomado.

Não obstante, é possível dissolver essa contradição quando se reconhece que a expectativa gerada pelos precedentes judiciais gerou efeitos concretos no passado, não tendo sido apenas uma mudança de entendimento das cortes no tocante à incidência da contribuição sobre o terço constitucional de férias. A matéria sequer era conhecida pelo STF, questão que veio a ser alterada pelo julgamento do Tema de Repercussão Geral nº 908, o que motivou a corte em um momento subsequente a enfrentar também a sua constitucionalidade no Tema de Repercussão Geral nº 985.

Neste caso, para além de existir jurisprudência vinculante do STJ e ausência de repercussão geral, a matéria tinha sido até mesma incluída em lista de dispensa de contestação e recurso, questão que perdurou até outubro de 2017, ocasião em que foi editada a NOTA PGFN/CRJ/No 981/2017 que excluiu a matéria da referida lista sob a justificativa de que “o terço de férias é ganho habitual do empregado”, dado que “uma vez assentada, no RE nº 565.160/SC, a possibilidade de incidência de contribuição previdenciária, tendo em vista a sua natureza retributiva, caberia ao STJ adequar seu entendimento ao que restou definido pelo STF.” (PGFN, 2017, p. 10). O comportamento da administração inclusive norteou o contencioso administrativo do CARF, como se verifica do acórdão nº 2401-005.145, em que foi aplicado o

entendimento vinculante do STJ por previsão regimental para reconhecer a natureza "eminentemente não remuneratória do terço constitucional de férias" (BRASIL, 2018a). Veja-se que, já nesta época, a PGFN objetivava reverter este posicionamento vinculante do STJ e, com o posterior reconhecimento pelo STF da Repercussão Geral sobre a matéria com acórdão publicado em 23/12/2018 que resultou no Tema de Repercussão Geral nº 985, a questão ganhou novos contornos e passa-se a perceber uma mudança paulatina na jurisprudência administrativa.

Isso é perceptível pela análise do acórdão nº 2402-006.450, julgado em julho de 2018, que entendeu pela obediência ao precedente do STJ dado que "[o] STF tem reiteradamente entendido que essa matéria é infraconstitucional" (BRASIL, 2018c), enquanto o acórdão 2401-005.539, julgado um mês antes em junho de 2018, entendia pela possibilidade de incidência de contribuição sobre o terço constitucional dado que este "possui natureza de retribuição pelo trabalho, integrando a remuneração e o salário-de-contribuição para fins de incidência da contribuição previdenciária" (BRASIL, 2018b). A matéria veio a ser enfrentada pela CSRF, que entendeu pela possibilidade de se tributar o terço constitucional, como se verifica do acórdão nº 9202-007.988 (BRASIL, 2019a), em que, por voto de qualidade, reconheceu-se que seria possível a incidência de contribuições sobre o terço constitucional de férias, a despeito de a ementa do acórdão ter sido reformada quando do julgamento de embargos de declaração pelo acórdão nº 9202-008.330 (BRASIL, 2019b).

O racional então adotado no voto do Conselheiro Redator Mário Pereira de Pinho Filho foi de que, em que pese a decisão proferida pelo STJ tenha se dado em rito de repetitivo, o próprio "STJ decidiu por sobrestar o *decisum* até a publicação da decisão de mérito a ser proferida pelo STF a respeito do Tema 985/STF (Recurso Extraordinário 1.072.485/PR)" (BRASIL, 2019a, p. 1857). Isso pode ser bem evidenciado no voto proferido pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura quando esta afirma que, considerando que "a questão ora em análise está abrangida no Tema 985/STF e que o mérito do aludido Recurso Extraordinário aguarda oportuno julgamento pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, impõe-se a manutenção do sobrestamento deste recurso" (BRASIL, 2019).

Veja-se, portanto, que ao apurar que a jurisprudência do STF datada de 2011 já se negava a reconhecer a repercussão geral com relação à incidência de contribuições previdenciárias sobre o terço constitucional de férias, a corte entendeu pela preservação da estabilidade da expectativa gerada por suas próprias decisões,

isto é, de que não havia repercussão geral com relação à matéria, de modo que prevaleceria o entendimento dado pelo STJ que uniformizou a interpretação à luz da legislação federal da norma em questão. Cumpre destacar que o STF, na ocasião, a despeito de ter analisado a questão sob o prisma de sua própria jurisprudência, não olhou para a vinculatividade da decisão proferida pelo STJ dado que, em momento anterior ao julgamento dos Embargos de Declaração no RE 1072485ED/PR, já havia sido sobrestada a decisão que valia até então. Ademais, o CARF desde os idos de 2018 já registrava acórdãos em que se reconhecia a incidência da contribuição previdenciária sobre a rubrica, de modo que, fosse mesmo realizada uma reflexão profunda acerca da historicidade da vinculação dos precedentes anteriores e adotado o mesmo racional que levou a corte a modular, é provável que chegar-se-ia a marco distinto que o da prolação da decisão de mérito para confirmar a mudança de jurisprudência.

Outrossim, embora o fundamento da modulação tenha se dado com base no CPC de 2015 e não na Lei nº 9.868, de 1998, o Ministro Luís Roberto Barroso entendeu que seria necessário preservar a segurança jurídica, o que seria resguardado por ambos os diplomas legais – com o destaque de que a modulação do CPC pode recair sobre julgamentos de constitucionalidade, não somente de inconstitucionalidade como disciplinado no diploma anterior, além de ter quórum diminuto para sua realização comparado com o da Lei nº 9.868, de 1999, que não teria sido alcançado neste caso particular em que a votação ficou 7 a 4.

Não obstante, o principal ponto de incômodo que fica diz respeito à ressalva trazida apenas no parágrafo conclusivo do voto, no sentido de que sejam “ressalvadas as contribuições já pagas e não impugnadas judicialmente até essa mesma data, que não serão devolvidas pela União” (BRASIL, 2024f, p. 3). Isso, pois essa ressalva não encontra aporte em nenhum fundamento lançado no voto e cria uma distinção injustificada entre contribuintes em igual situação. Para além da ausência de fundamentação, há uma grande insegurança no tocante aos processos administrativos que versam sobre compensação, por exemplo, dado que existiam hipóteses em que os contribuintes não ajuizaram ações, mas se compensaram com base no entendimento vinculante que vigia até então, expectativa que não foi preservada com essa modulação de efeitos. Nos debates travados pelos Ministros nos Embargos de Declaração opostos contra acórdão proferido nos Embargos de Declaração anteriores, percebe-se que o que foi aceito a título de modulação seriam

as contribuições “já pagas e não impugnadas judicialmente”, que não serão devolvidas pela União, o que afeta diretamente o contencioso administrativo, em que o contribuinte tem restrições no tocante à persecução do seu direito na via judicial em decorrência da concomitância. É verdade que nos Embargos de Declaração opostos contra os Embargos de Declaração afirmaram expressamente que “ficam resguardadas as ações ajuizadas até a publicação da ata do julgamento de mérito”, mas isso foi realizado dentro de um contexto relativo à ressalva “das contribuições pagas, porém impugnadas judicialmente” (BRASIL, 2025).

Ocorre que, este limite fixado no acórdão causa uma dificuldade primeiro por se tratar de um julgamento em que se declarou a constitucionalidade da incidência, de modo que a exceção para que a decisão valha para o passado, em verdade, se revela uma forma de manter parcialmente a constitucionalidade em desfavor de uma categoria, dado que autoriza a incidência da contribuição para aqueles que já pagaram e não entraram com ações. Ocorre que o passado não diz respeito apenas a quem pagou, mas também a quem não pagou, tendo entrado ou não com ação judicial. Veja-se que são duas situações distintas contempladas pela decisão com seus respectivos desdobramentos, quais sejam aquelas relativas ao lançamento e aquelas relativas às compensações.

Para que isso fique ainda mais claro, é necessário analisar de forma um pouco mais detida o RE 1072485/PR, em que a corte definiu a tese do Tema nº 985, cujo racional partiu da premissa de que seria irrelevante que houvesse ausência de prestação de serviço no período de férias, dado que isso não muda o fato de que o pagamento se dá em razão do vínculo do emprego, sendo indissociável do trabalho realizado – o que não se confunde com as férias indenizadas, que são excluídas do salário de contribuição por disposição legal. Essa decisão motivou a oposição de Embargos de Declaração para discutir, dentre outros aspectos, a necessidade de modulação dos efeitos deste julgamento considerando que o entendimento que vigorava até então firmado em sede de julgamento repetitivo era em sentido contrário.

O Ministro Relator Marco Aurélio, cujo posicionamento histórico era contrário à modulação, chama atenção para o fato de que a despeito de o tribunal declarar a constitucionalidade de um dispositivo legal, caso se module “[o] tributo deixaria de ser recolhido a partir da concessão de efeitos prospectivos, como se, em momento anterior, a incidência fosse incabível”, o que, como já dito, levaria à potencialização da segurança jurídica como gênero em detrimento da própria lei, “instrumento último

de estabilização das expectativas no Estado Democrático de Direito" (BRASIL, 2024f, p. 13). Não obstante, o Ministro Luís Roberto Barroso entendeu que neste caso específico, a decisão proferida no Tema de Repercussão Geral nº 985 foi de encontro ao que havia sido decidido pelo STJ quando do julgamento do REsp 1.230.957 e, para além disso, o próprio STF negava a existência de repercussão geral com relação à matéria, o que sequer contava com a resistência da PGFN, que incluiu o tema em lista de dispensa de contestação e recurso. Por isso, excepcionalmente, o Ministro Luís Roberto Barroso propôs que o julgamento do Tema nº 985 produzisse efeitos prospectivos em homenagem à mudança de jurisprudência do judiciário a contar da publicação da ata de julgamento, com exceção apenas das contribuições já pagas e não impugnadas judicialmente.

Este último ponto, com relação à excepcionalização das contribuições já pagas e não impugnadas judicialmente não é explicado na decisão, o que motivou a oposição de novos Embargos de Declaração. Na ocasião destes Embargos, a União pleiteou a adoção de um critério objetivo para que fossem ressalvadas da modulação as ações ajuizadas até a data de afetação do Tema de Repercussão Geral, questão que foi ponderada no voto do Ministro Luís Roberto Barroso, mas que ficaria para futuras reflexões da corte, mantendo-se a compreensão pela adoção do "marco usual" para modulação, qual seja a publicação da ata de mérito, com exceção das contribuições pagas e não impugnadas judicialmente. Curioso que no julgamento destes segundos Embargos de Declaração, o Ministro Luís Roberto Barroso transcreve trecho das notas taquigráficas em que se discute a utilização da modulação como ferramenta de neutralização dos efeitos de um contencioso de massa provocado com a prolação da decisão de afetação do Tema de Repercussão Geral, o que poderia ser utilizado no futuro para limitar ainda mais o escopo daqueles afetados pela modulação.

Neste caso, a corte pareceu ter mantido as coisas como estavam, mas acabou por criar uma distinção anti-isonômica entre contribuintes em situação igual, tanto com relação à existência ou não de pagamento, como no tocante à possibilidade de repetição do indébito. Isso, pois os contribuintes que não pagaram e não ajuizaram ações estão na regra geral da modulação de efeitos, que vale apenas para o futuro, embora aqueles que optaram por pagar e se repetir na via administrativa não serão contemplados com a decisão, a despeito do fato de que seu direito era reiteradamente reconhecido com base em julgamento vinculante do STJ. Por fim, restou reconhecido à União o direito de não devolver as contribuições já pagas que foram ou não objeto

de ação judicial, uma distinção que privilegia aquele que não paga ou não litiga judicialmente, com fortalecimento da sensação de injustiça proporcionada pela modulação de efeitos ao tratar de forma desigual jurisdicionados em igual situação.

Também há que se considerar que pode existir dúvidas com relação ao limite atribuído à expressão “que não serão devolvidas”, dado que poderia ser alegado que a devolução se restringe às hipóteses de pedidos de restituição, quando na verdade na maior parte dos casos o contribuinte utiliza eventual indébito a título de compensação em GFIP, de modo que essa interpretação restritiva poderia até mesmo esvaziar o conteúdo da modulação.

Ademais, essa situação é curiosa e revela uma distinção no raciocínio da modulação de decisão declaratória de constitucionalidade comparada à modulação de uma decisão declaratória de inconstitucionalidade. Isso, pois a rigor, a declaração de inconstitucionalidade faz com que a norma inconstitucional tenha seus efeitos preservados no passado e, com isso, a limitação de sua eficácia implica no esvaziamento de parte da tutela, dado que reduz o horizonte temporal da expectativa passível de ser assegurada perante o Poder Judiciário. Por outro lado, quando há uma limitação da eficácia de uma decisão declaratória de constitucionalidade há uma situação estranha, dado que algo que não era inconstitucional passa a ser assim tratado, de modo que se limita a capacidade de tutela da legislação com base na proteção de uma segurança jurídica que não encontra amparo nas normas do sistema, mas sim nas interpretações dadas pelos tribunais. Por isso é sempre relevante a crítica do Ministro Marco Aurélio no tocante à constância de situações que são tratadas como excepcionais pela corte – questão que se agrava nesta hipótese ante a constatação de que a decisão jurídica alça um patamar de proteção máximo, em que o direito só assegure a expectativa litigada, ao alvedrio do que foi (e continuará sendo) constitucional.

Esse julgado é relevante pois se trata de uma das mais recentes modulações realizadas pelo STF em matéria tributária, dado que o trânsito em julgado da decisão veio a ocorrer apenas em 24/09/2025, conforme se verifica da consulta pública do RE 10742485/PR e nos mostra que há uma preocupação crescente dos tribunais com relação à autoridade da jurisprudência consolidada que pode levar à limitação até mesmo da constitucionalidade de um dispositivo para período retroativo. Não obstante, revela também um certo descaso da corte com relação aos marcos temporais que são adotados para modulação, tendo em vista que, se analisada de

forma sistêmica, a questão do terço constitucional de férias se tornou questionável em momento anterior, como se verifica da jurisprudência do CARF já em 2018 e do próprio STJ em 2019, de modo que a modulação realizada para que os efeitos fossem *ex-nunc* a partir da data de publicação do acórdão de mérito do Tema de Repercussão Geral nº 985 se revelaria, no mínimo, incompatível com a fundamentação do julgado. Assim, embora a justificativa mais forte para se modular tenha sido a jurisprudência do STJ, a fundamentação se encerra na possibilidade de modular, dado que, ao se escolher um marco, adota-se um outro parâmetro que não foi debatido, que neste caso foi a aquele já chancelado pela "jurisprudência tradicional", qual seja o ajuizamento de ações até a data de "publicação da ata do julgamento de mérito".

Também por isso é perceptível uma inconstância dos critérios adotados pelos julgadores para balizar os marcos para limitação dos efeitos do julgado, o que crescentemente dificulta ao jurisdicionado a compreensão plena de quais situações estariam abarcadas no escopo da norma de modulação, sobretudo pela arbitrariedade completa das situações que distinguem uma categoria da outra.

2.1.4.4 Instabilidade da norma que fixa a modulação de efeitos decisórios

A rigor, como defende-se que a modulação possui uma regra matriz própria, dado que limita a própria regra decisional emanada pelo judiciário, esta deveria ser interpretada literalmente, não comportando uma interpretação ampliativa para limitar o direito de outros jurisdicionados que não aqueles expressamente contemplados na decisão – mesmo que essa ampliação pudesse assegurar em grau máximo o princípio constitucional da isonomia. Não obstante, como o próprio STF revisita aquilo que veio a ser decidido em sede de modulação, não é uma tarefa simples afirmar o que a modulação legitima ou não, questão que também pode ser evidenciado em outros julgados da corte, como o caso da modulação da ADC nº 49, em que foi necessário delimitar mais a modulação por outra decisão para que não houvesse cobrança de tributo com base em norma inconstitucional. Dada a instabilidade na definição dos beneficiários das tutelas, se torna esperado que entendimentos mais restritivos acerca da concessão de direito com base em temas vinculantes em âmbito administrativo passem a prevalecer, dado que em um momento posterior o poder público não poderá rever o que veio a ser deliberado no âmbito do seu contencioso revisional de atos administrativos. Essa questão é muito relevante para teses filhotes e para temas que

se aplicam com relação a tributos cujo fato gerador é o mesmo, embora capitulados em diferentes dispositivos legais/constitucionais, como é o caso da incidência de contribuições previdenciárias sobre *Stock Options*.

Destaca-se que o problema não é isolado, não se trata de uma decisão ou de um ministro específico, mas em verdade reflete como os tribunais tratam o instituto da modulação dos efeitos. Isso, pois embora este devesse ser precedido de uma argumentação profunda que coteje os motivos que legitimariam a superação da atribuição do efeito esperado pela tutela, a historicidade sistêmica revela que, não raro, cria-se exceções e distinções que alteram o direito sem que seja justificado o *discriminem* entre contribuintes em situação idêntica. Para além da tese de Mantovani de que deveria prevalecer o efeito da tutela com base no procedimento, a modulação seria representada por uma força argumentativa maior que levasse o processo a outro lugar, em que se reflete sobre a melhor forma de assegurar a tutela e, simultaneamente, proteger interesses constitucionais maiores. Ocorre que quando são criadas distinções injustificadas como a narrada, os tribunais acabam por privilegiar os contribuintes com perfil de litigância mais agressiva e os que simplesmente não pagam e obtém vantagens concorrenciais, com distorção da própria liberdade econômica, indo de encontro ao princípio da isonomia. Assim, o contribuinte adimplente e pacato tragicamente “paga o pato” – sendo enganado pelo Poder Judiciário para arcar “com as consequências de algum ato deliberado” –, sem que sejam explicitados os reais motivos que levaram à negativa da tutela em seu desfavor e, paralelamente, assegurá-la para outra classe de contribuintes.

A existência simultânea de contribuintes contemplados e não contemplados pelo pronunciamento jurisdicional vinculante pautados em uma distinção injustificada gera reflexos sistêmicos graves, dado que jurisdicionados em uma mesma situação terão tratamento anti-isonômico. Esse é um problema que se torna cada vez mais grave no ordenamento jurídico brasileiro, por isso requer uma atenção especial. Como narra Cláudio Tessari (2024), desde as primeiras decisões de modulação de efeitos a partir de 2002 no STF e 2006 no STJ, em 2024 já havia centenas de julgamentos registrados em pesquisa pública que debateram a matéria, questão que também conta com a influência do CPC de 2015, que agravou o cenário de modulação dos efeitos pela ampliação do leque de legitimados para a sua realização e pela previsão legislativa expressa em homenagem à autorreferência e à jurisprudência do próprio tribunal (artigos 927 e 926).

Essa pluralidade de decisões, sobretudo em tempos mais recentes, tem levado a uma resposta mais restritiva do Poder Judiciário na concessão da tutela, questão que pode ser evidenciada pelas modulações de efeitos em matéria tributária e os debates mais recentes das cortes superiores em ações que envolvem questões tributárias. Isso, pois inicialmente, as modulações de efeitos se davam com base na aferição do momento em que foi temporalizada a lide, isto é, se a ação foi ajuizada antes de o tribunal firmar entendimento em um ou outro sentido – o tal marco tradicional mencionado pelo Ministro Luís Roberto Barroso quando do julgamento do Tema de Repercussão Geral nº 985. Como narram Paulo Cesar Conrado e Victor Hugo Macedo do Nascimento (2024), em matéria tributária a modulação de efeitos normalmente é apreciada em causas de relevante impacto financeiro, notadamente: "quando a tese é julgada de forma contrária à fazenda pública visando evitar grande prejuízo às finanças estatais", como se verifica nos Temas de Repercussão Geral 615, 216, 825 e 1.093 do STF; ou "quando a decisão proferida se opõe a uma jurisprudência até então dominante, de modo a resguardar a segurança jurídica de quem tinha confiado no posicionamento que valia até então, como se verifica nos Temas de Repercussão Geral nº 590 e 985. Inclusive, é válido destacar que, até o julgamento do Tema de Repercussão Geral nº 69, referente à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e COFINS, eram raros os casos em que a modulação em matéria tributária era discutida e aplicada, embora em uma perspectiva presente-futuro, "a cada dia a adoção desse instituto tem-se tornado mais comum e provável" (CONRADO; NASCIMENTO, 2024, p. 19-20).

No tocante aos seus efeitos, para além da compreensão de que apenas os contribuintes que ingressaram com medidas judiciais antes de determinada data não serão limitados pela modulação, é importante destacar que o julgamento pelo STF não necessariamente impede a lavratura de novos autos de infração observados o período decadencial se não houver ressalva expressa na decisão, questão que reforça a dificuldade existente de se extrair, do acervo crescente de decisões acerca de modulação dos efeitos decisórios, uma sistematização com relação às suas hipóteses de cabimento (e até mesmo dúvidas com relação à extensão dos seus efeitos).

Inicialmente, a modulação era excepcionada apenas para contribuintes que ajuizaram ações judiciais, questão que foi sendo refinada pelos tribunais superiores para abarcar outras hipóteses, como processos administrativos e até mesmo preservar o direito dos contribuintes que não pagaram ou não realizaram depósito

judicial – como se verifica no Tema de Repetitivo nº 986 –, em um esforço de manter a arrecadação daquilo que já foi pago. Por isso é que no capítulo 3 a jurisprudência é repartida em três momentos, que evidenciam uma evolução da compreensão das cortes com relação à delimitação do instituto de modulação dos efeitos decisórios. Tudo isso cria, em verdade, modulações que são tomadas *ad hoc* e demandam revolver as discussões acerca dos limites do que veio a ser decidido pela própria corte nos casos anteriores, de modo que além de discutir a necessidade de limitação da tutela, é frequente a rediscussão acerca de quem serão os beneficiados pela exclusão – sendo estes os únicos que se beneficiarão do direito positivado pela decisão original que resolveu o mérito da lide.

Isso pode inclusive ser verificado no julgamento do Tema de Repercussão Geral nº 490, em que se debateu a constitucionalidade do estorno proporcional de créditos presumidos da não cumulatividade do ICMS concedido por outro Estado e, embora tenha-se chegado à conclusão de que este procedimento seria constitucional, a corte entendeu por resguardar os efeitos jurídicos das relações tributárias já constituídas, mantendo os autos de infração já lavrados, mas impedindo a lavratura de autos de infração com relação a período retroativo. A justificativa então era que a segurança jurídica deveria ser preservada em favor dos contribuintes e dos fiscos, proferindo uma salomônica decisão que manteve os lançamentos já constituídos e impediu lançamento de período retroativo. Veja-se que o Estado eficiente saiu ganhando, pois as lides administrativas definitivas serão mantidas, o que fortalece o desequilíbrio federativo ao tratar de forma arbitrária contribuintes em localidades distintas, deixando o efeito da tutela ao alvedrio da prática de um ato administrativo por uma autoridade pública. Aqui é um exemplo em que o risco da exequibilidade da decisão levou à corte a manter as coisas como estavam, tanto para os fiscos, como para os contribuintes, mantendo a expectativa de arrecadação aos cofres públicos, neutralizando os impactos para aqueles que já (ou ainda) não sofriam com ele.

Em sentido contrário, no julgamento da ADC nº 49, o STF afastou a incidência de ICMS entre estabelecimentos de mesma titularidade apenas com relação a processos administrativos e judiciais pendentes de julgamento, sem impedir a cobrança do tributo com relação a períodos anteriores à modulação, cobrança esta que, em verdade, beneficia amplamente o setor varejista com a manutenção de benefícios fiscais como o crédito presumido na saída em transferência como se operação mercantil fosse. Neste caso, o STF conciliou interesses dos contribuintes

que desejavam ser tributados nas transferências com a insurgência daqueles que eram prejudicados pela tributação, mantendo hígida a estrutura de controle e cobrança que foi construída pelos Estados ao longo de décadas (CONRADO; NASCIMENTO, 2024, p. 22).

Não obstante a matéria ter gozado de uma aparência de estabilidade, o próprio STF voltou a enfrentar os limites da modulação que havia sido realizada na ADC nº 49 quando do julgamento dos Embargos de Declaração na Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 1.490.708/SP, em que foi necessário fixar uma tese para delimitar a modulação, eis que, como afirma a própria ementa do julgado, não houve intenção de “ampliar a efetiva arrecadação das unidades federadas” para exigir retroativamente tributo com base em norma inconstitucional nas hipóteses em que não houve pagamento (BRASIL, 2025). Para mostrar como a matéria não é pacífica no âmbito do tribunal, a impossibilidade de se exigir tributo retroativo com base em norma declarada inconstitucional foi tomada apenas por maioria, vencidos os Ministros Luís Roberto Barroso (então Presidente e Relator), Alexandre de Moraes e Cármen Lúcia.

Também sobre os limites da retroatividade da norma judicial, o tribunal veio a ser chamado para se manifestar acerca da estabilidade das coisas julgadas firmadas antes da finalização do julgamento pela corte. No caso do Tema de Repercussão Geral nº 1.338 (RE 1.489.562), a corte avaliou o “cabimento de ação rescisória contra decisão transitada em julgado em desacordo com a modulação dos efeitos da tese de repercussão geral do Tema 69/RG (RE 574.706)” e chegou à conclusão de que seria necessário reconhecer a possibilidade da rescindibilidade de decisão judicial transitada em julgado para manter a “autoridade da jurisdição constitucional”, como defende o Ministro Luís Roberto Barroso (BRASIL, 2024e, p. 6). Esse entendimento, embora em linha com outros entendimentos da corte no sentido de que decisões vinculantes provocam alterações para todos os jurisdicionados por serem normas construídas pelo Poder Judiciário, corrobora com a existência do já relatado problema de que a tutela individual perde espaço para a instrumentalização do direito proporcionada pelo fortalecimento de processos decisórios que vinculam toda a coletividade.

Se já há um problema de previsibilidade pela análise dos efeitos da modulação dada a ausência de uniformidade, também há que se ressaltar que o próprio marco temporal adotado para fins de modulação se altera a depender do caso, o que causa

uma grande dificuldade na previsibilidade não só de sua aplicação, mas também de quem serão os beneficiados com ela. Isso, pois embora a historicidade da jurisprudência indique uma tendência de que a modulação seja discutida em sede de Embargos de Declaração e contemplaria apenas aqueles que ajuizaram ações judiciais antes da data de julgamento do mérito ou da publicação da ata de julgamento, é possível identificar outros marcos que têm sido crescentemente utilizados pela corte para a realização deste recorte temporal da tutela.

Verifica-se que o STJ já utilizou como marco a data de julgamento da matéria pela turma – como se verifica no Tema de Repetitivo nº 986 –, marco mais restritivo para conter o impacto econômico da decisão. Ademais, o STF compreendeu que o julgamento de ações de controle concentrado que versem sobre a mesma matéria seriam suficientes para justificar a ausência de expectativa a ser assegurada pela exclusão da modulação – como se verifica nos Temas de Repercussão Geral nº 590 e 615. Considerando a estrutura e planejamento orçamentário, a corte também já compreendeu que o recorte da modulação deveria ser aplicado apenas com relação a exercícios futuros, postergando os efeitos da norma inconstitucional até a data final de planos econômicos, ou em tempo de que fosse editada norma substitutiva para regular a situação após a finalização do marco da modulação, com se verifica dos Temas de Repercussão Geral nº 745 e ADC nº 49.

Por fim, embora não tenha sido ainda utilizado pelos tribunais, narram os autores que o Ministro Gurgel de Farias, ao demonstrar uma preocupação com a corrida ao judiciário provocada como externalidade negativa do aumento da utilização da modulação dos efeitos decisórios, chega a afirmar que o marco deveria ser a afetação do tema pelos tribunais, pois assim restaria afastada boa parcela dos jurisdicionados da tutela jurisdicional (CONRADO; NASCIMENTO, 2024, p. 23). Veja-se que este extremo revela uma preocupação muito maior com o efeito “em tese” de uma tutela jurisdicional do que com o próprio direito tutelado. Essa reflexão do Ministro Gurgel é preocupante para os contribuintes, pois revela que os tribunais têm pensado ativamente em ferramentas de amesquinhar o direito e minimizar os efeitos da tutela jurisdicional, à deriva de critérios constitucionalmente válidos para a construção desta distinção, com objetivo único de combater um problema que parece ter sido criado por eles próprios, mediante a relativização da tutela, a inércia de se decidir e a inconstância das decisões em matérias semelhantes.

Assim, é possível afirmar que, com as primeiras modulações de efeitos decisórios, havia um sentido que se construía com base na sua aplicação recorrente, que resguardava os jurisdicionados que ingressaram em juízo até a data de publicação do acórdão, que normalmente ocorre dentro do prazo de 10 dias previsto no artigo 28, da Lei nº 9.868, de 1999. Não obstante, esse marco para a modulação passou a ser previsível para os jurisdicionados, que se organizaram e, quando da iminência do julgamento de teses de grande relevância noticiados pela mídia e pelos escritórios de advocacia, passou a ocorrer uma espécie de corrida para acessar o judiciário e, com isso, se beneficiar de uma possível tutela jurídica que venha a ser concedida, escapando assim da modulação dos efeitos. Esse movimento é exatamente o que preocupa o judiciário, como indica o Ministro Gurgel de Farias, e motivou um fechamento ainda maior por parte dos tribunais na definição dos prediletos que serão beneficiados com a decisão judicial.

2.1.4.5 A restrição do paradigma da segurança jurídica e a evidenciação da existência de classes de contribuintes

A mudança de paradigma pode ser verificada, por exemplo, no julgamento do Tema de Repetitivo nº 1.079, do STJ, em que houve alteração de entendimento do tribunal para reconhecer que as contribuições destinadas ao SESI, SENAI, SESC e SENAC não se submetem à limitação de 20 salários-mínimos prevista no artigo 4º, da Lei nº 6.950, de 1981. Após o julgamento, como houve mudança de jurisprudência, era de se esperar que, em nome da segurança jurídica sob o prisma objetivo, fosse modulada a decisão – dado que havia decisões em sentido contrário que eram aplicadas pelas instâncias inferiores. E assim o STJ o fez, mas ao invés de preservar a segurança jurídica objetiva, este foi além e compreendeu que só havia legítima expectativa dos contribuintes que obtiveram pronunciamentos judiciais ou administrativos favoráveis, adotando-se um parâmetro inovador para a modulação com um conceito muito mais restritivo da abrangência da segurança jurídica em favor do jurisdicionado.

Essa mudança de postura de um marco mais abrangente à luz de uma perspectiva institucional, consubstanciado no julgamento do mérito ou publicação da ata de julgamento, foi alterado para uma perspectiva subjetiva, de modo que só seria assegurada expectativa que decorra de um pronunciamento jurisdicional favorável

prévio, que lastreie a conduta adotada pelo contribuinte de não recolher o tributo neste caso. É curioso que essa decisão repercutiu nos debates da corte e poderia levar à alteração de um paradigma de modulação para que se adote um critério altamente restritivo para se modular – embora consista em um critério que não viola a isonomia por resolver a antinomia em favor daquele que detinha uma norma individual e concreta em seu favor, ainda que precária.

Não obstante, a própria modulação do Tema 1.079 ainda não é definitiva, dado que a União recorreu de sua fixação por meio de Embargos de Divergência no REsp 1905870/PR, com objetivo de cancelar a modulação realizada em favor dos contribuintes que obtiveram liminares favoráveis dado que não havia uma jurisprudência da corte, mas somente decisões isoladas. Em sede de sustentação oral, o Procurador da Fazenda Nacional chama atenção para a necessidade de ser balizado um critério mais objetivo para que possa ser aferida a existência de uma jurisprudência consolidada, de modo que se objetiva a fixação de um critério mínimo, pois uma decisão de uma turma não constituiria entendimento da seção, composta por duas turmas (BRASIL, 2025, 56:21-56:35). Decisões monocráticas e decisões de turmas isoladas não seriam jurisprudência do tribunal a ensejar modulação, o que justificaria a reversão da modulação firmada no referido tema. Após as sustentações, o Ministro Og Fernandes pediu vista dos autos, mas a Ministra Maria Thereza de Assis Moura chama atenção que a competência para apreciação de matéria tributária é da 1ª Seção, não da Corte Especial, expressamente afirmando que: “não me parece razoável querer discutir-se (...) na Corte Especial a modulação de uma tese de repetitivo de competência da 1ª Seção e feita por ela” (BRASIL, 2025 1:36:00-1:36:30). O Ministro Mauro Campbell sinaliza tendência de acompanhar a relatora por entender que, a despeito de ter votado contra a modulação, o entendimento do colegiado é o entendimento do tribunal e não caberia ser revisitado em julgamento de Corte Especial (BRASIL, 2025, 1:38:40-1:40:30).

Independente do desfecho, como as repercussões práticas são iminentes e o argumento já passou a ser adotado como racional em outros casos, ainda que não tenha sido acolhido pela maioria, este acirramento da restrição por parte do STJ no julgamento do Tema nº 1.079 levou Cláudio Tessari a afirmar que essa decisão “discriminou os contribuintes em duas classes”, quais sejam aqueles que entraram com ações e não obtiveram decisões favoráveis e aqueles que obtiveram (2024, p. 304). É importante destacar que, embora sua preocupação seja legítima e a criação

de classes de contribuintes seja algo contrário à isonomia e segurança jurídica, o que houve na verdade foi a estratificação dos privilegiados pela adoção de um marco tão restritivo que se torna casuístico, dado que o direito passa a ser aferido pela sorte do jurisdicionado, não por um planejamento estratégico considerando as expectativas geradas pelas decisões prévias dos tribunais. É dizer: essa alteração de critérios escancara a triste realidade provocada pela excepcionalização da modulação apenas em prol de uma categoria, sempre passível de ser definida por um ato de império do julgador, sem uma justificativa clara acerca de seus motivos à luz dos direitos constitucionais em litígio. Com isso, é possível verificar que apenas existem duas categorias, a dos que são contemplados com a tutela e a dos que não são contemplados, não sendo a mudança de critério o ponto mais relevante, mas sim a existência dessa categoria dos excluídos da modulação que se beneficiarão integralmente da tutela ao alvedrio de um critério constitucional relevante a justificar a distinção.

Não obstante, Tessari tem razão ao criticar a adoção de um critério novo para se aferir a existência de uma expectativa que mereça ser preservada que não a temporalização da lide antes da mudança de posicionamento, que era um critério objetivo e dependia apenas da insurgência da parte. Dada a falta de objetividade do novo critério, que exige um pronunciamento favorável emanado por uma autoridade, isto é, uma norma individual e concreta que lhe assegure o direito em litígio para legitimar a modulação, há evidência de que não há mais *segurança no sistema*, se muito na decisão favorável, dado que o tribunal poderá escolher um critério qualquer para se negar a assegurar a expectativa – o que, em matéria tributária, normalmente implica na ausência de responsabilização do ente público pela ilegalidade/inconstitucionalidade praticada.

É válido destacar que a preocupação com a segurança jurídica subjetiva é de extrema relevância na análise das modulações de efeitos decisórios, de modo que a preocupação trazida pela Ministra Regina Helena não se revela, *per si*, um amesquinhamento do direito propriamente dito. Isso, pois adotar-se a proteção da segurança jurídica subjetiva ao lado da objetiva tornaria possível a conciliação da norma individual e concreta consubstanciada na decisão com eficácia interpartes, que teria sua eficácia cessada com a prolação de uma decisão com eficácia *erga omnes*.

Veja-se que o próprio STJ enfrentou uma questão similar quando analisou o Tema de Repetitivo nº 1.245, em que se discutia a seguinte questão controvertida: “A

admissibilidade de ação rescisória para adequar julgado à modulação de efeitos estabelecida no Tema n. 69 da repercussão geral do Supremo Tribunal Federal". Com base no artigo 535, §§ 5º e 8º do CPC, o tribunal entendeu que seria necessário que prevalecesse a limitação imposta pelo STF ainda que posteriormente, pois o título judicial se tornaria inexigível e haveria reabertura do prazo para manejo de ação rescisória a partir da decisão superveniente, dado que, como destacou o Ministro Relator Gurgel de Faria, "a modulação efetuada também é dotada de repercussão geral" (BRASIL, 2024e, p. 17).

A própria Ministra Regina Helena reconheceu e defendeu, nos debates travados em torno da modulação do Tema de Repetitivo nº 1.190, que no julgamento da limitação da base de cálculo das contribuições ao sistema S houve uma restrição maior dos efeitos da tutela que deveria ser incorporada à regra da modulação, pois não haveria estímulo à litigiosidade condicionar a exceção à modulação para abarcar pronunciamentos favoráveis (BRASIL, 2024a, 3:57:59-4:00:50). Há uma restrição dado que apenas aqueles contribuintes que obtiveram decisões favoráveis até a data do julgamento seriam contemplados com a modulação – o que poderia conflitar com a tese do Tema de Repetitivo nº 1.245, dado que, nas hipóteses em que o que se objetiva é apenas eventual repetição do indébito por eventual alteração normativa, não haveria efeito a ser rescindido, ainda que o julgamento tenha se dado em desconformidade com o que veio a ser fixado a título de modulação dos efeitos.

Não obstante, este entendimento que resguarda a segurança jurídica subjetiva seria uma forma de preservar aquela expectativa já enunciada pelo Poder Judiciário e, com isso, fazer valer a irretroatividade da norma jurídica enunciada pelo precedente judicial ante a existência de uma outra norma já enunciada em favor do jurisdicionado. O Ministro Herman Benjamin, por sua vez, contrapôs que o marco deveria ser a data da afetação para reduzir o estímulo à litigiosidade (BRASIL, 2024a, 3:54:20-3:54:35), o que foi endossado pelo Ministro Gurgel de Farias por ser "um critério objetivo" (BRASIL, 2024a, 4:01:42-4:01:45). A este respeito, a Ministra Regina Helena muito bem pontua que ao se considerar a data da afetação, isso "desguarneceria interesses que devem ser protegidos de contribuintes, de segurados", "antes do julgamento não temos nada, afetar é apenas dizer que vai haver a coletivização do julgamento do tema", o que poderia ensejar o aperfeiçoamento do termo inicial para exigir também a condição para haver pronunciamento favorável, dado que não daria tempo para obter um julgamento favorável, sem estímulo à litigiosidade – o que se agrava com a

constatação de que a afetação implica no sobrestamento das ações. Apesar dos debates, a modulação neste caso foi fixada a partir do julgamento do mérito por considerar que a diferença no impacto não teria sido significativa, ressalvando que a discussão seria passível de ser retomada em casos futuros.

O que é curioso no caso narrado é que o debate em torno do marco de modulação se deu em torno da litigiosidade, não dos interesses das partes, de modo que o racional adotado pela Ministra Regina Helena se revelaria contraditório, pois condicionar o efeito à decisão favorável só faria sentido em um contexto de modulação realizada com base no artigo 27, da Lei nº 9.868, de 1999, dado que a hipótese do artigo 927, do CPC, autorizaria a modulação apenas com base em mudança de jurisprudência, de modo que, como a Ministra bem destaca, antes do julgamento não há nada, não sendo possível extrair disso uma sinalização da alteração que se consubstancia na decisão, critério este que seria objetivo. Não obstante, para aqueles que ajuizaram ações e obtiveram decisões favoráveis não é possível afirmar que havia um nada jurídico, pois já havia uma chancela do judiciário (ou administrativa) para a preservação da expectativa que, paulatinamente, vem sendo tratada como suficiente para ensejar a modulação de efeitos, como se verifica neste caso.

Assim, a proteção da segurança jurídica subjetiva poderia nortear quais ações seriam excluídas da modulação, que se beneficiariam integralmente do direito assegurado pela tutela jurisdicional, ainda que a ação não tivesse sido ajuizada dentro do marco temporal que venha a ser fixado para a modulação. Essa reflexão é relevante pois, ao se considerar a decisão jurídica como uma norma, haveria potencial antinomia no conflito entre a tutela coletiva e a tutela individual, o que deveria ensejar na proteção integral até o momento em que este entendimento venha a ser revisitado pelo Poder Judiciário.

Não obstante a reflexão retro, que poderia de fato aperfeiçoar o instituto da modulação dos efeitos decisórios, o debate não é pautado em torno dos direitos que se visa preservar com a modulação, mas sim em torno dos impactos na neutralização da contingência pela adoção de um ou outro marco. Esse ponto é preocupante pois revela uma postura cada vez mais ativa do Poder Judiciário na equalização dos efeitos de suas próprias decisões, criando novas distinções que não haviam sido adotadas até então (que já valem para aquele caso) e refinando as hipóteses permissivas de modulação, sobretudo quando há envolvimento da fazenda pública, dado o conflito sempre premente de uma crise que impeça a continuidade da prestação dos serviços

públicos – reforçando-se a constatação de que a tutela fica à conveniência do julgador, deixando de ser uma garantia da parte lesada.

Assim, embora de uma perspectiva institucional faça sentido a proteção da segurança jurídica subjetiva, o problema se revela quando a corte vincula a relevância da lide a um impacto econômico que será sentido por uma das partes e, ao alvedrio do litígio instaurado, passa a pensar em marcos tendentes à limitação dos efeitos que não guardam correlação com a expectativa depositada originalmente pelas partes na lide travada, dado que se reportam ao procedimento judicial. É dizer, a corte passa a regular em abstrato as relações jurídicas e, com isso, cria hipótese para delimitar o que é o direito que será assegurado pelo próprio Poder Judiciário com base no impacto econômico arcado por uma das partes do litígio, sem cotejar e justificar à exaustão os motivos que levam à necessidade de tal restrição a um direito que foi reconhecido em seu favor.

Nesse contexto, se torna relevante a compreensão da abertura axiológica da Constituição e do movimento do constitucionalismo ocidental na própria delimitação desta nova função (de regulação abstrata) que se faz cada vez mais presente na definição dos possíveis *outputs* jurídicos das lides submetidas ao Poder Judiciário, pois é para proteger em grau maior a segurança jurídica e excepcional interesse social – ambos fundados em princípios constitucionais –, é que se presta a modulação dos efeitos decisórios e confere legitimidade democrática para que os tribunais se neguem a assegurar, em grau máximo, eficácia às suas próprias decisões.

2.2 A ingerência do Poder Judiciário na regulação social pela abertura axiológica da constituição

2.2.1 Considerações sobre o ativismo judicial

Como já afirmado, a intervenção judicial é crescente nos sistemas jurídicos do ocidente, questão que é, em alguma medida, fruto de um fortalecimento do movimento constitucional. Por isso o Ministro Luís Roberto Barroso já dizia que esse fenômeno "não é peculiaridade nossa" (BARROSO, 2008, p. 1) e cita exemplos de jurisdições alienígenas para ilustrar que é crescente a fluidez da fronteira entre política e justiça no mundo contemporâneo, cuja particularidade do Brasil seria a extensão territorial e

volume do contencioso (BARROSO, 2008, p. 2). Destaca que a transmissão das sessões de julgamento traz ganhos no tocante ao controle social e consecução da democracia (BARROSO, 2008, p. 1). Em uma série de julgados, o STF é chamado a intervir e não se pode dizer que foi a corte que criou um modelo juriscêntrico, cujo primado é a hegemonia judicial, mas foi a própria sociedade quem provocou a corte a agir e esta [se] limitou a cumprir, de modo estrito, o seu papel constitucional, em conformidade com o desenho institucional vigente" (BARROSO, 2008, p. 5-6). No seu entender, o ativismo "está associado a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes" e pode incluir: (i) "aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário"; (ii) "declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição"; e (iii) "a imposição de condutas ou abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas" (BARROSO, 2008, p. 6). O oposto do ativismo seria a auto contenção, em que o Poder Judiciário atua visando intervir ao mínimo na esfera de ações de outros poderes, notadamente naquelas em que: (i) "evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário"; (ii) "utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos"; e (iii) "abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas" (BARROSO, 2008, p. 7).

Embora o termo ativismo judicial tenha adquirido uma conotação negativa e gere objeções, como o risco de perda democrática, risco de politização da Justiça e risco com relação a efeitos sistêmicos, o Ministro Barroso pode ser tido como um defensor do ativismo judicial, desde que restrito às hipóteses legitimadoras de uma atividade jurisdicional mais expansiva. Isso, pois no seu entender, a autocontenção deve se dar nas decisões políticas, que versem sobre regulação econômica, questões tributárias – salvo se constatada violação inequívoca de algum direito fundamental dos contribuintes –, e nas questões político-administrativas, dado que "o Judiciário tem uma capacidade institucional limitada para lidar com temas com esse grau de complexidade" (BARROSO, 2017, p. 11). Por outro lado, justificam uma postura mais ativistas áreas em que a decisão visa a proteção de direitos fundamentais, das regras

democráticas e da moralidade político administrativa, notadamente em temas como: (i) liberdade de expressão; (ii) igualdade e dignidade; (iii) direito das mulheres; (iv) direito da privacidade; e (v) proteção de minorias estigmatizadas (BARROSO, 2017, p. 11-12).

Não obstante, essa postura expansiva do Poder Judiciário sobre as demais esferas da sociedade também sofre críticas por parte da doutrina. Como destaca Alexandre Satyro de Medeiros, existe uma litigiosidade expressiva em sede de controle concentrado de constitucionalidade, tendo sido possível verificar 1.747 ações em curso em 2021. Além disso, os Temas de Repercussão Geral que consistem em Recursos Extraordinários – que a rigor comporiam o controle difuso – julgados com efeitos *erga omnes*, teriam representado cerca de 1000 processos no período de 2004 a 2021 (MEDEIROS, 2024, p. 3).

Esse alto grau de litigância em matérias constitucionais evidencia a capacidade de o tribunal promover a "contrarrevolução jurídica", dado o alto grau de abstração das normas e princípios constitucionais. Por isso, o autor defende que há o deslocamento do lócus deliberativo que, a rigor deveria ser realizado no âmbito do Legislativo e, em uma subversão de sua função, "o Judiciário substitui o Legislativo ou o Executivo em sua esfera de especialização funcional", o que impede que a matéria seja debatida e normatizada no regular fluxo da democracia perante a esfera pública (MEDEIROS, 2024, p. 3). É dizer, por meio de uma postura ativista, possibilitada por um fortalecimento da judicialização da política, o STF passa a legislar em abstrato (MEDEIROS, 2024, p. 8). Essa inquietação, que norteou a sua dissertação de mestrado, o faz questionar se este juiz Hércules – em alusão à metáfora de Dworkin – teria legitimidade e eficácia para, "a partir de seu conhecimento sobre-humano, subjugar o Leviatã ou nele se incorporar, com a pretensão de melhor adequar essa ordem à sociedade real – ou quiçá ideal" (MEDEIROS, 2024, p. 9).

Verifica-se que é o próprio fortalecimento do controle de constitucionalidade que permite ao Poder Judiciário um agir ativista, em um desequilíbrio do sistema de freios e contrapesos. A ideia do controle, que se institucionaliza após a consagração da doutrina do *judicial review* nos Estados Unidos – embora já fosse realizada em alguma medida nas treze colônias antes da unificação – permitira um controle de eficácia das normas em nível difuso. Esse controle de eficácia de uma norma jurídica já havia sido testado no célebre caso Riggs vs Palmer, julgado em 1889, em que a Corte de Apelações de Nova York, ao alvedrio da legislação sucessória que vigorava

à época, entendeu que o herdeiro que cometesse crimes contra o *de cujus* ou testador, não poderia participar da sucessão hereditária – o que deu azo ao desenvolvimento da teoria dos princípios de Ronald Dworkin (MEDEIROS, 2024, p. 22)

Após a primeira Guerra Mundial, nos idos de 1920, o debate acerca do lócus para deliberação acerca dos litígios constitucionais foi reacendido, como também narra Habermas (1997), marcado pelo embate entre Kelsen, que defendia um controle de constitucionalidade jurídico, e Carl Schmitt, para quem o controle da constituição deveria se operar no plano político. Esse embate será posteriormente retomado, embora não exista dúvida de que prevaleceu no âmbito do ocidente o controle jurídico de constitucionalidade (MEDEIROS, 2024, p. 19-20). Dentre as preocupações do autor, que envolvem a delimitação de critérios para que a intervenção do Poder Judiciário se legitime no contexto da democracia e Estado de Direito, este chama a atenção para o dever de autocontenção do Poder Judiciário, que mesmo chamado a se manifestar sobre diversos aspectos da vida social, deve evitar ao máximo a atividade criativa do julgador. Isso, pois embora reconheça que não há uma aplicação mecânica da atividade subsuntiva, sua criatividade deveria se limitar à atividade jurisdicional típica negativa, de modo que não poderia exercer com regularidade sua função atípica sob pena de invasão dos limites da competência dos demais poderes (MEDEIROS, 2024, p. 35-36).

É relevante que uma de suas preocupações ao final do capítulo dedicado à análise dos parâmetros dogmáticos do ativismo judicial seria exatamente a modulação dos efeitos decisórios prevista então no artigo 27, da Lei nº 9.868, de 1999, em que se legitima a manutenção de efeitos inconstitucionais pretéritos – o que, “na prática, [pode] ensejar a convalidação total da norma nula” (MEDEIROS, 2024, p. 36), ponto que conflitaria com a adoção da teoria da nulidade historicamente adotada pelo STF no tocante à eficácia da decisão proferida em sede de controle de constitucionalidade. Por isso, deveria haver um rigor elevado na validação das hipóteses de excepcional interesse social e segurança jurídica, de modo que o instituto da modulação não seria apto a legitimar tão somente a neutralização da tutela sem que seja justificado o motivo de sua restrição.

Esse diagnóstico do autor, calcado em premissas que vão ao encontro das defendidas, evidencia que a litigiosidade alçou um patamar tamanho que o Poder Judiciário é chamado a intervir de forma ativa na regulação da “vida como um todo”, assumindo a competência para assim atuar dado que “detém autogestão temporal da

prioridade de agenda", o que o leva a concluir que a "corte adquirirá função criativa legiferante igual (ou, ao menos, muito semelhante) àquela constitucionalmente destinada ao órgão [L]egislativo" (MEDEIROS, 2024. p. 269). Essa confusão da atividade preponderante de julgar com as atividades legiferantes e de definição de agendas para políticas públicas já vem sendo experimentada no Brasil, de modo que o STF já teria "modific[ado] criativamente o direito vigente segundo critérios próprios ou metajurídicos, inexistentes no texto constitucional" (MEDEIROS, 2024. p. 270). Isso revela que a judicialização da política, seja no tocante à intervenção nas políticas públicas ou em questões pendentes de regulamentação, faz com que o Poder Judiciário reconheça a sua legitimidade para conduzir de forma ativa a vida social, com a alteração do paradigma de intervenção negativa – um dos pilares do sistema de freios e contrapesos – para positiva.

No mesmo sentido, Elival Silva Ramos também analisa os impactos do ativismo judicial no contexto do neoliberalismo e chama atenção para a incerteza que esse paradigma proporciona no direito, pois "[t]udo ainda é incerto. Pode ser um avanço. Poder ser uma volta ao passado. Pode ser apenas um movimento circular, uma dessas guinadas de 360 graus" (2015, p. 137). Isso, pois uma maior liberdade do Poder Judiciário decorre de um problema que se verifica com relação aos demais poderes, dado que o modelo de representação partidária possui um caráter fragmentário, o que leva, "indubitavelmente, à perda de eficiência deliberativa do Congresso Nacional e demais Casas parlamentares" (RAMOS, 2020, p. 9). A crise que leva ao Poder Judiciário a intervir na esfera política não se esgota na questão legislativa, dado que passou a atuar com protagonismo crescentemente também com amparo institucional – questão que decorre do movimento proporcionado pela Constituição de 1988 pelo "robustecimento do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, notadamente por meio dos instrumentos de controle abstrato ou principal", questão que levou à intensificação do "controle jurídico sobre a atuação dos demais Poderes" (RAMOS, 2020, p. 13).

Em verdade, o problema não seria a crescente judicialização decorrente de instrumentos de controle abstrato que irradiam efeitos para todo o sistema, ou mesmo o fortalecimento do Poder Judiciário para dar conta da missão institucional, o problema seria o ativismo judicial, que se funda em dois pilares principais, quais sejam "o enfraquecimento da representação política e a disseminação do neoconstitucionalismo nos meios acadêmico e judicial" (RAMOS, 2020, p. 13). Esse

ativismo corrompe a função do Poder Judiciário, dado que este passa a processar as suas comunicações também pelo prisma de um código político, de preferibilidade, ao alvedrio do código jurídico. Essa alternância do debate jurídico para político se revela danoso para a democracia dado que, ao intervir nas discussões de mérito de políticas e decisões públicas, chancelando os atos praticados ao alvedrio da guarida constitucional, o STF parra a ser "visto como um colaborador do Governo", ao passo que, quando decide contra as medidas deste, é apontado como responsável por decisões contrárias ao interesse popular (RAMOS, 2020, p. 14). Isso revela o caráter de órgão político que o tribunal passa incorporar neste novo contexto, questão que fragiliza o futuro das instituições democráticas no Brasil.

A proposta de Elival Ramos seria de que a corte deixasse de atuar como uma esfera recursal e passasse a exercer a função de "Corte Constitucional *stricto sensu*", com inúmeros benefícios institucionais, notadamente três, quais sejam: "redução do congestionamento processual", "maior apuro técnico das decisões" em decorrência de se ter mais tempo para decidir menos processos e pela possibilidade de especialização dos integrantes da corte; e estímulo à contenção do ativismo judicial pela especialização funcional e pela concentração de atribuições, desvinculando-se "da solução concreta de litígios" (RAMOS, 2020, p. 14). É interessante a ideia do STF como corte constitucional para se pensar a coexistência das tutelas decorrentes do controle concentrado e difuso de constitucionalidade, pois é exatamente o embate entre a atuação como corte recursal e como esfera de racionalização das estruturas jurídicas e guarda da constituição que criam o paradoxo da modulação, que beneficia alguns em detrimento de outros, questão que será aprofundada no tópico 3.7. Não obstante, é possível afirmar desde já que a corte não caminha no sentido de se tornar uma "Corte Constitucional *stricto sensu*", sobretudo pela crescente intervenção ativista no plano político, também fruto de uma crise social generalizada.

Balizado este papel da corte, que atua de forma ativa para suprir o déficit dos demais Poderes no cumprimento de sua função, cumpre destacar que um dos exemplos mais expressivos na experiência brasileira de ativismo judicial diz respeito à distribuição de medicamentos (BARROSO, 2008, p. 9), em que se verifica uma postura ativa do Poder Judiciário com relação ao Poder Executivo para suprir a ineficiência das políticas públicas de saúde – uma forma de judicialização da política que, considerando o impacto orçamentário das decisões proferidas, revela a assunção crescente do papel de agente político que os tribunais passaram a exercer nos últimos

anos. A doutrina indica que houve um crescimento exponencial do impacto de decisões judiciais que obrigam o SUS a fornecer medicamentos, que em 2008 era de R$ 103,8 milhões e, em 2015, passou para R$ 1,1 bilhão (DAVID; ANDRELINO; BEGHIN, 2016). Essa resposta do Poder Judiciário evidencia um descrédito com relação ao Poder Executivo no tocante à viabilização do acesso ao direito a saúde previsto na Constituição. Pilar Neves e Marcos Pacheco (2017), em uma abordagem interessante, ilustram essa descrença institucional por meio de opiniões coletadas de juízes e desembargadores do Tribunal de Justiça do Maranhão sobre os motivos que levam à judicialização da saúde e à postura ativa dos tribunais e todos os entrevistados "*mencionaram problemas na execução das políticas públicas dessa área*" (NEVES e PACHECO, 2017).

É de se ter em mente que o julgador não possui conhecimentos técnicos sobre os tratamentos que são solicitados, tampouco possui a dimensão de como acomodar recursos para satisfazer as expectativas litigiosas nessa área sem comprometer o seu funcionamento sistêmico. Não obstante, ao ser submetido com a escolha entre assegurar o direito à saúde a um indivíduo que possui alguma patologia tratável cujo tratamento não é ofertado pelo SUS, o julgador é confrontado com uma escolha mais moral que jurídica – embora com respaldo no direito constitucional à saúde –, sem que tenha segurança de que a decisão concessiva da tutela efetivamente materialize o direito individual à saúde e bem-estar da parte. É dizer: quando confrontado, o Poder Judiciário é forçado a tomar uma decisão sem um parâmetro de realidade claro, tendo em vista a sua inerente limitação enquanto instituto jurídico. Disso surge um problema com relação à argumentação jurídica, pois os argumentos morais remetem ao acervo valorativo do próprio julgador, que passa a decidir de forma livre ante à ausência de uma regra clara do que vale no caso concreto, dado o alto grau de abstração do que significa materializar em grau máximo a Constituição – exatamente o problema que se verifica com a modulação de efeitos decisórios, embora a causa seja diversa pois esta encontra previsão legal expressa, ainda que baseada em conceitos indeterminados.

2.2.2 Impacto do argumento moral na definição da lide: a supressão do paradigma normativo em prol da ponderação valorativa

Veja-se que não há uma resposta correta na forma com a qual o Poder Judiciário irá intervir na resolução da lide em que se pleiteia a concessão de um tratamento ou medicamento, eis que ao conceder a tutela pode salvar uma vida e resguardar o direito à saúde, embora possa comprometer o direito de saúde de todos. Aqui o conflito se dá pela análise do mesmo direito que se concede, pois mais saúde para o indivíduo pode implicar em menos saúde para a coletividade, ainda que exista uma diferença de tratamento dado ao indivíduo lesado quando comparada à abstração de toda a coletividade. Ocorre que nem todas as demandas envolvem ponderação entre o mesmo direito, como é o caso das discussões em matéria tributária, em que o respeito à retroatividade da tutela – decorrente da legalidade – pode conflitar com o orçamento público e com a manutenção da prestação de serviços essenciais.

Dessa forma, a discussão pode girar em torno da possibilidade de devolver valores para aqueles que pagaram indevidamente, dado o constrangimento das contas públicas e do prazo dilatado prescricional que abarca os 5 anos anteriores ao ajuizamento da ação, conforme reza o artigo 174, do CTN. Fosse esse o enfoque e não houvesse a via da modulação, os julgadores seriam estimulados a não decidir ou, pela análise das consequências de sua decisão, dar uma interpretação conflitante com a Constituição apenas para assegurar a exequibilidade e futura replicabilidade da decisão no contexto social. A modulação surge como uma ferramenta que permite que o julgador enfrente a lide com a sua convicção do melhor direito, mas possa temperar o efeito para não ferir direitos e expectativas que ambas as partes depositam no sistema de conflito inaugurado pela lide e, neste ponto, se revela de suma importância. O problema é a sua banalização e aplicação sem critérios e que, de forma oscilante e vacilante, relativiza o direito subjetivo do jurisdicionado sob a alcunha de uma racionalização sistêmica do direito, da “pseudo unidade” que se alcança pela fragmentação dos jurisdicionados em classes discriminatórias injustificadas.

Em sentido similar, embora analisando objeto distinto, Renato Lopes Becho enuncia que a crise do direito tributário seria decorrente de um desprestígio da lei no processo tributário e, para isso, se vale de dois exemplos em que as decisões judiciais não aplicam inteiramente a legislação tributária, quais sejam: (i) a responsabilidade tributária em decorrência de dissolução irregular, que seria infração à lei ou contrato social, em que os sócios passam a ser responsabilizados pelo crédito tributário, a despeito de a dissolução regular não representar tributação ou alteração na sujeição

passiva, de modo que haveria um descompasso entre a Súmula nº 435 do STJ e o artigo 135 do CTN; (ii) o descompasso entre a previsão legal que se verifica que o ajuizamento da execução fiscal interrompe a prescrição e, ao arrepio do artigo 174, do CTN, houve a dilatação do prazo prescricional para 6 anos pela compreensão firmada pelo STJ quando da edição da Súmula 314 (BECHO, 2024, p. 113-161). Essas decisões proferidas pelo STJ, no entender do autor, seriam evidências de que a corte não adotou uma matriz pós-positivista para materializar os princípios constitucionais em prol da máxima eficácia da legislação à luz da Constituição, e indica que, nestes casos, em razão de o órgão julgador ter se afastado do positivismo jurídico filosófico pela não aplicação da lei, a corte teria se valido do "vetusto direito natural racional" para chegar à solução da controvérsia – o que suscita dúvidas com relação à própria garantia do jurisdicionado ao devido processo legal democrático.

Essa atuação mais ativa do Poder Judiciário também possui raízes históricas no contexto do constitucionalismo ocidental. Verifica-se que a proteção primeiro recaía sobre os direitos individuais, de índole subjetiva, esfera na qual se insere o direito de não se submeter à tributação que ofenda a segurança jurídica, consubstanciada em regras e princípios assegurados pelo texto constitucional. É possível dizer que uma das conquistas do movimento do constitucionalismo ocidental foi a criação de um modelo de limitação do poder central por meio do sistema de freios e contrapesos, competindo ao judiciário a salvaguarda do jurisdicionado contra os abusos perpetrados pelos demais "poderes". Com isso, é possível afirmar que a separação dos poderes passou a integrar o "núcleo substantivo do constitucionalismo ocidental" (OLIVEIRA, 2013, p. 85) – ponto central na crítica da modulação como uma ferramenta à conveniência do Poder Estatal.

Não obstante, no processo de transição para a modernidade, em que a sociedade passou a se complexificar, houve a crescente preocupação com a materialização de direitos sociais que visavam não só a *proteção* do indivíduo no contexto social, mas também a sua *emancipação* e *plenipotencialização*, uma marca da fase democrática do *télos* constitucional (OLIVEIRA, 2013, p. 44). A evolução do constitucionalismo ocidental pode ser traduzida, em linhas gerais, em três vertentes marcadas pelo gradual incremento de dimensões de garantias constitucionais, quais sejam: constitucionalismo liberal; social e neoconstitucionalismo (OLIVEIRA, 2013, p. 47-141). Neste contexto, a Constituição deveria ser tida como o elo que liga o passado, presente e futuro da sociedade, um "legado das lutas e conquistas das

gerações passadas transmitido às gerações do presente", sendo dever de toda coletividade assegurá-lo às gerações futuras e, com isso, preservar a dignidade humana em suas dimensões pública e privada (OLIVEIRA, 2013, p. 150)

Em construção similar, como indica Peter Häberle, os direitos fundamentais clássicos, decorrentes da primeira fase do constitucionalismo liberal, são marcados pelo seu status negativo de "liberdade do cidadão *perante* ou contra o Estado". A partir do momento em que há o desenvolvimento do Estado Social, surge o caráter positivo prestacional (*status positivus*), ao se reconhecer que de nada adianta a liberdade profissional se o indivíduo não puder estudar (HÄBERLE, 2014, p. 185-188).

Nesse contexto em que o Estado atua não só para proteção individual e sim em prol da materialização dos ditames da Constituição, é perceptível a existência de uma capacidade postulatória para a proteção de grupos ou categorias que podem necessitar de proteção coletiva à luz da democracia. Esse caráter, denominado de *status activus processualis*, tem como consequência a reserva da prestação apenas à relação legal jurídico-processual, sendo materializada pela participação processual efetiva dos jurisdicionados afetados pelo comando decisional emanado da solução da lide. A conclusão, relevante para nossa análise, diz respeito ao reconhecimento de que "[o] *status activus* e o *status positivus* são a forma democrática e de Estado Social do *status negativus*". Só há participação dentro do âmbito da eficácia jurídica, de modo que participação e liberdade se revelam conceitos interrelacionados, pois quanto maior a participação, maior será a garantia de preservação da liberdade – ambas consequências da "livre atualização dos direitos fundamentais" (HÄBERLE, 2014, p. 187).

Só há liberdade quando há igualdade na participação, ponto que só é possível de ser atingido se houver um esforço ativo na materialização das normas constitucionais e abertura do palco judicial para que seja possível que a sociedade civil participe da construção de sentido de uma decisão que a vincula. Assim, há necessidade de que as garantias individuais sejam consideradas à luz do princípio da igualdade, sendo este o pilar que leva Márcio Luís de Oliveira a concluir pela necessidade de que a Constituição seja compreendida de uma forma juridicamente adequada, cujo núcleo normativo deve preservar e atualizar as garantias conquistadas em uma forma "peculiar de autorreferencialidade: a proteção-emancipação-plenipotencialização da condição humana e da sociedade plural e complexa" (OLIVEIRA, 2013, p. 354).

Essa transição do paradigma constitucional evidencia o maior contato que o Poder Judiciário passa a ter com toda a coletividade, sobretudo pela constatação de que os destinatários da norma também são intérpretes legítimos para participar de sua construção e podem, com base nas prescrições abstratas que asseguram direitos fundamentais, pleitear tutelas positivas, como aquelas em que é concedido pelo direito um tratamento específico que não está abarcado no rol de serviços prestados pelo SUS, por exemplo. Não obstante, estes direitos prestacionais também são marcados pela *reserva do possível*, que limita a possível sobrecarga do Estado e, com isso, tornam a sua prestação controlável (HÄBERLE, 2014, p. 186).

Nessa fase atual do constitucionalismo brasileiro, que pode ser denominada de *neoconstitucionalismo*, a Constituição passa a ser tida como núcleo autorreferencial da força normativa e do senso comunicante de juridicidade/antijuridicidade, sendo o condutor de sentido da comunicação jurídica com relação aos demais subsistemas sociais, na condição de acoplamento estrutural, que filtra as pressões do meio seletivamente – conceito com forte inspiração na teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann. Não obstante, os vetores axiológicos da Constituição são abertos e recontextualizam a legislação infraconstitucional, sendo interpretados por todos os jurisdicionados (OLIVEIRA, 2013, p. 132-150). Como narram Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco, mediante reflexão proporcionada pela historicidade e aperfeiçoamento dos meios de controle do poder em “prol do aprimoramento dos suportes da convivência social e política”, é possível constatar a superação da “supremacia do Parlamento” em prol de uma “superioridade da Constituição”, que a todos “os poderes por ela constituídos” subordina, mediante “mecanismos jurisdicionais de controle de constitucionalidade” (2021, p. 99). Exatamente em decorrência desta subordinação, passa-se a experimentar uma forte tensão entre o poder judiciário e a democracia, pois a palavra do tribunal passa a ser a última. Por isso, “não surpreende que o juiz constitucional assuma parcela de mais considerável poder sobre as deliberações políticas de órgãos de cunho representativo”, dado que “postulados éticos-morais ganham vinculatividade jurídica e passam a ser objeto de definição pelos juízes constitucionais, que nem sempre dispõem, para essa tarefa, de critérios de fundamentação objetivos” (MENDES; BRANCO, 2021, p. 100).

Todo este arranjo em que o Poder Judiciário passa a gozar de maior poder para tomar decisões com lastro em postulados éticos-morais com forte politização considerando a extensão das lides a ele submetidas – e ausência de um controle

externo ao judiciário para dizer qual o limite de sua competência –, deveria ser acompanhado de um zelo ainda maior para a manutenção de sua legitimidade, de modo que, com base nas permissões abertas proporcionadas pelo neoconstitucionalismo, não seja desvirtuada a função jurisdicional típica. Por isso, “ao juiz constitucional incumbiria atalhar abusos, cometidos por ação ou omissão do legislador”, cabendo só a este último “ampla margem de apreciação e prioridade sobre o juiz constitucional, quando se trata de concretizar essas normas incorporadoras de valores morais e políticos” (MENDES; BRANCO, 2021, p. 100).

Esse racional de desenvolvimento do constitucionalismo ocidental em prol de maior acesso dos jurisdicionados e maior eficácia da norma constitucional em seus níveis de *proteção, plenipotencialização* e *emancipação* se revelam presentes na Constituição de 1988, promulgada em um contexto pós ditatorial, em que a sociedade brasileira buscava a proteção do jurisdicionado contra os abusos do poder público, avançando na construção de um direito tributário constitucional. Fala-se em avanço pois já com a Constituição outorgada de 1969 havia um conjunto de regras e princípios que se aplicavam à disciplina de direito tributário, razão pela qual Aliomar Baleeiro já defendia em seu tempo a autonomia deste ramo do direito. Não obstante, foi somente com a Constituição de 1988 e a promulgação do Estado Democrático de Direito que se alargou o rol de direito e garantias constitucionais, conforme anotações realizadas por Misabel Derzi a título de atualização (BALEEIRO; DERZI, 2010. p. 3, 71).

Cumpre destacar que o *neoconstitucionalismo* é fortemente criticado por parte da doutrina ao se reconhecer a alteração de um paradigma de subsunção do fato à norma para um paradigma em que há sempre a possibilidade de ponderação à luz de valores abstratos acerca da aplicabilidade da norma jurídica, em que a regra é substituída pelo princípio – no mesmo sentido da crítica de Mitidiero à transição do Estado Legislativo para Estado Constitucional (2015). Esse ponto é central na crítica realizada por ÁVILA (2009), que evidencia a possibilidade de uma participação mais ativa do Poder Judiciário em relação aos Poderes Legislativo e Executivo que, por meio da ponderação, amplia sua esfera de intervenção sem um método que o legitime. A partir da alteração do fundamento normativo de norma para princípio, há o deslocamento do método de subsunção [normativa] para uma ponderação [valorativa], o que impacta no fundamento da justiça que – de geral – passa a ser particular, com ênfase na produção legislativa do Poder Judiciário em detrimento do Poder Legislativo (ÁVILA, 2009, p. 3).

Essa flexibilização do ordenamento por meio do uso de princípios seria, para o autor, mais uma retórica jurídica ou movimento ideológico que propriamente uma teoria jurídica ou método de interpretação, o que gera um *anti-escalonamento* da ordem-jurídica pela existência de uma complexa rede de relações hierárquicas com funções específicas dado que o princípio sempre poderá ser usado para afastar uma norma, que passa a ter um efeito secundário no sistema; um esvaziamento da função do Poder Legislativo, que é a quem a própria Constituição determinou ser o lócus do exercício da democracia pela edição de leis por representantes eleitos pelo voto popular; e ao subjetivismo, dado que o Poder Judiciário passa a considerar a norma um mero conselho que sempre poderá não ser ouvido – ou cumprido (ÁVILA, 2009, p. 7-9).

O problema, em verdade, é a supressão do paradigma de aplicação da norma em prol de uma teoria que apenas olha para o princípio ao buscar a resolução de casos concretos, sendo certo que há um espaço legítimo para que o Poder Judiciário promova a ponderação, que deve ser realizada quando houver: (i) uma regra constitucional aplicável ao caso; (ii) a existência de regras de competência na Constituição para a edição do ato normativo questionado; (iii) quando uma norma conflitar com um princípio jurídico ou houver colisão entre os princípios, deve haver a indicação dos princípios objeto de ponderação, os critérios para a atribuição da importância ou peso destes na ponderação, o método para comprovar ou avaliar a atribuição do peso; a comensurabilidade dos princípios e os fatos relevantes para a ponderação (ÁVILA, 2009, p. 9-11). Esse problema se agrava quando se percebe que o conflito judicial passa a ser resolvido por meio de uma questão moral, já que a definição do princípio requer que o intérprete deposite uma carga axiológica para se chegar ao conteúdo da norma que tutela a relação litigiosa, o que aumenta o grau de arbitrariedade do direito e fere a repartição de competências (ÁVILA, 2009, p. 15-16).

É importante frisar que a matéria de modulação dos efeitos se relaciona com o ponto acima eis que representa uma mudança de paradigma do próprio controle de constitucionalidade ao se permitir a superação da teoria da nulidade em prol da preservação de outros valores constitucionais densificados a partir do excepcional interesse social e segurança jurídica, positivados com base na técnica legislativa aberta com emprego de conceitos indeterminados. Com isso, não obstante sua previsão legal, os termos fazem referência à carga axiológica que remete aos princípios constitucionais e permite exatamente o fenômeno criticado por Ávila, em

que a regra cede espaço ao princípio, a subsunção do fato à norma e a própria tutela jurisdicional são deixadas de lado com o objetivo de preservar um bem maior com base em um elemento processual, que não guarda correlação com o direito material que dá substrato à tutela jurisdicional pleiteada pelas partes. *Há uma correlação entre o fortalecimento da modulação dos efeitos decisórios e este novo paradigma constitucional em que o Poder Judiciário é chamado de forma ativa a intervir e propor soluções para além da norma jurídica, tendo como fundamento de validade uma ideia de justiça constitucional*.

Ocorre que o Poder Judiciário não é o lócus adequado para que sejam definidas as agendas de política pública, bem como deliberado acerca da repartição de recursos da sociedade, razão pela qual ao redistribuir o ônus da tutela jurisdicional para que seja assegurada apenas a um grupo, o que ocorre é a criação de uma política pública, que por um critério de preferência cria uma situação de desigualdade entre contribuintes que foram submetidos à igual situação de ilegalidade/inconstitucionalidade. Por isso, é relevante analisar o impacto da desigualdade na própria legitimação das políticas públicas, motivo que leva ao reconhecimento de uma ilegitimidade da criação de uma distinção pelo Poder Judiciário para que apenas parte dos contribuintes se beneficiem integralmente da tutela jurídica quando esta não esteja amparada em uma justificativa com respaldo constitucional.

2.3 A desigualdade e a legitimidade das políticas públicas tributárias

2.3.1 Política pública e desigualdade

Embora possa ser criticado pela intervenção por vezes exagerada do Poder Judiciário em outras esferas de poder, o paradigma do neoconstitucionalismo trouxe avanços inquestionáveis no âmbito dos direitos fundamentais. No direito tributário, esse desenvolvimento se manifesta pela constatação de que, na efetivação de direitos e garantias fundamentais, é necessário ir além das limitações clássicas ao poder de tributar, de modo que a tributação preserve a igualdade e liberdade, realizando a justiça distributiva no contexto de uma sociedade capitalista para mitigar os impactos nocivos da desigualdade.

Sobre este ponto, é válida a construção conceitual trazida por Liam Murphy e Thomas Nagel (2005) no tocante ao mito da propriedade. Desde a década de 1960 os autores já defendiam a necessidade de uma densificação da ética das estratégias de governo para financiamento da estrutura estatal, visto que não seria possível se pensar a propriedade antes da tributação, dada a sua natureza convencional e a necessidade de uma estrutura de violência que permita assegurar a titularidade do direito – estrutura esta financiada pelos tributos. Logicamente, portanto, só há propriedade após a existência de uma estrutura que assegure a sua realização, viabilizada pela tributação, de modo que não seria possível avaliar o tributo a partir do impacto causado sobre a propriedade privada, mas sim no contexto de um "sistema geral de direitos de propriedade que eles mesmos ajudam a criar" (MURPHY; NAGEL, 2005, p. 11).

A preocupação central dos autores diz respeito à forma com a qual o sistema tributário lida com as materialidades tributáveis, notadamente com relação à justiça aos resultados pós tributários. Isto é, não será mediante a análise de critérios de equidade que se define a maior preponderância de tributação no tocante à renda, consumo ou patrimônio, mas sim como será definida a agenda tributária para que o Estado arrecade o suficiente para arcar com os gastos públicos e, "ao mesmo tempo, promov[a] a justiça socio-econômica e alimentar, ou pelo menos não estorv[e], o dinamismo da economia" (MURPHY; NAGEL, 2005, p. 225). Há uma dualidade intrínseca na dinâmica capitalista intermediada pela tributação, eis que se torna possível onerar parte dos setores econômicos que produzem e circulam riquezas para financiar políticas públicas destinadas a quem mais precisa.

Em razão desta preocupação mais profunda da forma de se avaliar a política pública tributária de uma perspectiva da justiça, sobretudo por esta legitimar o tratamento desigual ou discriminatório, os autores dedicam um capítulo específico para tratar da "discriminação tributária" (MURPHY; NAGEL, 2005, p. 223-237). Para legitimar a discriminação e aferir se há justiça em uma política tributária, seria necessário avaliar "se ela distorce o padrão mais amplo de redistribuição exigido por uma concepção geral de justiça, ou seja, se ela redireciona alguns custos e aumenta ou diminui sub-repticiamente a quantidade de redistribuição" e, paralelamente, se serve a outras finalidades legítimas para a política fiscal neutralizar as externalidades negativas da tributação (MURPHY; NAGEL, 2005, p. 236).

Veja-se, com isso, que escolhas tributárias impactam no próprio regime de propriedade e na capacidade de redistribuição do sistema e podem ter impactos profundos quando os critérios de distinção não estão alinhados com os valores que o sistema pretende proteger. Assim, os incentivos tributários podem privilegiar algumas classes em detrimento de outras – como ocorre com incentivos na tributação de renda decorrente de aplicação de capital quando comparada ao trabalho –, e pode até prejudicar a igualdade sexual e desincentivar o trabalho quando se aplica uma alíquota única decorrente da soma dos rendimentos do casal (MURPHY; NAGEL, 2005, p. 233-237). É importante, portanto, que a desigualdade seja ponderada à luz do princípio da neutralidade e isonomia, eis que a tributação causa distorções de comportamento que podem ser arbitrárias quando não justificadas com base em princípios constitucionais, com impactos diretos no exercício de liberdade das pessoas. *É pelo sopesamento da neutralidade e necessidade de materialização do princípio da igualdade que se justifica a discriminação entre contribuintes em situação distinta e, com isso, se legitima a política fiscal com a repartição do ônus de custeio de forma equilibrada*.

Como destacam Onofre Batista Junior, Ludmila Mara de Oliveira e Tarcísio Magalhães (2015), em referência à proposição de Piketty para a tributação progressiva sobre renda e herança – com preocupações sociais semelhantes às trazidas por Murphy e Nagel –, o sistema privilegia distorções quando o capital é remunerado em patamar superior à taxa de crescimento (r>g) visto que estimula a concentração de capital e fortalece a desigualdade social. Isso revelaria que um sistema que tributa mais o trabalho que o capital e ainda remunera mais o capital que a taxa de crescimento cria distorções pós tributárias, que deveriam ser neutralizadas pelas políticas públicas em prol de quem precisa. Não obstante, este descompasso revela que há um impacto da escolha da materialidade tributável que pode servir de partida para que se reflita sobre a materialização da neutralidade na cadeia de tributação, mas só é possível afirmar que um sistema é injusto quando os resultados pós tributários não neutralizam as externalidades negativas decorrentes do aumento de concentração de capital.

A desigualdade, por sua vez, não traz benefícios a todos, visto que é crescente a precarização do trabalho, que dificulta cada vez mais a materialização da plenipotencialização pela intervenção ocasionada pelas políticas públicas. O direito tributário, neste contexto, se torna um dos principais instrumentos para a

materialização da redistribuição, pois é possível melhor distribuir o ônus do custeio da máquina pública por meio da rede de seguridade social, com o intuito de materializar em grau máximo a isonomia. É dizer: só há tratamento discriminatório para que se alcance a igualdade. Com isso, conclui-se que, no contexto das democracias liberais do ocidente, os sistemas tributários devem sopesar liberdade e igualdade na repartição do ônus de custeio, com "vistas à realização da justiça" (BATISTA JUNIOR, *et al*, 2015, p. 217-259).

Contextualizado o valor preservado pelo sistema tributário brasileiro, que se pauta na igualdade materializada pela capacidade contributiva, é possível afirmar que não será qualquer discriminação que será legítima no tocante à política tributária, mas somente aquela que se presta a cumprir a finalidade redistributiva, com base na capacidade contributiva decorrente da manifestação de signo presuntivo de riqueza, avaliado o seu impacto pelo binômio custo/redistribuição, além da possibilidade de sua legitimação com base em razões relevantes para a condução de políticas fiscais e redução de externalidades negativas decorrentes da tributação. Distinções arbitrárias, que favoreçam grupos específicos sem que materializem direitos constitucionais, não são legitimadas pelo sistema tributário nacional.

Neste sentido, são interessantes as colocações do Ministro Edson Fachin nas ADIs 7371 e 7372 dado que, ao analisar um benefício fiscal do Estado de Goiás de redução de ICMS para bebidas que contivessem um percentual mínimo de fécula de mandioca em sua composição, entendeu que isto gerava uma desigualdade e desequilíbrio na concorrência e fez constar na ementa do julgamento que "não há critério de *discrímen* ao estabelecer renúncia fiscal em razão da matéria-prima, a qual parece possuir destinatário específico. Ocorrência de desigualdade e desequilíbrio concorrencial" (BRASIL, 2024a, p. 1). Veja que o próprio STF reconhece que as intervenções do poder na esfera de liberdade do particular devem se sustentar na Constituição, sob pena de a discriminação ser antijurídica, pois a regra é a vedação ao tratamento anti-isonômico, que favoreça apenas "destinatários específicos".

O modelo desenhado pela Constituição de 1988 fortalece esta leitura, eis que se orienta pelo bem comum, "tendo a igualdade social como programa fulcral", que busca atender às necessidades dos socialmente excluídos por meio de uma atuação solidária (BATISTA JUNIOR, 2009, p. 124). A adoção deste ideal solidário em uma economia capitalista que fortalece a desigualdade implica na necessidade da assunção de um papel distribuidor para mitigar os efeitos nefastos causados pela

acumulação. Neste contexto, embora consagre a propriedade privada, a não intervenção e autodeterminação dos povos e livre iniciativa econômica, o Estado Democrático Brasileiro se revela um Estado Tributário, que precisa arrecadar para arcar com as contas públicas eis que há a “separação entre fazenda pública e a fazenda do príncipe, entre política e economia” (BATISTA JUNIOR, 2009, p. 125).

Atentam contra este modelo de Estado Democrático “a tributação regressiva, isenções e anistias casuístas e injustificadas, tributos disfarçados e alheios ao ideal de justiça fiscal” (BATISTA JUNIOR, 2009, p. 129). Veja-se que intervenções casuístas e injustificadas impactam no sistema exatamente por violar a isonomia – como parece ser o caso da modulação dos efeitos decisórios. Ora, se o financiamento das contas públicas é dever da coletividade orientada pelos princípios da capacidade contributiva e isonomia, qualquer exceção que conceda um tratamento discriminatório a um contribuinte sem que tenha uma justificativa plausível à luz dos princípios constitucionais não se amolda ao modelo de Estado Democrático preconizado pela Constituição de 1988.

2.3.2 A crise do Estado Pós Providência e a intervenção do Poder Judiciário

Exatamente em razão de vicissitudes políticas decorrentes da ausência de um compromisso com um planejamento de longo prazo, somado à extensão de direitos e garantias assegurados pela Constituição, houve o esgotamento do Estado de Providência, questão que gera reflexos tanto na cobertura dos serviços prestados como no constrangimento do orçamento para o seu custeio. Como indica Onofre Batista Junior, dentre os fatores que levaram a este esgotamento, destaca-se: (i) constante aumento de carga tributária de forma desproporcional às prestações recebidas, o que favorece um sentimento de desconfiança e insatisfação dos contribuintes; (ii) ineficiência da intervenção de um Estado agigantado, altamente burocratizado sem que tenha logrado êxito em aumentar o bem-estar individual; (iii) corrupção crescente e nepotismo pelos administradores públicos; (iv) prevalência de ideologias particulares em detrimento de um projeto coletivo, acompanhado de novas preocupações no tocante ao meio ambiente e qualidade de vida; (v) descrédito com a ideia de progresso econômico associado à evolução cientifico-técnica (BATISTA JUNIOR, 2009, p. 137-138). A estes pontos, poderia somar-se a judicialização da política, com o engessamento do orçamento público por meio de decisões judiciais,

dificultando a livre alocação de recursos pelo gestor público. Este momento pode ser denominado de Estado Pós-Providência, em que o orçamento público, ainda que apequenado pelo alto patamar de endividamento e ineficiência na alocação, deve atender a patamares mínimos de bem-estar-econômico, sobretudo à população mais vulnerável, evidenciando o risco sempre premente de retrocesso no lento processo civilizatório do constitucionalismo ocidental (OLIVEIRA, 2013, p. 41-44).

É de se notar que há uma dificuldade de aferir o que seria a eficiência da administração pública neste contexto, sobretudo pela consideração da pluralidade de interesses envolvidos na condução das políticas públicas nas democracias ocidentais. Isso, pois diferentemente da eficiência dos particulares na alocação de recursos, a eficiência administrativa deve se guiar pela persecução do bem comum, canalizando de forma coerente e responsável os recursos para a materialização da democracia e da justiça social (BATISTA JUNIOR, 2008, p. 149). Toda transformação no contexto administrativo deve ser conduzida com cautela, sobretudo nas ocorrências de crises institucionais e sociais, de modo a se privilegiar políticas públicas incrementais ou graduais a mudanças drásticas, que se afastem do parâmetro conhecido (e testado). É dizer, há a necessidade de minimizar os desvios e perdas no orçamento público e, paralelamente, atender ao máximo a necessidade coletiva daqueles que dependem do Estado, inclusive com maior participação do terceiro setor (BATISTA JUNIOR, 2008, p. 156-158).

Considerando a participação cada vez mais presente do Poder Judiciário na condução da sociedade, é possível verificar que essa função deixa de ser atípica e passa a ter respaldo institucional, de modo que neste Estado Pós-Providência, também o *Poder Judiciário passa a ponderar acerca da possibilidade de assegurar a unidade do direito após a concessão de uma tutela que transcende o limite da lide individual, em um esforço de redistribuir o ônus de custeio da máquina pública com base em critérios processuais definidos ao final do trâmite do processo judicial*. Um dos instrumentos que o sistema jurídico detém para que possa realizar esse controle reflexivo acerca da concessão da tutela judicial é a modulação de efeitos decisórios.

No caso deste instituto, não raro após a prolação de uma decisão de mérito, o tribunal é provocado na estreita via dos Embargos de Declaração para que possa se manifestar acerca da necessidade de limitação dos efeitos das decisões já proferidas. Há um problema com relação a esse *iter* processual, dado que não há uma cognição ampla com relação à materialização dos requisitos exigidos pela legislação, que

podem necessitar de algum grau de instrução. Ademais, sempre que a modulação não for expressamente afastada haverá omissão com relação à análise do pedido de modulação, dado que os tribunais compreendem que se trata de matéria de ordem pública que poderia ser suscitada de ofício pelo julgador para que fosse preservado em grau maior o sistema jurídico e a Constituição.

Veja-se que seria necessária uma cognição mais ampla para que se pudesse aferir quais os efeitos da decisão que configuraram como antecedente a ensejar a necessidade de, à luz da Constituição, aplicar um consequente que os limite para um grupo de jurisdicionados específico. Inclusive, a manifestação e participação de toda a coletividade se revela sobremaneira relevante pela constatação de que eventual decisão que acolha o pedido de modulação terá efeitos parcialmente infringentes com relação àqueles que não foram excluídos da modulação, o que poderia atrair a aplicação analógica do artigo 10, do CPC, dado que seria vedado ao julgador decidir sem oportunizar que aqueles impactados pela decisão se manifestassem acerca dos impactos que serão arcados com base em elementos extraídos de sua realidade, coletivo representado pela figura do *amicus curiae*.

Aferir a existência de impactos efetivos não se resume a avaliar qual o valor será arcado pelos cofres públicos, vai muito além e deveria abarcar tanto a interface do valor arrecadado indevidamente contraposto ao orçamento público, como também o impacto econômico nos setores afetados, inclusive no tocante à possível distorção concorrencial que seria gerada pela adoção de um marco para modulação que exclua ao menos um jurisdicionado que se beneficie integralmente da tutela sem que exista uma justificativa juridicamente válida para a preservação de sua expectativa. Veja-se que uma decisão judicial a favor de um contribuinte cria um benefício que, a rigor, poderia ser pleiteado pelos seus concorrentes.

Assim, quando o sistema jurídico é provocado e passa a reconhecer um direito a um contribuinte do setor, isso leva os demais contribuintes do setor a ajuizarem ações para questionar também o seu direito e, com isso, se manterem competitivos com relação aos custos operacionais do concorrente. Estes custos, por sua vez, são compostos por uma miríade de fatores que são irrelevantes para o direito, pois os indivíduos que constituem pessoas jurídicas para exploração de atividade econômica nunca estiveram em situação de igualdade. O direito não ignora estas distorções e cria regimes que beneficiam pequenas e médias empresas e tenta, no limite possibilitado pelos seus instrumentos, tratar de forma desigual os desiguais e, com

isso, assegurar ao máximo o princípio da livre concorrência. Isso se dá, portanto, no exercício de políticas públicas fiscais, que impactam na estrutura de arrecadação e cobrança de tributos para viabilizar, no mar de complexidade que é o sistema tributário brasileiro, o exercício de atividade econômica de forma livre.

Uma decisão que cria um benefício para um contribuinte e exclui todos os outros da tutela cria uma distorção com relação a este, que terá uma vantagem econômica referente à recuperação de tributos recolhidos indevidamente no passado – o que representa um crédito que reduz o custo tributário no presente – com relação àquele que não foi beneficiado integralmente da tutela, para quem o direito só vale a partir do momento da prolação da decisão ou outro marco que venha a ser fixado pela corte. Por outro lado, uma decisão que beneficie a maior parte dos atores de um mercado em detrimento de uma minoria se revela potencialmente mais danosa, dado que os contribuintes que sofreram com a modulação serão submetidos a uma concorrência potencialmente desleal considerando a redução de custos do restante de seu setor econômico.

Isso é relevante para que se reconheça que *os impactos econômicos não devem ser pensados exclusivamente da perspectiva dos cofres públicos, mas também dos impactos com relação aos "cofres dos particulares", especialmente para que se possa aferir a violação à livre concorrência gerada pela criação de uma categoria de excluídos da modulação, que se beneficiam integralmente da tutela judicial*. Para que isso seja possível, é imprescindível que o tribunal envolva a sociedade civil organizada, que deve ser ouvida por meio de audiências públicas com participação dos *experts* que possam apresentar dados concretos que tornem possível a delimitação desta segunda lide, isto é, qual seria o efetivo efeito da decisão já proferida que deveria ser limitado nesta nova etapa do procedimento que, embora seja uma decorrência quase acessória, impacta de forma direta na proteção da tutela a um grupo de jurisdicionados.

Não obstante, este impacto é sempre avaliado em abstrato, a partir de generalizações que simplificam quais seriam os efeitos das decisões e, com isso, esvazia-se não só a delimitação da lide, como também os argumentos com respaldo jurídico que justifiquem a limitação da eficácia da decisão que, embora devesse ser motivada, normalmente é provocada por um dos Ministros e submetida ao crivo da votação pelo colegiado. O primeiro ponto, com relação à ausência de densificação fática acerca dos efeitos do julgado é criticado por Tathiane Piscitelli e Juliana Araujo

ao afirmarem que a modulação para conter os danos econômicos da decisão tende a ser realizada “sem verdadeiro escrutínio do argumento orçamentário”, de modo que “razões de interesse público e segurança jurídica são suscitadas e rapidamente acolhidas pelos membros” (PISCITELLI; ARAUJO, 2024, p. 420), questão que pode denotar um desvirtuamento do instituto por uma fundamentação genérica que, “ao invés de gerar segurança jurídica e garantir a confiança legítima no sistema, pode estimular a produção de normas inconstitucionais, com reflexo direto no aumento da litigiosidade e do contencioso tributário” (PISCITELLI; ARAUJO, 2024, p. 420).

Essa constatação reforça a compreensão da tese defendida, dado que *nos desencontros da tutela individual e coletiva, o tribunal racionaliza o efeito de sua própria decisão para tentar conciliar o inconciliável e, com base em uma distinção que não se justifica no plano dos direitos constitucionais, provoca o surgimento de um paradoxo no direito por uma criação oriunda do núcleo do sistema* – ponto que será posteriormente retomado e desenvolvido.

Destaca-se também que, após a crise do liberalismo clássico, havia a necessidade de se repensar o papel da tributação. Com isso, foi ganhando espaço a compreensão de que o próprio tributo tem como finalidade a legitimação da propriedade. A tributação é o instituto que molda as relações econômicas e torna possível o financiamento das políticas públicas que, por sua vez, materializam os objetivos da Constituição. Por isso, é possível afirmar que em democracias maduras, a tributação redistributiva passa a ser pensada como uma exigência da materialização da igualdade, de modo que o tributo deixa de ser apenas um mecanismo de financiamento estatal, servindo para a realização de uma finalidade legítima de justiça social. Há uma compatibilidade evidente dessa visão com a Constituição de 1988 “que, agradando ou não, é um Estado Tributário Redistribuidor” (BATISTA JÚNIOR, 2015, p. 92), que tem em seu sistema constitucional a limitação ao poder de tributar em paralelo a dois vetores de fundamental importância, quais sejam a igualdade e capacidade contributiva – complementares no tocante ao dimensionamento do critério para legitimação de um tratamento desigual para igualar indivíduos em situações distintas. Ocorre que, ao tentar conciliar a lide individual e a unidade do direito, os tribunais deixam de atuar como órgão jurisdicional e passam a fazer políticas públicas, sobretudo quando visam materializar direitos constitucionais que gozam de alta carga axiológica – o que inevitavelmente discrimina aqueles beneficiados daqueles que não são beneficiados pela mesma tutela judicial, que é – ou deveria ser – una.

Assim, nota-se que, embora as políticas públicas redistributivas tenham como palco o Poder Legislativo e Executivo para planejamento e execução, é crescente a interação dos demais poderes na definição das pautas sociais que serão preservadas pelo sistema jurídico – sobretudo pela abertura do Poder Judiciário para ser provocado pelas demandas sociais. É possível verificar o surgimento de um desequilíbrio funcional quando a decisão judicial se fundamenta em razões que transcendem o limite da lide, de modo que passa a se nortear por uma agenda na alocação de recursos em detrimento do próprio direito positivo, como uma espécie de política pública que atenua os impactos decorrentes de erros praticados por autoridades políticas no passado (ou mesmo o efeito da inércia do Poder Judiciário), notadamente pela definição de critérios que distinguem aqueles que serão beneficiários da política pública dos que não serão.

Isso se torna mais evidente quando se analisa a estrutura de uma política pública. Como descreve Celina Souza (2006), as políticas públicas podem ser classificadas como: distributivas, que privilegiam certos grupos sociais ou regiões; regulatórias, que dizem respeito a questões burocráticas e de grupos de interesse específicos; redistributiva, que atingem um maior número de pessoas e impõe perdas concretas no curto prazo para certos grupos sociais e ganhos incertos no futuro para outros; e constitutivas, que dizem respeito a procedimentos. Após analisar modelos diversos de políticas públicas, a autora chega a uma síntese dos pontos teóricos principais a que se presta essa disciplina, a saber: “permite distinguir entre o que o governo pretende fazer e o que, de fato, faz”; envolve vários atores (formais e informais) e níveis de decisão de forma abrangente, isto é, não limitado à leis e regras; é uma ação intencional com objetivos a serem alcançados; visa o longo prazo; envolve processos subsequentes de implementação, execução e avaliação. Definir a política pública, pensada enquanto ação do governo (gasto público), envolve necessariamente a ideia de que os recursos são escassos, e não há como garantir algum direito sem restringir outro.

O Poder Judiciário, ao intervir de forma ativa na condução de políticas públicas, passa a exercer a jurisdição não com base em leis e regras, pois para materializar ao máximo os princípios constitucionais este determina a adoção de uma ação com objetivos a serem alcançados, retirando do Governo – Poder Executivo e Legislativo – a capacidade de gerir quais são as expectativas a serem asseguradas no nível

jurisdicional, sem debate prévio para parametrização desta política pública em âmbito democrático.

Também é interessante pensar que há uma redistribuição de ônus, pois embora a tutela jurisdicional produza efeitos *erga omnes*, só haverá sucumbência em favor de poucos jurisdicionados escolhidos mediante a adoção de um marco sujeito à conveniência do julgador. Esse ponto se torna criticável quando se percebe que a repartição funcional de competências entre os poderes serve exatamente para que seja limitado o arbítrio e, quando o Poder Judiciário, detentor do aparato de mobilização da violência social, atua à margem de regras para frustrar a expectativa do jurisdicionado que seria beneficiário da tutela *erga omnes* com base apenas em objetivos, não há qualquer possibilidade de que exista previsibilidade – especialmente quando o objetivo da tutela é surpreender os jurisdicionados e limitar ao máximo a eficácia da decisão que foi tomada e, com isso, minimizar os impactos econômicos desta pensados enquanto custo para o Poder Público.

Não se olvida que a intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas, com comprometimento do orçamento por decisões que obrigam o Estado a gastar de uma determinada forma, evidencia como é possível uma atuação direta e positiva do julgador para materializar um direito constitucional. Não obstante, a crescente intervenção do judiciário na seara política faz com que o julgador passe, crescentemente, a pensar com a perspectiva do administrador público que este passa a ser. Resultado dessa mudança de perspectiva em um contexto do Estado Constitucional que dá ênfase no precedente e na unidade do direito seria a preocupação do impacto que a própria decisão terá na disponibilidade dos recursos, sobretudo quando a lide envolve o Poder Público. Assim, *o julgador passa a realizar um juízo de conveniência sobre a manutenção ou não da segurança jurisdicional sem que este juízo seja controlável por nenhuma outra instância ou Poder*.

2.3.3 O poder de agenda na alocação dos recursos sociais e a política pública realizada pela decisão judicial que reparte o ônus de custeio

Como indica Sérgio Resende de Barros, o Poder Judiciário tem uma atuação importante no controle de políticas públicas, mesmo à luz de princípios constitucionais programáticos. Considerando que políticas públicas são “diretrizes de condutas”, estas se reportam a interesses primários do Estado, que visam regular a sociedade

civil e conceder proteção àqueles que mais precisam. Por se nortear com base no interesse público primário, devem ser guiadas pelo bem comum e pensadas pela perspectiva de toda a coletividade, ponto que diverge do interesse público secundário, que diz respeito ao órgão público pensado enquanto corporação (BARROS, 2012, p. 36).

Veja-se que a judicialização das políticas públicas implica na alteração do lócus deliberativo para o Poder Judiciário, o que implica no esvaziamento da autonomia dos demais poderes. Isso, pois passa-se a existir um *poder de agenda* muito mais concentrado do que aquele experimentado nas demais esferas representativas da sociedade, dado o alto grau de fragmentação política da coalisão democrática, que dificulta a tomada de decisão. Essa preocupação se alinha com aquela formulada por Boaventura de Souza Santos, quando afirma que o judiciário é crescentemente confrontado com lides que podem fazer com que este passe a exercer a jurisdição à margem de regras e conquistas consolidadas, com risco da ocorrência de *contrarrevoluções* para privilegiar categorias e grupos específicos, ao alvedrio da luta democrática. É exatamente em decorrência da prestação negativa que se espera de um órgão que tem a inércia como regra – dado que só responde quando provocado pela lide jurídica –, que se constata que o guardião da Constituição transcende sua função e passa a assumir um papel de criador, o que tem impacto direto na delimitação de quais interesses comporão o *poder de agenda* das decisões da corte na alocação dos recursos da sociedade (MEDEIROS, 2024, p. 149).

Isso é relevante pois, ao definir quem serão os beneficiários da tutela, o tribunal distribui o ônus consubstanciado na denegação da tutela (já concedida) apenas a grupos determinados por uma segunda decisão, restringindo-a sem explicitar todos os elementos que o levam a limitar sua própria função em ofensa à isonomia. Embora as decisões não aclarem os interesses subjacentes ou mesmo as técnicas jurídicas que levam à excepcionalização de uma categoria e não outra, os resultados impactam diretamente na repartição dos recursos em um momento pós tributário, sobretudo pela constatação de que a tutela jurídica será moldada e alterará a realidade experimentada pela parte com base em um critério que não estava disponível *a priori* que, reintegrado ao sistema, limita mediante uma forma processual a extensão da proteção que será assegurada pelo Direito.

Ademais, a redução do interesse do ente público como se fosse o excepcional interesse social exigido pela modulação seria uma impropriedade conceitual, como

apregoa Cláudio Tessari (2023). Para o autor, além de ser necessária a consideração concomitante dos requisitos excepcional interesse social e segurança jurídica em decorrência da leitura conjunta dos artigos 27, da Lei nº 9.868, de1999 e artigo 927, do CPC (TESSARI, 2023, p, 346), seria também necessária a densificação conceitual do que seria excepcional interesse social, de modo que “o aplicador do direito deverá superar a indeterminação dos conceitos cujo termo o legislador não definiu” (TESSARI, 2023, p, 350). Como adiantado, essa superação não poderia se dar pela substituição do interesse social por uma versão restritiva que seria em verdade o próprio interesse público na manutenção dos efeitos de uma norma inconstitucional. Por isso, entende que quando estiver envolvido o interesse da Fazenda Pública, não haveria que se falar em excepcional interesse social, sob pena de se desvirtuar a modulação sempre em favor do interesse público. Desse modo, seria necessário que a corte fundamentasse a existência do interesse social mediante “interpretação integrativa – lei material, lei processual e preceitos constitucionais” e afastar “hipóteses que possam caracterizar a presença de razões de interesse público em substituição ao excepcional interesse social” (TESSARI, 2023, p, 381-382).

Para isso, o tribunal deveria realizar uma ponderação entre a norma constitucional violada e o dispositivo legal julgado inconstitucional, para verificar se há materialidade passível de ser resguardada à luz do sistema constitucional integralmente considerado e, verificado que os efeitos refletirão no Estado-administrador ou no Estado-social, estes deverão ser afastados se forem restritos ao primeiro. Por fim, constatado que estar-se-á diante de argumento consequencialista financeiro que privilegiaria indiretamente o Estado-administrador, então seria necessário que fosse cotejado o período em que o cidadão se submeteu à norma inconstitucional e foi compelido a pagar tributo sem norma que justificasse, sopesando o impacto entre o valor que foi arrecadado e o valor que seria restituído (TESSARI, 2023, p, 381-382) – sob pena de o excepcional interesse social se travestir em uma falácia argumentativa à disposição da corte para que sejam modulados os efeitos, como aponta Daniela Gueiros Dias no tocante à utilização de um consequencialismo judicial, dado que a adoção de consequências extrajurídicas para sua materialização implicaria na permissão “ao julgador atuar de modo arbitrário e desvinculado do próprio Direito” (DIAS, 2021, p. 202).

Embora a reflexão de Tessari seja de que o argumento econômico e financeiro deveria avaliar não só a perspectiva do Estado-administrador que é enfatizada pela

corte em suas decisões, mas também o período em que o cidadão se submeteu à incidência da norma inconstitucional e foi compelido a recolher tributo sem amparo na Constituição, sopesando o impacto do valor que foi arrecadado com relação ao que deveria ser restituído, percebe-se que se trata de um apelo para que a modulação não seja tomada com base em critérios que se distanciam da lide travada. O objetivo de sua crítica é que a justificativa para a modulação não recaia sobre o interesse econômico que o Poder Público possui na lide, que seria por ele denominado de "interesse público", mas sim sobre o interesse social, "sob pena de distorcer os conceitos constitucionais e abrir "portas ao relativismo, com afronta à jurisdição constitucional (TESSARI, 2024, p. 367).

Assim, verifica-se que sempre existirá um interesse público nas lides que envolvam o Poder Público, mas a excepcionalidade do relevante interesse social deve se fazer presente para justificar o motivo de se limitar aquilo que já foi reconhecido em favor dos jurisdicionados em uma decisão *erga omnes*. Compreende-se que, para Tessari, a diferença reside na fundamentação da decisão, que precisa elencar quais "direitos fundamentais da sociedade" merecem ser resguardados pelo direito, dado que ao cotejar apenas o impacto econômico que o Poder Público irá arcar, é evidente que a decisão permitiria que o Estado se beneficiasse do ato inconstitucional que ele mesmo praticou (TESSARI, 2024, p. 367) – *venire contra factum proprium* que só pode ser convalidado quando se está diante de uma ofensa ainda mais grave da própria Constituição. Por isso, como será melhor explorado no capítulo 3.3.1, Misabel Derzi (2009a) reconhece que a modulação em favor do Poder Público poderia ocorrer por razões de ordem orçamentária, mas a exclui do escopo da segurança jurídica pensada por uma perspectiva subjetiva – o que pode ser adensado pela constatação de que uma modulação realizada para resguardar a manutenção do Estado de Providência para os jurisdicionados mais necessitados à luz do orçamento público se daria com base no relevante interesse social, dado que há um mínimo de segurança jurídica em sua densificação. Este ponto será mais bem abordado no capítulo 3.4.

2.3.4 O impacto orçamentário e seu papel na delimitação da lide da modulação

Deve-se lembrar que a comparação entre o impacto nos "cofres públicos" e nos "cofres particulares" não gera um sopesamento favorável aos contribuintes, pois ao se comparar o direito subjetivo à repetição do indébito e o abrandamento da crise no

Estado prestacional, prevaleceria sempre essa última pois seria mais útil para a sociedade. Como não seria crível esperar que o Poder Público praticasse ações contra sua própria integridade estrutural, que é colocada em risco nas lides tributárias que delongam no tempo e passam a envolver quantias financeiras expressivas, o impacto no cofre do particular não seria um elemento eficiente a fazer frente com qualquer impacto arcado pelo Poder Público, que já se vê constrangido a custear uma rede ampla de seguridade social sem que possa se negar a mantê-la. Por isso, esse desdobramento econômico poderia ser pensado exatamente para se avaliar o impacto que as modulações gerariam no princípio da isonomia, pois ao se limitar apenas parcialmente os efeitos da modulação, cria-se um paradoxo em que direito e não direito são simultaneamente experimentados por contribuintes que foram submetidos da mesma forma a uma norma ilegal, mas que tiveram comportamentos diversos no tempo.

Estes comportamentos diversos no tempo, que não estavam previamente estabelecidos, são utilizados como únicos elementos de distinção para dizer quem será ou não beneficiado com a tutela, que não pode ser concedida a todos já que o impacto econômico seria grande. Para preservar a coexistência de uma decisão vinculante para a coletividade proferida em um controle de constitucionalidade concentrado com processos individuais no âmbito do controle de constitucionalidade difuso, a corte passou a preservar ações ajuizadas antes de determinado marco. Esse critério não tem sido bem delimitado e é replicado sempre que a corte percebe que há necessidade de se limitar os efeitos das decisões, um dos poucos padrões decisórios que pode ser extraído do acervo jurisprudencial do STF, como narra Vettorato (2025), embora tenha sido objeto de constante debate no âmbito do STF e STJ, dado que a afetação consistiria em marco que limitaria em maior grau o direito assegurado aos jurisdicionados e, com isso, minimizaria o impacto orçamentário decorrente da sucumbência em uma lide que gera efeitos *erga omnes.*

Não raro, portanto, a corte entende que a modulação deve ser realizada pelo relevante impacto econômico que a decisão terá nos cofres públicos, sem que essa seja bem delimitada com base em elementos concretos ou mesmo dimensionada com relação aos contribuintes que serão beneficiários da tutela comparados aos que não serão. Como narrado, a doutrina tipicamente rechaça a utilização de argumentos econômicos do Poder Público como se fossem a consubstanciação do próprio interesse primário, dado que ao assim fazer, há o esvaziamento da própria tutela pela

manutenção da expectativa da parte sucumbente, que nunca devolverá valores arrecadados indevidamente. Tessari, embora distinga interesse público de interesse social, acaba atribuindo ao vocábulo o mesmo sentido que parte da doutrina denomina de interesse público secundário, que seria o interesse econômico do Poder Público na lide, enquanto o interesse público primário seria o exercício das funções constitucionais, o que demanda financiamento.

Feito este esclarecimento, este não está sozinho ao afirmar que o interesse público secundário não seria justificativa passível de legitimar a modulação dos efeitos decisórios em matéria tributária, como defendem Diego Diniz Ribeiro e Maysa de Sá Pittondo Deligne (2019, p. 117). Esse entendimento, porém, não é unívoco, pois como defende Tathiane Piscitelli em sua tese, na relação entre direito tributário e Estado Democrático de Direito, considerando a função redistributiva e justiça fiscal, seria possível a utilização de argumentos consequencialistas de ordem orçamentária, dado que é necessário que o orçamento público seja preservado para que não ocorra a interrupção da prestação de serviços essenciais, o que poderia se confundir com o excepcional interesse social, desde que fundamentado em dados concretos acerca do orçamento público (2011, p. 232-234). Em similar sentido, Clara Marcelle Alves Meneses defende que o argumento consequencialista poderia servir como indicativo de qual caminho o julgador deve seguir quando há mais de uma resposta correta, com consequências distintas. Com inspiração na teoria dos sistemas, defende que só haveria *alopoiese* caso o argumento consequencialista fosse utilizado como única razão da decisão (MENESES, 2016, p. 455).

Este embate doutrinário, embora relevante, não parece capturar exatamente o ponto da modulação que diz respeito à consequência (provocada pelo Poder Judiciário) de se atribuir integral eficácia à decisão judicial que acabou de ser proferida. A matéria litigiosa da modulação não está lastreada no direito envolvido no litígio, mas sim nas expectativas das partes depositadas na lide e da sociedade no direito, dado que a decisão terá impactos *erga omnes* e atingirá todos os jurisdicionados – ainda que não de forma igual. Com essa consideração, percebe-se que o tal “argumento do impacto orçamentário” seria, em verdade, a própria delimitação da lide para que sejam demonstrados os possíveis efeitos concretos (para o próprio direito e para a coletividade) caso a tutela seja concedida em seu grau máximo, como é de se esperar em sistemas democráticos que privilegiam os direitos

conquistados pelos jurisdicionados, que confiam ao Poder Judiciário a função de intermediação dos seus conflitos e imunologia social.

Dessa forma, a demonstração dos efeitos concretos gerados pela decisão que já foi tomada teria o condão de servir de base fática para construção de uma norma jurídica de modulação dos efeitos para aquele caso concreto, à luz dos critérios de segurança jurídica e excepcional interesse social. É bom destacar que o impacto econômico *per si* poderia ser um indício de uma causa relevante para a sociedade, mas para que seja possível deduzir sua existência no caso concreto, é necessário acrescer outras premissas, pois o excepcional interesse social protegido pelo direito deve recair sobre os direitos constitucionais envolvidos, sobretudo considerando que a modulação neutraliza parcialmente a sucumbência e, com isso, amesquinha o direito que venha a ser deliberado em favor da parte vencedora. Desta forma, *o impacto é o ponto de partida da verificação, pelo sistema do direito, acerca da legitimidade da confiança depositada pelo jurisdicionado no sistema (segurança jurídica), bem como com relação ao impacto desta para o funcionamento do sistema como um todo e para a manutenção dos direitos consagrados pela constituição, no que se insere o embate entre indivíduo e coletividade (excepcional interesse social)*.

Disso, percebe-se que esse interesse primário do Estado, de materializar os direitos constitucionais por meio de uma prestação positiva, se complementa pelo interesse público secundário (sobre o qual recai a lide). Com isso, há uma dificuldade de separar qual seria a modulação que privilegia o interesse social primário daquela que privilegia o interesse social secundário, dado que o efeito e função seria o mesmo. Para Tessari (2023), essa confusão entre interesse público e interesse social seria superável, dado que os direitos sociais estariam previstos nos artigos 6º a 11 da CF, além de que a ordem social estaria prevista em seus artigos 193 a 232, enquanto os direitos e obrigações do Estado tido como um ente público se reportam aos artigos 18 a 43. Por isso afirma que “[t]oda e qualquer analogia entre os interesses público e social é equivocada” e “abre portas ao relativismo” (TESSARI, 2023, p. 366-367).

Embora seja possível concordar com o autor acerca da arbitrariedade proporcionada pela adoção dos interesses públicos primários como se consubstanciasse todo o interesse social, legitimando modulações apenas para restrição do impacto econômico, é importante ter em mente que é a tributação que sustenta a estrutura garantidora de todos os direitos e viabiliza sua própria existência. Assim, há interesse social no tocante à manutenção das estruturas estatais até

mesmo para que continue existindo direito no futuro. Não obstante, para que exista direito no futuro, é necessário que o Poder Judiciário assegure em grau máximo a eficácia jurídica à luz das disposições constitucionais, o que consiste em uma dialética que tem que ser vencida pela decisão judicial que se pretende vinculante para toda a coletividade, sobretudo quanto ao impacto econômico arcado pelos entes públicos na qualidade de RPs.

Ademais, é possível retomar as lições de Ávila no sentido de que, constatada a colisão entre princípios, o Poder Judiciário deveria fundamentar à exaustão os motivos que o levaram à excepcionalização dos efeitos da tutela. Quando os tribunais o fazem com ênfase nos interesses públicos secundários, evidencia-se a impossibilidade de materialização da repetição do indébito pelo impacto econômico que o próprio indébito irá causar para o ente que indevidamente cobrou tributos. O argumento aqui é circular e parte-se de uma pré compreensão de que os efeitos de causas de grande repercussão devem ser afastados e, com isso, o debate passa a focar em aspectos procedimentais, como o marco temporal e qual extensão da modulação. Por isso, com base nas reflexões de Tessari, poderia se afirmar que, se há um caminho hermenêutico adequado para a realização da modulação, ao menos os fundamentos adotados deveriam partir da análise dos direitos constitucionais que seriam afetados – questão que não se revela presente nos julgamentos realizados pelo STF, cuja ênfase reside no custo da tutela para o Estado, que [sempre] pode ser perdoado pelo Poder Judiciário em um ato de império que lesa a expectativa do jurisdicionado.

Veja-se, portanto, que ao reduzir o escopo da discussão do interesse público primário à luz do secundário, há uma evidente contradição do sistema em um nível hermenêutico, de modo que não se enfoca nos direitos que devem ser preservados, mas sim no interesse de uma das partes para que a decisão não seja aplicada integralmente, subordinando a possibilidade de materialização da tutela com base em uma impressão que o Poder Judiciário possui acerca da disponibilidade de recursos públicos e a melhor forma de alocá-los.

Isso, pois os litígios instaurados pelos jurisdicionados decorrem de pagamentos de valores indevidos, de modo que se pleiteia o reconhecimento dos abusos tributários praticados pelo Poder Público. Por sua vez, o Poder Público realmente tem o papel de provedor de serviços essenciais no modelo de Estado Democrático de Direito consubstanciado pela Constituição de 1988, mas, quando litiga, visa preservar o

interesse público secundário, isto é, o seu orçamento. Assim, o embate que existe se dá entre o direito do jurisdicionado às proteções constitucionais contra os abusos da tributação de um lado e, de outro, a tentativa do Poder Público de manter a legitimidade sobre a tributação, mantendo-se os valores arrecadados e possibilitando a cobrança do passado.

Quando o Poder Judiciário reconhece que o jurisdicionado tem razão e, paralelamente, reconhece que há uma impossibilidade material de materialização da tutela, ele anula a própria garantia constitucional lesada em prol do interesse público secundário, dando ganho de causa a quem violou o sistema jurídico. Por esta razão, a preocupação de que a modulação preserve a inconstitucionalidade em matéria tributária se torna mais relevante, dado que modular implica em reverter o provimento da tutela em contrariedade à própria norma jurídica que fundamentou a instauração do sistema de conflito.

2.3.5 A prevalência da tutela coletiva sobre a individual

A modulação de efeitos decisórios, quando realizada ao alvedrio da isonomia, releva uma contradição grave que, quando tratada de forma leviana, pode levar a um esvaziamento das próprias garantias constitucionais contra os abusos da tributação. Isso, sobretudo considerando que há uma demora inerente no processo judicial, pois há um tempo de maturação mínimo para que a questão chegue aos tribunais superiores e nele seja decidida, questão agravada pela demora dos próprios tribunais de julgar processos de maior relevância e repercussão econômica. Esse problema, por exemplo, pode ser verificado no famoso Tema de Repercussão Geral nº 69, em que o STF, entre o julgamento de mérito em 15/03/2017 e o julgamento dos embargos de declaração em 13/05/2021, registrou o transcurso de aproximadamente 4 anos e 2 meses – valor que fica próximo à média de duração total dos processos incluindo as execuções fiscais, de 4 anos e 3 meses apurado em 2023 (BRASIL, 2024). Esse exemplo, embora pareça extremo, apenas reflete uma dificuldade dos tribunais de darem vazão aos casos de grande complexidade e repercussão econômica em tempo hábil e, por uma ineficiência própria, acabam provocando efeitos graves em desfavor da segurança jurídica.

Inclusive, ao se considerar que o julgador atua “de forma ativa na permanente e histórica construção e reconstrução deste sentido jurídico, perfazendo o papel de

um mediador jurisdicional", que materializa as finalidades micro – relativas ao sistema de conflito – e macroscópica do direito – que se relaciona à permanente (re)criação do Direito como resposta tendencialmente sincrônica para os necessários problemas de convivência humana –, há um papel central na coisa julgada como "reflexo da ideia de uma justiça de ordem prática, i.e, de uma justiça que caminha ao lado de uma segurança jurídica de índole material" (RIBEIRO, 2024, p. 37; 38; 43). A coisa julgada é o elemento que materializa a tutela e estabiliza a norma individual e concreta que será aplicável ao caso para dissolver o sistema de conflito e reintegrar um sentido jurídico passível de ser replicado e refinado para os próximos casos enfrentados pela corte. Com isso, há um aspecto integrativo da coisa julgada que, ao materializar o direito, tem a capacidade de criar "uma unidade conteudística ao Direito, proporcionando, por conseguinte, uma segurança jurídica de índole material, ou seja, que ande em compasso com o valor da justiça" (RIBEIRO, 2024, p. 48).

A coisa julgada, quando conceituada como "a estabilização da decisão de mérito, após o seu trânsito em julgado, que se projeta para fora da relação processual em que formada" (RIBEIRO, 2024, p. 62) é exatamente o que ao longo deste trabalho se denomina de tutela jurídica. Isso, pois o direito só se realiza pela efetivação da tutela em favor do jurisdicionado, de modo que o sistema jurídico possa projetar seus efeitos para fora, impactando diretamente no sistema de conflito que é representado pela relação processual, dissolvendo-o.

O conflito entre essas tutelas, individual e coletiva, pode implicar na própria cessação da eficácia da tutela individual, quando esta esteja em desacordo com a coletiva. Por isso, no entender de Diego Diniz, quando a decisão vinculante tiver sido proferida antes do trânsito em julgado, haveria um "*error in procedendo*", enquanto se for posterior, poderia levar à rescisão desde que respeitasse os prazos da legislação processual contados do exaurimento dos efeitos da tutela (RIBEIRO, 2024, p. 344-345). Este entendimento levaria à uma conclusão similar à defendida pela Ministra Regina Helena Costa ao preservar as coisas julgadas ocorridas em momento anterior à decisão de modulação (com base na proteção também da segurança jurídica subjetiva). O racional é que, partindo do pressuposto que a decisão judicial é uma norma emanada pelo Poder Judiciário, haveria uma maior importância das decisões vinculantes que não conseguem realizar a unidade do direito pela manutenção da segurança jurídica não através do direito tido como "planificação prévia de ações", e sim "como segurança do Direito" (RIBEIRO, 2024, p. 170), em que são preservados

“os vetores irredutíveis da normatividade jurídica” (RIBEIRO, 2024, p. 170, apud BRONZE, 1997, p. 112-113).

Embora a preocupação de Diego Diniz Ribeiro em sua tese seja relativa à possibilidade de rescisão da coisa julgada com base em precedentes [vinculantes], o caráter criativo positivo da decisão judicial é um dos pilares estruturais que o levam a concluir que sim, a coisa julgada pode ser revista nos casos de relações de trato sucessivo, mas não poderiam ter os seus efeitos tolhidos de forma retroativa, isto é, “empregadas para rescindir os efeitos já consumados da decisão acobertada pela coisa julgada” (DINIZ, 2024, p. 343). Nesse particular, a modulação dos efeitos decisórios pode ensejar a rescisão da coisa julgada, dado que o pronunciamento do Poder Judiciário em favor da modulação planifica de forma retroativa a historicidade do sistema, criando uma instabilidade para a coisa julgada.

Destaca-se que, em alguma medida, o próprio STJ foi além dos limites propostos por Diego Diniz ao legitimar a rescisória nos casos em que a coisa julgada se aperfeiçoou em momento anterior à decisão de modulação, como se verifica do Tema de Repetitivo nº 1.235, em que foi fixada a tese de que “nos termos do artigo 535, parágrafo 8º, do Código de Processo Civil (CPC), é admissível o ajuizamento de ação rescisória para adequar julgado realizado antes de 13/5/2021 à modulação de efeitos estabelecida no Tema 69/STF” (BRASIL, 2024e). Esse entendimento, além de legitimar a modulação nos casos de *error in procedendo*, também afeta aquelas situações que se estabilizaram antes mesmo da prolação da decisão que autorizou a modulação, quais sejam aquelas que deveriam ser preservadas com base na coisa julgada individual pela proteção da segurança jurídica subjetiva defendida pela Ministra Regina Helena Costa para que o jurisdicionado tenha segurança no direito, que não serão preservadas pela adoção de um marco objetivo para o seu cabimento.

Também fruto da existência de uma dualidade na proteção da tutela em uma esfera macro e micro, a modulação se insere como elemento de planejamento dos impactos, o que distancia o sistema jurídico de uma finalidade imunológica (negativa), refletindo os anseios da sociedade por um excesso de positividade, em prol de uma “sociedade do desempenho”, em que a ação e a identidade são reduzidas à esfera do trabalho e produção – questão que leva ao cansaço e ao esgotamento (HAN, 2017). Isso é fruto da dualidade proporcionada pela inação sucedida por uma crescente urgência por ações, que provoca uma perda da própria funcionalidade jurídica para

acomodar outros interesses da sociedade, com possível perda de identidade sistêmica no processo de busca de uma hipereficiência.

Por isso é relevante pensar que decisões judiciais que dizem respeito à materialização de direitos constitucionais podem implicar na alteração do paradigma decisional de jurídico/anti-jurídico para impacto desejável/indesejável, típico de sistemas decisionais políticos. Inclusive, isso se aplica à modulação dos efeitos decisórios, que passa a ter uma feição de política pública a ser definida pelo Poder Judiciário, como se a tutela [sempre] comportasse uma relativização. Isso, pois na modulação dos efeitos decisórios, há uma projeção dos efeitos da decisão, normalmente por um prisma econômico que envolve o argumento de que os recursos são limitados e não é possível assegurar a jurisdição a todos, o que leva à suposta necessidade de limitar quem serão os beneficiários da tutela, sob pena de supostamente vir a ocorrer a interrupção na prestação de serviços essenciais.

Embora este seja o argumento de fundo (interrupção dos serviços essenciais), em verdade a discussão gira em torno dos recursos evolvidos na controvérsia, que é o próprio interesse público secundário, sobretudo pois as discussões orbitam em suposições e terrorismos dado que não escutam bem a sociedade civil organizada e não se embasam em dados concretos de impacto. Exatamente por isso, não é possível a escolha de um critério constitucionalmente válido para que seja realizada a modulação com base no procedimento atualmente conduzido pela corte, em que bastaria afirmar a existência de razões de segurança jurídica e relevante interesse social para que a votação seja levada a cabo. Veja-se que há uma ação que envolve o Poder Judiciário e demais integrantes da lide, de modo que é proferida uma decisão abrangente, que não se limita a leis e regras – dado o alto caráter de generalidade que gozam os termos excepcional interesse social e segurança jurídica no contexto das decisões dos tribunais –, que visa equalizar a proteção jurídica à lide individual com a unidade do direito mediante limitação dos efeitos da própria tutela, como se fosse ela a causa do gasto público.

A modulação dos efeitos em matéria tributária é problemática exatamente por tratar o direito material como uma espécie de insumo que poderia ser manipulado pelo julgador pela aplicação de uma forma processual, relativizando as categorias clássicas que as tutelas judiciais possuem, lastreado em construção doutrinária e consuetudinária, sem o emprego de uma fundamentação coerente que legitime e sistematize sua aplicação. Interessante pensar que o problema de sobreposição do

direito material e direito processual não se manifesta apenas no direito civil, com a sentença que altera uma posse de boa-fé que já havia sido exercida de fato, mas também na modulação dos efeitos decisórios, em que a própria segurança do efeito da tutela é relativizada não em prol do direito material subjacente, mas por estruturas processuais que autorizam o uso de razões que transcendem a lide e não estão definidas *a priori*, sendo dependentes de uma densificação conceitual.

2.3.6 A desigualdade na política pública conduzida pelo Poder Judiciário

Considerando este novo papel do Poder Judiciário, que se relaciona de forma mais profunda com os demais subsistemas da sociedade e atua para assegurar a materialidade da norma constitucional, se tornou necessário que os julgadores tenham informação confiável com relação a aspectos técnicos de outras áreas do conhecimento, que não são esperadas que um jurista domine. Exatamente por isso, houve um esforço por parte do CNJ para assessorar tecnicamente o julgador com relação a dados científicos dos tratamentos de saúde que eram pleiteados pelos jurisdicionados no processo de judicialização de políticas públicas.

A dificuldade de o sistema jurídico apreender a realidade do ponto de vista científico se torna melhor manejável quando é possibilitada a participação dos setores científicos como colaboradores da lide. Isso se deu mediante estímulos à criação de núcleos de apoio técnico que tornassem possível a tomada de uma decisão informada, que adotasse critérios de racionalidade e cientificidade adequados para que a intervenção do Poder Judiciário fosse efetiva e assegurasse o direito individual e justificasse o ônus orçamentário imposto ao SUS, como destacado no tocante à judicialização da saúde. Essa experiência, ainda que não seja uniforme em território nacional, surtiu efeitos positivos no TJMG com o acordo de cooperação que firmou com o NATS (núcleo vinculado ao Hospital das Clínicas e UFMG), em que este emite laudos e notas de apoio técnico para que os julgadores possam tomar decisões seguras e informadas acerca dos tratamentos negados que resultam em lides, questão que fortalece a democracia pela materialização de direitos constitucionais fundamentais – principalmente no tocante às medidas liminares concedidas (SOUSA; SOARES JÚNIOR; PEREIRA, 2018, p. 35).

Importa frisar que, na prática, ao fixar critérios e balizas que seriam passíveis de reforço jurídico com base no valor abstrato da saúde, em verdade o que ocorre é

a densificação de uma escolha anterior realizada pelo tribunal, no sentido de permitir “que pessoas busquem diretamente no Judiciário a satisfação de prestações individuais”, o que implica na assunção de “funções que pertencem à esfera administrativa” (BIZEVIC, 2025, p. 241-242). Como os tribunais passaram a depender de núcleos de apoio técnico, passa a exigir uma subordinação da qualidade da decisão com relação à eficiência destes órgãos colaterais ao direito, o que “evidencia como a funcionalização da jurisdição pode criar estruturas paralelas de gestão da saúde” (BIZEVIC, 2025, p. 242).

Ademais, veja-se que, de um lado, a decisão que concede um tratamento oneroso a um particular pode salvar-lhe a vida, mas por outro, pode limitar a capacidade de funcionamento de todo o sistema de saúde público, cujo impacto financeiro só é passível de dimensionamento após a execução das referidas decisões judiciais. Isso, pois ao ser obrigado a custear um tratamento a um indivíduo por meio de decisão judicial, a administração pública, a princípio, não pode se negar a cumprir a tutela concedida em seu desfavor, sobretudo considerando a natureza do direito envolvido, o que leva a um necessário constrangimento das contas públicas para reduzir as verbas que custeiam os serviços aos demais jurisdicionados – sem que seja possível saber se estes terão acesso ao mínimo.

Aqui são relevantes dois pontos para reflexão. Primeiro, os jurisdicionados que tem acesso à justiça para pleitear um tratamento médico são aqueles que possuem maior organização ou capacidade econômica, de modo que grupos marginalizados tem maior dificuldade de recorrer à via judicial para assegurar seu direito, questão que deve ser intermediada pela Defensoria Pública e Ministério Público, órgãos que possuem limitada capacidade de atuação considerando a amplitude do rol de necessitados. Segundo, a dificuldade de acesso à saúde judicializada torna possível um constrangimento orçamentário no tocante aos programas de atenção básica de saúde exatamente por parte daqueles grupos marginalizados que não possuem acesso a uma assessoria jurídica especializada, com possível limitação da cobertura de serviços dos jurisdicionados que não litigam, estimulando mais a judicialização, o que constrange a própria racionalidade sistêmica de assegurar direitos aos que mais precisam, dado que estes só serão materializados em favor daqueles que possuem maior capacidade de informação e acesso à prestação jurídica (WANG, 2009, p. 94-96).

Inclusive, essas diferenças são perceptíveis a nível nacional pela observação dos objetos das ações ajuizadas pelos jurisdicionados que pleiteiam a materialização do direito a saúde e evidenciam os múltiplos perfis de litigância existentes. Isso, pois nos Estados do Norte, como no Pará, a litigância "correspondia a medicamentos listados na "Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME)", sendo um "recurso ao Judiciário para fazer cumprir a política pública", enquanto nos Estados do Sudeste, como São Paulo, a litigiosidade é para solicitar "procedimentos ou medicamentos não previstos no SUS ou no rol da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS)", conforme sumário executivo divulgado pelo CNJ (BRASIL, 2019, p. 20). Os distintos perfis de litigiosidade refletem as desigualdades regionais e fortalecem a existência de uma desigualdade na prestação de serviços essenciais, marca de um federalismo fragilizado pela crise do Estado de Providência, privatizada junto ao Poder Judiciário por grupos específicos. Com isso, torna-se perceptível que há uma atuação crescente do Poder Judiciário em decorrência da inefetividade ou inação dos "demais poderes", o que desequilibra a balança de freios e contrapesos.

Essas desigualdades também são perceptíveis em questões tributárias, dado que os contribuintes não se figuram em igual situação. Considerando a complexidade do sistema jurídico, ainda é recorrente que sociedades empresárias de pequeno e médio porte não tenham assessoria jurídica especializada, sobretudo em questões tributárias. Aqui cabe uma breve consideração sobre o baixo custo que representa o litígio de grandes teses no âmbito do Poder Judiciário, questão que decorre da ampliação do uso do Mandado de Segurança em matéria tributária, sem que a parte sucumbente sofra o ônus sucumbencial. Esse remédio constitucional, embora tenha sofrido com a jurisprudência do STJ como aponta Cassio Scarpinella Bueno (2020) com relação ao resguardo apenas de parcelas que venceram após a impetração – como deliberado no REsp 1.176.713/GO – e pela jurisprudência do STF que entendeu que se houver valor a devolver o pagamento deve ser realizado por precatório – como decidido ARE 1525254 – , é amplamente utilizado para o debate de teses tributárias dado que o resultado do provimento é declaratório e assegura o direito à compensação na via administrativa.

Isso para dizer que, embora o custo do manejo e manutenção de uma ação tributária posse ser baixo, além de que no caso de sucumbência os ônus recaem apenas sobre as custas e os encargos pagos aos profissionais que conduziram as ações, a contratação deste tipo de assessoria especializada tem um custo e passa a

se justificar apenas quando a sociedade empresária alcançou um determinado patamar em que o custo tributário passa a ser maior que o custo de se defender contra a tributação abusiva. Assim, não são todos os contribuintes que ajuízam ações, sendo certo que não estão sob o amparo de defensoria pública para que tenham o seu direito assegurado.

Para além deste ponto, existem muitas consultorias que, em verdade, praticam fraudes ou vendem sonhos que não se materializam, deixando os clientes com dívidas tributárias que não raro são acompanhadas de multa de ofício ou qualificada, chegando a patamares muito mais altos que o proveito econômico aparente que é obtido no primeiro momento, o que descredibiliza toda a categoria de profissionais sérios que atuam no mercado tributário. Outrossim, a própria autorização para rescisão de coisa julgada que tenha se dado antes do julgamento da definição do marco, mas em data posterior à sua delimitação, também fragiliza a expectativa daquele jurisdicionado que já tenha se compensado parcial ou integralmente, que poderá ser compelido a devolver os valores que já foram compensados. Essa questão foi chancelada pelo STJ quando do julgamento do Tema de Repetitivo nº 1245, em que se autoriza o manejo de rescisória para que seja adequada a coisa julgada obtida ao pronunciamento vinculante adotado pelo STF em momento subsequente (STJ, 2025e).

Volta-se à constatação, portanto, que a modulação que prestigia contribuintes que ajuizaram ações antes de determinado marco acabam por privilegiar aqueles contribuintes que possuem assessoria constante, dado que estes sempre litigam nas teses que estão com debate em fase de maturação e, com isso, se beneficiam integralmente da tutela ao final – o que favorece somente os RPs. Os OS são [quase] sempre preteridos, pois sua litigância é pontual e dificilmente vão se manter atualizados com relação às discussões tributárias mais relevantes, sobretudo quando estas não são afetas ao setor específico do contribuinte e se aplicam de forma geral para setores econômicos diversos. A tentativa cada vez maior de restrição da tutela decorre da constatação de que o mercado tem criado uma demanda por litigância quando os tribunais afetam causas em repercussão geral ou repetitivo, ponto que apenas agrava o contexto anti-isonômico da modulação em uma circularidade viciosa.

É dizer, embora com boas intenções, nem toda intervenção do Poder Judiciário gera o resultado esperado, pois o sistema jurídico só tem capacidade de avaliar os impactos decorrentes de seu pronunciamento no próprio direito – ainda que passível

de alguma mensuração econômica –, sendo inevitável a limitação para prever toda a extensão dos resultados concretos que decorrem do ato de decidir. Por isso o exemplo da judicialização da saúde, um dos primeiros ramos em que se verifica uma atuação mais ativa do Poder Judiciário na esfera de política pública do Poder Executivo, com reflexos em orçamento e cobertura de assistência de saúde.

Esse exemplo também traz um elemento rico para a análise, pois o Poder Judiciário primeiro é chamado a intervir em um litígio que envolve conhecimentos especializados e, após a proliferação de decisões duvidosas do ponto de vista científico, houve um esforço de racionalização sistêmica para repelir demandas predatórias e ilegítimas e, com isso, garantir maior integridade do sistema judiciário na intermediação do conflito relativo à abrangência do direito constitucional à saúde e o que deve ser custeado pelo Poder Público. Não obstante, diversas decisões já foram e são proferidas, de modo que orçamentos públicos com a saúde se encontram substancialmente comprometidos para arcar com o seu impacto. Isso representa cerca de 32,9% da média de gastos que os Estados tiveram com medicamentos em 2023, conforme pesquisa realizada pelo IPEIA (2025) e se presta ao fornecimento de medicamentos e tratamentos a indivíduos específicos.

É importante frisar que essa atuação ativista do Poder Judiciário impacta na forma com a qual o STF se comunica com a sociedade em geral. Como apontam Rebecca Magalhães e Ernani Carvalho, existem evidências de que a atuação contramajoritária da corte, em que as ADIs são julgadas procedentes, tenham cerca de 24 vezes mais chance de que o resultado do julgamento seja reportado ao público em geral (2023, p. 32). Essa forma com a qual a corte lida com a própria influência no contexto social pode gerar resultados adversos dado que, na busca por apoio público, o tribunal pode ser influenciado pela expectativa que este tem com relação ao que a sociedade deseja, ainda que essa sociedade opere como uma coalizão de minorias (MAGALHÃES; CARVALHO, p. 33). Esse ponto é relevante para refletir sobre a modulação dos efeitos decisórios, dado que as decisões do que é preferível para adquirir apoio social não necessariamente correspondem ao que se submete ao código de legalidade.

Também por isso é importante frisar que, no caso da judicialização da saúde, os parâmetros para calibrar a racionalidade jurídica advém da contribuição de instituições médicas que elaboram laudos sobre tratamentos, questão que está amparada em estudos empíricos conduzidos por pesquisadores e possibilitam o

controle de qualidade da prestação jurisdicional. Quando o assunto é o impacto de uma decisão judicial *erga omnes*, a situação se revela mais complexa, dado que toda a coletividade, em maior ou menor grau, será impactada pelo provimento jurisdicional em um único momento, mediante a prolação de uma decisão que irradia efeitos não só ao Poder Público e às partes litigantes, mas também à livre iniciativa e impacta cada setor de forma diversa. Por isso, é interessante que a participação da sociedade civil organizada seja reforçada pelas cortes, dado que só quem sofrerá com a decisão pode mostrar ao julgador quais são os impactos gerados pela sua prolação, o que fortalece a importância de figuras como a do *amicus curiae* – embora exista um fechamento por parte dos tribunais para aceitar que a sociedade civil representada por seu *amicus curiae* possa provocar a corte com o pedido de modulação via Embargos de Declaração, o que se torna contraditório pela constatação de que a corte pode conhecer de ofício da matéria e enfrentá-la, como será posteriormente abordado.

Outra reflexão passível da comparação com a experiência com a judicialização da saúde é a peculiaridade relevante que este tipo de lide ostenta: trata-se de assegurar o direito individual com base na norma constitucional a despeito de questões orçamentárias, que seriam secundárias considerando a gravidade do direito constitucional a ser tutelado, que muitas vezes envolve risco de vida e torna a não concessão da tutela irreversível. Há uma preocupação com a efetividade do tratamento e com relação ao seu custo, em uma tentativa de conceder ao indivíduo, por meio da tutela judicial, o que deveria ser universal – ou universalizável.

Ocorre que nem todo direito fundamental tem a mesma carga axiológica, de modo que, ao se analisar a jurisprudência em matéria tributária, a situação se torna ligeiramente diferente. Isso, pois embora o direito tutelado também tenha raízes constitucionais, a tutela tributária é, via de regra, passível de mensuração pecuniária, de modo que há uma fungibilidade no tocante ao seu objeto– ainda que o direito constitucional se reporte à relação fisco-contribuinte e não ao seu resultado. Assim, assegurar um direito constitucional em matéria tributária não raro implica no reconhecimento da existência de um indébito, pois os jurisdicionados submetidos a um comando ilegítimo só podem deixar de segui-lo (com segurança) após autorização judicial – questão que decorre do princípio de presunção de constitucionalidade das leis.

Com o aumento de discussões acerca da legitimidade de exigências tributárias, os tribunais passam a enfrentar uma tensão equiparável à experimentada na

judicialização da saúde eis que assegurar o direito contra a tributação abusiva (e devolver o indébito recolhido pelo Estado) implica em reduzir o recurso disponível para a manutenção dos programas de política pública e funcionamento do maquinário estatal, com dois agravantes. Primeiro, os próprios tribunais de forma reiterada proferiram decisões que constrangeram e constrangem as contas públicas e, com isso, se tornaram de certa forma responsáveis pela exequibilidade futura de suas decisões – densificadas como políticas públicas. Segundo, é importante lembrar que o direito à repetição do indébito dos contribuintes não é, em um olhar descomprometido com a realidade individual dos jurisdicionados que se sacrificam para adimplir com as suas obrigações, uma questão de vida ou morte, dado que pecúnia é fungível por excelência. Essa reflexão se agrava após a pandemia da COVID-19, dado que o Poder Judiciário, além de fixar imposições orçamentárias, passou a atuar como verdadeiro agente político, conduzindo políticas públicas que tipicamente seriam reservadas ao Legislativo com fim único de melhor conduzir a própria sociedade.

Assim, o emprego do argumento moral no direito tributário, diferentemente do que ocorre no direito à saúde, não beneficia o particular, dado que a materialização do seu direito não cumpre com uma finalidade coletiva, ou mesmo viabiliza o não perecimento de um direito programático à saúde, o que leva a evidente prejuízo com relação às garantias individuais contra o poder de tributar. Por isso a doutrina rechaça a utilização de argumentos consequencialistas em direito tributário, pois ao se contrapor a devolução do dinheiro a um particular com o argumento *ad terrorem* de que os hospitais vão fechar por falta de verba, por exemplo – comprometendo um direito infungível de uma coletividade indefinida, mas real –, a tutela do direito individual poderia ser vista até mesmo como um ato mesquinho, que beneficia apenas um em detrimento de todos. Por isso José Maria Arruda de Andrade chega a afirmar que esse juízo de ponderação com base em um “terrorismo consequencialista” não poderia motivar uma “ponderação entre a aplicação da legislação em vigor versus a proteção do mau litigante” no Estado [Democrático] de Direito, sendo duvidosa a legitimidade do STF de realizar a gestão fiscal no tempo pela postergação do marco para devolução de indébito tributário (DE ANDRADE, 2021, p. 486).

Essa visão, que pode ser traduzida também como uma perspectiva utilitarista do direito, fortalece a ideia do julgador como um agente de política pública, eis que a decisão passa a assegurar a maior satisfação a um maior número de pessoas, de

modo que o sacrifício de alguns seja compensado pelo bem coletivo alcançado – esvaziando o seu caráter contramajoritário. A modulação de efeitos ganha forças, portanto, em um contexto de alta litigância que se agrava com as crises políticas e sociais experimentadas em tempos recentes no Brasil.

2.4 Modulação dos efeitos, ativismo judicial e crises sociais

2.4.1 O aumento da utilização da modulação e as crises sociais

Como dito, a postura ativista do judiciário se reforçou no contexto pandêmico, questão que foi escancarada pelas decisões proferidas pelos tribunais no intuito de combate à propagação do vírus sem respaldo em normas emanadas pelo Poder Legislativo. Esse ponto foi objeto de crítica por Dirceu Siqueira e Henriqueta Lima (2022) mediante análise da Recomendação nº 62, de 2020, do CNJ que sugeriu “aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo”, notadamente pela concessão de medidas cautelares diversas da prisão, bem como pela revisão das prisões cautelares já fixadas. Ocorre que a medida gerou externalidades negativas ao desprestigiar a prisão dos devedores de alimentos, que foram colocados em prisão domiciliar, “o que seria regra geral a todos as pessoas que conseguem cumprir as orientações da Organização Mundial da Saúde” – sobretudo em um momento que a pensão poderia ter se tornado ainda mais necessária para o alimentando (SIQUEIRA; LIMA, 2022, p. 279).

Assim, mediante a adoção de uma recomendação que transcende o escopo de regulação *interna corporis* e invade a esfera de competência legislativa, o Judiciário acabou por esvaziar a tutela das normas que determinam a prisão do devedor de alimentos sem amparo em um comando legislativo. É importante não olvidar que cenários extremos podem ensejar comportamentos excepcionais, mas é possível evidenciar que o Brasil vive cada vez mais situações excepcionais do ponto de vista político e jurídico, o que tem fortalecido o papel institucional do Poder Judiciário que, embora atue ativamente para resguardar a Constituição e democracia, por vezes profere decisões que invadem a esfera de competência dos demais poderes e até esvaziam a tutela jurídica sem a devida fundamentação (e nem justificativa).

A situação não é diferente em matéria tributária. Em mesmo sentido do que já defendemos, como destacam Renato Lopes Becho e Roberto Lima Campelo, embora a função do Poder Judiciário seja a tutela dos interesses individuais e coletivos, a este não compete o planejamento de políticas públicas exatamente por lhe faltar a capacidade de apreensão do cenário global do tema enfrentado (2020, p. 144). Embora no âmbito do processo exista uma abertura para a participação de *amicus curiae*, com a integração da sociedade na formação do direito e possibilidade de que "um terceiro imparcial e neutro ao processo forneça elementos para que o juiz melhor pondere aos fatos subjacentes às normas jurídicas e suas consequências práticas em todos os campos", há uma limitação na capacidade criativa do julgador "de uma norma jurídica particular ao caso concreto" (BECHO; CAMPELO, 2020. p. 145-146). A preocupação dos autores estava na identificação de qual teria sido o momento que legitimaria o Poder Judiciário a criar uma regra particular que não existe no ordenamento em favor de beneficiários específicos sem que fosse violada a separação dos poderes e o primado da legalidade, típico dos sistemas de *Civil Law*. Esse alerta revela a limitação do poder judiciário de tratar de temas sensíveis à sociedade "de maneira criativa", sobretudo ao conceder uma vantagem tributária a um particular, dado que é vedado ao Poder Judiciário conceder benefícios fiscais sob fundamento de princípios constitucionais, conforme jurisprudência do STF (BECHO; CAMPELO, 2020. p. 164).

Esse indício do impacto da crise sanitária no tocante à interpretação judicial pode ser evidenciada pelas ações que visavam a suspensão das obrigações tributárias pelas dificuldades ocasionadas pela pandemia da COVID-19, muitas que foram deferidas pelos tribunais para afastar penalidades pelo descumprimento de obrigações e posteriormente revertidas "haja vista os inegáveis desembolsos estatais ao estacamento da instabilidade proporcionada pelo novo coronavírus" (PRETTO, 2020, p. 39). Esse indício revela a crise do direito, dado que o Poder Judiciário primeiro respondeu a uma demanda sem base legal e posteriormente se retratou em decorrência do impacto econômico, quando o fundamento poderia muito bem ter sido a ausência de probabilidade do direito dada a inexistência de comando normativo autorizativo da suspensão pleiteada – uma questão de enfoque hermenêutico que pode parecer singela, embora consista no próprio núcleo legitimador do Poder Judiciário em sociedades democráticas.

Todo este cenário de crise sistêmica e falência da máquina pública, com crescentes constrangimentos orçamentários, impactam de forma direta no manejo do instituto de modulações de efeitos. Com o aumento da importância de precedentes vinculantes, que planificam a aplicação do direito em âmbito social, tem se tornado comum que o tribunal aprecie até de ofício a possibilidade de modular os efeitos, ao total alvedrio da tutela jurisdicional pleiteada pelas partes e do próprio direito material em litígio. Esse aumento desmesurado de sua utilização faz com que a lide perca a importância (ou o enfoque), de modo que o resguardo do direito passa a ser debatido em abstrato, mediante padrões genéricos de segurança jurídica e, por tornar usual um instrumento excepcional, há flagrante impacto nos direitos adquiridos e atos jurídicos perfeitos, como aponta Tercio Ferraz Junior (2024, p. 80).

Nesse contexto, é perceptível a tendência de utilizar cada vez mais do instituto nos julgamentos realizados em controle concentrado ou difuso objetivado para abrandar os impactos decorrentes da aplicação dura da teoria da nulidade dos atos constitucionais (teoria que historicamente prevaleceu no controle de constitucionalidade brasileiro), temperando-a com a possibilidade de adotar, em casos específicos, a teoria da anulabilidade, o que levaria à conclusão de que o ato inconstitucional teria seus efeitos preservados até o momento da prolação da decisão de inconstitucionalidade, ou em outro momento que seria definido pelo tribunal. Inclusive, este ponto é corroborado com os números de julgamentos realizados pelo STF em matéria tributária, sendo perceptível um aumento expressivo de decisões que se inicia em 2019 com 25 decisões e se acentua expressivamente em 2023, com mais de 100 decisões que deferiram a modulação dos efeitos (PAULA JÚNIOR, *et al*, 2025, p. 18).

2.4.2 O paradoxo decorrente de a modulação simultaneamente visar a proteção individual e racionalização jurídica

É interessante ressaltar que esse “tempero” no efeito da decisão que declara a inconstitucionalidade gera perplexidades em diversos níveis. Primeiro, haveria a coexistência de teorias antagônicas no tocante à produção de efeitos da norma inconstitucional, de modo que sua adoção simultânea pelo sistema jurídico revela uma contradição do sistema, eis que em algumas situações a regra geral é que a decisão que declara a inconstitucionalidade produz efeitos a contar da temporalização jurídica,

respeitados os prazos prescricionais para postulação. *Nesse sentido, o "tempero" que a modulação proporciona à teoria da nulidade é o seu abandono, eis que quanto mais se discute sobre os possíveis efeitos de se manter um ato inconstitucional e quanto maior a importância da utilização do instituto, mais próximo se está da adoção de uma teoria da anulabilidade, eis que sempre será possível a preservação do efeito do ato inconstitucional* – respeitado o quórum qualificado previsto pela Lei nº 9.868, de 1999 ou nem mesmo isso, se a modulação se der com base no CPC de 2015.

Esse ponto já lança uma luz sobre este cenário e evidencia que a banalização do instituto da modulação revela, em verdade, que há o abandono da teoria da nulidade em prol da adoção da teoria da anulabilidade, de modo que os tribunais assumem a incumbência de definir, para além do direito vigente, a extensão da tutela jurisdicional que será conferida às partes em qualquer hipótese que justifique ser excepcionalizada. Assim, embora a modulação seja tratada como uma exceção à teoria da nulidade, as referências a este título na jurisprudência do STF configuram meras memórias de um tempo que já foi, mais uma destas contradições proporcionadas pela adoção simultânea de teorias conflitantes. Ademais, quanto maior o poder de delimitar o resultado da lide, menor a previsibilidade de que o direito irá assegurar a expectativa do jurisdicionado. Este ponto é o principal objeto de críticas na esfera tributária, pois fragiliza a segurança jurídica do contribuinte, que se vê compelido a cumprir com um comando inconstitucional e, ao final da lide, terá uma coisa julgada inexequível, pois o próprio tribunal esvaziou total ou parcialmente a pretensão econômica com o corte temporal da modulação.

Se há um problema ao se analisar decisões proferidas em lides diversas com a adoção de teorias conflitantes, a modulação analisada sob a perspectiva de um único caso revela uma contradição muito mais profunda, que pode ser concebida para os fins deste trabalho como sendo um *paradoxo*. Isso, pois ao mesmo tempo em que a decisão assegura o direito de alguns jurisdicionados, os tribunais realizam um corte temporal arbitrário para limitar a tutela concedida a outros jurisdicionados. O paradoxo da modulação é um ponto que será central na compreensão da inconsistência do sistema jurídico e da circularidade que o força a crescentemente modular decisões e conviver com o conflito de se estruturar o discurso processual difuso à luz do pensamento do controle concentrado – isto é, discursos construídos com base em premissas que são incompatíveis.

Jimir Doniak Jr (2024, p. 163-164) enfrenta o incômodo gerado pela modulação, que tornaria possível manter o efeito jurídico da norma inconstitucional que deixaria de ser nula *ab initio*, de modo que a tutela produziria efeitos apenas para o futuro. Para o autor, haveria um paradoxo pela inconstitucionalidade ou ilegalidade se tornar aceita no passado na historicidade do sistema jurídico, ainda que transitoriamente. Aqui há um ponto que merece ser aprofundado que diz respeito à contraposição do que se poderia considerar uma *contradição*, que corresponderia a este cenário de o sistema preservar apenas o futuro, convivendo com os efeitos antijurídicos do passado convalidado pela modulação, do que se poderia considerar como um *paradoxo* no direito, isto é, o direito simultaneamente gerar resposta de proteção de expectativa para alguns jurisdicionados e não gerar os mesmos efeitos para outros jurisdicionados que estão em uma situação análoga.

A contradição parece ser resolvida por uma digressão ao fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, que reside na Constituição, de modo que restringir o efeito de uma declaração de inconstitucionalidade se revelaria positivo para resguardar o próprio estado de coisas constitucional, o que não seria possível pela aplicação “dura” do direito. Essa contradição do direito alinhado a um ideal de justiça já se fazia presente desde o direito romano, de onde se extraem os brocardos *summum ius summa injuria* (o máximo de direito, a máxima injustiça), do qual se deriva *fiat justitia et pereat mundos* (que se faça justiça, ainda que o mundo pereça) (DONIAK JR., 2024, p. 163-164) – ponto que evidencia a presença de um “ideal de justiça” a ser perseguido pelo direito desde seu berço no âmbito da civilização ocidental. Assim, a modulação dos efeitos teria o condão de, por meio da criação de uma contradição interna ao direito pelo contraste dos horizontes temporal passado e futuro, mitigar os possíveis impactos decorrentes da tutela judicial, tendo como finalidade maior o resguardo da própria ordem jurídica constitucional.

É possível perceber também que a coexistência de teorias sobre a produção de efeito de normas inconstitucionais é refletida pelas estruturas de controle de constitucionalidade difusos e concentrado, que são conduzidas de forma paralela pelo Supremo Tribunal Federal, cujos efeitos decorrentes da decisão proferida em cada procedimento seriam distintos quando pensados pela perspectiva das teorias guia que embasaram a sua criação. O fortalecimento do sistema de precedentes se revela um catalisador da perda da força do controle de constitucionalidade difuso em prol de uma proteção sistêmica que se verifica no controle concentrado de constitucionalidade, de

modo que há uma tentativa de compatibilização crescente por parte do STF da proteção de tutelas individuais em um contexto que a força cogente da decisão irradia efeitos *erga omnes*.

Esse giro faz com que o sistema privilegie planificações macro em detrimento de resoluções micro – isto é, se esvazia o direito individual do jurisdicionado (*autopoiese basal*) em prol de um fortalecimento do direito procedimental (*reflexividade*), que preserva [apenas] as impressões geradas pelo próprio sistema ou valores maiores que mereçam ser protegidos sob pena de ofender mais à Constituição do que a produção de efeitos da norma inconstitucional – conceitos luhmanianos melhor explicados no capítulo 4.

Isso deixa marcas profundas na forma com a qual instituto da modulação dos efeitos evolui na sua reiterada aplicação pelos tribunais, dado que há uma certa flexibilidade no tocante à definição das consequências das decisões proferidas pelos tribunais superiores quando se pensa que a decisão vai produzir efeitos para toda a coletividade e não só para as partes em litígio. A gestão de risco que deve ser realizada pelo julgador ao decidir se revela muito mais complexa em um contexto de decisões vinculantes, pois mais relações são impactadas simultaneamente, de modo que o sistema jurídico pode causar um impacto grande nos demais subsistemas da sociedade, ponto que realmente faz com que a consequência das decisões já tomadas seja tematizada após o final do julgamento de mérito e debatida, com fito de suavizar o impacto social como um todo em resguardo à segurança jurídica ou excepcional interesse social.

Assim, ao se priorizar a prolação de decisões *erga omnes* que vinculem todos os jurisdicionados, o tribunal pensa mais no efeito da tutela (eficácia), dado que o efeito desta decisão impacta na própria realidade jurídica e produz efeitos para fora do sistema que não são dimensionáveis pelo julgador, seja pela limitação do procedimento ou pela expertise envolvida na projeção. É dizer: dado o susto de se ter decidido o que se decidiu e do medo de se deparar com os possíveis efeitos concretos decorrentes da decisão – que vale para toda a coletividade –, o tribunal filtra a sua própria intervenção e se anula, não concedendo a tutela jurisdicional esperada (ao menos a parte dos jurisdicionados).

O aposto ao final evidencia o ponto intensificador do que pode ser considerado como o maior problema da modulação de efeitos decisórios: na prática sempre há um critério de distinção que não existia na norma jurídica impugnada para determinar

quais são os jurisdicionados que serão excepcionados da limitação ofertada pela modulação de efeitos, que permanecem protegidos pela tutela de mérito concedida pelo tribunal, gerando os efeitos esperados de um provimento declaratório. Esse ponto é central para a compreensão do *paradoxo* que passa a existir no direito, em que direito e não direito se dão simultaneamente com relação a eventos idênticos – excepcionalização que beneficia os contribuintes que possuem perfil de litigância em detrimento daqueles contribuintes mais passivos, que preferem aguardar a definitividade das discussões para pleitear o seu direito. Com isso, em verdade, há um movimento de circularidade em que os tribunais passam a considerar cada vez mais a "corrida pelo acesso ao poder judiciário" como indicativo do marco a ser utilizado para modulação de efeitos. Neste particular, concordamos integralmente com a crítica de Jimir Doniak Jr. no sentido de que quanto mais hipóteses de excepcionalidade, mais ávida será a corrida ao judiciário, sobretudo pois os que não litigaram não serão atendidos com a segurança de sua tutela (2024, p. 184).

Assim, a única forma de o tribunal evitar o seu próprio congestionamento seria não realizando a modulação – o que não parece ser o caminho adotado até então. Considerando essa indicação de que a modulação se tornou um instrumento de uso reiterado, sempre disponível ao julgador para limitar a eficácia da tutela jurisdicional, é possível afirmar que o sistema passou a conviver com suas próprias contradições, dado que para um mesmo contribuinte, o mesmo fato será tratado como jurídico ou antijurídico caso este dê sorte de ter agido de modo a se enquadrar na hipótese excepcional que escapa à limitação proporcionada pela modulação de efeitos.

Não obstante, como já adiantado, esse aumento de hipóteses de modulação e relativização dos marcos considerados pelos tribunais para a sua realização evidencia, em verdade, a arbitrariedade de sua escolha para definir quais jurisdicionados serão beneficiados por não se submeterem a esta segunda norma, que limita os efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Neste particular, a norma que realiza a modulação acaba sendo regida muito mais por um pensamento de política pública de concessão de um benefício fiscal a uma categoria específica de jurisdicionados, cujos elementos definidores dos beneficiários ficam a cargo do próprio tribunal, que passa a experimentar os limites da tutela a cada caso julgado, sem consolidar uma jurisprudência clara acerca dos pontos legitimadores da modulação, perpetuando o cenário de insegurança jurídica e ausência de previsibilidade. Com isso, o direito deixa de ser um sistema que indica os possíveis sentidos a serem

atribuídos pelos jurisdicionados para o planejamento do comportamento e passam a ser centros de litígio, dado que apenas as expectativas litigadas terão a chance de serem preservadas, não sendo harmônica a relação entre a tutela individual e a coletiva.

Como narram Nina Pencak e Fausto Andrade (2024), a criação de ressalvas na realização de modulação surge no julgamento dos REs 556664, 559882, 559943 e 560626, em que se discutiu a constitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei 8.212, de 1991 e do artigo 5º do Decreto-lei nº 1.569, de 1977, que previam o prazo de 10 anos decadencial e prescricional para constituição e cobrança das contribuições previdenciárias. Após a corte reconhecer a inconstitucionalidade sob o fundamento de que prescrição e decadência são temas reservados à Lei Complementar, houve a modulação dos efeitos para que apenas aqueles contribuintes que ajuizaram ações antes da conclusão do julgamento fossem beneficiados pela tutela – porta que não se fechou nas modulações subsequentes realizadas pela corte.

Após esse julgamento, as ressalvas à modulação passaram a se dar de forma "não padronizada", de modo que podem afetar ou não processos judiciais, administrativos, autos de infração lavrados e até fatos geradores ocorridos antes da prolação da decisão. A reflexão dos autores, aproveitável integralmente na presente construção, diz respeito à necessidade de se considerar que as modulações "integram o mérito dos processos" – dado que alteram a tutela jurisdicional –, o que justificaria maior previsibilidade com relação aos marcos fixados para sua realização (PENCAK; ANDRADE, p. 121). Há um ponto relevante nessa crítica pela necessidade de sistematização que diz respeito às ressalvas que passam a surgir em momentos subsequentes, dado que modulação que ressalva apenas as ações [judiciais] ajuizadas antes do término do julgamento exclui inúmeras situações em que havia resistência por parte do contribuinte, como ocorre com a lide administrativa. Ademais, existem situações em que o contribuinte sequer foi provocado pela administração por se referir a período pretérito ainda no prazo decadencial, que poderá ser objeto de lançamento sem que seja possível a defesa da inconstitucionalidade da exigência – isto é, se não houver uma ressalva expressa. Por isso é necessário concordar com a assertiva conclusiva de que a "falta de padronização nas modulações de efeitos realizadas pelo STF faz com que surjam incertezas quanto ao entendimento que será eventualmente adotado pelos Ministros" (PENCAK; ANDRADE, p. 126), sobretudo pelo fato de a modulação restringir a própria eficácia material da tutela.

Percebe-se que o Judiciário, ao racionalizar acerca da melhor forma de restrição da tutela jurisdicional, se afasta de forma crescente da previsibilidade com relação aos marcos legitimadores de se realizar a modulação de efeitos, pois para conter os efeitos da judicialização torna-se preciso adotar marcos cada vez mais acirrados, que surpreendem de forma crescente até os contribuintes mais precavidos, que ajuizaram ações para discutir uma tese jurídica e, ao final, não são beneficiados pela tutela por uma restrição construída pelo próprio tribunal, muitas vezes em um ato de império sem cotejar de forma ampla os interesses sociais envolvidos. Isso, inclusive, pois o STF entende pela limitação de participação dos *amicus curiae* no tocante ao pleito de modulação pela via dos embargos de declaração, a despeito de previsão legal expressa nesse sentido, como apregoa o artigo 138, §1º, do CPC.

A justificativa dessa restrição à amplitude da comunicação social e do fechamento dos intérpretes da Constituição – em paralelo ao movimento de abertura dos intérpretes que levou à criação da própria figura do *amicus curiae* –, como afirma o Ministro Roberto Barroso no julgamento do RE 949297, seria de que estar-se-á "diante de recurso extraordinário julgado sob a sistemática da repercussão geral, com evidente aproximação ao controle difuso de constitucionalidade" e que "são diversos os precedentes em sede de ação direta que não reconhecem a legitimidade recursal do *amicus curiae*" (BRASIL, 2024d. p. 94). Com isso, o STF realizou uma interpretação que vai de encontro à legislação processual e, nesta colisão, prevaleceu o poder [supremo] do Judiciário na definição das próprias regras de participação da coletividade no âmbito do processo jurisdicional, limitando quais fontes podem provocar estímulos que devem ser respondidos no exercício da jurisdição – ao alvedrio de dispositivo positivado.

Percebe-se neste caso uma decisão que caminha em sentido contrário à maximização da tutela, dos direitos e garantias constitucionais dado que limita o *status activus* em prol de uma maior eficiência e racionalização do próprio tribunal, que pode conhecer de ofício da matéria mas não precisa responder às provocações da sociedade caso não queira, sobretudo pelo volume de jurisdicionados que são afetados por esse tipo de decisão. Também é relevante constatar que, ao alvedrio da legislação processual, o tribunal manteve a aplicação de uma jurisprudência cunhada sob a égide de outro diploma normativo, o que prejudicaria eventual proposta doutrinária para que seja regulamentado o procedimento da modulação – embora não a esvazie completamente. Este problema evidenciado nas cortes superiores com

relação à reiteração de conceitos firmados em outros contextos legais não é novo e tampouco raro no Brasil, tendo inclusive norteado toda a discussão de não cumulatividade com o conceito de crédito físico de ICM, uma “especificidade única do direito tributário brasileiro, como narra André Mendes Moreira (2019, p. 206-207).

É importante destacar que esse embate eficiência e máxima eficácia é relevante, pois de nada adianta o tribunal conceder tutelas que não serão ao final reforçadas, deslegitimando o próprio direito perante a sociedade. Não obstante, considerando as crises institucionais e sociais, é perceptível pelo uso da modulação uma tentativa de neutralização dos efeitos das tutelas para melhor acomodar os recursos da sociedade, questão que leva o Poder Judiciário a esvaziar sua função original na busca de um papel de condutor da sociedade que não lhe serve, dadas as limitações inerentes dos institutos jurídicos no contexto de uma sociedade democrática.

2.4.3 A dificuldade de densificação normativa tendo como base o valor: risco de colonização do mundo da vida

Esse ponto revela, inclusive, uma possível colonização do mundo da vida por meio da decisão proferida pelo tribunal, que se aproxima do sentido preconizado por Jürgen Habermas, dado que o direito racionalizaria excessivamente as relações sociais com base em critérios processuais próprios, que não partem de uma razão comunicativa, mas sim de uma razão estratégica, repartindo os recursos sociais sem respaldo em critérios constitucionais, causando perda de autonomia, desencantamento do mundo, alienação e desintegração social. A abertura axiológica contemporânea dos sistemas constitucionais gerou essa possível crise, que afeta não só na [maior] indefinição dos conceitos adotados pelos tribunais – dada a falta de recursividade em um mesmo sentido, questão agravada pela necessidade de surpreender os contribuintes com marcos novos para reduzir a litigiosidade –, mas também na própria legitimidade dos tribunais na realização de sua competência, nos termos fixados na Constituição.

Para melhor compreensão, vale rememorar as lições de Habermas sobre o controle de constitucionalidade e a orientação da jurisprudência por critérios indeterminados no âmbito da democracia. Nesse sentido, cumpre destacar que, a rigor, no exercício do controle de constitucionalidade, o tribunal constitucional não

estaria diante de uma problemática atinente à separação de poderes, embora ressalte que “[a] concorrência do tribunal constitucional com o legislador legitimado democraticamente pode agravar-se no âmbito do controle abstrato de normas” (HABERMAS, 1997, p. 300). Isso ocorre, em verdade, pois o controle abstrato de normas seria “função indiscutível do legislador” e a transmissão da competência para que um tribunal constitucional a exerça implica em uma “fundamentação complexa”, com base em direitos fundamentais que não possuem uma base normativa clara, isto é, de subsunção do antecedente ao consequente, mas sim uma determinação abstrata, aberta, carregada de ideologia que legitima um “desligamento explícito da validade das leis com força de direito – mesmo que seja apenas de modo pontual” (HABERMAS, 1997, p. 301). Esse ponto, inclusive, deu ensejo a uma dissidência entre Kelsen e Carl Schmitt acerca de qual seria o melhor palco para que fosse dirimida a dúvida referente à interpretação da Constituição. Para Schmitt, a questão não seria referente à aplicação de normas, de modo que não haveria um nexo entre normas e fatos ao se subsumir uma regra geral à outra. Por isso, Schmitt defende o controle da Constituição pelo Executivo, que teria a função de supervisão dos demais poderes – pensamento com forte impacto no contexto político da época.

Não obstante, em sentido contrário, para além de reconhecer que a Constituição seria o fundamento de validade das normas, justificando a submissão da regra geral legal à regra geral constitucional, Kelsen lança mão do fundamento de que, para se assegurar a harmonização entre os lócus de poder, considerando que o governo ou o parlamento podem ser partes litigantes nas lides constitucionais, é necessário que se apele a uma instância fora do sistema de conflito, que possa estar acima dele para exercer o poder que divide a Constituição entre governo e parlamento. Veja-se, portanto, que o pensamento de Kelsen caminhava no sentido de reconhecer a competência dos órgãos judiciais de guarda da Constituição dado que a eles não compete o exercício do poder arbitrário guiado por uma máxima finalista valorativa, pois se subsomem à legalidade normativa, sendo esta a única saída para que não houvesse um fortalecimento dos demais poderes estatais (parlamento e governo) no controle do sentido constitucional (HABERMAS, 1997, p. 302).

Ao final, o controle dos limites do que é direito passou a ser realizado pelo próprio sistema jurídico, mediante interpretação dos seus limites à luz da Constituição. Assim, é possível afirmar que no âmbito do constitucionalismo ocidental, prevaleceu o pensamento de Kelsen, com a institucionalização do controle de constitucionalidade

pela via judicial, que serve, “em última instância, para a clareza do direito e para a manutenção de uma ordem jurídica coerente” (HABERMAS, 1997, p. 302).

Veja-se que o fenômeno acima descrito evidenciava desde o início as crises que vieram a ser percebidas no contexto brasileiro, conforme críticas de Daniel Mitidiero (2015) e Humberto Ávila (2009) relativas à transição do Estado Legislativo para o Estado Constitucional. Esse ponto já era reconhecido pela doutrina alemã, que percebia a tendência neste novo paradigma de que as decisões do tribunal constitucional deixariam de ter o caráter de decisões sobre regras dado que “quase sempre [têm] o caráter de decisões sobre princípios”, questão que “agudiza a problemática da indeterminação do direito” (HABERMAS, 1997, p. 302). Não obstante, a atividade de interpretar sempre dotou de uma carga criativa, pois esconder-se na objetividade do manto da legalidade também privilegiou historicamente grupos detentores de maior poder no âmbito social, que definiam os sentidos únicos passíveis de serem alcançados por meio das estruturas de sentido jurídicas. Como toda interpretação tem um caráter criativo, esse não seria em verdade o problema deste novo paradigma constitucional, seria um problema inerente do direito enquanto sistema de linguagem. Com isso, “as competências amplas do Tribunal Constitucional Federal não constituem necessariamente uma ameaça à lógica da divisão dos poderes” (HABERMAS, 1997, p. 304). Embora a amplitude da abertura dos tribunais às demandas sociais não seja o problema, dado que a estes incumbe a guarda da Constituição (e definição do que é jurídico à luz do código legal/ilegal), persiste a compreensão de que há um problema na forma com a qual o tribunal lida com sua própria legitimidade.

Isso, pois ao analisarem a jurisprudência do tribunal alemão, diversos autores passaram a notar um desprendimento da base normativa de previsibilidade em prol da adoção de conceitos mais abertos e pautados em construções jurisprudenciais alheias à normatividade das regras jurídicas. Como narra, Bökenförd constata uma tendência de que as decisões singulares dos tribunais na adoção de uma legitimidade sancionada judicialmente, o que implicaria a transição do Estado parlamentar legislativo para um Estado de jurisdição constitucional, dado que inexistiria uma distinção qualitativa entre jurisprudência e legislação e, “[n]esta relação de concorrência, o legislador dá o primeiro lance, porém o tribunal constitucional detém a primazia” (HABERMAS, 1997, p. 304 apud BÖKENFÖRD, 1991, p. 189). Para Ingerbord Maus, a jurisdição constitucional exercida pelo TFC implica na gestão de

uma “mais-valia” interpretativa, dado que este se ocupou de definir seus próprios limites nos conflitos que lhe foram apresentados, questão que se acentua em um contexto de alta litigância em torno de temas constitucionais, o que a leva a reconhecer que o Poder Judiciário seria o superego da sociedade órfã (MAUS, 1989, p. 191).

Embora tenha problemas com relação à sua legitimação social, com impactos na autonomia dos aparelhos do Estado, é possível extrair da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão que o “sistema de direitos não pode mais ser garantido na base tradicional de uma sociedade econômica liberada”, pautada sobretudo nas “decisões particulares autônomas privadas” e, ao invés disso, deveria “ser concretizado através das realizações de um estado que dirige reflexivamente, que prepara infra-estruturas e afasta perigos, que regula, possibilita e compensa” (HABERMAS, 1997, p. 306-307).

Esse novo paradigma, no entender do autor, corresponderia à mudança de perspectiva metodológica que permitiria a abertura do direito por meio da Constituição, dado que a proteção do direito deveria ser permeada pela materialização objetiva das “normas princípio”. Na Alemanha, isso se deu por meio do desenvolvimento dos conceitos-chave que, ao lado das figuras jurídicas clássicas da Constituição escrita, passou a mediar o nível micro da ação individual e o nível macro do sistema. A rigor, o problema não é a existência do conceito-chave, dado que toda interpretação tem um ponto de partida e goza de alguma carga criativa, de modo que o tribunal, ao explicitar as premissas que subjazem o discurso jurídico, poderia em verdade dar maior clareza e segurança ao jurisdicionado ao aclarar as bases implícitas, que não estavam disponíveis para consulta. Isso, pois toda ordem jurídica se fundamenta em princípios, que seriam as normas de fundo do sistema que ultrapassam os limites normativos classicamente atribuídos aos direitos, demandando em algum grau uma legitimação externa. No contexto do constitucionalismo ocidental, é perceptível essa abertura axiológica dos princípios no próprio texto constitucional, dada as tensões entre liberdade e solidariedade que marca essa nova fase, fortalecida pelo reconhecimento de que há uma abertura da linguagem que possibilita que os valores e contexto dos intérpretes influenciem na construção do direito. Com isso, as tensões passam a ser vivenciadas pelo próprio direito, não tratadas como algo externo, que não fariam parte do processo de imunização.

Se aliando em alguma medida à crítica que já formulamos, Habermas também reconhece que esse novo paradigma não pode ser tomado de forma acrítica, pois abre-se o campo ao exercício da subjetividade do julgador. Isso, pois, ao invés de se orientar por princípios ou normas mais elevadas, o julgador passa a compreender que os princípios jurídicos se densificam com base nos valores que estes visam preservar, e não nas expectativas e comportamentos que são esperados à luz do sistema normativo inaugurado pela jurisprudência dos tribunais. Assim, o sistema jurídico passa a ser orientado por um fim para fazer cumprir preferências que não são universalizáveis, dado que "determinados bens são mais atrativos que outros" (HABERMAS, 1997, p. 316) – exatamente o problema que há ao se comparar a segurança jurídica do jurisdicionado em matéria tributária ao impacto orçamentário causado pela materialização do seu direito, dado que, por ser um valor, a preservação da expectativa pode não ser preferível e, nesta colisão, as razões passam a ser compreendidas como a delineação destes objetivos programáticos do direito que ao final são chancelados pelo julgador em um juízo de conveniência, alheio à deontologia inerente às normas e princípios jurídicos. É dizer, enquanto a validade das normas é deontológica (dever-ser) e estipulam obrigações universalizáveis, os princípios são mais abstratos e se pautam no bem coletivo, no que "é bom para nós (ou para mim)". (HABERMAS, 1997, p. 317).

Importa destacar que esta transição de uma jurisprudência sobre normas e princípios para uma jurisprudência de valores tem quatro principais características, quais sejam: (i) normas são obrigatórias enquanto os valores são teleológicos; (ii) normas possuem codificação binária e valores possuem "gradual pretensão de validade"; (iii); o grau de obrigatoriedade das normas é absoluto ou relativo; (iv) os critérios aos quais as normas e os valores devem atender dentro do seu sistema de referência (HABERMAS, 1997, p. 317). Tudo isso tem impacto direto na forma com a qual a sociedade se organiza e orienta, pois com base em normas há possibilidade de se projetar a expectativa, dado que é binária a tutela jurídica, ainda que exista algum grau de indefinição pela interpretação do direito à luz do caso concreto, mas no âmbito dos valores é apenas possível saber qual seria o "comportamento recomendável", de modo que passa a existir uma série de respostas corretas que podem ser recomendáveis, embora possam não ser convalidadas pelo tribunal ao enfrentar a lide.

Veja-se a aproximação destes pontos críticos à tese de que o sistema jurídico passa a se orientar para a realização de uma função social de agente de política pública, ponto central na desnaturação de sua função imunológica. Isso, pois ao se decidir com base em valores há uma flexibilização maior para que o julgador defina qual resultado deseja ver no caso concreto e, a partir disso, reconstrua uma motivação que legitime este desfecho com base em preferências, tangenciando a vinculação objetiva proporcionada pela normatização jurídica. Também em razão deste novo papel, os tribunais passam a atribuir um peso maior à sua jurisprudência, pois quando realiza intervenções conflitantes com a sua própria historicidade, acaba também se responsabilizando pelas mudanças de critério – responsabilização parcial pela manutenção do ônus em desfavor de alguns jurisdicionados.

Isso fica evidente na modulação realizada no Tema de Repercussão Geral nº 985, dado que sem justificativa clara o STF não preservou a expectativa daqueles contribuintes que realizaram compensações administrativas sem amparo em ação judicial, não sendo perceptível de plano qual seria a diferença da sua expectativa não litigada com relação à daquele contribuinte que ajuizou a ação para discutir o seu direito. Como já explicado anteriormente, essa modulação revela uma tendência do tribunal em proteger apenas a expectativa litigada e adoção de marcos cada vez mais restritivos para se modular, de modo que essa responsabilidade do tribunal sempre se dá de forma parcial, tanto com relação à extensão da proteção como no tocante à escolha dos jurisdicionados que serão beneficiados com a tutela.

É válido mencionar que também há impacto na lógica argumentativa empregada pelos julgadores na justificação da legitimidade de sua interpretação, dado que o valor é analisado casuisticamente, de forma particular, existindo uma flexibilidade na hierarquia entre os valores e com relação à validade destes. Isso, pois os valores se orientam para fins e objetivos específicos, rompendo a deontologia do direito (HABERMAS, 1997, p. 317-319), isto é, se relacionam em uma relação de preferência, regidos pelo já mencionado código conveniente/inconveniente, tipicamente atribuído ao campo de políticas públicas.

Com isso passa a existir um arbítrio autoritário do Poder Judiciário, dado que o discurso jurídico se deturpa em prol de um melhor funcionamento da sociedade, embora essa melhor escolha seja, em verdade, um ato de império que não media bem os interesses sociais – sobretudo quando o direito vira recomendação e o próprio tribunal escolhe não seguir a prescrição da tutela jurídica. Não por outro motivo,

Habermas já alertava que, quando o tribunal constitucional passa a se orientar pela "doutrina de ordem de valores e a toma como base de sua prática de decisão, cresce o perigo dos juízos irracionais, porque, neste caso, os argumentos funcionalistas prevalecem sobre os normativos" (HABERMAS, 1997, p. 317-319).

Uma de suas conclusões diz respeito ao fato de que os direitos fundamentais não poderiam ser superados pelos julgadores sob uma análise de custos e vantagens. É necessário que exista uma coerência no sistema de regras e uma relação entre "norma pertinente" e "retroativa", cuja realização se dê em diferentes níveis, como normas adequadas ou inadequadas, sendo que "adequação significa a validade do juízo deduzido de uma norma válida, através do qual a norma subjacente é satisfeita". A jurisprudência, quando orientada por princípios, precisa definir qual a ação que se espera em um determinado conflito, "e não arbitrar sobre o equilíbrio de bens ou sobre o relacionamento entre valores" (HABERMAS, 1997, p. 322-323). O ponto central destas reflexões se reporta à necessidade de que seja mantida a estrutura normativa e que, a partir da norma, se chegue a uma resposta correta, restaurando a validade deontológica do mandamento jurídico que escapa, muitas vezes, da escolha que seria feita pelo julgador caso este se entregasse aos horizontes dos seus desejos, dado que "[a]quilo que é o melhor para cada um de nós não coincide *eo ipso* com aquilo que é igualmente bom para todos" (HABERMAS, 1997, p. 323).

Paulo de Barros Carvalho também analisa o impacto do valor na construção normativa, dado que a compreensão da dimensão axiológica do direito não poderia implicar na supressão do código jurídico legal ou ilegal, que repousa em um modal deôntico obrigatório (O), permitido (P) ou proibido (V), marca da linguagem prescritiva e que, quando configurado a descrição acompanhada do functor O, P ou V, deve-se desencadear o consequente previsto na norma jurídica (2015, p.174-174). O valor, por sua vez, é definido como "um vínculo que se institui entre o agente do conhecimento e o objeto, tal que o sujeito, movido por uma necessidade, não se comporta com indiferença, atribuindo-lhe qualidades positivas ou negativas" (CARVALHO, 2015, p. 175). O autor chega a afirmar que não seria excessivo afirmar que os valores não existem, dado que o ato psicológico de valorar serve para atribuir qualidades positivas ou negativas a objetos, com fruto na intuição, que só existem na medida em que valem. Na palavra, "os valores não são, mas valem" (CARVALHO, 2015, p. 176). Com base na ideologia, os valores se consolidam em "posições de preeminência", que passam a filtrar outros valores, de modo que ao final, em um

sistema de valores, as preferências são subjetivamente ponderadas, isto é, a "valoração ideológica tem por objeto imediato os próprios valores" (CARVALHO, 2015, p. 176).

2.4.4 O valor e a modulação: o risco de se restringir a tutela por uma preferência do julgador

Por fim, refletindo com base nas considerações de Habermas aplicado à modulação dos efeitos, poderia se pensar que a realização da norma pertinente seria a aplicação da modulação dos efeitos decisórios, enquanto a norma retroativa – isto é, a que foi afastada pelo tribunal – seria a norma que seria afastada pela modulação. Ao se afastar o que foi afastado, volta-se ao local inicial, em que se originou o conflito. Essa imunização da modulação se daria em um nível diferente do discurso jurídico, em que o julgador passa a arbitrar acerca da possibilidade de, mesmo à luz de uma norma válida que produz efeitos, reconhecer a inadequação destes e, com isso, negar a validade da própria norma retroativa que seria decorrente da tutela do sistema de conflito instaurado perante o tribunal.

Novamente é válido refletir sobre a força dessa imunização em segundo nível, que neutraliza a imunização original com base em seus próprios critérios à luz do Tema de Repercussão Geral nº 985, dado que neste caso houve uma modulação na declaração de constitucionalidade. Curiosamente, por uma decisão do núcleo jurídico, de observância obrigatória na esfera judicial por força de lei e em diversas instâncias administrativas por previsão regimental, o STF determina que uma norma só será considerada constitucional a partir de um determinado marco, ao alvedrio da constatação de que a norma sempre teria sido constitucional. Esse novo contexto processual, fortalecido após 2015 com o reforço à autoridade do precedente, demanda um olhar mais detido da corte com relação à reflexividade no tocante aos efeitos de suas decisões, uma singeleza que pode melhorar a previsibilidade do próprio direito.

Veja-se que há um grande problema democrático quando um tribunal passa a racionar pela máxima que incumbe ao Legislativo e Executivo, lócus em que são debatidas e operacionalizadas as políticas públicas que consistem nestes programas abertos, que se reportam a fins específicos e visam cumprir valores que não estão contidos no binômio legal/ilegal. A subsunção ao código é necessária para que o

direito possa orientar o comportamento da sociedade e possibilitar o planejamento de ações com expectativa legítima do jurisdicionado em segundo nível, isto é, de que sua expectativa será assegurada pelo Poder Judiciário quando frustrada – o que não é possível pela adoção de jurisprudência orientada por valores. Com isso, a abertura semântica somada à alta carga axiológica da Constituição torna possível o desprendimento da interpretação dos elementos internos do sistema jurídico, favorecendo julgamentos particularistas acerca dos institutos.

No caso da modulação de efeitos decisórios, essa questão se manifesta por meio de uma autorização procedimental que se embasa em critérios indefinidos pelo direito e que legitimam qualquer decisão que o julgador queira tomar, em uma subversão da interpretação, dado que as particularidades do caso concreto é que serão decisivas para a própria definição dos elementos contidos na norma jurídica – quais sejam segurança jurídica e excepcional interesse social. Embora tenha cunho procedimental, sua aplicação limita o escopo material assegurado pela tutela jurídica, pois limitar a eficácia é limitar o próprio direito, dado que este só o é quando eficaz.

Com base nestas considerações, *resta evidente a natureza dúplice do instituto de modulação dos efeitos decisórios, pois: se relaciona diretamente com normas procedimentais ao qualificar os efeitos possíveis decorrentes de uma decisão judicial na qualidade de elemento integrante da estrutura do direito – ponto que se alinha com a análise de sua vinculação com a teoria da anulabilidade frequentemente realizada pelo STF; e também se relaciona com o aspecto material do direito, ao fixar consequências diversas para a preservação da expectativa com base em elementos que não dizem respeito à lide inicialmente instaurada na qualidade de norma jurídica enunciada pelo Poder Judiciário – aspecto agravado pela constatação de que a modulação tem por padrão ir além da simples limitação da eficácia do julgamento ao criar exceções para que alguns sejam beneficiados integralmente pela tutela jurisdicional concedida*. Assim, mais do que se permitir aos tribunais a fixação de um momento específico para a produção de efeitos da decisão como uma técnica processual, a modulação permite que se altere o direito de tal forma que, para além, de não ser possível a tutela do passado para alguns, tem-se a criação de duas consequências jurídicas distintas para jurisdicionados em mesma situação, mediante emprego de uma distinção que não estava prevista na norma que originou o conflito.

Delimitar o efeito de sua própria decisão e controlar quais jurisdicionados serão afetados pelo pronunciamento jurisdicional, o tribunal controla o passado, o presente

e o futuro que será assegurado ao jurisdicionado. É o poder de dizer quem terá sua expectativa frustrada após ter confiado no Poder Judiciário e este, embora reconheça a existência de uma expectativa de comportamento a ser assegurada, a assegura apenas a alguns, àqueles que não dormiram, refinando-se a antiga máxima jurídica de que o direito não socorre aos que dormem (*dormientibus non jus*) em prol de um direito que socorre apenas aqueles que acordaram cedo. Afinal, em um contexto de política judiciária, quando as tutelas que deveriam ser universais passam a se subordinar à escassez dos recursos, “só quem chega primeiro bebe água limpa”.

Essa faceta do Poder Judiciário na qualidade de um agente de política pública que define quem será beneficiado com o seu programa parece conflitar com a ideia de que o direito visa proteger a expectativa e materializar os direitos constitucionais “a partir do processo e não apesar dele”, resguardando-se o seu aspecto contramajoritário, atualmente nebulado por uma lógica de produtividade e eficiência focada no julgamento de teses. Esse movimento do judiciário revela a dificuldade de se conciliar a eficiência e legitimidade dos sistemas normativos com os modelos centrados em dogmas de protagonismo das partes e dos juízes (NUNES; BAHIA, 2010. p. 93-94).

Há, portanto, uma relação intrínseca da modulação com a historicidade do sistema jurídico e as lides temporalizadas, que devem ser sopesadas frente às mudanças que se manifestam nos demais subsistemas sociais, de modo que a definição do que será assegurado a título de expectativa se embasa em elementos que não estavam anteriormente disponíveis, eis que são materializados com a prolação da decisão. É dizer, só quando é proferida uma decisão é que se olha para a historicidade do que será por ela assegurado e, com isso, se torna possível dimensionar o seu impacto. Não se está a dizer que o efeito esperado de uma determinada decisão judicial é impossível de ser previsto de antemão, mas esse compromisso do julgador de refletir acerca dos impactos da própria decisão para limitar a sua eficácia só se torna real após a prolação da decisão, ou definição do resultado do julgamento.

Esse ponto é relevante para que se evidencie a distinção inevitável entre o decidir a lide e atribuir efeitos à sua decisão e a necessidade de se tomar uma segunda decisão para limitar os efeitos da primeira, traço distintivo do instituto da modulação quando comparado ao poder de cautela do julgador que, à luz dos princípios constitucionais, poderia prever os limites para a atribuição de eficácia de

sua própria decisão. É importante destacar que modular sempre impacta na eficácia da decisão, mas a definição da eficácia da decisão ocorre sempre, ainda que o julgador não reflita sobre estes efeitos. Definição da eficácia do julgamento não é modulação, pois esta exige uma força externa que se choca contra outra, uma decisão que limita a eficácia da primeira, alterando-a. Para a melhor compreensão deste ponto, é válido aprofundar na análise da estrutura da norma enunciada pela decisão judicial para que, com isso, seja possível compreender o problema da hiperintegração da comunicação jurídica no contexto da sociedade.

2.5 Estrutura da norma enunciada pela decisão judicial e o problema da hiperintegração do direito

Com fito de melhor elucidar este ponto, é válido compreender melhor o conceito de “norma completa”, explorado por Paulo de Barros Carvalho (2015, p. 137-139). Para o autor, “[a]s normas jurídicas têm organização interna das proposições condicionais, em que se enlaça determinada consequência à realização de um fato”. Assim, existe uma estrutura em que o sistema jurídico descreve um fato, qual seja a conduta que se espera do jurisdicionado que será reforçada pelo Poder Judiciário (Hipótese – H) que, introduzida no sistema por meio da lide jurídica, desencadeia outra norma prescritora dos efeitos jurídicos que aquele acontecimento iria causar (Consequente – C). Em síntese, é possível dizer que ocorrido H, deve ocorrer C: “H ---> C”.

Essa construção permite uma digressão no tocante à estrutura da “norma completa”, que seria a conjunção de uma norma primária prescritora de um dever ser – também chamada de *endonorma* que se reporta a um aspecto material –, com uma norma secundária prescritora de uma sanção – também chamada de *perinorma* que se reporta a um aspecto processual. Os conceitos de *endonorma* e *perinorma* são importantes para a compreensão de como o sistema jurídico se estrutura para assegurar as condutas sociais, sendo inexistente uma norma sem a correspondente sanção.

Essa distinção é relevante pois é a soma destas “duas entidades” que compõem a *norma completa*. Na *endonorma* tem-se a descrição do comportamento esperado que será captado pelo sistema jurídico que resultará no desencadeamento da prescrição normativa. Não cumprido o comando ao qual estava obrigado, é imposta

uma sanção ao infrator, mediante a aplicação da *perinorma*. Não há como se aplicar a *endonorma* após a configuração do pressuposto de aplicação da *perinorma*, por uma incompatibilidade lógica.

Em matéria tributária, usualmente a *endonorma* está ligada à prestação propriamente dita e a *perinorma* a sanção que é aplicada após o descumprimento da obrigação, sendo passível de ser verificada, por exemplo, no lançamento do crédito tributário. Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, o contribuinte pode praticar uma conduta que está sujeita à incidência de uma regra matriz tributária e, ao deixar de realizar a sua prestação a tempo e modo como determina a legislação, o fisco poderá realizar o lançamento de ofício, apenando o contribuinte com uma multa punitiva. Todo o lançamento de ofício se revela no âmbito da *perinorma*, dado que o pressuposto para que se realize o lançamento de ofício é a existência de uma omissão de uma determinação legal. Após descumprido o comando e realizado o lançamento de ofício, a autoridade fiscal impede que o próprio contribuinte regularize sua conduta por lhe retirar a espontaneidade, de modo que não mais é possível restaurar o efeito da *endonorma*, sujeitando-se à uma prestação mais gravosa em decorrência da sanção proporcionada pela *perinorma*.

Assim, o lançamento de ofício tem como o pressuposto a ausência da adoção de um comportamento por parte do contribuinte que é suprido por um comportamento da administração. Por isso, materializada a norma secundária, já não há mais como ser materializada a *endonorma*, tida como a norma primária. É dizer: “as duas regras são simultaneamente válidas, mas a aplicação de uma exclui a da outra” (CARVALHO, 2015, p. 139).

A classificação dada por Paulo de Barros Carvalho se alinha com os estudos conduzidos por Lourival Vilanova e divergem das primeiras classificações dadas por Kelsen no tocante à definição das categorias de norma primária, que se referia à sanção, enquanto a secundária seria o dever. Esta classificação renovada, que foi inclusive adotada por Kelsen ao refinar sua teoria, parte da perspectiva de que, na relação sistema e ambiente, primeiro tem-se a realidade social que deverá ser conformada à expectativa a ser resguardada pelo direito, o que permite a diferenciação do evento captado da descrição jurídica que desencadeia efeitos para o direito. É dizer, ao direito importa apenas alguns aspectos do evento social, quais sejam aqueles previstos na hipótese normativa.

Assim, é possível afirmar que a produção de efeitos jurídicos depende, primeiro, da captação de um evento em que exista expectativa a ser assegurada, de modo que o sistema testa a materialização de uma hipótese temporalizada pela lide judicial, dado que o tribunal, em regra, só se manifesta quando provocado. Em um segundo momento, verifica-se quais efeitos decorrem da materialização do antecedente, que orientam a violência institucional para assegurar, no âmbito social, a expectativa legítima de uma das partes do litígio. Para que isso seja possível de uma perspectiva teórica, é necessário reconhecer que a norma inválida não seria exatamente oposta à norma válida, de modo que demandaria de um outro tipo de imunização para que a expectativa seja assegurada em seu grau máximo.

Com isso, é relevante a construção de Tércio Ferraz Júnior, que defende que a norma inválida pode ter seus efeitos preservados no sistema pela aplicação de uma norma de calibração para que seja mantida a imperatividade do direito mesmo quando o comando cogente seja emanado de uma norma inválida. Isso decorreria da compreensão de que a norma inválida não é o oposto da norma válida, de modo que o seu reconhecimento levaria à necessidade de que fosse promovida uma outra forma de imunização em referência à pluralidade de sentidos decorrentes da compreensão do intérprete do que seria a norma de origem do sistema jurídico (FERRAZ JR, 2009, p. 144). É dizer, a aparência de validade do direito, considerada pela perspectiva da pluralidade de normas-origens decorrentes da interpretação, levam à necessidade de que a tematização da imunização também da norma inválida seja realizada pelo tribunal, que reflete acerca da preservação de seus efeitos para a manutenção da imperatividade sistêmica no contexto social.

Há um ponto relevante na consideração da abertura axiológica da Constituição e o fortalecimento do uso dos valores na construção jurídica, que decorre do uso de princípios jurídicos, que embora possam se manifestar como normas jurídicas, também se manifestam como valores, na medida em que representam um “vector semântico axiologicamente determinado” (CARVALHO, 2015, p. 269). A ideia é que os princípios manifestam limites objetivos, como é o caso da legalidade, da irretroatividade das leis, do não confisco, isonomia e capacidade contributiva dado que, pela interpretação, é possível densificar o significado da linguagem para avaliar se as regras constitucionais estão sendo cumpridas, interpretadas à luz dos valores decorrentes de uma semântica que o sistema do direito compartilha com o restante da sociedade. Essa construção foi uma escolha do constituinte originário, que preferiu

trazer no texto constitucional uma série de conteúdos expressos e até implícitos, o que se evidencia pela leitura do preâmbulo da constituição, tendo como “valores jurídicos da mais alta hierarquia”, que objetivam a construção de uma sociedade democrática, em que seja assegurado o exercício dos direitos sociais e individuais, conciliando a proteção negativa da liberdade e segurança com a prestação positiva tendente à promoção do bem-estar, desenvolvimento, igualdade e justiça, uma marca da sociedade contemporânea plural e complexa (CARVALHO, 2015, p. 269).

Veja-se, portanto, que o princípio jurídico atua em um campo intermediário, sendo elemento normativo e, simultaneamente, um elemento de abertura axiológica que deve ser preenchido pelo julgador ao densificar o seu conteúdo. É possível afirmar que há um princípio sempre que “um número expressivo de pessoas reconhecerem que a norma "N" conduz um vector axiológico forte, cumprindo papel de relevo para a compreensão de segmentos importantes do sistema de proposições prescritivas” (CARVALHO, 2015, p. 268).

São exemplos de sobreprincípios para o autor a segurança jurídica e o seu primado no tempo, a certeza do direito, a igualdade, liberdade e justiça, este último que alcança seu primado quando há a implementação de outros princípios, ou outros valores jurídicos, dado que, em última instância, a justiça é uma “diretriz suprema” do sistema (CARVALHO, 2015, p. 283). Isso significa que sempre há um conteúdo mínimo (limite objetivo) tendente à concretização do valor, limite este que não está à disposição do legislador ou intérprete e decorre da própria construção e replicação do direito. Exemplos disso são, exatamente, os cânones da legalidade, anterioridade e irretroatividade, todos com uma carga axiológica expressiva, mas que determinam limites objetivos claros, dado que: na legalidade, por exemplo, há o limite objetivo para oferecer segurança jurídica na certeza de que os jurisdicionados não serão compelidos a realizar algo que não encontre previsão em lei, prescrita pelo Legislativo no exercício de sua função primária – e pelos Poderes Executivo e Judiciário no exercício de sua função secundária.

No tocante à norma enunciada pelo Poder Legislativo, não há dúvidas de que este, embora seja o palco democrático para a deliberação coletiva, pode se orientar de forma contrária aos limites objetivos e axiológicos dos princípios jurídicos, ocasião em que haverá o controle judicial para que sejam tolhidos eventuais abusos. Ocorre que a norma do Poder Judiciário não tem a mesma esfera de controle, dado que ela é produzida no resultado do controle, isto é, após provocação para que seja resolvida

uma lide. Essa decisão possui inequívoco caráter normativo, que se acentua quanto maior for a abrangência em nível social, isto é, quanto mais relações jurídicas forem simultaneamente por ela afetadas. Por isso é válido que o tribunal, no exercício do controle das expectativas sociais, não crie ele próprio hipóteses que promovam a frustração de expectativas legítimas que decorrem da própria prática jurídica.

O reconhecimento deste poder normativo do julgador faz com que seja necessário que ele possua mecanismos para atenuar a frustração da expectativa que pode surgir ao se decidir de uma determinada forma – sendo este o papel da modulação de efeitos decisórios. Após a tomada de uma decisão de mérito, ao tribunal é facultado modular para preservar a segurança jurídica e excepcional interesse social e reduzir a intervenção por ele provocada no exercício de sua função secundária e, com isso, acabe provocando prejuízo para o exercício da função primária que é julgar, com a finalidade de viabilizar a própria tomada de decisão. Por isso, é possível afirmar que a modulação acontece no âmbito da *perinorma*, dado que o sistema jurídico permite, para além da definição da lide, uma espécie de segunda imunização decorrente da aplicação de uma *norma de calibração* dos efeitos esperados da primeira decisão.

Configurado o pressuposto de aplicação da *perinorma* que promove a modulação, o sistema neutraliza parte dos efeitos decorrentes de uma decisão que reconhece a existência de um direito válido e passível de ser reforçado em favor de uma das partes do litígio original, com base em elementos que fazem um recorte temporal do que será resguardado e distinguem os demais jurisdicionados em classes. A própria delimitação do que será resguardado pelo tribunal com o recorte temporal se revela uma contradição no direito que, como já dito, poderia se fundamentar na harmonização das expectativas legítimas depositadas pelas partes na lide, que podem ter fundamento em entendimentos do próprio tribunal que tenham orientado a conduta no passado, por exemplo. O direito é complexo e pode ser que realmente houvesse dúvidas até o momento da prolação da decisão com relação ao que era o comportamento juridicamente adequado a legitimar o recorte na concessão da tutela com base em um marco objetivo. Haveria legitimidade neste ato desde que fundamentasse a escolha de um marco para limitar a expectativa que seria resguardada. Mesmo neste caso, seria possível afirmar que nem todos os jurisdicionados estariam em mesma situação, pois o recorte pode beneficiar alguns

em detrimento de outros, considerando a complexidade das situações fáticas que são abarcadas por uma decisão em matéria tributária.

Não obstante, a *perinorma* de modulação que exclui alguma classe de jurisdicionados evidencia que a *endonorma* da decisão original ainda se revela válida no sistema, mas os efeitos de sua aplicação são neutralizados em um momento lógico subsequente pelo próprio sistema jurídico. A diferença neste caso é que, pela aplicação da *perinorma* tem-se a negativa de aplicação do direito válido e vigente de forma vinculante para todo o sistema jurídico com relação a alguns jurisdicionados, o que contraria a sua função típica de mobilização da violência para reforçar o direito. É dizer, a *perinorma* que modula os efeitos faz uso da estrutura de violência do Poder Judiciário para negar o direito sob a justificativa de viabilizar a continuidade do próprio direito, sendo uma espécie de norma anti-sanção (-S).

Essa distinção se torna visível em contextos específicos, em que a corte ultrapassa as categorias decisórias clássicas das tutelas declaratória, constitutiva e mandamental, que usualmente não demandam muito esforço para a delimitação dos efeitos e, para atribuir efeitos práticos à decisão, fixa critérios e estabelece requisitos que não estavam previstos na legislação em uma atuação positiva mediante a criação de uma norma secundária para definir a extensão dos jurisdicionados que se beneficiarão da decisão. Por isso, entende-se que a observância do efeito esperado pela parte com o procedimento eleito não é suficiente para abarcar a complexidade da modulação dos efeitos, dado que esta ocorre em um outro plano, com base em outros critérios normativos. Dessa forma, para além de um controle de legalidade e constitucionalidade em um sentido negativo, a corte passa a criar hipóteses para a tutela e realização do direito, com ênfase na materialização ou maior efetividade da tutela já concedida. Este tipo de decisão judicial recebe a pecha de ativismo judicial, ponto já abordado no tópico anterior que divide a doutrina entre os apoiadores de sua realização – como o Ministro Barroso – e os que a rejeitam – maior parte da doutrina, sobretudo em matéria tributária.

Destaca-se que mesmo o Ministro Barroso entende que o ativismo judicial deveria se dar no campo do reforço aos direitos individuais dos contribuintes, o que se revelaria uma possível contradição a proliferação de decisões que modulam os efeitos decisórios em matéria tributária para preservação dos cofres públicos. Essa aparente contradição é dissolvida ao se constatar que *a decisão de modulação, tomada após a delimitação do mérito pelos julgadores, desloca a lide a um outro*

espaço, em que a corte deixa de analisar os elementos do caso concreto submetido a litígio e a própria conduta praticada pelas partes, passando a avaliar acerca dos impactos que seriam provocados caso a tutela fosse concedida em grau máximo – uma reflexividade procedimental que toma como base outras referências que não à do sistema de litígio original. Veja-se que o direito já foi reconhecido, de modo que o que há na modulação é uma reflexão, que poderá levar a corte a neutralizar parcialmente os efeitos práticos que decorrem do ato de decidir, com fito de reduzir o risco da própria tomada de decisão.

Por isso, como já mencionado, é importante diferenciar dois conceitos que podem se confundir na análise da modulação dos efeitos decisórios, quais sejam a delimitação da eficácia da decisão e a modulação de efeitos decisórios. Diz-se que são conceitos interrelacionados pois em toda decisão há uma definição de qual é a extensão de sua eficácia, questão que decorre do dispositivo do julgamento interpretado com base nos argumentos determinantes para a definição da coisa julgada. Embora toda decisão tenha uma delimitação da eficácia, nem todas as decisões terão a limitação da eficácia, que é algo que surge após, uma necessidade de responder a um anseio das partes litigantes ou da sociedade, razão pela qual somente após a definição do mérito é que se torna relevante a apreciação de qualquer aspecto relativo à modulação de efeitos.

Para aclarar esta distinção em um contexto de decisões ativistas cada vez mais interventivas, que trazem proposições que transbordam os limites da lide e da norma jurídica subjacente, é válido trazer o exemplo da PET 3.388/RO, ação popular que tinha como objeto a demarcação das terras indígenas da tribo Raposa Serra do Sol, um dos maiores conflitos envolvendo terras indígenas, garimpeiros e a União, em que a corte optou por melhor especificar os motivos que a levaram a definir critérios pormenorizados na delimitação da eficácia – sem qualquer amparo em lei –, com fito de maximizar a tutela jurisdicional que havia sido concedida. Dada a complexidade do caso, além de reconhecer a constitucionalidade do procedimento administrativo demarcatório, a corte foi além e fixou salvaguardas institucionais e requisitos que deveriam ser observados para que fosse cumprida a decisão – ampliação que não passou desapercebida pelo Ministro Luís Roberto Barroso, que afirmou que não teria sido possível uma “execução bem sucedida de um caso difícil” se o tribunal não tivesse ousado ir além e estabelecer uma normatização abstrata para o caso concreto (BRASIL, 2013a. p. 91).

Veja-se que há uma definição da eficácia da decisão considerando aspectos práticos e consequências para melhor tutelar o direito discutido no entender dos Ministros do STF. Independente do desfecho ter agradado ou desagradado as partes, fato é que neste julgamento houve um trabalho especial em torno da delimitação da eficácia da própria decisão, o que levou a corte a atuar como um legislador positivo ao prescrever hipóteses que não estavam contidas nos textos legais que embasam a decisão e, como destacou o Ministro Luís Roberto Barroso, essa "ousadia" teria se pagado na prática pela viabilização da execução do julgado. Essa decisão, inclusive, pode ser considerada consequencialista, dado que foram as consequências práticas que levaram a corte a melhor definir os critérios demarcatórios e, com isso, assegurar a sua exequibilidade.

A situação acima narrada é completamente diferente do que ocorre com a modulação de efeitos decisórios. No caso da modulação existem duas decisões distintas que se complementam, mas que não são passíveis de redução a um único ato (ainda que sejam deliberadas na mesma sessão de julgamento). Essa situação evidencia que a tutela jurisdicional é mais complexa do que os modelos "estáticos" decorrentes de qual provimento a parte buscou perante o Poder Judiciário, qual seja declaratório, constitutivo ou mandamental. A modulação envolve outros aspectos que deveriam ser considerados pelo julgador constitucional após a tomada de uma decisão que vincula todo o sistema jurídico, que não necessariamente depende do que era aceitável para o direito até então, em prol de resguardar a segurança jurídica e o excepcional interesse social. A problematização que surge na modulação decorre de uma impossibilidade de cumprir com a própria decisão sem violar o sistema considerado de forma global, o que motiva uma reflexão sobre os impactos que o sistema jurídico vai gerar com relação a si próprio e com relação ao ambiente social.

Com isso, a modulação é mais que uma complementação da delimitação da eficácia da decisão, sendo em verdade uma forma de amortecer os impactos causados com relação às contradições e paradoxos que decorrem do ato de decidir. É dizer: *a modulação de efeitos decisórios ocorre em momento posterior à atribuição de eficácia da decisão pela corte e necessita de uma decisão prévia para que seja possível a sua aplicação, sendo momentos distintos irredutíveis, e tem como objetivo dissolver o paradoxo que surge em decorrência da aplicação do próprio direito no tocante ao cumprimento de um provimento de impossível realização*.

Cumpre destacar que é possível a existência de uma modulação que se confunda com uma delimitação da eficácia da decisão, o que ocorreria na hipótese de uma superação de precedente para frente, em que a corte preservaria o estado de coisas praticado até então para que a decisão só valha para o futuro, isso quando a decisão não exclui nenhum jurisdicionado do provimento declaratório original. Nessa situação específica, poderia se aventar que há a redução de ambos os provimentos a um único ato, dado que não há sobreposição dos efeitos em sentido contrário (paradoxos). Não obstante, o que se verifica é que cada decisão parte de uma referência distinta, de modo que a lide se desvia da discussão original e passa a operar em nível reflexivo, com base em horizontes projetados para dentro e fora do sistema jurídico – passos estes que só são galgados após a existência de decisão prévia que “precisa” ser parcialmente neutralizada para que o direito mantenha a expectativa em nível social.

Também é curioso notar que, com a evolução dos estudos doutrinários sobre o tema, a palavra modulação é introduzida no ordenamento jurídico de forma expressa quando da edição do CPC de 2015, que autorizou os tribunais superiores a realizarem a modulação dos efeitos de sua decisão quando houver alteração de jurisprudência, como reza o seu artigo 927 (BRASIL, 2015). Com isso, percebe-se que a legislação incorporou a expressão reiteradamente utilizada para tratar da restrição dos efeitos do julgado como sendo modulação de efeitos, ampliando-se a hipótese de cabimento para abarcar todos os tribunais superiores no julgamento de demandas repetitivas quando houver alteração de jurisprudência, bem como a modulação na declaração de constitucionalidade.

Antes de aprofundar nos aspectos práticos da modulação, é interessante refletir sobre o poder que representa a restrição ou redimensionamento da eficácia de um julgado. Veja-se que ao Poder Judiciário cabe a construção de normas individuais e concretas para resolver os litígios que são gerados pelas relações sociais que, submetidos ao juiz como terceiro “imparcial” em uma relação triangular, é proferida uma comunicação cogente que tem o condão de dissolver o conflito. A construção dessa norma concreta, por sua vez, não é livre nem em procedimento, nem em conteúdo, pois a Constituição fixa materialidades mínimas que devem ser preenchidas para que as normas possam ser consideradas como constitucionais. Inclusive, essa é a matriz justificadora das estruturas de controle de constitucionalidade, que são

aspectos centrais na compreensão de como o sistema jurídico lida com seus próprios valores e consegue alcançar a planificação da aplicação do direito.

Ocorre que, quando não há uma densificação clara dos conceitos jurídicos envolvidos na resolução da lide que limitam a eficácia da decisão proferida, o Poder Judiciário pode legitimar qualquer desfecho em decisões *ad hoc*, sem que seja possível a sedimentação de uma historicidade desencadeada com base nos entendimentos anteriores. Isso, sobretudo quando se constata que ao deliberar, a corte enfoca no resultado, não nos motivos que levaram a um determinado desfecho. Por isso, torna-se possível que situações jurídicas similares sejam tratadas de forma diametralmente opostas pelos tribunais e, como resposta a este problema, Diego Diniz Ribeiro indica que há o fortalecimento de uma "hiperintegração" normativa das decisões judiciais por intermédio de institutos como súmulas, súmulas vinculantes e ementas" em um esforço de codificação das decisões judiciais para posterior aplicação lógico-subsuntiva. (RIBEIRO, 2024, p. 47). É dizer, os tribunais passam a criar comandos abstratos que passam a ser simplesmente replicados pelas instâncias inferiores, de forma desvinculada das razões que levaram à criação do entendimento, tudo em prol do comando sumular positivado.

O fenômeno da "hiperintegração" também é criticado por Dierle Nunes e Alexandre Bahia, que percebem, na abstração excessiva dos precedentes, riscos de potencial generalização indevida que empobrecem a prática jurisdicional com uma padronização rasa, com baixa densificação argumentativa que comprometem a sua legitimidade democrática (2015, p. 17-52). Um dos problemas que gera esse empobrecimento diz respeito ao fechamento das cortes para uma análise de provas, dado que no sistema americano, por exemplo, "se procura uma identificação discursiva de aspectos entre a causa em exame e o precedente, inclusive nos aspectos fáticos" (NUNES; BAHIA, 2015, p. 19), enquanto nos tribunais brasileiros há algum fechamento da corte para (re)análise de fatos, como se verifica da Súmula 7 do STJ que diz "pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial" e da Súmula 279 do STF no mesmo sentido.

Esse fechamento da corte para a análise das provas, embora não impeça completamente a requalificação jurídica dos fatos incontestes, que já foram reconhecidos pelas instâncias ordinárias, cria uma dificuldade na integral compreensão de que os fatos são imprescindíveis para o dimensionamento do objeto da própria tutela jurisdicional sobre a qual recai a expectativa que o jurisdicionado

deposita no direito. Esta aparente contradição, no entender de Cecília Marcondes (2019, p. 24), seria resultado de um embate entre a compreensão técnico-processual, que diferencia o que é fato do que é direito, de uma visão ontológica do direito, que tem no fato o pressuposto que desencadeia o próprio direito. Como a matéria não foi tratada pelo CPC e a efetividade do Recurso Especial se direciona à correção de ilegalidades que podem decorrer do enquadramento dos fatos à luz da lei, restaria à corte analisar caso a caso, mediante decisão fundamentada que justifique os critérios utilizados para a seleção dos valores que orientam teleologicamente a interpretação (MARCONDES, 2019. p. 24-25).

Isso decorre da constatação de que o direito é linguagem que traduz eventos juridicamente relevantes. Com isso, este não se resume ao texto, pois é construído com base no contexto do intérprete à luz de seus valores e vivências, que parte de um texto positivado para gerar outro, este sim norma jurídica. Assim, o ponto de partida do sistema jurídico é sempre o texto que, não raro, se vale de conceitos indeterminados, que ficam a cargo de serem preenchidos pela argumentação trazida pelo julgador para legitimar a sua construção normativa em nível democrático, vinculando as partes e submetendo ao escrutínio social a sua construção de norma individual por meio da fundamentação.

Isso, inclusive, em razão de o julgador não ser um membro eleito democraticamente para exercer o múnus de legislador, o que revela uma complementariedade entre as funções legislativas – criar leis que regulam em abstrato as relações sociais –, das funções judicantes – captar pela estrutura processual o conflito social e criar um caminho que justifique a materialização de um antecedente normativo para aplicação de seu respectivo consequente. Há um certo grau de liberdade do julgador na densificação dos conceitos trazidos pela norma jurídica, dado que existem múltiplos intérpretes, cada qual com sua bagagem valorativa e experiência de mundo, o que permite a ênfase em aspectos distintos do texto legal e do sistema jurídico para balizar o consequente a ser aplicado naquele caso concreto.

O problema se dá nos casos complexos (*hard cases*), em que ambas as partes possuem expectativas legítimas que merecem ser asseguradas e, com isso, não se chega a uma compreensão clara de qual o componente normativo que autoriza a dissolução do sistema de conflito em favor de uma das partes. Isso, somado à abertura axiológica da Constituição e a busca crescente na materialização de valores ao alvedrio das normas positivadas, leva à dificuldade de dizer se o resultado alcançado

pelo direito está ou não em conformidade com a Constituição, o que torna complexa a resolução da lide.

Disso, é possível afirmar que há um problema da modulação dos efeitos decisórios de uma perspectiva estrutural dado que não há uma transparência do sistema no tocante a quais são as hipóteses autorizativas para que sejam modulados os efeitos decisórios pela análise dos dispositivos legais que tratam do tema, o que leva o próprio STF a manter uma certa inconsistência com relação às suas posições no tocante à modular ou não os casos em matéria tributária, como indica Caroline Cignachi Messinger (2023, p. 80-81).

Essa constatação pode ser mais bem verificada pela análise das hipóteses legais que versam sobre o instituto que, como adiantado, inicialmente foi inaugurado pela Lei nº 9.868, de 1999 e posteriormente complementado com a edição do CPC, de 2015. Como já abordado, em síntese, são as seguintes hipóteses que autorizam a realização da modulação de efeitos, quais sejam:

- Existência de razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social – artigo 27 da Lei nº 9.868, de 1999; ou
- Alteração de jurisprudência dominante pelos tribunais superiores mediante fundamentação adequada e específica considerando os princípios da segurança jurídica, proteção da confiança e isonomia – artigo 927, § 3º e 4º, do CPC.

É digno de nota que a primeira hipótese é mais abrangente ao prever a possibilidade de se valer de razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social. Como narra a exposição de motivos da Lei nº 9.868, de 1999, quando de sua edição o legislador objetivou promover inovações no modelo de controle de constitucionalidade brasileiro, modernizando-o sob inspiração do modelo norte americano, em que os tribunais passaram a compreender que a norma só existe quando interpretada (BRASIL, 1999).

Essa exposição de motivos detalha experiências internacionais que dizem respeito à delimitação da tutela pelos tribunais constitucionais estrangeiros, notadamente com relação aos tribunais norte americano, alemão, português, espanhol e até mesmo no brasileiro que evidenciam fragilidades na adoção da teoria da nulidade sem possibilidade de flexibilização, dado que a sua adoção pode causar

impactos negativos quando contraposta à “vontade da constituição” (BRASIL, 1999). Disso, tem-se que a modulação prevista no artigo 927 do CPC também se vale de razões de segurança jurídica, tendo ampliado os legitimados e hipóteses de cabimento, além de ter reduzido o quórum qualificado para maioria simples, possibilitando que seja realizada também no tocante à decisão declaratória de constitucionalidade.

Dessa forma, embora a disciplina do instituto esteja contida em poucos artigos, a indeterminação dos conceitos trazidos pela legislação e a riqueza das experiências internacionais tornam o campo fértil para reflexões acerca dos limites de atuação do sistema jurídico, pois é na densificação destes conceitos que o sistema constrói e reconstrói os seus próprios limites.

3 MODULAÇÃO DE EFEITOS: UM OLHAR SISTEMÁTICO DOS REQUISITOS PARA SUA APLICAÇÃO

3.1 A modulação de efeitos decisórios: Uma contextualização da jurisprudência dos tribunais superiores

Como já adiantado, a modulação dos efeitos decisórios é um instituto do direito processual que tem como finalidade limitar a eficácia de uma decisão judicial já proferida e alterar o efeito esperado da tutela com base no procedimento eleito e, com isso, temperar a teoria da nulidade pela adoção, em casos excepcionais, da teoria da anulabilidade – isso se forem constatadas razões que justifiquem, à luz da Constituição, a manutenção destes efeitos a despeito de sua contrariedade com a *lex mater*. Por isso, não é desarrazoado afirmar que prevalecia historicamente a teoria da nulidade no controle de constitucionalidade brasileiro, inclusive pela sua gênese ter tido forte inspiração do direito norte americano, internalizada em terras tupiniquins por força dos estudos de Rui Barbosa.

Esse embate teórico não é novo e as tentativas de o STF superar o rigor da teoria da anulabilidade – que determina que o ato inconstitucional é natimorto e não poderia produzir efeitos – pela adoção da teoria da anulabilidade – que defende que os efeitos de um ato constitucional devem ser preservados até que o tribunal se debruce sobre o tema – historicamente se fizeram presentes na jurisprudência da corte. Isso, pois como narra Antonio de Pádua Soubhie Nogueira, desde 1977 já se

discutia se o princípio da presunção de constitucionalidade das leis consistiria em presunção suficiente de validade para que, somente com a decisão definitiva do tribunal, fosse possível revisitar os atos praticados no passado e, com isso, verificar se os seus efeitos deveriam ser anulados ou mantidos, reflexões lançadas pelo Ministro Leitão de Abreu quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 79.343/BA a título de *obter dicta* (NOGUEIRA, 2013, p. 16).

Além disso, antes mesmo da edição da Lei nº 9.868, de 1999, o STF já havia compreendido pela possibilidade de discussão dos efeitos em abstrato de uma decisão, de modo que foi atribuído efeito *ex-nunc* para a decisão que procedeu à revisão da Súmula nº 394, em que se manteve a autoridade do precedente vinculante até a prolação dessa decisão também vinculante (NOGUEIRA, 2013, p. 18). Já em outras assentadas, também anteriores à edição do diploma em questão, o STF já havia compreendido que os atos praticados por autoridade investida em função pública por lei inconstitucional deveriam ser convalidados, dado que não havia prejuízo para a sua manutenção, como se verifica do RE 78.594, julgado em 1974, além de entender que vencimentos pagos com base em lei concessiva de vantagem que posteriormente venha a ser declarada ilegal não autoriza a repetição dos valores por parte daqueles que os receberam de boa-fé, como se verifica do RE 122.202/MG, julgado em 1993 (NOGUEIRA, 2013, p. 20-21).

Nestes casos, parte da doutrina compreende que essa preservação da expectativa dos jurisdicionados não seria propriamente uma modulação, já que o próprio dispositivo veio a ser ajustado para reconhecer a impossibilidade jurídica de se atentar contra a boa-fé objetiva e atos jurídicos perfeitos praticados sob a aparência do entendimento anterior, como defende também Ávila (2011). Não obstante, isto já seria evidência da atenuação do princípio da nulidade, dado que, ao se adotar teorias conflitantes acerca dos efeitos decorrentes do controle concentrado de constitucionalidade, prevalece-se a que é mais flexível, dado que sempre haveria reflexão sobre a possibilidade de manter ou não os efeitos de um ato declarado ilegal ou inconstitucional – ponto reforçado pela reiteração intensificada de decisões que modulam os efeitos. Inclusive, como aponta Thomas Bustamante, o próprio STF veio a compreender que também no controle difuso de constitucionalidade seria possível aplicar a modulação dos efeitos, sempre que um outro princípio justifique a não aplicação do princípio da nulidade, como ocorreu no HC 82.959, julgado em 2006 (BRASIL, 2012, p. 453).

Com isso, após a reflexão reiterada dos tribunais acerca da extensão da eficácia de sua decisão, bem como sobre a possibilidade de que fossem mantidos os efeitos do ato inconstitucional após a prolação da decisão para proteger em grau maior as expectativas litigadas – sobretudo nos casos em que afetam terceiros de boa-fé e atos jurídicos perfeitos –, foi promulgada a Lei nº 9.868, de 1999, que previu a possibilidade de modulação de decisões de inconstitucionalidade em seu artigo 27, por razões de segurança jurídica ou relevante interesse social. Essa questão veio a ser reiterada na Lei nº 9.882, de 1999, que regulamentou o rito de julgamento da ADPF e na Lei nº 11.417, de 2006, relativa à regulamentação da súmula vinculante.

A própria constitucionalidade do artigo 27, da Lei nº 9.868, de 1999, veio a ser questionada junto ao STF por meio das ADIs nº 2.154 e 2.258. Neste caso, o tribunal fez constar na ementa que antes mesmo da edição do diploma legal questionado, o STF já possuía compreensão acerca da possibilidade de mitigar a aplicação do princípio da nulidade "em casos pontuais", "preservando alguns dos efeitos produzidos pela norma declarada inconstitucional" com base na "pondera[ção] entre preceitos constitucionais com a finalidade de preservar a unidade da Constituição e os princípios da segurança jurídica e da confiança no sistema jurídico" (BRASIL, 2023, p. 2). Com base nestes fundamentos, foi julgado improcedente o pedido de declaração da inconstitucionalidade do artigo 27, da Lei nº 9.868, de 1999, vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio, designada para redigir o acórdão neste particular a Ministra Cármen Lúcia.

No tocante à constitucionalidade da modulação, a Ministra reconhece que o dispositivo do artigo 27 "representa franco distanciamento da tradição constitucionalista brasileira, onde sempre imperou a ideia, derivada do direito constitucional norte-americano, de que o ato normativo inconstitucional é nulo" (BRASIL, 2023, p. 112). Após fazer referência à tradição norte americana cunhada do célebre caso Marbury v. Madison, que veio a ser reiterado no caso Norton v. Shelby County, Cármen Lúcia reforça que Rui Barbosa, "firme na tradição norte americana", defendia que atos nulos não produzem efeitos legais (BRASIL, 2023, p. 114). Não obstante ser assentada a compreensão de que no Brasil adota-se a teoria da nulidade mesmo após a promulgação da Constituição de 1988, dado que há um poder amplo para que o juiz reconheça a inconstitucionalidade dos atos normativos, o próprio Ministro Gilmar Mendes reconhece a possibilidade de que sejam desenvolvidas "fórmulas intermediárias entre a nulidade e a simples declaração de

constitucionalidade", tanto para adequar a tutela aos casos especiais, como para assegurar os princípios fundamentais do Estado de Direito com base na ideia de segurança jurídica (MENDES, 2014, p. 368).

A Ministra Cármen Lúcia reconhece que a jurisprudência norte americana veio a flexibilizar a compreensão da aplicação irredutível da teoria da nulidade, o que também veio a ser verificado na Europa. É central na sua compreensão a constatação de que, considerando que a finalidade da modulação é assegurar a unidade da Constituição, há sua aplicação direta quando se limita a eficácia temporal da declaração de inconstitucionalidade para proteger "a segurança jurídica, direitos fundamentais ou outros valores constitucionais que o Tribunal entenda que devam ser preservados (BRASIL, 2023, p. 125). Com isso, a Ministra Cármen Lúcia chega a afirmar que não há sequer um juízo de ponderação entre a supermacia da Constituição e a preservação de efeitos do ato inconstitucional, dado que a preservação da expectativa dos efeitos já praticados "antecede a declaração de inconstitucionalidade" (BRASIL, 2023, p. 126).

Seria possível concordar com a Ministra Cármen Lúcia de que a modulação decorre da aplicação direta da Constituição em uma antecedência hierárquica, dado que todo o fundamento de validade do direito irradia a partir dela e, com isso, a própria expectativa digna de preservação seria derivada da *lex mater*. Não obstante, essa antecedência não pode ser lógico-temporal, dado que é necessário que o tribunal entenda em um determinado sentido para que possa avaliar se havia expectativa em outro que mereça ser resguardada com relação a momento anterior à prolação da decisão e até mesmo posterior, considerando que o marco a ser fixado para fins de modulação fica a cargo de sua livre escolha, ponto que é reforçado por expressa disposição legal no artigo 27, da Lei nº 9.868, de 1999. Veja-se que este ponto é utilizado como reforço argumentativo da tese que orienta o seu voto, dado que ao final realiza uma listagem exemplificativa de paradigmas que restringiram os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de forma *ex tunc*, que optaram por efeitos *ex nunc* e que determinaram produção de efeitos *pro futuro*, o que revela a reiterada utilização da modulação no tempo (BRASIL, 2023, p. 126).

Verifica-se, portanto, que o artigo 27 consiste em dispositivo constitucional, tendo sido convalidado pelo STF em julgamento de controle de constitucionalidade, o que fortalece a compreensão de que a modulação consiste em um instrumento à disposição dos julgadores para que, se valendo de reflexões sobre a estrutura do

direito e da contingência da decisão para o restante da sociedade, neutralize parcialmente os efeitos da tutela concedida para que valha a partir de um outro momento que venha a ser fixado pela corte.

De acordo com Antônio de Pádua Nogueira, considerando que a modulação implica na tentativa de estabilização das comunicações judiciais no tocante à alteração de jurisprudência, esta “não [seria] fruto de decisão meramente política”, dado que deveria demonstrar os “fundamentos em que está amparada” (NOGUEIRA, 2013, p. 36). Neste particular, entende que o fundamento da modulação é a proporcionalidade, de modo que seria necessário sopesar os princípios constitucionais para avaliar qual seria de maior preponderância naquele caso específico (NOGUEIRA, 2013, p. 37). Para ele, não haveria ofensa à isonomia a existência da modulação, pois ao se adotar um marco para a modulação, todos os fatos anteriores a ele seriam tratados de uma forma e os subsequentes estariam sob o manto do novo entendimento – ponto que defendemos consistir em uma contradição que se dissolve na antinomia existente entre normas individuais consubstanciadas em decisões colidentes proferidas pelo Poder Judiciário que justifique a preservação da expectativa.

Não obstante, ponto que chama a atenção é que este defende que a decisão poderia “prestigiar certos grupos de pessoas (as que seriam beneficiadas com a prospecção dos efeitos decisórios), isto (benefício de uns em detrimento dos outros) ocorre[ria] em razão da prevalência de outros valores mais relevantes” (NOGUEIRA, 2013, p. 37). Chama-se atenção para a análise deste custo-benefício que implicaria em modular os efeitos, dado que, ao assim fazer, o tribunal reparte o ônus a alguns jurisdicionados para que possa assegurar a tutela a outros, o que demandaria realmente uma justificativa rigorosa para que não houvesse a ofensa à isonomia, ponto que foi objeto de maior densificação no capítulo 2.

Passando-se à análise dos requisitos para sua aplicação, o autor entende que segurança jurídica seria assegurada em decorrência da preservação de expectativas legítimas, enquanto o excepcional interesse social seria a adoção de razões de Estado, que, em oposição à segurança jurídica, levaria à ponderação de “valores e interesses” com vista a resguardar o interesse público e manter a vigência do princípio de presunção de constitucionalidade das leis (NOGUEIRA, 2013, p. 39). Isso se justificaria pelo caráter excepcional inerente de uma decisão que contenha uma fundamentação politizada, de modo que o espaço para sua utilização seria

demasiadamente reduzido, o que implica na constatação de que a teoria da nulidade só poderia ser afastada após um severo juízo de ponderação (NOGUEIRA, 2013, p. 40). Sua ênfase na excepcionalidade e da necessidade de fundamentação vasta, que se verifica das experiências estrangeiras, não teria sido encampada pela jurisprudência do STF, ao reconhecer que, em alguns casos, “os motivos considerados pelo tribunal carecem de melhor aperfeiçoamento” (NOGUEIRA, 2013, p. 43).

Destaca-se, desde já, que se compreende que relevante interesse social não é algo oposto à segurança jurídica, mas uma segurança jurídica aplicada para uma perspectiva mais ampla de jurisdicionados que sequer integraram a lide, que também se subordinam aos efeitos vinculantes do precedente firmado pela corte. Dessa forma, seria possível afirmar que há uma segurança mínima no relevante interesse social, que deve ser considerada para que seja legítima a restrição de uma tutela concedida em favor de um jurisdicionado que, em verdade, limita o próprio direito litigado. Essa compreensão se reforça em um contexto de proliferação de julgamentos em controle concentrado e difuso objetivado e que, enquanto não se encerram, ensejam no sobrestamento de um volume grande de processos que serão definidos nos exatos moldes do paradigma, com fortalecimento da proteção coletiva em detrimento da individual.

Não obstante as críticas, percebe-se, portanto, que a modulação é um instituto do direito processual que fica à disposição dos tribunais para que possam delimitar a extensão da eficácia da tutela. Como destaca o Ministro Gilmar Mendes, o STF pode delimitar de 4 formas as decisões proferidas no controle de constitucionalidade, notadamente: declarar a inconstitucionalidade apenas a partir do trânsito em julgado; declarar a inconstitucionalidade com efeito *pro futuro*; declarar a inconstitucionalidade sem pronuncia de nulidade para que o legislador possa se manifestar sobre a situação inconstitucional; declarar a inconstitucionalidade dotada de efeito retroativo, com exceção das situações especificadas (MENDES; MARTINS, 2009, p. 565-566).

Não raro a justificativa para que seja promovida a modulação nas mudanças de entendimentos e giros interpretativos decorreria do efeito similar que isso proporciona quando comparado ao “instituto da revogação da lei” (NOGUEIRA, 2013, p. 46), ponto que se agrava pelo fortalecimento de julgamentos coletivos cujas decisões produzem efeitos *erga omnes*.

O efeito *pro futuro* pode ser positivo em situações de impasse que prejudique toda coletividade, como ocorreu no caso da ADC 49, em que os benefícios fiscais dependiam da incidência do tributo e diversos setores econômicos seriam impactados de forma negativa pela não incidência de ICMS nas saídas em transferência. Não obstante, pode se revelar pernicioso quando legitima a cobrança de tributo inconstitucional para preservar os planos plurianuais dos Estados, como ocorreu no julgamento do ICMS seletividade sobre a energia elétrica, julgado na Repercussão Geral sob o Tema nº 745, dado que este marco legitimaria a manutenção de um estado de coisas inconstitucional potencialmente por até 4 anos, o que careceria de uma reflexão mais profunda acerca da efetiva extensão de seus impactos. Neste caso, como aponta o voto ajustado do Ministro Dias Toffoli no RE 714.139, embora a alíquota de ICMS de 25% aplicável às operações com energia elétrica seriam oneradas em patamar equiparável às mercadorias supérfluas, entendeu que "há muito, várias outras unidades editaram leis em dissonância com a compreensão acima, gerando receitas e expectativas de receitas até então tido como legítimas". No seu entender, isso justificaria a modulação, originalmente proposta para que a "decisão produza efeitos a partir do início do próximo exercício financeiro" (BRASIL, 2021. p. 80), modificada em retorno de vista para que vigorasse "a partir de 2024, primeiro exercício financeiro regido pelo próximo plano plurianual (PPA) de cada unidade federada" (BRASIL, 2021. p. 85).

Como narra o Ministro, com base nas previsões dos representantes dos Estados, o impacto estimado para a arrecadação anual com base nesta decisão seria de R$ 26,6bi, tendo sido apresentados estudos de diversos entes para demonstrar a relevância da tributação do setor de energia elétrica com relação à parcela que foi reconhecida como inconstitucional pelo STF. Essas informações foram apresentadas entre as sessões realizadas pelo STF, mas foram consideradas pelos Ministros como reforço fático no tocante ao impacto que esta decisão geraria para os Estados, que já continham uma previsão consolidada em um instrumento plurianual com relação àquela arrecadação. A modulação aqui preservou a expectativa financeira dos entes em detrimento do que era jurídico, dado que os Estados editaram leis inconstitucionais e, por elas terem perdurado no tempo, haveria uma legitimidade no que foi arrecadado. Esse racional, como evidenciado, afilia-se muito mais à ideia de que, em decorrência do princípio de presunção de constitucionalidade das leis, haveria expectativa legítima decorrente de atos que perduraram no tempo, ainda que

inconstitucionais, questão que é reiterada na jurisprudência acerca da modulação de efeitos.

Feita esta contextualização geral, é interessante adentrar na jurisprudência do STF com relação à modulação de efeitos decisórios, com objetivo de esclarecer os principais pontos de inconsistência de sua aplicação, com ênfase nas decisões em matéria tributária. O objetivo não é exaurir a análise de todas as decisões do tribunal, mas fornecer uma base contextual para que se compreenda o atual estado da arte da jurisprudência sobre modulação. Cumpre destacar que esse esforço de compreensão sistemática da jurisprudência do STF com fito de verificar a existência de padrões decisórios já foi objeto de outras teses defendidas no passado. Além da de Antônio Nogueira (2013), que foi escrita em um outro contexto jurisprudencial completamente díspar do atual e pensada com ênfase na aplicação da modulação dos efeitos decisórios no processo civil, também é válida a contextualização realizada na tese de Gustavo Vettorato (2025), que buscou trilhar um caminho a partir da jurisprudência do STF de modulação dos efeitos em matéria tributária para verificar sua aderência à proteção da confiança – em uma tentativa de aprofundar os estudos realizados por Derzi (2009a), como afirma o próprio autor (VETTORATO, 2025, p. 17).

3.2 Análise da jurisprudência dos tribunais superiores

Até os idos de 2013, como narra Antônio Nogueira, o uso do instituto de modulação dos efeitos era restrito e concentrado em algumas áreas, como em questões tributárias – a exemplo da Súmula Vinculante nº 8, do STF, que declarou a inconstitucionalidade do prazo decadencial e prescricional de 10 anos fixados em lei ordinária, mas apenas assegurou a expectativa daqueles que litigaram (NOGUEIRA, 2013, p. 46). Esse caso é interessante pois se trata de um dos julgamentos emblemáticos da corte em matéria tributária, julgado em 2008, quando foi fixado um marco temporal para a fruição do direito, tomando como base o ajuizamento de ações antes da conclusão do julgamento.

É curioso, neste caso, que a modulação foi tomada tendo como base apenas os debates travados pelos Ministros, em que o então Relator Gilmar Mendes acolheu o pleito de modulação dos efeitos “tendo em vista a repercussão e a insegurança jurídica que se pode ter na hipótese”, mas entendeu por bem “delimitar esse quadro de modo a afastar a possibilidade de repetição de indébito dos valores recolhidos

nestas condições” (BRASIL, 2008, p. 58). Não se ignora que a decisão vinculante teria uma repercussão significativa, dado que seria possível pleitear tudo aquilo que a previdência social havia arrecadado com prazo decadencial ou prescricional dilatado, o que poderia ter levado o Ministro Gilmar Mendes a melhor densificar qual seria a insegurança jurídica ou a repercussão que teria nesta hipótese a ensejar a modulação de efeitos, inclusive para possibilitar a replicação deste mesmo racional em casos futuros. Isso é relevante para que seja possível a construção de uma semântica com relação aos requisitos autorizadores da modulação, que parece mais se tratar de uma provocação das partes ou de um dos Ministros a ensejar uma votação com quórum qualificado sobre a necessidade de limitação dos efeitos, de modo que a própria argumentação em torno da temática se esvazia pela possibilidade jurídica de sua realização sem que sejam trilhadas balizas claras.

Em síntese, portanto, a modulação neste caso se deu apenas com relação aos pagamentos já realizados que não teriam sido objeto de ação judicial, marco este que ainda não havia sido adotado pela corte até então. Com consistência, o STF apenas tem resguardado, de forma preponderante, ações ajuizadas antes do marco temporal fixado (VETTORATO, 2025, p. 35), marco este que tem sofrido variações no tempo, como já destacado.

Não obstante, há um aspecto relevante a ser considerado nesta modulação de efeitos quando pensada não sob uma perspectiva processual, mas sim material. Isso, pois o julgamento de fundo dizia respeito a prazo prescricional, de modo que aqueles que ajuizaram ações já tinham interrompido a prescrição ao provocar o judiciário. O marco escolhido para modulação, qual seja o ajuizamento das ações, foi coerente com o que veio a ser julgado, mantendo-se a aplicação da norma processual anterior no tempo em que ela foi realizada. Embora o racional dos Ministros não tenha expressado nenhuma consideração neste sentido, veja-se que, neste caso específico, se justificaria a adoção do marco “ajuizamento de ações pelos contribuintes” como critério de disparidade entre aqueles que movimentaram o judiciário e aqueles que não movimentaram, dado que o prazo prescricional tem como marco exatamente o exercício do direito potestativo perante o Poder Judiciário. Esse critério, qual seja de excepcionalizar aqueles contribuintes que ajuizaram ações, foi se repetindo no contexto da jurisprudência sem que tenha sido objeto de ulterior reflexão, sendo certo que eventual questionamento recai apenas com relação ao marco adotado para o

corte temporal – não sobre o racional que o justifica à luz dos princípios constitucionais.

Reforça-se que a modulação é um instrumento que permite que o direito possa exercer a jurisdição sem que provoque rupturas de expectativa e fira direitos dos jurisdicionados, se justificando em hipóteses excepcionais que envolvam relações entre poder público e particular. Um exemplo de modulação em que se preservou a vontade democrática – sempre citado nos trabalhos que envolvem este tema – foi o julgamento do RE 197.917 (BRASIL, 2004), em que se discutia a constitucionalidade de dispositivo de norma municipal que fixou o número de vereadores em 11, quando o Município de Mira Estrela apenas comportaria 9 representantes. Considerando que o STF fixou este entendimento após o início da legislatura, era evidente que os efeitos escalonados de uma declaração de inconstitucionalidade acometeriam não somente o resultado das eleições pela definição do quociente eleitoral, mas também atingiria todos os atos normativos editados pela Câmara Municipal.

Não por outro motivo, o Ministro Gilmar Mendes propôs que a decisão valesse apenas para o futuro, embora afirme que "o princípio da nulidade continua a ser regra também no direito brasileiro", que poderia ser afastado somente após um "severo juízo de ponderação" fundado no princípio da proporcionalidade, para fazer valer "a ideia de segurança jurídica ou outro princípio constitucionalmente relevante manifestado sob a forma de interesse social relevante" (BRASIL, 2004, p. 71). Esse julgado é paradigmático pois foi um dos primeiros casos em que se tentou densificar o que significaria relevante interesse social e segurança jurídica, tendo sido cotejada a experiência de outras jurisdições – quais sejam aquelas que inspiraram a edição da Lei nº 9.868, de 1999, que autorizariam a superação do princípio da nulidade –, e demonstrado no caso o impacto para toda a coletividade que decorreria da aplicação dura do princípio da nulidade.

Ademais, como defende Gustavo Vettorato, era possível afirmar, ao menos até os idos de 2020, que havia uma certa previsibilidade com relação aos marcos e critérios adotados pelos julgadores no tocante à modulação dos efeitos decisórios. Até o final de 2019, o autor – com base em teses previamente defendidas que procederam à um mapeamento das decisões da corte, notadamente com base nos estudos de Mosqueira (2020), Molinari (2022) e Messinger (2023) – indica a existência de 5 decisões paradigmáticas de modulação em matéria tributária em temas de

repercussão geral ou controle concentrado de constitucionalidade, quais sejam: (i) Temas nº 2 e 3; (ii) Tema nº 615; (iii) ADI nº 4.171; (iv) Tema nº 201; (v) Tema nº 16.

Após 2019, indica 7 decisões que, embora não tenham seguido exatamente o padrão anterior, revelam a existência de "formatos padrões" de 2020 a 2022 com relação à exclusão de ações ajuizadas antes de determinado marco, mas revela também uma sensibilidade maior da corte ao julgar processos que envolvam Estados quando contrapostos à processos que envolvem a União, dada a fragilidade maior dos primeiros em um contexto de federalismo fragilizado – sobretudo por estes conflitos horizontais ou verticais implicarem em potencial bitributação. Importa destacar que no tocante à fundamentação, todos partem de "argumentos básicos semelhantes", que envolvem o "risco orçamentário financeiro causado por falta de arrecadação futura ou por aumento de ações de repetição de indébito, alteração de entendimento jurisprudencial, e insegurança jurídica quanto aos atos passados" (VETTORATO, 2025, p. 97-98). São mencionados pelo autor as seguintes decisões emblemáticas: (i) Tema nº 490; (ii) Tema nº 69; (iii) Tema nº 825; (iv) ADI nº 5.659; (v) Tema nº 1.093; (vi) Tema nº 745; (vii) Tema nº 1.177.

Feita esta contextualização, passa-se à análise da jurisprudência com relação ao primeiro bloco identificado por Vettorato, relativo à jurisprudência do STF até 2019.

3.2.1 Primeiro bloco jurisprudencial: as primeiras aplicações do instituto de modulação de efeitos decisórios até o ano de 2019

Transitando pela jurisprudência tributária, tem-se a ADI nº 4.628 e Recurso Extraordinário nº 680.089, que compuseram o Tema nº 615 (BRASIL, 2014). Neste julgamento, já em 2014, se discutiu a constitucionalidade de exigência de ICMS no estado de destino nas vendas telepresenciais. Ao analisar a petição inicial da ADI, o Ministro Luiz Fux entendeu que houve alteração das regras de cobrança do ICMS por meio de um instrumento infralegal, o que motivou a concessão de medida liminar suspendendo a eficácia do protocolo. Neste caso, o Ministro Gilmar Mendes, relator do recurso afetado, apenas lança no antepenúltimo parágrafo do voto a constatação de que reconhece "a necessidade de modularem-se os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, tomando como marco temporal [a] data da concessão da liminar da ADI nº 4.628" (BRASIL, 2014, p. 20). A justificativa dada pelo Ministro Luiz Fux em sede de debates foi de que, a partir da concessão da liminar já havia higidez na

ausência de expectativa, “senão, o prejuízo é maior ainda para esses Estados que [os] já [sofridos] (BRASIL, 2014, p. 23).

Após a corte ter chegado à compreensão que deveria modular os efeitos, sem explicitar se o motivo aqui seria de segurança jurídica ou relevante interesse social, o que foi debatido é qual o marco seria o mais adequado, o que justificou a concessão da palavra ao advogado Gustavo Martins para que manifestasse sua inquietação, dado que “em havendo a modulação, que ficasse clara se ela estava falando a respeito apenas de evitar repetição de indébito, ou ações de cobrança, ainda em curso”, e em que Estado, se de destino ou origem, pois a pluralidade de desfechos mereceria discriminar e delimitar as situações particulares que seriam afetadas pela modulação. Não obstante, o Ministro Luiz Fux foi claro ao afirmar que “ela tem a sua validade a partir da liminar, respeitadas as ações em curso”, de modo que seriam resolvidos vários problemas e evitados outros (BRASIL, 2014, p. 25). O vetor pragmático da corte de reconhecer que a questão demandaria limitação dos efeitos pelo impacto econômico causado a 24 Estados da federação não encontrou eco em nenhum dos requisitos autorizadores para a realização da modulação.

Este caso contribuiu para dar consistência ao critério de exclusão das ações judiciais em curso, embora tenha sido alterado o marco da modulação para que prevalecesse a partir da concessão da liminar (VETTORATO, 2025, p. 38). Mas para além dessa questão, o Ministro Gilmar Mendes já lançava em sede de debates uma observação que revela o incômodo na coexistência de controle difuso e concentrado de constitucionalidade, dado que, no seu entender, a concessão de efeitos apenas *ex tunc* à decisão implicaria na supressão do direito de ação. É dizer, no controle de constitucionalidade misto, deveria ser protegida em alguma medida a tutela individual, mesmo quando a corte promove regulação em abstrato das relações sociais no curso de um julgamento no controle concentrado de constitucionalidade ou difuso objetivado.

Embora seja compreensível o seu posicionamento, *o direito de ação não é preservado apenas para aqueles que o exercem, de modo que haveria ofensa ao direito de petição dos contribuintes que sofrerão com a modulação, dado que estes não poderão pleitear um direito que lhes seria assegurado pelo tribunal, à luz das disposições legais e constitucionais que deveriam ser aplicadas de modo uniforme em território nacional para contribuintes em igual situação*. Também por existir essa dualidade de tutelas exercida pelo tribunal simultaneamente – em nível individual e

coletivo –, torna-se especialmente relevante a densificação da motivação subjacente à distinção entre jurisdicionados criada pela decisão judicial, o que auxiliaria na compreensão do marco a ser escolhido para a modulação.

Ponto que chama atenção é que esta exclusão implica na alteração do paradigma da proteção do direito para que prevaleça aquela expectativa litigada, com potencial ofensa à segurança jurídica e relevante interesse social por criar uma discriminação injustificada entre contribuintes em mesma situação, como já indicado no capítulo 2. Isso, pois *o direito de petição seria preservado apenas caso os contribuintes que não litigassem pudessem fazê-lo nas mesmas condições dos demais, de modo que ao se preservar a temporalização da lide por meio da ação judicial há em verdade ofensa ao direito de petição com relação aos direitos que foram negados aos demais jurisdicionados*. Seria possível afirmar até mesmo que tratar-se-ia de um critério de modulação técnico-processual, em que se preserva uma fotografia da irresignação apenas com relação àqueles que litigaram, mas de uma perspectiva constitucional, tomando como base os princípios da isonomia e capacidade contributiva, tal distinção não se sustenta.

Prosseguindo, em 2015 o STF analisou a inconstitucionalidade do estorno de ICMS beneficiado sobre combustíveis, com base no Convênio ICMS 110/2007, por meio da ADI nº 4.171 (BRASIL, 2015). Neste caso, além de existir norma que determinava a substituição tributária com recolhimento do tributo pela refinaria, havia determinação de estorno de créditos da não cumulatividade por parte do distribuidor, com base nos benefícios fiscais concedidos ao elo anterior da cadeia. Assim, embora a refinaria não pagasse todo o tributo devido pela existência do benefício, o distribuidor era compelido a recolher tributo mediante estorno. O agravante aqui é que essa incidência se deu com base em instrumento infralegal, o que foi reputado como inconstitucional pelo STF. Não obstante, como narra Vettorato, foi a primeira decisão que se tem registro com relação à modulação para o futuro, em que foi fixado prazo de 6 meses a contar da publicação do acórdão para que a situação fosse ajustada em homenagem à segurança jurídica (2025, p. 39).

O princípio da segurança jurídica neste caso foi corporificado como um risco federativo, em que os Estados sedes das distribuidoras que não sejam também sede das usinas e local de consumo serão prejudicados, pois seriam impossibilitados de arrecadar os valores e se ressarcir do ônus suportado, dado que por um lado “sofrerão dedução do valor correspondente ao ICMS-diferido” nas operações com álcool e

biodiesel e, “de outro, não receberão o repasse do ICMS” nas operações com gasolina e óleo diesel (BRASIL, 2015, p. 27). O ajuste para o futuro foi usado com fito de preservar a frágil relação construída pelos Estados, questão que se revela presente em diversos julgados da corte que impactam no federalismo brasileiro e na relação entre os entes tributantes, sobretudo atinentes à guerra fiscal. A motivação, portanto, decorreu do duplo ônus arcado pelo Estado na sua relação com os demais, dado que se a refinaria estivesse em seu território e as demais prestações fossem interestaduais, haveria um desembolso financeiro para o destino sem que fosse possível arrecadar na origem para neutralizar este débito. Não houve qualquer cotejo da situação do contribuinte, que pagou um tributo inconstitucional, mas somente da relação entre os Estados que teriam que devolver o que foi arrecadado e, simultaneamente, promover um repasse.

O Ministro Ricardo Lewandowski, então presidente, apresentou voto vista em que alega que o STF já havia feito uso da “faculdade” prevista no artigo 27, da Lei nº 9.868, de 1999, fazendo referência à ADI 3.819/MG – em que se discutiu a constitucionalidade de investidura e provimento de cargos na carreira de defensor público estadual sem concurso público, modulada com efeitos prospectivos de 6 meses contados da data do julgamento (BRASIL, 2007, p. 2) – o que justificaria a necessidade de modular efeitos por ter implicações sérias aos contribuintes e aos Estados-sedes das distribuidoras de combustíveis por estarem envolvidos “a segurança jurídica e o excepcional interesse econômico” e conceder prazo para que fosse editado ato normativo que tutelasse a questão (BRASIL, 2015, p. 53).

Após o julgamento retro noticiado, tem-se o Tema de Repercussão Geral 201, cujo paradigma foi o Recurso Extraordinário nº 593.849, relativo à substituição tributária do ICMS para frente, que deveria ensejar a restituição quando a base de cálculo da operação substituída fosse menor que a presumida (BRASIL, 2016). Neste caso, os Estados utilizavam do instrumento de substituição tributária para exigir tributo em patamar superior ao que seria devido na sistemática normal pela adoção de pauta fiscal com preços de referência inflados, o que implicou em recolhimento a maior dos valores arrecadados com o ICMS-ST sem que tivesse correspondência com o valor da operação final ao consumidor. Porém, os Estados o faziam com base em entendimento firmado pela própria corte quando do julgamento da ADI nº 1.851, em que o STF teria compreendido que o fato gerador do tributo presumido não seria “provisório, mas definitivo, não dando ensejo a restituição ou complementação do

imposto pago, senão, no primeiro caso, na hipótese de sua não-realização final" (BRASIL, 2002, p. 2). Isso, pois como afirma o Ministro Ilmar Galvão, implicaria em "despojar-se do instituto das vantagens que determinaram a sua concepção", quais sejam a "redução da máquina-fiscal e da evasão", propiciando maior comodidade e praticidade. Reflexo deste entendimento foi o aumento desmedido de cobrança de ICMS por parte dos Estados o que, por sua vez, implicava em aumento do preço ao consumidor final, que é quem arca com este tributo indireto por excelência.

Ocorre que este entendimento implicou em uma série de questionamentos dos contribuintes, especialmente porque a cobrança dos Estados passou a ser amparada por um entendimento vinculante do STF que desconsiderou o valor efetivo da operação a legitimar a cobrança do tributo por ser mais prático, de modo que não se encerrou a litigância com relação a esta matéria, que veio novamente a ser enfrentada quando do Tema de Repercussão Geral nº 201. Nesta assentada, entendeu-se por bem reconhecer que o princípio da praticidade tributária encontra obstáculo na própria igualdade e capacidade contributiva, não sendo crível assegurar ao Estado uma ferramenta que, a título de simplificar a cadeia de cobrança do tributo pela exigência antecipada em desfavor de um contribuinte, majore sem amparo legal o ICMS que seria devido sem o emprego da técnica de substituição. É dizer, só se pode antecipar aquilo que seria ao final devido, sob pena de se desvirtuar os preceitos constitucionais que limitam o poder de tributar.

A adoção desta tese consistiu em alteração clara de entendimento firmado em sede de controle concentrado de constitucionalidade, que produzia efeitos vinculantes para todo o sistema jurídico, o que implicou na necessidade de reconhecer que havia alteração de jurisprudência dominante a autorizar a modulação dos efeitos para que valesse apenas para o futuro, resguardados os processos pendentes. Ocorre que a redação da ementa não foi muito clara com relação ao marco escolhido, o que motivou a oposição de Embargos de Declaração, que foram rejeitados pelo reconhecimento de que questões afetas à compensação seriam de índole infraconstitucional. Não obstante, como a modulação ainda não teria sido esclarecida, motivou-se a oposição de novos Embargos de Declaração que, por sua vez, foram acolhidos para esclarecer que o fundamento da modulação seriam os artigos 1.035, § 11, e artigo 1.040, do CPC. De acordo com o voto do Relator, a formação de nova jurisprudência "para casos futuros oriundos de antecipação do pagamento de fato gerador realizado após o julgamento do paradigma deve ser considerada a partir da publicação da tese ou

súmula da decisão em meio oficial", por interpretação sistemática da legislação e decorrência lógica de que a decisão só existe no direito quando a ela é dada publicidade pela publicação em diário oficial (BRASIL, 2017b, p. 12).

Esse julgamento, como narra Vettorato, seria uma renovação do compromisso da corte com a definição do marco para modulação como sendo "a publicação da ata de julgamento da decisão de mérito, excepcionado os processos judiciais pendentes de julgamento até tal data" (VETTORATO, 2025, p. 42). Poder-se-ia avançar na análise realizada pelo autor para chamar atenção ao fato de que, ao fazer remissão aos artigos 1.035, § 11, e 1.040, do CPC, interpretados sistematicamente, a corte compreende que a decisão só existe quando publicizada, do que se conclui que há o condicionamento de sua eficácia até que seja apurada a existência efetiva de entendimento em sentido contrário.

Este ponto, inclusive, encontra-se sob tensão para que venha a ser alterado, de modo que a corte poderia passar a compreender que, afetados os processos para julgamento vinculante, já não haveria mais expectativa legítima pelo incremento da litigância. Esse exemplo pode ser verificado do comentário do então Ministro Barroso no julgamento do Tema nº 985, que teria conduzido grupo de trabalho acerca da litigiosidade em que se concluiu que "depois da atribuição de repercussão geral, há um incremento muito expressivo de litigiosidade em relação ao tema e, quando é anunciada a pauta de julgamento, aumenta mais ainda", o que poderia ser "relevante e digno de uma reflexão futura", mas não justificaria "neste momento e de improviso, no meio de um julgamento, mudar uma jurisprudência consolidada" (BRASIL, 2025, p. 20).

Veja-se, portanto, que os Ministros do STF possuem a percepção de que há uma jurisprudência consolidada em torno da modulação – ainda que, como já destacado, não exista uma reflexividade profunda com relação aos aspectos que são replicados pela corte à luz dos princípios constitucionais envolvidos. Essa mesma questão veio a ser objeto de reflexão pelo STJ, mas não com base nos direitos que se visa resguardar por meio da modulação, mas sim pelo que seria mais eficaz para conter os efeitos proporcionados pelo aumento de litigiosidade, ponto que será retomado ao final deste subtópico.

Além disso, esse caso revela uma tensão interpretativa que existe na jurisprudência dos tribunais. Isso, pois em nome da praticidade, poder-se-ia ocorrer o contrário, em que o Estado cobre menos a título de ICMS-ST, perceba tal ocorrência

quando da venda ao consumidor final e passe a exigir complementação do tributo devido. Embora o STF tenha enfrentado a questão da devolução dos valores – não da cobrança –, a decisão motivou a criação de regimes especiais de definitividade do ST, a exemplo do Estado de Minas Gerais, que o oferta a contribuintes substituídos varejista ou atacadista e varejista, quando este atuar enquanto varejista (SEFAZ, 2025). Cumpre destacar que o acórdão firmado no RE 593849/MG, em verdade, apenas autorizou a devolução do que foi pago a maior, não a cobrança de complementação, dado que pela praticidade a princípio considera-se definitivamente ocorrido o fato gerador, nos termos da jurisprudência original, mas revisitada apenas no tocante à possibilidade de devolução do que foi pago a maior.

Veja-se que, como a corte não enfrentou especificamente a questão, passou a existir dúvidas com relação ao que foi objeto de superação, se toda a sistemática de definitividade do ICMS-ST ou se somente quando este vem a ser cobrado em valor maior que o devido, que será ressarcido – o que expressamente constou da tese fixada. A interpretação aqui cria novas frentes de contencioso que poderiam ter sido evitadas pela corte ao analisar a modulação de forma integral, com seus efeitos no tocante à devolução e cobrança, o que não foi ainda pacificado.

Cumpre destacar que, embora lacônica a tese firmada no julgamento, que foi tangenciada pela corte por não ter composto a lide original, ambas as turmas do STF possuem compreensão de que, como a tese firmada teve como racional a vedação ao enriquecimento ilícito pela observação da operação que realmente ocorreu, seria legítima tanto a restituição do que foi cobrado a maior, como a cobrança da diferença – como se verifica dos ARE 1.333.227 AgR (BRASIL, 2022b), julgado pela primeira turma de relatoria do Ministro Dias Toffoli, e do ARE 1.347.930 AgR (BRASIL, 2022c), julgado pela segunda turma de relatoria do Ministro Gilmar Mendes. Com isso, já houve um elastecimento da tese originalmente firmada cujo racional seria oriundo também da alteração do entendimento anterior acerca da definitividade da base de cálculo presumida, o que tem duas consequências, quais sejam: a possibilidade de cobrança da complementação sem que exista expectativa real com base no precedente firmado pela ADI nº 1.851; e a impossibilidade de discussão jurídica para aqueles contribuintes que aderiram aos benefícios fiscais de definitividade do ICMS-ST.

Como último julgado emblemático desta primeira fase da jurisprudência, tem-se o Tema de Repercussão Geral nº 16, em que foi julgada a possibilidade de criação

de taxa de combate a incêndios, serviço que não seria divisível e já exercido de forma típica pelo corpo de bombeiros em caráter universal, o que motivou o reconhecimento de sua inconstitucionalidade. Não obstante, após ter sido travado o julgamento de mérito, houve oposição de embargos de declaração para que fosse deliberada a necessidade de modulação, considerando que houve alteração de entendimento da corte com relação à matéria. Neste caso, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, este reconheceu que havia mudança de jurisprudência, dado que o entendimento oposto havia sido replicado ao menos em 4 oportunidades nas duas décadas que antecedem o julgamento, de modo que seria aplicável o artigo 927, § 3º, que determina a atribuição de efeito prospectivo ao julgado (BRASIL, 2019, p. 7).

Como narra Vettorato (2025, p. 44), de fato, não havia um movimento relevante na doutrina que entendesse pela inconstitucionalidade da taxa de incêndio, não existindo precedentes que reconheciam sua inconstitucionalidade e que, embora fosse um serviço prestado à coletividade que tem caráter essencial, não haveria elemento suficiente para caracterizá-lo como divisível, requisito definidor da configuração de um custeio por meio de taxa ou imposto. Além disso, teria sido a primeira modulação em matéria tributária que não analisou qualquer impacto fiscal, mas sim a historicidade dos precedentes da corte para aferir a confiança passível de ser depreendida no “Estado-Juiz” (VETTORATO, 2025, p. 45).

Poder-se-ia dar um passo adicional ao reconhecer que foi o próprio Ministro Marco Aurélio quem proferiu voto acolhendo a modulação de efeitos – o que revela que sua irresignação com o instituto, quando considerado à partir das hipóteses genéricas do artigo 27, da Lei nº 9.868, de 1999, seriam subversões da Constituição, enquanto a modulação realizada a partir de uma perspectiva objetiva de mudança de jurisprudência tornaria necessária a modulação com base no artigo 927, § 3º, do CPC, somada ao fato de que a legislação vigorou por longa duração. Embora o Ministro não afirme isso expressamente, ao se deparar com a longa duração do ato normativo impugnado e a mudança de jurisprudência com relação à matéria, entendeu que era hipótese de observar a legislação processual e atribuir efeito prospectivo ao julgado.

Assim, a expectativa que se tinha antes da alteração de jurisprudência, como já afirmado anteriormente, foi especialmente protegida pela legislação processual e, embora parte da doutrina defenda que essa hipótese não seria uma modulação propriamente dita, os tribunais assim a tratam, como se verifica no Tema de Repercussão Geral nº 16. É dizer, os tribunais tratam a mudança de jurisprudência

como hipótese lógica que desencadeia uma deliberação acerca de quais expectativas devem ser preservadas, sendo possível afirmar que todos estes instrumentos de alteração da eficácia da decisão poderiam ser incluídos no rol de instrumentos de modulação dos efeitos, embora existam diferenças com relação aos requisitos autorizadores para o seu cabimento quando comparadas as hipóteses previstas no artigo 27, da Lei nº 9.868, de 1999, com relação à do artigo 927, §§ 3º e 4º, do CPC de 2015.

Esse julgado marca uma primeira fase da jurisprudência do STF em matéria de modulação de efeitos em lides tributárias, que consistentemente modularam para que a nova orientação apenas vigorasse a partir da decisão que sinalizou a alteração de entendimento, o que foi realizado mesmo no caso desviante da ADI nº 4.628, que entendeu pela modulação a partir da decisão que concedeu a tutela liminar e determinou a suspensão da aplicação da norma questionada. O único caso que escapou a essa regra teria sido o julgamento da ADI nº 4.171, modulada para que a decisão produzisse efeitos 6 meses após a publicação do acórdão de mérito para adequação legislativa, mas que se orientou também pela publicação do acórdão de mérito. Não por outro motivo, Vettorato afirma que “o padrão para fixação do marco temporal para o início dos efeitos são datas circundantes ou relativas à decisão de mérito”, no que se inclui a data da sessão, publicação da ata do julgamento, publicação do acórdão, ainda que venha a ser decidida em Embargos de Declaração, de modo que “a data do marco temporal não coincide com a data do ato decisório de modular os efeitos” (VETTORATO, 2025, p. 47-48).

Com base nestes julgados selecionados da jurisprudência do STF, Vettorato confirma sua hipótese de que existem padrões decisórios tanto no que tange à delimitação do marco temporal em torno de “datas circundantes da decisão que suspendera a aplicação da norma dita inconstitucional ou na decisão final de mérito do controle de constitucionalidade, o que vier antes, e não a data que decidiu sobre a modulação de efeitos”, como no tocante à ressalva às ações já ajuizadas, que no seu entender decorreria da garantia à tutela jurisdicional prevista no artigo 5º, inciso XXXV, da CF, que se mostra presente desde a fixação dos Temas de Repercussão Geral 2 e 3 (VETTORATO, 20205, p. 50). Não obstante, não há uma delimitação criteriosa acerca da extensão da expectativa que seria preservada após a modulação, dado que, nesta primeira fase da jurisprudência, apenas eram resguardados os processos

judiciais juizados em data anterior àquela que foi adotada como marco para a modulação.

3.2.2 Segundo bloco jurisprudencial: A proliferação de decisões e o alargamento do "padrão" decisório

A partir de 2020, houve um aumento exponencial no número de julgamentos em matéria tributária que fizeram utilização da modulação de efeitos decisórios. Parte da doutrina atribui esse incremento a dois fatores preponderantes, quais sejam: a pandemia da COVID-19, que provocou um agravamento agudo na crise do Estado Pós-Providência e, com isso, fortaleceu o impacto do argumento orçamentário que já se fazia presente nos julgamentos realizados até então, utilizado de forma mais escancarada na fundamentação pelos julgadores; e a criação do plenário virtual, que possibilitou que a corte julgasse mais processos em um curto período de tempo – questão que teve como resultado um prejuízo à fundamentação das decisões pela supressão da esfera de debates, em que eram esclarecidos diversos pontos contextuais que levavam à formação da decisão pela corte, como aponta Raphael Souza (2023).

Numericamente, como mostra o relatório produzido pelo Núcleo de Direito Tributário do Stricto Sensu Profissional da FGV Direito SP, é perceptível que a utilização da modulação era pontual e apreciada apenas em alguns casos e, até 2019, a maior ocorrência de análises de pedido de modulação teria sido realizada em 16 processos. Após 2019 a corte acentua a apreciação de pedidos de modulação, com a análise de 25 pedidos, seguida de 55 em 2020, 74 em 2021 e aproximadamente 100 em 2022, número que se repetiu em 2023, acompanhado de uma desaceleração em 2024 para aproximadamente 55 (DE PAULA JUNIOR, *et al*, p. 18). Neste período, embora ainda seja possível aferir a existência do padrão de modulação, que compreenderia a adoção do julgamento de mérito como parâmetro de referência, bem como as ressalvas às ações ajuizadas antes de determinado marco, surgem "variações e especificações decorrentes da própria complexidade dos tributos em julgamento, alteração das bases tributárias e do tempo de aplicação da norma tributária inconstitucional" (VETTORATO, 2025, p. 56). Considerando a pluralidade de decisões, Gustavo Vettorato procede à escolha de casos em que a corte destoou deste padrão, já enumeradas anteriormente.

A primeira decisão desta segunda fase, coincidente com a profusão da apreciação e deferimento de modulações em matéria tributária, poderia ser verificada no Tema nº 490, que teve como paradigma o Recurso Extraordinário nº 628.075 (BRASIL, 2020). Neste caso discutia-se a constitucionalidade da exigência de tributo mediante glosa dos créditos destacados na nota fiscal e não recolhidos no Estado de origem em decorrência de benefício fiscal de crédito presumido, envolvendo os Estados do Rio Grande do Sul como destino e Paraná como origem.

O voto do Ministro Relator Gilmar Mendes dedica um capítulo específico para tratar da modulação dos efeitos decisórios (BRASIL, 2020, p. 40-42) e, neste excerto, esclarece que a modulação dos efeitos "é um poder conferido ao STF, condicionado à presença de interesse social e à necessidade de garantir segurança jurídica aos jurisdicionados" (BRASIL, 2020, p. 41). Ao analisar o caso concreto sob julgamento, entende que o ato normativo produziu efeitos e vigorou por muitos anos, o que já motivou modulação de efeitos pela corte em assentadas anteriores para que possa conciliar "a validade e a cogência das normas constitucionais com a segurança jurídica dos contribuintes" (BRASIL, 2020, p. 41). Com isso, entendeu que o estorno proporcional de crédito por parte dos contribuintes só seria exigível após o julgamento da ação, dado que "os valores discutidos na presente ação são bilionários, o que pode levar, de um lado, uma empresa à falência ou, de outro, ao aumento do déficit público, nas já combalidas finanças estaduais" (BRASIL, 2020, p. 41), informações obtidas com base nos dados apresentados pelo Estado de São Paulo.

A dualidade, para o Ministro Gilmar Mendes, decorreria da constatação de que, a prevalecer a tese de que seria vedado o estorno proporcional de créditos de ICMS, o valor a ser devolvido só pelo Estado de São Paulo seria de R$ 9 bilhões, enquanto se for reconhecido como constitucional a exigência do estorno, haveria a possibilidade de os fiscos estaduais que, embora não tivessem tomado nenhuma medida de constituição e cobrança até o julgamento, passassem a fazê-lo, com prejuízo aos particulares. No seu entender, essa dualidade representaria um exemplo de aplicação do artigo 20 da LINDB, que determina que as consequências da decisão devem ser consideradas pelo julgador. Para Vettorato, essa modulação não foi objeto de debate, dado que teria sido acolhida tacitamente pelos demais Ministros que apenas seguiram o voto condutor do Ministro Gilmar Mendes. A modulação proposta foi de que "fiquem resguardados todos os efeitos jurídicos das relações tributárias já constituídas", de modo que, "caso não tenha havido ainda lançamentos tributários por parte do Estado

de destino, este só poderá proceder ao lançamento em relação aos fatos geradores ocorridos a partir da presente decisão" (BRASIL, 2020, p. 42-43).

Tathiane Piscitelli e Juliana Araujo, ao analisarem esta decisão, reafirmam que não foi explicitado o fundamento da modulação, que poderia ter sido embasada em qualquer um dos dois fundamentos legais disponíveis à corte – embora neste caso tenha sido preenchido o quórum qualificado por 8x3, vencidos apenas o Relator Edson Fachin, Marco Aurélio e Roberto Barroso –, tendo sido o impacto econômico em abstrato o único fundamento para que fosse modulado o feito, sem que esta constatação tenha sido confirmada ou refutada pelos demais (PISCITELLI, ARAUJO, 2024, p. 411). Vettorato reafirma que o padrão para a modulação se manteve, dado que foi definida para que a decisão vigorasse a partir da data de sua prolação pelo plenário do STF, embora não tenha sido excepcionalizado nenhum processo. Neste caso, a corte manteve as coisas como estavam, preservando o crédito dos contribuintes que não sofreram cobranças e mantendo os lançamentos realizados pelos Estados (2025, p. 59).

Cronologicamente, o próximo caso – e um dos mais emblemáticos em matéria tributária pela relevância econômica – diz respeito ao julgamento dos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 574.706 (BRASIL, 2022), referente ao Tema de Repercussão Geral nº 69, também denominado de tese do século. Neste caso, entre a definição do resultado do mérito em outubro de 2017, o STF só veio a encerrar a análise da modulação em maio de 2021. Após este interregno, o STF definiu que o marco para a modulação deveria ser o julgamento de mérito, mas entendeu por bem em preservar as ações judiciais e processos administrativos protocolados até a data da sessão do julgamento.

Para além dos valores envolvidos na controvérsia serem expressivos, é notável a relevância deste caso para o estudo de modulação dos efeitos em matéria tributária. Derzi já reconhecia em 2009 a alteração do quadro jurisprudencial que poderia legitimar uma modulação para preservar a expectativa financeira do Poder Público com relação à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS – ainda que se distanciasse da compreensão de que essa modulação se daria com base na segurança jurídica. No Tema nº 69, ocorrido em "plena Pandemia de COVID-19", o STF compreendeu que o julgamento do já citado RE 240.785, dado os seus efeitos *interpartes*, não seria suficiente para levar à alteração de jurisprudência e, com isso, alterar o marco padrão de modulação para a primeira decisão em sentido contrário

registrada pela corte, de modo que “ainda havia base de confiança razoável a gerar expectativas legítimas a favor da Fazenda Pública para fins de manter a cobrança até março de 2017” (VETTORATO, 2025, p. 61). Este teria sido o segundo caso em matéria tributária em que a alteração de entendimento teria sido legitimadora para a realização de modulação dos efeitos decisórios, tendo sido realizada anteriormente quando do julgamento do Tema nº 16, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, que excepcionalmente reconheceu que essa modulação deveria ser realizada para preservar a expectativa gerada pela jurisprudência da própria corte. Houve também uma preocupação maior dos Ministros na delimitação da modulação, dado que foi a primeira em que se excepcionou os processos administrativos em curso.

Daniela Gueiros Dias, por exemplo, utiliza este caso como paradigmático para demonstrar como as consequências advindas da decisão são balizadas por meio de diversas falácias argumentativas. A escolha desta decisão não foi aleatória, dado que, como visto, a modulação não era extensamente discutida pela corte em matéria tributária, tendo sido pontuais os casos que até 2019 fizeram emprego desta técnica, sem que houvesse um debate muito profundo acerca dos motivos que legitimariam a modulação. Neste caso, a modulação foi decidida em sede de Embargos de Declaração e o acórdão, de 179 páginas, realiza um debate extenso acerca dos motivos legitimadores de sua realização, notadamente com base em argumentos de índole orçamentária que envolveriam o rombo dos cofres da União.

Por isso, Gueiros indica dois motivos pelo qual este julgado foi escolhido, quais sejam: (i) o argumento do impacto fiscal teria sido acolhido por alguns dos Ministros inclusive “para justificar a própria constitucionalidade da inclusão do ICMS nas bases de cálculo para as contribuições ao PIS e à COFINS, e não apenas para discutir a possibilidade de atribuição de efeitos prospectivos à decisão”– ponto que qualificaria a decisão de mérito como efetivamente consequencialista, em que pela consequência da decisão se altera a própria decisão; (ii) o impacto fiscal utilizado pela corte “gerou grande repercussão à época do julgamento, devido à incerteza de seu montante” (GUEIROS, 2021, p. 158) – dado que o Anexo V da Lei de Diretrizes Orçamentárias, que indicava prejuízo na casa de R$ 250,3bi, não era confirmado por nenhum estudo conduzido e encontrava divergência grande com relação aos dados estimados pelo mercado.

Embora a quantificação exata do valor envolvido não seja clara pelos dados que levaram a corte a decidir, é inegável que o impacto econômico deste julgamento

foi grande sobretudo pelo tempo que se demorou a decidir o mérito e, posteriormente, a própria modulação, tendo sido o próprio Poder Judiciário quem criou a contingência a necessitar o manejo da modulação. Lembra-se que o tempo de tramitação do julgamento destes Embargos de Declaração é equiparável à duração média de um processo inteiro com a inclusão das execuções fiscais. Isso, pois só entre a oposição dos Embargos e a determinação para sua inclusão em pauta houve o transcurso de quase 2 anos, tendo o julgamento perdurado por mais de 4 anos. Além da flagrante extrapolação do prazo de julgamento de embargos de 5 dias previsto no artigo 1.024, do CPC e apesar do longo lapso temporal transcorrido e o volume de páginas do acórdão de julgamento dos Embargos de Declaração, essa decisão alertou a comunidade jurídico-tributária para o problema que decorreria da sobrecarga do instituto da modulação que foi percebida nos anos posteriores a este julgamento, em que o argumento do impacto orçamentário ganharia espaço para minimizar as perdas que o Poder Público sofreria caso integralmente sucumbente nas lides em matéria tributária.

É válido cotejar os exemplos de falácias extraídos do estudo realizado por Daniela Gueiros Dias tomando como base este julgamento – com ênfase no voto do Ministro Gilmar Mendes –, que bem ilustram os riscos de utilização de argumentos consequencialistas sem que se parta de dados concretos e de razões comuns que sejam compartilháveis pelos julgadores e se fundamentem no plano lógico. Para este intento, a autora reparte as falácias em quatro grupos: (i) falácias subjetivas na argumentação com base em consequências, no que se inserem as falácias do subjetivismo, apelo à maioria, à emoção, à força e a dos epítetos carregados, que seriam condenáveis por violar “o dever de objetividade na argumentação e, desse modo, o dever de interpretar os dispositivos normativos e os fatos de modo lógico, sem viés ou preconceito” (DIAS, 2021, p. 159); (ii) falácias envolvendo credibilidade na argumentação com base em consequências, que envolveria a falácia do apelo à autoridade, em que se afirma um dado técnico sem lastro em opinião de *experts* – especialmente quando se origina em informações produzidas unilateralmente por uma das partes (DIAS, 2021, p. 170); (iii) falácias de contexto, que envolvem as falácias do falso dilema e relativas à causalidade – que centram a discussão em informações e aspectos que entende relevante e desconsidera todas as demais informações que poderiam ser igualmente relevantes sem justificativa (DIAS, 2021, p. 177); (iv) falácias de estrutura lógica, no que se insere a falácia da petição de princípio, e da dispersão

– em que são cometidos erros no silogismo lógico elaborado pela corte com fito de convalidar a decisão (DIAS, 2021, p. 186).

Sobre o primeiro grupo, relativo às falácias subjetivas na argumentação com base em consequências, tem-se que elementos irrelevantes servem de aporte para sustentar uma conclusão. Para ilustrar o subjetivismo, em que opiniões próprias são alçadas à categoria de verdades incontestes, a autora exemplifica as passagens “acho que essa mudança produziria um impacto sistêmico que não envolveria apenas a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS” e “uma decisão como a nossa pode produzir um efeito sistêmico que eu, neste momento, consideraria imprevisível” – extraídas de trecho do voto do Ministro Barroso –, bem como “Não tenho dúvidas em afirmar” – extraída de voto do Ministro Gilmar Mendes –, que demonstram que “o mero fato de emitirem sua opinião é evidência suficiente para demonstrar de modo claro e convincente a alta probabilidade de as consequências por eles alegadas ocorrerem no mundo real” (DIAS, 2021, p. 161).

O segundo exemplo diz respeito à falácia do apelo à maioria, em que a opinião externada se funda em um senso comum difundido na coletividade, sem que encontre amparo em dados científicos técnicos precisos. A exemplo desta falácia, a autora se vale do voto do Ministro Gilmar Mendes, em que afirma que o impacto fiscal da decisão seria grandioso pois “a maioria dos jornais” havia noticiado o julgamento como se fosse o caso da década. Ao afirmar que havia um coletivo indefinido que entendia pela relevância do julgamento, inferiu-se a existência de valores relevantes envolvidos, embora a quantificação precisa não teria sido realizada. É dizer, não é porque foi noticiado no jornal que aquele fato se torna verdadeiro.

O terceiro exemplo diz respeito ao apelo à emoção, em que se utiliza de palavras que contém uma carga emocional para que a parte que se espera convencer adote uma falácia de subjetivismo. Os exemplos, também oriundos do voto do Ministro Gilmar Mendes seriam “preocupa-me a ruptura do próprio sistema tributário”, “as consequências deste julgamento serão desastrosas para o País” e “[i]mplode-se o sistema tributário brasileiro tal como hoje conhecemos”, que não traduz em elementos jurídicos as preocupações incorporadas pelas expressões empregadas.

O quarto exemplo e último deste bloco diz respeito à falácia dos epítetos carregados, em que “se adotam rótulos questionáveis com propósito de convencer alguém a adotar determinada conclusão” (DIAS, 2021, p. 167). Também se vale do voto do Ministro Gilmar Mendes, quando este afirma que “[a] tentativa de reduzir a

carga dos impostos por meio de engenharias sofisticadas e preciosismos técnicos é inócua", "acolhimento de exceções imprecisas e sofisticadas, é apenas um paliativo que, muitas vezes, torna ainda mais complexo e oneroso nosso sistema tributário", de modo que os argumentos dos contribuintes são tratados de forma pejorativa como se fossem indesejáveis por aumentar a complexidade do sistema, quando na verdade o que deveria orientar a decisão da corte seria o código legal/ilegal. Essa escolha semântica do Ministro, ao ser utilizada para "qualificar de modo pejorativo argumentos dos contribuintes ou da Fazenda Nacional, impede o debate racional e, consequentemente, a justificação racional das decisões, porque rejeita, de antemão, a possibilidade de qualquer discussão." (DIAS, 2021, p. 169).

Estes exemplos evidenciam que o argumento que se lastreia em falácias subjetivas, isto é, aquelas que "não apresenta[m] qualquer evidencia que vise a corroborar as prognoses elaboradas pelo julgador, torna-se um argumento imprestável", que não serve para fundamentar uma decisão judicial em um contexto democrático, em que há um dever de fundamentação das decisões (DIAS, 2021, p. 169).

No segundo grupo destacado, insere-se a falácia do apelo à autoridade como uma forma de se assegurar credibilidade a uma informação apresentada por uma das partes que não foi validada por outra fonte ou pela sociedade civil organizada. No entender de Gueiros, para que uma autoridade se sustente no curso de um procedimento judicial, esta deve preencher três requisitos, quais sejam ter conhecimentos específicos sobre o objeto analisado, ser capaz de afirmar de modo objetivo, desprovido de vieses que possam distorcer o evento analisado e, não menos importante, os dados que embasaram a análise devem ser disponibilizados para que possam ser verificados pelos demais e, com isso, legitimar o procedimento.

O exemplo então adotado, também extraído do voto do Ministro Gilmar Mendes, diz respeito à qualificação das pessoas que afirmaram questões acerca da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e COFINS, como o "Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS)" Andrei Pitten, que teria afirmado que, ao reconhecer a sua inconstitucionalidade, seria necessário reconhecer que o sistema é inconstitucional há muitos anos, além de que o "ex-Secretário da Receita Federal" Everardo Maciel teria afirmado que isso seria um desastre fiscal – pontos que não são objeto de comprovação fática para além das alegações destas autoridades. Exatamente por não se submeterem ao crivo dos três requisitos

elencados por Gueiros, esta defende que, embora as alegações citadas pudessem ser verdadeiras, a elas deveriam ser acrescidas outras premissas para que se pudesse chegar à mesma conclusão adotada pelo Ministro, o que comprometeria o dever de fundamentação neste caso específico (DIAS, 2021, p. 176).

No terceiro grupo tem-se as falácias de contexto, que se valem de evidências inadequadas ou incompletas para saltar à conclusão, sem que considerem outras premissas igualmente relevantes para o deslinde da controvérsia (DIAS, 2021, p. 176-177).

A primeira categoria deste grupo seriam as falácias de falso dilema, que poderiam ser infirmadas tanto pela demonstração de que as premissas são falsas, como pela demonstração de que existem outras opções que foram deixadas de lado, o que macularia todo o silogismo construído. Ao analisar a afirmação de que "não podemos deixar de lado os riscos das decisões judiciais dessa Corte Suprema, isto é, as consequências sociais, econômicas, financeiras e jurídicas dos nossos julgados" extraída do voto do Ministro Gilmar Mendes, a autora decompõe em três premissas o dilema construído de forma tímida no voto, quais sejam: (i) É possível decidir em ambos os sentidos, de que o PIS e COFINS incide ou não sobre o ICMS; (ii) ao decidir que incide a contribuição sobre o ICMS, o tribunal não estaria deixando de lado as consequências de sua decisão; (iii) ao decidir que não incide, o tribunal estaria deixando de lado as consequências de sua decisão; do que se conclui que (iv) há um dilema entre decidir de uma forma e ignorar as consequências da decisão e de outra, considerando as consequências. A falsidade aqui decorreria da constatação de que "a decisão quanto à inclusão do ICMS nas bases de cálculo das referidas contribuições não guarda qualquer relação necessária com o fato de o STF estar ou não deixando de lado as consequências do julgamento" (DIAS, 2021, p. 180).

A segunda categoria, relativa às falácias de causalidade, decorreria de atribuir causalidade a um evento sem que se tenha evidencias que efetivamente este seja causa de outro que permitisse corroborar com a conclusão (DIAS, 2021, p. 180). A reconstrução já mencionada do impacto orçamentário, que seria vultuoso e apurado com base em dados produzidos sem o crivo da sociedade civil, ao chancelar que o impacto orçamentário da decisão seria na casa de R$ 250,3 bi, o Ministro Gilmar Mendes parece afirmar que "a decisão do Supremo Tribunal Federal causará um impacto de R$ 250,3", dado que sem ela o impacto orçamentário inexiste (DIAS, 2021, p. 181-182). Veja-se que o fato de a decisão do tribunal anteceder o impacto não

significa que esta é a causa do dispêndio, que decorreria da inconstitucionalidade do ato normativo editado pelo ente público, tendo como base o sistema de direitos já posto que legitimou a construção de uma expectativa que será assegurada quando violadas as limitações do poder de tributar.

No quarto grupo tem-se as falácias de estrutura lógica, que não dizem respeito a elementos materiais do argumento com relação ao contexto ou com relação ao que é ignorado, mas sim com relação à própria estrutura do silogismo empregado, no que se inserem a falácia da petição de princípio e da dispersão. Com relação à primeira, de petição de princípio, há uma tautologia circular, que pode ser construída de forma refinada para dar uma aparência de que se está desenvolvendo a premissa original, como se extrai dos trechos do voto do Ministro Gilmar Mendes "[os números impressionam e, embora não possam ser a única razão de decidir, não podem simplesmente ser ignorados", e "devemos considera-los com ainda mais razão em relação àquelas decisões cujos efeitos transcendem os limites subjetivos da causa". Estes exemplos apontam que a premissa e a conclusão afirmam o mesmo, que os números devem ser razões de decidir, embora não explicite claramente os fundamentos que embasam essa constatação. Com relação à segunda, tem-se que há a adoção de um argumento logicamente irrelevante para amparar uma conclusão alcançada pelo emprego do silogismo, a exemplo do trecho, também extraído do voto do Ministro Gilmar Mendes, quando este "cham[a] atenção para as consequências dos nossos julgados, porque a história está repleta de casos de julgados com consequências desastrosas", experiências que não guardam correlação com o caso concreto analisado pela corte, de modo que "o Ministro introduz na discussão um exemplo irrelevante para, a partir de uma falsa analogia, induzir os outros Ministros e o público a aceitarem a sua conclusão" (DIAS, 2021, p. 190).

Após realizar este extenso cotejo dos argumentos empregados no Tema 69, a autora conclui que para aceitar a argumentação consequencialista, é necessário que se adote também dois mitos, quais sejam de que haveria uma concordância entre os jurisdicionados no tocante aos princípios que deveriam ser concretizados em detrimento de regras claras dispostas no texto Constitucional, que permitiria a superação das regras atributivas de competência e limitações ao Poder de Tributar com base em preferências valorativas dos julgadores, questão que é fortalecida pelo segundo mito, de que os princípios constitucionais serviriam de fundamento direto para a justificação de decisões jurídicas, sem amparo na legalidade. Com isso, os

tribunais passariam a “justifica[r] políticas específicas como se elas fossem determinadas diretamente por princípios constitucionais” e, “ao assim procederem, juízes e tribunais deixam de verdadeiramente justificar suas decisões, na medida em que mantêm a retórica de fins comuns e adotam convicções pessoais (ainda que sem admitir)” (DIAS, 2021, p. 193).

Embora o enfoque de Daniela Gueiros Dias se dê com relação ao voto do Ministro Gilmar Mendes, Tathiane Piscitelli e Juliana Furtado Araújo indicam que outros Ministros também adotaram razões lastreadas em argumentos de impacto financeiro, como se verifica em relação: ao voto da Ministra Cármen Lúcia, acompanhada por Nunes Marques; o Ministro Alexandre de Moraes teria indicado que a apuração dos valores não seria possível considerando a modalidade das ações ajuizadas, além de indicar os impactos das compensações realizadas com base nas decisões transitadas em julgado, argumento corroborado pelo Ministro Dias Toffoli. Oposição a este entendimento adveio do Ministro Edson Fachin e Rosa Weber, que defendem a impossibilidade de se convalidar inconstitucionalidade tendo como fundamento precípuo o impacto orçamentário; por fim, o Ministro Marco Aurélio chama atenção para a impossibilidade de que a corte fixe um marco para que a Constituição comece a valer, modulando-se em verdade o processo subjetivo sem ouvir as partes envolvidas (PISCITELLI; ARAUJO, 2024, p. 409). Com isso, é possível afirmar que houve um embate entre a compreensão dos limites do que seria passível de ensejar a modulação, tendo prevalecido neste julgado uma compreensão mais ampla, que legitimaria o impacto orçamentário em abstrato como justificativa para a sua realização.

Não bastasse todo este contexto excepcional do Tema nº 69, o caso ensejou uma longa discussão com relação ao que estaria abarcado pela decisão de modulação, isto é, se haveria autorização à rescindibilidade das coisas julgadas que tivessem sido fixadas em sentido contrário e até mesmo a discussão com relação ao que seria resguardado, se seria o fato gerador ocorrido até o marco da modulação ou se abarcaria apenas os lançamentos ou pagamentos realizados até a data, o que veio a ser afetado como Tema de Repercussão Geral nº 1.279, RE 1.452.421 (BRASIL, 2023). Nesta ocasião, restou esclarecido que com base na modulação do Tema nº 69 “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”, ressalvados os casos excepcionados

(BRASIL, 2023). Veja-se que a modulação não foi clara o suficiente com relação ao escopo de abrangência, o que motivou a afetação de um novo Tema de Repercussão Geral para se discutir o limite da abrangência da modulação, o que não se restringe a este caso, como já narrado no capítulo 2 no tocante à ADC 49 – que será posteriormente retomado.

O próximo caso emblemático de modulação indicado por Vettorato seria o julgamento do Recurso Extraordinário nº 851.108 (BRASIL, 2021a) e ADI nº 6.834 (BRASIL, 2021b), que compuseram o Tema nº 825, em que se discutiu a possibilidade de incidência de ITCMD sobre transmissão de bens oriundos do exterior. Neste caso, a primeira proposta de modulação, encabeçada pelo Ministro Dias Toffoli, estipulou que esta deveria valer apenas para fatos geradores ocorridos após o julgamento de mérito. Ocorre que, ao avaliar o impacto orçamentário, não o fez com base nas hipóteses autorizativas de repetição de indébito como usualmente era realizado, mas sim com relação à preservação da expectativa de arrecadação dos Estados para cobrar os fatos geradores no futuro, sobretudo considerando a necessidade de edição de Lei Complementar e, ao menos com base no entendimento predominante até esta assentada, a reedição dos atos normativos editados sem amparo em fundamento de validade, o que atrairia nova aplicação do princípio da anterioridade constitucional, postergando-se a reinstituição da cobrança por um prazo longo.

Com isso, o risco aqui em verdade seria simplesmente o de “perda de receita de arrecadação”, questão agravada pelo julgamento ter sido realizado no auge da pandemia de COVID-19. Esta primeira proposta de modulação não vingou pois, após o processo retornar do pedido de vista do Ministro Alexandre de Moraes, por sugestão do Ministro Luís Roberto Barroso foram excepcionadas as ações judiciais já ajuizadas antes do marco temporal, em homenagem à “jurisprudência tradicional”, modulado o caso para que produzisse efeitos a partir do julgamento, excepcionadas as ações já ajuizadas “nas quais se discuta: (1) a qual estado o contribuinte deve efetuar o pagamento do ITCMD, considerando a ocorrência de bitributação; e (2) a validade da cobrança desse imposto, não tendo sido pago anteriormente” (BRASIL, 2021a, p. 2). Essa modulação, como bem ressaltou Vettorato, teria frustrado a expectativa que se construía com base no entendimento firmado no julgamento do Tema nº 69, em que se resguardaram os processos administrativos em curso – ponto que realmente ainda é vacilante na jurisprudência do STF e merece maior reflexão acerca de qual expectativa merece ser preservada. A modulação acabou esvaziando eventual

repetição do indébito, razão pela qual Vettorato entende haver uma “disfunção entre a motivação efetiva e as ressalvas, ao ponto de deixar a entender que a possibilidade (convalidadamente) de constituição e cobrança de créditos tributários declarados inconstitucionais” (VETTORATO, 2025, p. 70).

O entendimento firmado neste caso foi replicado para 20 outras Ações Diretas de Inconstitucionalidade relativo a diplomas legais de outros entes tributantes. Neste caso específico, houve a alteração de outro aspecto relativo ao efeito da declaração de inconstitucionalidade em decorrência de ausência de fundamento de validade em Lei Complementar exigível para que fosse dirimido o conflito de competência horizontal instaurado. Isso, pois a rigor, quando é julgada a inconstitucionalidade de um ato normativo por ausência de fundamento para sua criação, historicamente se compreendia que esse ato normativo seria nulo e não poderia ter sequer sido criado, razão pela qual apenas na eventual alteração do quadro de validade deveria ser editado novo ato normativo válido, como se verifica da *ratio decidendi* que norteou o julgamento do RE nº 136.215-4 RJ (BRASIL, 1993, p. 24). Cumpre destacar que esse entendimento foi revisto pelo Ministro Gilmar Mendes, cuja fundamentação foi acolhida pelo Ministro Dias Toffoli, de modo que a corte passou a compreender que, a despeito da ausência de autorização para a edição do ato normativo, este teria validade após a edição da Lei Complementar, como se permanecesse adormecido até que fosse editado o seu fundamento de validade – isto é, no que se harmonizar com o fundamento de validade superveniente.

Essa decisão é exemplificativa para demonstrar como a argumentação jurídica pode impactar até mesmo a compreensão que se tem do código de legalidade por um vetor de praticidade – exemplo este que será retomado no ponto 4.3 – questão que assegura um poder muito maior do julgador sobre a definição do que é o direito e quais são os limites à atividade judicante do que o poder que o direito possui de constranger o julgador a adotar um desfecho jurídico para a controvérsia. Em um momento subsequente, ao julgar o Tema de Repercussão Geral nº 1.094, o STF reafirmou a compreensão de que as leis estaduais apenas aguardariam a edição do fundamento de validade para que pudessem ser aplicadas, de modo que essas leis ficariam em suspenso no sistema, como se fossem informações que só são processadas pelo sistema jurídico quando há a consolidação de uma estrutura que a legitime.

Na sequência, tem-se a ADI nº 5.659 (BRASIL, 2021a), em que foi discutido os limites de incidência para ISS ou ICMS sobre softwares, discussão esta que envolve um caminho longo para a densificação das materialidades tributáveis de cada um dos tributos à luz das tecnologias que vieram a ser desenvolvidas em meio informático. É notável a sofisticação crescente das empresas desde os primeiros precedentes firmados sobre a matéria, que envolvia a famigerada discussão entre a incidência de ICMS nos softwares de prateleiras comparados ao ISS nos softwares que não eram comercializados como produtos, até a fixação do entendimento acerca da incidência de ISS em softwares pela existência de serviço prestado. É um caso emblemático pois revela o impacto da conceituação econômica de serviço finalista funcional como geração de valor tido como utilidade que, paulatinamente, foi transportado para a jurisprudência do STF – discussão que se esvazia com a reforma tributária que adota uma conceituação de exclusão para a definição do que é mercadoria e serviço, gravando ambas as materialidades com a tributação sobre consumo.

Neste caso, embora a jurisprudência vinculante do STF tenha sido cunhada sob o racional de que não havia incidência de ISS quando há obrigação de fazer, como constou da Súmula Vinculante nº 31, consolidada em 2000, cuja ementa afirma expressamente que à luz do artigo 110, do CTN, as expressões e vocábulos possuem sentido próprio, afastando-se a tributação da locação, o entendimento que veio a ser consolidado nas décadas subsequentes se distancia dessa ideia inicial. Isso, pois em 2009, o tribunal veio a afirmar que arrendamento mercantil é um contrato autônomo em que o núcleo seria o financiamento, sobre o qual incidiria ISS. Na ementa do RE 547.245, o STF destaca que no leasing financeiro e no *lease-back* haveria prestação de serviço. Na palavra, o Ministro Relator Eros Grau entendeu que no leasing financeiro, que configura “atividade que não se exerce senão mediante prestação de considerável parcela de serviços diversificados”, “obviamente não gera obrigação de dar, mas, ao revés, de pôr a coisa à disposição do locatário e de garantir a este o seu uso pacífico” (BRASIL, 2009, p. 12-13). Nesta assentada, compreendeu-se, portanto, que o “financiamento é serviço”, sendo irrelevante a existência de compra no leasing financeiro e no *lease-back*.

Nos idos de 2017, quando do julgamento do RE 651.703, o STF novamente se debruçou sobre o conceito de serviço para fins de incidência de ISS ao analisar a possibilidade de incidência sobre contratos administrados por operadoras de planos de saúde, ocasião em que a corte tentou avançar na abrangência do conceito para

tentar abarcar outras atividades, notadamente aquelas que representassem algum tipo de utilidade para o tomador (BRASIL, 2017). Nesta assentada, consta da ementa que o tribunal visava romper com a dicotomia clássica existente entre obrigação de dar e obrigação de fazer que tradicionalmente vigorava no contexto da jurisprudência judicial para balizar a possibilidade de incidência do ISS, dado que a *ratio* obrigação de dar e de fazer que era adotada pelo tribunal escaparia ao escopo constitucional que pretendeu "captar todas as atividades empresariais cujos produtos fossem serviços sujeitos a remuneração no mercado" (BRASIL, 2017, p. 5).

É curioso que a jurisprudência do STF adotava um conceito econômico de serviço e inclusive entendia pela possibilidade de se tributar a locação como se serviço fosse, questão que veio a ser alterada quando do julgamento do RE 116.121/SP, como bem destaca Andréia Maricato (2024, p. 6). A autora destaca que o conceito econômico retornou à jurisprudência do STF ao julgar a possibilidade de incidência do ISS sobre planos de saúde, questão que veio a ser consolidada nos contratos de franquia, que será objeto de análise na sequência. Não obstante, havia à época orientação da corte no sentido de convalidar a distinção entre obrigação de dar e de fazer para balizar a incidência de ISS ou ICMS, o que poderia ter motivado a modulação dos efeitos com base no artigo 927, § 3º, do CPC – embora à época este instituto não fosse muito explorado, sobretudo em matéria tributária.

Na sequência, a corte julgou o RE nº 603.136 (BRASIL, 2020), em que foi deliberada a possibilidade de que, em um contrato de franquia, houvesse a incidência de ISS mesmo na hipótese de um contrato misto, que envolvesse tanto obrigações de dar como de fazer. Nesta assentada, como se verifica do acórdão de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, este afirma que no precedente anteriormente firmado com relação às operadoras de planos de saúde, não "se pode afirmar que tenha havido – ainda – uma superação total do entendimento de que o ISS incide apenas sobre obrigações de fazer, e não sobre obrigações de dar" (BRASIL, 2020, p. 9). Não obstante, pela compreensão da existência de uma natureza híbrida deste contrato, compreendeu que seria possível a incidência de ISS nas obrigações de qualquer natureza, dado que neste caso não haveria uma obrigação típica de fazer – de modo que, o Ministro afirma que "[a]o concluir nesse sentido, não estou, no entanto, inovando em relação à linha de precedentes do Supremo Tribunal Federal na matéria, mas apenas reafirmando a jurisprudência da Corte" (BRASIL, 2020, p. 17). A modulação dos efeitos veio a ser enfrentada em Embargos de Declaração e, pelo

mesmo racional adotado no voto condutor do Ministro Gilmar Mendes de que não havia alteração de jurisprudência, a corte rejeitou o argumento.

Veja-se que o STF já havia sinalizado em mais de uma assentada que a clássica dicotomia entre obrigação de dar e obrigação de fazer já não era suficiente para abarcar a materialidade do que se poderia ser considerado serviço, sobretudo em consideração ao advento tecnológico, mas sem uma definição clara acerca de seu abandono.

No julgamento da ADI nº 5.659/MG (BRASIL, 2021a), a corte foi chamada a se manifestar novamente sobre a possibilidade de incidência de ISS nos softwares, matéria que na jurisprudência histórica da própria corte, ensejava a distinção dos softwares de prateleira, comercializados como mercadorias e sujeitos ao ICMS, dos softwares que eram feitos sob demanda, isto é, que não eram comercializados com o público em geral, sujeitos ao ISS. Como consta da ementa deste julgado, o software seria um produto do “engenho humano”, uma “criação intelectual”, de modo que se faz “imprescindível a existência de um esforço humano direcionado para a construção de um programa de computador (obrigação de fazer), não podendo isso ser desconsiderado em qualquer tipo de software”, o que também abarca outros serviços prestados aos usuários (BRASIL, 2021a, p. 2). Ao assim decidir, a corte manteve a clássica distinção entre serviço e mercadoria e, por considerar que o que se adquire é uma licença de uso de algo que foi feito por meio do trabalho humano, que não é transferido para a propriedade do usuário, entendeu que não importaria se essa obrigação de fazer seria objeto do contrato ou antecedente a ela.

Veja-se que sempre haverá um labor humano em qualquer atividade econômica, de modo que sempre há algum serviço prévio. Essa decisão cria uma distinção injustificada entre o uso de um software, que não é transferido para a titularidade do usuário, de outras modalidades de cessão de uso que não são gravadas pela tributação. Isso, pois, estressando o argumento da corte, na cessão de uso de um imóvel por meio de contrato de locação, há que se reconhecer a existência de um serviço prévio e, não havendo transferência de titularidade, haveria possibilidade de se exigir o ISS por similar racional. Com isso, pode-se afirmar que, mesmo mantendo a jurisprudência clássica, o tribunal inovou em duas medidas, sendo a primeira com relação à distinção dos softwares comerciais vendidos de forma padronizada daqueles que são feitos sob demanda e, a segunda, com relação à

localização do serviço na relação tributável, que poderá ser prévio à pactuação e sequer ser objeto do contrato que enseja a incidência do ISS.

Também em razão dessa dupla inovação, é possível aferir que esta modulação de efeitos conteve hipóteses muito mais específicas do que outros julgamentos realizados pela corte até então. O Ministro Relator Dias Toffoli, curiosamente, fez constar o capítulo da modulação dos efeitos após a inclusão do dispositivo, o que atenderia à lógica de que seria necessária a existência prévia de uma decisão para que se desencadeie a análise da modulação (BRASIL, 2021a, p. 45-49).

Neste capítulo, em decorrência da constatação de que no julgamento da ADI nº 4.481/PR a corte teria compreendido que "a norma invalidada havia vigorado, com presunção de constitucionalidade, por mais de oito anos", o Ministro Relator propôs a a ponderação da "segurança jurídica, a boa-fé, a estabilidade das relações que já se constituíram" para que fosse modulada a decisão com efeitos *ex nunc*, sem excetuar nenhuma situação (BRASIL, 2021a, p. 46). Não obstante, após a condução de debates, foram apresentadas críticas e indagações sobre as situações de fato abarcadas pela decisão, dado que tinham contribuintes que recolheram apenas o ICMS ou apenas o ISS, que não recolheram nada, que recolheram ambos e pediram a repetição do indébito do ISS ou do ICMS, que estejam sendo cobrados pelos Estados ou Municípios o tributo por meio de Execuções Fiscais, ou que estejam em lide ações declaratórias.

Veja-se que, para resolver esta miríade de situações fáticas, a corte foi altamente detalhista e elencou oito situações que justificariam resultados específicos de modulação, mantendo a modulação de efeitos *ex nunc* a contar da data de publicação da ata de julgamento, mas teceu critérios mais específicos, a saber: impossibilitou-se a repetição de indébito do ICMS para quem recolheu o imposto "até a véspera da data da publicação da ata de julgamento do mérito, vedando, nesse caso, que os Municípios cobrem o ISS em relação aos mesmos fatos geradores; impediu que os Estados cobrassem o ICMS em relação aos fatos geradores ocorridos até a data da publicação do julgamento; ressalvando-se "as ações judiciais em curso, inclusive as de repetição de indébito e execuções fiscais que discutam a incidência do ICMS" e "hipóteses comprovadas de bitributação, caso em que o contribuinte terá direito à repetição do indébito de ICMS; por fim, caso não tenha havido recolhimento, incide o ISS (BRASIL, 2021a, p. 49).

Ponto que se chama atenção é que a questão envolvia um conflito de competências tributárias entre Estados e Municípios e contemplava uma série de fatos geradores ocorridos em âmbito nacional que poderiam ser revistos considerando os efeitos da norma no tempo, o que havia sido indicado como justificativa original para a modulação. Como narra Vettorato, a questão aqui não foi nem com relação ao impacto financeiro para os Estados, mas em verdade a possibilidade de cancelamento cruzado, em que seriam proliferados os conflitos com relação à lavratura de autos de infração e execuções para se cobrar o ISS e ações de repetição de indébito para que os contribuintes pudessem se ressarcir do ICMS pago indevidamente, o que aumentaria a insegurança jurídica (2025, p. 78). A questão da bitributação como ofensa à segurança jurídica também foi relevante para o deslinde deste quadro de modulação, que veio a servir de inspiração em outros julgamentos realizados pela corte neste mesmo período, como se verifica do Tema de Repercussão Geral nº 379, relativo à competência tributária para a cobrança de ISS ou ICMS sobre medicamentos manipulados (VETTORATO, 2025, p. 81).

Prosseguindo, tem-se o Recurso Extraordinário nº 1.287.019 (BRASIL, 2021f), Tema de Repercussão Geral nº 1.093, referente à aplicação do diferencial de alíquota do ICMS nas aquisições por não contribuinte do tributo sem amparo em lei complementar. Ao ser questionado se seria possível prever a incidência de tributo com amparo em convênio CONFAZ ou mesmo mediante lei ordinária estadual, a corte compreendeu que seria sim necessária a existência de lei complementar. Com base no artigo 27, da Lei nº 9.868, de 1999, a corte entendeu pela necessidade de modulação de efeitos por constatar a existência de um "vácuo normativo ocasionado pela inexistência de lei complementar", de modo que os Estados permaneceram autorizados a cobrar o tributo no interregno que sucedeu a concessão de medida cautelar, *ad referendum*, "para suspender a eficácia da cláusula nona do Convênio ICMS nº 93/15 - editado pelo CONFAZ - até o julgamento final daquela ação [ADI nº 5.464/DF]" (BRASIL, 2021f, p. 47-48).

Neste particular, o argumento que prevaleceu foi de que a cobrança do tributo questionado foi instituída com a finalidade de "melhor distribuir entre os estados e o Distrito Federal parcela da renda advinda do ICMS nas operações e prestações interestaduais" (BRASIL, 2021f, p. 48) e, fazendo uso das considerações prestadas pelo Secretário de Estado de Fazenda do Distrito Federal nos autos da ADI nº 5.464/DF, compreendeu que haveria situação de insegurança jurídica considerando

que a situação impactaria em inúmeras operações e geraria uma repercussão financeira grave para os Estados.

A modulação, por sua vez, embora tenha levado em conta a conclusão do julgamento, foi postergada para que os efeitos da decisão fossem produzidos apenas a partir do exercício financeiro subsequente, embora tenha compreendido que o marco para a limitação da eficácia com relação à cláusula que havia sido suspensa pela medida liminar seria a data de sua concessão. Este segundo marco de modulação, qual seja concessão de medida liminar, encontra-se em linha com o que vinha sendo aplicado pela corte até então, embora a modulação com relação às demais cláusulas não.

Veja-se que não havia alteração de jurisprudência a ensejar a modulação de efeitos neste caso, dado que, como narra Vettorato, as razões de decidir foram “as mesmas do Tema n. 615, que declarou a inconstitucionalidade do Protocolo 21/2011 por falta de lei complementar e ausência de competência do CONFAZ para regular a matéria diretamente” (VETTORATO, 2025, p. 84). Neste caso, foram ressalvadas as ações judiciais em curso, mas não foi especificado qualquer aspecto com relação à data de seu ajuizamento, o que desafiou Embargos de Declaração, ocasião em que o Ministro Dias Toffoli fez constar que “os efeitos dessa decisão, tal como registrado na ata de julgamento do mérito, ressalvando da modulação, contudo, as ações judiciais então em curso, ou seja, as ações judiciais propostas até a data do referido julgamento” (BRASIL, 2022e, p. 9).

Veja-se que ações ajuizadas até a data do julgamento não era o padrão que vinha sendo adotado até então. Esse tipo de desvio, como constata Vettorato, seria passível de ser verificado nas hipóteses em que, para além dos conflitos entre fisco e contribuinte, se apura um conflito de competências por entes federativos (VETTORATO, 2025, p. 86).

Avançando, tem-se o Recurso Extraordinário nº 714.139 (BRASIL, 2022e), Tema de Repercussão Geral nº 745, relativo à alíquota máxima de ICMS aplicável à energia elétrica considerando o seu caráter essencial. Este é um caso emblemático para fins de modulação dos efeitos pelo marco que veio a ser adotado para se modular, “estipulando-se que ela produza efeitos a partir do exercício financeiro de 2024, ressalvando-se as ações ajuizadas até a data do início do julgamento do mérito (5/2/21).” (BRASIL, 2022e, p. 4).

O Ministro Dias Toffoli chama atenção em seu voto que a energia elétrica é essencial independentemente de a quem for destinado o seu consumo, de modo que a ofensa à seletividade sem que fosse justificada a excepcionalidade por meio da ponderação de elementos razoáveis tornaria inconstitucional a norma que fixou as alíquotas em patamar superior a geral.

Além disso, evidencia que houve uma expansão do uso de linhas telefônicas após a privatização, de modo que um produto inicialmente supérfluo e de luxo, passou a ser considerado algo necessário e utilizado por todos, inclusive “pel[as] pessoas menos afortunadas (menor capacidade contributiva) passaram também, paulatinamente, contratar serviços de telecomunicação” (BRASIL, 2022e, p. 83). Dessa forma, a norma não teria surgido inconstitucional, mas “[t]ornou-se, com o passar do tempo, inconstitucional”, embora tenha sido “aplicada, com presunção de constitucionalidade, até os dias de hoje, gerando receitas e expectativa de receitas para o Estado” (BRASIL, 2022e, p. 83). Por isso, a modulação inicialmente foi proposta para que a decisão produzisse efeitos a partir do início do próximo exercício financeiro, resguardado “o exercício financeiro ora em julgamento [2022]” (BRASIL, 2022e, p. 83).

O processo então saiu de vista na sessão compreendida entre 26/11/2021 a 03/12/2021 por pedido do Ministro Gilmar Mendes, de modo que o feito retornou para apreciação do pedido de modulação dos efeitos. Nesta assentada, como já narrado anteriormente, o Ministro Dias Toffoli entendeu que a modulação deveria ser postergada ainda mais, de modo que passasse a valer “a partir de 2024, primeiro exercício financeiro regido pelo próximo plano plurianual (PPA) de cada unidade federada” (BRASIL, 2022e, p. 85). Isso se justificaria pelos números indicados pelos Estados, conforme sinalizou o “Diretor institucional do Comitê Nacional dos Secretários de Estado da Fazenda (Comsefaz)” em matéria ao JOTA, que indica perda de 26,6bi anuais, além de referenciar audiência realizada com os governadores que peticionaram nos autos indicando impactos – sem que tenha feito um cotejo acerca da legitimidade destes.

Neste caso, o Ministro justificou a exclusão das ações já ajuizadas por entender ser “importante ressalvar da modulação dos efeitos da decisão certas ações já ajuizadas”, “medida (…) muito utilizada pela Corte”, ocasião em que entendeu que a prolação do voto do Ministro Marco Aurélio implicou na alteração da expectativa que se tinha com relação ao prognóstico do julgamento pelo STF, dado que os próprios

Estados informaram um aumento de judicialização nos dias próximos ao encerramento do julgamento do Tema nº 745. Com isso, o tribunal restringiu a expectativa daqueles que esperavam ser beneficiados pela exclusão da modulação, que usualmente considerava como marco a publicação da ata de julgamento ou acórdão, que passa a ser contada do início do julgamento, de modo que os pronunciamentos dos Ministros não terão o condão de aumentar a litigiosidade. Neste caso específico, a adoção do marco início do julgamento implicou em uma diferença de mais de 10 meses, o que revela o impacto prático e a relevância destes marcos na definição de qual expectativa será satisfeita.

Vettorato defende que, neste caso específico, houve uma formação de precedente com relação à serviços de telecomunicação pela alteração social que o tornou um serviço essencial, embora não fosse na origem (2025, p. 93). Não obstante, no tocante à energia elétrica, o autor destaca que o único fundamento teria sido o "desfalque orçamentário-financeiro dos Estados" (VETTORATO, 2025, p. 94).

Este julgamento causou um incômodo dado que a corte alterou completamente os parâmetros da modulação, embora tenha utilizado como pretexto estar seguindo uma orientação dominante. Isso se verifica primeiro com relação à produção do efeito para o futuro, mantendo-se a norma inconstitucional em vigor até o encerramento de um plano plurianual com base em um suposto prejuízo bilionário anual que seria arcado pelos Estados. A corte já havia preservado a norma inconstitucional para que fosse editado ato legislativo que convalidasse sua aplicação, ou mesmo postergado os efeitos da inconstitucionalidade em situações urgentes, mas não tinha preservado a cobrança de tributo inconstitucional para o futuro com prazo tão dilatado. Para além disso, não preservou a expectativa dos processos administrativos que discutiam a matéria, tampouco as execuções fiscais em curso, de modo que se "convalidou a constituição e a cobrança da aplicação passada e futura" (VETTORATO, 2025, p. 95). Inclusive, como narra o autor, após o julgamento deste Tema, foram julgadas 24 ADIs que tinham como objeto diplomas legais dos demais Estados, em que foi replicado o entendimento firmado no julgamento do RE 713.139.

Merece destaque neste particular o voto do Ministro André Mendonça, relator da ADI nº 7.112/SP, que, embora vinculado ao desfecho firmado no tema, chama atenção para os problemas que podem ser ocasionados no tocante à livre concorrência pelo mero ajuizamento de uma ação judicial, questão que colocaria em risco a neutralidade fiscal da tributação sobre o consumo – dado que a análise então

realizada recaiu sobre o ICMS. Isso, pois quando concorrentes diretos de mercado possuem vantagens competitivas pelo simples fato de terem ajuizado ações judiciais, “a racionalidade empresarial pode levar a temerosa conclusão no sentido de que uma empresa para ser competitiva no Brasil precisa discutir, no mínimo, uma série de controvérsias tributárias no Poder Judiciário”, evidente “estímulo à macrolitigância fiscal” que depõe contra “a eficiência e legitimidade do próprio Estado juiz” (BRASIL, 2022a p. 40). O Ministro não se alonga na crítica dado que estaria vinculado ao precedente por “questões de *stare decisis*”, mas lança provocação que entende ser pertinente para que seja amadurecido o posicionamento da corte com relação a este problema, de modo que a modulação possa ser realizada mediante “deliberação adequada em azo futuro”, incômodo que se alinha com as formulações desta pesquisa.

Finalizando a sua análise com as modulações ocorridas até o final de 2022, indica o Recurso Extraordinário nº 1.338.750, Tema nº 1.177 da Repercussão Geral (BRASIL, 2021c). Neste caso, o tribunal proferiu decisão que reputou constitucional a matéria relativa à regra de distribuição de competências legislativas referente à previdência, de competência privativa da União no contexto do federalismo brasileiro, e entendeu na mesma oportunidade pela inconstitucionalidade de instituição de alíquota para contribuição previdenciária incidente sobre proventos de militares inativos e pensionistas, em reafirmação de jurisprudência. Para amparar seu entendimento, cita diversos julgados da corte em que foi enfrentada a questão, o que justificaria a pacificação em rito de repercussão geral, dado que havia múltiplos recursos extraordinários que versavam sobre controvérsias idênticas (BRASIL, 2021c, p. 12-13).

Neste caso, como a decisão de afetação já foi acompanhada do mérito, não houve uma análise de pedido de modulação, que veio a ser formulado em sede de Embargos de Declaração, julgados em 2022. Nesta oportunidade, o Ministro Luiz Fux destaca que decisões que provocam ruptura de expectativa e revelem surpresas injustas que impactem na confiabilidade do sistema devem ser moduladas em nome do princípio da segurança jurídica, da confiança legítima e da boa-fé objetiva e reconhece que, em decorrência da “presunção de legitimidade das leis aliada aos atos normativos emitidos pelo Ministério da Economia, [seria] razoável admitir que os Estados detinham expectativa legítima de agir em consonância com os referidos

ditames legais", o que só teria sido pacificado quando da fixação da tese do Tema nº 1.177 da Repercussão Geral (BRASIL, 2022d, p. 23-24).

Soma-se a este fato que "os dados apresentados demonstram que a atribuição de efeitos *ex tunc* à declaração de inconstitucionalidade" levaria a um "elevado impacto no equilíbrio financeiro-atuarial dos entes federativos que tiverem de devolver as contribuições recolhidas a maior dos militares inativos e de seus pensionistas". Com o objetivo de "conferir prazo mais dilatado para a aprovação das respectivas leis locais" sem que houvesse impacto para a previdência, propõe a modulação para o futuro, de modo a preservar "a higidez dos recolhimentos da contribuição" até 1º de janeiro de 2023 (BRASIL, 2022d, p. 25).

3.2.3 Considerações e reflexões acerca das modulações realizadas até 2022

Veja-se que o percurso hermenêutico trilhado pelo STF em matéria de modulação dos efeitos manteve uma certa consistência, em referência a uma jurisprudência tradicional ou consolidada, que se inicia com o julgamento do prazo prescricional e decadencial aplicável às contribuições previdenciárias, em que foram excluídas da modulação ações ajuizadas antes da publicação da ata de julgamento do mérito. Em uma primeira fase da jurisprudência, apenas havia a ressalva às ações judiciais contadas da decisão de mérito ou de decisões liminares proferidas pela própria corte que suspendiam os atos questionados, com menção pontual aos processos administrativos.

Uma segunda fase da jurisprudência passa a ser experimentada no período de maior profusão de decisões judiciais, como se verifica entre 2020 e 2022. Neste período, dado o acentuado número de julgados analisados, foi possível verificar tanto a recorrência dos padrões típicos adotados pela corte, como casos em que foram adotados marcos peculiares para a delimitação dos efeitos, tais como o voto do relator ou mesmo efeitos para o futuro preservando o exercício financeiro corrente ou o término de um plano plurianual. Estes desvios passam a ser percebidos: em conflitos envolvendo a União com relação à ressalvas de processos administrativos e créditos tributários não extintos e não judicializados, com preservação em maior grau da expectativa dos contribuintes; com relação a casos de bitributação, que demandam uma modulação parcial ou a uma estratificação das ressalvas a depender do ente

reconhecido como competente para cobrar o crédito; utilização das mesmas razões para se chegar a modulações diversas da “padrão” (VETTORATO, 2025, p. 186).

Essa arbitrariedade com relação a adoção das mesmas razões para se chegar a resultados distintos revela, em verdade, que ainda existe muito espaço para que a corte reflita não só sobre as hipóteses de cabimento e a necessidade de se modular pela utilização de argumentos consequencialistas, mas também com relação a qual desenho de modulação deve ser traçado no caso concreto para delimitar o que é jurídico e, simultaneamente, resguardar em grau maior a isonomia e a própria segurança jurídica – isto é, sem criar distinções arbitrárias que privilegiem grupos específicos. Com base nessas inquietações e constatações próprias, Vettorato conclui que: (i) “[e]xistem formatos predominantes na modulação” ao fixarem datas próximas à conclusão do julgamento do mérito ou à concessão de liminar, ressalvando ações ajuizadas até a “data fixada pelo marco temporal; (ii) “[e]sses formatos são geradores de expectativas legítimas nos contribuintes” e formam uma “base de confiança” que reiterada pelo sistema gera estabilidade e reduz complexidade; (iii) quando a modulação desvia dos padrões típicos sem a devida fundamentação, “existe quebra das legítimas expectativas dos contribuintes, impactando na própria legitimidade normativa”; (iv) “a não delimitação da aplicação da modulação no tocante ao contencioso administrativo e créditos não ajuizados desafiam o pressuposto da cidadania”, pois incentivam a judicialização em detrimento das discussões administrativas – e até mesmo incentivam o inadimplemento e premiam o devedor contumaz; (v) “há uma necessidade de regulamentação legislativa do instituto”, o que asseguraria uma maior previsibilidade e proteção da cidadania tributária (VETTORATO, 2025, p. 189-190).

Cabe destacar que o início da jurisprudência acerca da modulação dos efeitos decisórios se deu sem realizar qualquer cotejo entre o conflito existente entre a análise do direito subjetivo por meio de um controle difuso de constitucionalidade com relação à análise objetiva de uma questão constitucional por meio do controle concentrado de constitucionalidade, cujo racional é replicável para o difuso objetivado, em que se firma um entendimento vinculante para toda a coletividade e torna-se necessário ponderar acerca do risco da decisão. Por isso, essa jurisprudência “padrão” que é referenciada por Vettorato se revela também uma construção que precisa ser densificada pela utilização de critérios constitucionais que justifiquem a criação da distinção por meio da norma enunciada pelo Poder Judiciário. Não obstante, uma

jurisprudência acrítica reiterada fortalece o padrão de cognoscibilidade que, no entender de Luhmann, fortalece a segurança jurídica, pois é melhor uma decisão injusta previsível do que se esperar por uma decisão justa sem qualquer possibilidade de planejamento da ação em momento anterior – pontos que serão melhor explorados no capítulo 4.

Também deve-se refletir acerca da necessidade de regulamentação legislativa, ou melhor, acerca da efetividade desta para a alteração do cenário de insegurança para a instauração de um cenário de pacificação. Isso, pois os tribunais são altamente vinculados à historicidade dos seus precedentes e, não raro, mantém intactos os posicionamentos ainda após aprovação de diplomas legais em sentido contrário. Essa questão pode ser experimentada no Brasil no tocante à fixação de honorários contra a fazenda pública, em que os julgadores se negavam a aplicar o artigo 85, § 3º, do CPC, lastreados em uma compreensão prévia que tinham da matéria de que os honorários eram passíveis de serem fixados por equidade, questão que veio a ser inclusive afetada como Tema de Repercussão Geral nº 1.255 (BRASIL, 2023). Ademais, essa resistência institucional em referência aos próprios precedentes também se verifica no tocante ao reconhecimento da legitimidade para *amicus curiae* oporem Embargos de Declaração para veicular o pleito da modulação, como já destacado no tópico 2.4 com relação ao entendimento esposado no RE 949297 (BRASIL, 2024d).

Dito isso, embora a sua preocupação seja legítima e a existência de regras mais específicas acerca da modulação poderiam auxiliar na melhoria do instituto, o impacto maior seria na definição de um procedimento próprio para a instrução e deliberação acerca da modulação que não pela via dos Embargos de Declaração do que com relação aos requisitos autorizativos para sua realização – sobretudo pela constatação de que a corte já possuí compreensão de que tem o poder para modular independente da existência de um diploma legal autorizativo para sua realização.

A análise de Vettorato se encerra em 2022, não tendo realizado o cotejo de período posterior, em que as modulações continuaram a ser realizadas pelos tribunais superiores, ganhando relevância também as modulações realizadas pelo STJ a partir de 2024, em que se tem os primeiros registros de julgamentos que aplicaram o artigo 927, § 3º, do CPC (DE PAULA JUNIOR, *et al*, 2025, p. 35). Para conduzir a análise da jurisprudência dos tribunais superiores a partir de 2022 e melhor delimitar pontos de enfoque relevantes para a análise – mantendo-se a estrutura descritiva de decisões

mais relevantes em matéria tributária –, para além do estudo realizado pela FGV, também é válida a menção às obras de Marianne Rodrigues, Onofre Batista Júnior e Paulo Coimbra Silva referente à retrospectiva tributária de 2022 e 2023 (2023, 2024), e dos mesmos autores em conjunto com Alice de Abreu Lima Jorge referente à retrospectiva tributária de 2024 (2025), que realizam um esforço de síntese dos temas tributários de destaque dos anos anteriores, acompanhado de comentários.

Os julgados mencionados nas retrospectivas serão cotejados em conjunto com outros casos enfocados pela doutrina e percebe-se uma diferença no tratamento que o STF dá à matéria daquela realizada pelo STJ. Não obstante, como será demonstrado na sequência, nos julgados mais recentes houve uma preocupação maior com questões de macrolitigância que podem impactar em uma alteração do frágil padrão de modulação que vinha sendo adotado até então em que eram fixadas datas "próximas ao julgamento do mérito" e excepcionando ações judiciais ajuizadas até essa mesma data, que pode ser alterada para a data de afetação – isso sem uma densificação reflexiva acerca da juridicidade deste novo marco à luz das disposições processuais e constitucionais, o que revelaria um poder irrestrito do tribunal de definir qual o escopo da tutela que será assegurada ao jurisdicionado.

3.2.4 Considerações sobre a jurisprudência mais recente dos tribunais superiores em matéria tributária (2022-2025)

Posterior a 2022, ultrapassando a análise realizada por Vettorato, tem-se o RE 776.594, relativo ao Tema nº 919 (BRASIL, 2023c), em que o STF foi provocado a se manifestar acerca da constitucionalidade de incidência de taxa de fiscalização do funcionamento de torres de transmissão e recepção de dados, considerando que essa matéria seria de competência exclusiva da União, à luz do artigo 22, inciso IV, da Constituição. Neste caso, a proposta de modulação tem apenas uma página e se inicia pelo reconhecimento de que a lei local impugnada já vigorava desde 2007, ou seja, por quase 15 anos houve a cobrança de uma taxa inconstitucional, o que teria gerado "receitas para o município consideradas legítimas até o presente julgamento", sendo que "muito provavelmente, os produtos da arrecadação dessas tributações já foram gastos pela municipalidade, considerando o interesse público, ou, ao menos, estão na proximidade de serem gastos" (BRASIL, 2023c, p. 27). Por este motivo, entendeu que haveria necessidade de se modular os efeitos para que a decisão produza efeitos a

contar da data da publicação da ata de julgamento, ressalvadas as ações ajuizadas até a mesma data, modulação que teria sido realizada também na ADI nº 3.775/RS-ED.

Cumpre destacar que essa menção à ADI nº 3.775/RS-ED como se fosse um caso análogo é parcialmente verdadeira. Isso, pois neste outro caso, o que se julgou foi uma taxa de serviço de transferência de veículo e o fundamento para a realização da modulação teria sido exatamente o impacto da devolução dos valores indevidamente cobrados, somado ao fato de que houve a prestação de serviço pelo Estado referente à transferência dos veículos em questão. No caso do Tema nº 919 a taxa instituída era de poder de polícia, de modo que eventual impacto e serviço prestado deveria ser cotejada à luz do custo incorrido na fiscalização, dado que não foi somente a longa duração do ato normativo impugnado o motivo da modulação arrolada como paradigma, mas sim o enriquecimento ilícito daquele que tomou do serviço e receberia seu dinheiro de volta. Com isso, revela-se frágil a própria replicação da jurisprudência ainda que seja realizada com base em entendimentos anteriores, sobretudo quando não se reflete muito profundamente sobre os motivos que levaram à formação do precedente original para que seja replicado em assentadas posteriores, o que fragiliza a integridade do instituto da modulação dos efeitos decisórios.

Também em 2023, houve o julgamento do Tema de Repercussão Geral nº 885, referente aos RE 955.227/BA (BRASIL, 2023d), que discutiam a cessação da eficácia da coisa julgada nas relações de trato continuado quando houvesse pronunciamento do tribunal em sentido contrário em decisão com efeitos *erga omnes*. Como já defendido no tópico 2.5, a enunciação de um comando erga omnes pelo tribunal possui um caráter regulatório abstrato que tem o condão de alterar o sistema jurídico pela modificação do *output* da lide jurídica. Para Paulo Coimbra, “não há dúvidas de que uma nova decisão sobre a constitucionalidade de um determinado tributo que outrora foi considerado inconstitucional, em controle concentrado ou difuso de constitucionalidade, cria um novo parâmetro jurídico” (RODRIGUES; BATISTA JUNIOR; SILVA, 2024, p. 43).

Isso não significa que houve uma rescindibilidade da coisa julgada, mas sim que o suporte jurídico que lhe dava substrato deixou de existir. Neste caso a modulação foi discutida nos Embargos de Declaração no RE 949.297 (BRASIL, 2024d), ocasião em que a corte entendeu que até a compreensão da tese firmada no

julgamento não seria possível exigir dos contribuintes que possuíam coisa julgada para não recolher a CSLL as multas punitivas, somente sendo cabível a aplicação dos juros de mora e correção, vedando-se a repetição de eventual penalidade já adimplida. Essa modulação destoa dos padrões até mesmo pela excepcionalidade do julgamento e pelo lapso compreendido entre o julgamento em controle concentrado que conflitou com as decisões individuais e a decisão que entendeu pela cessação dos efeitos da coisa julgada, dado que a segunda foi proferida mais de uma década após a primeira.

Revela-se, portanto, que a título de modulação, a corte pode muito mais do que limitar a eficácia de um julgado para que valha a partir de um determinado marco, mas também pode ressalvar apenas desdobramentos específicos que devam ser neutralizados – o que aproximaria essa modulação de uma decisão consequencialista, distinção traçada em linhas gerais no tópico 2.5. Poder-se-ia pensar que essa tentativa de isolar o que seria a delimitação do efeito da decisão do que seria uma limitação do efeito por meio da modulação seria um certo preciosismo, dado que a própria corte não realiza tal distinção com clareza. Não obstante, essa impressão pode ser afastada pela constatação de que os impactos práticos decorrentes dessa classificação são relevantes, já que a decisão consequencialista escaparia ao quórum qualificado de deliberação exigido pela Lei nº 9.868, de 1999, sendo possível tomá-la por maioria.

Prosseguindo, como já narrado no capítulo 2, a modulação realizada nos autos da ADC nº 49 reforça a constatação trazida nos parágrafos anteriores no sentido de que as decisões em matéria de modulação não necessariamente se esgotam com o julgamento da lide principal, dado que os desdobramentos dos julgados podem vir a ser questionados novamente, o que enseja uma possível revisão do que veio a ser deliberado. Isso, pois neste caso, após a decisão ter sido modulada para manter a incidência do ICMS nas operações, houve dúvidas acerca da possibilidade de os Estados passarem a exigir o crédito tributário no prazo decadencial, dado que aqueles que não litigaram não estariam abarcados pela decisão de modulação original. Isso motivou uma nova discussão por meio do RE nº 1.490.708/SP, em que a corte esclareceu que não se podia exigir tributo retroativamente com base em norma reputada como inconstitucional – um contencioso que poderia ter sido evitado na definição da modulação original, que realmente não excepcionou da regra de incidência fatos geradores não decaídos que não haviam sido objeto de auto de infração.

Vale mencionar que em 2023, a questão relativa à modulação do terço constitucional de férias, deliberada por meio do Tema de Repercussão Geral nº 985, ensejou o deferimento do sobrestamento das ações judiciais em curso, o que refletiu também em âmbito administrativo com o sobrestamento dos processos até a conclusão do julgamento, que se deu em 2025. Como já adiantado no capítulo 2, após o STF revisitar a existência de matéria constitucional acerca da incidência de contribuição previdenciária sobre o terço constitucional de férias, revendo o posicionamento anterior consolidado do STJ firmado em sede de repetitivo, matéria que constava em lista de dispensa de contestação ou recurso, houve a necessidade de modulação dos efeitos decisórios do julgado. Neste caso, a modulação discriminou os contribuintes que pagaram e entraram com ações daqueles que não entraram, beneficiando aqueles que não pagaram, que não poderão ser cobrados por período retroativo. Com isso, a mensagem enviada pela corte aos jurisdicionados foi de que não pagar é melhor do que pagar e não litigar, de modo que, se fosse efetivamente sopesada a consequência da decisão, chegar-se-ia a um critério mais justo que o de desprestigiar aquele que cumpriu a tempo e modo com suas obrigações, tendo sido uma das últimas modulações em matéria tributária realizada pelo STF.

Neste caso específico, cumpre relembrar que em sede de debates se aventou adotar um marco mais restritivo para a modulação, qual seja a data de afetação, o que teria o melhor condão de afastar a macrolitigância dado que antes deste marco, a sociedade não sabe que a questão será pacificada e, com isso, existem menos ações em curso. Este tipo de argumento têm sido recorrente, tanto no âmbito do STF como no âmbito do STJ e evidencia que as cortes tem atuado ativamente por meio da modulação dos efeitos decisórios para conter os efeitos das próprias decisões quando há repercussão econômica relevante envolvida, em que o núcleo da discussão paira não sobre os direitos envolvidos ou as hipóteses autorizativas para modulação, mas sim qual será a melhor forma de restringir a própria decisão sem atentar contra a própria legitimidade.

Outro caso em que o julgamento da modulação se iniciou em 2023 mas não se encerrou diz respeito à limitação de multas por descumprimento de obrigações acessórias ao patamar de 100%, referente ao RE 640.452/RO, em que o voto vogal proferido pelo Ministro Dias Toffoli na sessão virtual de 31/10/2025 a 10/11/2025 propôs a modulação dos efeitos *ex tunc* a contar da publicação da ata de julgamento do mérito, excetuando-se ações judiciais e processos administrativos, bem como fatos

geradores ocorridos que não tenham sido objeto de pagamento (BRASIL, 2025c), o que foi endossado pelo Ministro Zanin.

Também sem conclusão, cumpre mencionar também o Tema de Repercussão Geral nº 304, recurso afetado RE 607109 (BRASIL, 2021), em que se discutiu a possibilidade de apuração de créditos de PIS e COFINS sobre insumos recicláveis, julgada procedente por entender que a distinção criada em desfavor do setor de reciclagem contrariaria o princípio constitucional da isonomia tributária, neutralidade e tratamento privilegiado para empresas de pequeno porte. Neste caso, como consta da decisão disponibilizada pelo Ministro Gilmar Mendes no julgamento do RE 607.109 ED-quartos (BRASIL, 2025b), haveria necessidade de modulação dos efeitos a contar da ata de julgamento dos Embargos de Declaração, dado que a alteração da incidência de PIS e COFINS sobre os vendedores de sucata para possibilitar a apuração do crédito ao adquirente de forma retroativa impediria que o próprio vendedor da sucata ajustasse seu preço no mercado, repassando o ônus da tributação ao adquirente. O prejuízo neste caso seria das “cooperativas de catadores de papel, formadas por pessoas de baixa renda” que teriam que “absorver a tributação adicional sem a possibilidade de embuti-la no preço de seus produtos” (BRASIL, 2025b, p. 26).

Não obstante, o julgamento ainda não se encerrou, de modo que eventual modulação de uma decisão tomada em 2021 possivelmente levará à produção de efeitos a partir de 2027 em respeito ao exercício em curso ao ser julgada em 2026 – embora as contribuições ao PIS e COFINS se submetam à anterioridade nonagesimal, não anual, o que não legitimaria o marco elencado sob a justificativa de assegurar a estabilidade constitucional às relações jurídicas que serão pactuadas em operações futuras.

Outro ponto criticável que evidencia uma instabilidade sempre premente dos julgados da corte diz respeito à adoção do marco como sendo o julgamento dos Embargos de Declaração, embora seja possível admitir, na mesma linha que a apurada por Vettorato, que neste caso para se ter uma previsibilidade com relação ao preço, seria necessário saber se incide ou não a contribuição e, com isso, permitir-se o creditamento do adquirente – o que só seria possível após a pacificação da modulação. Disso, o marco indicado, embora excepcional por não circundar o julgamento do mérito, se justificaria na prática, embora o prazo para o exercício financeiro subsequente não.

Feito todo este cotejo, revela-se evidente que a matéria relativa à modulação de efeitos ainda passa por uma fase de maturação conceitual, de modo que seus aspectos mínimos ainda se mostram em construção, sobretudo considerando a pluralidade de situações que são afetadas após a sua prolação. Veja-se que Vettorato defende a existência de um padrão mínimo decisório com relação à adoção de um marco próximo da decisão de mérito ou pronunciamento da corte com relação ao tema, que teria sido replicado em alguma medida em diversos casos, com alguns pontuais desvios.

No tocante à modulação de efeitos decisórios por parte do STJ, os estudos mencionados não se aprofundam. Isso, pois as decisões neste particular são recentes, como aponta o estudo conduzido pela FGV, que indica a sua utilização quando há alteração de jurisprudência para preservação da segurança jurídica, como ocorreu no Tema de Repetitivo nº 986, REsp nº 1692023/MT (BRASIL, 2024b), em que se discutiu a possibilidade da inclusão da TUST e TUSD na base de cálculo do ICMS. Inclusive, houve modulação dos efeitos sob a justificativa de que teria ocorrido "superação de jurisprudência consolidada que perdurou por razoável prazo de tempo" (BRASIL, 2024b, p. 8). Não obstante, o marco eleito para a mudança do entendimento não foi o julgamento do Tema, mas sim o julgamento do primeiro REsp noticiado em que a corte alterou o seu posicionamento, de modo que seria "correto afirmar que, realizado o julgamento do REsp 1.163.020/RS, a uniformidade de entendimento deixou de existir", julgado este publicado em 27/03/2017 (BRASIL, 2024b, p. 46).

Neste caso ainda houve uma restrição maior dos beneficiados com a exclusão da modulação, pois apenas aqueles contribuintes que "tenham sido beneficiados por decisões que hajam deferido a antecipação de tutela, desde que elas (as decisões provisórias) se encontrem ainda vigentes". Como se não bastasse, a decisão foi específica ao afirmar que não beneficia contribuintes que não ajuizaram ações judiciais ou, ainda que tenham ajuizado, não obtiveram tutela que esteja vigente, ou mesmo que possua tutela mas condicionada ao depósito judicial e, por fim, aqueles que obtiveram decisões em momento posterior a 27/03/2017.

Veja-se que, a discussão com relação ao marco se deu de forma completamente diferente da tradição que se tinha com relação à jurisprudência do STF, o que denota uma restrição muito maior por parte do STJ ao assegurar a modulação por alteração de jurisprudência. Pela análise deste julgado e dos que seguem, somado às considerações já realizadas no capítulo 2, evidencia-se que só

há proteção do jurisdicionado por mudança de entendimento quando este era beneficiário do entendimento que veio a ser alterado, ainda que em caráter precário. Ademais, houve uma especial preocupação neste caso com a proteção da tutela jurídica enunciada, isto é, aquela norma individual e concreta ainda que precária que autorize ao jurisdicionado um comportamento em desconformidade com as regras jurídicas. Esse critério é interessante pois visa excluir expressamente o devedor contumaz, que não litiga e nem recolhe, que seria premiado com uma modulação quando esta apenas autoriza que o ente tributante não devolva o que arrecadou, mantendo-se o ônus na ponta dos adimplentes.

Este racional do STJ, que se repete em outras decisões como será tratado nos parágrafos posteriores, mostra que existem outras formas de se analisar a segurança jurídica e isonomia para a construção de uma norma de modulação mais harmônica, o que preservaria em grau maior a integridade do sistema jurídico. Não obstante, como já destacado, esse tipo de decisão faz com que a segurança no sistema seja deslocada para uma segurança na decisão, ainda que precária, o que torna o resultado do direito um arbítrio do julgador, arbitrariedade esta que seria corrigida pela via recursal, mas pôde sê-lo em razão de o próprio tribunal ter optado pela afetação. É dizer, quando há afetação com sinalização do entendimento, é necessário que o Poder Judiciário defira as medidas liminares antes de sobrestar os processos para que eventual modulação à luz da segurança jurídica subjetiva possa ser materializada e, com isso, ser resguardada a própria tutela pleiteada em juízo.

Outro caso emblemático que gerou e ainda gera repercussões é o já mencionado Tema Repetitivo 1079, tendo como recurso representativo o REsp n° 1898532/CE (BRASIL, 2024c), julgado na mesma assentada do exemplo anterior, em que se discutiu a limitação das contribuições ao sistema S de 20 salários-mínimos que já vinha sendo reconhecida pela jurisprudência do STJ. De forma similar ao entendimento adotado no Tema nº 986, por entender ter havido superação da jurisprudência até então vigente, a Ministra Regina Helena Costa propôs que a decisão deveria produzir efeitos apenas para aqueles contribuintes que ingressaram com medidas judiciais e administrativas e obtiveram entendimentos favoráveis, fortalecendo-se a compreensão de que no âmbito do STJ, a segurança jurídica preservada seria aquela de índole subjetiva, consubstanciada em uma decisão individual que conceda o direito à parte litigante.

Tanto este caso como o anterior delimitam o escopo de modulação de forma diversa da que vinha sendo realizada até então, de modo que condicionou a existência do direito a um pronunciamento oficial, destoando dos marcos padrão em que se exigia apenas uma conduta do contribuinte de manejar a ação judicial. Um ponto curioso que Paulo Coimbra ressalta é que, ao se excepcionar os processos administrativos em que se teve decisão favorável, criar-se-ia uma decisão potencialmente teratológica, dado que não haveria "pretensão a ser resistida" (RODRIGUES; BATISTA JUNIOR; SILVA, 2024, p. 107) – embora ainda exista uma aplicabilidade diminuta nos casos em que houve decisão favorável da DRJ com pendência de julgamento de Recurso de Ofício ou mesmo Recurso Especial no âmbito do CARF.

Essa questão ainda carece de definitividade pois foi levada à corte especial por meio de embargos de divergência, em que se pleiteia a reversão da modulação a pretexto de se densificar o que seria passível de se considerar jurisprudência consolidada para fins de modulação. Não obstante, a discussão é relevante e existem dúvidas sinceras por parte da doutrina e provavelmente por parte dos próprios julgadores no tocante à definição do marco legitimador para se configurar mudança de jurisprudência, que ora é tida como julgamento do mérito, ora por uma decisão de uma turma em recurso sem efeitos *erga omnes*, e tantos outros momentos já adotados pelo STF e até pelo STJ em assentadas anteriores.

Por fim, destaca-se que no julgamento do Tema de Repetitivo nº 1.134, tendo como recurso representativo o REsp n° 1914902/SP (BRASIL, 2024d), o STJ, ao enfrentar a possibilidade de se responsabilizar o arrematante por débitos tributários anteriores à arrematação, entendeu que houve alteração de jurisprudência a ensejar a alteração do entendimento adotado desde a década de 90, o que justificaria a aplicação análoga do artigo 1.035, § 11, do CPC, para reconhecer que a decisão existe após publicada, de modo que os efeitos deveriam ser produzidos apenas com relação aos "editais de leilão publicizados após a publicação da ata de julgamento do presente recurso, ressalvadas as ações judiciais e/ou pedidos administrativos pendentes de apreciação, para os quais a tese se aplica de imediato" (BRASIL, 2024d, p. 35). Não houve um grande debate com relação a esta proposta, que foi acolhida pelo tribunal e, pela comparação, esta seria muito similar à jurisprudência "padrão" do STF.

Com isso, evidencia-se que a jurisprudência do STJ, embora firmada em período mais recente, também não encontrou uma estabilidade de sentido mínimo para a densificação dos marcos e das situações excepcionadas, dado que ora adota racional similar ao que até então prevaleceu no âmbito da jurisprudência do STF, como indica Vettorato e chega a ser afirmado expressamente pelo então Ministro Luís Roberto Barroso no julgamento dos segundos Embargos de Declaração no Tema nº 985, embora em outros casos se mostre mais restritivo na definição daqueles que serão beneficiados com a exclusão (ou mesmo pela própria modulação, como no caso do Tema de Repetitivo nº 1.079), dado que resguarda apenas a expectativa baseada em um pronunciamento judicial ou administrativo favorável.

Cumpre mencionar que o STJ também tem replicado decisões proferidas pelo STF quando instado a se manifestar em matérias semelhantes ou decorrentes das julgadas pela corte. Como já narrado, ao enfrentar a possibilidade de rescindibilidade da coisa julgada no Tema de Repercussão Geral nº 1.245, a corte compreendeu que valia o marco definido pelo STF a título de modulação no Tema nº 69. O mesmo racional veio a ser adotado com relação à modulação da exclusão do ICMS-ST da base de cálculo do PIS e da COFINS, em que o STJ replicou o entendimento da tese principal para uma das teses filhotes. De acordo com Alice Jorge, essa decisão seria coerente com a *ratio* de que o ST possui a mesma natureza do tributo na operação própria, razão pela qual seria imperioso replicar a compreensão que já havia sido adotada pelo STF também neste caso (JORGE; RODRIGUES; BATISTA JÚNIOR; SILVA, 2025).

Veja-se, portanto, que da análise dos julgados do STF, como narram Tathiane Piscitelli e Juliana Araujo, para além de inexistir uma base científica para a definição dos critérios que permitiriam a incorporação do impacto financeiro como “medida para a definição dos efeitos prospectivos do julgado”, tais dados são mencionados de forma superficial, sem escrutínio social ou debate efetivo, o que se soma a uma ausência de “uniformidade na fixação do critério temporal para a modulação de efeitos das decisões” (PISCITELLI, ARAUJO, 2024, p. 419). Isso, pois embora a data circunde a decisão de mérito, já veio a ser a data da decisão do plenário, a publicação do acórdão, da ata de julgamento do mérito, da liminar concedida, ou mesmo para que produza efeitos para o futuro, após a conclusão do julgamento, em respeito à expectativa de arrecadação no exercício financeiro em curso ou futuro – todos já adotados pelo STF. Dessa forma, acusam o tribunal de adotar uma conceituação

fluida para “segurança jurídica e “relevante interesse social”, “com impacto relevante na segurança jurídica e estabilidade das decisões judiciais (PISCITELLI, ARAUJO, 2024, p. 420).

Embora as autoras tenham razão e os tribunais não aprofundem muito na análise dos referidos critérios, importa chamar atenção para o atual paradigma, em que a corte se revela tendente a restringir cada vez mais a tutela concedida em uma tentativa de conter a litigância, uma circularidade que impacta tanto na densificação do princípio da segurança jurídica, como no tocante ao relevante interesse social. A própria jurisprudência do STJ já deu passos adicionais na construção e consolidação destes princípios (sobretudo com relação à segurança jurídica).

Estes pontos podem ser melhor densificados nos tópicos subsequentes, em que se explora os contornos da segurança jurídica e o que vem sendo protegido pelos tribunais – notadamente em seus aspectos objetivo e subjetivo, com destaques na mudança de cultura que se exige do Poder Judiciário caso prevaleça uma restrição maior dos beneficiados pela exclusão da modulação –, bem como as dificuldades de densificação do significado de relevante interesse social – frequentemente tido como impacto orçamentário, como já demonstrado ao longo deste capítulo. Feito este cotejo, será possível demonstrar que o argumento orçamentário em verdade delimita a lide e demonstra a existência dos critérios para que se debata a necessidade de preservação das expectativas subjacentes, sejam elas das partes litigantes, por meio da segurança jurídica, ou para o restante dos jurisdicionados afetados pela decisão, por meio do relevante interesse social.

3.3 Segurança jurídica

3.3.1 A densificação da segurança jurídica objetiva e subjetiva

Sobre segurança jurídica, são relevantes as reflexões trazidas por Ávila (2011), sobretudo por serem citadas em decisões judiciais que visam densificar o que significa o princípio na prática. A partir da Constituição Brasileira e de estudos comparados, o autor defende que a segurança jurídica pode ser corporificada pelos “ideais de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade” (ÁVILA, 2011, p. 665) com ênfase na limitação do poder de tributar e, com isso, materializar as garantias

constitucionais dos jurisdicionados, direitos fundamentais protegidos pela Constituição. Para que seja possível a materialização de cada um dos ideais, é necessário entender que o direito não é um objeto previamente determinado que está à espera de um julgador aplicar a norma. A atividade de interpretação e da necessidade de atribuir sentido aos textos legais à luz das múltiplas realidades subjacentes faz com que a busca por segurança oriente a construção da jurisprudência, de modo que há um "direito à segurança jurídica" que se manifesta nos processos de legitimação, determinação, argumentação e fundamentação (ÁVILA, 2011, p. 665).

Cognoscibilidade diz respeito à indeterminação natural da linguagem, que exige um grau de expectativa de que a historicidade do sistema seja preservada em momentos posteriores; *confiabilidade* se refere à inevitabilidade de mudança das interpretações e entendimentos, que devem ser preservados no exercício da função planificadora do Estado tendente à realização dos direitos fundamentais; enquanto *calculabilidade* parte do pressuposto da ausência de previsibilidade absoluta e assegura a não surpresa ou não engano (ÁVILA, 2011, p. 674).

Com base nestes ideais, torna-se possível a densificação da segurança jurídica em aspecto material, social e temporal – aproximando a construção da autopoiese de Luhmann. O aspecto material da segurança jurídica, decomposto nestes ideais, contribui para que a sua manifestação se dê integralmente, o que só é alcançado se houver "segurança da existência, vigência e eficácia das normas tributárias"; "segurança da transição" quando há mudanças das normas no tempo; "segurança de realização" pela existência de estruturas administrativas e judiciais que materializem a aplicação das normas tributárias; "segurança rítmica" pela continuidade dos regimes jurídicos tributários; "segurança de definição" com relação ao tempo envolvido na solução do litígio (ÁVILA, 2011, p. 675). O aspecto social (denominado de *subjetivo*) baliza que a segurança jurídica opera efeitos tanto para o indivíduo na qualidade de direito subjetivo, como para a coletividade e ordenamento jurídico na qualidade de princípio objetivo (ÁVILA, 2011, p. 679-680). O aspecto temporal busca assegurar: o *presente* ao prever regras para a criação e identificação do direito vigente – o que permite conferir *cognoscibilidade* ao sistema; o *passado* ao assegurar a proteção das situações que já ocorreram; e o *futuro* ao reforçar a estabilização das expectativas em nível social, pois permite o planejamento de ações que serão asseguradas no futuro pelo direito (ÁVILA, 2011, p. 680).

Dessa forma, tem-se que a segurança jurídica é uma norma-princípio, pois norteia a compreensão de outras normas do sistema e prevê ela própria regras objetivas que limitam o poder de tributar – a exemplo das anterioridades constitucionais –, que exige de todos os poderes a adoção de comportamentos que contribuam para a consistência das decisões em benefício dos cidadãos para alcançar um estado de confiabilidade e calculabilidade pautados no ideal de controlabilidade dos argumentos legitimadores da norma individual e concreta produzida pelo Poder Judiciário que, “no planejamento estratégico juridicamente informado de seu futuro”, não pode causar engano, frustração, surpresa ou arbitrariedade (ÁVILA, 2011, p. 682).

A matéria de modulação dos efeitos decisórios também pode ser considerada a partir do prisma da segurança jurídica como sendo uma segurança voltada ao *passado* (ÁVILA, 2011, p. 496-586). As reflexões neste ponto são abrangentes e serão abordadas em diversos tópicos deste estudo, mas neste momento cabe ressaltar que a modulação, por ser um ato que excepciona os efeitos esperados da decisão judicial, impacta nos ideais que materializam a segurança jurídica, eis que não é possível manter a *cognoscibilidade* se não há definição a respeito de qual é a norma vigente para tutelar a relação litigiosa, que é definida *a posteriori* com base em elementos que não estão contidos na hipótese da norma pois surgem com a prolação da decisão. Também por isso não há *calculabilidade* ao não ser possível definir a eficácia da norma, visto que a decisão poderá produzir efeitos somente para o futuro, esvaziando a proteção assegurada pelo direito e, comprometida a credibilidade do sistema jurídico pela manutenção dos efeitos de um ato ilícito, há perda da *confiabilidade* do direito (ÁVILA, 2011, p. 498-500).

Daniela Gueiros Dias, ao analisar o uso de consequências externas ao sistema jurídico como fundamento para se limitar a tutela jurídica, também reconhece um desvio funcional, em que o Poder Judiciário deixa de assegurar em grau máximo a regra atributiva de competência e passa ele a confeccionar a regra que serve de fundamento para sua própria decisão. A autora também defende que a modulação poderia ensejar na perda dos ideais de *cognoscibilidade*, *calculabilidade* e *confiabilidade*, dado que: “o contribuinte é incapaz de compreender os sentidos possíveis e limitados a serem atribuídos ao dispositivo relevante para a solução do caso, tendo em vista a infinidade de elementos não previstos na norma” que podem ser utilizados pelo julgador na definição do conteúdo do direito; “o contribuinte é surpreendido pela atuação do julgador que, com base nas consequências externas à

norma, altera seu conteúdo no momento da aplicação, afastando o fundamento para a ação (ou inação) do contribuinte; por fim, “o contribuinte não sabe qual será a norma adotada no futuro, se a geral e abstrata, reconstruída diretamente a partir da Constituição Federal, ou a individual e concreta, criada pelo julgador no momento de aplicação (DIAS, 2021, p. 201).

Exatamente em decorrência do impacto no aspecto material da segurança jurídica e dos riscos de deslegitimação do próprio direito com a ruína dos ideais de confiabilidade, calculabilidade e confiabilidade, Ávila já destacava a necessidade de que qualquer modulação de efeitos decisórios cumpra três requisitos para sua legitimação, quais sejam: (i) fundamentação acerca de qual norma constitucional justifica a manutenção dos efeitos pretéritos do ato inconstitucional; (ii) justificar a necessidade do afastamento da regra de nulidade *ex tunc* do ato inconstitucional; (iii) comprovação documental ou presumida dos efeitos negativos decorrentes da decretação da nulidade *ex tunc* do ato inconstitucional para o estado de constitucionalidade (ÁVILA, 2011, p. 576-577). Embora possa parecer óbvio que uma decisão deva justificar qual valor está sendo resguardado, o motivo pelo qual a eficácia da decisão será restringida e existir uma possibilidade de se deduzir os impactos com base em elementos concretos trazidos à lide pelas partes, a análise da jurisprudência revela que, não raro, estes requisitos não são demonstrados.

Inclusive, Ávila defende que a modulação não poderia se dar em favor do Poder Público quando este deu ensejo à inconstitucionalidade, de modo que o argumento de impacto nas contas públicas não poderia ser utilizado como motivador para que se mantivessem os efeitos da norma inconstitucional, sob pena de esvaziar a segurança jurídica assegurada pelo direito e estimular a prolação de normas inconstitucionais, preocupação nobre que não merece ser olvidada. Relembra-se que a segurança individual não é a única assegurada pelo direito, eis que este visa assegurar a previsibilidade também em nível estrutural.

Ainda que a segurança jurídica seja um valor que deve ser alcançado, é possível explorar a abrangência da segurança jurídica suscitada por Ávila, especialmente no tocante à segurança jurídica estrutural que se revela no aspecto social, sobretudo quando as decisões se pretendem vinculantes para toda a coletividade, o que abrange também órgãos públicos e entes tributantes, dado que a estes compete, no fim do dia, a manutenção das estruturas para assegurar a prestação de serviços públicos essenciais a quem precisa.

O Poder Judiciário é uma parte do que se chama de Poder Público, eis que é a esfera de poder que concentra o monopólio da violência para corrigir as distorções de comportamento em âmbito social, pautado na Constituição e nos demais diplomas legais aplicáveis. Não obstante, o Poder Judiciário é autônomo com relação às demais esferas de poder, ainda que haja uma comunhão e coparticipação entre elas, o que lhe permite tomar decisões inclusive contrárias aos interesses públicos. Com isso, dado o seu funcionamento autônomo, o restante da sociedade pode ser surpreendido com alterações de entendimento jurídicos quando a matéria já parecia pacificada. A ideia aqui, como preleciona José Afonso da Silva, é que a segurança jurídica consistiria no "conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências de seus atos à luz da liberdade reconhecida", cuja expectativa deve ser preservada ainda que a norma seja substituída (SILVA, 2005, p. 133).

Ocorre que, para a doutrina clássica, a proteção da confiança do Poder Público não poderia ser reforçada na via do contencioso. Misabel Derzi (2009a, p. 604-609) esclarece que a proteção da confiança e da boa-fé objetiva são inaplicáveis para proteção do Poder Público contra mudanças jurisprudenciais e, para isso, indica cinco pontos que são relevantes para a sua materialização:

- Os princípios em questão dizem respeito às limitações do poder de tributar, com ênfase na irretroatividade e proteção da confiança;
- Há uma dependência do cidadão em face do Estado, de modo que o ente estatal é mais abrangente e possui mais recursos para lidar com a decepção – reforçado pela ideia de Luhmann no sentido de que aquele que está em posição soberana sobre os eventos não possui confiança a ser protegida, de modo que o Estado tem domínio sobre os atos praticados por outros poderes;
- A proteção em favor do Estado vulnerabiliza o Estado de Direito, já que seria possível obter junto aos tribunais uma tutela jurídica com base na confiança melhor que a assegurada ao cidadão, que já fica obrigado pela lei a cumprir com os comandos [inconstitucionais] emanados pelos entes públicos;
- São punidos os desvios de conduta dos cidadãos quando estes são fraudulentos ou abusivos, já que praticados em contrariedade à lei, de

modo que não há proteção da confiança do Estado no exercício da interdição dos comportamentos em nível social, apenas manutenção do Estado de Direito;

- A boa fé e proteção da confiança protege relações concretas em que pessoas jurídicas de direito público se vinculem em relações sinalagmáticas, como na pactuação de convênios ou contratos que podem ser protegidos com base nas normas de direito privado, o que não ocorre quando o Poder Público atua no exercício do seu poder de império.

Não obstante a inaplicabilidade da segurança jurídica desdobrada como proteção à confiança, boa fé e irretroatividade, a autora defende que a modulação pode ser aplicada na decisão contra a fazenda pública para "atenuar os seus efeitos" caso demonstrada a existência de outros princípios constitucionais relevantes, como a "planificação e planejamento econômico e financeiro". Isso, pois ao se deparar com o dilema de cumprir uma decisão judicial e se colocar em "estado de necessidade administrativa", de modo que não consiga cumprir com a lei orçamentária e o planejamento público mediante financiamento dos serviços públicos essenciais, compromete-se a própria função social do Estado (DERZI, 2009a, p. 605-607).

Para a autora, a análise do desfecho adotado pela corte no RE 240785-MG, em que o STF adotou a compreensão de que o ICMS não compunha a base de cálculo das contribuições ao PIS e COFINS antes de julgar o Tema de Repercussão Geral nº 69 em mesmo sentido (BRASIL, 2014), evidencia que seria possível o desencadeamento de um endividamento "inesperado" em decorrência da alteração de jurisprudência sobre a matéria, o que justificaria a fixação de um marco para limitar a eficácia do julgado, a exemplo da "vigência da próxima lei orçamentária" (DERZI, 2009b, p. 13-15). Veja-se, inclusive, que um destes marcos de direito financeiro foi adotado quando da modulação do RE 714.139 (Tema de Repercussão Geral nº 745) para que a decisão produzisse efeitos "a partir do exercício financeiro de 2024, ressalvando-se as ações ajuizadas até a data do início do julgamento do mérito (5/2/21)" (BRASIL, 2022) – isso, em homenagem à expectativa que os Estados tinham com relação a esta arrecadação, que vigeu por longo período.

Assim, é possível verificar que, embora parta de compreensão similar acerca do princípio da segurança jurídica da defendida por Ávila, dado que a limitação ao

poder de tributar seria inaplicável em favor do Fisco, Derzi reconhece ser possível a modulação em casos “inesperados”, cujas consequências acarretem prejuízo às contas públicas com base em outros princípios que não o da segurança jurídica. Veja-se que, ao dar ênfase em outros princípios que não a segurança jurídica, Derzi delineia uma possível compreensão de excepcional interesse social, ainda que não promova a densificação deste critério pela delimitação do estudo conduzido (DERZI, 2009a, p. 607).

Há um ponto adicional na pesquisa conduzida por Derzi que impacta na densificação do princípio da segurança jurídica, sendo um indicativo do percurso hermenêutico que deve ser utilizado pelo julgador a partir do sistema jurídico brasileiro: parte-se de uma *Ideia de Justiça*, compreendida como igualdade, que fixa as premissas axiológicas componentes do Estado de Direito, que por sua vez materializa a proteção da expectativa por meio da segurança jurídica, que pode ser decomposta no prisma subjetivo por meio da irretroatividade e boa-fé objetiva e, no prisma objetivo, na proteção da confiança (DERZI, 2009a, p. 602-604). A amplitude que proteção da confiança ganha nos sistemas jurídicos contemporâneos diz respeito à consideração de todos os *stakeholders* no processo decisório, de modo que os interesses de toda coletividade são cotejados para que seja possível manter a continuidade dos serviços públicos essenciais. Isso harmoniza a preocupação de Derzi para que a previsibilidade decorrente de uma norma de direito financeiro seja resguardada e, com isso, não ocorra a interrupção de prestação de serviços essenciais pela impossibilidade material de seu financiamento – ponto que será central na compreensão de que há segurança jurídica no que tange ao excepcional interesse social. O enriquecimento que tal construção fornece à densificação da segurança jurídica é um olhar mais profundo para a finalidade do direito e delimitação axiológica da preservação da igualdade, que deveria nortear a própria expectativa que é assegurada pelo Poder Judiciário.

Essas vertentes doutrinárias citadas levam à consolidação de duas correntes de pensamento acerca da extensão da modulação dos efeitos. Embora ambos se refiram à segurança jurídica e afirmem que há sua inaplicabilidade com relação ao Poder Público, que seria quem deu causa ao vício que não poderia ser convalidado pela estrutura do Poder Judiciário, Misabel abre margem para a legitimidade da modulação para preservação do orçamento público pensado como a previsibilidade para o Estado com relação à manutenção dos serviços essenciais.

Isso se mostra relevante pois Tathiane Piscitelli em momento subsequente defendeu a possibilidade da utilização de argumentos consequencialistas na argumentação e aplicação do direito tributário quando esta se embasar no cumprimento das finalidades da arrecadação, qual seja a prestação e manutenção da estrutura assistencial e burocrática do Estado (2011) – no que se inclui a modulação de efeitos. Embora sejam estas as correntes predominantes em matéria tributária, é possível afirmar que há uma resistência por parte da doutrina nacional com relação à modulação de efeitos, inclusive já manifestada pelos autores citados. Essa resistência também se manifesta no excurso da doutrina dos processualistas, dada a interseção próxima existente entre a materialização do direito e da estrutura processual que lhe dá suporte – em homenagem à segurança jurídica, como já apresentado nos pontos anteriores.

Por essa razão, não raro o estudo da modulação se dá pela interface direito material e direito processual. Nesse sentido, veja-se que o Ministro Gurgel de Farias também parte desta construção doutrinária de teoria da nulidade e teoria da anulabilidade, com inspiração no direito norte americano e explora o tema da modulação dos efeitos com base nas reflexões de Mitidiero, Marinoni e Ávila e reconhece que há uma dificuldade de atribuição de um “significado normativo preciso” com relação às suas hipóteses autorizativas (FARIA; GONZALEZ, 2023, p. 5-6). Ademais, pela tensão ocasionada entre a legitimidade da arrecadação e a promoção do bem estar social, há necessidade de que se fortaleça a utilização de fundamentos jurídicos na modulação dos efeitos, que deve ser utilizada pelo sistema para que a solução jurídica conceda segurança, sobretudo pela possibilidade de que à época da edição das leis impugnadas poderia haver predominância de outro estado de coisas jurídico, que deve ser casuisticamente aferido nos casos concretos submetidos à apreciação judicial.

A ideia é que se consolide um sistema processual cooperativo, em que razões de segurança jurídica e excepcional interesse social sejam debatidas pela sociedade mediante a participação dos *amici curiae* e a realização de audiências públicas, “de modo a qualificar o contraditório em torno das consequências jurídicas, econômicas e sociais da decisão (FARIA; GONZALEZ, 2023, p. 21). Veja-se que essa preocupação acadêmica do Ministro não foi completamente encampada na prática, dado que o STJ passou a demonstrar maior preocupação com os efeitos da decisão nos processos com grande repercussão, como ocorreu no caso do Tema de Repetitivo 1.190, embora

não ocorra um extenso debate sobre os efeitos da decisão, apenas sobre a necessidade de limitação da eficácia por meio de um marco de modulação cada vez mais restritivo para limitar os impactos da corrida de acesso ao judiciário.

Neste caso, quando do julgamento plenário ocorrido em 20/06/2024 (BRASIL, 2024a, 3:23:05-4:10:16) o Ministro Relator Herman Benjamin chega a propor 3 marcos para a realização da modulação, quais sejam a data da afetação do tema (marco mais restritivo), a data do julgamento (meio termo) ou a data da publicação (mais ampliativo). Uma vez que a ação afetada envolve uma litigiosidade que foi crescente a partir da afetação, o Ministro Relator reconhece que no caso específico a data de afetação melhor conteria os efeitos proporcionados pela decisão proferida, na mesma assentada de julgamento do mérito. O Ministro Gurgel de Farias reconhece que esses critérios da modulação são abertos e casuísticos, o que dificulta também a aferição de um marco objetivo mas faz uma ressalva pois, a depender de como o tribunal tratar o marco da modulação, o que se prestigia é a explosão da litigiosidade. Com isso, o Ministro propôs que a partir da data da afetação dos processos haveria a possibilidade de um marco com menor impacto na corrida judicial ocasionada pela própria decisão de afetação. Ora, se a ideia é que seja preservado um estado de coisas jurídico, a afetação é apenas um indicativo de que haverá uniformização de jurisprudência pelo STJ, sendo que a justificativa do marco escolhido não se reporta à análise do cenário jurídico vigente à época dos fatos controvertidos, o que desnatura a própria fundamentação lastreada em direitos fundamentais que o Ministro Gurgel defende em âmbito acadêmico, dado que em um modelo “processual cooperativo” o Poder Judiciário não pode agir como aliado de uma das partes (e adversário da outra).

Como já destacado anteriormente, a Ministra Regina Helena Costa contribuiu ao debate deixando claro que a decisão de afetação não é um marco objetivo acerca da alteração da jurisprudência, ocasião em que defende que apenas os contribuintes que obtiveram pleitos favoráveis tenham a sua expectativa resguardada até o provimento do mérito, em um esforço de preservar em grau maior a expectativa assegurada pelo Poder Judiciário pela adoção de um marco subjetivo (motivo pelo qual a corte não o acolheu). A tentativa seria de alargar os beneficiados pela modulação para abarcar também quem obteve pronunciamento judicial favorável ainda após a data da afetação, mas antes do julgamento do mérito, dado que a expectativa oriunda de uma norma consolidada na decisão judicial não poderia ser abandonada com efeitos retroativos. Aqui, diferentemente do que ocorreu no Tema

1.079, que apenas quem ajuizou ação antes do início do julgamento e que havia obtido decisão judicial favorável foi contemplado com a tutela (requisitos cumulativos), a Ministra Regina Helena tentou dar um passo além na tentativa de preservar também aqueles que obtiveram provimentos judiciais, ainda que liminares, em homenagem à segurança jurídica da expectativa explícita que o Judiciário criou – embora tenha sido vencida no colegiado por se tratar de um marco subjetivo.

3.3.2 Segurança jurídica objetiva: estabilidade das estruturas de sentido sociais

Para além das reflexões sobre segurança jurídica, o CPC trouxe em seu artigo 927, §§ 3º e 4º, uma nova hipótese de modulação que não se revela adstrita ao controle de constitucionalidade, eis que os tribunais superiores podem modular “os efeitos da alteração [de jurisprudência dominante] no interesse social e no [interesse] da segurança jurídica”. Cumpre destacar que essa hipótese já estava, em alguma medida, abarcada pela segurança jurídica prevista no artigo 27, da Lei 9.868, de 1999, mas por se tratar de uma hipótese eminentemente processual, que se reporta à superação da jurisprudência, a doutrina tem a tratado como uma técnica distinta (já que mais específica), denominada de “superação para frente dos precedentes (*prospective overruling*) (FARIA; GONZALEZ, 2023, p. 3). Há uma amplitude substancialmente maior da hipótese de modulação dado que anteriormente a segurança jurídica era protegida apenas quando houvesse declaração de inconstitucionalidade, de modo que uma norma inconstitucional manteria seus efeitos até determinado momento escolhido pela corte, gravidade que demandava a aplicação de um quórum qualificado.

Agora, quando há mudança de jurisprudência, basta que se justifique a existência de interesse social e segurança jurídica para que, por maioria, a decisão seja modulada. Isso se justificaria na ideia de que o direito deve respeito à sua própria historicidade, de modo que preservar o precedente que vigorou no passado é uma forma de resguardo do próprio sistema jurídico que merece uma proteção muito maior que a possibilidade de o tribunal simplesmente limitar a eficácia de uma decisão, disso o seu quórum reduzido. Ocorre que existem reflexos não esperados dessa primazia da racionalização procedimental dos efeitos do julgamento que se mostram na modulação dos efeitos de uma decisão que declara a constitucionalidade, como

ocorreu no Tema de Repercussão Geral nº 985, em que a corte entendeu que havia constitucionalidade da exigência de contribuição social sobre o terço constitucional de férias, mas reconheceu que houve uma mudança de cenário jurisprudencial que motivou a modulação *ex nunc*, isto é, para que apenas produzisse efeitos para o futuro.

Essa modulação venceu por 7 votos contra 4, de modo que não teria alcançado o quórum qualificado exigido pela Lei nº 9.868, de 1999. Isso revela que, no paradigma inaugurado pelo CPC de 2015, se revela mais fácil restringir uma norma constitucional por argumentos procedimentais e estruturais do sistema jurídico do que assegurar efeitos a uma norma inconstitucional para preservar a Constituição. *Percebe-se, portanto, que a Constituição passa a se subordinar à própria norma jurídica da decisão que tem nela seu fundamento*.

Também com base na reflexão acerca da jurisprudência como fonte criadora do direito, Teresa Arruda Alvim (2020) pondera que existem situações em que deve ser preservada a irretroatividade desta nova lei, que passa a se inserir no sistema jurídico com a prolação de uma decisão judicial quando esta conflita com os entendimentos consolidados de uma determinada área do direito. Isso é especialmente relevante em áreas rígidas do direito, em que os princípios constitucionais preveem necessidade de maior previsibilidade para os jurisdicionados, como ocorre em matéria tributária.

A aplicação da modulação por alteração de jurisprudência deve ser pautada na preexistência de confiança, observando o grau de flexibilidade dos princípios constitucionais para que não ocorra a retroatividade em prejuízo dos particulares. Destaca-se que, assim como Ávila, entende que “a modulação é um instrumento para que o particular possa defender-se contra o Estado” (ALVIM, 2020, p. 162), de modo que os argumentos consequencialistas com base na ruptura de contas públicas, embora possam influenciar na tomada de decisão nos casos complexos, não podem ser os únicos argumentos para a sua realização – ainda que possa proporcionar uma “solução que cause menos efeitos negativos na sociedade como um todo” (ALVIM, 2020, p. 163). Ocorre que, em posterior reflexão sobre o tema, a autora reconhece que o Estado também é destinatário de prestações jurídicas que, ao serem asseguradas por decisões judiciais, poderiam também ensejar na proteção da confiança que norteia o “agir programado do Estado” – pautado nos programas finalísticos –, o que pode ser mais bem balizado pela análise das normas de direito

financeiro (ALVIM; BARRENI, 2024, p. 47-50). Não obstante, indica que há um ponto crítico, que consiste “no uso do consequencialismo como justificativa única para usar o princípio da segurança jurídica como base para modulações de decisões judiciais em benefício do Estado” (ALVIM; BARRENI, 2024, p. 50).

Essa reflexão corrobora com a compreensão adotada neste trabalho, de que é necessário compreender a modulação de efeitos na hipótese de mudança de jurisprudência como um desdobramento do princípio da segurança jurídica que visa resguardar a realidade criada pelo próprio direito que, recursivamente, assegurou expectativas e guiou comportamentos baseados em uma interpretação que não pode ser abruptamente interrompida. Como já defendia Diego Diniz Ribeiro (2010), antes mesmo da promulgação do CPC de 2015, a busca por segurança jurídica por meio da uniformização jurisprudencial permite a previsibilidade de decisões e aumenta a confiança do jurisdicionado, sobretudo em razão de a alteração de posicionamento se assemelhar à alteração legislativa, dada a alteração da expectativa que será preservada pelo sistema a partir de então.

Destaca-se que esta modalidade de modulação, que poderia ser denominada de superação para frente dos precedentes quando há alteração de jurisprudência, foi um dos pontos que levou a Suprema Corte dos Estados Unidos a gradualmente adotar a compreensão de que é ela quem tem o poder de definir “o momento a partir do qual devem surtir efeito as decisões ab-rogatórias do *case law*” (BUSTAMANTE, 2012, p. 416). Como narra Thomas Bustamante, a superação para frente dos precedentes surge no contexto do “Pragmatismo e do Realismo Jurídico norte-americano”, tendo como efeito prático a solução para possibilitar a flexibilização dos conceitos de “nulidade” e “aplicação do direito” e, com isso, infirmar o dogma de que a decisão judicial teria o caráter meramente declaratório (BUSTAMANTE, 2012, p. 419).

A aplicação deste conceito pode ser evidenciada na jurisprudência americana tanto no tocante à aplicação retroativa, que seria a regra geral; aplicação puramente prospectiva para preservar o passado; aplicação quase prospectiva, em que se preservam apenas as expectativas daqueles que já tenham “ajuizado demandas em curso”, em que se preserva a fórmula do compromisso, premiando aqueles contribuintes que foram ao judiciário para contribuir com a formação do case law; aplicação prospectiva-prospectiva, em que o tribunal fixa data futura para dar uma chance ao legislador solucionar a lide (BUSTAMANTE, 2012, p. 421). Sem muito esforço, é possível verificar que todos os exemplos referenciados pelo autor fruto de

observação da experiência alienígena encontrariam correlatos com modulações já realizadas pelo STF, como destacou a Ministra Cármen Lúcia ao apreciar a constitucionalidade do artigo 27, da Lei nº 9.868, de 1999, reforçado pela análise realizada no subtópico anterior.

Constata-se um deslocamento da importância da proteção ao direito individual, que levaria à aplicação máxima da constituição para preservar aquele que veio a ser lesado pela mudança ou consolidação de entendimento, para o direito pensado enquanto construção coletiva, como instrumento à disposição da sociedade que permite a construção de múltiplas normas princípio a partir da mesma regra positivada, o que justificaria a preservação das expectativas que decorreriam dos entendimentos anteriores emanados pelo Poder Judiciário. A consequência desta constatação seria a existência de uma segurança jurídica estrutural pautada nas decisões proferidas pelo Poder Judiciário, especialmente quando é proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade com eficácia *erga omnes*, que é cabível tanto na hipótese de mudança de jurisprudência como de formação de uma primeira jurisprudência (*first impression*), situações que podem levar à modulação de efeitos em favor dos contribuintes ou em benefício do Estado, que se organiza com base nas decisões proferidas pelos tribunais (RIBEIRO, 2010, p. 19-21).

Além disso, antes mesmo de existir previsão para que seja realizada a modulação de efeitos por mudança de jurisprudência, não seria desarrazoado afirmar que já havia na previsão do artigo 27 da Lei nº 9.868 de 1999, um arcabouço suficiente para que se concluísse pela necessidade de preservação da integridade do sistema, de modo que seja assegurada a expectativa não só do jurisdicionado, como também dos Fiscos, em preservação dos planos orçamentários aprovados – como parece defender DERZI (2009b), ainda que a autora não enquadre essa proteção como segurança jurídica pensada da perspectiva do sujeito de direitos. Com isso, tem-se que o CPC de 2015 facilitou que a modulação fosse realizada com a redução de seu quórum e estimulou que os tribunais uniformizassem sua jurisprudência para que, com isso, possam dar conta da quantidade massiva de processos que atualmente se encontram em tramitação. Além disso, a modulação permite que o julgador forme sua convicção sem necessariamente se subordinar às consequências do que virá a ser decidido, dado que poderá preservar direitos adquiridos, atos jurídicos perfeitos e até mesmo expectativas que entenda legítimas, ainda que não tenham sido acolhidas pelo tribunal, ponto que desvincula o interesse do julgador do interesse do Estado e, com

isso, permite a compreensão de que haveria, em algum grau, possibilidade de preservação também da expectativa deste, sobretudo quando ocorre mudança de jurisprudência.

As posições de RIBEIRO e DERZI não são completamente dissonantes, eis que ambos partem da teoria analítica de Luhmann para afirmar que há necessidade de preservação das expectativas, embora DERZI afirme que o Estado não poderia se valer da confiança na tutela, pelos motivos que já foram expostos. Em verdade, não há segurança jurídica subjetiva em favor do Estado, mas com o aumento de racionalidade sistêmica e prolação de mais decisões vinculantes pelo Poder Judiciário, é evidente que o protagonismo na criação normativa rompe muitas vezes a previsibilidade que se tinha sobre um tema, em favor ou contra a fazenda pública.

Essa constatação é um reflexo de uma mudança de concepção com relação ao sistema social como um todo e a sua relação com o sistema jurídico, eis que houve um aumento de litigiosidade na sociedade, possibilitada pelas informações reproduzidas de forma massificada, o que aumenta a possibilidade de decisões conflitantes para jurisdicionados em mesma situação. Como mais lides são submetidas ao Poder Judiciário, inclusive aquelas que envolvem aspectos relevantes da sociedade com base em princípios e valores constitucionais, aumenta-se a capacidade deste de controlar a agenda política da sociedade mediante a prolação de decisões judiciais que serão aplicáveis para toda a coletividade, em uma estrutura que se assemelha à norma geral abstrata (o que fortalece a possibilidade de ocorrência de *contrarrevoluções jurídicas*). Para dar conta de suas funções neste novo paradigma, tornou-se necessário fortalecer os mecanismos de racionalização interna e, com isso, eliminar as lides repetitivas e dar “igual” tratamento às demandas. O precedente passa a ter tamanha força que deve ser sempre observado, sendo possível que ocorra o julgamento liminar de improcedência de pedido formulado pela parte que contrarie acórdão proferido pelo STF ou STJ julgado em sistemática de recursos repetitivos, como apregoa o artigo 332, do CPC.

Esses mecanismos acabam fortalecendo a reflexividade jurídica em prol de uma proteção que olhe para dentro do sistema do direito. Assim, a adoção de uma compreensão sistêmica do direito em uma sociedade que crescentemente se complexifica leva à conclusão de que o Estado-juiz e o Estado-administração são, em verdade, atores distintos, de modo que seria possível a aplicação da segurança jurídica para proteger também a confiança do Estado – ponto reforçado pelo aumento

de decisões vinculantes proferidas pelo Poder Judiciário sobretudo em matéria tributária (RIBEIRO, 2010, p. 12-13).

Disso, é possível afirmar que há uma previsibilidade que decorre do próprio sistema jurídico e seu processo de reflexividade, que protegeria a situação de qualquer das partes litigantes, que se pode denominar de segurança jurídica objetiva. Lado outro, embora a expectativa subjetiva do Estado não possa ser resguardada pela aplicação pura do princípio da segurança jurídica, revela-se que o impacto orçamentário arcado pelo ente tributante – por obstaculizar a prestação de serviços essenciais a quem precisa –, pode servir de justificativa a ensejar a modulação pela consideração do relevante interesse social (ainda que o enfoque da argumentação não possa se limitar a este ponto, como apontam os estudos doutrinários já citados).

3.3.3 Segurança jurídica subjetiva: uma revolução em sua conceituação?

Pela análise das correntes doutrinárias e proposições acerca da aplicação do princípio da segurança jurídica, é possível enriquecer a leitura quando se distingue a proteção à confiança trazida por ÁVILA e DERZI da delineada por RIBEIRO e posteriormente incorporada por ALVIM, eis que os primeiros centram na proteção individual e limitação do poder de tributar (focados em uma perspectiva de direito tributário clássica), enquanto os segundos focam na relação da norma construída por meio do processo judicial e sua equalização com relação à historicidade do próprio sistema. O enriquecimento se dá exatamente pela percepção de uma dimensão objetiva da segurança jurídica que não se confunde com a sua dimensão subjetiva. É válido ressaltar que todas as teorias almejam obter a segurança no movimento e reconhecem o potencial criativo de direito que é consubstanciado na decisão judicial, embora o enfoque da proteção seja distinto.

No tocante à dimensão subjetiva da segurança jurídica é possível afirmar que a ênfase da proteção está no evento captado pelo direito, de modo que o Estado-juiz olha a partir da estrutura jurídica para fora do direito e visa preservar a boa-fé do particular. Esse olhar para fora é o ponto enfocado por Misabel Derzi (2009a) para defender a impossibilidade de se modular em favor do Estado. Com base na reflexão de Luhmann acerca da confiança sistêmico-jurídica proporcionada pelo princípio da segurança jurídica, a autora fixa seis premissas para a caracterização da própria expectativa, quais sejam: (i) “confiança não significa mera esperança”, dado que quem

confia o faz em relação a outro sujeito, o que impacta diretamente na “decisão tomada pela pessoa que confia”; (ii) a confiança supõe “exposição ao risco”, dado que quem confia depende, em alguma medida, da ação tomada pelo soberano, que é quem “tem supremacia sobre os eventos/acontecimentos”, razão pela qual este não tem confiança a proteger; (iii) a confiança tem como pilar “estruturas motivadoras e impulsivas do processo de se gerar confiança, o que não se exaure nas leis e normas”; (iv) a confiança é o que permite a expansão dos tempos do sistema, permitindo “o resgate do passado e a antecipação do futuro”; (v) a reflexividade tem o condão de aumentar a confiança pois reduz o risco e a complexidade, tendo como resultado “confiança como valor”; (vi) a desconfiança é sempre latente e também reduz a complexidade, mas tem capacidade destrutiva no tocante à comunicação, razão pela qual “tem necessariamente de ser combatida e limitada” (DERZI, 2009a, p. 589-590).

As reflexões de Misabel, portanto, caminham na constatação de que os particulares estão em uma relação de dependência frente ao Poder Público que, por meio de seus Poderes, define o *output* das provocações sistêmicas, razão pela qual possui domínio dos eventos e, com isso, não haveria uma confiança a ser protegida em seu favor. Essa compreensão tem forte ênfase nos princípios norteadores do direito privado, notadamente a boa-fé objetiva, que atrairia a irretroatividade das interpretações dadas em desfavor dos particulares, mesmo nas hipóteses em que houver mudança de jurisprudência.

Inclusive, essa constatação da existência de uma relação de império do Estado sobre o particular em matéria tributária esvaziaria uma dimensão subjetiva de boa-fé, de modo que a modulação aqui seria um *venire contra factum proprium*, como também alertam Alvim e Barreni (2024). A ideia é que, ao se tratar a decisão judicial como fonte criadora de direito, há também a necessidade de que sejam adotadas as regras constitucionais que vedam a aplicação retroativa, sob pena de ofensa à anterioridade geral e anual pela mudança de critério jurídico após a formação da lide. Esse ponto é de extrema relevância pois, como bem aponta Derzi, há uma discrepância ao se analisar a proteção contra o abuso de se tributar por meio de normas emanadas pelo Poder Legislativo que não encontra correlação com garantias objetivas asseguradas contra uma alteração normativa que seja oriunda do Poder Judiciário. A partir desta constatação, “afloram com muito mais força os princípios da proteção da confiança e da boa-fé objetiva” (DERZI, 2009a, p. 596).

Todo o norteador da compreensão de Derzi perfilha um racional que tem como base a observação do jurisdicionado e do direito que este pleiteia perante o Poder Público pensado enquanto um ente aglutinador do monopólio da violência. Por isso, ela escalona a proteção da confiança em uma série de pressupostos que, em última análise, levam à constatação de qual confiança seria passível de proteção. Isso, pois a confiança decorre de alguma ação ou omissão do Estado, que após realizada, desencadeia a confiança do cidadão afetado por esta ação ou em condição análoga a este, como ocorre “em todas as situações em que uma decisão judicial concreta se transforma em um precedente vinculativo, norma judicial, genérica e expansiva do seu âmbito pessoal de incidência”. Formada a “base de confiança”, esta passa a ser sustentada pelos princípios constitucionais, notadamente com base no “rol dos direitos e garantias individuais”, extensível tanto ao passado (“ato gerador estatal da confiança, situado antes da vigência da jurisprudência modificativa”), com fito de proteger que um novo entendimento “invada o passado”, seja pela requalificação deste ou pela atribuição de efeitos futuros que alterem a expectativa depositada; na situação em que se trata de fatos jurídicos não completos, em que parte foi praticada no passado e o restante pendente de realização no presente e futuro, a proteção da confiança passa a desempenhar o papel de “justiça prospectiva”, que envolve todos os horizontes temporais para preservar a frustração que se dá quando a promessa pública é traída, de modo que sejam “atenua[das] as frustrações relativas aquilo que se teria alcançado, se não tivesse havido a intervenção do Estado (modificação de jurisprudência). Isso demanda a intervenção do Poder Judiciário para que proceda à “confirmação da confiança”, que incorpore o futuro esperado e conduza as ações do cidadão. Por fim, seria necessário avaliar o interesse público predominante que é caracterizado pelo particular como ofensa à confiança, o que resulta na aferição, por parte do julgador, se as consequências são positivas, o que legitima a modulação para o futuro ou se as consequências serão parcialmente positivas, mantendo-se a jurisprudência anterior apenas com relação a fatos jurídicos pretéritos. Tudo isso a leva a concluir que a conjugação dos princípios da “irretroatividade e da proteção da confiança à boa-fé objetiva apenas será adequada para tratar os casos concretos, em que os contribuintes, efetivamente, estejam em juízo”, de modo que não “diz respeito às hipóteses mais abstratas, como à irretroatividade das modificações jurisprudenciais em relação aos fatos pretéritos anteriores à vigência da nova decisão” (DERZI, 2009a, p. 596-598).

Embora exista uma preocupação de Derzi para que a modulação se opere apenas em favor dos particulares, de modo que seria cotejada a expectativa do jurisdicionado para avaliar se as consequências são positivas ou parcialmente positivas a legitimar a manutenção do efeito da norma declarada inconstitucional, como já mencionado anteriormente, percebe-se que houve um fortalecimento do sistema de precedentes, deslocando-se a ênfase do direito material para uma racionalização sistêmica. Fruto desse movimento, percebe-se que o risco das decisões passa a ser compartilhado com toda a sociedade, o que demandaria uma análise mais completa dos interesses envolvidos na lide que somente o interesse do jurisdicionado – isso também em decorrência do princípio da segurança jurídica.

Percebe-se que a confiança protegida aqui é aquela litigada, pois o sistema jurídico, de uma perspectiva individual, apenas preserva aquilo que foi submetido à apreciação judicial, dada a inevitável limitação do impulso oficial na construção de uma norma jurídica jurisprudencial. Não obstante, a própria autora diferencia a modulação de efeitos para que se preserve a expectativa do jurisdicionado daquelas hipóteses em que o tribunal, ao construir a norma individual e concreta do caso, entenda por delimitar sua eficácia para o futuro em respeito à mudança de jurisprudência. Embora no passado pudesse haver um questionamento se efetivamente há modulação de efeitos nas hipóteses em que há mudança de jurisprudência, compreende-se que ambos se subsomem a este conceito dado que o palco da decisão é deslocado para um patamar reflexivo, que não visa somente materializar em grau maior a eficácia e exequibilidade da coisa julgada, mas sim proteger a segurança jurídica e excepcional interesse social das expectativas que deram ensejo ao sistema de conflito.

Também por isso, dado que é a expectativa litigada que será preservada, os tribunais, influenciados por um movimento de contenção da macrolitigância, acabam por reduzir o escopo da tutela que será assegurada inclusive à luz da segurança jurídica lastreada na confiança legítima. Como já narrado anteriormente, o marco da *segurança jurídica litigada* com pronunciamento favorável é um exemplo de como a própria segurança na confiança gerada pelas decisões não decorreria de uma segurança sistêmica, mas sim em uma proteção individual, de uma tutela que já tenha sido concedida em favor de um jurisdicionado. Por isso, entende-se que, pela alteração crescente dos marcos de modulação, seria possível questionar se

efetivamente há uma densificação de qual confiança merece ser protegida ou se, em verdade, há uma erosão da própria proteção do direito.

A revolução em torno do conceito da proteção que merece ser protegida pelo sistema jurídico é uma evidência que os tribunais possuem um livre controle na delimitação do próprio tempo do sistema do direito, controlando os efeitos projetados de suas decisões com relação aos demais subsistemas sociais. É importante não se olvidar da força de contingência que os demais sistemas exercem sobre o direito, que se soma à força exercida pela própria temporalização da comunicação no sistema e obriga a tomada de uma decisão, obrigação da qual o direito não pode se esquivar. Por isso, torna-se necessário compreender o papel da reflexividade jurídica e a modulação dos efeitos decisórios.

3.3.4 A reflexividade jurídica e a modulação de efeitos decisórios

Como já destacado, com o fortalecimento de mecanismos uniformizadores de jurisprudência, há um esforço cada vez maior do sistema jurídico em acomodar a função imunológica realizada em torno da lide individual frente à necessidade de racionalização das próprias comunicações em um esforço reflexivo. Isso, sobretudo pela constatação de que, ao racionalizar o direito, o precedente vinculante planifica a realidade jurídica e impede, em muitos casos, o próprio reconhecimento do direito em litígio por uma das partes, com base em uma distinção que não se fazia presente desde a origem. Veja-se que a norma jurisprudencial possui uma certa maleabilidade por se tratar de uma norma costumeira, oriunda de uma prática jurídica (costume) que pode se alterar pela simples mudança de composição de um tribunal, por exemplo.

Com isso, percebe-se um uso acentuado da modulação de efeitos decisórios, embora os requisitos autorizadores sejam densificados de forma diversa a depender das peculiaridades do caso concreto submetido a julgamento. No já citado relatório de pesquisa da FGV, os autores, após a realização de um levantamento das hipóteses de modulação apreciadas pelo tribunal em matéria tributária, indicam diversos sentidos atribuídos à expressão segurança jurídica, notadamente os seguintes:

- Preservação de relações pactuadas com base em norma que vigorou por muito tempo, a exemplo dos votos proferidos na ADI 3775 ED, ADI 6479 EDs-segundos, ADI 3199 ED (DE PAULA JUNIOR, *et al*, 2025, p. 19-20).

- Confiança legítima (boa-fé) depositada pelos cidadãos nas normas vigentes e necessidade de estabilidade das relações sociais, a exemplo dos votos proferidos na ADI 3111 ED, ADI 5736 ED (DE PAULA JUNIOR, *et al*, 2025, p. 20-21);
- Evitar que a desconstituição retroativa da lei declarada inconstitucional cause abalos à sociedade e à ordem pública, a exemplo do voto proferido na ADI 3106 ED (cujo enfoque foi a dificuldade de devolução dos valores por parte do Estado por contribuições recolhidas por longo período) (DE PAULA JUNIOR, *et al*, 2025, p. 21).
- Necessidade de observar a modulação de efeitos aplicada em outro julgamento do STF em sede de repercussão geral, a exemplo dos votos proferidos na ADI 7120 e ADI 6826 (DE PAULA JUNIOR, *et al*, 2025, p. 21-22).
- Evitar impacto orçamentário para uma Municipalidade, a exemplo do voto proferido na ADPF 512, que expressamente atrelou o impacto orçamentário à segurança jurídica (DE PAULA JUNIOR, *et al*, 2025, p. 22).
- Respeito a benefícios fiscais usufruídos pelo contribuinte de boa-fé, a exemplo dos votos proferidos nas ADI 6.222-ED, ADI 6074 e ADI 4481/PR-ED (DE PAULA JUNIOR, *et al*, 2025, p. 22).

Veja-se que, pelos exemplos enumerados acima, é perceptível a recorrência do impacto do tempo de vigência de uma norma inconstitucional para que se legitime a modulação de efeitos decisórios. No relatório de pesquisa em questão, evidencia-se que este lapso temporal não é dotado de muita consistência, pois existem situações em que as normas inconstitucionais perduram por muitos anos e, em outras situações, normas que vigoraram por menos tempo também tem seus efeitos mantidos no sistema.

O exemplo de menor tempo mencionado pelo relatório seria o RE 680.089 (BRASIL, 2014), em que a corte compreendeu pela modulação de norma que vigorou apenas por 3 anos. Não obstante, neste caso específico mencionado o fundamento da modulação foi a prolação de “liminar na ADI 4628”, sem uma justificativa clara dos motivos que legitimariam a modulação neste caso (BRASIL, 2014, p. 20) – sem que a longa duração do ato fosse suscitada no julgamento. Dada a pluralidade de sentidos passíveis de serem atribuídos ao vocábulo segurança jurídica, diversos deles já

adotados pela corte, seria necessário densificar de forma mais robusta os motivos que legitimam a modulação, mesmo em situações aparentemente mais simples, como formação de uma primeira jurisprudência ou mesmo superação do entendimento que se tinha anteriormente sobre determinada matéria. Esta recursividade, no entanto, não pode se dar somente na replicação das razões, mas com a adoção de marcos consistentes sobretudo nas hipóteses de modulação que gozam de maior objetividade, notadamente aquelas realizadas para assegurar a integridade do sistema jurídico considerado a partir de suas próprias estruturas.

Neste sentido, é válido refletir se um aumento de reflexividade por si só seria suficiente para a redução da complexidade, dado que quando o julgador se desprende da autopoiese basal e passa a raciocinar sobre o próprio processo de criação da norma jurídica e a identidade do sistema jurídico tido como observador de si mesmo, há uma tentativa de apreensão de toda a complexidade social para que seja harmonizada pelo direito. Por isso, para que seja possível absorver maior complexidade e, pela estrutura de processamento sistêmica, simplificá-la em um *output*, as estruturas sistêmicas devem ter instrumentos para dar conta das contradições que passam a ser experimentadas com o aumento das informações relevantes para o deslinde da controvérsia, sendo um destes instrumentos a própria modulação dos efeitos decisórios. Isso leva à constatação de que a racionalização das estruturas comunicacionais e gestão de risco é realizada pelo sistema jurídico independente se os efeitos operados são em favor do contribuinte ou da fazenda. É dizer, por se tratar de uma estrutura procedimental, o direito à segurança jurídica do indivíduo perde o enfoque, dado que o cenário estrutural passa a ter maior relevância que a própria tutela que levou o tribunal a uma determinada deliberação.

Revela-se que a harmonização dessa boa-fé objetiva e da necessidade de racionalização dos entendimentos emanados pelo próprio tribunal cria uma ruptura, sobretudo pela constatação de que existem alterações que ocorrem em desfavor da fazenda pública, o que não poderia levar à imediata desconsideração de que os atos praticados até então teriam se dado de acordo com a confiança que um Poder deposita nas comunicações realizadas com outro. Disso que decorre a necessidade de fortalecimento da compreensão da autopoiese jurídica, com a diferenciação funcional do sistema do direito por seu código, linguagem e programas, que norteiam a conduta de toda a sociedade, com impactos diretos nas ações estatais – pontos que serão retomados no capítulo 4. Em um contexto que se busca o fortalecimento de uma

cooperação entre particulares e Poder Público, em que se espera que o Estado cumpra com a lei e exija apenas aquilo que lhe cabe, não é possível ignorar que os gestores públicos e legisladores também confiam na expectativa gerada pela supremacia do precedente jurídico, ainda que a sua responsabilidade seja limitada com relação às ações tomadas.

Lado outro, essa planificação realizada pelo precedente vinculante impacta diretamente nas lides individuais por ser hierarquicamente superior a elas. Como o controle de constitucionalidade concentrado opera efeitos *erga omnes*, este atinge até mesmo coisas julgadas, permitindo o ajuizamento de ações rescisórias para adequar um julgado à modulação fixada em momento posterior ao trânsito em julgado. Assim, é possível afirmar que há uma preponderância neste novo paradigma do controle de constitucionalidade concentrado sobre o difuso, dado que a decisão proferida no primeiro é hierarquicamente superior à do segundo, que não (necessariamente) será resguardada nas hipóteses de alteração – ou fixação – de novo entendimento acerca da matéria.

É por isso que, com o fortalecimento do sistema de precedentes e do controle concentrado de constitucionalidade, aumentando o número de decisões vinculantes proferidas pelos tribunais em demandas repetitivas com grande impacto social, percebe-se uma autonomização da esfera objetiva da segurança jurídica pela consideração da historicidade do sistema em seu processo de *reflexividade. E como essas questões repercutem em muitas comunicações simultaneamente, há um risco de dissonância que compromete a integridade do sistema jurídico, pois ao se preservar interesses da parte sucumbente do litígio, o esforço de neutralização acaba sendo um ato de império que desdiferencia o Poder Judiciário dos demais poderes*.

Dessa forma, para se preservar a expectativa gerada pelo próprio sistema, é possível verificar uma dimensão de segurança jurídica que se projeta para dentro, em um olhar que parte da comunicação gerada e olha para dentro do sistema, com o objetivo de melhor acomodar qual seria a expectativa possível de ser depreendida do próprio direito e, com isso, resguardá-la por meio da modulação de efeitos. Há, portanto, uma *segurança jurídica estrutural*, materializada em seu aspecto objetivo, que preserva a expectativa de sentido gerada pelo próprio sistema jurídico em um olhar que constrói a decisão de uma perspectiva que se inicia na estrutura jurídica e na historicidade do sistema – ao alvedrio da própria coisa julgada obtida pelo particular em controle difuso de constitucionalidade. Com isso, seria possível afirmar em um

primeiro olhar que este tipo de modulação tem um caráter mais objetivo, dado que seria necessário verificar o que vinha sendo adotado até então para que, com o novo entendimento, não se projete a alteração de forma retroativa. Como essas decisões são facilmente comparáveis, dado que o resultado no sentido “a” ou “b” pode ser aferido de forma objetiva pela contraposição das decisões, se justificaria até mesmo o seu quórum diminuto, ponto que contribui com a circularidade do CPC de 2015 em torno do fortalecimento do precedente jurídico, sem que sua utilização cause prejuízos à própria integridade do direito.

Não obstante, existem modulações que são tomadas em processos que se perduram por décadas para que seja mitigado o tal impacto orçamentário. Nestes casos, não há objetividade na aferição do controle da eficácia da decisão, de modo que a proteção da segurança seria, em verdade, o reconhecimento de uma falha funcional do sistema jurídico, que não apreciou uma causa de grande relevância para a sociedade em tempo hábil e, por isso, não restou saída a não ser modular os efeitos decisórios para acomodar os recursos públicos para minimizar o impacto do que foi decidido. Neste caso, percebe-se com mais evidência o deslocamento da função judicante da de planejador de políticas públicas, dado que o tribunal, de forma similar com a ocorrida na judicialização da saúde, é partícipe no impacto econômico proporcionado pela sua própria decisão – o que ocorre com frequência em matéria tributária.

Com isso, é possível afirmar que *há proteção da segurança jurídica subjetiva referente à relação jurídica entre indivíduo e administração e uma segurança jurídica objetiva referente à estrutura do próprio direito e todos os jurisdicionados – no que se inclui o Estado-administração* –, cada qual com efeitos distintos no tocante à modulação dos efeitos decisórios. Esta tese será retomada para maior densificação e reflexão com base na comparação da extensão do que seria relevante interesse social

Isso, pois quando o tribunal entende pela necessidade de modulação e o faz com base na adoção de um marco objetivo, acaba tomando como percepção a expectativa que o jurisdicionado possui que o direito irá assegurar sua expectativa, de modo que o próprio sistema jurídico observa as suas comunicações para validar qual expectativa será assegurada. No entanto, quando a corte opta pela adoção de marcos subjetivos, passa-se a buscar elementos de cada relação processual submetida a litígio para avaliar se, na prática, já havia se operado a legítima expectativa em favor de uma das partes que mereça ser resguardada (ainda que em uma subsunção à uma

hipótese geral fixada pelo tribunal, como ter obtido pronunciamento administrativo ou judicial favorável em momento prévio).

Com isso, é importante destacar que a segurança jurídica subjetiva ora tratada pode ser tida de duas perspectivas diversas, quais sejam: (i) a expectativa que o jurisdicionado deposita no sistema jurídico com base nas comunicações prévias e interpretações que já foram dadas no passado, de modo que se analisa em abstrato a existência de uma expectativa que mereça ser preservada; (ii) a expectativa que já foi assegurada pelo Poder Judiciário mediante prolação de norma individual e concreta ainda que tenha caráter precário, como ocorre com decisões liminares, em que o sistema busca um ato por ele praticado em favor de uma das partes litigantes para autorizar a preservação da expectativa.

Essa distinção é relevante pois no tópico anterior, quando tratamos de segurança jurídica subjetiva, foi dado o enfoque na segurança oriunda de uma relação subjetiva já mediada pelo Poder Judiciário, de modo que este aprofundamento revela o problema que passa a existir quando o sistema passa a analisar a existência de antinomias decorrente da multiplicidade de decisões colidentes, como ocorre no segundo item pontuado no parágrafo anterior, que consiste em uma das teses tendentes à limitação dos marcos para modulação dos efeitos decisórios. A segurança jurídica subjetiva seria passível de ser desdobrada nestes níveis, o primeiro que decorreria da proteção da expectativa da expectativa (expectativa de segundo nível) – em que se exige a temporalização pois o direito não seria assegurado aos que não se insurgiram contra a norma –, e o segundo que diz respeito à expectativa já esperada, pois decorre de um ato já praticado pelo Poder Judiciário – o que demanda não só a adoção de um comportamento por parte do jurisdicionado de temporalização da lide, mas também exigiria a edição de uma norma individual e concreta em seu favor para que houvesse expectativa legítima.

A adoção do segundo marco, que pode ser denominado de *segurança jurídica subjetiva litigada com pronunciamento favorável*, restringe à lide litigada a capacidade de materialização de uma proteção da expectativa que já poderia ser esperada antes de sua formação, mas que só configuraria expectativa legítima após uma confirmação institucional do direito pleiteado. Com isso, não é só uma mudança de perspectiva argumentativa com ênfase no impacto para a lide individual, a adoção de uma teoria de proteção que exige uma confirmação institucional do direito para que ele possa ser exercido no futuro acaba sendo mais restritiva que a proteção da segurança jurídica

subjetiva, dado que esta decorreria da análise em abstrato da expectativa depositada pelo jurisdicionado no sistema jurídico, de modo que seria generalizável para toda a categoria de contribuintes afetados pela decisão.

3.3.5 Uma tentativa de conciliação da proteção da segurança jurídica objetiva e subjetiva: A necessidade de uma mudança de cultura institucional

Seria possível uma conciliação das duas teorias, para que no rol de excluídos da modulação realizada com base na proteção da *segurança jurídica estrutural*, fossem incluídos os jurisdicionados que obtiveram decisão administrativa ou judicial favorável, dado que o novo comando emanado pelo Poder Público integralmente considerado não deveria retroagir e afetar atos jurídicos perfeitos praticados e convalidados, ainda que precariamente, por um ato oficial – entendimento que é reiteradamente defendido pela Ministra Regina Helena Costa.

Talvez poder-se-ia argumentar que a existência de uma decisão deveria proteger aquele jurisdicionado até a prolação de uma decisão definitiva acerca da alteração do posicionamento, independentemente do marco que tenha sido eleito pela corte para que a decisão produzisse efeitos – embora até que ocorra o trânsito em julgado do feito, toda expectativa litigada é mera expectativa que pode não ser convalidada até que seja julgado o último recurso cabível no procedimento eleito. Não obstante esta precariedade do direito antes do trânsito em julgado, considerando que os motivos que levam os tribunais a modular as decisões são desconectados da lide original e pairam sobre elementos processuais que justifiquem a manutenção da expectativa de uma das partes, seria imprescindível que o entendimento passasse a valer a partir da definitividade da decisão *erga omnes* proferida pelo tribunal por conflitar diretamente com ato previamente emanado pelo Poder Judiciário.

Dessa forma, após a existência de um provimento liminar e eventual sentença, só quando houvesse o trânsito em julgado do feito é que haveria efetivamente a desnaturação da expectativa, que deveria valer a partir da definitividade da decisão que fixou entendimento vinculante em sentido contrário.

Isso, pois se o próprio tribunal enunciou uma norma jurídica por meio da decisão judicial em favor de um jurisdicionado, ainda que de forma precária por meio de uma tutela liminar, há expectativa no caso concreto que mereça resguardo. A princípio, ao menos de uma perspectiva lógica, poder-se-ia considerar que essa

exceção à modulação seria a única legítima, dado que o próprio Poder Judiciário deve prezar pela força normativa de suas decisões, que não podem retroagir e, com isso, conflitar com as normas individuais e concretas que já existem e operam efeitos para os particulares. A questão da subjetividade aqui encontra alguns problemas práticos e conflita com a cultura institucional do contencioso administrativo e do Poder Judiciário, dado que ao final prevalecerá o que vier a ser decidido pelas cortes superiores e o efeito patrimonial será apurado em momento subsequente, pela via da compensação ou restituição, o que leva à [equivocada] compreensão de que não haveria risco de perecimento do direito do jurisdicionado pela demora da tramitação de uma ação judicial.

Veja-se que a segurança jurídica subjetiva afeta também o âmbito administrativo pois, em algumas hipóteses, a corte excepciona pronunciamento administrativo favorável, a exemplo do Tema de Repetitivo nº 1.079. A rigor, o pronunciamento favorável no âmbito do processo administrativo fulmina o crédito tributário e impede a sua reabertura na esfera judicial. Não obstante, ao excepcionar os pronunciamentos administrativos favoráveis, as cortes estimulam que sejam proferidos pronunciamentos administrativos desfavoráveis, dado que ao final quem terá competência para dissolver este conflito será o próprio tribunal. Como é a subjetividade que é protegida, há um estímulo à não cooperação da administração pública de reconhecer o direito em favor do jurisdicionado, pois ao assim proceder é possível que a administração resguarde o seu direito de cobrar um tributo, o que não seria possível pela cooperação.

Com a proliferação de decisões vinculantes em matéria tributária que adotam razões conflitantes e, por vezes até equivocadas de uma perspectiva técnica, há uma resistência por parte dos tribunais administrativos para replicar as razões que foram chanceladas pelos tribunais superiores. Isso impacta principalmente nas chamadas teses filhotes, em que a argumentação aplicável em uma tese pode impactar outras teses análogas, ocasião em que os tribunais administrativos não estão sujeitos à autoridade do precedente e, por isso, não adotam sequer as suas razões.

Essa matéria pode ser bem verificada no tocante à incidência de contribuições previdenciárias sobre *Stock Options* dado que, pela análise do acórdão do STJ no Tema de Repetitivo nº 1.226, este se equivocou ao reconhecer que se é pago algum valor na ação, há negócio mercantil a afastar a incidência de IRPF sobre eventual desconto concedido por entender que havia risco na opção de ação. Há um equívoco

neste caso pois estar-se-á diante de dois negócios jurídicos que não são redutíveis a um único momento, qual seja a opção de compra de uma ação que, em um momento subsequente, leva à formação de um contrato de alienação de participação societária. O que reforça o equívoco neste caso é a menção à doutrina de Silvio Martins, em que este afirma que há onerosidade no contrato de opção de ações pois o obreiro paga para adquirir o direito à opção que poderá nem ser exercido no futuro, ocasião em que se perde o prêmio, embora o tribunal conclua que se for pago um preço pela ação, haveria onerosidade (MOURA; SORRENTINO; BARBOSA, 2025, p. 587-602). Exatamente em razão da precariedade conceitual da decisão, que tinha como escopo a incidência de IRPF sobre a diferença entre o valor que foi pago pelo empregado e o valor de mercado da ação, o CARF passou a melhor densificar o que seria o risco possível nas *Stock Options*, entendimento que vem sendo aplicado para contribuições previdenciárias, que não estão sob o manto da cogência do precedente vinculante emanado pelo STJ – que ainda não transitou em julgado.

Tudo isso para dizer que, embora exista uma autoridade do precedente, quanto mais autoridade do direito pelo precedente – que pretende pacificar todas as questões relevantes para a sociedade e reduzir a existência de entendimentos conflitantes, somado à arbitrariedade das hipóteses com relação a quem será ou não beneficiado ao final da lide –, maior será o estímulo por parte daqueles que não estejam [ainda] obrigados a aplicá-lo a o fazer.

Ademais, também pelas considerações anteriores, é duvidoso que exista um estímulo maior ao reconhecimento do direito no âmbito do Poder Judiciário, pois não raro os julgadores, ao enfrentarem demandas jurídico-tributárias, entendem que estas possuem uma dimensão econômica que é passível de ser aferida ao final do processo, mantendo contribuintes em situações de ofensa à legalidade ou constitucionalidade dado que, ao final da lide, a parte lesada poderá se ressarcir mediante compensação ou restituição.

Embora seja difícil precisar com que frequência os julgadores se valem do argumento de que a parte poderá se compensar ao final da demanda para negar liminares em matéria tributária, é perceptível na *práxis* junto aos tribunais que este é reiteradamente utilizado para se concluir que não há risco na demora do julgamento. Este ponto, somado à postergação da análise do direito ao final, seria motivação suficiente para a negativa de tutelas de urgência para a suspensão da cobrança dos valores em litígio, ainda que com relação a fatos geradores futuros. A prevalecer a

segurança jurídica subjetiva, será necessário que o Poder Judiciário aprecie medidas liminares com muito mais cautela, dado que a sua concessão pode ser a condição que venha a ser imposta pelos tribunais superiores para que o direito possa ser usufruído ao final.

Assim, embora seja possível resolver o problema do paradoxo da modulação com a adoção da teoria da *segurança jurídica subjetiva litigada*, em que se excepciona da modulação apenas aquela expectativa que já foi preservada pelo Poder Judiciário – de modo que a modulação se daria para dissolver uma antinomia que se dá no caso concreto pelo conflito de decisões sem que ofenda, necessariamente, a isonomia –, persiste a preocupação com relação ao amesquinhamento do direito e necessidade de alteração de uma cultura institucional para que a tutela possa ser resguardada em grau maior, sob pena de não existir proteção do passado após anos de litígio. Neste caso, seria possível argumentar em um plano micro que o tratamento desigual não ofenderia a isonomia dado que há uma situação particular que mereça ser resguardada. Isso pois, a rigor, o direito só socorre a expectativa daquele que litiga em decorrência da inércia da jurisdição. Com isso, embora de um plano macro percebe-se um tratamento desigual, isso se dá pelas peculiaridades das relações jurídicas dos contribuintes, de modo que o esforço de planificação não poderia ignorar a pluralidade de relações jurídicas travadas à luz de um mesmo panorama normativo. Esse problema macro só se torna perceptível pela hipertrofia hiperbólica das estruturas de planificação do direito pelo uso da jurisprudência quando comparada à atividade típica do Poder Judiciário, que consiste em decidir a lide e pacificar os conflitos da sociedade e, com isso, assegurar a expectativa que o jurisdicionado possui no próprio sistema jurídico, perpetuando um ciclo de pacificação social com a manutenção de sua legitimidade para o exercício do monopólio da violência.

Pensando dessa perspectiva e refletindo acerca deste novo critério legitimador de um *discriminem* entre contribuintes que foram submetidos a um mesmo comando, mas que construíram realidades distintas nos tribunais, percebe-se que há uma arbitrariedade imanente deste modelo no tocante à delimitação de quem será beneficiado com a tutela. Isso, pois se há dependência de que seja proferida uma decisão favorável para excluir um contribuinte da modulação de efeitos, serão percebidas discrepâncias dentro dos próprios tribunais com relação ao juízes mais ou menos sensíveis às demandas dos contribuintes, até mesmo divergências regionais entre os TRFs que podem implicar em distorções concorrenciais graves no âmbito da

federação brasileira, que já se revela altamente fragilizada em um contexto de reforma tributária com redesenho das próprias materialidades tributáveis e modo de exercício da competência. Assim, embora tenha como ponto positivo a técnica jurídica em seu favor, a adoção de um *marco subjetivo litigado com pronunciamento favorável* se revela criticável ao deixar a possibilidade da tutela ao alvedrio da vontade institucional.

Também pela reflexão do parágrafo anterior, a segurança jurídica subjetiva demanda uma alteração na cultura do Poder Judiciário no tocante à valoração dos elementos de risco de perecimento do direito e demora da decisão definitiva, dado que a própria tutela será condicionada não pelo provimento dos tribunais superiores, mas no provimento concedido pela autoridade administrativa ou juiz singular. Também é válido mencionar que após a edição do CPC de 2015, reconhecida a repercussão geral, "o relator no Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional" – e eventualmente administrativos – até que a decisão definitiva de mérito seja tomada, como apregoa o seu artigo 1.035, § 5º. Ademais, após o reconhecimento da Repercussão Geral, há um prazo de 1 ano para que o processo seja definitivamente julgado, tendo preferência sobre todos os processos com exceção dos pedidos de *habeas corpus*, nos termos do § 9º, do mesmo diploma legal. Isso leva à um agravamento do cenário de proteção da *segurança jurídica litigada*, dado que após a afetação, com a determinação do sobrestamento dos processos em tramitação em âmbito nacional, dificilmente um contribuinte que ajuíze ação após o reconhecimento de uma repercussão geral será beneficiado com uma decisão favorável.

Essas constatações evidenciam que há um conflito premente no tocante à adoção da teoria da *segurança jurídica litigada com pronunciamento favorável* com o desenho processual escolhido pelo CPC de 2015, dado que há uma determinação para que o Ministro Relator determine o sobrestamento dos processos após o reconhecimento de uma repercussão geral, fechando já neste momento as portas do judiciário para que seja dada uma tutela, ainda que liminar. Por isso, a própria Ministra Regina Helena afirma que a adoção da segurança jurídica litigada como digna de proteção, além de solucionar a antinomia praticada pelo próprio direito, não implicaria no alargamento da modulação para beneficiar uma ampla gama de contribuintes, mas teria o condão de preservar a expectativa já enunciada pelo Poder Judiciário. Por isso, para além da proteção jurídica estrutural objetiva, que justificaria a modulação com

efeitos prospectivos, a adoção conjunta da proteção da segurança jurídica decorrente de um pronunciamento favorável prévio seria uma forma de resguardo da integridade do sistema.

Não obstante, os tribunais não têm demonstrado uma sensibilidade no tocante à delimitação destes elementos, que são solapados em uma planificação rasa que parte da compreensão de que já existe um marco padrão, ponto de partida da argumentação para a realização da modulação dos efeitos. Em suma, *a adoção do marco da segurança jurídica litigada com pronunciamento favorável implicaria na harmonização da isonomia com a própria expectativa assegurada institucionalmente em favor dos contribuintes, o que harmoniza com as disposições constitucionais ao legitimar o tratamento desigual apenas na medida de diferença existente entre os jurisdicionados abarcados pelo pronunciamento jurisdicional*.

Não obstante, isso conflita com o próprio desenho processual adotado pelo CPC de 2015, bem como com a cultura institucional do Poder Judiciário na compreensão acerca da existência de perigo de mora e probabilidade do direito, dado que no futuro pode não existir horizonte temporal a ser assegurado, mesmo após ter sido temporalizada a lide – com impactos também nos processos administrativos. *Disso, tem-se duas consequências: (i) um fechamento dos tribunais administrativos para discussão de teses jurídicas em debate pelos tribunais, dado que a decisão administrativa poderá impossibilitar que um entendimento favorável à fazenda pública venha a ser aplicado por força da modulação; (ii) aumento da relevância do debate liminar nas lides que tenham como objeto teses tributárias, dado que o provimento precário pode ser o aspecto legitimador para a fruição de um direito mesmo após a sucumbência no feito*.

Ocorre que a necessidade de se adotar marcos cada vez mais restritivos – dado os impactos crescentes das demandas jurídicas e a replicabilidade dos argumentos de teses vencedoras para outros espaços – faz com que o Poder Judiciário tenha uma dificuldade de estabilizar os aspectos práticos acerca da modulação, que sempre é testada em um modelo que se assemelha a um *sandbox* regulatório, em que a própria regra da modulação está em aberto para ser complementada, como ocorreu com a modulação da ADC 49. Como já narrado, neste caso a modulação veio a ser repensada após a constatação de que teria legitimado a cobrança de valores retroativos em contrariedade à jurisprudência histórica do STF e demandou uma série

de revisões para que fosse aperfeiçoada, resultando na reabertura do contencioso para discutir o que a corte efetivamente decidiu no precedente em questão.

Essa matéria também pode ser percebida na modulação realizada no Tema de Repercussão Geral nº 985, dado que, como narrado no tópico anterior, houve uma discussão em um caso específico acerca de compensação (entendimento replicável para restituição), tendo a modulação adotado como critério jurídico a propositura de ações judiciais para discutir a exigência do tributo. Não obstante, isso gerou repercussões em âmbito administrativo dado que, pela análise da decisão, é possível ter a dúvida se houve a preservação do que foi pago e não impugnado judicialmente e, paralelamente, se haveria a possibilidade de exigir tributo com relação à período pretérito, autorizando a realização de lançamentos, dado que estes não estariam vinculados à restrição originalmente proporcionada pela modulação, ou mesmo se a decisão se restringiria a pedidos de restituição – o que, tendencialmente, esvaziaria a materialidade econômica da modulação. Este exemplo é relevante sobretudo pela análise dos debates travados, pois evidencia que os próprios Ministros não possuem clareza dos trâmites que são utilizados para compensação, como se verifica da dificuldade expressada pelo Ministro Luís Roberto Barroso que, após afirmar que a modulação teve como delimitação “quem já tenha pagado, [de modo que] quem pagou não recebe de volta”, questiona “[n]esses casos, as pessoas já pagaram e estão querendo repetir?” (BRASIL, 2025a, p. 19).

Se a ideia da corte era de preservar a expectativa daqueles que confiaram no precedente e agiram em prol da materialização de seu direito, deveria ter sido resguardada também a lide administrativa, especialmente no tocante às compensações que foram realizadas sem ação judicial com base no precedente, com a materialização da faceta objetiva da segurança jurídica que decorre da alteração de posicionamento do tribunal. Em clara contradição e sem uma reflexão detida, a corte entendeu pela modulação pois houve alteração estrutural da comunicação no âmbito interno do Poder Judiciário, mas restringiu arbitrariamente a proteção apenas a quem litigou judicialmente, quando se sabe que há uma vedação para que ocorra a litigância simultânea em âmbito administrativo e judicial – ao menos, pela alegação das mesmas razões. Com isso, mesmo quem se insurgiu contra a tributação que era tida como indevida por decisão vinculante em âmbito administrativo não teve seu direito assegurado se não litigou judicialmente.

A persistir essa tendência de restrição à litigância judicial mesmo quando existem caminhos outros para a materialização do direito, o tribunal acaba por estimular mais litigância para os casos futuros, em um ciclo vicioso que erode a eficácia da tutela, refletida sobretudo nos marcos adotados. Isso, pois mesmo após a fixação de teses vinculantes de observância obrigatória para a administração pública, sempre será recomendável ajuizar ações para temporalizar a lide, especialmente pois não se sabe se haverá alteração do posicionamento predominante sobre uma questão, que está sempre sujeita a ser revisitada quando há mudança de composição das cortes superiores. O reflexo negativo desta recomendação à litigância é a postergação do reconhecimento do direito de crédito, dado que a rigor, só é possível a realização da compensação após a formação da coisa julgada com o trânsito em julgado de decisão definitiva, como apregoa o artigo 170-A, do CTN, o que inclusive implica em multa por falsidade na declaração, conforme Súmula CARF nº 206.

Como se não bastasse, até mesmo os profissionais de advocacia podem vir a ser responsabilizados em decorrência da compensação de créditos inexistentes, como entendeu o CARF por voto de qualidade quando da prolação do acórdão nº 2202-011.616 (BRASIL,2025c). Embora a questão não seja pacífica em âmbito administrativo, como se depreende dos casos nº 2101-003.239 (BRASIL, 2025a) e nº 2102-003.766 (BRASIL, 2025b), em que se entendeu pela inexistência de interesse comum do advogado que atua na recuperação de crédito com relação ao fato gerador da obrigação e penalidade pela transmissão de crédito inexistente, há um risco de que o profissional que assessora uma empresa que decide se compensar antes do trânsito seja pessoalmente responsabilizado, ainda que o crédito seja reconhecido em repercussão geral ou repetitivo. Ademais, é importante destacar que existem posicionamentos no âmbito do próprio CARF que reconhecem a necessidade de análise do direito creditório quando o trânsito em julgado da ação judicial ocorre em momento anterior ao trânsito em julgado administrativo, dado que neste caso não haveria materialidade para a aplicação do artigo 170-A do CTN no momento do julgamento e demandaria retorno à unidade de origem com o reinício de eventual contencioso após análise material – como se verifica do acórdão nº 3402-005.025 (BRASIL, 2018d), o que fragiliza eventual tentativa de responsabilização solidária do advogado que atuou no processo.

É recomendável, portanto, que a corte reflita melhor acerca dos critérios e marcos para que seja realizada a modulação de efeitos de modo que seja preservada

a segurança jurídica e a expectativa depositada pelos jurisdicionados na lide, sob pena de, em um esforço de contenção dos efeitos da tutela, se esvazie a confiança proporcionada pelo próprio direito e se perpetue o cenário de litigiosidade. O que se verifica da prática, porém, é a existência de uma sensação de que a questão demande ser modulada, embora não raro a fundamentação acerca do que efetivamente leva a corte a modular fica sujeita ao alvedrio de percepções subjetivas do julgador que sequer são aclaradas nos votos apresentados.

Esse racional fortalece que só há segurança na decisão jurídica individual, não no direito considerado como um sistema, e nos mostra outra contradição: quanto maior a racionalidade sistêmica por meio da reflexividade jurídica, menor é a proteção sistêmica ao indivíduo, dado que a violação ao seu direito subjetivo sequer é tematizada.

Inclusive, essa contradição é o que tem movido a construção dos tribunais, que se veem impotentes frente à proliferação de demandas jurídicas após a afetação de temas que serão julgados na sistemática de repetitivos, com frequente movimento tendente a acompanhar as propostas de modulação cada vez mais criativas, o que leva ao aumento de criatividade das cortes para que restrinjam ainda mais quem será beneficiado com a tutela – dificultando até a compreensão do que veio a ser decidido pela corte ao final. Essa tentativa de resistência por parte dos jurisdicionados é uma força que não neutraliza a frustração da expectativa, antes o contrário: quanto maior a resistência dos jurisdicionados, maior será o esforço do tribunal de limitar a tutela. Há, portanto, em referência às reflexões de Mantovanni (2015), uma circularidade cinética que prejudica a soberania da decisão proferida pelos tribunais, que passa a valer para um horizonte cada vez menor de jurisdicionados, em um ciclo vicioso em que se potencializa a litigância e, com isso, torna-se necessária a limitação de seus efeitos por uma estrutura procedimental – em uma clara “contrarrevolução jurídica” pela desnaturação da proteção da tutela individual.

É possível concluir, portanto, que o fortalecimento da segurança jurídica subjetiva poderia ser um caminho para minimizar os impactos da dissonância proporcionada pela adoção de um marco processual para delimitar a categoria dos excluídos da modulação, únicos beneficiados pela tutela que será concedida pelo tribunal, embora para isso fosse necessária uma mudança de cultura do Poder Judiciário desde a origem, com a concessão de decisões liminares em causas relevantes para que seja possibilitado o exercício do direito no futuro, dado que a mera

temporalização da lide não é mais suficiente para a fruição do direito no prazo prescricional.

Não se vislumbra que esse movimento de fortalecimento da modulação, que ocorre no centro do sistema jurídico, provoque uma mudança de sensibilidade da periferia do Poder Judiciário, não sendo esperado que o juiz singular passe a conceder liminares em matéria tributária por reconhecer a importância desta para a materialização do direito ao final. Por isso, enfatiza-se a importância de os tribunais, no julgamento dos agravos de instrumento em matéria tributária, se sensibilizarem para o fato de que a concessão de uma tutela, ainda que precária, possa vir a ser o marco legitimador da fruição do direito pela parte lesada no futuro, única forma de que, pela adoção de um marco mais restritivo com relação à fruição da tutela, seja materializado em grau máximo o próprio direito, coibindo-se ilegalidades e inconstitucionalidades antes mesmo de que o impacto econômico aos cofres públicos ocorra, suspendendo-se a cobrança do tributo e retirando o risco de impossibilidade de que a decisão venha a ser exigida por uma insuficiência financeira. Esse movimento não precisa ocorrer apenas no julgamento de agravos, mas poderia ser realizado ainda antes da decisão de afetação pelos próprios tribunais superiores ou, quando menos, quando está vier a ser realizada, de modo que se torna possível não só assegurar o direito individual, mas também o direito de todos os contribuintes de não se submeterem à tributação ilegal ou inconstitucional.

A existência do diferimento do impacto para uma das partes faz com que o próprio tribunal se responsabilize com relação à efetividade da tutela jurisdicional ao final, afinal, a estabilização da tutela provisória e dissolução do conflito ficam a cargo de sua própria decisão. Isso, pois já houve em algum grau uma intervenção na esfera das partes em litígio que torna mais urgente a sua apreciação definitiva, dado que a dissolução definitiva do conflito precisa ser tomada para que se chancele a expectativa que já foi previamente resguardada em favor da parte mais frágil, que tende a ser o contribuinte considerando a estrutura e capacidade de litigância do Estado enquanto RP, como já destacado no capítulo anterior.

Também é válido refletir que essa inversão de risco, isto é, impedir a arrecadação quando há sinais de ilegalidade ou inconstitucionalidade, se torna benéfica com relação ao peso moral do impacto da devolução, dado que nada (ou menos) foi arrecadado por quem não devia arrecadar. Para além disso, gera uma pressão de ordem pragmática na celeridade da resolução jurídica, dado que não é

esperado que os jurisdicionados possam arcar com o ônus de, após décadas de lide, pagar o que eventualmente seja de fato devido –situação que se revela excepcional, dado que teria sido precedida pela concessão de uma medida liminar que provavelmente se submeteria à confirmação do colegiado em momento subsequente.

Feita esta digressão, é possível afirmar que a situação prevista no artigo 927, §§ 3º e 4º, do CPC, contém maior grau de objetividade, pois depende da existência de jurisprudência dominante nos tribunais superiores, questão que é passível de ser evidenciada de forma objetiva pela existência de reiterados posicionamentos em um determinado sentido. Ademais, mesmo que a hipótese de segurança jurídica prevista na Lei nº 9.868 de 1999, pudesse abarcar materialmente a alteração de jurisprudência como defendido, o CPC alargou o palco de modulação, que deixou de ser restrito ao controle de constitucionalidade ao autorizar todos os tribunais superiores a sua realização – ponto que evidencia uma preponderância do planejamento interno sobre a proteção da tutela individual.

Não obstante, a extensão da expectativa que merece ser preservada à luz da segurança jurídica pautada em um critério objetivo, como ocorre na mudança de jurisprudência pela realização de um *prospective overruling*, superando as razões para que valha apenas para fatos jurídicos posteriores à prolação da decisão, ainda carece de maior reflexão, como demonstrado no tocante ao Tema de Repercussão Geral nº 985, em que deixou-se de lado a expectativa já temporalizada pelo jurisdicionado na via administrativa, muitas vezes com base no entendimento vinculante do STJ que perdurou até 2019, pouco antes da virada jurisprudencial proclamada pelo STF com relação à matéria de tributação do terço constitucional de férias. Com isso, mesmo adotando um marco que pareceria objetivo, a corte criou um elemento anti-isonômico ao prestigiar apenas compensações litigadas judicialmente, sem resguardo da lide administrativa, o que mostra que não há uma clara compreensão dos julgadores acerca dos limites que são adotados para a modulação de efeitos, até nos casos que podem parecer mais simples, como no mencionado exemplo.

Com isso, longe de definir o que seria a segurança jurídica para fins de modulação, o que se pretendeu demonstrar tanto na exposição da jurisprudência em matéria tributária como das reflexões ora tratadas é que não há uma definição clara de quais são os requisitos legitimadores para sua configuração. Isso, pois não há clareza com relação ao marco que a corte compreende como passível de ensejar

alteração da jurisprudência que, embora reiteradamente considere como sendo a data da publicação da ata de julgamento de mérito, tanto este como os marcos alternativos não são embasados nos julgados analisados.

Para fazer justiça, importa destacar que o STJ faz alusão à aplicação análoga do artigo 1.035, § 11º, do CPC, para estipular que a decisão só vale após a publicação da ata do julgamento, dado que esta vale como acórdão. Na jurisprudência do STF não se verifica uma reflexão acerca do motivo da escolha deste marco específico como jurisprudência padrão, embora tenha explicitado posicionamento semelhante quando do julgamento de Embargos de Declaração no Tema de Repercussão Geral nº 201. Por isso percebe-se que os tribunais não densificam sequer as hipóteses objetivas que ensejariam a modulação por uma questão estrutural de forma unívoca.

Para corrigir este problema, a corte pode amadurecer em sede de grupos de trabalho os critérios para melhor racionalizar os requisitos autorizadores para a modulação de efeitos em conjunto com a sociedade civil e membros da academia, questão que parece não ser dotada de grande complexidade considerando que a expectativa que importa neste particular é eminentemente jurídica, isto é, trata-se de uma auto-observação do sistema jurídico enquanto terceiro observador, de modo que depende menos do meio e dos aspectos da própria lide submetida à intermediação judicial. Poderia até mesmo decidir sem ouvir todas essas pessoas, dado que a modulação se daria em preservação das estruturas jurídicas. O que não se pode, à luz da segurança jurídica, é deixar indefinido os marcos e paulatinamente restringi-los casuisticamente sem se desincumbir do ônus argumentativo necessário para que a decisão seja fundamentada – sobretudo pois, já que não se justificou a primeira vez que escolheu, eventual mudança pode ser tão arbitrária quanto à escolha originária.

A defender um posicionamento acerca desta escolha, é possível verificar que a justificativa do STJ à luz do CPC soa razoável, pois a decisão só existe quando publicada em diário oficial, de modo que a ata de julgamento poderia valer como acórdão nas hipóteses de repercussão geral (e repetitivo). Ademais, adotar-se como marco data em que o próprio tribunal concedeu a tutela provisória também é coerente, dado que houve a chancela, ainda que provisória, de que havia probabilidade de direito a ser protegido naquela situação. É verdade que a riqueza dos casos concretos impede uma fixação muito rígida de marcos e hipóteses para a modulação, que a rigor representa uma excepcionalidade. O CPC flexibilizou a sua realização quando há mudança de jurisprudência, o que deveria ter motivado a densificação deste ponto,

que infelizmente também se vê ao alvedrio do impacto financeiro alardeado pelos RPs envolvidos no litígio.

Não obstante, percebe-se que há uma tentativa por parte destes litigantes qualificados de que a restrição à tutela seja ainda maior, de modo que o marco escolhido para a modulação passe a ser a data de afetação dos temas, o que poderia minimizar os impactos da macrolitigância em torno das grandes teses, que já foi suscitado em debates tanto no STF como no STJ. No caso do Tema nº 985, nos debates relativos ao julgamento do RE 1072485 ED/PR, o Ministro Luís Roberto Barroso menciona que há uma investigação ativa por parte do tribunal em um grupo de litigiosidade contra o poder público em que se teria apurado a existência de um "incremento muito expressivo de litigiosidade em relação ao tema e, quando é anunciada a pauta de julgamento, aumenta mais ainda" (BRASIL, 2025a, p. 64-65). Inclusive, neste caso, o mesmo Ministro afirma que até a data de afetação "havia 5 mil [ações em curso] e, depois da repercussão geral, entraram mais 8 mil. Não é pouco relevante a litigiosidade que surge só pela atribuição da repercussão geral. Num país que já tem 83.800.000 ações em curso" (BRASIL, 2025a, p. 67-68).

Veja-se que a reflexividade da decisão proferida pelo STF caminha para uma perspectiva consequencialista no tocante à segurança jurídica estrutural, dado que pela consequência da macrolitigância torna-se necessário restringir ainda mais o marco de proteção do direito – o que, em última instância, deveria levar à proteção da tutela individual obtida pela parte, embora nem isso seja efetivamente preservado já que ao final, vale apenas a decisão *erga omnes* lida em conjunto com as restrições realizadas pela corte que não cotejam de forma analítica todas as relações jurídicas tuteladas simultaneamente. Inclusive, mesmo que o Ministro Luís Roberto Barroso não mais integre a corte, o Ministro Cristiano Zanin é categórico ao afirmar que "[n]o momento em que o Supremo Tribunal Federal reconhece a repercussão geral, deixa de existir, a meu ver, o elemento surpresa para o contribuinte, porque sabe-se que haverá uma decisão do Supremo Tribunal Federal" (BRASIL, 2025a, 70).

O mero fato de saber que haverá uma decisão vinculante em um determinado sentido, no entender do Ministro Zanin, levaria à uma análise acerca da viabilidade de não fazer o recolhimento por parte do contribuinte, já que este não mais poderia confiar no entendimento que vigorou até então. Embora fosse possível reconstruir o argumento do Ministro Zanin, como demonstrou-se com relação à vinculatividade da decisão do STJ e da previsibilidade efetiva que o jurisdicionado teria de sua

replicação, que poderia ter levado à fixação de marco diverso, a justificativa de que “aumentam-se os números de processos” e “o contribuinte deve fazer uma análise da viabilidade de não realizar o recolhimento” a partir da data de afetação não encontra-se alinhado ao bem jurídico efetivamente tutelado na hipótese, que seria a alteração de jurisprudência que se tinha com relação à matéria.

Por isso, o que se revela pernicioso com relação à modulação de efeitos decisórios é que existem múltiplos caminhos para que a corte preserve as expectativas, de modo que é na densificação argumentativa com relação aos conceitos que delimitam as hipóteses de modulação que se justificaria a excepcionalidade de não se conceder uma tutela para uma parcela dos jurisdicionados após ter reconhecido o mesmo direito em sede de controle concentrado de constitucionalidade ou difuso objetivado. O problema é que não se adotam os mesmos critérios para analisar as mesmas categorias de eventos, como se verificou com relação à mudança de jurisprudência, que ora se considera a partir da existência de uma decisão do colegiado em um determinado sentido, marco que, tendencialmente, vem sendo repensado para que seja contado a partir da data de afetação, o que encontra eco no entendimento de diversos dos ministros do STF e STJ – embora ainda encontre resistência pela baliza processual de que a decisão só existe quando publicada.

O segundo ponto diz respeito à ressalva de alguns jurisdicionados da modulação, que normalmente é realizada em favor das ações ajuizadas antes de determinado marco. Como narra Vettorato, esse seria um possível padrão de modulação que, inclusive, após reiterado, gerou expectativa que mereça também ser preservada. É verdade que uma reiteração de decisões, ainda que sem uma justificativa plausível, poderia ensejar na expectativa dos jurisdicionados – embora seja a *ratio decidendi* a regente da expectativa, não o marco adotado pelo tribunal. A tese do autor, embora coerente com a estrutura de jurisprudência construída pelos tribunais – que não gozam de uma uniformidade em torno dos fundamentos, mas sim das consequências –, não impede que o tribunal aperfeiçoe os instrumentos jurídicos à sua disposição e dê a eles sentido reiterado, única forma de se assegurar a expectativa jurídica ao instrumento, que atualmente não se verifica. Em verdade, o que se verifica é uma tendência de romper com uma tradição que possui enquanto argumento uma força de convencimento que ultrapassa a própria compreensão de

muitos dos ministros que adotariam como marco de modulação a data de afetação, mas não o fazem em homenagem à jurisprudência tradicional.

Bom, a este respeito, percebe-se que a exclusão dos processos em curso parte de uma lógica eminentemente procedimental, que não prestigia em nada a Constituição e os jurisdicionados considerados de forma global, dado que se revela claramente anti-isonômica. Este é um problema que não é normalmente tematizado pela corte, salvo pela consideração do Ministro André Mendonça ao replicar o Tema de Repercussão Geral nº 745, como mencionado no tópico 3.1, em que chama atenção para o risco de prejuízo à concorrência quando se prestigia um contribuinte apenas pelo fato de este ter entrado com uma ação judicial antes de determinado marco. *Por isso, entende-se que um passo importante para a melhor estruturação da modulação dos efeitos decisórios perpassa uma densificação mais profunda dos elementos que assegurem a exclusão da modulação a alguns jurisdicionados, ponto que poderia resolver o paradoxo de se ter o mesmo direito tutelado de forma diversa dado que haveria um parâmetro constitucional autorizativo para a discriminação*.

Feito todos estes esclarecimentos, percebe-se que a proteção da segurança jurídica, embora mais objetiva que a proteção do excepcional interesse social, não é densificada de forma unívoca na jurisprudência dos tribunais, que adotam marcos *ad hoc* sem que efetivamente seja justificado os motivos que levaram à alteração destes entre as decisões, ponto que se agrava pela constatação de que inexistia uma motivação clara com relação à escolha do marco original que se padronizou. Não obstante, é perceptível que neste novo paradigma, o direito prestigia a segurança jurídica estrutural e, em um contexto de extrema racionalização dos próprios precedentes – bem como de contenção da macrolitigância e aperfeiçoamento em caráter de urgência da "produtividade" dos tribunais –, a tutela individual é restringida ao máximo, se subordinando à decisão que possui eficácia *erga omnes*.

Este ponto se reforça pela constatação de que as discussões ainda salvam alguns jurisdicionados, que escapam da modulação dado que tiveram a sorte de agir em conformidade com a norma que veio a ser elaborada *a posteriori* pela corte. Assim, para além de se ter um amesquinhamento da tutela, se beneficia um pequeno grupo de jurisdicionados, com potenciais efeitos econômicos nefastos sem que sequer seja cotejado qualquer dado econômico que ampare a escolha que foi realizada pela corte. Por isso, só poder-se-á avançar no dimensionamento de quais direitos estão envolvidos no conflito ao se adotar o impacto orçamentário como delimitação dos

interesses envolvidos na lide, bem como qual o resultado de a corte adotar um ou outro marco para a modulação, o que não tem sido realizado nos julgados realizados até então.

Com isso, é possível afirmar que ainda há espaço para que as cortes superiores amadureçam a sua compreensão do que significa segurança jurídica e qual o escopo de sua proteção no que tange à modulação. Defende-se que a densificação da segurança jurídica deve contemplar hipóteses que protejam subjetivamente o jurisdicionado, como destaca a doutrina clássica de Derzi (2009a), embora também possa proteger o interesse estatal nas hipóteses que há alteração da expectativa enunciada pelo Poder Judiciário.

A segurança jurídica, neste particular, não poderia ser densificada como risco orçamentário para os Estados, sob pena de se garantir uma tutela à parte sucumbente do litígio não com base em uma norma jurídica, mas sim por uma preferência do julgador. Isso, pois é para proteger interesses dos demais jurisdicionados afetados pelo pronunciamento jurisdicional, que não compuseram o sistema de conflito inicialmente instaurado, é que se presta a hipótese de relevante interesse social que, em seu núcleo, não se releva antagônica com relação à segurança jurídica – embora o seu enfoque não seja estrutural, mas sim social, como passa-se a analisar.

3.4 Excepcional interesse social

O excepcional interesse social é um conceito mais difícil de ser densificado que o da segurança jurídica, dado que, como já adiantado, não raro há uma confusão entre o interesse público e o interesse social, não sendo possível extrair dos julgados da corte uma clareza semântica com relação ao que este termo significa na prática. É frequente a crítica dos autores no sentido de que o relevante interesse social não pode ser tratado de forma leviana sob pena de favorecer o ente tributante (TESSARI, 2023), como um argumento imbatível contra o qual não há réplica.

Essa dificuldade é evidenciada em alguns trabalhos acadêmicos e, como indica Viviane Faulhaber Magalhães (2024), a própria norma insculpida no artigo 27, da Lei nº 9.868, de 1999, deixa claro que é somente o excepcional relevante interesse social que poderá servir de fundamento para a modulação. Seu intento foi de traçar limites sistêmicos para a modulação dos efeitos em matéria tributária e, ao analisar

especificamente as razões de relevante interesse social e segurança jurídica, percebe-se a dificuldade de densificar o que seria o tal relevante interesse social.

Para melhor elucidar a sua compreensão, a autora indica dois exemplos extraídos da jurisprudência do STF que bem ilustram essa dificuldade de densificação acerca do que seria autorização passível para se modular os efeitos decisórios que, no seu entender, teriam sido modulações legítimas realizadas a este título. Primeiro, tem-se a ADI 4.029 (BRASIL, 2012), em que se discutiu a inconstitucionalidade da criação do Instituto Chico Mendes, cujo fundamento de violação do artigo 62, § 9º, da Constituição de 1988, relativa ao rito de tramitação de medidas provisórias, implicaria no reconhecimento da inconstitucionalidade de inúmeros diplomas normativos, o que justificou a modulação para preservar o relevante interesse social. Neste caso, a própria gravidade do precedente na ordem jurídica, considerando a relevância de normas relevantes que poderiam ser questionadas, como questões relativas ao Bolsa Família e Minha Casa Minha Vida e medidas provisórias em trâmite, motivou o reconhecimento da existência de relevante interesse social. (MAGALHÃES, 2024, p. 166).

Cumpre destacar, porém, que a ADI nº 4.029 não modulou os efeitos com base no relevante interesse social e segurança jurídica, mas em verdade realizou uma interpretação do artigo 27, da Lei nº 9.868 de 1999, para realizar um *prospective overuling* por superação de jurisprudência – embora mencione que esta atitude seria prudente “a bem do interesse público” (BRASIL, 2012, p. 27). Com isso, percebe-se que a modulação deste caso se deu em razão da segurança jurídica estrutural, ainda que pudesse, por via obliqua, também prestigiar o excepcional interesse social.

O segundo exemplo pinçado diz respeito à contratação de profissionais de saúde temporários pelo Estado do Espírito Santo para dar conta do surto de gripe suína. A despeito de a contratação ter sido declarada inconstitucional, como havia a questão de saúde pública, entendeu-se por modular os efeitos quando do julgamento da ADI 3430 para que tivesse eficácia 60 dias a partir da data da comunicação ao Governador e Assembleia Legislativa “tendo em conta a situação excepcional pela qual passa o país em virtude do surto da denominada gripe suína” (BRASIL, 2009, p. 20).

Esse exemplo é curioso pois, embora o relatório mencione a existência de uma calamidade pública, o voto é completamente silente com relação ao motivo que legitimaria o tribunal a modular os efeitos e, com isso, convalidar a contratação dos

profissionais que atuaram de forma provisória em clara burla à contratação por concurso público. A fundamentação então adotada analisa os efeitos práticos da decisão, quais sejam múltiplas contratações de profissionais que prestaram serviço à administração, terceiros de boa-fé que não poderiam ser compelidos a devolver valores recebidos pelos serviços “por eles prestados à coletividade”, tendo por base Lei Complementar que seria presumidamente constitucional (BRASIL, 2009, p. 20). Esse exemplo trazido por Faulhaber é melhor para a análise do excepcional interesse social, embora não esteja claramente fundamentado no voto do Ministro Ricardo Lewandowski, que tem como enfoque a proteção da confiança daquele que recebeu os valores e a longa duração do diploma questionado – pontos que seriam referentes à proteção da segurança jurídica.

Não se tem uma motivação ou densificação de relevante interesse social que justifique a manutenção dos efeitos inconstitucionais por mais 60 dias. Em sede de debates, a construção foi surgindo com base no que cada Ministro entendia como sendo razoável de acordo com sua convicção pessoal, tendo o Ministro Gilmar Mendes proposto o prazo de seis meses, o Ministro Cezar Peluso o prazo de 30 dias e a Ministra Cármen Lúcia entendeu pela razoabilidade do prazo de 60 dias. Apesar de ter sido suscitada dúvida com relação à extensão da autorização dada ao Poder Executivo de realizar contratações temporárias e ter constado menção do Ministro Carlos Britto de que o prazo seria exíguo, em verdade neste caso houve um debate acerca da necessidade da manutenção dos contratos com base na consequência prática do julgado. Após este debate, para além de uma possível pandemia com relação à gripe suína que demandava intervenção imediata, a corte não densificou o que a levou a modular. A única fundamentação diz respeito à irrepetibilidade dos valores recebidos pelos prestadores, que se muito deveria perdurar até a prolação do acórdão de mérito ou mantida por um prazo para que fosse assegurada sua subsistência. O voto é silente com relação aos motivos determinantes da modulação, exatamente o que ocorre com inúmeros outros julgados da corte em que se reconhece que deve modular e invoca-se a autorização para tanto, sem densificar os motivos que levam a corte a fazê-lo.

Embora a análise de Faulhaber não tenha ido tão fundo nas razões deste caso específico para demonstrar a ausência de fundamentação, é possível concordar com a autora de que este é um caso em que houve modulação para preservar um interesse social que é excepcional por natureza, sendo certo que o estado pandêmico não é

tido como normal, dado que: é classificado pela OMS como uma emergência internacional que possui alto risco de espalhar em múltiplos Estados; tem o risco de exceder a capacidade de atendimento dos sistemas de saúde para responder à demanda; causa disrupção social e econômica e inclusive com impactos no trânsito e comércio internacional; e, por fim, requer rápida coordenação internacional, com apoio dos governos e de toda a sociedade (OMS, 2025, p. 9). Mesmo que esta classificação tenha sido atualizada no acordo WHO Pandemic Agreement, seria possível concordar sem muitas delongas que o risco de uma pandemia não poderia ser ignorado pelos tribunais ao proferirem uma decisão que tem o condão de paralisação dos serviços essenciais de saúde prestados à população, questão que estaria no rol do excepcional interesse social. A conclusão da autora é que realmente existem hipóteses excepcionais que justifiquem que a corte afaste os efeitos da inconstitucionalidade de forma parcial ou total, como ocorreu neste caso, mas seria necessário que o ente que editou o comando normativo não se beneficiasse com tal pronúncia, sob pena de se operar o *tu quoque*, em que o Ente público se beneficia de uma regra que ele próprio violou pela confusão possível entre interesse público e relevante interesse social.

Por isso, a autora defende que seria possível a proteção da segurança jurídica caso houvesse ausência de benefício para o agente violador da Constituição e, no tocante à proteção do excepcional interesse social, que não houvesse violação manifesta à constituição de modo que a modulação sirva como incentivo à produção de normas inconstitucionais (MAGALHÃES, 2024, p. 169). Curioso que, no caso da ADI nº 3.430/ES, o Ministro Carlos Brito afirma que a “lei é enlouquecidamente inconstitucional” (BRASIL, 2009, p. 43), o que faria com que essa modulação não fosse referendada pelos critérios por ela elencados.

Faria e González (2023) também investigam a amplitude atribuída à expressão relevante interesse social. No entender dos autores, o significado normativo do relevante interesse social não necessita de muito esforço, pois decorreria da supremacia do interesse público primário sobre o interesse privado. Dessa forma, assim como a doutrina de Direito Administrativo reconhece a possibilidade de que o interesse público prevaleça quando conflita com o interesse privado, nas relações de caráter patrimonial, há uma “lídima ligação entre a noção de interesse social e os princípios que orientam a ordem econômica, os quais possuem como finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (FARIA; GONZÁLEZ, 2023, p. 6). Não obstante, o critério para valoração destes interesses (e

consequências) deveria ser jurídico, sendo “considerada a sua pretensão de universalização e de estabilização isonômica das relações no mundo real” (FARIA; GONZÁLEZ, 2023, p. 9).

O ponto crítico, no entender dos autores, diz respeito à utilização do argumento do impacto fiscal por decisão tributária como um fundamento a ensejar a modulação dos efeitos. Isso, pois de um lado a doutrina clássica rechaça a sua utilização dado que este não seria um argumento jurídico, incentivaria a edição de atos inconstitucionais e existiriam medidas contingenciais nas leis de direito financeiro que balizariam os caminhos a serem seguidos para minimizar os impactos de decisões desfavoráveis em matéria tributária (FARIA; GONZÁLEZ, 2023, p. 10). Por outro lado, é de se reconhecer que há uma relação indissociável entre arrecadação e promoção das políticas públicas que promovem direitos fundamentais, tensão esta que impacta diretamente na liberdade econômica e bem-estar social, pois a bancarrota do aparato estatal não é interessante para os interesses da sociedade, sobretudo para aqueles que dependem das políticas públicas.

Neste particular, torna-se relevante as considerações de Piscitelli, que advoga pela necessidade de se considerar, no processo de fundamentação das decisões judiciais, “o papel mantenedor e constitutivo do Estado que o direito tributário assume” e “a necessidade de garantia da justiça distributiva, pelas mãos do Estado Democrático de Direito” (PISCITELLI, 2011, p. 269). Com isso, por reconhecer que o direito tributário é o financiador do Estado em seus níveis de proteção, emancipação e plenipotencialização, reconhece que “decisões judiciais que levem em conta tais dados [impacto orçamentário] não devem ser apontados como julgamentos políticos ou meta-jurídicos” (PISCITELLI, 2011, p. 10).

Embora sua tese tenha sido defendida com relação à adoção do consequencialismo de uma forma mais global, percebe-se uma intercessão com os estudos então conduzidos pela autora e as hipóteses autorizativas de modulação dos efeitos decisórios, dado que a corte precisa refletir sobre os possíveis efeitos do julgado (consequências práticas), para que possa limitá-lo em nome da Constituição naquele caso concreto específico. Não obstante, como aponta a própria autora em estudos posteriores, a modulação não leva em conta dados concretos acerca do impacto orçamentário, apenas reconhece que, diante do risco de prejuízo abstrato ao erário, há necessidade de preservação das finanças públicas (PISCITELLI; ARAUJO, 2024). Assim, mesmo considerando uma linha mais permissiva com relação à adoção

de argumentos consequencialistas para a definição do resultado do julgamento, a modulação de efeitos decisórios causa incômodo por não adotar uma metodologia precisa para identificar quais são as importâncias econômicas envolvidas no litígio e quais seriam os interesses sociais que mereceriam ser preservados à luz de cada caso concreto. Inclusive, como evidenciado no tópico anterior, argumentos de cunho orçamentário não raro têm sido utilizados para modular os casos em nome da segurança jurídica – ponto que evidenciaria a ausência de uma distinção rigorosa dos critérios de excepcional interesse social e segurança jurídica.

Com base nesta sensibilidade, ponderando acerca da existência de duas linhas antagônicas com relação à modulação, na qual a doutrina clássica rechaça sua utilização, contraposta por uma doutrina com enfoque funcionalista que entende que o Estado tem o dever de prestar os serviços essenciais e depende da tributação, Faria e González parecem se alinhar à uma corrente mais permissiva dado que, pensar de forma diversa, implicaria em um indesejável desdobramento sob a perspectiva da própria segurança jurídica, dado que as sucessivas alterações na legislação tributária e os questionamentos administrativos e judiciais são dotados de alta complexidade e os questionamentos nem sempre são flagrantes ofensas à Constituição (2023, p. 11).

Para melhor elucidar este ponto, os autores apresentam dois exemplos, quais sejam a ADI nº 5.469/DF, em que se discutiu a possibilidade de cobrança de ICMS Difal pelo Estado em que se situa o consumidor final, em que foi proposta modulação de ofício pelo Ministro Relator Dias Toffoli, que entendeu pela existência de inúmeras relações gravadas pelo ICMS nestes casos e que, a se entender pela inconstitucionalidade da exigência, diversas operações interestaduais ficariam sem um tratamento tributário adequado, o que motivou uma modulação para que o Congresso Nacional editasse uma Lei Complementar que regulasse a matéria. Além deste caso, mencionam o célebre caso do RE 574.706ED/PR, recurso representativo da controvérsia do Tema de Repercussão nº 69 em que se discutiu a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins. Na assentada, uma linha inaugurada pela Ministra Cármen Lúcia caminhou no sentido de reconhecer que sempre que há mudança de jurisprudência seria necessária a modulação – o que vai ao encontro do que defende Misabel Derzi, embora a autora tivesse reconhecido a existência dessa alteração que poderia ensejar uma modulação para preservação do orçamento público. Não obstante, parte dos Ministros adotaram uma fundamentação no sentido de que o excepcional interesse social não poderia ser reduzido a qualquer prejuízo

econômico a ser arcado pelo ente público. Como narram, o Ministro Nunes Marques chega a afirmar que “quando o impacto é de tal dimensão que coloque em risco a própria concretização do Estado social, encontra-se preenchido o requisito legal” (FARIA; GONZÁLEZ, 2023, p. 13-14). Em similar sentido, o Ministro Alexandre de Moraes “agregou ao argumento do impacto financeiro informação extraída de noticiário especializado, no qual um economista analisou a decisão de mérito e destacou que o tributo cobrado das sociedades empresárias já fora repassado ao consumidor” (FARIA; GONZÁLEZ, 2023, p. 14).

É importante destacar que os autores reconhecem que os fundamentos para legitimação da modulação oscilam entre segurança jurídica e relevante interesse social sem uma distinção clara onde um começa e o outro termina e, embora teçam considerações sobre o sistema jurídico, finanças públicas e universalização das teses, em verdade apenas indicam um estado de coisas que pretendem ser promovido sem que estabeleçam meios para os alcançar. Disso decorreria a necessidade de se legitimar a participação da sociedade civil por meio do procedimento, como ocorreria em sede de audiências públicas, com a participação da sociedade civil (FARIA; GONZÁLEZ, 2023, p. 15). Há um deslocamento do enfoque do que seria o elemento relevante interesse social para uma perspectiva procedimental que, embora tenha sua valia, não é suficiente per si para assegurar a legitimidade da modulação.

Valter Lobato, Tiago Conde Teixeira e José Antonino Marinho Neto, ao defenderem a necessidade de modulação para a preservação da expectativa quando há alteração de jurisprudência, afirmam que “interesse social não se confunde com a confiança jurídica subjetivamente considerada”, que poderia ser conceituado como “a “confiança da sociedade (social) no próprio sistema jurídico, no interesse na manutenção do sistema enquanto viabilizador de orientação de condutas e de panorama de solução de conflitos” (LOBATO; TEIXEIRA; MARINHO NETO, 2021, p. 401-402). Veja-se que a tentativa de trazer o relevante interesse social para uma perspectiva jurídica, isto é, aquela em que o sistema jurídico percebe que a sociedade confiou em atos e condutas passíveis de gerar confiança legítima de toda uma coletividade, pode implicar no reconhecimento de que, ao se adotar este critério, não se estaria adotando como razão algo fora do direito. Este ponto é relevante para evidenciar que as hipóteses de segurança jurídica e relevante interesse social não são necessariamente antagônicas ou excludentes, mas é possível que sejam interpretadas de forma complementar dado que ambas visam a preservação das

expectativas sociais, seja em um olhar de dentro para fora (segurança jurídica) ou um olhar de fora para dentro (excepcional interesse social).

Não obstante, nos casos em que houvesse conflito entre a segurança jurídica e o relevante interesse social em prejuízo dos contribuintes, os autores defendem que a segurança jurídica objetiva teria supremacia com relação ao relevante interesse social que decorreria de eventual interesse arrecadatório do Estado com relação à aplicação retroativa do novo entendimento firmado. Importa destacar que não há uma vedação clara para que a segurança jurídica pensada sob o prisma objetivo também beneficie o Estado, principalmente considerando o novo paradigma de racionalidade sistêmico jurídico adotado pela corte ao racionalizar sua jurisprudência, o que demanda a proteção da expectativa a favor ou contra quaisquer das partes – questão que já foi objeto de maior densificação no ponto 3.1.1. O que se exige, à luz do panorama constitucional, é a densificação das razões de decidir, ponto que ainda há espaço para evolução dos tribunais.

Ressalvada a observação com relação à reciprocidade de aplicação da modulação em favor de quaisquer das partes, ressalta-se que a construção dos autores, embora limitada pelo escopo do trabalho conduzido, se inspira na teoria dos sistemas sociais e busca alcançar, por meio do uso da modulação, a manutenção da autopoiese do direito com o resguardo de seu fechamento operativo, de modo que o direito mantenha o controle daquilo que é considerado como jurídico, o que não poderia remeter a razões políticas ou mesmo ao interesse social que não possua chancela jurídica. Por isso, já alertavam ao risco de se adotar o interesse social disposto no artigo 927, § 3º, do CPC e do artigo 27, da Lei nº 9.868, de 1999, como fundamentação para se afastar eventual modulação que seria necessária em homenagem à mudança de jurisprudência. O alerta lançado ao final de que o interesse social não seria “interesse público genericamente considerado, tampouco interesse estatal arrecadatório”, o que seria “algo mais grave, mais sensível que isso”, pois “não se constrói o Direito sem a confiança no Sistema Jurídico” sob pena de sua deslegitimação social (LOBATO; TEIXEIRA; MARINHO NETO, 2021, p. 402).

Essa reflexão dos autores é interessante, pois não raro a modulação dos efeitos decisórios é tida como uma forma de alívio da contingência ao alvedrio das estruturas juridicamente validadas, de modo que em verdade o que ocorre não é um processamento da expectativa pelo sistema jurídico, mas sim uma insuficiência das estruturas jurídicas para dar conta das demandas da sociedade, de modo que a

resposta gerada é parcial – com uma dupla ofensa à Constituição. *Inclusive, este ponto pode ser melhor densificado pela constatação de que a própria corte não distingue com clareza o que seria segurança jurídica e relevante interesse social – ponto que reforça a compreensão de que há um conteúdo mínimo de segurança jurídica no tocante ao relevante interesse social*.

Novamente nos valendo dos estudos realizados pela FGV, percebe-se que as decisões que analisaram os pedidos de modulação e os acolheram, "[n]a maioria dos casos os conceitos de "segurança jurídica" e "interesse social" são tratados de forma conjunta pelos Ministros, como se formassem uma única definição" (DE PAULA JUNIOR, *et al*, 2025, p. 27).

A alternância e relativização das hipóteses de cabimento da modulação de efeitos, somada à reiteração compulsiva de sua análise e realização pelas cortes é apenas um sintoma desta crise mais profunda, que pode revelar um esgotamento dos tribunais com relação à sua operatividade funcional – o que se evidencia pela restrição crescente dos marcos de modulação para evitar a macrolitigância. Não obstante, esse ponto também é central na compreensão de que há um relevante interesse social pela expectativa que a sociedade possui de que o direito irá assegurar não só sua expectativa, como terá continuidade após a prolação das decisões que é chamado a proferir. Com isso, seria possível afirmar que eventual prejuízo às contas públicas, por impedir a continuidade da prestação de serviços essenciais, seria um aspecto a ser cotejado pela decisão de modulação, mas para que pudesse fazê-lo, deveria demonstrar o motivo pelo qual a decisão inviabilizaria a continuidade mediante apresentação de dados concretos, inclusive para que pudesse chancelar a impossibilidade de obtenção das receitas necessárias de outra forma constitucionalmente válida.

O que se defende neste particular, em verdade, é que na ausência de densificação do que seria o relevante interesse social, a jurisprudência da corte deixa de construir uma conceituação que permita a definição de quais hipóteses autorizam a modulação de efeitos decisórios. Veja-se que relevante interesse social já veio a ser utilizado: para convalidar a não devolução dos valores arrecadados por taxa julgada inconstitucional, dado que os contribuintes já tinham usufruído do serviço, como se verifica na ADI 3775 ED; para proteger os contribuintes que confiaram nos benefícios fiscais irregularmente concedidos pelos Estados, bem como para os impactos nocivos à economia destes a sua anulação retroativa, como se verifica no julgamento da ADI

6479 ED-segundos; para manter os pagamentos realizados a título de contribuição previdenciária relativa à Carteira Previdência dos Advogados, dado que a extinção da contribuição colocaria em risco a manutenção dos pagamentos aos beneficiários do plano, como se verifica da DI 5736 ED; ou mesmo para a manutenção do Fundo de Apoio ao Registro Civil de Pessoas Naturais (FUNARPEN) do Estado do Paraná considerando as finalidades sociais para às quais o fundo se destina, ponto que, somado ao fato de a norma ter vigorado por 20 anos que preservaria também a segurança jurídica, levou à modulação na Adi 5288 (DE PAULA JUNIOR, *et al*, 2025, p. 27-29).

Veja-se, portanto, que nos exemplos arrolados acima, não há uma univocidade de sentido na modulação realizada a título de relevante interesse social, dado que houve reconhecimento de que os beneficiários de uma taxa que usaram do serviço não poderiam se repetir – ou seja, ausência de direito subjetivo na repetição da taxa pela consumação da prestação de serviço –, proteção à confiança subjetiva dos jurisdicionados que confiaram em benefícios fiscais e até mesmo convalidou-se manutenção da viabilidade de fundo que dependia de regras de repasse reputadas como inconstitucionais. Tudo isso para dizer que não há um sentido claro no tocante à essa hipótese autorizativa de modulação dos efeitos decisórios, ao menos não há um padrão claro que se possa extrair da jurisprudência dos tribunais superiores.

Outro ponto que reforça a compreensão de que há segurança jurídica no relevante e excepcional interesse social pode ser evidenciado no prefácio escrito pelo Ministro Gilmar Mendes ao livro de Cláudio Tessari (2023, p. 6-7). Neste breve excurso, o Ministro afirma que a modulação dos efeitos pode ser realizada quando há "inegável interesse social", o que legitimaria ao STF contemplar uma "transição orçamentária, assegurando-se que determinadas políticas públicas não restem prejudicadas", o que, no seu entender, "homenageia o postulado da segurança jurídica". Em verdade, o que se verifica é que razões de segurança jurídica e relevante interesse social são tratadas de forma lacônica pelo STF e, quando este decide com fulcro no excepcional interesse social, poderia estar "simplesmente referindo que essa razão pode encontrar fundamento em outras normas constitucionais" (TESSARI, 2023, p. 354).

A preocupação de Tessari, como já destacado anteriormente, é de que a densificação de relevante interesse social não seja "pauta[da] pelo interesse do ente estatal, se o interesse em questão não corresponder ao interesse da coletividade

fulcrado no interesse social" (TESSARI, 2023, p. 355). A sua tese é de seria necessária a construção de um conceito jurídico para relevante interesse social que não se confundisse com o interesse econômico puro e simples, dado que nestes casos sempre haveria uma tendência de a decisão se mostrar favorável ao Poder Público, como já destacamos no capítulo 2. A modulação de efeitos exigiria identificação do interesse social envolvido para que fosse possível aferir a utilidade, necessidade e finalidade do ajuste de efeitos da decisão originalmente proferida (TESSARI, 2023, p. 358).

Embora o autor reconheça que o interesse público poderia ser desdobrado entre interesse social (que corresponde ao que a doutrina convencionou denominar de interesse público primário) e interesse institucionalizado (tido pela doutrina como interesse público secundário), reconhece que "o segundo é decorrente do primeiro, mas não há confusão ou ambiguidade entre eles, sequer são homônimos ou polissêmicos" (TESSARI, 2023, p. 358). O ponto central aqui é que existem limites ditados pelos direitos sociais, notadamente à faceta prestacional do Estado de Providência, de modo que, no seu entender, "[q]uando estiver envolvido apenas o interesse da Fazenda Pública, assegurando apenas a atividade de gestão, não há interesse social" (TESSARI, 2023, p. 366). Isso decorre de uma constatação que o autor tece no sentido de que "[t]oda e qualquer analogia entre interesses público e social é equivocada", dado que abre portas ao relativismo e afronta o formalismo do direito" (TESSARI, 2023, p. 367).

A posição defendida por Tessari merece ser ponderada à luz do que efetivamente se visa resguardar por meio da modulação dos efeitos decisórios – o que reforça a necessidade de se compreender o argumento orçamentário como mero ponto de partida de uma deliberação que envolve elementos mais complexos e profundos que somente o impacto inicialmente considerado. Talvez a prática das cortes não contribua para uma melhor compreensão de que o impacto orçamentário é parte componente de toda e qualquer discussão acerca da necessidade de limitação dos efeitos decisórios de causas de grande repercussão econômica que serão moduladas por este motivo. Não obstante, é a partir deste dado, que deve cotejar a perspectiva dos fiscos e dos contribuintes, mostrando à corte que todos os direitos devem ser preservados em grau máximo e, na elaboração de um corte, a escolha dos critérios deve ser legitimada pelo procedimento. Isso seria possível tanto pela

participação efetiva dos *amici curiae* como pela densificação argumentativa com relação aos demais aspectos que são tratados como acessórios pelos tribunais.

Não se concorda, portanto, com a afirmação de Tessari que o argumento orçamentário não legitimaria a modulação, o que não se pode é o tribunal apenas cotejar o impacto orçamentário de um dos afetados pela modulação para delimitar outros critérios que dependeriam de um grau maior de informação para que a decisão do tribunal efetivamente resguarde a Constituição e não fira a isonomia. Por isso, o que se defende neste particular é que a partir da tese de Tessari seria possível afirmar que haveria uma necessidade de alteração do enfoque hermenêutico das decisões que realizam a modulação de efeitos, ponto que podemos concordar dado que, ao encerrar o debate em uma percepção quase terrorista de que impactos desfavoráveis ao Poder Público devem ser neutralizados, a corte não aprofunda reflexivamente o instituto de modulação de efeitos decisórios. O ponto que será retomado no capítulo 4 de forma breve é que o tempo só passa se houver uma reflexividade em torno do seu fluxo, com dimensionamento e sistematização das experiências passadas para que se possa projetar um futuro. Em matéria de modulação dos efeitos decisórios, há uma dificuldade imanente de se aferir um curso ou rota para a jurisprudência, dado que a regra se constrói após a consumação dos fatos, de modo que sempre será dotada de um grau de retroatividade, o que fragiliza ainda mais a consecução da segurança jurídica pela sua realização.

Veja-se que Daniela Gueiros já indicava a existência de uma série de falácias ao se utilizar as consequências do julgamento como técnicas de fundamentação das decisões, qualificando por vezes a decisão como causa do dispêndio público e do déficit orçamentário, quando na verdade é a própria inconstitucionalidade que retira a legitimidade de qualquer valor arrecadado pelo Poder Público, como destacado no tópico anterior. O que se defende neste particular é que as falácias em questão decorreriam da falta de premissas intermediárias que permitam saltar do número apresentado ao tribunal à legitimação da restrição dos efeitos da decisão com relação a um ou outro marco. Isso, pois seria necessário avaliar aspectos intrínsecos ao orçamento público em uma aferição até mesmo discricionária para aferir se há ou não espaço para a devolução dos valores pelo ente tributante e, aferindo uma impossibilidade material no cumprimento desta obrigação que veio a ser imposta pelo tribunal, a corte deveria escolher com base em um critério constitucional uma forma de distribuir aquilo que entende ser possível devolver à sociedade – o que escapa da

competência técnica do tribunal ou mesmo do escopo procedimental dos Embargos de Declaração.

Nesse sentido, destaca-se que mesmo o relevante interesse social que teria como fundamento primeiro o impacto orçamentário causado pela decisão projetado pela corte, seria necessário um desdobramento do silogismo para que a deliberação não se dê apenas com base em premissas maiores, mas sim com base nas premissas menores aplicáveis ao caso, com dados precisos acerca do orçamento público do ente e de quais medidas deveriam ser adotadas para que a decisão pudesse ter sua máxima efetividade, sem que houvesse apenas o prestígio do interesse público secundário em desprestígio às garantias constitucionais.

Por isso, defende-se que para aferir a existência de excepcional interesse social após a prolação de uma decisão vinculante, a corte deve ouvir a sociedade civil organizada para entender a dimensão dos impactos antes de proferir uma decisão que entenda pela modulação tomando como base este critério. Ademais, seria inequívoco o interesse de um *amicus curiae* na oposição de embargos de declaração para apresentar à corte uma hipótese de fato que mereça ser preservada, seja pela realização da modulação de efeitos, seja pela exclusão da modulação, com base no critério excepcional interesse social. O problema neste particular foi a convencionalidade em torno da discussão da modulação de efeitos decisórios em sede de Embargos de Declaração por ser a última via apta a ensejar a alteração de uma decisão já proferida – isto é, ressalvados os casos em que a modulação é aperfeiçoada após o trânsito em julgado do paradigma, como ocorreu na ADC nº 49.

Aqui, dada a existência de múltiplas formas legítimas de densificação dos princípios constitucionais e valores que devem ser preservados, seria necessário que o próprio tribunal estipulasse internamente um procedimento para que fosse permitida a discussão e amadurecimento da modulação dos efeitos decisórios sem que isso comprometa o regular fluxo e andamento dos processos, fixando prazos conjuntos para apresentação dos argumentos pelos interessados e, eventualmente, até mesmo realizando audiências públicas para que possa haver um escrutínio público dos fatos que autorizam a excepcionalidade que deveria ser a própria modulação de efeitos decisórios, sobretudo quando pautada nos interesses que terceiros possuem com relação à lide para que o sistema jurídico se mantenha íntegro.

Não por outro motivo, deve-se compreender o argumento consequencialista de índole orçamentária como ponto de partida do procedimento que se instaura após a

prolação da decisão para que se avalie quais são os efeitos que a modulação pretende limitar, como passa-se a expor no tópico a seguir.

3.5 Do argumento consequencialista e o seu papel na delimitação da lide

A discussão com relação à utilização de argumentos consequencialistas no direito tributário não é nova, como se destacou anteriormente que Piscitelli já em 2011 defendia a possibilidade de sua utilização tendo como justificativa a manutenção das estruturas do Estado Democrático de Direito que são viabilizadas pelo proveito da arrecadação, o que consiste em um contraponto doutrinário com relação à vedação completa da utilização de argumentos de índole consequencialista em matéria tributária em decorrência da ofensa à segurança jurídica. Importa destacar que, com a complexidade sistêmico-jurídica e o endosso de um sistema de precedentes vinculantes, há um incremento de apreciação de pedidos de modulação dos efeitos, seja para preservar o excepcional interesse social e segurança jurídica na declaração de inconstitucionalidade ou para preservar os mesmos valores quando há alteração de jurisprudência.

Não obstante as consequências das decisões ganharem impacto em um contexto de enfraquecimento das leis em prol da proteção de princípios e valores abstratos, não é toda limitação da consequência que leva à constatação de que há um argumento consequencialista presente. Destaca-se que, embora exista uma zona de confluência entre o que é considerado pela modulação e o que se reputa chamar de argumento consequencialista, nem toda modulação será consequencialista tomando como base apenas o fato de que há uma alteração na consequência projetada de uma decisão. *A consequência da decisão é o ponto de partida da construção hermenêutica que poderá justificar (ou não) a realização da modulação de efeitos, sendo um antecedente lógico necessário para que se afira a existência de uma expectativa que mereça resguardo, tomando como referência as estruturas jurídicas ou as expectativas sociais que são depositadas no direito – razão pela qual defende-se que estas devem integrar o processo decisório como delimitação da lide*.

Inclusive, após a finalização da tese de Piscitelli, as consequências das decisões passaram a ser juridicamente relevantes para o direito brasileiro por expressa disposição legal, como se verifica das alterações introduzidas pela Lei

13.655, de 2018, que, dentre outros aspectos, inseriu os artigos 20 a 24 na LINDB, que, em síntese, preveem os comandos abaixo discriminados:

- O artigo 20 determina que “[n]as esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão” e, em seu parágrafo único, determina que “[a] motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato (…), inclusive em face das possíveis alternativas”.
- O artigo 21, determina que a decisão judicial “deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas” ao “decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa”;
- O artigo 23 determina que a decisão judicial que fixar nova orientação sobre “norma de conteúdo indeterminado” deverá fixar regime de transição quando indispensável para o seu cumprimento efetivo sem gerar prejuízo aos interesses gerais;
- O artigo 24 prevê que a revisão judicial de validade de ato ou norma administrativa que já tenha produzido efeitos se dê com base nas orientações gerais da época, não sendo possível nova orientação implicar na invalidade de “situações plenamente constituídas”.

Sobre a aplicação destes dispositivos em matéria tributária, há muito debate em razão da existência de garantias constitucionais contra o poder de tributar, conquista obtida na Constituição de 1988 com a positivação do sistema tributário como parte integrante do texto constitucional, sobretudo se a compreensão da incorporação das consequências se revelar na fragilização das expectativas do jurisdicionados em sua esfera de segurança jurídica individual.

Especificamente pensando sobre o artigo 20, Flávio Bernardes e Vinícius Fonseca defendem, a partir de uma reflexão teórico-sistêmica, que há necessidade de preservação da segurança jurídica na autopoiese da norma tributária, de modo que a incorporação da consequência prática da decisão na materialização de valores jurídicos abstratos – como é o caso das garantias constitucionais contra a tributação abusiva –, seria um “exercício de futurologia”, que compromete a operacionalidade do direito (BERNARDES; FONSECA, 2019, p. 209). A crítica dos autores é pertinente e reside no fato de que, ao se utilizar a consequência de uma decisão como razão para

a própria decisão, há a impossibilidade de previsibilidade com relação à norma que tutela a relação jurídica.

Para Daniela Gueiros Dias (2018, p. 106-107), existem ao menos três motivos que levam à conclusão de que o artigo 20 da LINDB não incorporou a consideração das consequências da decisão no direito tributário, pois: (i) a norma não prevê expressamente a consideração de consequências externas às normas jurídicas; (ii) ainda que fizesse, seria ineficaz em matéria tributária por afronta ao artigo 146, da Constituição de 1988, que exige Lei Complementar para a definição de regras gerais em matéria tributária; (iii) por fim, o âmbito de aplicação na esfera tributária seria reduzido em razão de haver poucos casos em que o valor jurídico abstrato é utilizado pela decisão.

O conjunto destes entendimentos pode demarcar uma vertente doutrinária mais rigorosa que visa a menor intervenção dos ecos projetados da decisão judicial no tocante à delimitação de sua eficácia. Essa doutrina se alinha com as reflexões de Ávila acerca da segurança jurídica e a limitação proporcionada pela legalidade que fazem com que a consequência – que no caso é a própria tutela jurisdicional –, quando utilizada como justificativa para se limitar o direito, se torne uma contradição. Isso, pois, ter-se-ia que, dado que o direito foi reconhecido em favor de uma das partes e as consequências da decisão são indesejáveis, seria possível afastar a tutela (ao menos parcialmente), cotejando um interesse abstrato que, em verdade, se confunde com o próprio interesse que foi litigado pela parte sucumbente.

Por outro lado, é possível vislumbrar uma vertente ainda preocupada com a segurança jurídica e a estabilidade, mas que admite a consideração das consequências da decisão sob pena de cercear a capacidade do direito de se atualizar. Nesse sentido, Viviane Magalhães (2024, p. 143-144) defende que o artigo 20 da LINDB materializa a necessidade de se observar a segurança jurídica sempre que um valor abstrato for invocado na decisão para que seja verificada a compatibilidade do resultado com a evolução da sociedade, o que reforçaria a possiblidade de utilização dos valores abstratos e que sejam concatenadas as consequências práticas. Para ela, os dispositivos da LINDB apenas visam assegurar ao máximo a estabilidade e previsibilidade sistêmica ao evitar que entendimentos com base em valores abstratos sejam tomados em contrariedade à evolução da sociedade, bem como preservar situações já consolidadas após a ruptura de jurisprudência.

Embora não sejam coincidentes as correntes doutrinárias acima expostas, é possível afirmar que todas concordam que há necessidade de se preservar a segurança jurídica ao máximo. O modo pelo qual se assegura a segurança da expectativa, se pela consideração apenas das regras que limitam o poder de tributar ou também pela consideração das consequências advindas de um julgamento de mérito, é o traço distintivo entre elas. Assim, as teorias densificam a segurança jurídica assegurada pela Constituição e pelos textos legais com ênfase ora na proteção subjetiva, ora na proteção objetiva, o que muda completamente o desfecho dado ao direito na solução de uma determinada controvérsia.

É válido lembrar que a segurança jurídica, ainda que possua uma dimensão normativa consubstanciada nas anterioridades constitucionais e limitação do poder de tributar, também revela uma dimensão valorativa mais abstrata, que consiste na densificação da interpretação da legislação, no que se inclui a hipótese autorizativa de modulação. Essa alta carga de abstração revela que, ao se decidir com base na segurança jurídica, pode ser necessário considerar os efeitos das decisões com base no artigo 20 da LINDB para que seja possível demonstrar como foi a sua densificação no caso concreto. Nesse sentido, parece realmente redundante existir uma necessidade de fundamentação das decisões judiciais e se determinar que o julgador considere os efeitos práticos de decidir com base em valores abstratos, como apontam Bernardes e Fonseca (2019).

Não obstante, é possível resolver essa questão pela análise de quem seria o destinatário do comando legal. Isso, pois enquanto a proteção da segurança jurídica é uma garantia constitucional, o comando previsto no artigo 20 da LINDB é direcionado ao julgador e densifica a própria necessidade de fundamentação das decisões judiciais pois, ao se decidir um caso com base em valores abstratos, deve-se considerar os efeitos práticos da decisão.

Importante destacar que a Escola da FGV editou um volume especial da Revista de Direito Administrativo (RDA) após a promulgação da Lei nº 13.655, de 2018, com o objetivo de analisar pontualmente cada um dos artigos que vieram a ser alterados, quais sejam dos artigos 20 ao 30, que tratariam de variados aspectos interpretativos concernentes à “segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público” (EDITORES, 2025, p. 9). Nessa abertura, destacam que: o artigo 20 da LINDB cuidou de combater os “efeitos nocivos da indeterminação jurídica”; o artigo 21 “cuidou da invalidação e das condições para regularização de

situações inválidas"; o artigo 22 tratou "da interpretação de normas sobre gestão, do exame da regularidade e da aplicação de sanções"; o artigo 23 dispôs sobre a necessidade de criação de regimes de transição a partir de novos entendimentos firmados com base em norma indeterminada; enquanto o artigo 24 tratou de "impedir a invalidação de deliberações administrativas com base em mudança de orientação geral sobre direito vigente" (EDITORES, 2025, p. 10). As demais normas do artigo 26 ao 30 da LINDB não provocam muita reflexão na análise ora conduzida e se prestam para fortalecer a segurança jurídica entre a administração, os tribunais e os jurisdicionados. Nesta revista, buscou-se obter o posicionamento da doutrina especializada com relação a cada um dos artigos incluídos, um por capítulo. Dessa forma, serão cotejadas as principais ideias trazidas com relação aos artigos 20 a 24 que podem influenciar e contribuir com a melhor densificação dos requisitos abstratos previstos na hipótese de incidência da norma de modulação, o que afeta especialmente a fundamentação das decisões proferidas pelo Poder Judiciário.

3.5.1 Artigo 20 da LINDB

Com relação ao artigo 20 da LINDB, Marçal Justen Filho defende que, em verdade, este visa "reduzir a indeterminação das decisões estatais, que muitas vezes restringem-se em aplicar princípios abstratos" (2018, p. 13). Veja-se, portanto, que sua compreensão da finalidade do artigo 20 vai de encontro ao que defendem Bernardes e Fonseca (2019), embora o seu enfoque seja diverso. Isso, pois a preocupação dos autores que entendem que o artigo 20 leva à indeterminação seria de que a regra da decisão seria construída *a posteriori*, de modo que ao se cotejar um possível resultado da ação judicial, a corte não poderia abandonar o seu código de legalidade para escolher quais consequências seriam preferíveis, o que escaparia à função e competência do Poder Judiciário – ponto que não discordamos. A construção de Marçal Justen Filho é ligeiramente diversa e parte não dos casos em que se tem certeza do resultado do direito, mas sim daquelas hipóteses que gozam de alto grau de generalidade e precisam ser densificadas na prática para que possam irradiar efeitos normativos que vinculem um jurisdicionado a adotar um comportamento desejado pelo direito. Assim, por entender que há uma distinção com relação ao grau de determinação dos princípios comparados com a regra jurídica, além do grau de generalidade mais acentuado dos primeiros, haveria uma necessidade de

densificação axiológica por parte do julgador à luz dos efeitos práticos do valor abstrato utilizado como fundamento para a decisão. Isso é resultado do próprio modo de se pensar por princípios e valores que foi bem delineado no capítulo 2, que instabiliza a norma jurídica pela possibilidade sempre imanente de que o sistema jurídico se negará a assegurar a expectativa daquele que detêm o direito.

Outro ponto que merece atenção é que toda a análise dos dispositivos legais em comento não foi feita tendo como base a modulação dos efeitos decisórios, mas sim a densificação destes valores abstratos na materialização de normas administrativas e judiciais, ou seja, a aplicação de normas de direito público como um todo. Isso é aplicável tanto ao exemplo trazido no capítulo 2 com relação às normas relativas ao direito à saúde que, embora abstrato, leva a efeitos concretos, como também à modulação dos efeitos decisórios por razões de segurança jurídica e relevante interesse social, dado que gozam de alto grau de abstração e necessitam de densificação à luz de suas consequências práticas.

Isso somado à experiência com a prática jurídica revela um problema, dado que, por demandar uma argumentação adicional – sobretudo em um contexto de sobrecarga institucional –, o grau abstrato dos princípios pode "resultar na simples "preguiça" no exercício da competência decisória" (JUSTEN FILHO, 2018, p. 21). Esse problema surge nos casos complexos, em que existem uma série de fatores a serem considerados, o que pode fazer com que esse excesso de informação seja filtrado como ruído para o sistema, de modo que o julgador opta por uma decisão mais simples e superficial, "que não reflete a complexidade do problema, nem traduz uma avaliação efetiva quanto à solução mais adequada" (JUSTEN FILHO, 2018, p. 22).

É por isso que o aumento dos conceitos indeterminados implica no esvaziamento da segurança jurídica, pois assegura que um maior número de desfechos será considerado como juridicamente válido e confere ao julgador a possibilidade de escolhê-los. A única forma de manter uma liberdade decisória em maior grau, sem se comprometer com as amarras criadas pela própria recursividade da atividade judicante, se revela quando os julgadores adotam a indeterminação como faculdade para o arbítrio, sem que densifiquem de forma pormenorizada os resultados práticos decorrentes de sua preferência valorativa. Para Marçal Justen Filho, um exemplo deste conceito indeterminado seria o "interesse público" explorado no subtópico anterior que, dado o seu alto grau de abstração, "é irrebatível que nenhuma decisão concreta pode ser extraída diretamente dessa fórmula" (JUSTEN FILHO,

2018, p. 23) – isto é, salvo se houver a colonização do interesse público reduzido a interesse orçamentário.

O problema do subjetivismo de se decidir com base em valores abstratos e indeterminados oculta uma escolha subjetiva que, se não fundamentada, acaba incorrendo em um voluntarismo por parte do julgador. Isso, pois "[a] invocação de fórmulas genéricas apresenta uma decisão retórica, destina a impedir a crítica e ocultar a solução arbitrária adotada" (JUSTEN FILHO, 2018, p. 23). Quanto menor segurança jurídica, menor será a previsibilidade do direito, circularidade reforçada pelo neoconstitucionalismo e a proteção de valores constitucionais em detrimento do parâmetro normativo que imperava no paradigma anterior. Não por outro motivo, ao se ponderar entre valores constitucionais, exige-se que o julgador densifique o que o princípio representa na prática para a solução da lide submetida a julgamento. "Em outras palavras, o processo de concretização do valor exige uma estimativa quanto aos efeitos práticos da decisão" (JUSTEN FILHO, 2018, p. 29).

Esclarece-se que, ao considerar as consequências práticas de sua decisão ao se decidir, o que a norma estipula é que o julgador saia de um plano abstrato e realize um esforço cognitivo para compreender efetivamente quais os resultados de seu raciocínio abstrato, com objetivo de avaliar se este, de fato, resolve a controvérsia submetida a litígio. Com isso, Marçal Justen Filho defende que o artigo 20 "não impôs a preponderância de uma concepção consequencialista do direito", dado que "[n]ão estabeleceu que a avaliação dos efeitos determinará a solução a ser adotada, independentemente das regras jurídicas aplicadas" – o que se exige é que "a autoridade estatal tome em consideração as consequências práticas da decisão adotada, inclusive para efeito de avaliação da proporcionalidade da decisão a ser adotada" (JUSTEN FILHO, 2018, p. 38).

A consequência deste raciocínio, para além de ser necessário incorporar o efeito prático do valor abstrato que se visa concretizar na resolução da lide na ponderação que venha a ser realizada, é de que a decisão só será considerada motivada quando, ao se fundar em valores abstratos, considerar os efeitos práticos decorrentes de sua prolação. Inclusive, o parágrafo único do artigo 20 da LINDB prevê que a motivação demonstrará a necessidade de adequação da medida proposta frente a alternativas possíveis, o que permite que uma decisão, ainda que tomada com base em valores abstratos, seja avaliada da perspectiva de todos os jurisdicionados que

possuíam interesse na lide – de modo que não analisa somente a alternativa que venha a ser adotada pela corte, mas também se rechaça as propostas divergentes.

Isso seria uma estratificação da exigência de fundamentação específica para que, adotando-se um valor abstrato para se decidir, não sejam lesadas expectativas legítimas na prática. Percebe-se, portanto, que o artigo 20 da LINDB se revela plenamente aplicável em matéria de modulação dos efeitos decisórios, pois é na prática, com base em elementos do caso concreto, que se delimitam quais são as expectativas passíveis de serem preservadas pelo direito, que não deveriam ser pautadas por meras abstrações e impressões dos julgadores com relação à demanda submetida à apreciação judicial.

O problema é que a modulação de efeitos decisórios é um instrumento do direito processual e, tomando-se em abstrato as hipóteses autorizativas para sua realização, haveria uma abertura para que houvesse uma restrição *a posteriori* de uma decisão já tomada, de modo que a consequência seria definidora do próprio direito a ser tutelado ao final, inclusive quando realizada em matéria tributária. É dizer, quando o argumento se encerra no reconhecimento do impacto e chega-se na conclusão de que este deve ser neutralizado, a decisão passa a ser consequencialista utilitarista, o que confirmaria a crítica de Gueiros Dias acerca do *by-pass* que ocorre no tocante à exigência de Lei Complementar para tutelar regras gerais em matéria tributária. Outro ponto relevante é que esse consequencialismo dos tribunais não é aquele defendido por Tathiane Piscitelli, que é crítica da ausência de densificação das hipóteses autorizativas de modulação pelos tribunais.

Este ponto se revela sensível pois na modulação de efeitos decisórios a corte não se debruça sobre elementos vinculados ao direito litigado, mas apenas parte das consequências orçamentárias abstratamente consideradas, que já têm sido suficientes para legitimar a modulação. Com isso, a modulação permite que a corte não seja consequencialista ao proferir decisões em matéria tributária e, em um momento subsequente, resuma a necessidade de modulação pela invocação de um argumento orçamentário, o que torna essa segunda decisão uma decisão potencialmente consequencialista, isto é, quando não estratifica as premissas que poderiam convalidar a modulação, o que fortalece a crítica de Daniela Gueiros Dias com relação à proliferação de falácias neste campo.

Não obstante, a adoção das consequências da decisão para delimitar as hipóteses de modulação pode operar efeitos tanto contra os contribuintes como a seu

favor, de modo que seria possível afirmar que até as correntes mais restritivas com relação à utilização das consequências não negariam a sua utilização se esta levar a um resultado favorável aos contribuintes – sobretudo pois esta consequência possivelmente seria legitimável por algum direito subjetivo detido pela parte litigante. A este respeito, importa destacar que existem algumas situações em que a modulação em matéria tributária poderia se valer das consequências e preservar o direito dos contribuintes e, consequentemente, a segurança jurídica, como ocorreu no julgamento da ADI 4481, em que se discutiu a possibilidade de instituição de benefícios de ICMS sem amparo em convênio CONFAZ. Na ocasião do julgamento, a corte modulou os efeitos a contar da declaração de inconstitucionalidade considerando os prejuízos que seriam gerados não só para o fisco como para os contribuintes.

Assim, em que pese a consequência em direito tributário sempre ser pensada como impossibilidade de repetição do indébito por ser a forma mais típica manifestada nas lides jurídicas, existem hipóteses como as da ADI 4481 que, caso não modulada, teria como maior impactado o contribuinte de ICMS que gozava do benefício fiscal, que não foi quem praticou a nulidade, sendo sujeitado à cobrança do tributo no Estado que concedeu o benefício inconstitucional, além de ser glosado no destino pelos créditos da não cumulatividade transportados nos casos de remessas interestaduais.

Não obstante, à luz deste julgado, Mantovanni (2016) demonstra que algumas modulações esvaziam todo o movimento do sistema do direito, anulando os efeitos da tutela jurisdicional ao convalidar os benefícios tributários concedidos ao alvedrio da Constituição, o que esvaziaria a energia cinética processual que seria esperada ao final da lide processual. Inclusive, neste julgado especificamente, o Ministro Marco Aurélio chega a afirmar que modulações como essa tem a consequência de afrouxar a supremacia da Constituição, eis que “incentiva-se a haver o desrespeito [à Constituição] e, posteriormente, ter-se o famoso jeitinho brasileiro, dando-se o dito pelo não dito, o errado pelo certo” (BRASIL, 2015). Este comentário do Ministro Marco Aurélio está alinhado com uma das teses do trabalho, dado que, ao modular, o direito se desdiferencia para adotar um resultado não jurídico à lide, que se reincorpora ao direito posteriormente, de modo que a ruptura de expectativa passa a ser sempre esperada, em um paradoxo que dissolve a si mesmo e mantém a operatividade das decisões.

Feita esta digressão, percebe-se que a consequência pode ser tanto a impossibilidade de repetição de indébito, como a impossibilidade de cobrança e

prejuízo daquele que atuou de boa-fé com base na norma declarada inconstitucional, sinal de que seria possível a incorporação da consequência da decisão na materialização do valor jurídico abstrato de proteção contra o abuso do poder de tributar – ainda que a modulação sempre possa ser criticável do ponto de vista processual por manipular a expectativa que será ao final assegurada pelo direito.

Assim, embora seja expressiva a corrente que defende que não é possível considerar os efeitos concretos ao se decidir com base em valores abstratos em matéria tributária, em verdade os efeitos práticos podem ser considerados para resguardar a segurança jurídica, ainda que de forma excepcional, como se daria no caso da modulação dos efeitos decisórios.

3.5.2 Artigo 21 da LINDB

Prosseguindo, tem-se o artigo 21, que determina a necessidade de que a decisão que invalide ato administrativo indique de modo expresso suas consequências jurídicas. Para tratar desta inovação legislativa, José Vicente Santos de Mendonça afirma que há um problema do hipercontrole público, que se faria presente na cultura institucional do Poder Judiciário com base em cinco aspectos, notadamente: (i) vagueza; (ii) opinião; (iii) performance); (iv) disputa; e (v) incremento (MENDONÇA, 2018, p. 45). Há vagueza quando se percebe a utilização de conceitos jurídicos indeterminados, que podem ser densificados de múltiplas formas. Disso, o controle jurisdicional passa a ser, em verdade, um controle de opinião pública, dado que os tribunais podem decidir com base em preferências – de modo que “torna-se estratégico que os controladores conquistem boa reputação junto à sociedade”, dado que a sua força decore de um ato “performático”, ou seja, só existe a partir de sua performance (MENDONÇA, 2018, p. 46). O poder também consiste em um controle negativo, em que se disputa quem pode ser negar a seguir na negociação sem sofrer qualquer consequência – ponto que é reforçado pelas ideias de Derzi com base em Luhmann. Por fim, o controle público sempre perpassa por um incremento, pois quanto mais incentivos para se decidir, mais decisões, de modo que “controlar bem é, sob essa estrutura de incentivos, controlar sempre mais”. (MENDONÇA, 2018, p. 46). Por isso, o hipercontrole só funciona para aqueles que se beneficiam das decisões proferidas pelo Poder Judiciário, notadamente aqueles que buscam a realização de contrarrevoluções que erodem a base das conquistas jurídicas do constitucionalismo

ocidental. Por isso, a ideia de José Vicente Santos de Mendonça é a de que o consequencialismo jurídico seria uma ferramenta “[c]ontra a cultura do hiper-controle”, tendo como base a LINDB enquanto “referencial normativo” (MENDONÇA, 2018, p. 46).

Para compreender melhor sua ideia, importa destacar que o autor reconhece o consequencialismo como uma “postura interpretativa que considera, como elemento significativo da interpretação do Direito, as consequências de determinada opção interpretativa” (MENDONÇA, 2018, p. 47). Para isso, pretende refletir quais são as consequências jurídicas e administrativas que devem ser consideradas, como elas podem ser consideradas, como elas poderão ser indicadas, bem como seus aspectos mais polêmicos. As consequências que deveriam ser consideradas com base no artigo 21 deveriam ser aquelas que se referem a “estados imediatos e imediatamente futuros” que, “certos ou prováveis”, sejam “exequíveis e admissíveis por nossa Constituição” (MENDONÇA, 2018, p. 50). Veja que esse racional de consequências prováveis e imediatas compatíveis com a Constituição é, em alguma medida, a densificação dada ao relevante interesse social, dado que à luz de princípios constitucionais gerais se extrai uma norma concreta de limitação dos efeitos de uma tutela, o que evidencia uma compatibilidade desta análise com a realizada nos capítulos anteriores.

Mas não são todas as consequências passíveis de serem evidenciadas a partir da decisão, dado que, sobretudo em lides que operam efeitos *erga omnes*, há uma quantidade elevada de relações que serão simultaneamente impactadas pelo direito em um único ato. Assim, o autor defende que apenas as consequências mais importantes devem ser indicadas ao ser invalidado um ato administrativo, isto é, para que a decisão possa ser considerada fundamentada (MENDONÇA, 2018, p. 50) Também é importante destacar que consequências jurídicas são melhor previsíveis pelos tribunais que por órgãos administrativos. Assim, a corte deverá indicar as consequências jurídicas de sua decisão, mas, para tecer considerações sobre as consequências administrativas, seria recomendável analisar outros aspectos, notadamente estudos econômicos, grupos acadêmicos e até mesmo a sociedade civil organizada que arcará com a decisão em última instância, pontos que poderiam constar do último capítulo da decisão (MENDONÇA, 2018, p. 51).

O parágrafo único do artigo 21, por sua vez, dispõe que a decisão deverá ser proporcional e equânime, sem prejuízo aos interesses gerais ou mesmo impor aos

sujeitos atingidos ônus ou perdas anormais ou excessivos. Há aqui um dever de regularização, ou seja, de "*identificação para envolvidos e terceiros, dos efeitos pós invalidação*" pois, se os efeitos serão preservados em favor de pessoas específicas, é necessário que o tribunal demonstre quais elementos foram utilizados na "construção de condições de possibilidade da validade jurídica do ato, negócio, processo ou norma" (MENDONÇA, 2018, p. 53) – o que poderia ser realizado ela criação de períodos de transição, como ocorre nas hipóteses em que se alteram regras regulatórias, de contratação de profissionais para exercício de cargo público, entre outras que impactem na capacidade de previsibilidade por parte do jurisdicionado ou mesmo que acometa atos jurídicos perfeitos praticados sob a aparência de legitimidade no momento em que foram praticados.

Em suas reflexões, José Vicente Santos de Mendonça também chama atenção para alguns pontos polêmicos que entende advir da interpretação e aplicação do artigo 21, *caput* e parágrafo único, da LINDB. O primeiro questionamento seria se os tribunais possuem capacidade para adiantar as consequências de seus julgados. Para responder essa pergunta, o autor chama atenção ao fato de que, não raro, os julgadores são chamados a dar soluções para as demandas da sociedade "tomando como base a consideração de consequências" e, embora "[nenhum julgador possu[a] bola de cristal", "os resultados têm sido, na média, aceitáveis" (MENDONÇA, 2018, p. 54). Embora afirme que a média tem se mostrado aceitável e cite em nota de rodapé o artigo 27, da Lei nº 9.868, de 1999, que autoriza a modulação, não analisa nenhuma decisão ou mesmo sistematiza os julgados da corte para dizer qual seria esse grau de aceitabilidade das decisões tomadas a este título. Não obstante essa consideração lacônica, afirma que o artigo em referência "sugere que o STF identifique consequências para, depois, atribuir eficácia à declaração de inconstitucionalidade" e aponta que boa parte do ativismo oriundo das esferas de controle "funda-se numa postura consequencialista", do que se conclui que "as autoridades julgadoras possam indicar consequências relativamente imprecisas" com base na determinação contida no artigo 21, da LINDB.

Ao se reconhecer que as consequências indicadas pela corte podem ser imprecisas, surge um segundo questionamento no sentido de que a função do artigo 21 da LINDB seria em verdade mera retórica – algo que se alinha com a crítica formulada por Bernardes e Fonseca (2019) referente ao artigo 20, também da LINDB. Como reconhece José Mendonça, aqui há um falso dilema, pois, é melhor que as

decisões indiquem as consequências que foram consideradas, ainda que sejam imprecisas, de modo que esse ajuste, ainda que retórico, implicaria na “alteração do *estilo da decisão*” (MENDONÇA, 2018, p. 55). Isso, pois o julgador passa a ser compelido a tratar da consequência das decisões para que estas possam ser falseáveis no contexto argumentativo, o que não ocorre com os princípios tidos de forma abstrata dado que convalidam qualquer estado de coisas a depender de sua densificação. Por isso, entende que “*há ganhos mesmo com a alteração do estilo da decisão*” (MENDONÇA, 2018, p. 55). Este ponto se assemelha muito ao que defendemos no ponto anterior de que o excepcional interesse social tido como interesse público primário tornaria necessária uma alteração do paradigma de fundamentação das decisões de modulação para que se inicie com o dimensionamento dos impactos econômicos e, a partir deles, densifique as consequências práticas para as partes envolvidas no litígio e, com isso, seja possível a construção de uma modulação juridicamente adequada, isto é, uma modulação que não ofenda a isonomia e preserve em grau máximo a Constituição.

Por isso, aplicado o artigo 21 à modulação dos efeitos decisórios, a corte poderia indicar consequências manifesta ou deliberadamente erradas que, observadas *a posteriori*, levariam à invalidação da invalidação dos efeitos do ato – uma dupla negativa que retorna as coisas ao estado original, escapando da modulação da eficácia. É dizer, quando a corte não realiza um cotejo de realidade preciso e decide com base em valores abstratos em matéria de modulação dos efeitos decisórios, existe um risco de que efeitos práticos que deveriam ser cotejados não sejam, com a prolação de uma decisão manca que passa a necessitar de um complemento posterior. Isso é o que se verificou com relação à modulação da ADC 49, em que foi necessário reavaliar quais expectativas seriam convalidadas em outro procedimento, isto é, após o trânsito em julgado de uma decisão de modulação que já havia autorizado a cobrança de valores retroativos pelos Estados dada a ausência de especificação no dispositivo da decisão de que esta expectativa não seria assegurada.

Outrossim, a corte incorreu em grave violação à isonomia ao deixar de analisar os efeitos concretos da modulação do Tema de Repercussão Geral nº 985 que, caso considerada, levaria à construção de uma norma que estabilizasse também a lide administrativa e, com isso, preservaria as compensações realizadas com base no entendimento vinculante que valia até a alteração do entendimento do STF, sem

subordinar o direito ao ajuizamento de ação judicial. É possível que eventualmente se reconheça o equívoco de não se excepcionar os processos administrativos em curso, que não foram protegidos por uma incompreensão da corte com relação aos efeitos de sua decisão, questão bem tratada nos tópicos anteriores, em que os Ministros sequer compreenderam qual seria o escopo na preservação dos processos administrativos em trâmite, insurgências que foram realizadas com base na compreensão vinculante que se tinha à época – isso, inspirado no exemplo da ADC nº 49, em que foi revisitada a regra de modulação para não autorizar a cobrança do passado. A aplicação do artigo 21 poderia levar a esta constatação, de que as consequências consideradas na ocasião foram equivocadas, com possível revisitação da própria norma de modulação realizada pela suprema corte para adequá-la a um parâmetro de juridicidade, com preservação da segurança jurídica e a expectativa que valia até então, notadamente com relação à realização de compensações administrativas sem ação judicial com vista à repetição do indébito da contribuição previdenciária que teria sido recolhida sobre o terço constitucional de férias. Em verdade, a aplicação dessa norma à modulação dos efeitos decisórios levaria à compreensão de que a própria norma de modulação poderia ser contestada pelo jurisdicionado que entendesse que sua situação não foi cotejada na decisão proferida ou, até mesmo que a compreensão adotada pela corte foi equivocada pelas consequências elencadas serem falsas – embora esta última possibilidade necessite de um rigor argumentativo mais elevado.

Por isso, percebe-se que há um incremento na esfera do controle do grau de indeterminabilidade dos conceitos trazidos pela Lei nº 9.868, de 1999, incorporados também no CPC de 2015, ao obrigar que o julgador considere os efeitos práticos de sua decisão na própria decisão. Este cotejo não é realizado pela jurisprudência do STF e tampouco do STJ, que frequentemente encerram a análise no impacto orçamentário da devolução dos valores e saltam para a conclusão de ser necessária a modulação e, em um momento subsequente, passa-se a analisar qual o marco que deveria ser adotado – isso ao alvedrio das considerações anteriores que o levaram a compreender pela modulação.

3.5.3 Artigo 22 da LINDB

O artigo 22 da LINDB, no entender de Eduardo Jordão (2018), seria um reforço ao pragmatismo, em que se reforça a ideia de que as “circunstâncias fáticas e jurídicas que impactam a atuação administrativa” podem limitar a atuação administrativa. Este artigo delimita que a interpretação de normas sobre gestão pública deve considerar “os obstáculos e as dificuldades reais dos gestos e exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados”, com impacto direto na dosimetria das penalidades aplicadas aos agentes que praticaram infrações. Em uma primeira leitura, poder-se-ia refletir acerca de sua irrelevância para o estudo da modulação dos efeitos decisórios, não fosse a aproximação desta com uma política pública produzida pelo Poder Judiciário, com todas as fragilidades decorrentes de sua realização considerando a desvirtuação crescente da função judicante e corrupção do código de juridicidade, como bem destacado no capítulo 2, em especial no tópico 2.3.

Assim, embora o artigo se refira a políticas públicas e normas de controle, o que se objetiva é que a interpretação das normas de gestão exige “a consideração dos obstáculos e dificuldades do gestor, das exigências das políticas públicas a seu cargo, *e também* dos direitos dos administrados” (JORDÃO, 2018, p. 82). Isso se torna especialmente relevante pois estabelece que o próprio planejador e executor de políticas públicas deve adotar uma postura reflexiva para cotejar quais são os obstáculos que possui para a implementação de sua política, as limitações institucionais e informacionais e, não menos importante, o fazer à luz dos direitos dos administrados. A aproximação da decisão de modulação dos efeitos decisórios de uma política pública pela adoção de um código de preferência, em que se reparte o ônus de custeio da própria tutela, viabilizando-a em favor de alguns jurisdicionados, implicaria em um rigor mais elevado na densificação dos critérios autorizativos da distinção, isso pela mera observância do artigo 22 da LINDB.

3.5.4 Artigo 23 da LINDB

Em uma sequência lógica, o artigo 23 prevê que o entendimento novo não retroaja ou fixe um regime de transição para que possa viabilizar a segurança jurídica, sem prejuízo aos “interesses gerais”. Para Floriano de Azevedo Marques Neto, atualmente se reconhece a textura aberta da norma, que é plurissêmica, “pontuada por termos técnicos e em grande medida impregnada de conceitos indeterminados, com forte conotação axiológica” (MARQUES NETO, 2018, p. 96). Para que seja

aplicada a disposição do artigo 23 da LINDB a uma decisão judicial, esta deve ser inovadora, que vá “em sentido diverso de decisões anteriores ou que inaugura uma interpretação ou delimitação que antes inexistia” (MARQUES NETO, 2018, p. 104). Veja-se que, pela consideração de que a decisão judicial é uma norma individual e concreta e, pela alteração das premissas que dão suporte à interpretação, pode-se alterar a própria decisão, de modo que uma alteração de entendimento inova ao atribuir a um mesmo antecedente um consequente distinto – ponto explorado no tópico 2.5. A sua aplicação também se restringe à interpretação de normas de conteúdo indeterminado, ou seja, deve se tratar de uma norma que tenha “como objetivo a hermenêutica de outra norma, esta construída sobre conteúdo indeterminado” (MARQUES NETO, 2018, p. 104), exatamente o que ocorre com a regra autorizativa de modulação dos efeitos decisórios. A ideia deste artigo, portanto, é exatamente a vedação à atribuição de efeitos retroativos no tocante à alteração de entendimento e, considerando que a decisão judicial vinculante se assemelha à norma legislativa, quando há uma alteração de jurisprudência, há uma alteração do sistema jurídico, o que demanda a proteção da expectativa dos jurisdicionados impactados.

O regime de transição determina que os efeitos devem ser proporcionais, equânimes e que não comprometam os interesses gerais perseguidos pelo decisor. Ademais, poder-se-ia argumentar que este artigo 23 teria o condão de assegurar a expectativa que vigeu até aquele momento que deve ser preservada pela criação de um regime de transição. Isso confirmaria a tese de Vettorato (2025) no sentido de que seria necessário preservar a jurisprudência tradicional das cortes superiores no tocante à existência de um padrão de modulação que envolve a prolação de efeitos em data próxima ao julgamento de mérito, com ressalva das ações judiciais (e eventualmente processos administrativos) manejados até o referido marco. Isso tornaria possível a harmonização entre a “função estabilizadora do Direito” e, ao mesmo tempo, “[a]dmitir a mudança como algo vital ao sistema” contemplando “mecanismos que dotem [o Direito] de previsibilidade, plausibilidade e graduação” (MARQUES NETO, 2018, p. 111).

Inclusive, a própria modulação de efeitos decisórios é uma norma que permite a transição de um estado de coisas para outro, sobretudo pela consideração de que esta visa harmonizar os efeitos individuais das tutelas perante o Poder Judiciário com as tutelas coletivas. Ademais, considerando as críticas já formuladas à modulação dos efeitos decisórios, é evidente que a norma de transição a ser construída pelo direito

harmonize as expectativas de modo equilibrado, distribuindo o ônus aos jurisdicionados de forma equânime, consideradas as suas diferenças à luz da discriminação autorizada pela Constituição.

3.5.5 Artigo 24 da LINDB

Por fim, tem-se o artigo 24, que determina a irretroatividade de uma nova orientação com relação à "ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado", que permanecem regidos pela orientação adotada à época. Neste particular, para além de a compreensão adotada pelos tribunais no tocante à rescindibilidade de coisa julgada firmada após o marco fixado para a modulação mas antes de sua fixação, bem como pela possibilidade de rever compensações já realizadas na égide de entendimento anterior – o que levaria à declaração de invalidade de "situações plenamente constituídas" –, o artigo 24 da LINDB assegura exatamente a proteção da expectativa no tempo e traria uma proteção ainda maior que a proporcionada pelos tribunais atualmente em matéria de modulação dos efeitos decisórios. Como destaca Jacintho Arruda Câmara, exatamente em razão de "[o] velho brocardo "ato nulo não produz efeitos [ter] perd[ido] espaço" é que se torna relevante, "para o bem da segurança jurídica e da proteção da confiança do administrado, [que se] invalide o ato, mas preserve os efeitos já produzidos (2018, p. 115).

Talvez seria inocente pensar que este artigo não influenciou na jurisprudência dos tribunais, que não raro proferem decisões que valem a partir de então ou mesmo para o futuro, preservando-se o estado de coisas anteriormente vigente mesmo em sentido contrário quando isso implica em reafirmação de jurisprudência, como ocorreu na ADC nº 49. Existem casos em que as modulações não excetuam nenhum jurisdicionado, de modo que a tutela vale a partir do marco fixado pelo tribunal com resguardo de todas as relações jurídicas que ocorreram anteriormente, como se dá quando a corte reconhece a irregularidade de contratações, mas assegura a irrepetibilidade do que foi pago ou mesmo prorroga a duração dos contratos para que não ocorra uma ruptura de expectativa.

Inclusive, há uma percepção de que sempre que houver alteração de jurisprudência, há necessidade de se modular os efeitos da decisão com base no artigo 927, § 3º, do CPC, que dispensa quórum diferenciado, de modo que vencedora

a corrente que optar pela alteração de posicionamento, é provável que o quórum de maioria se verifique na prática – embora não se olvide que pode existir divergência interpretativa no tocante à existência ou não de alteração de jurisprudência, ainda que de forma pontual considerando o maior grau de objetividade que este tipo de modulação ostenta, como destacado no subtópico 3.1.1. Assim, embora este artigo apenas reforce a necessidade da proteção da expectativa, ele pode ser considerado como uma exigência de se modular os efeitos para preservar a expectativa que era assegurada até então, sobretudo quando esta decorria de entendimento vinculante firmado pelo Poder Judiciário em sentido contrário.

3.5.6 Considerações acerca da proteção adicional proporcionada pela consideração das consequências

Pela análise dos dispositivos legais acrescidos à LINDB, é possível afirmar que a consideração das consequências não necessariamente retiraria a previsibilidade do direito quando se está diante da análise de hipóteses altamente abstratas que necessitam de densificação que coteje os seus efeitos práticos na resolução do caso concreto, que deveriam compor a própria decisão em um processo de justificação democrática do resultado alcançado pela corte, permitindo uma falseabilidade desta pela demonstração de que a decisão não teria considerado determinado caso concreto, que estaria excluído da modulação.

Ademais, após a consolidação de padrões decisórios envolvendo relevante interesse social e mudança de jurisprudência com a criação de uma “jurisprudência padrão”, a corte não poderia alterar os critérios utilizados para se modular, até mesmo para preservar a expectativa que se tinha com relação às hipóteses de modulação ou, ao fazê-lo, deveriam indicar os motivos pormenorizados que levaram ao desvio para que seja possível balizar se há um caso efetivamente diferente sob análise que mereça uma tutela distinta ou se este desvio é um novo caminho que será trilhado daqui para frente.

É evidente, portanto, que rechaçar a utilização dos argumentos consequencialistas não terá eficácia com relação à modulação de efeitos decisórios, dado que seu pressuposto é a existência de um efeito, o que torna potencialmente qualquer decisão de modulação uma decisão consequencialista, o que pode se materializar ou não a depender da densificação argumentativa que vier a ser

conduzida pelo tribunal. Se a partir do impacto orçamentário fosse possível densificar qual a disponibilidade de caixa que um ente possui para repetir o indébito sem se comprometer com suas funções sociais, de modo que o Poder Judiciário atuaria como um administrador de uma sociedade em recuperação judicial, alinhando quais expectativas seriam passíveis de ser satisfeitas, o tribunal em verdade deixaria de assegurar a expectativa jurídica para se comprometer com a agenda política e com a alocação dos recursos sociais. Não obstante, ao proceder com a modulação adotando marcos não padronizados para assegurar a expectativa dos jurisdicionados, bem como pela excepcionalização de alguns por critérios que não encontram amparo na Constituição, a atividade conduzida pelos tribunais é idêntica à anterior, dado que estes tomam uma decisão informada com base em dados incompletos e análises ad terrorem e, sem qualquer cotejo, arbitrariamente limitam uma tutela que, à luz da democracia, deveria ser integral, não manca.

Feita esta breve digressão, destaca-se que, antes mesmo da alteração da LINDB com relação ao consequencialismo e da construção da doutrina que critica a utilização de consequências como aspectos relevantes na tomada de decisão, parte da doutrina já defendia sua utilização inclusive em matéria tributária. Tathiane Piscitelli se embasa na doutrina de Neil MacCormick e explora a fundamentação da decisão judicial como uma esfera de justificação e legitimação social da norma jurídica construída por meio do processo. Isso, pois o silogismo lógico que dá os contornos para o direito não encerra qual o melhor sentido a ser dado pela interpretação ao comando judicial. Com isso, a esfera jurisdicional não encerraria no modal deôntico extraído da legislação, mas somente após a realização de um teste de justificação que permitiria filtrar, dentre os possíveis resultados hermenêuticos, aquele que melhor se adequa à sociedade, destinatária última da decisão judicial (PISCITELLI, 2011, p. 19-21).

Mas não é qualquer consequência que será considerada por esta teoria, somente aquelas que decorram logicamente da decisão judicial, isto é, que sejam passíveis de dedução ou indução com base nos elementos constantes nos autos processuais, submetidos ao contraditório e ampla defesa. Assim, a vertente consequencialista não analisa as consequências fáticas, que são inapreensíveis para o julgador, mas somente as consequências que decorrem da decisão judicial. A própria decisão judicial considerada como uma norma jurídica evidencia melhor qual tratamento é prescrito por esta corrente no tocante à consequência. Assim, ao

deliberar de forma favorável a um contribuinte em uma ação judicial e reconhecer que não há possibilidade de cobrança de tributo, a relação constitutiva composta pelo antecedente que gerou um consequente indevido é o resultado que deve ser justificado. É dizer, o consequente da decisão de mérito é pressuposto do desencadeamento lógico do processo de justificação que deverá se contrapor às outras consequências advindas do julgado (PISCITELLI, 2011, p. 24).

Com base nesta compreensão, argumentos consequencialistas seriam aqueles que revelam a "(in)aceitabilidade das consequências lógicas da solução jurídica proposta e, logo, a (in)aceitabilidade da decisão", de modo que apenas testa-se a universalidade da decisão pela projeção das consequências (2011, p. 120). Veja-se que, em paralelo à prescrição de direito e garantias fundamentais contra o poder de tributar que compõem o direito tributário, este também possui um papel de realização do Estado Democrático pelo fornecimento de "receitas para o Estado cumprir com as necessidades públicas básicas" (PISCITELLI, 2011. p. 233). Assim, o argumento consequencialista seria de extrema relevância para o debate ao reforçar os aspectos práticos dos impactos decorrentes das decisões judiciais, que poderiam ser utilizadas como pressupostos para modulação dos efeitos decisórios (PISCITELLI, 2011. p. 122). A tese em questão possui uma vertente calcada no realismo jurídico, que reconhece a presença de tais argumentos nas decisões judiciais proferidas em matéria tributária e chama o contribuinte a jogar com base na mesma regra, ao invés de se negar a participar do jogo, de modo que deveria infirmar as alegações fazendárias de rombo das contas públicas apontando equívocos metodológicos e outros que mereçam ser considerados em conjunto com as consequências da própria decisão.

É importante destacar que esta corrente não defende que a consequência é mais relevante que o direito envolvido, mas que ao julgador é submetida a avaliação de uma regra universal que irá nortear o comportamento dos agentes, de modo que essa influência deve ser considerada no julgamento. Assim, não é simplesmente a existência de uma consequência em abstrato, são as consequências jurídicas sobre o comportamento individual no contexto social que serão levadas em conta, o que não se confunde com a argumentação econômica (CHRISTOPOULOS, 2015, p. 17).

Inclusive, é de se reconhecer que a própria autora, ao se debruçar sobre as modulações de efeito realizadas em matéria tributária com lastro em *argumentos orçamentários*, reconhece a ausência de metodologia para a definição dos critérios

para aferição dos valores envolvidos no litígio e que, não raro, impactam indevidamente nas decisões proferidas, o que leva a um “risco de desvirtuamento do instituto”, com possível prejuízo à segurança jurídica e confiança no sistema, o que induz a produção de normas inconstitucionais e aumenta a litigiosidade (PISCITELLI; ARAUJO, 2024, p. 420).

Em um giro conclusivo, é válido reafirmar que, a partir da compreensão de que há primeiro uma decisão de mérito que enuncia um determinado antecedente e prevê um consequente trazida por Piscitelli (2011), este consequente inaugura o antecedente de uma segunda norma jurídica, que autoriza a modulação dos efeitos. Com isso, a consequência considerada pelo tribunal seria aquela que decorre logicamente da implementação *integral* da tutela jurídica. Assim, a aplicação dos artigos 20 a 24 da LINDB na densificação dos conceitos indeterminados autorizativos da modulação dos efeitos decisórios teria o condão de reforçar a previsibilidade e condicionar a fundamentação dos tribunais de modo que seria possível a proteção da expectativa em maior grau. Isso, pois as consequências devem ser especificadas na própria decisão, mantendo a possibilidade de que os contribuintes excluídos levem sua pretensão novamente para análise da corte, de modo a confirmar se efetivamente o seu caso é subsumível à regra geral fixada pela corte a título de modulação ou se será necessária uma revisão superveniente – revisão esta que impactará todos os jurisdicionados no atual entendimento vinculante dos tribunais. Ademais, ao cotejar os direitos que foram preservados e afastados, a própria decisão terá que proceder à reflexão à luz do caso concreto, o que pode levar à uma melhor ponderação acerca dos bens jurídicos em litígio.

Por isso, afirmar que as consequências da decisão não poderiam ser consideradas nas decisões que modulam os efeitos seria retirar toda a capacidade do julgador de refletir e redimensionar a tutela concedida tomando como base o efeito tradicional das tutelas levadas ao tribunal, questão que parece ter sido há muito superada com o verdadeiro abandono da teoria da nulidade em prol da teoria da anulabilidade. Isso seria confirmado pela necessidade sempre presente de se preservar as expectativas geradas pelos entendimentos anteriores, de modo que até mesmo o que é nulo gera efeitos que devem ser objeto de reflexão para aferir a possibilidade de resguardo da expectativa, o que pode ser realizado até mesmo de ofício pelo julgador.

Para além da possibilidade de considerar argumentos orçamentários no processo de modulação dos efeitos com base na finalidade de financiar a seguridade social prevista como objetivo de realização constitucional, esta consideração revela um outro aspecto relevante da decisão que modula, qual seja autonomia do procedimento em que se pondera restringir a eficácia do julgamento do mérito pela aplicação de um instituto processual – ponto central para a compreensão das críticas doutrinárias formuladas.

3.6 Natureza “autônoma” da decisão de modulação dos efeitos decisórios

Embora já tenha sido afirmado anteriormente, é necessário um ponto de reflexão para que se compreenda a natureza autônoma do instituto de modulação dos efeitos decisórios. Isso, pois, como já alertava Mantovanni (2016), havia uma tendência de o tribunal tratar a decisão de modulação como algo a parte, que ocorre após o julgamento do mérito, dele inteiramente dissociado. *Essa ocorrência não é algo isolado e, em verdade, sinaliza a existência de duas decisões distintas no curso de um mesmo procedimento: uma que define o direito, outra que define a extensão da eficácia da primeira decisão que será neutralizada com base em critérios próprios*.

Essas decisões, embora essencialmente complementares, não se confundem e, talvez por esta razão, exista uma forte crítica de que se trataria de um argumento consequencialista que invadiria a esfera jurisdicional para a delimitação dos julgamentos em matéria tributária, quando na verdade, se trata de uma outra decisão, camuflando-se o caráter meritório ao deslocar o enfoque para aspectos procedimentais da decisão. Assim, os argumentos de impacto orçamentário não subsomem ao conceito de argumento consequencialista eis que sua pertinência só surge após a prolação de uma decisão de mérito, ainda que a reflexão acerca dos efeitos ocorra no mesmo momento – embora poderia levar à um desfecho consequencialista caso apenas os impactos decisórios fossem utilizados como justificativa para se limitar a decisão judicial originalmente proferida. É dizer, não necessariamente estar-se-á diante uma decisão consequencialista apenas pela constatação de que se parte de uma decisão proferida para que então seja possível avaliar as consequências e, à luz dos bens jurídicos tutelados, limitar a eficácia da decisão judicial, mas necessariamente se está diante de duas decisões distintas, que se complementam.

A evidência disso se verifica na análise das normas individuais e concretas que irradiam da decisão judicial. A rigor, quando há uma decisão de mérito em um processo com repercussão *erga omnes*, todos os jurisdicionados impactados terão o seu direito assegurado, não havendo, a princípio, qualquer distinção entre os contribuintes.

Após a definição do mérito, provocado ou não – vez que a modulação pode ser suscitada de ofício –, a corte poderá limitar a eficácia do julgamento ao definir um marco temporal que não encontra referência na legislação. Ao assim fazer, a corte cria duas imagens de um sistema jurídico que reflete simultaneamente os valores positivo e negativo se analisado por diferentes jurisdicionados, sem que exista um critério relevante para a criação de distinção, notadamente quando é adotado um marco temporal para ajuizamento de ações como condicionante ao reconhecimento judicial do direito. Aqui o direito existe, mas a própria jurisdição se nega a reconhecê-lo ao restringir não só temporalmente os efeitos, mas limitar a extensão dos jurisdicionados afetados que merecem a tutela jurisdicional.

Assim, é imprescindível a análise das consequências esperadas pela decisão jurídica no comportamento social ao se deliberar pela modulação dos efeitos, eis que só há possibilidade lógica de se restringir a eficácia de uma decisão a partir da análise das possíveis consequências e impactos que decorrem de sua prolação.

Isso não quer dizer que não exista, no campo do direito tributário brasileiro, discussões de cunho consequencialista, como se verifica da ADC 84 e ADI 7342, ações em que se discutia possibilidade de reestabelecimento imediato de alíquotas de PIS e COFINS dado que havia sido emitido o Decreto nº 11.322, de 2022, no último dia do governo de Jair Bolsonaro reduzindo pela metade as alíquotas das contribuições sobre receitas financeiras e, em 1º de janeiro, o governo Lula entendeu por bem em revogar a medida pelo Decreto nº 11.374, de 2023, com repristinação das alíquotas que vigiam anteriormente. Neste caso, a inexistência de efeitos concretos foi elemento balizador para afastar a aplicabilidade da regra da anterioridade nonagesimal, dado que esta, por não ter produzido efeitos concretos, não asseguraria legítima expectativa ao jurisdicionado. Assim, em que pese a existência de decisões que partem da consequência da norma jurídica para definir a extensão do próprio direito, a modulação dos efeitos é um instituto reflexivo do direito processual e tem como pressuposto a existência de uma decisão prévia acerca do mérito e, a partir destes efeitos, verifica-se o preenchimento dos requisitos para a realização da

limitação da eficácia da decisão anteriormente proferida com o objetivo de proteger em grau maior o próprio direito.

Por isso Mantovanni emprega esforços na tentativa de unificar, com base na lide integralmente considerada à luz da teoria da energia cinética processual, critérios para melhor balizar a modulação. O autor defende que a modulação não pode se desconectar da tutela jurisdicional pretendida pelas partes, de modo que esta decisão seria uma parte componente da carga de eficácia da tutela concedida pelo tribunal, que teria um início (postulação), um meio (declaração) e um fim (modulação), sob pena de não haver limites para a sua realização – esvaziando-se a tutela jurisdicional pretendida pela parte que ganha, mas não tem sua expectativa assegurada (2016, p. 145).

Essa teoria, embora construída de uma perspectiva inteiramente procedimental acerca da modulação dos efeitos, reconhece a necessidade de que sejam fixadas balizas para a aplicação adequada do instituto. Neste momento, cabe comentar duas das proposições subsidiárias trazidas pelo autor, quais sejam: (i) de que haveria necessidade de julgamento da modulação em conjunto com a delimitação do mérito ou, quando menos, (ii) que fosse instaurado procedimento próprio para melhor acomodar os interesses plurais que permeiam a aplicação do instituto, assegurando direito de defesa dos integrantes da ação e daqueles que demonstraram interesse ao longo da causa (CAVALCANTE, 2016, p. 151).

Sobre o primeiro ponto, é importante balizar que tipo de modulação está sendo aplicada para que seja possível avaliar a possibilidade de o próprio tribunal aplicar a modulação sem necessidade de abrir a oportunidade para que os afetados se manifestem sobre a sua pertinência. Isso, pois quando ocorre mudança de jurisprudência, como demonstrado no tópico 3.1.1 relativo à segurança jurídica, o tribunal enuncia uma nova norma que não poderia conflitar com as demais normas enunciadas anteriormente, sob pena de violar a historicidade e integridade do direito – sendo justificável a modulação. Seria possível a verificação desta ruptura de jurisprudência pelo próprio tribunal, eis que a mudança de direção neste caso tem um caráter objetivo, isto é, pode ser verificada do contraste entre a expectativa anteriormente assegurada pela jurisprudência e a que passa a ser assegurada a partir do momento em que ocorre a alteração. É o caso em que o próprio julgador reconhece que mudou de posição, ou pela alteração na composição, o colegiado passou a entender em sentido contrário do que era atribuído anteriormente pelo sistema, de

modo que a mesma lide seria resolvida de forma diversa se julgada antes ou após a prolação da decisão que demarca a mudança com efeito vinculante.

Assim, nesta hipótese específica, existem subsídios materiais para que os próprios julgadores promovam a modulação sem necessidade de provocação ou mesmo oitiva das partes. Em verdade, o tribunal superior deveria sempre indicar nos julgamentos com efeitos *erga omnes* se a lide está sendo resolvida com reafirmação de jurisprudência ou, se naquele caso específico, houve alteração de entendimento que leva à preservação da expectativa dos jurisdicionados até aquele ponto mediante a realização da modulação dos efeitos. Inclusive, é possível afirmar que a proteção da expectativa em decorrência da integridade do direito diz respeito à manifestação da segurança jurídica em seu prisma objetivo, sendo irrelevante analisar a expectativa subjetiva do jurisdicionado dado que a fonte da preservação de sua confiança decorre única e exclusivamente da compreensão da norma já assegurada pelo Poder Judiciário em outras oportunidades.

Ocorre que nem toda modulação é tão simples de ser realizada, eis que o sistema jurídico carece de estruturas que lhe permitam projetar com clareza os impactos proferidos por suas decisões em outros subsistemas da sociedade. É dizer: a decisão judicial provoca inúmeros impactos que serão absorvidos pelos demais subsistemas de forma imprevisível, considerando as peculiaridades de sua própria estrutura e função, questão que é impossível de ser apreendida pelo julgador quando define o mérito da lide. Nestas hipóteses, quando os efeitos transcendem a lide individual e impactam a sociedade como um todo, é necessário avaliar se existiam elementos subjetivos merecedores da proteção jurídica, razão pela qual seria possível ponderar à luz da *segurança jurídica* e *excepcional interesse social* sobre a possibilidade de limitação da eficácia de decisões judiciais proferidas. Essa vertente da segurança jurídica que se materializa com ênfase na relação litigiosa propriamente dita já não é tão simples de ser delimitada com uma deliberação judicial, sobretudo no momento anterior à prolação da decisão de mérito, em que não se tem clareza qual será o desfecho da lide que leve à necessidade de limitação da eficácia e, com isso, não há uma instrução processual acerca dos efeitos da decisão que ainda não foi tomada.

Assim, nestas hipóteses em que a modulação se dá para proteger a segurança que permeia as relações individuais – e não o sistema jurídico e a integridade dos entendimentos que nele são cristalizados no tempo –, o melhor momento para a

fixação da modulação não parece ser em conjunto com o julgamento do mérito, mas sim em momento posterior com participação dos afetados. Não pode deixar de reconhecer que a preocupação trazida por Mantovanni (2016) e reforçada por Alvim e Barreni (2024) de que a existência de um lapso temporal extenso entre a declaração de mérito e a pronúncia acerca da modulação cria prejuízos imensos, inclusive aumenta a propensão de que aumente o número de ações ajuizadas e, com isso, aumente o impacto da própria decisão – sendo a modulação uma inevitabilidade esperada.

Entretanto, essa preocupação não pode ser motriz para que se ignore a participação da sociedade na construção do sentido de uma decisão tão importante como é a que limita o próprio direito, pois para além de restringir os efeitos da decisão, segmenta a realidade social e distorce relações jurídicas dos outros sistemas ao criar realidades distintas que devem ser processadas simultaneamente pelo sistema para jurisdicionados que originalmente estavam na mesma situação jurídica.

Por isso, embora o momento processual de Embargos de Declaração não se revele o mais adequado em razão da limitação de seu cabimento e a precariedade da instrução probatória que em conjunto com ele pode ser apresentada, só após a prolação da decisão é que se pode projetar e imaginar essa nova realidade do porvir, razão pela qual a modulação para resguardar interesses que não o da própria integridade da expectativa pelo sistema jurídico não deveriam ser realizadas em conjunto com a pronúncia do mérito. Em verdade, somente após a condução de um procedimento próprio é que seria possível absorver quais são os impactos da decisão e como fazer para limitar a sua eficácia em respeito aos axiomas da segurança jurídica e excepcional interesse social. Pode-se dizer que, por ser cabível contra qualquer decisão, os Embargos de Declaração se tornaram a via possível de discussão de algo tão importante como o próprio mérito, já que seu julgamento pode anular o efeito prático da decisão já proferida – embora a rigor não seja cabível rediscutir o mérito do julgamento. Talvez também por este aspecto, a discussão sobre a modulação ganhe contornos próprios que transcendem à lide original, pois a rigor não há mais rediscussão do mérito, apenas discussão acerca da necessidade de limitação da eficácia da decisão, matéria que seria de ordem pública e, assim, passível de ser apreciada de ofício pela corte.

Essa possibilidade foi reconhecida pelo Ministro Dias Toffoli quando do julgamento da ADI nº 3.601 ED/DF (BRASIL, 2010), que entendeu pela necessidade

de revisitar este ponto da jurisprudência do tribunal por reconhecer que historicamente era negada a possibilidade de discutir a modulação de efeitos, eis que a regra era de que os efeitos das decisões eram *ex tunc*, como reconhecido pelas ADIs nº 483 ED/PR (BRASIL, 2001), entendimento reafirmado quando do julgamento da ADI nº 1.498 ED/RS (BRASIL, 2003). Neste julgamento o Ministro afirma expressamente que o artigo 27 da Lei nº 9.868, de 1999, inovou no ordenamento jurídico ao possibilitar o manejo dos "efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, afastando-se de um modelo rígido e absoluto do princípio da nulidade da lei inconstitucional" (BRASIL, 2010, p. 7). Dessa forma, sempre que presentes as condições para "flexibilização dos efeitos da decisão" a "Corte tem o dever constitucional de, independentemente de pedido das partes, aplicar o art. 27" da Lei nº 9.868, de 1999 (BRASIL, 2010, p. 9). A questão, portanto, alçou ao patamar de matéria de ordem pública, que não requer sequer provocação das partes para validar se os impactos causados pela decisão ferem a expectativa subjetiva. Este ponto, embora possa parecer questionável pelo fato de o próprio tribunal se colocar na necessidade de deliberar acerca dos limites das próprias decisões, se revela um poder absoluto para que, mesmo sem provocação, o Poder Judiciário intervenha de forma ativa e altere a expectativa assegurada por uma decisão de mérito.

Mas há algo mais grave na modulação que diz respeito aos casos excepcionados, que podem usufruir dos efeitos da decisão original, sem serem impactados pela modulação de efeitos decisórios. E este algo mais é a verdadeira faceta maligna da modulação dos efeitos decisórios, pois são privilegiados alguns em detrimento da coletividade em clara violação à isonomia, que sequer é considerada na prolação das decisões.

Se a compreensão de que a modulação é uma decisão autônoma pois exige logicamente a prolação de uma decisão anterior, as exceções criadas pelos tribunais que se mantém regidas pela decisão original se revelam uma das facetas dessa desvinculação, que pode ser perniciosa ao desvirtuar a própria segurança jurídica, que tem como pilar a isonomia. Isso, pois dá um tratamento privilegiado de proteção da tutela subjetiva para um grupo de jurisdicionados e impondo a contrapartida de custeio aos demais, em um esforço precário de harmonização da tutela individual e coletiva, que fica mais evidente no julgamento do controle constitucionalidade difuso objetivado.

Neste ponto, relembra-se que DERZI já trazia como indicativo que a segurança jurídica deveria primar pela isonomia (2009a, p. 602-604). Independentemente do critério adotado, quando a corte decide pela criação de uma distinção entre jurisdicionados sem amparo no direito vigente, a justificativa deveria se dar em prol do resguardo em grau máximo da constituição com relação à criação da diferença, não com relação ao efeito por ela gerado.

Com isso, ao proceder ao recorte temporal tendo como preocupação o impacto nos cofres públicos, não só a corte sucumbe aos interesses do ente estatal litigante – como tradicionalmente criticado pela doutrina –, mas acaba ela própria justificando a distinção criada com base na consequência preferível, isto é, de preservar as contas públicas e manutenção dos serviços essenciais, sem que isso efetivamente justifique o motivo de parte dos contribuintes se beneficiarem integralmente da tutela enquanto outros são deixados à míngua. Esse é o paradoxo que se entende preocupante e que passa despercebido por parte da doutrina, que enfoca no problema da contradição da modulação pela declaração produzir efeitos apenas para o futuro, embora o problema maior seja, em verdade, a existência de um horizonte temporal em que um mesmo evento será captado como jurídico e anti-jurídico simultaneamente para contribuintes em igual situação, com base em uma distinção causada pelo sistema processual jurídico.

Parece evidente, à luz de todas as considerações trazidas, que modular os efeitos de uma decisão é algo maior do que definir a eficácia do julgamento e, para os fins deste trabalho, pode ser descrita da seguinte forma: *trata-se de uma decisão que limita parcialmente uma decisão previamente proferida, que poderá manter sua eficácia original apenas para um grupo de jurisdicionados escolhidos por um critério criado pela corte*. Esse ponto é reforçado pela constatação de que a decisão que modula os efeitos decisórios é um paradoxo criado pelo direito para conciliar a tutela individual e coletiva que é simultaneamente realizada pelos tribunais superiores.

O que se pretende com os fundamentos até então expostos é evidenciar que a modulação de efeitos é um momento próprio que ocorre somente após a existência de uma decisão de mérito. A norma emanada do Poder Judiciário pode ser restringida por suas próprias estruturas, mediante emprego de fundamentação específica, que parte da análise das consequências projetadas e informações trazidas pelas partes em uma segunda decisão, que se junta com a primeira para formar uma única norma jurídica, com efeitos dúplices para os jurisdicionados: parte será resguardado pela

tutela, parte não. Essa decisão que rompe com a estrutura do sistema jurídico não se pauta pelos mesmos critérios da primeira, o que evidencia um desligamento no tocante à discussão de mérito. Ademais, tampouco são aferidos os impactos com base em dados empíricos validados por metodologias. Tanto é verdade que Piscitelli e Araújo reconhecem a falta de metodologia para definir quais são os impactos da decisão, de modo que um instituto que serve para gerar segurança jurídica tem tido o condão de aumentar a insegurança jurídica pelo desvirtuamento de sua aplicação (2024, p. 420).

Não se olvida que a eficácia da decisão judicial será realizada pelo somatório das energias cinéticas das decisões de mérito e modulação, mas a existência de uma bifurcação (*fork*) do sistema jurídico denota que a decisão é dotada de uma carga autônoma frente à modulação. Pela semântica utilizada para se modular os efeitos percebe-se a existência desta autonomia: normalmente se define um horizonte temporal geral para limitar a eficácia da primeira decisão, excetuando-se hipóteses específicas, que se mantém reguladas pela eficácia "natural" da primeira decisão. Inclusive, fosse a modulação definir toda a extensão da eficácia – traduzindo-se em verdadeiro argumento consequencialista para negar o direito –, não seria essa um meio para "restringir os efeitos daquela declaração", como reza o artigo 27 da Lei nº 9.868, de 1999.

Com isso, entende-se ser possível afirmar que *a modulação de efeito é uma decisão sobre a consequência, o que torna imprescindível a análise das consequências advindas do julgamento que possam impactar na segurança jurídica e excepcional interesse social, o que não se confunde com a adoção de um argumento consequencialista na definição do direito*. Uma decorrência desta tese seria o incremento de relevância dos debates acerca dos impactos da decisão, com acesso dos interessados que serão impactados pela decisão para apresentar dados e análises, com a possibilidade de um aumento de racionalidade jurídica acerca dos impactos que são causados pela contingência do sistema jurídico em relação aos demais sistemas da sociedade.

Para além deste ponto, de volta à análise dos requisitos autorizativos previstos no artigo 27 da Lei nº 9.868, de 1999 (BRASIL, 1999) verifica-se amplitude imensa, que legitimaria praticamente qualquer situação a depender de como se densificar os vocábulos segurança jurídica e excepcional interesse social, pois são altamente dependentes da compreensão do julgador acerca do acervo principiológico

assegurado pela Constituição. Ainda, verifica-se que o artigo 927, § 3º e 4º, do CPC prevê a manutenção da previsibilidade da jurisprudência quando há alteração de entendimento dominante, questão que goza de maior objetividade no tocante à comprovação do preenchimento do requisito para modular.

Essa amplitude da modulação poderia ser justificada pela coexistência dos controles de constitucionalidade difuso e concentrado. Isso, pois historicamente, ambos os modelos de controle tiveram gêneses distintas, em que a relação entre decisão e sistema normativo de referência não se davam de forma unívoca. Inclusive, este ponto é ressaltado pelo Ministro Gilmar Mendes quando do julgamento do Tema nº 615, que entende ser necessário preservar o direito de petição, em uma harmonização da proteção do direito individual mesmo na hipótese em que se define uma tese que será válida para toda coletividade – ponto que será contestado no tópico subsequente.

3.7 Controle concentrado e difuso de constitucionalidade: duas vozes dissonantes

No Brasil, a rigor, coexistem dois sistemas distintos de controle de constitucionalidade, a saber o difuso e o concentrado, ambos criados com inspiração no direito comparado, sobretudo no direito norte americano e austríaco. Assim, considerando que a matéria surge de uma perspectiva de direito comparado, a narrativa de seu desenvolvimento frequentemente remonta à experiências internacionais, que foram paulatinamente incorporadas pelo sistema brasileiro e nele desenvolvidas, o que dá ensejo a uma estrutura complexa, que é capaz de lidar com a complexidade inerente de um sistema jurídico que abrange dimensões continentais.

Mantovanni, ao analisar a riqueza do controle de constitucionalidade brasileiro, identifica a vertente de controle difuso, que pode ser realizada por qualquer juiz ou tribunal, paralelo ao controle concentrado de constitucionalidade, que pode ser exercido apenas pelo STF quando provocado em Ação Direta de inconstitucionalidade (ADI), Ação Declaratória de inconstitucionalidade (ADC), Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) (2016, p. 86).

Enquanto o controle de constitucionalidade difuso visa assegurar o direito do indivíduo à luz da Constituição, a decisão proferida em controle concentrado vincula todo o sistema jurídico, fixando um novo parâmetro constitucional a ser seguido.

Historicamente, como nos narra Gallotti (1987), o Brasil, inspirado na matriz norte americana do *judicial review* e nos estudos de Rui Barbosa, adotou o controle difuso de constitucionalidade, em que o juiz pode declarar a inconstitucionalidade de uma lei, questão que possibilita o amadurecimento da lide para que seja discutida pelos tribunais superiores após o tempo dos debates e múltiplas decisões. Elival da Silva Ramos, tendo como enfoque o desenvolvimento dos instrumentos de controle de constitucionalidade, também afirma que uma consequência importante deste método de controle, que tem como elementos “difusão e incidentalidade”, diz respeito à sanção de invalidade que acomete o ato editado em contrariedade à Constituição: “ela somente poderia ser a de nulidade, tal qual reconhecida pelo Juiz Marshall, ao conduzir a Suprema Corte na decisão de Marbury v. Madison” (RAMOS, 2010, p. 128).

Efeito reboque da adoção da matriz de pensamento norte americana de controle de constitucionalidade foi a incorporação da teoria da nulidade no ordenamento jurídico brasileiro. Para esta teoria, tem-se que toda norma que é incompatível com a Constituição é nula e não poderia ter produzido efeitos. Essa teoria privilegia a Constituição como regra mestra, única fonte legitimadora do direito, cuja autoridade deve ser preservada. Gilmar Mendes, em mesmo sentido, esclarece que esta inspiração teria sido decorrente do magistério de “Dicey”, para quem a inconstitucionalidade poderia ter pelo ou menos três acepções a depender da natureza da Constituição adotada, a saber: (i) quando empregada em relação a um ato do parlamento inglês, significa que um indivíduo tem como opinião a incompatibilidade do dispositivo com o espírito da Constituição; (ii) aplicada à lei das câmaras francesas, significaria a censura do ato, dado que os tribunais franceses não estão obrigados a seguir um ato inconstitucional; (iii) dirigido a um ato do congresso americano, o ato seria nulo por contrariar a constituição, podendo ser classificado como *ultra vires*. (MENDES, 2009, p. 1422).

Ainda, como narra Gilmar Mendes, esse dogma da nulidade perdeu a força com o passar do tempo, sobretudo com a inspiração da doutrina do controle de constitucionalidade austríaco e os posteriores avanços no “tema no direito constitucional em diversos países parecem recomendar a relativização dessa concepção unitária de inconstitucionalidade” (MENDES, 2009, p. 1423). Não obstante,

o autor chama atenção para a inegável constatação de que “a ausência de sanção retira o conteúdo obrigatório da Constituição, convertendo o conceito de inconstitucionalidade em simples manifestação de censura ou crítica” (MENDES, 2009, p. 1423).

Curioso que ainda em 1940 a Suprema Corte Americana foi provocada a se manifestar sobre a possiblidade de uma norma jurídica inconstitucional gerar efeitos retroativos para os atos já praticados, eis que haveria ofensa à confiança dos jurisdicionados a produção retroativa de efeitos, pois o passado não pode ser apagado por uma decisão judicial, argumento sustentado pelo *Chief Justice* Charles Hughes no caso *Chicot County Drainage District vs. Baxter State Bank*; e em 1967, no caso *Stovall vs. Denno*, o Associate Justice Willian Brennan defendeu que a retroatividade da decisão não poderia ser automática, mas deveriam ser definidos caso a caso, com base na extensão de confiança depositada na norma inconstitucional e os resultados da sua aplicação retroativa, como nos narra DERZI e SANTIAGO (2015, p. 2). Assim, até mesmo no modelo de controle de constitucionalidade americano houve uma flexibilização dos efeitos que irradiam da decisão judicial para melhor acomodar as necessidades sociais.

Paralelo ao sistema de constitucionalidade difuso, com inspiração na doutrina austríaca de Kelsen foi criado também um controle de constitucionalidade concentrado, realizado diretamente pela corte constitucional cujos efeitos não são retroativos, eis que a norma aparentemente constitucional é válida e eficaz e só perderia este caráter após a prolação da decisão. Isso, pois “assenta Kelsen que uma Constituição que não dispõe de garantia para anulação dos atos inconstitucionais não é, propriamente, obrigatória”, de modo que caberia à corte constitucional “zelar pela anulação dos atos incompatíveis com a Constituição (MENDES, 2009, p. 1423).

Além das diferenças com relação à extensão dos efeitos, também são diversos os legitimados para sua propositura. Isso, pois o controle difuso se dá na relação interpartes, enquanto o controle concentrado se dá com efeitos erga omnes, se reportando a toda a sociedade. Assim, diferentemente do que ocorre no sistema norte-americano, no sistema austríaco apenas a corte constitucional possui competência para deliberar acerca de constitucionalidade e as ações de controle de constitucionalidade só podem ser ajuizadas por autoridades políticas especificamente legitimadas para tanto. A característica primordial deste modelo de controle é que a

decisão proferida é o veículo para se anular a lei, de modo que esta seria anulável, não nula como ocorre na matriz americana. (GALLOTTI, 1987, p. 21).

Em verdade, como já adiantado, embora na origem dos referidos controles houvesse um modelo mais “puro”, os inconvenientes de se atribuir excesso de rigidez à decisão judicial já foram experimentados por outros sistemas jurídicos e houve uma tendência de “tornar obsoleta a bipolaridade tradicional entre a configuração dos modelos difuso (Estados Unidos da América) e concentrado (Áustria e Alemanha) e seus efeitos práticos” (VIANA, 2011, p. 35). Isso se verifica no sistema americano, conforme ponderam DERZI e SANTIAGO (2015), mas também é possível de ser verificado em outros sistemas jurídicos, como ocorre com o tribunal alemão, que possui outra forma de classificar os efeitos da tutela jurisdicional.

No Brasil, seguindo a inspiração das experiências estrangeiras, adotou-se um sistema de controle de constitucionalidade misto, em que o STF simultaneamente realiza os controles de constitucionalidade difuso e concentrado. Não obstante, é “inquestionável a ampla predominância do controle judicial de constitucionalidade e, particularmente, do modelo de controle concentrado”, que “[c]uida-se mesmo de uma nova divisão de Poderes com a instituição de uma Corte com nítido poder normativo e cujas decisões têm o atributo da definitividade (MENDES, 2009, p. 1470). Veja-se, portanto, que a predominância de um modelo de controle concentrado de constitucionalidade, com a atribuição de um nítido poder normativo à competência dos tribunais, se alinha com as reflexões de Mitidiero com relação à transição do estado legislativo para o estado constitucional narrada no capítulo 2.1, além de que a modulação foi primeiro instaurada para tutelar esta modalidade de controle – ainda que tenha sido reconhecido o seu cabimento em ações que tutelem direitos individuais, como já destacado por Thomas Bustamante (2012).

É importante ressaltar que, mesmo com a existência de dois sistemas de controle, a regra que se adotou historicamente no âmbito dos tribunais era no sentido de que a norma inconstitucional era nula, questão que frequentemente é reiterada nos julgamentos do STF, que tratam a modulação como uma hipótese de “exceção à regra da nulidade”. Isso, pois “[a]té a entrada em vigor da Constituição de 1988 era o recurso extraordinário – também quanto ao critério de quantidade – o mais importante processo da competência do Supremo Tribunal Federal” (MENDES, 2009, p. 1493). Ocorre que a promulgação da Constituição de 1988 ampliou os legitimados para a propositura de ações de controle concentrado, de modo que “todas as controvérsias

constitucionais relevantes passaram a ser submetidas ao Supremo Tribunal Federal, mediante processo de controle de constitucionalidade abstrato de normas" (MENDES, 2009, p. 1517). As vantagens para a adoção de um mecanismo de controle concentrado estariam na ampla legitimação, presteza e celeridade do modelo processual e possibilidade de concessão de medida cautelar. Assim, embora houvesse uma tradição em torno do controle difuso, nas últimas décadas houve uma escalada da importância de mecanismos de controle concentrado, sobretudo pelo aumento da complexidade e do volume de demandas submetidas à apreciação pelo Poder Judiciário.

Ademais, a abrangência e facilidade do manejo do recurso extraordinário foi reduzida com o tempo, sendo relevante duas alterações substanciais, quais sejam a EC nº 45 de 2004, que consagrou o "instituto da repercussão geral" e a Lei nº 11.418, de 2006, que exigiu a existência de repercussão geral para que seja conhecido o recurso – pontos que paulatinamente aproximaram a modalidade dos controles de constitucionalidade difuso e concentrado. Essa aproximação dos modelos de controle de constitucionalidade poderia, inclusive, ensejar a aplicação do instituto de modulação dos efeitos de uma decisão proferida na declaração de inconstitucionalidade "in concreto", sempre que se deparar com a "necessidade de um outro princípio que justifique a não aplicação do princípio da nulidade" (MENDES, 2009, p. 1573). A coexistência de modelos "operou significativa mudança no controle de constitucionalidade brasileiro" e, neste "diálogo", Gilmar Mendes aponta uma "inequívoca tendência para ampliar a feição objetiva do processo de controle incidental entre nós" (MENDES, 2009, p. 1556-1557).

Esse movimento também é narrado por Mantovanni, que destaca um enfraquecimento da tutela individual frente a coletiva após a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, que passou a exigir o preenchimento do requisito de que a lide envolva a existência de uma repercussão geral para que fosse viabilizado o manejo recursal. Ou seja, com este movimento, houve uma mudança do foco da tutela que recaia sobre o caso concreto, que passa a ter um enfoque que transcende a lide, que impacta a coletividade, ainda quando a tutela for individual.

Essa preocupação de enfraquecimento do recurso voluntário pode ser levada além, eis que, como narra Ulisses Viana, também houve um movimento recente em prol da objetificação do recurso voluntário, dado que esta nova modelagem restringe "inevitavelmente o acesso individual (subjetivado) à jurisdição constitucional no âmbito

do Supremo Tribunal Federal" (2011, p. 106). Não obstante, destaca que essa alteração não restringe propriamente o acesso à justiça, dado que tão importante como assegurar um acesso formal é assegurar uma tutela material, de modo que uma decisão que uniformiza o entendimento adotado pelos tribunais com eficácia *erga omnes* produziria maior segurança jurídica e, inclusive, permitiria que os processos fossem julgados em tempo razoável, de modo que sua adoção representou "um passo adiante no modelo jurisdicional brasileiro" (VIANA, 2011, p. 110). Assim, ainda persiste "a positividade do direito de acesso à jurisdição", que "confere direito a uma prestação jurisdicional positiva, com utilidade efetiva e celeridade eficiente" (VIANA, 2011, p. 118). Com isso, o recurso extraordinário submetido à repercussão geral, além de poder impactar em todas as esferas da sociedade, tem o condão de assegurar maior previsibilidade e uniformidade às decisões proferidas, que asseguram a autorreferência do direito mediante uma "interação coevolutiva funcional entre os programas condicionais – do direito constitucional – os programas finalísticos – dos subsistemas parciais do ambiente social" (VIANA, 2011, p. 198).

Também calcado nas reflexões acima, Elival da Silva Ramos reconhece que, desde o aumento dos legitimados para a propositura de ações de controle concentrado de constitucionalidade, houve também um crescimento de ações propostas, de modo que se tornou "considerável [o] acervo de decisões em matéria constitucional, prolatadas pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário e dotadas de eficácia geral" (RAMOS, 2010, p. 138). No tocante à ação declaratória de constitucionalidade, ressalta o autor que, para além das críticas doutrinárias com relação à conveniência e oportunidade de sua utilização, houve a introdução também da modulação dos efeitos decisórios de forma expressa, questão que vem sendo cada vez mais utilizada pelas cortes e, com isso, percebe-se uma "tendência evolutiva do sistema de fiscalização brasileiro rumo ao modelo europeu" (RAMOS, 2010, p. 143).

Com esse movimento, somado à reforma de 2004 que densificou ainda mais os mecanismos de uniformização de jurisprudência e vinculação dos precedentes, passa-se a experimentar uma jurisdição que se pretende editar mais comandos vinculantes, de modo que a tutela individual perde o enfoque, e eventualmente a discussão do jurisdicionado nos tribunais superiores passa a ser não por meio do recurso especial ou extraordinário, mas sim por meio de reclamações (RAMOS, 2010, p. 147) – questão que tem tido repercussão em âmbito tributário, dado que de 2023 para 2024 o número de reclamações aumentou cerca de 35%o que, para o Ministro

Luís Roberto Barroso seria “[e]m parte é ruim, em parte é consequência do tribunal ter se tornado um tribunal de precedentes e esses precedentes serem vinculantes, o que justifica muitas reclamações” (JOTA, 2024).

Reitera-se a constatação anterior de que, com essa transformação dos mecanismos de controle no direito brasileiro, fortalecendo o sistema de precedentes, há uma sobrecarga crescente do tribunal ao tentar assumir os dois papeis, de instância recursal e de Corte Constitucional. Por isso, Elival Ramos é um ávido defensor de que a corte deve se distanciar “das características de derradeira instância recursal, mediante eliminação ou profunda reformulação do [R]ecurso [E]xtraordinário”, sop pena de não conseguir equacionar a questão do déficit decisório que existe no tribunal, se transformando em verdadeira Corte Constitucional.

Como a transição do modelo de controle difuso para o concentrado não trouxe um fechamento da corte para que exerça apenas o papel de Corte Constitucional, torna-se especialmente relevante o trabalho de conciliação da tutela individual e coletiva. Neste contexto, a modulação dos efeitos decisórios tem uma relevância central, pois assegura que o sistema poderá analisar a lide e averiguar se existem valores jurídicos que merecem ser preservados pelo julgador mediante restrição da eficácia da decisão judicial e delimita como será assegurado o direito aos jurisdicionados. Assim, é um importante remédio na construção de uma jurisdição que não se prende só à compatibilidade da norma com a Constituição, mas também avalia a compatibilidade da decisão com a Constituição, o que possibilita a preservação de direitos exercidos e atos praticados por autoridades incompetentes, por exemplo, quando o desfazimento de seus efeitos implique em ofensa maior à Constituição. Não obstante, é igualmente importante que a corte reflita de forma mais detida sobre a melhor forma de resguardar os bens jurídicos que motivaram a limitação da decisão.

Com preocupação similar de dar contornos para os limites da modulação dos efeitos decisórios, Mantovanni (2016, p. 145) propõe que este instituto seja pensado de uma forma tridimensional, que abarcaria: (i) a largura (momentos processuais de exteriorização de eficácia; (ii) altura (grau de cognição necessário para atribuir eficácia à decisão judicial; e (iii) cumprimento (espécie de tutela pretendida pela ação ajuizada – declaratória, constitutiva, mandamental ou executória). Aplicando-se este objeto ao controle de constitucionalidade pensado da perspectiva da cinética processual, haveria um elo indissociável entre o início da ação (postulação), o meio (declaração

de inconstitucionalidade) e o fim (modulação), o que traria limites objetivos à possibilidade de o julgador controlar o tempo do direito.

Com base neste arranjo, são três proposições trazidas acerca da limitação, que oscilam em grau de maior limitação e limitação intermediária, que podem ser assim descritos:

- Maior grau de limitação: A necessidade de sempre a modulação ser limitada por um dos momentos processuais de postulação, decisão ou modulação para a limitação da eficácia do julgado a depender do tipo de tutela pretendida (CAVALCANTE, 2016. p. 146-148);
- Grau intermediário 1: Se não limitada materialmente pelos marcos processuais, a modulação deveria ser realizada em conjunto com a declaração de mérito, eis que ao se julgar a modulação de eficácia em conjunto com o mérito haveria a unidade do julgamento, de modo que não há ruptura entre a decisão e modulação (CAVALCANTE, 2016. p. 149-150);
- Grau intermediário 2: Se não realizada em conjunto com o mérito, a modulação deveria ser instaurada por um procedimento próprio, assegurando a todos os interessados na causa direito de defesa (CAVALCANTE, 2016. p. 151-152)

Essas medidas propostas por Mantovanni se revelam como um horizonte processual para a delimitação dos efeitos decisórios e sua adoção já coibiria muitos dos problemas práticos que se verificam pela sua realização *ad hoc* pelos tribunais. Isso pode ser verificado principalmente nas modulações que se valem de marcos posteriores à prolação da decisão que modula os efeitos, como ocorreu no julgamento da ADI 4425 em que se discutiu a validade do regime especial para pagamento de precatórios de 15 anos, previsto na Emenda Constitucional 62, de 2009.

Neste caso, houve proposta de modulação pelo Ministro Luiz Fux para que a norma se mantivesse até o final de 2018 para que fosse possível que o Poder Público e a sociedade civil buscasse solução alternativa e constitucionalmente válida para resolver o problema dos pagamentos de precatório no Brasil. Ocorre que a proposta em questão prorroga até mesmo a vigência da norma reconhecida como inconstitucional e que já teria exaurido seus efeitos. É dizer, a decisão prorrogaria a

eficácia de um regime de pagamento de precatórios inconstitucional para além do aporte temporal originário de 15 anos, para viger por aproximadamente 19 anos.

Ocorre que a consideração da carga cinética procedimental encontra limites no tocante à densificação dos próprios requisitos autorizativos para que se promova a modulação da eficácia da decisão judicial. É verdade que o procedimento é uma baliza inicial que deve ser considerada no tocante à materialização do direito das partes que será ao final enunciado pelo julgador, sendo impactada de forma direta pela classificação da tutela pretendida. Inclusive, como reconhece o autor com base na doutrina de Pontes de Miranda, a sentença declaratória também possui um caráter constitutivo, que pode impactar na própria expectativa de direito a ser assegurada na lide judicial.

Este problema de equalização dos efeitos da decisão com base em categorias processuais acaba limitar em demasia o poder do julgador ao planificar situações que mereceriam um tratamento *ad hoc,* notadamente situações que que a decisão declaratória acaba por constituir em desfavor de uma das partes a expectativa de não direito. Da análise do caso concreto, porém, não raro surgem peculiaridades que devem ser tratadas pelo julgador, sob pena de ofensa à expectativa legítima dos jurisdicionados envolvidos, o que poderia legitimar a utilização o instituto de modulação dos efeitos decisórios por parte dos tribunais. Não obstante, para que isso fosse realizado de uma forma juridicamente adequada, o tribunal precisaria construir uma norma que trate todos os contribuintes submetidos a uma mesma situação de igual forma, permitindo inclusive o direito de petição daqueles que ainda não entraram com ações, mas poderiam fazê-lo dentro do prazo prescricional – isso, sob pena de ofender o direito de petição daqueles que ainda não o exerceram.

Por isso, entende-se que essa coexistência de sistemas de controle de constitucionalidade, com preponderância atual do controle concentrado, evidencia uma hierarquia no sistema, em que se prestigia em grau maior a regulação abstrata do sistema em detrimento da lide individual. Ocorre que essa regulamentação manca, que exclui sem critérios alguns jurisdicionados sem justificativa constitucional cria uma desarmonia entre a tutela individual e a coletiva, com potencial de esvaziar a própria racionalização e eficiência que se ganha com a adoção dos mecanismos de controle concentrado. Reafirma-se, portanto, que quanto maior for o grau de centralização, mais profunda e bem fundamentada deve ser a reflexão produzida pelo tribunal, dado

que o restante da estrutura jurídica apenas irá replicar o entendimento que veio a ser planificado.

Veja-se, portanto, que o aumento desenfreado de decisões que modulam os efeitos decisórios por parte dos tribunais revela uma dificuldade destes de lidar com as contingências sociais e internas – ponto que é reforçado pela dificuldade de dessumir quais são os aspectos mínimos que o sistema prevê para a sua realização. Este ponto se revela o mais sensível no estudo do instituto, eis que a replicação desordenada de decisões que promovem a modulação dos efeitos especialmente em matéria tributária leva ao esvaziamento da tutela jurisdicional pleiteada e preserva a inconstitucionalidade de forma reiterada no sistema jurídico.

Por isso, se revela necessário repensar o instituto da modulação dos efeitos não só como uma ferramenta de manipulação dos efeitos ortodoxos atribuídos doutrinariamente às espécies de tutela pretendida, de modo que seja integrada sua aplicação não só com o procedimento jurídico, mas também com base na identidade do sistema jurídico obtida por meio da reflexão, realizada à luz dos casos que levaram à formação da lide. Este ponto pode ser melhor densificado à luz da teoria dos sistemas sociais e pela análise da função do direito enquanto sistema autopoiético que realiza o controle imunológico da sociedade e materializa os ditames constitucionais, que será objeto de análise no tópico subsequente.

4 O SISTEMA JURÍDICO: CONSISTÊNCIAS E PARADOXOS

4.1 Autopoiese, reflexividade, reflexão e sentido

4.1.1 O fechamento operativo do sistema do direito

Teubner inicia o livro “O Direito como sistema autopoiético” com uma história teocrática que elucida bem como se dá a autopoiese jurídica, em que um rabino Eliezer questionava a interpretação do Talmunde de forma contrária à vontade da maioria, consubstanciada pelos demais rabinos. Como Deus assistia razão ao dissidente, milagres passaram a ocorrer toda a vez em que colocava à prova sua interpretação, tais como árvores se movendo, rios se invertendo – o que, em verdade, implicaria na confirmação divina de que a interpretação dada por Eliezer era a correta. Os demais rabinos, mesmo após a confirmação celestial, discordaram desta

interpretação e tomaram como fundamento um mandamento previsto na Torá no sentido de que todos deveriam se inclinar perante a vontade da maioria – com isso, Deus foi vencido pela sua própria criação (TEUBNER, 1989, p. 1). Esta alegoria é elucidativa para explicar a autorreferência do sistema jurídico, que não pode ser definida por elementos alheios aos contidos no próprio sistema e que, uma vez posta, não pode ser alterada por eventos externos, nem mesmo transcendentais.

Uma vez diferenciado, o sistema já não se subordina aos auspícios de seu criador, se recriando com base em seus próprios elementos oriundos da interpretação (ainda que errada) do ordenamento jurídico, interpretação esta que, embora coletiva, em última instância será definida por um ato de império de um colegiado. As interpretações institucionais que são dadas passam a ser consideradas como direito e replicadas para dar respostas aos sistemas de conflito que são inaugurados.

A própria Constituição desempenha um papel central na auto-constituição do sistema social como um todo, o que leva Teubner a afirmar que, embora os advogados não gostem de admitir, não é o direito o ponto de partida do constitucionalismo, desempenhando em verdade um papel subsidiário nessa construção – este é primeiro um processo social, e, segundo, um procedimento legal (TEUBNER, 1989, p. 25). Por isso, é relevante a reflexão sobre as estruturas jurídicas e suas limitações, sobretudo quando a contingência social se intensifica, com possíveis riscos de erosão das garantias conquistadas, em um movimento de dentro para fora, isto é, em uma resposta do próprio sistema jurídico que atenta contra o seu núcleo.

O sistema jurídico pode ser considerado, em um primeiro nível, como um conjunto de textos positivados que se remetem uns aos outros. Por ser texto, há a possibilidade de uma auto-observação simplificada, pois a complexidade é reduzida a palavra, de modo que o direito passa a ser um conjunto de textos jurídicos que se remetem, em um arranjo que os juristas denominam de sistema (LUHMANN, 2016, p. 452). Também por ser reduzida a texto, a comunicação captada pelo sistema jurídico é linguagem, meio simbólico generalizado de sentido que permite uma comunicação com os demais subsistemas da sociedade. Por este motivo, é possível captar algo do ambiente, processar a complexidade e, com isso, produzir o *output*. Nesse sentido, como defende Ulisses Schwarz Viana, a autopoiese jurídica possui a peculiaridade de que seus efeitos não se operam apenas no interior do sistema jurídico, dado que estabelecem quais são as possibilidades de comunicação extrassistêmica ao definir quais as expectativas que serão preservadas após a provocação proporcionada pela

lide – não obstante, mesmo ao fazê-lo, o sistema jurídico se remete às próprias estruturas de sentido e, para preservar a autopoiese, constitui “programas normativos dentro do seu sistema” (VIANA, 2011, p. 149).

Pensar apenas no texto positivado não é suficiente para a compreensão da operatividade do direito. Isso, pois o legislador positiva por meio das leis o direito, de modo que há previamente uma deliberação democrática acerca dos valores e expectativas que o sistema visa preservar, tudo dentro de um paradigma constitucional que já traz uma série de cláusulas inafastáveis. Essa dualidade marcada pela existência de um debate democrático e de valores concebidos previamente pela Constituição possibilitam ao Poder Judiciário o controle normativo negativo – quiçá até um controle positivo, dada a vagueza do texto constitucional acerca dos limites de atuação judicante. É o direito interpretado que produz efeitos com relação aos demais sistemas sociais, não meramente o texto legal positivado pelo legislador, que apenas serve de norte para as compreensões que devem ser seguidas pelos jurisdicionados ao planejarem suas ações com base na expectativa que o direito preserva.

Com isso, mais que comunicação, o direito positivo tem valor de decisão, que deve ser fundamentado para que se legitime. Essa afirmação tem duas faces, sendo um conceito de dupla forma, como tantos outros da teoria dos sistemas sociais. Um primeiro sentido, com a observação centrada no sistema jurídico, seria de que a decisão jurídica é a que enuncia o direito, sendo esta decisão o próprio direito – compreensão que, isolada, conduz a um realismo jurídico de que o direito é o que o julgador diz que ele seja e, embora verdadeiro, não explica toda a complexidade jurídica. Inclusive, porque o próprio texto positivado já foi objeto de uma deliberação social prévia, tomada no contexto democrático, que (de)limita o alcance do direito.

Isso não significa que exista uma submissão à vontade do legislador, pois os fenômenos sociais se modificam no tempo e o direito precisa dar conta dessa alteração mesmo quando não há atualização legislativa. Com base nas reflexões de Luhmann, Ulisses afirma que o direito positivo só é válido “enquanto se apresenta como decisões”, dado que é na enunciação da decisão que se produzem operações no interior do sistema jurídico e se positiva o próprio direito com a contextualização da norma positivada no contexto social (VIANA, 2011, p. 159).

As comunicações sociais, por sua vez, não são aleatórias e tampouco se derivam exclusivamente do ambiente, visto que são captadas por estruturas de

sentido próprias para cada sistema, que articula seus elementos e se (re)estrutura para que possa aumentar sua complexidade e, com isso, reduzir a complexidade do ambiente.

Destaca-se que, para Luhmann, o direito soluciona um problema temporal que existe no tocante à comunicação, tendo consequências sociais “quando as expectativas podem ser satisfeitas na condição de expectativas estáveis no decorrer do tempo” (LUHMANN, 2016, p. 168). A ideia é que o sistema jurídico passa a reiteradamente adotar sentidos que, por sua vez, são reincorporados ao sistema pelas interpretações subsequentes e, com isso, forma-se uma semântica, conceituada como “autodeterminações de um sistema de comunicação” (LUHMANN, 2016, p. 168).

Assim, mediante utilização de uma estrutura própria, o sistema filtra a linguagem para a promoção de sentido, sendo esta a finalidade última do sistema: delimitar as expectativas que serão asseguradas e dar um sentido jurídico a ser esperado nas próximas interações sociais. Essa construção de sentido se dá por meio da autorreferência. Este conceito pode ser compreendido como a continuidade de reprodução das comunicações pelo arranjo relacional das comunicações anteriormente realizadas. Dessa forma, ao correlacionar suas próprias comunicações à luz de seu código, o sistema consolida quais são os seus elementos, em um arranjo de pertença e exclusão, o que é denominado de fechamento operativo. Dito em outras palavras, é o próprio sistema quem afirma, em última instância, se uma comunicação está em conformidade com as operações e programas anteriormente experimentados para que, com isso, possa aceitá-la ou negá-la.

4.1.2 A comunicação jurídica e os níveis de autorreferência do sistema

Para melhor compreender a comunicação jurídica, é importante analisar tanto as estruturas das comunicações do sistema – isto é, os níveis de autorreferência do sistema, que denotam como este se relaciona com o fenômeno observado –, como os aspectos componentes da comunicação. Isso, pois a análise da estrutura da comunicação e da relação que esta possui com o objeto de referência leva à compreensão do fenômeno da modulação de efeitos decisórios por um outro prisma, tanto no que tange à tematização da dimensão temporal como elemento da decisão como no tocante ao processo de reflexão e construção de identidade do sistema jurídico.

Dessa forma, torna-se necessário compreender as dimensões de sentido delineadas por Luhmann como sendo: (i) material; (ii) temporal; e (iii) social. A conjugação destes elementos dá sentido à comunicação e constitui a compreensão sistêmica acerca de um determinado fenômeno, aplicável para todos os sistemas de sentido, no que se inclui o direito.

A dimensão material é tida como o ponto de partida da articulação de sentido, de modo que “destaca algo como ainda indeterminado em relação a outra coisa ainda indeterminada” (LUHMANN, 2016, p.98-99). Portanto, essa dimensão também é para Luhmann uma forma de dois lados, pois há um desenvolvimento do aspecto material em um horizonte interno de sentido para o sistema e outro horizonte para o exterior do sistema. O objetivo não é delimitar objetos, mas sim de construir a diferença entre sistema e ambiente, não para que seja possível a planificação ou planejamento, mas sim para assegurar a capacidade evolutiva ao sistema (LUHMANN, 2016, p. 115).

Poder-se-ia dizer que a dimensão material é o ponto de partida e a própria resolução do ato comunicacional, dado que as demais dimensões impactam na comunicação de forma velada – isto é, se não forem tematizadas. Assim, apenas quando houver a tematização do aspecto social ou do aspecto material que este será cotejado de uma perspectiva material. Por isso, as dimensões temporal e social operam seus efeitos em um nível reflexivo.

Pela ideia de que a dimensão temporal permite a abertura entre o que foi, é e o que será, possibilitando uma abertura reflexiva contida pelo próprio tempo, decorre a capacidade de regulação, tanto interna como externa ao sistema. Em sistemas hierarquicamente estruturados, por meio da tematização do horizonte temporal traduzido para a dimensão material pelo cálculo de risco, é possível realizar a planificação (ou neutralização) da historicidade da unidade do sistema de conflito, como ocorre na modulação dos efeitos decisórios. Assim, a diferença experimentada no presente pelo sistema pode ser utilizada para a construção de uma comparação *passado-presente*, ou mesmo de uma previsão de *presente-futuro*. “O tempo é a interpenetração da realidade em relação a uma diferença entre passado e futuro” (LUHMANN, 2016, p. 100), que ocorre sempre no presente. É por meio da comparação das ocorrências passadas e das projeções futuras no presente que se pode compreender o surgimento da *história*, que só pode ocorrer “mediante rompimento de sequências” (LUHMANN, 2016, p. 102) – mesmo porque, se sempre

as ocorrências fossem iguais, não seria necessário comparar o que foi para, com isso, projetar o que será.

Esse ponto é elucidativo para a transição do paradigma de sistemas fechados, que operam como máquinas que tratam os *inputs* sempre com os mesmos *outputs* (exceto quando estão quebrados), pela constatação de que há aprendizado no interior do sistema que permite que este evolua em conjunto com o ambiente. Nos sistemas fechados, o ambiente só tem significado para o sistema por meio de canais especiais, pois como regra o que importa é como a estrutura de sentido capta determinado estímulo, que será processado para resultar no *output*. Os sistemas abertos, por sua vez, se relacionam com o ambiente e, por meio de suas estruturas, transformam as operações internas do sistema pela incorporação de novas diferenças que, por sua vez, impactam as próprias estruturas de sentido. Essa migração é a base para a compreensão dos sistemas autorreferenciais, que observam e são irritados pelo seu ambiente, questão que implica no reconhecimento de semelhanças e diferenças que serão processadas pelas estruturas do próprio sistema, com base em seus próprios elementos. Assim, embora o sistema possua uma abertura para o ambiente, ele também terá seu fechamento operativo no processamento das comunicações por seus próprios elementos (LUHMANN, 2016, p. 17-28).

O tempo é o elemento balizador de realidade para o sistema e força a contingência para a tomada de uma decisão, pois não se encontra no plano ideal e se revela como a imposição da realidade sobre o sistema social (LUHMANN, 2005, p. 34). Dito em outras palavras, só existe tempo no presente.

Por isso, há uma pressão seletiva que força a tomada de uma decisão para que a comunicação persista ou cesse, o que agrega um elemento de reflexão sobre os custos para a tomada da decisão, tendo em vista que toda a decisão está sujeita a um risco (de se decidir mal ou incorretamente). Luhmann defende que a autorreferência é o que possibilita o dimensionamento dos custos da própria decisão, sendo que o tempo é necessário para que sejam buscadas soluções melhores (LUHMANN, 2005, p. 35). Essa reflexão acerca dos custos intrínsecos ao processo decisório também é objeto da pesquisa de Ulisses Viana, notadamente com relação à *fórmula de risco* que surge no contexto da contingência de se decidir hoje e seus efeitos sobre o futuro, embora “não se possam “prever” os resultados da própria decisão e, de antemão, tomar precauções no sentido de serem evitados ou minimizados riscos de prováveis danos” (VIANA, 2011, p. 204).

É relevante a temática do risco quando se pensa que a própria decisão irá impactar toda a coletividade, mas o risco não está apenas em assegurar um presente-futuro, preocupação típica de quem pensa no estado de coisas jurídico, mas sim na perspectiva de assegurar o presente-passado, objetivo das lides jurídicas travadas junto ao Poder Judiciário. Quando os riscos e danos moldam não só a decisão, mas impactam na própria reflexividade do sistema jurídico, o código legal ilegal não se revela suficiente para dar conta da complexidade que deve ser enfrentada pelo direito. Disso, inclusive, que decorre a afirmação de que o papel do Poder Judiciário se transforma em um agente de políticas públicas, que avalia o que é melhor ou pior com base em valores próprios, que se tornam riscos sistêmicos e são tomados como verdades absolutas no curso do processo decisório e limitam a própria eficácia da tutela jurídica. Por isso é importante refletir sobre a tematização do risco para que se compreenda o problema dos paradoxos que são criados sob o estandarte da segurança jurídica e excepcional interesse social.

Feita esta digressão, tem-se que, na utopia de um mundo sem tempo, não existem limitações para que seja tomada a melhor decisão, pois haveria a possibilidade de imaginar, refletir, projetar e calcular todos os possíveis cenários decorrentes da tomada de decisão e, com isso, mitigar todos os riscos inerentes de se decidir, que consiste em dizer o que é e, com isso, negar todas as possibilidades que não são. Como isso não ocorre, o tempo se torna um multiplicador de contradições, pois quanto mais tempo, mais opções podem ser e, com isso, mais comunicações são processadas pelo sistema, de modo que é majorada a possibilidade de tomadas de decisões contraditórias e, por outro lado, seja forçada a tomada de uma decisão (pois o tempo não para), o que limita a capacidade do sistema de projetar ao infinito as possibilidades que poderiam ser e o obriga a definir o que será (e o que foi).

Por fim, a terceira dimensão de sentido é a social, denominada de reflexão, e busca compreender as perspectivas que ego possui de alter e que alter possui de ego para que seja possível a construção de uma identidade do sistema (LUHMANN, 2016, p. 103). A compreensão que um sistema tem de si só pode ser generalizada caso este apreenda o sentido que os demais subsistemas possuem com relação ao observador. Assim, essa dimensão ganha relevância ao se constatar que a realidade não é construída de forma unívoca no contexto social – questão que reforça a ausência de solipsismo na construção de sentido social. Cada observador constrói sua própria

realidade psíquica que é traduzida em comunicação para que possa ser compartilhada com a sociedade pelo emprego do meio simbólico generalizado, que será, por sua vez, interpretado pelos demais sistemas (psíquicos e sociais). Assim, é possível a construção de um arcabouço de sentido que seja compartilhado pela sociedade coletivamente considerada. Com isso é possível que o sistema apreenda a complexidade do ambiente pela organização de seus próprios elementos e, ao incorporar as diferenças apuradas na construção do sentido coletivo, estruturar sua própria complexidade (LUHMANN, 2016, p. 112). Veja-se que isso também permite que o sistema apure a existência de expectativas legítimas construídas com base em uma compreensão de norma princípio adotada pelo jurisdicionado e, mesmo não legitimando sua interpretação, preserve total ou parcialmente a confiança depositada no direito.

Torna-se também possível compreender melhor a *autopoiese* quando se percebe que este conceito leva à construção da identidade de um sistema tendo como ponto de partida a diferença de si com relação ao ambiente. Por isso, os sistemas autopoiéticos constroem sua própria realidade a partir da observação do ambiente, possuindo códigos e programas próprios que impactam como o evento será processado pelas suas estruturas para que possa gerar sentido e ação. Isso só ocorre quando existem elementos mínimos para que o subsistema possa se diferenciar funcionalmente dos demais, notadamente quando há uma estrutura de sentido por meio de código e linguagem próprios que permitam a atribuição de sentido às comunicações por ele produzidas em um movimento autorreferente.

A autorreferência, por sua vez, pode ser conceituada em três níveis cuja diferença consiste no objeto da observação pelo sistema, quais sejam: (i) autorreferência basal; (ii) reflexividade; (iii) e reflexão. A relação da autopoiese nestes níveis é o que permite ao sistema a capacidade de se regular e, com isso, processar a contingência do meio e limitar a própria efetividade das comunicações por ele emanadas. Sobretudo nos níveis de reflexividade e reflexão, há uma relação evidente com estruturas planificadoras de sentido, como ocorre com os procedimentos para fixação de entendimentos vinculantes (temas de repetitivo e repercussão geral) e na modulação de efeitos decisórios, ferramentas à disposição dos julgadores para melhor administrar o próprio sistema jurídico e suas contradições.

4.1.3 Os níveis de autorreferência e seu papel na construção de sentido

A autorreferência basal consiste em um primeiro nível operativo, em que o sistema visa distinguir entre o que é o ambiente e o sistema e, com isso, possa gerar sentido, processando os *inputs* do meio em *outputs* (LUHMANN, 2016, p 228-229). Como os sistemas se decompõem em comunicações, a autorreferência basal consiste em um teste acerca da compreensão da comunicação anterior pela que se segue. Caso o teste seja positivo, o sistema trata a comunicação com um sim, de modo que esta será recursivamente incorporada no contexto do sistema e, com isso, permite a continuidade das comunicações pela conexão da comunicação anterior com a que está por vir (LUHMANN, 2016, p. 167). Caso o teste seja negativo, o sistema nega a comunicação com um não, o que implica no reconhecimento de que a comunicação não possuía elementos de conexão com as comunicações anteriormente veiculadas no sistema.

Há contradição ou paradoxo quando uma comunicação previamente catalogada como um não, ao ser absorvida e processada pelas estruturas do sistema, leve a um sim. Nessas hipóteses, o próprio sistema será confrontado com o outro lado da escolha ao observar sua historicidade, com possível implicação no tocante à paralização da ação – razão pela qual se diz que podem surgir contradições ou paradoxos (contradições profundas) no fluxo da operatividade do sistema do direito.

Importa destacar que a compreensão dos paradoxos e sua relação com o direito é central para a tese que se defende, dado que um dos produtos da modulação dos efeitos decisórios é a criação de um paradoxo indissolúvel pelo próprio direito, no qual se trata um mesmo evento de forma díspar por uma construção que se encerra na decisão proferida. Por isso, comumente se afirmaria que as contradições são vistas como inconsistências na construção do sentido, enquanto os paradoxos são vistos como interrupções no curso de ação. Os paradoxos no âmbito social são transformados em lides jurídicas, razão pela qual Luhmann e outros autores defendem que o sistema jurídico desparadoxaliza as relações sociais e permite a continuidade na construção de um sentido comum. A autopoiese basal seria, portanto, uma forma de desparadoxar as relações sociais, se materializando no próprio comando normativo enunciado pela decisão judicial. Dessa forma, o sistema jurídico se funda nos próprios paradoxos comunicativos da sociedade e neles encontra movimento e recursividade. Não obstante, o próprio sistema jurídico pode criar paradoxos dentro de sua própria

estrutura de modo a tratar um mesmo evento social como jurídico e anti-jurídico simultaneamente – paradoxo este que causa perplexidade social e suscita dúvidas com relação à própria diferenciação funcional do sistema jurídico.

Exatamente por surgirem consistências e inconsistências decorrentes da pluralidade de decisões, há o surgimento de um segundo nível de autorreferência, que consiste no processamento da historicidade das comunicações apreendidas pelo sistema de forma reflexiva, o que permite a avaliação de se, efetivamente, há elemento de conexão que permita o controle de sua compreensão (LUHMANN, 2016, p. 167). A reflexividade, neste contexto, é tratada como um segundo nível de autorreferência que visa observar os processos de geração dos *outputs* (autorreferência basal). Dito em outras palavras, trata-se de uma instrumentalização das comunicações sistêmicas para que seja possível a construção de uma unidade da estrutura de processamento das comunicações frente à sua variabilidade histórica, o que "fortalece e adensa características processuais típicas" (LUHMANN, 2016, p. 503).

Após a construção de uma unidade das comunicações contidas no sistema, torna-se possível que este compreenda o processo de formação da autopoiese basal e, com isso, se observe como um observador, fazendo com que o sistema possa compreender como o ambiente observa o sistema, construindo uma identidade por meio da reflexão (VIANA, 2011, p. 138). Dessa forma, é possível afirmar que os sistemas sociais são compostos de comunicação, que deve ser compreendida como processamento de seleção dos elementos que são passíveis de gerar sentido no contexto social (LUHMANN, 2016, p. 164), sendo a comunicação uma forma de construir a representação do meio para o sistema, transformando a diferença entre a informação veiculada e participação dos sistemas na comunicação em uma aceitação ou rejeição da participação (LUHMANN, 2016, p. 172).

Ambas as partes em comunicação, quais sejam alter e ego, criam a representação de suas diferenças, questão que é denominada por Luhmann de dupla contingência, ou uma forma de dois lados. O sentido será filtrado pelo sistema mediante o confronto das informações trazidas pelos agentes individuais no esforço de construção de comunicação. Com isso, o sistema gera uma contingência que sintetiza a comunicação filtrada com base em premissas próprias que, necessariamente, capta o fenômeno de uma forma diferente da que lhe é apresentada. Como indica Ulisses Viana, apenas algumas irritações do ambiente

serão processadas em sentido, de modo que tenham “capacidade de ressonância” (VIANA, 2011, p. 143).

Assim, a comunicação visa veicular tanto as semelhanças como as diferenças de cada um dos lados da forma, o que torna apreensível a complexidade do ambiente, que deixa de ser entregue ao acaso e passa a ser reintegrado no processo de construção de sentido, processando seletivamente os elementos comunicativos para que se torne possível a continuidade da própria comunicação, que possui um meio-fim em si mesma. Ao se realizar, a comunicação possibilita que o sistema processe a sua própria historicidade em um dos níveis de reflexividade apresentados, de modo que se torna possível que esta sirva de informação para novas comunicações, sendo reintegradas ao processo. Nesse sentido, afirma Luhmann que, “sendo o ambiente suficientemente complexo e não ordenado puramente ao acaso, aos poucos resultam experiências de comprovação que são então reintegradas ao processo” (LUHMANN, 2016, p. 172-173).

É possível, com base na conceituação da autopoiese em seus três níveis, quais sejam basal, reflexividade e reflexão, extrair considerações preliminares sobre a modulação de efeitos decisórios, dado que esta atua nos dois extratos superiores, quais sejam reflexividade e reflexão. Veja-se que após a prolação de uma decisão, há um desprendimento da lide meritória (que recai sobre a autopoiese basal) e passa-se a haver uma discussão procedimental acerca dos efeitos jurídicos possíveis de uma decisão.

A reflexividade desempenha o papel central na aferição dos requisitos procedimentais que são necessários para a realização de uma modulação de efeitos. Neste momento é que se verifica a adequação da via eleita, existência de discussão prévia acerca da matéria, legitimidade da parte que invocou a necessidade de modulação, e existência dos pressupostos para sua aplicação que, considerados em abstrato, remetem a estruturas sistêmicas em detrimento da própria comunicação que está sendo modulada. É no plano da reflexividade que se consolida uma perspectiva processual de como o próprio sistema jurídico manipula suas estruturas e, em um contexto de liberdade interpretativa e amplitude das possibilidades, a segurança jurídica atuaria em um sentido de preservação das comunicações e de sua futura replicabilidade, fortalecendo a semântica jurídica, isto é, qual expectativa que um observador tem de que o conceito seja replicado no futuro para casos análogos.

Outra questão relevante é que só mediante o fortalecimento da reflexividade do sistema, com aumento de coesão interna de suas estruturas e comunicações, que se torna possível alcançar uma compreensão coerente acerca da própria identidade do direito. A identidade do direito é importante tanto para a previsão do futuro, isto é, se haverá estabilidade na aplicação do conceito e semânticas, como para a interpretação do próprio presente, dado que os jurisdicionados também precisam interpretar as decisões tomadas pela corte, o que nem sempre traz um resultado unívoco. Como os tribunais se manifestam sobre como o direito percebe os eventos do ambiente – inclusive tomando decisões sobre questões técnico-científicas e com relação a garantias constitucionais –, a identidade do direito se torna relevante para que se compreenda a própria decisão jurídica. Assim, quanto menor a coesão interna no processo de reflexividade, mais empobrecido será o processo de reflexão, já que tudo pode ser na indefinição do direito.

É possível perceber que o sistema de conflito possui essa mesma estrutura comunicacional que resultará, em última instância, na construção de uma comunicação jurídica para pacificar algum paradoxo que surge no contexto das relações sociais. Veja-se que dentro do sistema de conflito há uma dupla contingência que comporá a comunicação a ser processada pelo sistema, o que implica em uma primeira abertura de sentido do sistema com relação ao ambiente e permite a este experimentar as diferenças de cada uma das partes envolvidas na comunicação e, com isso, (re)processar seus elementos por meio da autopoiese pela chancela de uma ou outra das expectativas sociais em litígio. Com isso, é possível que o sistema de conflito seja pensado tanto da perspectiva da autorreferência basal, que diz respeito à solução da lide propriamente dita, como também da perspectiva reflexiva até que alcance a construção de uma identidade pelo sistema.

4.1.4 O fechamento operativo como *hiperciclo*: a influência das comunicações proferidas na estrutura de construção de sentido sistêmico

Teubner compreende que a existência de autopoiese em seus três níveis é o mínimo para que um conjunto se torne um sistema, mas, considerando que o sistema é composto de operações, somente quando é alcançada a recursividade no tocante à compreensão do código de pertença e exclusão é que se pode falar no fechamento operativo que demarca o limite do sistema. Essa recursividade com relação ao código

jurídico decorre da estruturação da complexidade do direito e tem tão somente como ponto de partida a autorreferência, pois para que seja alcançada a autopoiese, exige-se que as estruturas de sentido possam ser retroalimentadas com as comunicações anteriores, permitindo ao sistema sempre (se) testar e validar os caminhos até então adotados.

Assim, embora seja verdade que normas que produzem normas e símbolos que produzem símbolos seriam considerados *auto-referenciais*, isso não é suficiente para que se configure a *auto-regulação* ou quiçá *autopoiesis*. Essa constatação se fundamenta no pressuposto da diferenciação funcional do sistema do direito, que deve ser portador de uma função real no contexto social, o que possibilita a construção de uma identidade que aglutine possibilidades de sentido por meio de estruturas próprias. Só então é possível afirmar que há um sistema de ação (TEUBNER, 1989, p. 39). Dito em outras palavras: o direito é quando produz efeitos reais, e não quando é meramente simbólico.

Com base nessa distinção e com o objetivo de aprofundar o que seria a autopoiese jurídica, Teubner indica que são três as dimensões da *auto-referência*, quais sejam a *auto-observação*, *auto-regulação* e a *auto-produção*, que se relacionam indiretamente com os níveis de autorreferência descritos por Luhmann como sendo *autorreferência basal*, *reflexividade* e *reflexão*, mas não se limitam a eles. Isso, pois a *auto-observação* só se torna possível quando há autorreferencia basal e, por meio dela, por exemplo, é possível empreender o esforço reflexivo que irá influenciar as conexões subsequentes, exatamente como Luhmann defendia. Ademais, a *auto-regulação* também só é possível mediante o emprego da reflexividade e, em conjunto, estas possibilitam a *auto-produção*. Talvez também seria possível enquadrar o conceito de reflexão com a ideia de *hiperciclo*, que seria um arranjo mais elaborado da ideia de que o sistema constrói sua própria identidade ao ter controle sobre a sua própria reprodução. Por essa razão, é possível compreender estes conceitos de Teubner como derivados dos conceitos já trazidos por Luhmann sobre a autopoiese e auxiliam na aplicação prática dos institutos jurídicos pois, embora aumente a complexidade, a reduz pela materialização do conceito de *hiperciclo*.

Neste particular, a *auto-observação* seria a “capacidade de um sistema influenciar as suas próprias operações para além da mera articulação sequencial destas” (TEUBNER, 1989, p. 40). Com isso, o sistema não seria uma máquina trivial, que apenas repete as operações anteriores, mas as observa e as projeta para o futuro,

com a finalidade de sedimentar estruturas de sentido que possibilitem a *auto-descrição*. A junção da *auto-observação* com a *auto-descrição* permite que o sistema acesse um segundo nível, de modo que passa a construir conexões acerca do que seria sua própria identidade, assegurando-lhe capacidade de ação. As reflexões acerca da identidade do sistema consistiriam no papel típico da doutrina jurídica, eis que esta não produz direito, mas estrutura as operações de sua produção e reflete sobre os elementos jurídicos, que se reúnem em torno de uma prática social.

Ademais, por consequência de o sistema se criar pelos seus próprios elementos, este se *auto-organiza*, estruturando seletivamente sua complexidade pelas conexões realizadas com base em uma norma de reconhecimento que identifica quais são as regras vigentes que serão utilizadas pelo direito para resolver as controvérsias sociais (TEUBNER, 1989, p. 42). Com isso, é possível afirmar que a ordem jurídica é produzida internamente, com base em elementos oriundos do direito, não imposta pelo exterior. A ideia da influência da auto-regulação no tocante às operações futuras do sistema é explorada por Luhmann pelo conceito de *reentry*, em que a comunicação é reintegrada no processo de geração de sentido pela sua recorrência na historicidade sistêmica. Neste particular, Teubner aplicou os conceitos da própria teoria dos sistemas para construir um conceito de autopoiese que se relacione com a capacidade funcional do sistema de autogerenciar sua própria complexidade, sendo útil nesta análise dado que a modulação de efeitos decisórios é uma das formas procedimentais disponíveis ao sistema para que possa exercer esta função.

Uma variante da *auto-organização* é a *auto-regulação* em que, além de o sistema estruturar sua própria complexidade e estabilizar o sentido por meio de estruturas, este também pode alterar as estruturas estabilizadas por meio de critérios próprios. Pode-se compreender que o sistema jurídico se torna plenamente autorregulado quando este desenvolve regras próprias para não só identificar as fontes, mas para alterar e replicar o próprio direito, tornando possível o gerenciamento da complexidade social e, com isso, a preservação da segurança jurídica. Ao gerar e gerenciar sua própria complexidade, ao sistema é possibilitado alterar a estabilidade dos sentidos atribuídos no passado em sua projeção para o futuro e, assim, tornar-se *auto-reflexivo* ao se *auto-regular* e *auto-descrever*.

4.1.5 Modulação de efeitos decisórios como auto-regulação do hiperciclo de sentido jurídico

Com base na compreensão do *hiperciclo* na construção do sentido jurídico, é possível o surgimento de uma forma de argumentação sobre a identidade própria do sistema, que impacta no plano da aplicação prática do próprio direito. Também é possível a utilização do código jurídico em um processo reflexivo, aplicando novamente um teste de verificação após a prolação da decisão jurídica, em uma autopoiese de dupla forma, que parte de uma decisão jurídica para analisar se os efeitos por ela provocados são também jurídicos, promovendo a *auto-reflexividade* do direito pela *auto-regulação* a partir da *auto-descrição* do fenômeno jurídico, o que ocorre com a modulação de efeitos decisórios.

Isso, pois como já narrado nos capítulos anteriores, a modulação de efeitos decisórios tem como ponto de partida uma decisão proferida em um procedimento que tenha o condão de impactar de forma generalizada todo o sistema social e, ao se alargar o aspecto social da decisão, há a necessidade de se mitigar o horizonte temporal dos efeitos jurídicos que dela derivam. Isso, sob pena de a decisão se tornar inexequível ou provocar mais danos à manutenção do sistema social como um todo que a preservação da tutela assegurada, considerando que a Constituição é a fonte de todo o sistema social que tem a normatividade como aspecto secundário quando comparado ao interesse social.

Este ponto se revela central na compreensão da aplicabilidade da teoria dos sistemas, em especial na construção do sentido jurídico e da criação de uma identidade do direito, que frequentemente tem sido nulificada pela forma com a qual os tribunais realizam a modulação dos efeitos decisórios, sobretudo em matéria tributária, dado que por meio dessa abertura proporcionada pela reflexão e pela valoração constitucional, esvazia-se a própria normatividade do direito e coloca-se em risco a sua capacidade funcional de assegurar as expectativas sociais de segundo nível. Neste contexto de extrema pressão do meio, a contingência do direito passa a ser impactada fortemente por elementos políticos e sociais, tudo em prol de uma máxima de maior rendimento, questão que se relaciona diretamente ao cansaço e à exaustão.

Talvez a superação da sociedade disciplinar – com a alteração da percepção dos sujeitos de obediência pautados pela negatividade da proibição, do controle

negativo proporcionado pela jurisdição –, pela “sociedade do desempenho”, marcada pela positividade do “yes we can”, reflete exatamente esse movimento paradigmático em que, “no lugar de proibição, mandamento ou lei, entram projeto, iniciativa e motivação” (HAN, 2017, p. 23). Transportando essa ideia para a operatividade do sistema jurídico, ter-se-ia que o impacto da alteração do paradigma comunicacional se deu pela desnaturação do código jurídico, com o fortalecimento de decisões mais proativas de uma perspectiva política pelo Poder Judiciário frente à clássica proteção negativa contramajoritária.

Com isso percebe-se o impacto na função do direito de assegurar proteção contramajoritária com base em seus próprios elementos. Pode-se dizer que a *auto-regulação* proporcionada pela modulação dos efeitos é marcada por uma positividade excessiva que esvazia a própria identidade e função do direito, que passa a se regular por outro código com influências políticas acentuadas, restando prejudicado o seu caráter contramajoritário que se dá em homenagem à eficiência e racionalização pelo próprio tribunal dos riscos sociais advindos do direito. Esse é o problema que mais incomoda a doutrina, sobretudo pela constatação de que há possibilidade de se “ganhar e não levar” nas discussões tributárias com entes públicos.

Mas há que se ter em mente o problema que existe com relação à auto-segmentação do direito a pretexto de se regular os impactos advindos de uma decisão. Isso, pois como narrado no capítulo 2, o ônus de financiamento da sociedade em um contexto capitalista privilegia a isonomia, livre iniciativa e capacidade contributiva, tudo em respeito à solidariedade social que se espera na fixação dos encargos de custeio da máquina pública. Sua falência parcial no estado pós providência é uma marca da dificuldade que adveio de um inchaço proporcionado pela burocratização e excesso de intervenção social, mas não deveria realmente nortear um discurso em sentido contrário, a dizer que a arrecadação é irrelevante e que as contas públicas devem se acomodar a qualquer discussão judicial, sobretudo quando houver mudanças de posicionamento por parte dos membros da corte. É possível que o julgador erre, as discussões são complexas e alguns argumentos seduzem mais que outros – no entanto, os julgadores não podem se esquivar de decidir e, por não ser possível contrariar a Constituição, se colocam em uma situação complicada que pode ser atenuada pelo uso da modulação dos efeitos decisórios. Isso, pois a modulação tida como autorregulação é, em verdade, uma forma de o julgador se desresponsabilizar de sua decisão e, com isso, ter maior liberdade para decidir

juridicamente sobre as questões em lide. A situação não é de simples resolução, dado que envolve aspectos temporais e materiais relativos a entendimentos prévios chancelados pela corte, mas pode ser bem observada no plano da auto-regulação, dado que a decisão que limita os efeitos decisórios é uma forma de o sistema jurídico se modular, resolvendo o problema da contingência em um movimento de dentro para fora do sistema. Por isso, a auto-regulação é o ponto central na tematização da modulação dos efeitos, dado que a sua operação autorreferencial já é reflexiva por excelência, pois parte-se do *output* processual e se reporta à matriz de preferibilidade dada a alta carga axiológica contida nas expressões excepcional interesse social e segurança jurídica.

4.1.6 A autoprodução jurídica como fechamento do hiperciclo: o controle do sistema do direito pelos seus próprios elementos

Por fim, o último ponto que consolida o fechamento do hiperciclo é a *auto-produção* – usualmente é conceituada como sendo a capacidade do sistema se produzir a partir de seus próprios elementos –, é temperada por Teubner para deixar claro que se *auto-produzir* não significa isolar o seu sentido do ambiente, eis que o direito é influenciado e condicionado por influências provenientes de outros sistemas, notadamente o sistema político e econômico (TEUBNER, 1989, p. 45). Para ilustrar a *auto-produção* é dado o exemplo do jogo (de xadrez), que consiste em uma sequência de eventos temporalizados, que são captados pelo sistema com base em suas regras e, com isso, permite-se a realização de novos movimentos a partir dos que já foram articulados, articulando um fluxo de eventos que servem de articulação seletiva para que ocorram novas eventos com base na estrutura [do jogo].

Essas formas de autorreferencialidade para Teubner não se confundem com a ideia de *autopoiesis*, embora confiram ao sistema condições mínimas para que possa existir um sistema autopoiético (TEUBNER, 1989, p. 47). O que falta para um sistema autorreferente se tornar *autopoiético* seria a capacidade deste se retroalimentar pelo seu ciclo de auto-produção, o que é chamado de *hiperciclo*, isto é, uma auto-manutenção de sentido obtida através da utilização do resultado da auto-produção de forma cíclica pelo sistema, que realimenta o seu sentido e consolida os conceitos que servem de base para a criação e consolidação do direito. (TEUBNER, 1989, p. 49).

Em síntese, os principais aspectos da autopoiese podem ser assim elencados:

1. Auto-produção de todos os componentes do sistema.
2. Auto-manutenção dos ciclos de auto-produção através de uma articulação hipercíclica, e
3. Auto-descrição como regulação da auto-reprodução. (TEUBNER, 1989, p. 52).

Considerando que o direito visa estabilizar as expectativas no contexto social, é possível afirmar que este é um sistema autopoiético de segundo grau, pois suas conexões basais servirão de referência para dissolver os conflitos da sociedade e, por isso, a função por ele desempenhada é de sistema imunológico da sociedade. A ideia de sistema de segundo grau decorre da compreensão de que o direito analisa as expectativas que os jurisdicionados têm de que o direito irá assegurar a sua expectativa, mediante a temporalização do conflito pela lide. Em seu aspecto nuclear, seria possível afirmar que por analisar expectativas de expectativas, o direito sempre parte de uma estrutura reflexiva – constatação que parece natural tendo em vista que a dissolução de um conflito sempre deve ser precedida de reflexão sobre o contexto em que a compreensão da própria expectativa se formou.

Tem-se, portanto, que as expectativas asseguradas pelo direito se dão em segundo nível, pois partem de expectativas extraídas de outras expectativas (VIANA, 2011, p. 152). Com isso, é relevante a conceituação trazida por Teubner, que afirma que em um primeiro grau o sistema jurídico se autonomiza ao articular seus próprios elementos em um *hiperciclo* e visa, com isso, assegurar as expectativas das expectativas, dado que nos impasses sociais, sempre existem duas expectativas opostas que se pretendem ser preservadas na maturação da lide (TEUBNER, 1989, p. 53). Por isso, é possível que o sistema jurídico exerça sua função de sistema imunológico da sociedade (LUHMANN, 2016. p. 424-425).

Essa função o sistema exerce por meio do monopólio da violência que, substituído pela hierarquia no interior do sistema, faz com que este possa construir sobre as expectativas que estão em conflito no sistema social. Isso leva à possibilidade de que o direito se oriente de forma contrafactual, mantendo a validade mesmo quando há no âmbito da sociedade uma frustração da expectativa (CLAM, 2006, p. 78). Os sistemas de conflito são, em verdade, sistemas autopoiéticos parasitários “que se formam a partir de ocasiões dadas em outros sistemas”, tendo

como motivo de seu desencadeamento uma versão negativa de uma dupla contingência: “eu não faço aquilo que você gostaria que eu fizesse, se você não fizer o que eu gostaria que você fizesse”. (LUHMANN, 2016, p. 443).

Por isso, o sistema jurídico visa dissolver o sistema de conflito, que é tratado como um elemento estranho ao sistema que precisa ser neutralizado para que se retorne à paz social. Resta ao sistema jurídico definir qual a resposta a ser dada por meio de seus próprios códigos e programas para dissolver o impasse, embora enquanto terceiro, possa exercer uma influência sobre as próprias expectativas enquanto não decidir quais são as condições para a resolução do conflito. Com isso, há a reintrodução da incerteza de como um conflito será resolvido toda vez que este for instaurado pela lide jurídica, o que possibilita a adoção de novas respostas, que consolidam novas estruturas e legitimam outras possibilidades de seleção diversas daquelas que se adotaram até então, sem ignorar a historicidade das decisões prévias proferidas que geram expectativas perante a sociedade.

Embora Luhmann afirme que a autopoiese é um conceito absoluto, que ou está presente ou não está, Teubner defende que tanto a autonomia como a *autopoiesis* devem ser tidos como conceitos gradativos, questão que decorre da particularidade de se incorporar um conceito proveniente da biologia para explicar fenômenos sociais que são constructos culturais, inventados por meio do ato jurídico que passa a gerar novos atos jurídicos e, com isso, não basta que o sistema jurídico crie seus próprios elementos para que se aperfeiçoem, é necessária a integração da historicidade com o próprio processo de criação, sendo autônomo apenas o sistema que articula o *hiperciclo* (TEUBNER, 1989. p. 58).

4.1.7 Autonomia e desdiferenciação funcional

A aplicação do conceito da autopoiese na reprodução dos elementos do sistema jurídico impacta diretamente na compreensão do conceito de autonomia. Muito mais do que ter liberdade para se definir o que é, pela reinserção dos sentidos proporcionados pelo *hiperciclo*, percebe-se a existência de uma certa flexibilidade da identidade do direito, dado que as estruturas de sentido podem ser utilizadas ou não, inclusive ser esquecidas e perderem a sua validade. Essa flexibilidade revela que a autonomia do sistema se manifesta na autolimitação, de modo que “não tem outro

significado que não o de ser consequência de um fechamento operativo.” (LUHMANN, 2016. p. 84).

A autonomia diz respeito à liberdade de pressões externas que o julgador sofre no exercício de sua atividade, dado que a ele é livre a formação da convicção, com base nos ditames do direito. Não obstante, o próprio julgador possui vieses que impactam na apreensão dos valores trazidos pelo texto constitucional. Isso pode ser um problema quando a política atue de forma direta e destrutiva nos pontos de acesso que possui com a corte e esse constrangimento promova a desdiferenciação funcional. Com isso, há uma preocupação com relação à abertura axiológica do direito frente ao seu fechamento operacional. Isso, pois o sistema jurídico possui aberturas axiológicas que são tidas como matrizes valorativas e podem, ao substituir o código jurídico, promover a desdiferenciação do sistema, sobretudo em um movimento de racionalização excessiva com vista a uma lógica de produtividade, em que o direito pode ser moldado para suprir as ineficiências das instituições no tempo, não de forma excepcional, mas de forma reiterada e cada vez mais normalizada no contexto decisório. Por isso, afirma-se que, no que diz respeito à autonomia do sistema do direito, a política pode atuar de maneira destrutiva nesses pontos de acesso. “Entretanto, isso não significa nada para o conceito de autonomia (afinal de contas, não é o café que tem gosto ruim, mas o sal que foi posto no lugar do açúcar)” (LUHMANN, 2016, p. 85).

Assim, no sistema do direito, só há *autorreferência* mediante legitimação interna (LUHMANN, 2016, p. 86), tornando possível que sejam captados os conflitos sociais e submetidos à imunologia pela estabilização da expectativa em âmbito social, estabilização esta que crescentemente deve recorrer a soluções pacíficas, com menor impacto social (LUHMANN, 2016, p. 86). Isso não significa que os atores individuais não exerçam influência sobre o resultado do que é jurídico, sobretudo pela consideração que o direito é operativamente fechado e cognitivamente aberto. A possível influência dos outros sistemas sociais no sistema do direito pode ser evidenciada na interpretação jurídica em decorrência não só da abertura da linguagem, mas também pela constatação de que o sistema jurídico é um sistema de segundo grau, que capta conflitos originados do sistema social e a eles se sobrepõe para impor a expectativa que o sistema jurídico entende que merece ser preservada.

Não serão todos os conflitos da sociedade que serão submetidos ao sistema jurídico, mas somente aqueles que, por ter sido experimentada uma contradição ou

paradoxo que impeça a continuidade da comunicação, sejam submetidos à sua deliberação pela temporalização mediante o processo judicial. A lide jurídica é um sistema de comunicação próprio, que absorve o conflito social tomado a termo em linguagem jurídica para que seja possível o seu processamento à luz do código, estruturas e programas e, ao final, produz uma decisão que será vinculante para as partes em conflito. A decisão é proferida sem que seja necessário recorrer à violência embora, se não for cumprida espontaneamente, a parte poderá se valer da violência institucionalizada para fazer valer o seu direito.

O sistema jurídico, portanto, é um terceiro que se situa fora do sistema em conflito, tem no conflito seu ambiente e, por não poder denegar a decisão, filtra seletivamente as comunicações do meio pelo código e programas jurídicos, com base na distinção legal/ilegal e produz uma comunicação que vincula os demais sistemas. Por isso, Teubner afirma que há direito quando os conflitos surgem de divergências interpretativas ou com relação às expectativas que se submetem ao binômio de legalidade (TEUBNER, 1989, p. 79).

Como cada parte pode ter uma compreensão acerca do que é o direito, há uma possível contradição ou paradoxo ao serem tomadas como verdades simultâneas. Ao se deparar com este tipo de situação, cabe ao intérprete do direito projetar as expectativas das partes à luz do direito vigente e das interpretações até então dadas aos conceitos jurídicos. Com isso, é possível ao sistema se deparar com as suas próprias contradições (decisões proferidas em sentido contrário por um mesmo tribunal acerca da matéria em litígio) ou mesmo apreenda contradições e diferenças com relação às questões fáticas que são postas pelas partes.

O jurista, ao deliberar acerca de um conflito, não apreende a realidade como ela é, mas somente a realidade “jurídica” limitada pelo jogo comunicativo-jurídico. Embora Teubner não explique com clareza o que seria o tal jogo comunicativo-jurídico, é possível depreender que o direito não é decidido apenas em abstrato, mas com base em processos judiciais que traduzem em textos as provas e ocorrências que serão processadas pelo sistema jurídico. Com isso, a depender da instrução processual e dos argumentos depreendidos pelas partes litigantes, torna-se possível que uma mesma matéria seja decidida de forma diametralmente oposta pelo mesmo julgador, dado que os lances anteriores delimitaram os possíveis lances subsequentes disponíveis para a continuidade do jogo. Isso somado à multiplicidade de

entendimentos de um mesmo tribunal a depender do julgador que analisa a demanda, questão que causa fragmentação da jurisprudência.

Dessa forma, o direito não se reduz a um mero reflexo da consciência e mundividência do jurista, representando a construção do mundo pela utilização das regras próprias que o jogo-comunicativo jurídico delimita para a construção de uma comunicação social altamente seletiva que permite a diferenciação funcional do próprio sistema jurídico (TEUBNER, 1989, p. 94). Importa destacar que, como defende Luhmann, o sistema jurídico parte das operações dos demais sistemas e, com base no direito positivado (texto), produz argumentos que delimitam o significado destes (mais texto), questão que possibilita a atualização das conexões, tendo em vista que tudo que é poderia ser diferente, mas isso não pode implicar na alteração do símbolo de validade do direito – sob pena de que a argumentação crie uma nova regra capaz de modificar o que era jurídico e, com isso, impacte na validade pela incorporação de "preceitos morais de outra ordem" (LUHMANN, 2016, p. 451).

Assim, pode-se dizer que o sistema jurídico *autopoiético* é operacionalmente fechado e cognitivamente aberto, dado que este constitui sua própria unidade pela estruturação de sentido pelo *hiperciclo*, questão que não se confunde com um direito hermético e desconectado do restante do contexto social. Há uma construção de sentido jurídico para resolver os conflitos, embora também exista o fortalecimento de estruturas reflexivas do próprio sistema tendentes à redução da complexidade e racionalização das decisões, no que se insere o fortalecimento do sistema de precedentes e, por arrastamento, a modulação dos efeitos decisórios.

O problema da modulação dos efeitos decisórios surge, em verdade, pelo processamento reflexivo da decisão judicial proferida pela corte, de modo que se inicia pela observação de segundo nível da decisão, projeta seus impactos e os filtra à luz do próprio direito quando presentes os requisitos autorizativos para sua realização. A projeção destes impactos se dá no âmbito do aspecto temporal de sentido que, tematizado, materializa o risco de se decidir. Por isso, afirma-se que *a dimensão temporal pode ser incorporada à dimensão material pela tematização do risco*.

4.2 O tempo do direito: o regresso material pela tematização do risco

Para a compreensão de sentido jurídico, é indispensável compreender como o sistema trata o seu próprio tempo. Para um sistema social, o tempo é um multiplicador

de contradições, pois possibilita o rearranjo das comunicações, mas cria uma contingência para a ação, de modo que nem tudo que pode ser, será. Isso faz com que Luhmann afirme que o tempo é um multiplicador de contradições que, também, apazigua e dissolve as contradições, dado que, se pensarmos em um horizonte temporal amplo, os propósitos recaem em contradição, mas acontecimentos que não podem ser simultâneos podem ocorrer sucessivamente. Por isso, afirma que "[o] tempo tem, portanto, manifestamente uma relação contraditória com as contradições. Ele as amplia e as reduz. Por meio da variação dos horizontes temporais é possível regular, por isso, o que vem à tona como contradição desaparece" (LUHMANN, 2016, p. 429). Assim, a possibilidade de relativizar os horizontes temporais pelo manejo da reflexão faz com que o sistema possua capacidade regulatória e, com isso, possa dissolver as contradições que surgem em seu interior. Ocorre que os horizontes temporais de sentido proporcionam reflexões acerca de aspectos materiais projetados no tempo, seja ele passado presente ou presente futuro.

Para que o tempo se torne palpável é necessário tematizá-lo, de modo que deve ser transposto para a dimensão material e, com isso, impacte diretamente na decisão a ser tomada. É dizer, o aspecto temporal e o aspecto social de sentido, no direito, ganham relevância de duas formas: (i) exercem influência implícita no aspecto material pelos vieses dos julgadores (aspecto social) e pelas expectativas processuais das estruturas jurídicas (natureza da sentença, espécie de procedimento etc.); ou (ii) ao serem tematizados por meio de conceitos jurídicos que possuem alto grau de abstração (indeterminação). Essa tematização do tempo entra no sistema jurídico por meio de uma reflexão dos custos decorrentes da decisão, que podem funcionar como um sistema imunológico do próprio sistema jurídico, que deve externalizar os seus efeitos para que possa avaliar quais custos serão levados em conta. É dizer, "[a]lgo temporal precisa ser traduzido em algo material" e, com isso, seja possível calcular os custos de uma decisão – custos estes que se revelam contraditórios, dado que consistem em "algo que não se quer e que, apesar disso, atua voluntariamente" (LUHMANN, 2016, p. 433). Essas contradições, assim como a imunologia jurídica, não podem funcionar de forma *ad hoc*, mas pressupõem sistematização para cumprir a sua função.

Uma forma de não causar a sobrecarga da capacidade regulatória do sistema pela transposição das controvérsias para o aspecto temporal tematizado é a existência de uma recorrência do sistema jurídico de fornecer comunicações que

estabilizem as expectativas sociais (LUHMANN, 2016, p. 168). Para que isso ocorra, é necessário que a autoprodução do sistema do direito dê sentido repetitivo às expressões jurídicas, criando uma recursividade sobre o conceito, que pode ser denominada de semântica jurídica. Isso, pois como afirma Luhmann, "[s]omente o depósito de uma semântica para uso repetido conduz às vinculações temporais em sentido próprio" (LUHMANN, 2016, p. 168-169).

Vale lembrar que toda comunicação autorreferencial só ocorre no presente. Assim, passado e futuro são perspectivas definidas pelas próprias estruturas do direito e, dada a existência de diversas estruturas, é possível que o direito seja aplicado de forma diferente ao mesmo tempo (LUHMANN, 2016, p. 61). A estabilização de um direito sempre em transformação é decorrência também deste descompasso institucional, que permite que várias decisões sejam proferidas em sentido diverso, com base em referências diversas a depender dos horizontes de sentido das partes e julgadores envolvidos em cada sistema de conflito e que, submetidas à estrutura hierárquica do direito, são posteriormente pacificadas e generalizadas aos demais jurisdicionados.

É importante destacar que essa pacificação do conflito por uma decisão vinculante que se torna genérica em um momento subsequente enseja várias controvérsias jurídicas no tocante à preservação do direito no tempo e nos mostra que há uma tensão entre segurança jurídica (individual) e interesse social (coletivo). Essa tensão foi central no julgamento dos Temas de Repercussão Geral nº 881 e 885, que discutiam a eficácia da coisa julgada em relações de trato continuado. Na ocasião, o conflito era sobre a eficácia de coisa julgada individual que reconhecia a inconstitucionalidade da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) obtida por alguns contribuintes após a prolação de decisão em controle concentrado que reconheceu sua constitucionalidade. O STF entendeu que a decisão proferida vincularia também aquele contribuinte que obteve a coisa julgada individual. Este exemplo revela que há uma crescente preocupação do tribunal em planificar o horizonte material de sentido sistêmico e que não faria sentido obrigar todos a seguirem o comando proferido em controle concentrado menos alguns privilegiados – além de impactar flagrantemente o aspecto concorrencial destes contribuintes com relação aos demais. Este exemplo evidencia a capacidade de *auto-regulação* do direito pela manipulação do aspecto temporal da norma judicial enunciada – preservando-se inclusive a expectativa da coisa julgada pelo afastamento das

penalidades aplicadas aos contribuintes que tinham uma coisa julgada favorável, mitigando os impactos negativos da retroatividade *malam partem*.

O problema não é a autorregulação jurídica por meio da manipulação racional da própria identidade jurídica e construção de sentido pelas suas estruturas, mas sim o critério que é adotado pelos julgadores para criar distinções entre quem será beneficiado com a tutela e quem não será, de forma simultânea. Esse problema se agrava com o *déficit* argumentativo que se evidencia nas decisões que aplicam o instituto da modulação dos efeitos decisórios em matéria tributária e redistribuem o ônus pelo financiamento social por um ato de império que viola a isonomia – o que ocorre com a adoção do critério ajuizar ações judiciais antes de determinado marco.

A *auto-regulação*, *per si*, não implica no esvaziamento dos horizontes de sentido e no voluntarismo do julgador, tão somente significa que só há apreensão de significados no presente, enquanto as possibilidades do que já foi e do que será são inúmeras e devem ser, em última instância, escolhidas pelo julgador mediante decisão devidamente fundamentada. A comunicação da decisão só se dá no presente e pode afetar o passado e futuro. Assim, a tutela jurídica se dá pela análise presente-passado, porque embora o julgamento possa ter efeitos jurídicos prospectivos – a depender da norma jurídica em análise –, os fatos que ensejaram a lide já ocorreram quando esta é temporalizada no sistema do direito, de modo que a decisão sempre é constitutiva (do efeito jurídico) ainda que seja declaratória com relação aos fatos que ensejaram o reconhecimento jurídico.

Como aponta François Ost, a lei dispõe para o futuro, mas o julgamento “só preceitua para o passado”, dado que o juiz se pronuncia sobre um fato que ocorreu no passado para avaliar se estava ou não em conformidade com o direito e, ao decidir, pode alterar a realidade para o futuro (OST, 2005, p.179). Esse raciocínio remete exatamente à questão inicial trazida do direito civil, dado que o julgador declara um fato e qualifica o direito à luz dos interesses materiais das partes envolvidas ao reconhecer que um possuidor de boa-fé tem direito à manutenção dos frutos percebidos até a prolação da decisão que requalifica a sua relação jurídica. Pensado na perspectiva tributária, a análise ainda se mostra rica, dado que as partes possuem expectativas jurídicas conflitantes, sejam no nível da interpretação ou da própria existência de uma expectativa a ser assegurada pelo código jurídico. Após julgar a lide e reconhecer o direito, o tribunal passa a refletir sobre sua tutela e os critérios que adota na definição da eficácia são mais importantes do que os adotados para a própria

definição da lide, dado que é com base neste que o jurisdicionado terá assegurada sua expectativa, pois o jurisdicionado não discute o direito em abstrato, discute o seu caso concreto.

Essa decisão que tematiza o tempo na forma de custos parte de um enunciado declaratório proferido pelo tribunal, isto é, pressupõe uma decisão prévia (reconhecimento do direito desde a origem do conflito). Por isso, como já afirmado, a decisão de modulação dos efeitos decisórios é uma segunda decisão tomada no curso de um mesmo procedimento, que limita os efeitos da primeira pela tematização do horizonte temporal e social de sentido, promovendo uma regulação interna da contingência que seria gerada pela decisão jurídica (*auto-regulação*). É dizer, ainda que a decisão não tenha se tornado definitiva, a tematização do tempo ocorre no segundo e terceiro nível da autopoiese, após se chegar à primeira decisão e, pela tematização, regressam ao primeiro nível para que produzam uma decisão autorreferente. Essa segunda decisão decorrente da tematização do tempo pode consistir em uma decisão constitutiva de um óbice para a prolação dos efeitos esperados da primeira decisão.

Isso se torna mais evidente pela compreensão de que a decisão pode projetar as suas próprias consequências e, como o passado é em tese invariável e o futuro é sempre variável, o sistema, ao promover um corte temporal dos efeitos de uma decisão dada no presente – como ocorre com a modulação de efeitos –, altera também o passado (impedindo que o sistema jurídico reconheça o jurídico como jurídico). Como o passado é determinável e o futuro variável, a decisão “inverte a relação de determinação”, se deixando determinar pela diferença que fará no futuro, o que crescentemente leva à legitimação da própria decisão pela valorização das consequências – ponto central na crítica de Luhmann acerca da impossibilidade de se determinar o direito pelo “passado entendido como procedimento” (LUHMANN, 2016. p. 413).

Dito em outras palavras, essa segunda decisão que restringe o efeito temporal da primeira altera o direito retroativamente, criando critérios de distinção entre jurisdicionados que não foram elencados pelo legislador para limitar o que é jurídico em flagrante ofensa à isonomia. Trata-se aqui, potencialmente, de um segundo código referente à utilidade ou não daquele determinado efeito jurídico com relação aos demais sistemas sociais pela eleição de critérios *ad hoc* pelo tribunal para determinar

o que é o próprio direito, o que desqualifica a natureza sistemática típica de sistemas imunológicos e, com isso, a própria diferenciação funcional do sistema jurídico.

Outra hipótese de sobreposição de um código de preferência sobre o jurídico é narrada por Ulisses Schwarz Viana ao descrever o impacto da repercussão geral na racionalização do próprio direito. Como narrado pelo autor, por meio do procedimento de repercussão geral tornou-se possível ao sistema identificar seus acoplamentos estruturais e, com isso, permitiu-se ao tribunal a aplicação de um segundo código (ou um código de segundo nível) para validar a pertinência ou não de que uma determinada lide produza efeitos vinculantes para todo o sistema jurídico, embora subordinados ao código jurídico e não jurídico (VIANA, 2011. p. 210-211). A questão de aplicação de um "código de pertinência" ao sistema jurídico se justifica no procedimento de repercussão geral dado o caráter que este possui de racionalização sistêmica da própria tutela jurisdicional globalmente considerada. Os julgadores, quando deliberam se um assunto tem ou não repercussão geral, em última instância estão realizando um controle de qual interpretação é preferível que vincule o próprio poder judiciário e, consequentemente, toda a coletividade. No exercício da *auto-regulação*, portanto, não há óbice para a adoção de um código de preferibilidade para que a racionalização do precedente vinculante afete determinada matéria. O problema se dá quando a própria tematização de risco e a legitimação da decisão pela consequência leva ao abandono do código de juridicidade em prol de um código de preferibilidade, que aproxima a comunicação jurídica de uma política pública.

4.3 Tematização do risco e a legitimação da decisão pela consequência: Um problema no nível do código

Como já destacado no tópico anterior, o problema se dá quando este segundo código de preferibilidade autoriza que se esvazie o próprio direito assegurado pela tutela jurídica mediante aplicação do código de juridicidade. Embora no julgamento vinculante o Poder Judiciário atue como um planejador do próprio direito, quando este aplica o código de preferibilidade para definir os efeitos jurídicos possíveis de uma decisão judicial, abre-se margem para que o julgador arbitrariamente se negue a conceder o direito e se esconda por trás de uma regra procedimental sem refletir criticamente sobre o impacto que isso tem na própria tutela jurisdicional e realidade jurídica.

Esse problema é tipicamente atribuído ao consequencialismo, dado que os efeitos possíveis de uma decisão legitimam a limitação da tutela quando se tematiza acerca do risco de se decidir o que já foi decidido. Inclusive, destaca-se que a adoção das consequências da decisão como programas para aplicação do direito – a despeito da impossibilidade de sua determinação – já foi analisada por Misabel Derzi pela perspectiva da teoria dos sistemas sociais. Para a autora, o que torna possível superar a indeterminabilidade do direito e ainda assim mantê-lo operacional decorre da aplicação de cinco regras, quais sejam: (i) proibição de denegação da jurisdição; (ii) em decorrência da regra anterior, há uma irresponsabilidade pelas decisões tomadas; (iii) independência da função judicante; (iv) compromisso de vinculação das decisões ao texto legal; (v) a fundamentação assegura a vinculação à lei, aos precedentes e à isonomia de aplicação do direito (DERZI, 2009a, p. 736). Exatamente pelas considerações anteriores, reforça-se a necessidade de analisar a fundamentação das decisões judiciais para que seja possível atestar sua validade perante o direito e a sociedade, visto que o comprometimento do julgador ao direito só é passível de aferição pela fundamentação das comunicações por ele exaradas.

Deve-se destacar que, para Luhmann, o papel da justiça no sistema jurídico, é a “consistência na tomada de decisões” (LUHMANN, 2016, p. 303) e há uma dificuldade de se manter a consistência considerando que o legislador constantemente transforma o direito por meio do processo legislativo, de modo que situações iguais passam a ser reguladas de forma distinta não pela fundamentação jurídica, mas sim pela fundamentação política (LUHMANN, 2016, p. 305). Não obstante, a decisão sobre o que é o direito deve observar, no campo político, a intenção do legislador de transformar o direito quando da edição do comando normativo que será posteriormente interpretado pelos tribunais e, no campo jurídico, como o tribunal define os problemas do caso e fundamenta a decisão tomada (LUHMANN, 2016, p. 315).

Dessa forma, a justiça no direito passa a ser pensada da perspectiva do julgador, que deverá delimitar os pontos relevantes para a definição do caso em julgamento e não pode olvidar que as razões de sua decisão serão observadas pelos casos posteriormente julgados pela recursividade jurídica – questão que ganha mais relevância no contexto dos precedentes vinculantes e julgamento de *hard cases*. Este termo é frequentemente empregado para os casos em que não há uma definição clara no direito para a resposta a ser dada a um determinado conflito social levado ao

tribunal por meio da lide. Luhmann reconhece que com a diferenciação funcional do direito, estes casos deixaram de ser regulados por um juízo divino e passaram a ser regulados pela moral do julgador e da sociedade e a adoção dessa compreensão aumenta ainda mais o peso da argumentação no contexto judicial. A delimitação da *ratio decidendi* em casos icônicos não é realizada normalmente pelo julgador que define o resultado da primeira lide, mas sim pelos julgadores que avaliam a capacidade de replicar o fundamento do julgamento aos próximos casos litigiosos que versem sobre as mesmas matérias do paradigma. Não por outro motivo, deve-se evitar “palavreado inútil” (LUHMANN, 2016, p. 421.).

Isso não significa que os tribunais superiores não se valham de *obter dicta* para justificar as motivações políticas do tribunal, mas somente os elementos essenciais do julgamento efetivamente produzem efeitos vinculantes para os casos futuros, de modo que se deve separar com clareza o que é, de fato, a jurisprudência institucionalizada (LUHMANN, 2016, p. 421). Não obstante, a argumentação não teria o condão de alterar o direito, de modo que o seu símbolo de validade permaneceria inalterado, mantendo-se a autopoiese. Com isso, o preconceito moral do julgador ou particularidade da lide jurídica não impactaria no filtro da juridicidade dos comandos positivados pelo legislador (LUHMANN, 2016, p. 451). A argumentação só pode ser empregada dentro dos limites do que já foi positivado, mesmo que seja possível, mediante argumentação, alterar qual será o *output* jurídico. Mas e quando a interpretação altera a estrutura jurídica e, com isso, muda as conexões internas das comunicações no tocante à validade e eficácia das normas jurídicas? Será que nessa hipótese, a interpretação não altera o próprio direito?

Sobre este ponto, é importante fazer uma consideração com base na jurisprudência do STF com relação à validade das normas inconstitucionais, dado que a argumentação pode alterar drasticamente o resultado da interpretação. Embora o direito só se decida no presente (e com base no direito vigente), a intepretação acerca das regras implícitas de positivação do direito, objeto da teoria geral do direito, muitas vezes, é a única base empregada pelos tribunais para dar efeito às suas decisões. Ocorre que em vários casos não há texto positivado com relação a todos estes aspectos e com relação a estes efeitos, que decorrem da tradição jurídica e dos institutos que serviram de inspiração para a formação das normas nacionais.

Este é o exemplo que se verifica com relação ao efeito da decisão declaratória de inconstitucionalidade quando a norma é editada pelo ente competente, mas sem

amparo em Lei Complementar exigida pela Constituição, como ocorreu no tocante à disciplina do Imposto de Circulação de Mercadorias com relação ao diferencial de alíquotas (DIFAL) e com relação ao Imposto Causa Mortis e Doação (ITCMD) de bens e heranças no exterior. Destes casos interessa a compreensão de como o tribunal tem o poder de, por meio da interpretação de conceitos gerais (estruturais), alterar o *output* do direito – sem que sejam enfrentadas as razões trazidas nas decisões precedentes. Dito em outras palavras: derroga-se o direito por novos fundamentos que não dialogam, não se conectam à jurisprudência para negá-la.

Neste caso específico o STF já possuía jurisprudência histórica no sentido de que a ausência de ato legislativo complementar que definisse os aspectos de incidência de nova espécie tributária impediria a criação de norma válida por parte dos Estados-membros e Distrito Federal. Isso foi a *ratio decidendi* que norteou o julgamento do RE nº 136.215-4 RJ. Ressalta-se que essa jurisprudência histórica coaduna com a teoria da nulidade encampada no controle de constitucionalidade brasileiro, de modo que a declaração de que não havia fundamento de validade da norma impedia que fosse reconhecida a sua validade– afinal, era essa a discussão levada ao STF a ensejar o controle de constitucionalidade. É dizer, a norma existe, mas falta-lhe fundamento de validade, razão pela qual é inconstitucional e, eventual regulação deveria ser realizada após a edição de Lei Complementar que regulasse a matéria.

A despeito deste entendimento histórico do STF, o Ministro Gilmar Mendes, redator do acórdão proferido no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 917.950/SP, entendeu que seria possível superar a nulidade do ato normativo e resolver a questão no plano da eficácia – e não da validade, como entendia a corte até então –, dado que, “[p]ensando consequencialmente, daríamos azo a incontáveis ações de repetição de indébitos, a promover desfalque ainda maior nas combalidas receitas estaduais” (BRASIL, 2017, p. 16). Era de se esperar, portanto, que ao alterar a compreensão acerca da estrutura do sistema jurídico brasileiro, fosse empregada uma alta carga argumentativa para demonstrar o motivo de romper com o passado – expectativa que, infelizmente, não se materializou. A fundamentação trazida pelo Ministro para justificar a sua consideração foi a de que um sistema normativo da perspectiva lógica só pode ser percebido no momento e, com base em uma argumentação confusa sobre o tempo interno do direito comparado ao tempo externo, entende que uma norma pode existir no sistema sem ser aplicável (válida, mas não

eficaz). Não bastasse a ausência de uma conexão clara com relação aos conceitos trazidos sem contextualização, não é enfrentado o principal motivo que levava a jurisprudência até então a considerar que a norma editada sem fundamento de validade seria apenas ineficaz e qual o motivo de se superar a jurisprudência até então firmada em sentido oposto (BRASIL, 2017, p. 16-20). Ao final, prevaleceu a praticidade para os Estados, que não precisariam editar novos atos normativos para convalidar a exigência de tributo caso este estivesse de acordo com a Lei Complementar superveniente.

O Ministro Dias Toffoli, que já tinha proferido voto neste sentido anteriormente, complementa a fundamentação trazida pelo Ministro Gilmar Mendes e chega a afirmar que a norma estadual objeto de controle de constitucionalidade deveria ser compreendida como uma norma de eficácia contida, que deveria aguardar a edição da lei complementar competente para operar os seus efeitos. Esta compreensão olvida que a norma de eficácia contida seria o dispositivo constitucional que prevê a possibilidade de criação do ICMS DIFAL, contida exatamente pela necessidade de edição de lei complementar, conforme ensina a doutrina de José Afonso da Silva (SILVA, 1993, p. 10).

Veja-se que, neste caso, uma jurisprudência histórica foi infirmada por reflexões desconexas acerca do tempo interno e externo do direito e pela aplicação da teoria de José Afonso da Silva sobre classificação de normas constitucionais para classificar o efeito de uma norma sem fundamento de validade em contradição com a própria doutrina invocada – questão que ocorre com certa frequência nos tribunais. Neste caso específico, ao invés de realizar o controle de constitucionalidade a partir da norma constitucional tendo como base o fundamento de validade da norma objeto de controle, a corte partiu da norma objeto de controle para verificar os seus efeitos à luz da Constituição, em uma inversão metodológica que legitimou a manutenção de um comando inconstitucional dormente, aguardando a prolação de efeitos de lei complementar que lhe acorde para produção de efeitos, com impactos diretos na anterioridade constitucional.

Essa foi uma mudança clara de paradigma da corte mediante o uso de interpretação do que é o próprio direito, inclusive calcada em uma leitura de doutrina que não foi feita considerando o objeto em análise: uma releitura do texto sem sequer enfrentar o contexto anterior do próprio sistema jurídico que tão somente menciona o posicionamento histórico vigente até então e informa que irá romper com essa

orientação. Além disso, essa mudança de paradigma foi reafirmada quando do julgamento do Tema nº 1.094 por parte do STF, tema de repetitivo, o que pode levar à alteração de uma matéria pacificada de forma abrupta e com caráter vinculante para o sistema em decisões posteriores. Por isso, é um alerta de que a interpretação pode sim alterar o código de validade do direito, com impactos diretos para o código jurídico quando verse sobre aspectos relativos à teoria geral ou com relação a conceitos indeterminados.

É importante frisar que a consequência que foi deliberada pelos Ministros não seria necessariamente antijurídica, o problema em verdade é a adoção de uma fundamentação completamente incoerente com a matéria em julgamento. Seria possível legitimar a consequência adotada pela corte com base na presunção de constitucionalidade das leis, até mesmo com a adoção da matriz Kelseniana, que permitiria a consideração de que a decisão é (des)constitutiva da presunção. Não obstante, isso implicaria em renunciar completamente à teoria da nulidade e pressuporia o emprego de um esforço argumentativo elevado para expor os motivos desta superação (inclusive, poderiam ensejar a modulação para preservar a expectativa que o direito assegurava por jurisprudência pacífica até então).

Apesar destas considerações, que podem impactar na higidez do código de validade do direito brasileiro, a argumentação jurídica em regra não altera o *input* do direito, mas sim o seu *output*. Mesmo neste caso narrado acerca da alteração da validade do direito, seria possível afirmar que o *input* jurídico é o mesmo, o que se altera é a interpretação acerca do efeito da eficácia contida no tocante à legislação infraconstitucional, sendo esta nova decisão uma (re)construção do próprio acoplamento estrutural com o sistema da política – com impactos diretos na eficácia do direito e efeitos prospectivos da decisão.

Assim, por meio da argumentação, é possível produzir textos a partir de textos (LUHMANN, 2016, p. 454) e, com a reiteração dos fundamentos pelos tribunais, é possível gerar uma redundância, que acaba por produzir novas informações que promovem uma calibração da sensibilidade do sistema para que seja possível a realização de novas conexões jurídicas (LUHMANN, 2016, p. 472). Uma consequência desta redundância é a prevenção de erros no sistema, questão que impacta sobretudo às operações de primeira ordem e, para um observador de segunda ordem, a argumentação permite que o sistema do direito filtre o que é informação do que é ruído (LUHMANN, 2016, p. 451). A redundância para fins de

operatividade do direito serve para que exista uma consistência mínima em relação a uma grande quantidade de decisões (LUHMANN, 2016, p. 476), o que permite ao sistema jurídico alcançar o que, como já dito, Luhmann conceitua como justiça, dado que “justiça é redundância. E isso a distingue de outros ideais de tomada de decisão, que têm em mente, por exemplo, a otimização de decisões individuais pelo aproveitamento do máximo possível de informações” (LUHMANN, 2016, p. 476-477).

Deve-se destacar que é a redundância que permite que o sistema alcance a variabilidade necessária para que seja materializada a abertura cognitiva do direito (LUHMANN, 2016, p. 478-479). Isso, pois quando se tem consistência, o sistema pode aprender com as divergências e, com isso, processar as informações advindas do ambiente, estabilizando a complexidade social para permitir o planejamento. Por isso, o aumento de redundância pode levar também a um aumento de variedade, o que permite que o sistema se adapte ao ambiente e, pela recursividade das decisões, permita ao jurisdicionado o planejamento de ações. Assim, dado que há mais informação, com possibilidades de analogias e novas generalizações, é na relação entre variedade e redundância que o sistema jurídico se adapta ao ambiente – sendo menor o impacto dos próprios institutos jurídicos individualmente considerados que a relação entre variedade e redundância sistêmica (LUHMANN, 2016, p. 481-482).

Um outro aspecto relevante no tocante à argumentação jurídica diz respeito à variedade proporcionada pelos casos concretos, que possuem uma complexidade que deve ser captada pelo sistema jurídico por suas estruturas. A argumentação, portanto, não determina o que é o direito, mas tão somente permite que o direito construa sua própria complexidade pela relação entre variedade e redundância, permitindo a aprendizagem do sistema pela internalização da diferença entre os conceitos jurídicos e os interesses do ambiente (LUHMANN, 2016, p. 502). Por isso, torna-se necessário compreender a argumentação jurídica e suas contingências.

4.4 A argumentação jurídica e o seu papel na definição da tutela jurisdicional

A argumentação jurídica, para Luhmann, não pode ser capaz de alterar o direito vigente, não justificando novos direitos e obrigações e, com isso, “criar condições que, por sua vez, possam ser modificadas” (LUHMANN, 2016, p. 451). A interpretação, embora seja “produção de mais texto” a partir de textos prévios, envolve a

estruturação de argumentos, que podem ser mais ou menos convincentes no processo de comunicação.

Não se pode olvidar que as interpretações não se dão no vazio e, dessa forma, devem “pressupor que já antes houve casos que foram decididos e que, na sequência, haverá casos a serem decididos” (LUHMANN, 2016, p. 467). Com isso, a interpretação e a argumentação se tornam elementos de recursividade autopoiética que, reiterados, permitem a análise das estruturas de formação e identidade do sistema jurídico. Em termos conceituais, poder-se-ia afirmar que “a argumentação jurídica é “a auto-observação do sistema do direito que, em seu contexto recursivo autopoiético, reage às diferenças de opinião passadas ou vindouras, no tocante à atribuição de valores do código lícito ou ilícito” (LUHMANN, 2016, p. 469).

Só será considerado informação para ser processada no âmbito do sistema jurídico aquilo que se submeta ao código de legalidade que, reiterada, gera redundância e permite que se compare o que foi até então com o que será. Exatamente por este motivo, uma interpretação reiterada em um sentido sem uma fundamentação legítima, quando revista, pode gerar expectativa daqueles que confiavam que as situações seriam tuteladas com base na interpretação anterior, como aponta Vettorato no tocante à modulação dos efeitos decisórios (2025).

A ideia é que a argumentação jurídica se presta, em verdade, para atribuir consistência para a tomada de decisões, de modo que, “[s]e justiça é dada pela consistência de decisões, podemos também dizer: justiça é redundância” (LUHMANN, 2016, p. 476). Por isso, o tribunal mesmo não tendo adotado uma reflexividade profunda no tocante à modulação dos efeitos decisórios e seus marcos, após a reiteração de decisões em um determinado sentido, se sente compelido a replicá-lo, questão que aparece com frequência nos debates travados pela corte, notadamente no Tema de Repercussão Geral nº 985, como destacado anteriormente.

Cumpre destacar que esse fechamento operativo do direito em torno da argumentação, como bem destaca Luhmann, decorre também da constatação de que a norma só é criada quando aplicada, isto é, “quando carregada de um sentido que pode ser identificado”, sendo que a interpretação produz um “círculo hermenêutico” que, ao ajustar o sentido do direito, pode demandar de mais razões que demandem mais interpretação (LUHMANN, 2016, p. 540). Não por outro motivo, já alertava o autor que é possível que esse novo paradigma, para além de romper com os cânones clássicos da norma, texto e método, “tenha deslocado inteiramente para o nível da

observação de segunda ordem", que passa a delimitar a própria realidade captada pelo direito (LUHMANN, 2016, p. 542)

A consideração de mais elementos para a tomada de decisão jurídica, como as consequências da decisão e os interesses particulares dos agentes envolvidos ganha relevância quando se está diante de decisões que, pela natureza hierárquica dos tribunais, planifica o sentido do próprio sistema jurídico para casos futuros. Nestes casos, o direito incorporaria algo a mais que a simples recursividade jurídica para a tomada da decisão e, em um esforço reflexivo, tentaria racionalizar todo o sistema para acomodar a complexidade social e, consequentemente, delimitar efeitos que impactem menos na operatividade do sistema do direito do restante da sociedade.

É exatamente em decorrência desta alteração de paradigma, somada à ausência de reflexividade com relação aos marcos legitimadores para a modulação e categoria dos beneficiados integralmente da tutela original que torna-se possível verificar o surgimento de paradoxos no fluxo operativo do direito. Veja-se que uma decisão jurídica é parcialmente limitada por elementos extrajurídicos que não encontram respaldo na Constituição e que, por sua vez, são reincorporados à estrutura do direito e permitem a prolação de mais decisões que já partem do pressuposto que as anteriormente veiculadas sejam jurídicas.

Isso leva a uma corrupção crescente do código jurídico sem que implique necessariamente em qualquer prejuízo à recursividade das decisões proferidas pelos tribunais, que continuam a ser proferidas e replicadas e inclusive são utilizadas como parâmetros para calibração. Ocorre que, para além do problema original, acerca da ausência da reflexividade da decisão de modulação, a própria recursividade não é alcançada dado que os tribunais oscilam na definição dos marcos legitimadores de forma casuística – inclusive, o fazem com base em argumentos abstratos que não reportam aos elementos do caso concreto, como demonstrado no capítulo 3. Assim, além de haver um prejuízo pela realização da modulação – problema que enfocado na presente pesquisa –, também há uma crise na integridade do direito dado que, ao serem reincorporadas, essas decisões não são integralmente replicadas em casos semelhantes e levam, em verdade, a um cenário de insegurança pela ausência de expectativa com relação ao que motivará a modulação nos casos futuros.

Uma crítica comum à utilização da palavra paradoxo pelo sistema do direito é que este não seria propriamente um paradoxo epistêmico, mas seria em verdade uma perplexidade captada pelo observador com base em sua historicidade, dado que as

comunicações jurídicas não se comportariam de acordo com a sua opinião acerca do que deveria ser jurídico. O problema do paradoxo seria, em verdade, decorrente da dificuldade de completamente ocultar a arbitrariedade e violência envolvida no processo de formação do próprio direito, que frequentemente recorre a uma fundamentação transcendental e busca sua autoridade fora do próprio direito. Não obstante, a construção em torno do paradoxo de que o direito pode ser ou não ser a depender do referencial valorativo adotado possibilita a construção de uma sociedade mais justa em uma perspectiva de integração, pois as diferentes visões podem ser incorporadas para que o sistema jurídico as processe, gozando de relativa autonomia para que possa assegurar a *rule of law*. (CLAM, 2006. p. 117).

O paradoxo permite que o sistema do direito teste seus limites frente às contingências sociais e incremente sua complexidade por meio da inovação estrutural, estabilizada pela própria decisão (PEREZ, 2006. p. 27). Esse arranjo permite que o sistema não se paralise, mesmo na ocorrência de contradições e paradoxos. No entanto, é necessário que exista uma pressão social (contingência) e que a possibilidade veiculada pelo paradoxo seja uma comunicação plausível. Assim, é possível afirmar que há um paradoxo no sistema do direito ao se reconhecer que é necessário que as decisões sejam tomadas de forma consistente e, ao mesmo tempo, não se pode olvidar das complexidades decorrentes do pluralismo que se faz presente nas sociedades contemporâneas do ocidente, que clamam por decisões razoáveis para problemas que estão em constante mudança (PEREZ, 2006. p. 30).

Para lidar com esse paradoxo, os sistemas jurídicos contemporâneos passam a institucionalizar conceitos fluídos e vagos, que frequentemente remetem a princípios gerais de equilíbrio constitucional. Essa estrutura, embora permita a continuidade operativa do direito em uma crescente complexidade social, também faz com que aumente o risco de perda de coesão do sistema jurídico. Portanto, não é suficiente dizer que as operações recursivas do sistema podem incorrer em paradoxos que devem ser dissolvidos pela incorporação de novas diferenças, pois os paradoxos surgem exatamente do movimento de produção do direito, como defende Jean Clam (CLAM, 2006, p. 79)

Existem diversos paradoxos envolvidos nas operações jurídicas, sendo que este pode ser definido como um objeto que oscila entre existência e inexistência. A autopoiese jurídica é um paradoxo, eis que ao se criar, não é possível definir precisamente a origem do sistema. Além disso, o sistema jurídico pode se tornar

paradoxal no fluxo de suas operações que, em sua recorrência, podem levar a um estado que dificulte a recursividade das decisões, com possibilidade de interrupção da tomada de decisão. Assim, o julgador que é obrigado a julgar se vê em um cenário de preferir a indecisão, dada a dificuldade de manter a integridade considerando as repercussões do que será decidido à luz das constrições causadas pelos subsistemas da sociedade (CLAM, 2006, p. 81) Também há um paradoxo intrínseco ao sistema de conflito captado pelo direito, eis que este decorre da intersubjetividade dos sujeitos engajados na comunicação, todos eles com expectativas legítimas que demandam a intervenção do direito.

Dessa forma, a desparadoxação do paradoxo seria, em verdade, a própria operação do direito em decidir entre as possíveis soluções para a querela da lide jurídica (CLAM, 2006, p. 83). Veja-se que esta é apenas uma das possíveis formas do paradoxo, que decorre do surgimento do próprio sistema de conflito que, por sua vez, é captado pelas estruturas jurídicas que avaliam as interpretações possíveis ao direito invocado que precisam ser desparadoxados para que seja possível manter a recursividade sistêmica.

Não obstante, o paradoxo pode ser construído dentro do próprio sistema jurídico, de modo que, pelo arranjo de decisões vinculantes, o sistema possa afirmar que o direito é direito e o direito não é direito simultaneamente. Este é o caso das decisões que promovem a modulação de efeitos de decisões *erga omnes* proferidas pelos tribunais superiores, em que primeiro se toma uma decisão jurídica e, em um segundo momento, por reconhecer uma incompatibilidade entre os impactos do que foi decidido com relação à estabilidade das próprias operações ou aquelas dos sistemas sociais, se toma uma segunda decisão que limita os jurisdicionados que se beneficiarão da medida. Assim, em um mesmo procedimento, o sistema jurídico profere uma decisão que afirma o direito de uma parte e, paradoxalmente, afirma que este direito não será reconhecido aos demais jurisdicionados que estariam em situação equivalente.

Dito em outras palavras, o direito reconhecido passa a ser jurídico e antijurídico simultaneamente mediante decisão vinculante. Essa segunda decisão que modula os efeitos da primeira, tanto cria um paradoxo jurídico ao nível do código (direito é não direito), como resolve um paradoxo em nível funcional, que decorre da dificuldade (ou impossibilidade) de se exigir a decisão jurídica em razão do impacto disruptivo que seria causado após ser projetado o efeito da própria decisão.

Quando este tipo de situação se instaura, torna-se perceptível um problema com relação à consistência das decisões, pois um grupo de beneficiários será agraciado com uma decisão que diz que o seu direito é jurídico e, por uma ficção jurídica decorrente da observação da projeção dos efeitos de sua decisão no aspecto temporal presente-futuro, um grupo de beneficiários será contrariado com uma decisão que diz que seu direito é antijurídico. Para que isso seja juridicamente possível, é necessário que o sistema jurídico tenha à sua disposição elementos fluidos e vagos, que permitam, por meio do uso de institutos jurídicos (ou "aplicação" do direito), dizer que direito não é direito. Ao serem invocados, estes conceitos indeterminados levam à uma relativização de conceitos jurídicos determinados, o que permite o alcance de uma fluidez conceitual mediante aplicação do próprio direito ao direito (PEREZ, 2006, p. 125).

Ocorre que, quanto mais o sistema jurídico recorre a conceitos indeterminados para resolver o paradoxo criado pelo próprio direito ao decidir, mais ele se desestabiliza e revela sua incoerência. Para Oren Perez, uma saída possível para este tipo de impasse, que decorreria de diferentes interpretações que não poderiam coexistir, seria a adoção de uma solução randômica, que poderia conciliar a tensão entre inconsistência e sensibilidade ao pluralismo. Isto, pois sempre os casos seriam decididos de forma aleatória e sempre estariam sujeitos à uma regra aleatória, de modo que o argumento trazido por ambas as partes litigantes teria a mesma chance de sagrar-se vitorioso, o que atenderia aos anseios da sensibilidade plural (PEREZ, 2006, p. 138-139).

Essa teoria não é bem assimilada pelo sistema jurídico e teria sido utilizada em situações isoladas, como no caso de alocação das terras públicas em Israel, em que a Suprema Corte teria compreendido que o método mais justo seria o emprego de loteria; ou, de forma similar, nos Estados Unidos o mecanismo foi utilizado para distribuição de medicamentos escassos. Ao analisar a aplicabilidade do modelo de loteria para a deliberação de *hard cases* pela corte constitucional, tal como proposto por Marmor, Henrique Napoleão reconhece que este modelo, no campo hipotético e filosófico, pode ser poderoso para promover *insights* e reflexões acerca da percepção pública da legitimidade do sistema jurídico, mas não coaduna com a expectativa social depositada no sistema, de promoção da estabilidade social, que reproduz as comunicações existentes e, em sua recursividade, incorpora mudança (ALVES, 2023,

p. 254). Não seria a simples substituição do modelo atual por um modelo de loteria que levaria à resolução do problema da indeterminabilidade jurídica.

Assim, como não são todos os problemas jurídicos que podem ser entregues à força do acaso, ao se decidir casos complexos pelo emprego de conceitos jurídicos para os quais a legislação não prevê uma definição precisa, é necessário que os julgadores se valham de uma argumentação substancial (PEREZ, 2006, p. 133) e, neste sentido, devem conciliar a tensão existente entre o conflito de justiça (recursividade) e equidade (busca pela melhor decisão). O paradoxo jurídico só pode ser afastado completamente se for assegurado aos julgadores o direito de não decidir, o que levaria à própria desnaturação do sistema jurídico como sistema imunológico da sociedade (PEREZ, 2006, p. 143).

A crítica trazida por Perez com relação à adoção de mecanismos aleatórios para que o direito possa decidir, embora não some para o debate como uma via razoável ou mesmo uma proposição construtiva, ao menos ilumina o cenário para evidenciar tanto o problema da utilização de conceitos vagos e indeterminados pelo direito, como também revela que existem caminhos fora do direito que podem ser alcançados com auxílio do direito, como ocorre nos casos de mediação e autorregulação. O problema, ao final, não seria propriamente a existência do paradoxo, que pode ser trabalhada por meio da argumentação no interior do sistema para que seja possível alcançar maior equidade, mas sim uma mentalidade lógica anti-paradoxo, que parece prevalecer na contemporaneidade (PEREZ, 2006, p. 143).

É possível concluir, portanto, que a crise do sistema jurídico não ocorre de forma isolada, mas se faz presente em todo o contexto social, sendo decorrência do aumento de complexidade das relações sociais como um todo. Quando ocorre um excesso de comunicações, as estruturas de sentido dos sistemas ficam sobrecarregadas, o que resulta frequentemente em conflitos. Os conflitos serão submetidos ao direito pela lide, que os temporaliza no sistema para que seja proferida uma decisão que desparadoxe o conflito. Ocorre que essa sobrecarga também impacta o sistema jurídico que, por sua vez, não pode deixar de decidir nos casos complexos, para os quais não exista uma definição clara de qual caminho é o juridicamente adequado. Para lidar com essa complexidade, o sistema jurídico se vale de conceitos indeterminados que permitem a adequação do direito à evolução da complexidade social. Não obstante, a sobrecarga do uso destes conceitos em

detrimento do próprio direito desnuda a incoerência jurídica no nível do código, pois para um mesmo conflito o sistema afirma que direito é direito e não é direito.

A desparadoxação se dá com a própria decisão que modula os efeitos, que prevê um corte para que o sistema mantenha a sua operatividade, sem uma justificativa robusta que busque densificar os conceitos envolvidos. Isso se torna um problema uma vez que, se torne necessária a incorporação da possibilidade de modulação ao *hiperciclo* jurídico em causas de maior relevância não como uma excepcionalidade, mas como uma regulação do próprio direito sem que analise as especificidades do caso propriamente dito.

Por isso, o que se defende é que a atual jurisprudência tradicional em torno da modulação dos efeitos decisórios não desparadoxa completamente a lide submetida à apreciação judicial. Isso, pois a pretexto de manter teorias conflitantes em vigor (nulidade e anulabilidade), acaba criando distinções arbitrárias e anti-isonômicas, de modo que a excepcionalidade de se assegurar em grau máximo a Constituição não se materializa pela fundamentação e pelos critérios utilizados para a densificação dos conceitos vagos que autorizam a sua realização. Exatamente em decorrência de existir um problema grave no tocante à manutenção deste padrão no âmbito da jurisprudência dos tribunais, torna-se necessário o fortalecimento do processo reflexivo em torno de todos os aspectos relativos à modulação, de modo que se torne possível a construção de uma semântica consistente que permita assegurar tanto a replicabilidade, como destacar situações em que se justifique divergir para adotar outra compreensão, também mediante fundamentação.

Essa preocupação se torna sobremaneira relevante ao se constatar que os tribunais atualmente tematizam aspectos alheios à própria juridicidade do instituto e dos conceitos autorizativos para a sua realização ao cotejarem apenas os marcos à luz da macrolitigância, adotando-se um parâmetro de reflexividade não à luz do código de juridicidade, mas como se a modulação fosse em verdade uma política pública.

Com isso, pretendeu-se contribuir de forma inovadora para o estudo da modulação dos efeitos decisórios pela evidenciação de que a simples consideração de que deveriam ser excluídos da modulação aqueles que entraram com ações antes de determinado marco não se sustenta à luz da democracia e tampouco da própria função de padronização que os precedentes vinculantes possuem no ordenamento jurídico brasileiro. A reflexão acerca da expectativa a ser assegurada deve tratar de forma isonômica os jurisdicionados e os critérios para sua fixação devem se orientar

pela lide originalmente travada, de modo que o comportamento que venha a ser exigido para a preservação da expectativa seja coerente com o que se esperaria de um jurisdicionado naquela situação.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A matéria de modulação dos efeitos decisórios, embora tenha sido reiteradamente utilizada pelos tribunais, ainda carece de uma maior densificação dos seus critérios legitimadores. Como pretendeu-se demonstrar no capítulo 2, a modulação de efeitos decisórios acaba se aproximando de uma política pública pelo alto grau de abstração dos critérios legitimadores de sua realização.

Ao se analisar a doutrina aplicável à política pública e com relação aos contornos do Estado de Providência, percebe-se que a marca das prestações positivas do Poder Público em favor de alguns em detrimento de outros decorre do fundamento constitucional da isonomia, autorizativo do tratamento desigual. Esse ponto orienta bem as políticas públicas sociais. Não obstante, em um contexto de crise do Estado de Providência, o Poder Judiciário passou a ser demandado a proferir tutelas ativas, em que resguarda a Constituição e os direitos lá positivados em favor dos jurisdicionados mesmo quando não há um ato normativo que fixe claramente a hipótese de incidência e respectivo consequente. Esse novo modelo de racionalidade ganhou força junto ao Poder Judiciário brasileiro, que acabou reconhecendo sua competência para agir como um regente da sociedade – mesmo que as suas estruturas não sejam preparadas para dar conta deste tipo de complexidade.

Isso acabou provocando um aumento na apreciação de pedidos de modulação dos efeitos decisórios que, de excepcionais, passaram a ser rotineiros e podem ser feitos até mesmo de ofício pelo julgador. Como demonstrado, é mais fácil que um julgador de ofício module a sua decisão quando se está diante de uma alteração de jurisprudência – ou seja, à luz da segurança jurídica objetiva – do que se comparado à modulação pelo relevante interesse social – que demandaria a oitiva da sociedade civil organizada por meio dos *amici curiae*. Não obstante, a corte também revelou um fechamento ao deixar de reconhecer a legitimidade destes na oposição de Embargos de Declaração, a despeito de expressa disposição legal autorizativa neste sentido.

Esse aumento de decisões não necessariamente foi acompanhado de um aumento de reflexividade no tocante aos marcos e critérios aplicáveis à modulação,

embora seja possível avaliar que há uma espécie de jurisprudência tradicional, que aparece nos debates realizados pelos Ministros tanto no STF como no STJ e tem sido utilizada para que a modulação adote um marco próximo à data de julgamento de mérito e excepcione jurisdicionados que serão beneficiados integralmente da tutela por ter ajuizado ações até o referido marco – o que por vezes também contempla os processos administrativos em curso.

Não obstante, demonstrou-se que essa jurisprudência tradicional também carece de reflexividade acerca dos motivos que legitimariam que alguns jurisdicionados se beneficiassem integralmente da tutela jurisdicional, o que implica no reconhecimento de que esta ofende a isonomia, ponto ressaltado pelo Ministro André Mendonça ao replicar o Tema de Repercussão Geral nº 745, em que este reconhece que o critério “ajuizar ações” não observa a realidade social e pode impactar de forma negativa a ampla concorrência e liberdade econômica. Não obstante a sua insurgência, percebe-se que há um esforço crescente de restrição cada vez maior da tutela à luz de consequências projetadas dos julgados no tocante à própria litigância, de modo que o sistema jurídico neutraliza não só o impacto econômico decorrente do litígio, mas também resolve o problema decorrente da macrolitigância pela redução da confiança que se tem no sistema jurídico para que esta passe a se dar com base na decisão judicial.

Este novo paradigma de proteção da *segurança jurídica litigada com decisão favorável* pode ser utilizado pela corte como um critério legítimo para excepcionalizar contribuintes da modulação, dado que a questão se resolveria na antinomia criada pelo próprio Poder Judiciário, que deveria ser resolvida para valer a partir do momento em que se fixa um posicionamento vinculante em sentido contrário. Não obstante, este paradigma pode se revelar arbitrário ao beneficiar não um comportamento do contribuinte, mas sim um eventual provimento administrativo ou judicial, o que não encontra eco com a cultura institucional do Poder Judiciário e, considerando que diversas lides são sobrestadas após a afetação, poderia reduzir sobremaneira o escopo dos beneficiados por não se subordinarem ao recorte da modulação.

Destaca-se que é importante que o direito reflita de forma madura acerca de sua própria historicidade, estrutura e elementos, para que a replicabilidade de suas comunicações seja possível em um momento subsequente. Para que a modulação de efeitos decisórios seja conduzida de forma juridicamente adequada ela deve se legitimar na Constituição com relação a todos os seus aspectos, tanto com relação ao

marco que venha a ser fixado para a produção de efeitos, como com relação àqueles que serão excepcionados.

A isso, soma-se a necessidade de que os tribunais efetivamente avaliem em concreto os efeitos práticos ao se deliberar com base em valores jurídicos abstratos. Essa questão veio a ser incorporada ao sistema jurídico pelos artigos 20 a 24 da LINDB que, aplicados à modulação dos efeitos decisórios, podem implicar em um ganho de proteção e segurança do jurisdicionado que, para além de ser beneficiado com uma decisão mais bem fundamentada no que tange ao impacto prático considerado, permite que eventual impacto desconsiderado seja novamente debatido perante o tribunal, com a possibilidade de que o contribuinte afaste a modulação ao demonstrar que havia expectativa a ser preservada em seu favor.

Alerta-se que esse caminho hermenêutico reflexivo não tem sido conduzido pelos tribunais, que discutem pela adoção de marcos cada vez mais restritivos, notadamente pela possibilidade de que venha a ser adotada a data de afetação para que os efeitos sejam balizados. Este caminho faz com que seja recomendável litigar mesmo nas hipóteses em que já existe um entendimento vinculante, seja ele judicial ou administrativo, pois na hipótese de alteração, pode ser que apenas aqueles que tinham ajuizado ações judiciais venham a ser beneficiados com a tutela integral mesmo quando seu direito era pacificamente reconhecido até então.

O cenário de insegurança precisa ser alterado em um esforço de dentro para fora, não se vislumbrando uma efetividade clara de intervenções normativas, sobretudo quando se constata que a corte reconhece que modular é um poder que não decorre de previsão legal. Com isso, para além de regras de procedimento e eventualmente uma densificação maior dos requisitos autorizativos, é provável que a corte continue a replicar seus entendimentos prévios sobre a matéria, como ocorre com tantos outros temas em direito tributário. Não obstante, o debate entre os Ministros revela que há um incômodo crescente com relação à legitimação dos marcos adotados, com preocupação manifesta com as finanças públicas e exequibilidade das decisões para que causem menor impacto para o sistema, ainda que isso implique no sacrifício da própria tutela individual buscada junto ao Poder Judiciário por aquele que foi afetado por uma ilegalidade ou inconstitucionalidade.

Portanto, espera-se que esta pesquisa tenha contribuído para lançar luz a um ponto que não é frequentemente explorado pelos estudos que analisam a modulação dos efeitos decisórios em matéria tributária, de modo que a tese ora defendida tem o

condão de harmonizar a aplicação do instituto com os preceitos constitucionais que este visa preservar.

REFERÊNCIAS

ALVES, Henrique Napoleão. **Controle de constitucionalidade e a hipótese da loteria de Marmor**. In: Revista da Faculdade Mineira de Direito. V. 26. N. 52. 2023. Disponível em: https://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/issue/view/1460. Acesso em: 13 de fevereiro de 2026.

ALVIM, Teresa Arruda. **A modulação do art. 927, § 3º, do CPC**. In: Revista Judiciária do Paraná. n. 19. Maio, 2020. p. 155-172. Disponível em: https://www.revistajudiciaria.com.br/wp-content/uploads/2020/05/Revista-Judiciaria-do-Parana-.pdf?_t=1589985562. Acesso em: 13 de fevereiro de 2026.

ALVIM, Teresa Arruda; BARRENI, Smith. **A modulação, o direito tributário e a irretroatividade do direito**. In: Modulação de efeitos em matéria tributária. Coordenação Jimir Doniak Jr., Marcelo Magalhães Peixoto. São Paulo: MP Editora, 2024. p. 31-70.

ÁVILA, Humberto. **"NEOCONSTITUCIONALISMO": ENTRE A "CIÊNCIA DO DIREITO" E O "DIREITO DA CIÊNCIA"**. In: Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível em: https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/836/595. Acesso em: 13 de fevereiro de 2026.

ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica: Entre Permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. Malheiros Editores LTDA.: São Paulo, 2011.

BARROS, Sérgio Resende de. **Políticas públicas e o Poder Judiciário**. In: *Revista Brasileira de Políticas Públicas* 2.2 (2012): 29-38.

BARROSO, Luís Roberto. **JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA**. Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. 2008. Disponível em: https://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf. Acesso em: 13 de fevereiro de 2026.

BARROSO, Luís Roberto. **JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA**. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol. 5, nº 1, 2012, p. 23-32. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/synthesis/article/view/7433/5388. Acesso em: 13 de fevereiro de 2026.

BARROSO, Luís Roberto. **O momento institucional brasileiro e uma agenda para o futuro**. 2017. Disponível em: https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/08/Oxford-Momento-institucional-brasileiro-e-uma-agenda-para-o-futuro.pdf. Acesso em: 13 de fevereiro de 2026.

BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. **O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO PÓSPROVIDÊNCIA BRASILEIRO EM BUSCA DA EFICIÊNCIA PÚBLICA E DE UMA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MAIS DEMOCRÁTICA**. Revista brasileira de Estudos Políticos, v. 98, 2009. Disponível em: https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/download/71/69/278. Acesso em: 13 de fevereiro de 2026.

BATISTA JUNIOR, Onofre Alves; OLIVEIRA, Ludmila Mara Monteiro de; MAGALHÃES, Tarcísio Diniz. **LIBERALISMO, DESIGUALDADE E DIREITO TRIBUTÁRIO**. In: Revista Brasileira de Estudos Políticos. n. 110. p. 217-272. p. 258-259.

BECHO, Renato Lopes; CAMPELO, Roberto Lima. **Covid-19, complexidade dos fatos e suspensão de obrigações pelo Poder Judiciário**. In: Juris Poiesis, Rio de Janeiro. 2020. v. 23, n. 32.

BERNARDES, Flávio Couto; FONSECA, Vinícius Simões Borges Espinheira. **O Sistema Tributário Nacional e a Lei nº 13.655/2018: a contradição entre a exigência de segurança jurídica e a introdução do consequencialismo econômico na aplicação do Direito Tributário.** In: Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, PR, Brasil, v. 64, n. 3, p. 193-212, set./dez. 2019. ISSN 2236-7284. Disponível em: https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/66896. Acesso em: 13 de fevereiro de 2026.

BIAZEVIC, Juan Paulo Haye. A adjudicação do direito constitucional à saúde: a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: **Revista de Direito Administrativo**, *[S. l.]*, v. 284, n. 2, p. 217–245, 2025. DOI:

10.12660/rda.v284.2025.92157. Disponível em: https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/92157. Acesso em: 13 de fevereiro de 2026.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Exposição de motivos nº 189**. 1999. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1999/lei-9868-10-novembro-1999-369587-exposicaodemotivos-150030-pl.html. Acesso em: 13 de fevereiro de 2026.

BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. **Acórdão nº 2401-005.145**. 2018a. Disponível em: https://acordaos.economia.gov.br/acordaos2/pdfs/processados/10580723886201447_5840931.pdf. Acesso em: 13 de fevereiro de 2026.

BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. **Acórdão nº 2401-005.539**. 2018b. Disponível em: https://acordaos.economia.gov.br/acordaos2/pdfs/processados/10600720135201574_5888277.pdf. Acesso em: 13 de fevereiro de 2026.

BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. **Acórdão nº 2402-006.450**. 2018c. Disponível em: https://acordaos.economia.gov.br/acordaos2/pdfs/processados/16327720081201771_5893030.pdf. Acesso em: 13 de fevereiro de 2026.

BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. **Acórdão nº 3402-005.025**. 2018d. Disponível em: https://acordaos.economia.gov.br/acordaos2/pdfs/processados/10880906342200896_5851574.pdf. Acesso em: 13 de fevereiro de 2026.

BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. **Acórdão nº 9202-007.988**. 2019a. Disponível em: https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf. Acesso em: 13 de fevereiro de 2026.

BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. **Acórdão nº 9202-008.330**. 2019b. Disponível em: https://acordaos.economia.gov.br/acordaos2/pdfs/processados/10600720135201574_6119914.pdf. Acesso em: 13 de fevereiro de 2026.

BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. **Acórdão nº 2101-003.239**. 2025a. Disponível em:

https://acordaos.economia.gov.br/acordaos2/pdfs/processados/10120726785201445_7297092.pdf. Acesso em: 13 de fevereiro de 2026.

BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. **Acórdão nº 2102-003.766**. 2025b. Disponível em: https://acordaos.economia.gov.br/acordaos2/pdfs/processados/10120726099201474_7276917.pdf. Acesso em: 13 de fevereiro de 2026.

BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. **Acórdão nº 2202-011.616**. 2025c. Disponível em: https://acordaos.economia.gov.br/acordaos2/pdfs/processados/19613720819202140_7335380.pdf. Acesso em: 13 de fevereiro de 2026.

BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. **Súmulas Consolidadas com os Acórdãos Precedentes**. 2025d. Disponível em: https://www.gov.br/carf/pt-br/jurisprudencia/sumulas-carf/sumulas-consolidadas-com-os-acordaos-precedentes. Acesso em: 13 de fevereiro de 2026.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução**. Brasília, DF: CNJ, 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/08/5d577c4f0d3f6_relatorio-judicializacao.pdf. Acesso em: 13 de fevereiro de 2026.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2024: Barroso destaca aumento de 9,5% em novos processos**. 2024. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/justica-em-numeros-2024-barroso-destaca-aumento-de-95-em-novos-processos/. Acesso em: 13 de fevereiro de 2026.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Primeira Seção – STJ – 20/06/2024**. 2024a. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=aLF2dMA9n74. Acesso em: 13 de fevereiro de 2026.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1692023/MT**. 2024b. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201701703648&dt_publicacao=29/05/2024. Acesso em: 13 de fevereiro de 2026.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1898532/CE**. 2024c. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202002539916&dt_publicacao=02/05/2024. Acesso em: 13 de fevereiro de 2026.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1914902/SP**. 2024d. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=275694037&registro_numero=202100037781&peticao_numero=&publicacao_data=20241024&formato=PDF. Acesso em: 13 de fevereiro de 2026.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Tema Repetitivo 1245**. 2024e. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1245&cod_tema_final=1245. Acesso em: 13 de fevereiro de 2026.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Tema Repetitivo 479**. 2014. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=479&cod_tema_final=479. Acesso em: 13 de fevereiro de 2026.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3.430-8 ESPÍRITO SANTO**. 2009. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=604552. Acesso em: 13 de fevereiro de 2026.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4.029**. 2012. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2227089. Acesso em: 13 de fevereiro de 2026.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4481**. 2015a. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8494796. Acesso em: 13 de fevereiro de 2026.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4.171**. 2015b. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9194087. Acesso em: 13 de fevereiro de 2026.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 5.659**. 2021a. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755910810. Acesso em: 13 de fevereiro de 2026.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 6.834**. 2021b. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=759942262. Acesso em: 13 de fevereiro de 2026.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 7.112/SP**. 2022a. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=764784213. Acesso em: 13 de fevereiro de 2026.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 1.333.227 AgR**. 2022b. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=758847628. Acesso em: 13 de fevereiro de 2026.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 1.347.930 AgR**. 2022c. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=760431082. Acesso em: 13 de fevereiro de 2026.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1.338.750/SC**. 2021c. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=757936995. Acesso em: 13 de fevereiro de 2026.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1.338.750/SC ED**. 2022d. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=763001047. Acesso em: 13 de fevereiro de 2026.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 714.139/SC**. 2021d. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=759632154. Acesso em: 13 de fevereiro de 2026.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 714.139**. 2022e. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=759632154. Acesso em: 13 de fevereiro de 2026.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 1.287.019**. 2021f. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755955631. Acesso em: 13 de fevereiro de 2026.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 1.287.019 ED**. 2022f. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=759622423. Acesso em: 13 de fevereiro de 2026.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 745**. 2022g. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4307031&numeroProcesso=714139&classeProcesso=RE&numeroTema=745. Acesso em: 13 de fevereiro de 2026.

BUENO, CASSIO SCARPINELLA. **Mandado de segurança e efeito patrimonial pretérito: a ratio decidendi do acórdão exarado no REsp 1.176.713/GO e sua compatibilidade com a jurisprudência recente do STJ**. 2020. Disponível em: https://scarpinellabueno.com/images/para-ler/IBET-2020.pdf. Acesso em: 13 de fevereiro de 2026.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial: A Justificação e a Aplicação de Regras Jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012.

CÂMARA, Jacintho Arruda. Art. 24 da LINDB - Irretroatividade de nova orientação geral para anular deliberações administrativas. In: **Revista de Direito Administrativo**, *[S. l.]*, p. 113–134, 2018. DOI: 10.12660/rda.v0.2018.77652. Disponível em: https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/77652. Acesso em: 13 de fevereiro de 2026.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Das Constituições dos Direitos à Crítica dos Direitos. **Direito Público**, *[S. l.]*, v. 2, n. 7, 2010. Disponível em: https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1360. Acesso em: 13 de fevereiro de 2026.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: linguagem e método**. São Paulo: Noeses. 2015.

CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos. **ARGUMENTO CONSEQUENCIALISTA NO DIREITO.** In: Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 3. N. 3, 2015.

CLAM, Jean. **The Reference of Paradox: Missing Paradoxy as Real Perplexity**. In: Paradoxes and inconsistencies in the Law. Oregon: Hart Publishing, 2006.

CLAM, Jean. **The Reference of Paradox: Missing Paradoxy as Real Perplexity**. In: Paradoxes and inconsistencies in the Law. Oregon: Hart Publishing, 2006.

CONRADO, Paulo Cesar; NASCIMENTO, Victor Hugo Macedo do. **Como se posicionar em relação às novas perspectivas para a modulação de efeitos pelos**

tribunais superiores. In: Modulação de efeitos em matéria tributária. Coordenação Jimir Doniak Jr., Marcelo Magalhães Peixoto. São Paulo: MP Editora, 2024. p. 17-30.

COSTA, Susana Henriques da; SILVA, Marcos Rolim da. **Litigantes repetitivos e modulação no controle de constitucionalidade**. In: Suprema [recurso eletrônico]: revista de estudos constitucionais/Supremo Tribunal Federal. v. 1, n. 1 (jan./jun. 2021). Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2021. p. 185-224

DAVID, Grazielle; ANDRELINO, Alane; BEGHIN, Nathalie. **Direito a medicamentos: avaliação das despesas com medicamentos no âmbito federal do sistema único de saúde entre 2008 e 2015**. 1. ed. Brasília: Inesc, 2016.

DE ANDRADE, José Maria Arruda. **Consequencialismo e Argumento de Risco Fiscal na Modulação de Efeitos em Matéria Tributária**. Revista Direito Tributário Atual, *[S. l.]*, n. 40, p. 472–488, 2021. DOI: 10.46801/2595-6280-rdta-40-25. Disponível em: https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/1504. Acesso em: 13 de fevereiro de 2026. 16 jul. 2025.

DERZI, Misabel Abreu Machado. **Mutações Jurisprudenciais, em face da proteção da confiança e do interesse público no planejamento da receita e da despesa do Estado**. In: Roberto Ferraz. (Org.). Princípios e Limites da Tributação. 1 ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009, v. II, p. 729-748. E modificado pela obra da autora: MODIFICAÇÕES DA JURISPRUDÊNCIA NO DIREITO TRIBUTÁRIO, Ed. Noeses, São Paulo, 2009b.

DERZI, Misabel Abreu Machado; SANTIAGO, Igor Mauler. **AS ALTERAÇÕES DA JURISPRUDÊNCIA DO STF E A PROTEÇÃO DA CONFIANÇA. EFICÁCIA EX NUNC DA VEDAÇÃO DE CRÉDITOS DE IPI POR PRODUTOS SUJEITOS À ALÍQUOTA ZERO**. 2015. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/279449767_As_alteracoes_da_Jurisprudencia_do_STF_e_a_Protecao_da_Confianca. Acesso em: 13 de fevereiro de 2026.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. **Modificações da jurisprudência no Direito Tributário**. São Paulo: Noeses, 2009a.

DIAS, Daniela Gueiros. **Consequencialismo Judicial no Direito Tributário Brasileiro**. São Paulo: IBDT, 2021.

DONIAK JR., Jimir. **Modulação de efeitos pelos tribunais em matéria tributária**. In: Modulação de efeitos em matéria tributária. Coordenação Jimir Doniak Jr., Marcelo Magalhães Peixoto. São Paulo: MP Editora, 2024. p. 159-186.

EDITORES, Os. Editorial. In: **Revista de Direito Administrativo**, *[S. l.]*, p. 9–11, 2018. DOI: 10.12660/rda.v0.2018.77647. Disponível em: https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/77647. Acesso em: 13 de fevereiro de 2026.

FARIA, Luiz Alberto Gurgel de; GONZALEZ, Thiago Holanda. **A modulação de efeitos em matéria tributária e seus parâmetros: A segurança jurídica e o excepcional interesse social**. RFD – Revista da Faculdade de Direito da UERJ. 2023, n. 42. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/rfduerj/article/view/70564/45677. Acesso em: 13 de fevereiro de 2026.

FARIAS, Érika Dias Machado Costa de. **Reflexões acerca da modulação de efeitos: decisões proferidas pelo STF em matéria tributária**. Dissertação apresentada à banca examinadora da Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP para obtenção de título de Mestre. São Paulo, 2011.

FEITAL, Thiago Álvares. IGUALDADE DE GÊNERO TRIBUTÁRIA: **Contribuição para o debate sobre igualdade tributária e igualdade de gênero a partir dos direitos humanos**. Tese apresentada por Thiago Álvares Feital ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito. Orientadora Professora Doutora Misabel de Abreu Machado Derzi. 2022. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/46805/4/Igualdade%20de%20ge%cc%82nero%20tributa%cc%81ria-Thiago%20Feital.pdf. Acesso em: 13 de fevereiro de 2026.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Modulação de efeitos, um instrumento excepcional/usual**. In: Modulação de efeitos em matéria tributária. Coordenação Jimir Doniak Jr., Marcelo Magalhães Peixoto. São Paulo: MP Editora, 2024. p. 71-82.

HÄBERLE, Peter. **Dimensões dos Direitos Fundamentais à Luz de uma Comparação de Níveis Textuais de Constituições**. Direito Público, *[S. l.]*, v. 11, n. 55, p. 193–119, 2014. Disponível em:

https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2236. Acesso em: 13 de fevereiro de 2026.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: Entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HAN, Byung-Chul. **Sociedade do cansaço**. Giachini, Enio Paulo. 2. 2017. Vozes, Petrópolis: 128.

IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Judicialização corresponde a quase 33% dos gastos em medicamentos de estados brasileiros**. 2025. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/categorias/45-todas-as-noticias/noticias/15830-judicializacao-corresponde-a-quase-33-dos-gastos-em-medicamentos-de-estados-brasileiros. Acesso em: 13 de fevereiro de 2026.

JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB - Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. In: **Revista de Direito Administrativo**, *[S. l.]*, p. 63–92, 2018. DOI: 10.12660/rda.v0.2018.77650. Disponível em: https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/77650. Acesso em: 13 de fevereiro de 2026.

JOTA. **Barroso: reclamações crescem 35% e STF se tornou um 'tribunal de precedentes vinculantes'**. 2024. Disponível em: https://www.jota.info/stf/do-supremo/barroso-reclamacoes-crescem-35-e-stf-se-tornou-um-tribunal-de-precedentes-vinculantes. Acesso em: 13 de fevereiro de 2026.

JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB - Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. In: **Revista de Direito Administrativo**, *[S. l.]*, p. 13–41, 2018. DOI: 10.12660/rda.v0.2018.77648. Disponível em: https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/77648. Acesso em: 13 de fevereiro de 2026.

KUHN, Thomas S. A estrutura das revoluções científicas. São Paulo: Perspectiva S.A., 1996.

LOBATO, Valter de Souza; TEIXEIRA, Tiago Conde. **O JULGAMENTO PELO STF DO RE N. 1.072.485/PR E A NECESSIDADE DE MODULAÇÃO DE SEUS EFEITOS**. Revista Direito Tributário Atual, *[S. l.]*, n. 46, p. 534–566, 2020. DOI: 10.46801/2595-6280-rdta-46-22. Disponível em: https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/1117. Acesso em: 13 de fevereiro de 2026.

LOBATO, Valter de Souza; TEIXEIRA, Tiago Conde; MARINHO NETO, José Antonino. **Segurança jurídica em matéria tributária e a necessidade de modulação dos efeitos em relação às modificações jurisprudenciais**. In: Entre a justiça e a segurança jurídica: estudos sobre o direito e a tributação em homenagem a Misabel Abreu Machado Derzi. Organizado por Thomas Bustamante e Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2021. p. 385-404. Disponível em: https://professorvalterlobato.com.br/wp-content/uploads/2025/07/2021-LOBATO-V.S.-MARINHO-NETO-J.A.-Seguranca-juridica-em-materia-tributaria.pdf. Acesso em: 13 de fevereiro de 2026.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

LUHMANN, Niklas. **Organización y decision: autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo**. Barcelona: Anthropos Editorial. 2005, p. 34

LUHMANN, Niklas. **Trust and Power**. 1979. Pitman Press, Avon.

MAGALHÃES, Viviane Fauhalber Dutra de. **Limites sistêmicos para a modulação de efeitos em matéria tributária**. São Paulo: Noeses, 2024.

MARCONDES, Cecilia Maria Piedra. **O recurso especial e a questão de direito e de fato – Súmula 7/STJ. Revista do TRF3** – Ano XXX – n. 142 – Jul./Set.2019.

MARICATO, Andréia Fogaça Rodrigues. **A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE "PRESTAÇÃO DE SERVIÇO" NO STF, PARA FINS DE INCIDÊNCIA DO ISSQN**. 2024. Disponível em: https://www.ibet.com.br/wp-content/uploads/2024/01/Andreia-Fogaca-Rodrigues-Maricato.pdf. Acesso em: 13 de fevereiro de 2026.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Art. 23 da LINDB - O equilíbrio entre mudança e previsibilidade na hermenêutica jurídica. In: **Revista de Direito Administrativo**, *[S. l.]*, p. 93–112, 2018. DOI: 10.12660/rda.v0.2018.77651. Disponível em: https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/77651. Acesso em: 13 de fevereiro de 2026.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade – comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MASCHIETTO GUERRA, Giovanna. **Modulação dos Efeitos da Decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a Incidência da Contribuição Previdenciária do**

Empregador sobre o Terço Constitucional de Férias Usufruídas. Revista Direito Tributário Atual, *[S. l.]*, n. 57, p. 243–266, 2024. DOI: 10.46801/2595-6280.57.10.2024.2559. Disponível em: https://www.revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/2559. Acesso em: 13 de fevereiro de 2026.

MAUS, Ingerbord. **Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã"**. 1989. In: Faulstich, Werner e Grimm. Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque.

MEDEIROS, Alexandre Satyro de. **Entre Hércules e Leviatã: Ativismo judicial e proativismo na jurisdição constitucional do Brasil**. São Paulo: Noeses, 2024.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB - Indicando consequências e regularizando atos e negócios. In: **Revista de Direito Administrativo**, *[S. l.]*, p. 43–61, 2018. DOI: 10.12660/rda.v0.2018.77649. Disponível em: https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/77649. Acesso em: 13 de fevereiro de 2026.

MENESES, Clara Marcelle Alves. **Modulação das decisões tributárias do Supremo: Autopoiesis e o argumento econômico no controle de constitucionalidade**. In: Revista Jurídica da Presidência, Brasília, v. 18, n. 115, jun/set, 2016. P. 435-458.

MESSINGER, Caroline Cignachi. **Modulação de efeitos em matéria tributária: análise dos critérios de decisão adotados pelo supremo tribunal federal em casos de repercussão geral**. Dissertação apresentada na Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas no Programa de Pós-Graduação Stricto sensu em Direito sob orientação do Professor Doutor Aldo de Paula Júnior. 2023. Disponível em: https://repositorio.fgv.br/server/api/core/bitstreams/ddb052fc-a0d3-4015-b312-e68ab2ed2d1a/content. Acesso em

MESSINGER, Caroline Cignachi. **Modulação de efeitos em matéria tributária: análise dos critérios de decisão adotados pelo supremo tribunal federal em**

casos de repercussão geral. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito) – Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2023.

MITIDIERO. Daniel. **A TUTELA DOS DIREITOS COMO FIM DO PROCESSO CIVIL NO ESTADO CONSTITUCIONAL**. In: O novo CPC e o Processo do Trabalho. 2015. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/89495/2015_mitidiero_daniel_tutela_direitos.pdf.

MOLINARI, Flávio Miranda. **modulação de efeitos em matéria tributária pelo STF**. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2021.

MOLINARI, Flávio Miranda. O pragmatismo tributário e a modulação de efeitos no STF. **Consultor Jurídico.** São Paulo : Consultor Jurídico, jan.2022. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2022-jan-03/molinari-pragmatismo-tributario-modulacaoefeitos-stf/. Acesso em: 13 de fevereiro de 2026.

MOREIRA, André Mendes. **Neutralidade, valor acrescido e tributação**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MOSQUERA, Roberto Quiroga; VALDO, Amanda de Oliveira. Modulação dos efeitos e guerra fiscal: uma análise da jurisprudência do supremo tribunal federal. **Revista Direito Tributário Atual**, [S. l.], n. 45, p. 651–694, 2020. Disponível em: https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/1218. Acesso em: 13 de fevereiro de 2026.

MOURA, Henrique Perlatto. **TRANSMUTAÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA DA POSSE DECORRENTE DE MODULAÇÃO DE EFEITO DE SENTENÇA DECLARATÓRIA DE VÍCIO POSSESSÓRIO EM RAZÃO DA NULIDADE DE TESTAMENTO**. 2017.In: Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e iniciação científica em Direito da Fepodi. Disponível em: https://site.conpedi.org.br/publicacoes/4b3el5ku/bloco-unico/3wHa2V5208Lgqqkv.pdf. Acesso em: 13 de fevereiro de 2026.

MOURA, Henrique Perlatto; SORRENTINO, Thiago Bushinelli; BARBOSA, Ana Carolina da Silva. **Desafios para Tributação dos Planos de Stock Options após o Tema n. 1.226**. In: Coletânea 100 Anos do CARF. 2. Ed. São Paulo: NSM Editora, 2025, p. 587-602.

MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. **O mito da propriedade: os impostos e a justiça**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

NEVES, Pilar Bacellar Palhano; PACHECO, Marcos Antônio Barbosa. **Saúde pública e Poder Judiciário: percepções de magistrados no estado do Maranhão**. In: Rev. direito GV 13 (3). Sep-Dec 2017. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rdgv/a/n3r57PsY3DzgCRJZDVKXS5s/?format=html. Acesso em: 13 de fevereiro de 2026.

NOGUEIRA, Antonio de Pádua Soubhie. **Modulação dos efeitos das decisões no processo civil**. 2013. Tese de Doutorado apresentada como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito, no âmbito do Programa de Pós-graduação, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação do Prof. Titular Dr. Flávio Luiz Yarshell. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-28082015-082859/publico/TeseCompleto_AntoniodePaduaSoubhieNogueira.pdf. Acesso em: 13 de fevereiro de 2026.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. **Precedentes no CPC-2015: por uma Compreensão Constitucionalmente Adequada do seu Uso no Brasil**. 2015. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1277781/Alexandre_Melo_Franco_Bahia_&_Dierle_Nunes.pdf. Acesso em: 13 de fevereiro de 2026.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. **PROCESSO, JURISDIÇÃO E PROCESSUALISMO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO NA AMÉRICA LATINA: ALGUNS APONTAMENTOS**. In: Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 101, p. 61-96, jul./dez. 2010. Disponível em: https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/118/114. Acesso em: 13 de fevereiro de 2026.

OLIVEIRA, Márcio Luís de. **A Constituição juridicamente adequada: transformações do constitucionalismo e atualização principiológica dos direitos, garantias e deveres fundamentais**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

OST. François. **Between Order and Disorder: The Game of Law**. In: Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society. Berlim: Walter de Gruyter & Co., 1987.

PAULA JÚNIOR, Aldo de; CAMPEDELLI, Laura Romano; JESUS FILHO, José de; LOPES, Ana Clara Alioto. **Estudo sobre a modulação dos efeitos das decisões no Supremo Tribunal Federal (STF) e no Superior Tribunal de Justiça (STJ) [recurso eletrônico]: relatório de pesquisa**. São Paulo: FGV Direito SP, 2025. 48 p. ISBN 978-65-87355-72-6.

PENCAK, Nina Pinheiro; ANDRADE, Fausto Neiva. **BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE AS RESSALVAS ÀS MODULAÇÕES DE EFEITOS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA NO ÂMBITO DO STF**. In: Modulação de efeitos em matéria tributária. Coordenação Jimir Doniak Jr., Marcelo Magalhães Peixoto. São Paulo: MP Editora, 2024. p. 117-128.

PEREZ, Oren. **Law in the Air: A prologue to the World of Legal Paradoxes**. In: Paradoxes and inconsistencies in the Law. Oregon: Hart Publishing, 2006.

PEREZ, Oren. **The Institucionalization of Inconsistency**. In: Paradoxes and inconsistencies in the Law. Oregon: Hart Publishing, 2006.

PGFN, Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. **NOTA PGFN/CRJ/No 981/2017**. 2017. Disponível em: https://www.gov.br/pgfn/pt-br/assuntos/representacao-judicial/lista-dispensa-contestar-recorrer/Nota%20PGFN%20CRJ%20No%20981.2017.pdf. Acesso em: 13 de fevereiro de 2026.

PISCITELLI, T., & Furtado Costa Araujo, J. (2024). **ARGUMENTOS ORÇAMENTÁRIOS NA MODULAÇÃO DE EFEITOS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA: ANÁLISE PRAGMÁTICA DO POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**. In: REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS, 10(2), 403–422. https://doi.org/10.21783/rei.v10i2.832.

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

PRETTO, Renato Siqueira de. **Pandemia e tributação: tempo de reflexão**. In: Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 21, nº 55, p. 31-40, Julho-Setembro/2020.

RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial e representação política: a crise institucional brasileira. **Revista de Direitos Humanos e Desenvolvimento Social**, *[S. l.]*, v. 1, p. 1–19, 2020. DOI: 10.24220/2675-9160v1e2020a5200. Disponível em:

https://seer.sis.puc-campinas.edu.br/direitoshumanos/article/view/5200. Acesso em: 13 de fevereiro de 2026.

RAMOS. Elival Silva. **A evolução do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade e a Constituição de 1988**. In: Revista da Escola Superior da PGE-SP. v.1, n.1. 2010. Disponível em: https://revistas.pge.sp.gov.br/revistaespgesp/article/view/170. Acesso em: 13 de fevereiro de 2026.

RAMOS. Elival Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RIBEIRO, Diego Diniz. **A Modulação de Efeitos no Controle de Constitucionalidade em Matéria Tributária e a Jurisprudência do STF**. 2010. In: Revista Dialética de Direito Tributário nº 178.

RIBEIRO, Diego Diniz. **A rescisão da coisa julgada com base em precedentes do STF e do STJ: uma análise crítica no processo judicial tributário**. 1. ed. São Paulo: Noeses, 2024.

RIBEIRO, Diego Diniz; DELIGNE, Mayse de Sá Pittondo. **A modulação de efeitos em matéria tributária e sua realização em favor da fazenda pública**. In: Processo Tributário Analítico, v. IV. p. 97-132. São Paulo: Noeses, 2019.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A contrarrevolução jurídica. 2009.** Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0412200909.htm. Acesso em: 13 de fevereiro de 2026.

SÃO PAULO (Estado). Secretaria da Educação. **'Pra inglês ver': confira a origem das principais expressões populares brasileiras**. 2016. Disponível em: https://www.educacao.sp.gov.br/pra-ingles-ver-confira-a-origem-das-principais-expressoes-populares-brasileiras/. Acesso em: 13 de fevereiro de 2026.

SEFAZ/MG. Secretaria do Estado de Fazenda de Minas Gerais. Definitividade da Base de Cálculo do ICMS – ST. 2025. Disponível em: https://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/Cadastro/cadastro/definitividade-icms-st/. Acesso em: 13 de fevereiro de 2026.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. In: Revista Pensar/Fortaleza. V. 2. N. 2. Agosto de 1993. Disponível em: https://ojs.unifor.br/rpen/article/download/2343/2519. Acesso em 16 de novembro de 2024. p. 10

SOUSA, S. L. S. e; SOARES JÚNIOR, J.; PEREIRA, I. G. O. **Aspectos da Judicialização da Saúde e as Notas Técnicas na Jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG**. Revista Internacional Consinter de Direito, Paraná, Brasil, v. 4, n. 6, p. 19–37, 2018. DOI: 10.19135/revista.consinter.00006.01. Disponível em: https://revistaconsinter.com/index.php/ojs/article/view/270.

SOUZA, Celina. **Políticas públicas: uma revisão da literatura**. In: Dossiê Sociedade e Políticas Publicas, 2006. Disponível em: https://www.scielo.br/j/soc/a/6YsWyBWZSdFgfSqDVQhc4jm/?for. Acesso em: 13 de fevereiro de 2026.

SOUZA, Raphael Ramos Monteiro de. **Supremo remoto e a expansão do Plenário Virtual após a pandemia**. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 19, e2312, 2023. https://doi.org/10.1590/2317-6172202312

TESSARI, Cláudio. **A falta de critérios para a modulação dos efeitos nas decisões judiciais: discriminação dos contribuintes em classes**. In: Modulação de efeitos em matéria tributária. Coordenação Jimir Doniak Jr., Marcelo Magalhães Peixoto. São Paulo: MP Editora, 2024. p. 285-312.

TESSARI, Claudio. **Modulação de efeitos no STF: parâmetros para definição do excepcional interesse social** [livro eletrônico]. 2. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2023.

TESSARI, Cláudio. **Modulação de efeitos no STF: parâmetros para definição do excepcional interesse social**. 2. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2023.

TEUBNER. Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1989. p. 1

UOL. Haddad: **Faria Lima às vezes não nota risco fiscal do tamanho de 'elefante'**. 2025. Disponível em: https://economia.uol.com.br/colunas/graciliano-rocha/2025/03/24/haddad-faria-lima-as-vezes-nao-nota-risco-fiscal-do-tamanho-de-elefante.htm. Acesso em: 13 de fevereiro de 2026.

VALOR ECONÔMICO. **Agenda do STF: Corte retoma julgamentos tributários bilionários**. 2025. Disponível em: https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2025/08/10/agenda-do-stf-corte-retoma-julgamentos-tributarios-bilionarios.ghtml. Acesso em: 13 de fevereiro de 2026.

VETTORATO, Gustavo. **Modulação de efeitos em matéria tributária: formatos, expectativas legítimas e cidadania**. 2025. 207 f. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) - Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2025.

VIANA, Ulisses Schwarz. **Repercussão geral sob a ótica da teoria dos sistemas sociais de Luhmann**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

WANG, Daniel Wei Liang. **Poder Judiciário e participação democrática nas políticas públicas de saúde**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. doi:10.11606/D.2.2009.tde-21062011-134507. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-21062011-134507/pt-br.php. Acesso em: 13 de fevereiro de 2026.