

# A flexibilização da coisa julgada e a segurança jurídica

**Ricardo Cunha Chimenti<sup>1</sup>**

Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo

## Introdução

Conforme leciona o professor Leonardo Greco, citando inclusive decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos que reconhecem a coisa julgada como uma imposição do direito à tutela jurisdicional efetiva, “a segurança jurídica é o mínimo de previsibilidade necessária que o Estado de Direito deve oferecer a todo cidadão, a respeito de quais são as normas de convivência que ele deve observar e com base nas quais pode travar relações jurídicas válidas e eficazes”<sup>2</sup>.

Em nosso Sistema Constitucional temos o direito fundamental à segurança consagrado no “caput” do artigo 5º da Constituição Federal (CF) de 1988, o qual é instrumentalizado por meio da regra constitucional pela qual a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CF/1988). Ao admitir ação rescisória fundada no inciso V do art. 966 do CPC (violação manifesta de norma jurídica), caso uma decisão transitada em julgado tenha aplicado erroneamente um precedente vinculante (§ 5º do mesmo artigo do CPC), o legislador deu aos precedentes qualificados força equivalente àquela conferida às leis.

Conforme o artigo 502 do CPC, “denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”.

A ideia clássica da matéria nos traz que a coisa julgada material torna imutável, no mesmo ou em outro processo, sentença de mérito transitada em julgado. Decisões de cunho processual podem estar sujeitas à preclusão temporal, porém não fazem coisa julgada.

## 1. A impugnação ao cumprimento da sentença e a flexibilização da coisa julgada

Ao tratar da impugnação ao cumprimento de uma sentença definitiva, o Código de Processo Civil de 2015 explicita que a impugnação à execução pode ter como base a inexecutabilidade do título ou a inexigibilidade da obrigação (art. 525, III, e 535, III, do CPC). E, segundo o § 12 do art. 525 e o § 5º do art. 535 do CPC, em clara flexibilização da coisa julgada, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título

<sup>1</sup> Professor de Direito Tributário e da disciplina “Magistratura: vocação e desafios”, da Universidade Presbiteriana Mackenzie, vice-diretor da Escola Paulista da Magistratura (EPM), coordenador-geral dos cursos de Formação Inicial e de Aperfeiçoamento para fins de vitaliciamento da EPM, mestre em Processo Civil e autor de obras jurídicas.

<sup>2</sup> GRECO, Leonardo. *Efeitos da declaração erga omnes de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior*. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto167.htm>. Acesso em: 20 out. 2003.

executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a CF, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso. Os dispositivos processuais não explicitam se a interpretação do C. STF capaz de embasar a impugnação deve ser anterior ou pode ser posterior ao trânsito em julgado da sentença em execução.

## **2. Decisão do Supremo Tribunal Federal flexibilizando a coisa julgada formada antes da nova interpretação dada pelo Tribunal Constitucional à matéria**

De acordo com o art. 59 da Lei nº 9.099/1995 (Lei Geral do Sistema dos Juizados Especiais), “não se admitirá ação rescisória nas causas sujeitas ao procedimento instituído por esta Lei”. Mas mesmo diante da literalidade da disposição em comento, ao apreciar o Tema 100 de Repercussão Geral, julgado de 9 de novembro de /2023, nosso Tribunal Constitucional firmou uma tese, desdobrada em três itens, na qual estabelece controverso entendimento no sentido de que a coisa julgada pode ser afastada sob o fundamento de que, antes ou **após** a sua consolidação, houve interpretação em sentido diverso pelo C. STF da norma que embasou o julgado desconstituído. Eis a tese:

*1) é possível aplicar o artigo 741, parágrafo único, do CPC/73, atual art. 535, § 5º, do CPC/2015, aos feitos submetidos ao procedimento sumaríssimo, desde que o trânsito em julgado da fase de conhecimento seja posterior a 27.8.2001;*

*2) é admissível a invocação como fundamento da inexigibilidade de ser o título judicial fundado em ‘aplicação ou interpretação tida como incompatível com a Constituição’ quando houver pronunciamento jurisdicional, contrário ao decidido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, seja no controle difuso, seja no controle concentrado de constitucionalidade;*

*3) o art. 59 da Lei 9.099/1995 não impede a desconstituição da coisa julgada quando o título executivo judicial se amparar em contrariedade à interpretação ou sentido da norma conferida pela Suprema Corte, anterior ou posterior ao trânsito em julgado, admitindo, respectivamente, o manejo (i) de impugnação ao cumprimento de sentença ou (ii) de simples petição, a ser apresentada em prazo equivalente ao da ação rescisória”. (grifo nosso).*

## **3. Interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal que retroage os efeitos da modulação temporal de precedente vinculante para aplicá-lo a tese firmada quatro anos antes. Retroação que serviu como fundamento para a rescisão de coisa julgada formada com base na tese dois anos antes da sua modulação.**

O RE 574706 deu origem ao tema 69 de Repercussão Geral do C. STF. Trata-se de recurso extraordinário em que se discute, à luz do art. 195, I, b, da Constituição Federal, se o ICMS integra a base de cálculo da contribuição para o Programa de Integração Social (PIS) e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins).

Em 15 de março de 2017, sem qualquer modulação, o C. STF fixou a seguinte tese, conhecida à época como Tese do Século: “o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS”, ressalvadas as ações judiciais e administrativas protocoladas até a data da sessão em que proferido o julgamento.

No entanto, em 13 de maio de 2021, ou seja, quatro anos após a fixação da tese, o C. STF, por maioria, acolheu em parte embargos de declaração para modular os efeitos do julgado e estabelecer que a tese só se aplicaria após 15 de março de 2017 - data em que foi julgado o RE nº 574.706.

Ocorre que, entre 15 de março de 2017 e 13 de maio de 2021, foram promovidas inúmeras ações de repetição de indébito contra a União, muitas das quais julgadas procedentes com base na tese originária e transitadas em julgado antes mesmo da sua modulação.

Após a modulação, contudo, a União ingressou com mais de mil ações rescisórias contra os acórdãos transitados em julgado e que tiverem por base a tese 69 em sua redação originária.

Ao analisar a questão no RE 1.452.421, que gerou o Tema 1.279/RG, o C. STF decidiu que são cabíveis ações rescisórias movidas pela União para anular decisões transitadas em julgado que garantiram aos contribuintes a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins, também conhecida como tese do século. A maioria dos ministros seguiu o entendimento do presidente do C. STF, ministro Luís Roberto Barroso, que destacou que essas ações podem ser utilizadas para adequar decisões que não observaram a modulação dos efeitos da tese firmada em maio de 2021.

A decisão afeta contribuintes que haviam obtido decisões definitivas favoráveis antes dessa modulação e demonstra a necessidade do aperfeiçoamento dos julgamentos dos recursos extraordinários com repercussão geral, sobretudo para que antes da fixação da tese o C. STF possa ter uma visão mais abrangente das consequências da sua decisão e, assim, sempre que possível, desde logo modular os seus efeitos. Um dos caminhos possíveis para a preservação da segurança jurídica é a adoção, de forma abrangente, do artigo 138 (que dispõe sobre o *amicus curiae*) e do § 4º do art. 1.035, ambos do CPC, com a admissão da manifestação daqueles que tenham representatividade sobre o tema.

### 3.1 O caso concreto - Tema de Repercussão Geral 1.279 do C. STF

O caso em análise é um recurso extraordinário (RE 1.452.421, Tema 1.279/RG) contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região que, fundada na modulação temporal efetivada em 2021, acolheu ação rescisória contra decisão transitada em julgado em 2019 e afastou a aplicação da Tese 69/RG, firmada em 2017, ao caso concreto, rescisão que teve por fundamento a modulação da tese em 2021.

#### Descrição do Tema nº 1.279:

*Recurso extraordinário em que se discute, à luz do artigo 195, I, b, da Constituição Federal, se a atribuição de efeitos prospectivos à decisão de inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na*

*base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS alcança qualquer recolhimento efetuado após 15.3.2017, marco temporal da modulação proclamada ao exame do RE 574.706-ED/PR, ou apenas aqueles cuja inclusão do ICMS decorra de fato gerador ocorrido até aquele limite temporal.*

**Tese:**

*Em vista da modulação de efeitos no RE 574.706/PR, não se viabiliza o pedido de repetição do indébito ou de compensação do tributo declarado inconstitucional, se o fato gerador do tributo ocorreu antes do marco temporal fixado pelo Supremo Tribunal Federal, ressalvadas as ações judiciais e os procedimentos administrativos protocolados até 15.3.2017.*

Em síntese, embora o tema de repercussão buscasse a formação de uma tese para que se definisse se a atribuição de efeitos prospectivos à decisão de inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da contribuição ao PIS e da Cofins alcançaria qualquer recolhimento efetuado após 15 de março de 2017, marco temporal da modulação proclamada ao exame do RE 574.706-ED/PR, ou apenas aqueles cuja inclusão do ICMS decorra de fato gerador ocorrido até aquele limite temporal, em 2024, ao julgar o recurso extraordinário, o C. STF reconheceu a contrariedade entre a coisa julgada e a modulação dos efeitos da tese de repercussão geral nº 69. Com isso, firmou a tese acima exposta, pela qual não cabe repetição do indébito ou pedido de compensação de tributo declarado inconstitucional se o fato gerador do tributo ocorreu antes do marco temporal retroativo (2017), fixado pelo Supremo Tribunal Federal em 2021, ressalvadas as ações judiciais e os procedimentos administrativos protocolados até 15 de março de 2017.

O julgamento, que ocorreu no plenário virtual, deu a diretriz para o julgamento que envolve aproximadamente 1.100 ações rescisórias ajuizadas pela Fazenda Nacional, cujo objetivo é ajustar decisões transitadas em julgado, sob o argumento de que essas decisões destoam do precedente do C. STF sobre a exclusão do ICMS da base de cálculo dos tributos. O caso analisado tratava de um contribuinte que obteve decisão favorável em 2019, antes da modulação dos efeitos realizada pelo C. STF em 2021.

O entendimento de Barroso foi seguido pelos ministros Gilmar Mendes, Alexandre de Moraes, Flávio Dino, Cristiano Zanin, Dias Toffoli, André Mendonça e Cármen Lúcia.

### 3.2 A relevante divergência e a defesa de segurança jurídica

No entanto, houve divergência dos ministros Luiz Fux e Edson Fachin. O ministro Fux defendeu a importância de resguardar a coisa julgada e a segurança jurídica, alegando que as decisões proferidas entre 2017 e 2021, antes da modulação, estavam em conformidade com a jurisprudência vigente à época. Para ele, a coisa julgada não pode ser desfeita pela decisão do C. STF, sob o risco de anular decisões

**tomadas por outros tribunais de forma legítima. Do valioso voto do ministro Luiz Fux extrai-se que:**

*Com efeito, debruçando-se sobre a quaestio juris ora em debate, urge frisar, prima facie, que o Plenário desta Corte, em 15/3/2017, segundo a sistemática da repercussão geral, no julgamento do RE 574.706 (Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 2/10/2017, Tema 69), fixou a tese de repercussão geral no sentido de que “O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS”, tendo, posteriormente, em 15/3/2021, no julgamento de embargos de declaração opostos contra o citado acórdão paradigma (Plenário, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 12/8/2021), dentre outros pontos, modulado a eficácia da decisão então embargada, para que produza efeitos prospectivamente a partir de 15/3/2017, ressalvados ações judiciais e procedimentos administrativos protocolados antes dessa data.*

*De outra sorte, a demanda subjetiva objeto do recurso em deslinde envolve discussão acerca da rescindibilidade, com arrimo na modulação de efeitos em comento, de acórdão que ratificara, sem balizas temporais, o direito da ora recorrente à exclusão do ICMS das bases de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS por si devidas, transitado em julgado em 27/2/2019, após edição da tese de repercussão geral conexa ao Tema 69 (15/3/2017), mas antes da decisão que modulou os seus efeitos (15/3/2021).*

*À luz desse contexto, repriso que, conquanto respeitável e salutar a preocupação para com a garantia da autoridade da jurisprudência desta Corte, tal não há de reclamar, in casu, a solução pela imperiosa rescisão do julgado, para readequação sua às balizas definidas por ocasião da apenas posterior modulação temporal dos efeitos do Tema 69 da repercussão geral. Na espécie, à proteção do sistema de precedentes deve se associar, também, a mister promoção de direitos e garantias constitucionais de maior valia, a exemplo do instituto da coisa julgada, consagrado no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, e, ainda, da segurança jurídica. Notadamente sob a perspectiva da proteção constitucional da coisa julgada como corolário da segurança jurídica e da estabilidade do sistema jurisdicional, faz-se oportuno referenciar as seguintes lições de Cândido Rangel Dinamarco e José Carlos Barbosa Moreira, in verbis:*

*“Pelo que significa na vida das pessoas em suas relações com os bens da vida ou com outras pessoas, a coisa julgada material tem por subsídio ético-político o valor da segurança jurídica, que universalmente se proclama como indispensável à paz entre os homens ou grupos” (DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. P. 303).*

*O interesse na preservação da res iudicata ultrapassa, contudo o círculo das pessoas diretamente envolvidas. A estabilidade das decisões é condição essencial para que possam os jurisdicionados confiar na seriedade e na eficiência do funcionamento da máquina judicial. Todos precisam saber que, se um dia houverem de recorrer a ela seu pronunciamento terá algo mais que o fugidio perfil das nuvens. Sem essa confiança, crescer fatalmente nos que se julguem lesados*

*a tentação de reagir por seus próprios meios, à margem dos canais oficiais. Escusado sublinhar o dano que isso causa à tranquilidade social.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de Direito Processual Civil. Nova Série. Saraiva: São Paulo, 2007. p. 245/246).*

*À luz dessa ordem de ideias, pois, reitero que, no momento de sua produção, a coisa julgada que se pretende desconstituir por meio da lide em exame estava em perfeita harmonia com a jurisprudência vinculante do Supremo Tribunal Federal, na linha da tese firmada para o tema 69 da repercussão geral, que, porquanto editada no sentido do reconhecimento de inconstitucionalidade de incidência tributária e dissociada, ainda, de modulação eficaz, espriava os efeitos ínsitos e regulares às declarações judiciais de inconstitucionalidades, rumo à nulidade **ex tunc** do objeto [...].*

*Ad argumentandum tantum, julgo oportuno salientar que, ainda que a constatação da superação jurisprudencial pareça não ter maior relevo ao caso, essa, nos termos do raciocínio supra, não a devida vênua, encontrasse presente na espécie. Isso porque, como já asseverado, o entendimento do Plenário da Corte no julgamento do mérito do Tema 69 da repercussão geral verteu pela inconstitucionalidade da incidência do ICMS nas bases de cálculo da contribuição ao PIS e CO-FINS, ocasião em que, ainda não se debruçando sobre a modulação dos efeitos da decisão, a declaração da inconstitucionalidade reclamou a nulidade **ab initio** da exação analisada, com efeitos **ex tunc**. Com o julgamento dos aclaratórios opostos em face de tal julgado, mais de quatro anos após, tendo a Corte feito modulação eficaz daquele julgamento, para que produza efeitos **ex nunc**, é nítida a mudança da jurisprudência, não se podendo conceber esta deliberação novel como uma mera fase de conclusão daquele provimento anterior.*

*Assim, entendo necessário o dissenso à luz de tais considerações.*

#### 4. Interpretação clássica do C. STF sobre a importância da coisa julgada

De acordo com a Súmula 343 do C. STF, “não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”.

Já a tese firmada no Tema 136 de Repercussão Geral do C. STF estabelece que “não cabe ação rescisória quando o julgado estiver em harmonia com o entendimento firmado pelo Plenário do Supremo à época da formalização do acórdão rescindendo, ainda que ocorra posterior superação do precedente”.

Os efeitos dos julgados vinculantes - e hoje são muitos conforme a seguir será analisado - não deveriam atingir os julgados definitivos anteriores à fixação da tese respectiva, tampouco desconstruir os títulos decorrentes de tais julgados. Do contrário, não haveria sentido na previsão pelo constituinte de que a cautelar em ADECON (primeira ação com força vinculante prevista na CF) visa suspender, por 180 dias, os julgamentos das ações que envolvem a norma objeto da controvérsia. Afinal, para que suspender o julgamento de um processo se, ao final, o título definitivo dele decorrente pudesse ser considerado inexistente.

## 5. Interpretação intermediária do C. STF sobre os efeitos dos julgados transitados em julgado que adotaram interpretação diversa daquela dada posteriormente pelo C. STF sobre a mesma questão

Em 2023 o C. STF julgou o RE 949.297 (Tema 881) e o RE 955.227 (Tema 885), que versam sobre os limites da coisa julgada em matéria tributária.

No RE 949.297 se discutiu a possibilidade de os contribuintes permanecerem usufruindo da coisa julgada que lhes reconheceu o direito de não recolherem tributo antes julgado inconstitucional, após a declaração de constitucionalidade em controle concentrado desse mesmo tributo pelo C. STF. O Tema 881 de Repercussão Geral foi assim descrito: “Limites da coisa julgada em matéria tributária, notadamente diante de julgamento, em controle concentrado pelo Supremo Tribunal Federal, que declara a constitucionalidade de tributo anteriormente considerado inconstitucional, na via do controle incidental, por decisão transitada em julgado”.

No RE 955.227 a discussão era se as decisões do C. STF em controle difuso de constitucionalidade fazem cessar os efeitos futuros da coisa julgada em matéria tributária. O Tema 885 de Repercussão Geral foi assim descrito: “efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal em controle difuso de constitucionalidade sobre a coisa julgada formada nas relações tributárias de trato continuado”.

**Assim, ao julgar o Tema 881 de Repercussão Geral, que diz respeito aos limites da coisa julgada em matéria tributária, notadamente diante de julgamento, em controle concentrado pelo Supremo Tribunal Federal, que declara a constitucionalidade de tributo anteriormente considerado inconstitucional, na via do controle incidental, por decisão transitada em julgado, o C. STF fixou a seguinte tese:**

*As decisões proferidas em ação direta ou em sede de repercussão geral interrompem automaticamente os efeitos temporais das decisões transitadas em julgado nas referidas relações, respeitadas a irretroatividade, a anterioridade anual e a noventena ou a anterioridade nonagesimal, conforme a natureza do tributo.*

**O respeito à irretroatividade e às anterioridades foi essencial para a preservação mínima da segurança jurídica.**

Ao estender a força da tese decorrente de acórdãos proferidos em sede de controle concentrado (ADI, ADECON e ADPF) para os acórdãos proferidos em recursos extraordinários com repercussão geral, o C. Supremo Tribunal Federal consagra a natureza objetiva dos acórdãos proferidos nesta espécie de recurso extraordinário.

De natureza objetiva, o processo de controle abstrato da constitucionalidade (que originariamente era o objeto do tema 881, conforme a sua respectiva descrição) não está relacionado a qualquer caso concreto. Analisa-se a norma em seu contexto hipotético, razão por que não se defere o ingresso no processo de terceiro que tenha por finalidade defender seu interesse subjetivo (ADIn 1.286). Referido controle, conforme acima destacado pode ser desenvolvido por meio de ADI, ADECON ou ADPF.

O sistema abstrato (também denominado concentrado, via de ação) ganhou

maior dimensão com a vigência da Constituição Federal de 1988, já que o rol de legitimados ativos foi ampliado (art. 103 da CF). A ADECON surgiu com a Emenda Constitucional nº 3/1993, e desde a EC nº 45/2004 ADI, ADECON e ADPF - Lei nº 9.882/1999 - têm os mesmos legitimados ativos (art. 103 da CF).

**Ao julgar o Tema 885 de Repercussão Geral, que diz respeito aos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal em controle difuso de constitucionalidade sobre a coisa julgada formada nas relações tributárias de trato continuado, o C. STF fixou a seguinte tese:**

*As decisões do STF em controle incidental de constitucionalidade, anteriores à instituição do regime de repercussão geral, não impactam automaticamente a coisa julgada que se tenha formado, mesmo nas relações jurídicas tributárias de trato sucessivo.*

Antes da sistemática da repercussão geral, os recursos extraordinários produzem acórdãos de natureza subjetiva, ou seja, seus efeitos eram restritos às partes envolvidas no processo (e para elas com força *ex tunc*), salvo se posteriormente a lei reconhecida como inconstitucional viesse a ser suspensa pelo Senado Federal (com forma *erga omnes*, porém *ex nunc*).

**Por “repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso” deve-se entender somente aquelas que transcendam os interesses meramente particulares e individuais em discussão na causa, e afetem um grande número de pessoas, surtindo efeitos sobre o panorama político, jurídico e social da coletividade.**

A Lei nº 11.418/2006 foi a primeira a regulamentar a questão ao acrescentar os artigos 543-A e 543-B ao Código de Processo Civil de 1973. A exigência da repercussão geral para que o recurso extraordinário seja conhecido se dá somente aos recursos interpostos a partir do primeiro dia da vigência da Lei nº 11.418/2006, ou seja, 60 dias após a sua publicação (DOU, 20 de dezembro de 2006).

Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa, conforme é reiterado no § 1º do art. 1.035 do CPC/2015.

O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral.

Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica.

## **6. A LINDB e a segurança jurídica**

A Lei nº 13.655/2018 inseriu na LINDB inúmeras normas (artigos 20 a 30, com o veto do art. 25) inerentes ao Direito Público. Para os fins deste artigo interessam mais diretamente os artigos 20 a 24 da LINDB.

Os artigos 20 e 21 da LINDB objetivam que as decisões tenham fundamentos claros e motivados (evitando-se assim decisões fundadas apenas em valores jurídicos



abstratos), com visão prospectiva e explícita das consequências do que foi decidido, de forma a preservar o interesse geral sem que se imponha a cada um dos sujeitos atingidos pela decisão ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

Há que se refletir sobre os prejuízos causados àqueles que fundados na Tese 69 do C. STF ingressaram com ações de repetição de indébito antes de 2021, obtiveram vitórias transitadas em julgado em 2019 e, diante de uma modulação efetivada em 2021 e interpretada em 2024, viram seus títulos judiciais rescindidos e ainda poderão responder pelas verbas da sucumbência decorrentes das ações rescisórias.

Na esfera judicial o Código de Ética da Magistratura (Resolução 60 do CNJ), ao tratar da prudência, estabelece em seu art. 25 que incumbe ao magistrado atuar de forma cautelosa, atento às consequências que pode provocar.

O artigo 22 da LINDB prestigia o Primado da Realidade, de forma que na interpretação de normas sobre gestão pública serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor, as circunstâncias práticas que envolveram o ato em análise por ocasião de sua implementação. A previsão envolve uma análise profunda da questão sob análise, para que, de um lado, não se puna indevidamente quem praticou uma conduta dentro do princípio da razoabilidade; e de outro lado não se criem precedentes capazes de justificar inúmeras condutas ilícitas sob o argumento, por vezes simplista, de que situações que na verdade são do cotidiano e poderiam ter sido previstas impuseram a conduta questionada.

Os artigos 23 e 24 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro igualmente trazem regras interpretativas que visam prestigiar a segurança jurídica e a razoabilidade. O artigo 23 determina que a decisão administrativa controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova deverá prever regime de transição. É a consagração do princípio da não surpresa, de forma que a concretização da interpretação evolutiva se dê prospectiva e não retrospectivamente. Exemplo prático é a modulação temporal dos efeitos de uma decisão. Já o artigo 24 estabelece que a revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

Aqui igualmente se protege aqueles que sob a vigência de certa orientação tida por regular, mas posteriormente alterada, consumaram um ato ou negócio jurídico que merece ser preservado. Não se trata, obviamente, da convalidação de atos ou negócios jurídicos viciados desde a sua origem, circunstância cuja análise exige a harmonização de metodologias interpretativas mais próximas da *Common Law* (especialmente o juízo de ponderação) do que da *Civil Law*.

## 7. Os precedentes qualificados

Precedente é “a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”<sup>3</sup>. Na

3 DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Ed. Podivm, 2008, 2º v. 347.

sua origem o sistema jurídico brasileiro não gerava decisões dotadas de força vinculante para casos futuros, ou seja, tinha força meramente persuasiva.

A partir da Emenda Constitucional nº 3/1993, alguns precedentes no Brasil (uns formados a partir dos nossos costumes e a maioria constituídos por técnicos em gabinetes de trabalho) passaram a ter força obrigatória por previsão constitucional. O primeiro precedente obrigatório com previsão constitucional na vigência da CF/1988 foi a decisão definitiva de mérito proferida pelo C. STF na Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADECON (redação dada ao § 2º do art. 102 da CF pela EC 3/1993).

Com a EC 45/2004, também a decisão definitiva de mérito proferida pelo C. STF em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) ganhou força constitucional vinculante, poder que, aliás, já lhe era dado pela jurisprudência, por ser vista como o outro lado da moeda quando analisada sob a luz da ADECON (já que essa é uma ação de natureza dú- plice e a sua improcedência leva à declaração de inconstitucionalidade da norma objeto da ação). A mesma EC 45 criou a Súmula Vinculante.

A lei nº 9.882/1999, por sua vez, ao disciplinar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), prevista no § 1º do art. 102 da CF, em seu artigo 10 dá força vinculante ao acórdão dela decorrente, força confirmada quando do julgamento da ADI nº 2.231 pelo C. STF, quando se decidiu que “a possibilidade atribuição de efeitos vinculantes e erga omnes às decisões proferidas em ADPF decorre da própria natureza de controle objetivo e concentrado de constitucionalidade, não havendo falar em “reserva de Constituição para a matéria”. Ainda assim, é importante lembramos que no passado recente, ao analisar a lei nº 10.628/2002, que havia inserido dois parágrafos no art. 84 do CPP, o C. C.STF reconheceu que somente norma constitucional, e não lei ordinária, pode atribuir competência aos tribunais (ADI nº 2.797, j. de 15 de setembro de 2005), e a lei ordinária 9.882/1999 atribui competência (aqui considerada como o limite do exercício da jurisdição na sua mais ampla percepção) vinculante ao C. STF no julgamento das ADPF.

A lei ordinária nº 13.105/2015, por sua vez, ao instituir o NCPC, direta ou indiretamente acabou por atribuir força vinculante a diversos julgados oriundos dos mais diversos tribunais do país. Com isso, lei ordinária atribuiu a esses tribunais competências não previstas em normas constitucionais. Não se está aqui diante de uma novidade absoluta, pois anteriormente tivemos outras disposições infraconstitucionais estabelecendo força vinculante a decisões judiciais, a exemplo dos artigos 476/479 do CPC/1973 (de pouquíssima utilização durante a sua vigência), art. 902, § 1º, CLT (editado sob a ditadura do Estado Novo e obter *dictum* reconhecido como inconstitucional em 1977 na Representação nº 946 do C.STF), art. 263 do Código Eleitoral<sup>4</sup> e, ainda, os artigos 543-B e 543-C do CPC/1973, na redação da Lei nº 11.672/2008.

A respeito dos precedentes vinculantes, desde logo parece relevante destacarmos o Enunciado 11 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM - art. 105, parágrafo único, I, da CF/1988), do seguinte teor:

**Enunciado 11 da ENFAM: “Os precedentes a que se referem os incisos V e VI do § 1º do art. 489 do CPC/2015 são apenas os mencionados no art. 927 e no inciso IV do art. 332”<sup>5</sup>.**

<sup>4</sup> Declarado inconstitucional pelo TSE desde a CF/1946, conforme Ac. TSE nº 12.501/1992. Disponível em: [http://www.tse.jus.br/hotsites/catalogo-publicacoes/pdf/principaisJulgados/PrincipaisJulgados\\_tomoll.pdf](http://www.tse.jus.br/hotsites/catalogo-publicacoes/pdf/principaisJulgados/PrincipaisJulgados_tomoll.pdf), p. 220 e seguintes.  
<sup>5</sup> Art. 489 [...]:

A Recomendação 134/2022 do Conselho Nacional de Justiça trata de forma ampla dos precedentes vinculantes e suas eventuais superações.

### 7.1 A inobservância do precedente vinculante

A inobservância de um precedente firmado em **recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou em um recurso extraordinário ou especial repetitivo autoriza, após o esgotamento das vias ordinárias e antes do trânsito em julgado da decisão respectiva** (art. 988, § 5º, III do NCPC), a reclamação (art. 985, § 1º e § 4º do NCPC).

Já a decisão que ao seguir em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos deixe de considerar a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento autoriza, após o esgotamento das vias ordinárias, a reclamação (art. 988, § 4º, do NCPC) e até mesmo ação rescisória (art. 966, § 5º, do NCPC, na redação da Lei nº 13.256/2016).

**No caso de descumprimento de enunciado de súmula vinculante ou de acórdão proferido pelo C. STF em controle concentrado de constitucionalidade** admite-se a reclamação (art. 988, IV, do CPC/2015), ainda que não estejam esgotadas as vias ordinárias. Há, ademais, precedente (ADPF 130) que confere legitimidade ativa para a reclamação a terceiros que não intervieram no processo de fiscalização normativa abstrata, inclusive a particulares (Rcl 21.505, Segunda Turma do C. STF, j. de 17 de novembro de 2015).

Sobre o tema também merece destaque o Enunciado nº 138 da II Jornada de Direito Processual Civil, realizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, do seguinte teor:

*É cabível reclamação contra acórdão que aplicou indevidamente tese jurídica firmada em acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, após o esgotamento das instâncias ordinárias, por analogia ao quanto previsto no art. 988, § 4º, do CPC.*

O enunciado confirma o entendimento de que há um microsistema dos precedentes vinculantes, já que regras criadas para os IRDR ou para os IAC se aplicam para os acórdãos proferidos em recursos especiais repetitivos, e vice-versa.

Parece oportuno, também, relembramos ainda que a parte vinculante de um precedente é aquela extraída da sua *ratio decidendi* e não as manifestações de natureza obter *dictum* frequentemente utilizadas na construção de um raciocínio apenas como apoio argumentativo. Daí a pertinência do Enunciado 8 da ENFAM, do seguinte teor: “os

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que [...]

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Art. 332 [...]

IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

enunciados das súmulas devem reproduzir os fundamentos determinantes do precedente”.

### **Conclusão**

Mostra-se necessário o aperfeiçoamento dos julgamentos dos recursos extraordinários com repercussão geral e de outros processos cujos julgados sejam dotados de força vinculante, sobretudo para que antes da fixação da tese respectiva o órgão julgador possa ter uma visão mais abrangente das consequências da sua decisão e assim, sempre que possível, desde logo modular os seus efeitos, de forma que tal modulação não corra anos após a fixação da tese originária e por vezes em prejuízo da coisa julgada e da segurança jurídica que dela se espera. Um dos caminhos possíveis para a preservação da segurança jurídica é a adoção, de forma abrangente, do artigo 138 (que dispõe sobre o *amicus curiae*) e do § 4º do art. 1.035, ambos do CPC, com a admissão da manifestação prévia daqueles que tenham representatividade sobre o tema.