



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

PAULA VON BORRIES LOPES

**PROTEÇÃO DAS EXPECTATIVAS DOS CONTRIBUINTES FACE ÀS
MODIFICAÇÕES DA JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA**

BRASÍLIA
AGOSTO 2016

Paula von Borries Lopes

**Proteção das expectativas dos contribuintes face às
modificações da jurisprudência consolidada**

Trabalho de conclusão de curso de graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB), como requisito parcial à obtenção do título de Bacharela em Direito.

Orientador: Prof. Mestre Rafael Santos de Barros e Silva

Brasília
Agosto 2016

Paula von Borries Lopes

**PROTEÇÃO DAS EXPECTATIVAS DOS CONTRIBUINTES FACE ÀS
MODIFICAÇÕES DA JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA**

Monografia submetida à Universidade de Brasília (UnB) para obtenção do título de Bacharel em Direito. **APROVADA** pela seguinte banca examinadora:

Professor Rafael Santos de Barros e Silva,
Mestre pela Universidade de Brasília
Professor Orientador

Professor Pedro Júlio Sales D'Araújo
Mestre pela Universidade de Brasília
Membro da banca examinadora

Professor Henrique de Araújo Costa,
Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Membro da banca examinadora

Professor Tiago Conde Teixeira
Mestre pela Universidade de Coimbra
Suplente da banca examinadora

Brasília, 26 de agosto de 2016

Aos meus avôs *Adolfo* e *Waldir*, que despertaram para uma vida nova, eternamente feliz.

RESUMO

O presente trabalho analisa a aplicação direta dos princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança, da irretroatividade tributária e da boa-fé objetiva como garantia do mínimo de previsibilidade que o Estado de Direito necessita para resguardar os direitos fundamentais dos jurisdicionados. Algumas decisões judiciais, sobretudo as proferidas por Tribunais Superiores, terminam por criar legítimas expectativas de comportamento, que são seguidas pelos cidadãos/contribuintes como meio de estabelecer relações jurídicas válidas. Não sendo o Direito imutável, há de se exigir do ordenamento pátrio regras de transição para as reviravoltas jurisprudenciais, visando a proteção daqueles que moldaram sua conduta pelo entendimento até então vigente. Para tanto, revela-se constitucionalmente imperiosa a modulação dos efeitos da decisão que muda jurisprudência consolidada sob o risco de permitir atos discricionários pelo Judiciário, tornando inseguro o sistema jurídico.

Palavras-chave: Expectativa de comportamento – Mudança de jurisprudência – Segurança Jurídica – Proteção da confiança – Irretroatividade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
1. DECISÃO JUDICIAL COMO UM ATO DE APLICAÇÃO E CRIAÇÃO DO DIREITO.....	8
1.1 Decisão judicial como aplicação do Direito.....	8
1.2 Decisão judicial como criação do Direito.....	10
1.3 Papel da Dogmática do Direito.....	13
1.4 Da jurisprudência dos interesses para a jurisprudência dos conceitos.....	15
2. SEGURANÇA JURÍDICA E AS MUDANÇAS NA JURISPRUDÊNCIA.....	19
2.1 O sobreprincípio da segurança jurídica.....	19
2.2 Conversão da sentença em expectativa normativa de conduta.....	22
2.3 Decisão uniformizadora de Corte hierarquicamente superior	24
2.4 Modificação da jurisprudência consolidada.....	26
3. A PROTEÇÃO DAS EXPECTATIVAS DOS CONTRIBUINTES COMO LIMITAÇÃO AO PODER DE TRIBUTAR.....	30
3.1 A proteção da confiança e a boa-fé objetiva.....	30
3.2 Do <i>venire contra factum proprium</i>	32
3.3 Princípio da irretroatividade dos atos do Poder Judiciário.....	34
3.4 Modulação de efeitos.....	37
CONCLUSÃO.....	40
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	42

INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata da proteção das expectativas normativas que a jurisprudência provoca nos cidadãos. Estes, depositando legítima confiança no sistema jurídico, adotam determinados comportamentos como forma de evitar ou solucionar conflitos. Para tanto, exige-se do Poder Judiciário certa previsibilidade de conduta.

Assim, no primeiro capítulo será apresentado o marco teórico utilizado na pesquisa empreendida, que converge em grande medida para a tese de Misabel Abreu Machado Derzi (fundamentada, por sua vez, a partir das lições de Niklas Luhmann). Inicialmente, destaca-se que mesmo a doutrina clássica já compreende na função do juiz uma atividade essencialmente criativa.

Não será admitido, portanto, tratar do magistrado como mero intérprete e aplicador do Direito. Apesar do vínculo à lei, existem lacunas nos enunciados linguísticos sobre os quais decidirá definitivamente um caso concreto (exercendo, assim, função criativa, mas não discricionária).

Em seguida, retomando as conclusões do jurista alemão, dispor-se-á acerca do “fechamento” do sistema jurídico, que não reconhece como próprios textos produzidos no seu exterior, posto que só assim, agindo conforme o próprio código (seus precedentes, sobretudo), é possível cogitar-se da previsibilidade dos resultados decisórios dos tribunais.

Ao fim do primeiro capítulo, serão apresentadas algumas considerações sobre a jurisprudência dos interesses e a jurisprudência dos conceitos. Esta última a corrente seguida na presente pesquisa por se apresentar como melhor opção para a formação de expectativas normativas de comportamento. No entanto, ressalta-se que tanto uma quanto outra conduzem à assertiva de que uma decisão judicial traduz verdadeira criação do Direito.

Após, o segundo capítulo tratará da segurança jurídica enquanto corolário do Estado de Direito, capaz de antecipar comportamentos que os cidadãos devem seguir para reduzir a complexidade e as incertezas que permeiam as relações sociais contemporâneas. Confiando na força dos precedentes, inclusive por critérios de equidade, o contribuinte tende a moldar seu planejamento econômico e a vida como um todo.

Após, o presente trabalho delimitará quais decisões – porque não são todas – convertem-se em verdadeiras expectativas normativas: no ordenamento pátrio, são aquelas proferidas por Tribunais Superiores, definitivamente, por meio de órgãos aptos a uniformizar entendimentos discrepantes acerca de uma mesma matéria.

A partir da consolidação da jurisprudência (quando se fornece uma resposta geral à certa pergunta geral), a sociedade, como um todo, adquire a promessa de que certa decisão, prolatada no passado em caso similar ao da pessoa *sub judice*, será repetida, confirmando a legítima confiança que depositou no sistema.

A confiança, no entanto, não traduz certeza, porque é plenamente possível a mutação de entendimento do Poder Judiciário, tal como são legítimas as alterações legislativas.

No sentido de evitar que o Direito seja modificado drástica e frequentemente, tratará o terceiro capítulo da necessidade de observar a proteção da confiança, da boa-fé objetiva e da irretroatividade como direitos fundamentais dos contribuintes, que atuam, assim, como limitações ao poder de tributar do Estado.

Por fim, o último capítulo cuida da modulação temporal dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal que acarretam mudança de jurisprudência prejudicial ao contribuinte enquanto direito de transição apto a garantir, com base na segurança jurídica que se impõe, a previsibilidade do Direito.

1. Decisão judicial como um ato de aplicação e criação do Direito

1.1 Decisão judicial como aplicação do Direito

A eficácia da regra jurídica pressupõe a existência de uma lei, que pode existir (uma vez promulgada), sem, entretanto, incidir. PONTES DE MIRANDA¹ explica que se aquilo que a norma jurídica prever, conceber-se no mundo dos fatos², então ela incide, de maneira automática. No entanto, destaca que se a incidência da lei é fatal, o mesmo não se pode dizer da sua aplicação, que passa pelo pensamento social humano, o do juiz³.

Já aduzia KELSEN em sua obra:

Contrariamente ao que às vezes se afirma, o tribunal não formula apenas um Direito já existente. Ele não “busca” e “acha” apenas o Direito que existe antes da decisão, não pronuncia meramente o Direito que existe, pronto e acabado, antes do pronunciamento.⁴

O Direito não se confunde com a lei, resultando, na verdade, da interpretação que o Poder Judiciário extrai do seu texto, na busca do melhor sentido para aplicação ao caso concreto.

Nesse sentido, a Constituição brasileira é, em verdade, um texto rígido que deve ser reavivado no seu sentido interior (*voluntas legis*) pela atividade interpretativa. Ressalta FERRARA que a interpretação aplica-se a todas as leis, sejam elas claras ou obscuras⁵.

Ao dizer que o objeto da interpretação é a *mens legis* e não a *mens legislatoris*, FERRARA esclarece que o intérprete deve buscar o que aparece expresso diretamente na forma da lei, e não aquilo que o legislador quis exprimir –

¹ Cf. PONTES DE MIRANDA. Incidência e aplicação da lei. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de Pernambuco (OAB/PE)*, Recife, nº1, 1956, ano I, p. 51-55.

² Considerando como fato jurídico aquilo que foi previsto (suporte fático) e se compôs.

³ Tanto é assim que pode o juiz decretar *inter partes* a nulidade do ato que ditou a regra jurídica, sendo mantida a sua eficácia nos outros casos que ocorrerem. Cf. PONTES DE MIRANDA. *Incidência...*, op.cit., p. 53.

⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 196-197.

⁵ Inclusive, destaca-se o perigo de que as leis claras sejam entendidas apenas no sentido imediato que transluz dos seus dizeres (a letra de lei), enquanto tais normas podem ter um valor mais amplo e profundo que não resulta das suas palavras, mas da intenção legislativa. FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. Imprensa: São Paulo, Saraiva, 1937, p. 127-144.

i.e. a vontade da lei, não a do legislador. Assim, dentro do âmbito legal, o intérprete há de buscar o escopo daquela vontade que foi objetivada, no sentido que melhor corresponda ao fim que se pretendeu alcançar.

A partir da manifestação de vontade da lei, o juiz apreende certos elementos e decide, criativamente, em termos finais⁶. Explica MISABEL DERZI:

Está o juiz limitado pelas normas e pelas seleções pesadas e sopesadas pelo legislador, pelos precedentes judiciais, pelos costumes. Tanto o legislador altera a matéria selecionada como o juiz, dentro das fronteiras impostas pelas leis, e dentro da evolução do aparato conceitual formado, constitui o Direito.⁷

Afinal, fosse a sentença mero ato de aplicação das leis aos casos concretos, caberia ao juiz apenas identificar qual conceito abstrato (previsto em normas legais) aplicar, simplesmente repetindo a lei nas suas decisões. Logo, sendo a lei regida pela irretroatividade, fizesse a sentença apenas coro ao texto legal, como poderia produzir efeitos – considerando que a decisão judicial é proferida, em regra, de forma superveniente à ocorrência do pressuposto fático que tem por objeto?

Dessa forma, preconiza LUHMANN que apesar do compromisso de vinculação das decisões judiciais ao texto da lei⁸, o sistema jurídico não reconhece como próprios textos que não são produzidos no seu interior. Por conseguinte, o juiz não exerce sua atividade cognitiva a partir de fatores políticos ou econômicos⁹, externos à dogmática jurídica; limita-se antes aos precedentes e à isonomia na sua aplicação:

(...) o Poder Judiciário, em suas decisões, por derivação, extrai dos conceitos abstratos e gerais formulados pelo legislador conceitos específicos, dotados de compreensão máxima, porém de extensão mínima e individualizada, para alcançar apenas as partes em juízo.¹⁰

⁶ Cf. MENEZES CORDEIRO. Prefácio à obra de CLAUS-WILHELM CANARIS. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 3. Ed. Trad. Menezes Cordeiro. Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. CVI e CVIII.

⁷ Cf. DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário: Proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 33.

⁸ Cf. LUHMANN, La Costituzione come acquisizione evolutiva. 1996, p. 115, apud DERZI. *Modificações da jurisprudência...*, op.cit., p. 39-41.

⁹ Não fosse o sistema jurídico isolado de intervenções externas, não haveria como se garantir o princípio da igualdade, tampouco o almejado Estado de Direito.

¹⁰ Cf. DERZI. *Modificações da jurisprudência...*, op.cit., p. 71.

Assim, não há quem duvide do poder de criação do legislador, mas é certo que o Poder Judiciário cria expectativas normativas para solução de conflitos, e essa capacidade de criar regras traduz um verdadeiro Poder do Estado, não mera autoridade que faz ser aplicada a lei¹¹. Expôs KELSEN:

Assim como a lei natural é uma afirmação ou enunciado descritivo da natureza, e não o objeto a descrever, assim também a lei jurídica é um enunciado ou afirmação descritiva do Direito, a saber, da proposição jurídica formulada pela ciência do Direito, e não o objeto a descrever, isto é, o Direito, a norma jurídica.¹²

Tem-se, portanto, que tanto o legislador como o magistrado produzem normas jurídicas. Entretanto, ressalva-se da obra do jurista austríaco, como será exposto a seguir, o fato de ter caracterizado as leis como normas gerais do ordenamento e as decisões jurisdicionais como normas individuais.

1.2 Decisão judicial como criação do Direito

Ainda que a decisão judicial tenha que ser compatível com os enunciados do legislador, se o problema sob análise de um jurista não encontra subsunção em uma disposição específica do texto normativo (seja por lacuna¹³, seja por caracterizar um princípio eivado de sentido amplo), pode ele se ver convencido de que o caso em exame não foi inserido no texto da Lei porque o legislador não quis atribuir a tal hipótese a mesma consequência dos casos que tratou explicitamente.

“A omissão da regulação, nesse âmbito, terá sido o resultado do objetivo consciente de excluir o tema da disciplina estatuída.”¹⁴ Nas palavras de GILMAR MENDES, trata-se de um “silêncio eloquente” do legislador que, assim, obsta a extensão da regra existente para aquela situação que não foi expressamente regulada.

¹¹ Cf. DERZI. *Modificações da jurisprudência...*, op.cit., p. 53.

¹² KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 57.

¹³ A lacuna pode ser definida como a “situação constitucionalmente relevante não prevista”. MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 457.

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva. 2014, p. 88-89.

Como o juiz é obrigado a decidir mesmo na obscuridade da lei, tratar-se-ia de acrescentar uma função também política à função judicante. Dispõe MISABEL DERZI:

O “politicismo” inerente a tais decisões corresponde a operações controladas internamente pelo sistema, quer pela demonstração e fundamentação necessárias dos julgados, dentro das possibilidades semânticas alternativas, propositadamente pensadas pela Constituição e limitadas pelos precedentes, quer pelo sopesamento necessário das consequências alternativas, suas probabilidades e seus efeitos, uns em face de outros, o que implica a demonstração de que a solução judicial é compatível com o ambiente interno do sistema.¹⁵

Portanto, não há como dizer que somente nos países da *Common Law* o Judiciário efetivamente cria normas. Tivesse o juiz absolutamente subjugado à lei, não seriam possíveis interpretações e decisões distintas sobre determinada matéria sem que a lei respectivamente aplicável fosse alterada¹⁶. Continua a jurista:

Os sentidos possíveis, as lacunas, os tipos abertos são vistos como autorizações ou pressuposições do próprio legislador, tudo dentro dos enunciados linguísticos das leis, o que leva a uma aceção de sentença como uma criação, ou seja, como escolha entre alternativas possíveis, sem rompimento irreversível com a ideia de sentença vinculada à lei.¹⁷

Ora, o juiz escolhe uma possível alternativa de sentido para dado enunciado da lei, entendendo que aquele significado é o mais adequado para o caso em exame. À medida em que esvazia sentidos alternativos, cria uma norma judicial, específica, que será repetida para o mesmo grupo de casos. O espaço que antes o legislador tinha deixado ao arbítrio e discricionariedade do julgador acaba, dessa forma, sendo fixado em certo sentido, único, que termina por estabilizar expectativas normativas.

¹⁵ Cf. DERZI. *Modificações da jurisprudência...*, op.cit., p. 47-48.

¹⁶ Cf. W. HASSEMER. *Sistema jurídico e codificação: a vinculação do juiz à lei*. In: Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneo. Coord. A. KAUFMANN e W. HASSEMER, trad. Marcos Keel. Lisboa: ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 283-284, apud DERZI. *Modificações da jurisprudência...*, op.cit., p. 51.

¹⁷ Cf. DERZI. *Modificações da jurisprudência...*, op.cit., p. 106.

Nesse sentido, destaca MARCELO NEVES que é essencial que o sistema jurídico “opere conforme o próprio código”¹⁸ para possibilitar um mínimo de confiança e de segurança nos resultados decisórios dos tribunais.

Não significa, contudo, que a interpretação dos juízes não possa mudar quando se reconheça errônea ou incompleta¹⁹. A alterabilidade do direito mostra-se possível justamente porque, embora fechado operacionalmente, o sistema jurídico é aberto no âmbito cognitivo e semântico. Explica MISABEL DERZI:

Por isso, importa ainda que, também, o Supremo Tribunal Federal, mesmo em suas decisões mais difíceis e polêmicas, esteja submetido à Constituição e não atue sem cuidar de proteger a confiança dos cidadãos em seus julgados, enfim, de oferecer franca previsibilidade a suas decisões. Uma vez definida a posição da Corte sobre certa matéria, os fatos iguais ao *leading case*, que se realizam sob a sua regência, devem ser avaliados e julgados segundo aquela posição, verdadeira norma “judicial” de orientação da conduta humana. A fundamentação obrigatória da decisão, por meio de argumentação adequada aos conceitos e princípios jurídicos; a limitação imposta pelos precedentes; o sopesamento das consequências do julgado como mera projeção; todos esses fatores são operacionais internos, que devem ou deveriam proteger o cidadão contra o arbítrio e a insegurança.²⁰

Assim, a decisão judicial termina por vincular as partes dos casos concretos *sub judice*, e cria também expectativas normativas para terceiros sob um mesmo suporte fático²¹.

Vale lembrar que há de ser considerada superada a ideia clássica de KELSEN segundo a qual uma decisão judicial aplica uma norma geral e abstrata (a lei) para criar uma norma individual e concreta, obrigando as partes em conflito.

Nesse sentido, RICCARDO GUASTINI assentou que os juízes criam direito não só na formulação de normas individuais. Tanto é assim que proferem também sentenças de eficácia *erga omnes*,²² constante no Direito brasileiro nas declarações de (in)constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal e nos enunciados sumulares dos Tribunais Superiores. Elucida o jurista italiano:

¹⁸ Cf. NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. 1. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 83.

¹⁹ FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. Imprensa: São Paulo, Saraiva, 1937, p. 131.

²⁰ Cf. DERZI. *Modificações da jurisprudência...*, op.cit., p. 48-49.

²¹ Cf. DERZI. *Modificações da jurisprudência...*, op.cit., p. P. 55.

²² Nesse ponto, inclusive, destaca Misabel Derzi que a função jurisdicional seria semelhante à legislativa.

(...) a própria distinção entre criação e aplicação de normas perde sentido, já que os juízes aplicam somente normas que eles próprios produziram ou (ao menos) contribuíram para produzir. A norma é o significado de uma disposição, seu resultado e não o objeto de interpretação. Devemos dizer então que toda sentença é, simultaneamente, tanto criação quanto aplicação do direito.²³

Por fim, insiste DERZI que **toda sentença é aplicação e criação do direito**, mesmo limitada em grande medida à motivação por norma pré-constituída na lei. Essa limitação será especialmente importante no Direito Tributário, onde a margem de discricionariedade do juiz é reduzida a um patamar mínimo.

Ora, o vínculo à lei é um dogma da ciência do Direito, mas essa vinculação é constantemente interpretada a partir de “lacunas” deixadas pelos enunciados linguísticos que contém as normas jurídicas. São esses espaços de interpretação que podem ser multiplicados pela dogmática²⁴.

1.3 Papel da Dogmática do Direito

A dogmática extrai dos conceitos jurídicos, abertos ou fechados, os vínculos ao texto da lei e aos princípios, estabelecendo modos interpretativos para aplicação do Direito a casos concretos. Segundo a concepção de ALEXY:

A dogmática jurídica é, em grande medida, uma tentativa de se dar uma resposta racionalmente fundamentada a questões axiológicas que foram deixadas em aberto pelo material normativo previamente determinado. Isso faz com que a dogmática jurídica seja confrontada com o problema da possibilidade de fundamentação racional dos juízos de valor.²⁵

Considerando que a decisão do juiz é ato jurídico criativo, que mesmo vinculado à lei não se subsume em outra norma preexistente, não parece errado dizer que a sentença retroagirá para ser aplicável, a partir de normas que compõe o sistema jurídico, a um caso pretérito.

²³ GUASTINI, Ricardo. Das fontes às Normas. Apresentação Heleno Tôrres. São Paulo. Quartier Latin, 2005, p. 225

²⁴ O termo “dogmática” será empregado no presente trabalho como sinônimo de ciência do Direito.

²⁵ Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2008, p. 36.

Se as sentenças voltam-se ao passado, as expectativas normativas criadas antes pelo Poder Legislativo pesam, sobretudo, o futuro, enquanto tentativa de transformar a realidade social. MISABEL, acompanhando as ponderações de LUHMANN, afirma:

Se o sistema jurídico tem a função de garantir as expectativas normativas de comportamento, voltando-se à solução de conflitos, a tarefa da Dogmática é guiar o sistema, auxiliá-lo, enfim, “*tornar operativas as questões da justiça em cada um dos campos singulares do Direito*”, ou seja, controlar e viabilizar as soluções dos conflitos por meio da simplificação da complexidade do mundo da vida. Conclui, NIKLAS LUHMANN, que se assim é, então a Dogmática deveria estar em posição de formular “*conceitos socialmente adequados*”. Em tais conceitos, a Dogmática jurídica poderia encontrar sustentação sem necessidade de se considerarem as consequências. “Socialmente adequados”, por sua vez, não significa que os conceitos jurídicos seriam, em definitivo, conceitos sociológicos, ou deveriam reproduzir adequadamente a sociedade. (...) Nesse contexto, a adequação significa apenas que, no sistema jurídico, pode “*realizar-se a transformação conceitual dos problemas*”.²⁶

Assim, por meio das antecipações de comportamentos futuros, a dogmática jurídica termina por guiar decisões, especialmente sentenças, sem contudo sopesar as consequências dos atos legais até o fim. Isso porque o juiz está limitado às escolhas já feitas pelo legislador e este sim é responsável por sujeitar consequências à valoração.

Como forma de evitar conflitos ou de solucioná-los, a dogmática apresenta papel importante para formação da jurisprudência, garantindo a consistência das decisões judiciais, enquanto convite à previsibilidade e ao controle das expectativas normativas.

MISABEL DERZI dispõe que a dogmática restringe o aumento das incertezas do sistema jurídico a partir de duas exigências principais: “a observância da norma jurídica e a obrigação das decisões dos casos em conflitos jurídicos”²⁷. E continua:

O surgimento da Dogmática é evolução histórica, que pressupõe a possibilidade de decidir de modo vinculante sobre questões jurídicas. Se essa possibilidade é garantida, agora, no seio do sistema jurídico, muda a forma prevalente da impositação dos

²⁶ Cf. DERZI. *Modificações da jurisprudência...*, op.cit., p. 166-167.

²⁷ Cf. DERZI. *Modificações da jurisprudência...*, op.cit., p. 177.

problemas jurídicos e do tratamento dos casos; “o problema não reside mais apenas nas relações entre os aspectos normativos e comportamentos fáticos mas, em definitivo, nas relações entre as normas como promessa de decisão e da decisão mesma”. Surge evidente o papel da Dogmática ou sua funcionalidade, que reside em limitar a facultatividade das variações que resultam possíveis quando uma relação vem imaginada como variável bilateralmente (o sentido da norma e os fatos), quando não sejam só os casos que devam orientar-se à norma mas, ao mesmo tempo, seja também a aplicação da norma que deva orientar-se aos casos (e isso ocorre na maior parte das hipóteses).²⁸

Portanto, não trata a dogmática simplesmente de determinar possíveis aplicações para os preceitos normativos. Com vistas à garantia de certa isonomia na solução de conflitos, a dogmática assume a função de controle da coerência e da consistência do sistema jurídico.

Decisões de outros casos, repetidas em situações análogas, tornam-se promessas de decisão que terminam por estabilizar o próprio Direito. Assim, a partir da dogmática, importante repisar: sentenças que, via de regra, voltam-se ao passado, projetam-se para o futuro – sobretudo no Direito Tributário, em que a segurança jurídica é fortalecida ao máximo.

Nesse ramo do Direito, os conceitos tendem a ser rígidos e ricos em caracterização para reduzir a um patamar mínimo a criatividade do juiz. E a segurança jurídica, nessa seara, significa “a possibilidade de alguém prever, concretamente, as consequências jurídicas de fatos ou de comportamentos. Para o contribuinte, a segurança jurídica significa a possibilidade de saber, antecipadamente, aquilo que vai, de fato, ocorrer. É, enfim, a capacidade de antecipar uma situação de fato ou prever efetivamente uma situação”.²⁹

1.4 Da jurisprudência dos interesses para a jurisprudência dos conceitos

Destaca-se que no seio da Ciência jurídica há correntes que – deixando de lado o olhar para o passado, a partir de conceitos dogmáticos que, classificando os casos jurídicos, antecipam o futuro, tal como preconizado por LUHMANN – mais se preocupam com a efetividade do Direito.

²⁸ Cf. DERZI. *Modificações da jurisprudência...*, op.cit., p. 177.

²⁹ Cf. ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 112-113.

No final do século XIX e início do século XX, floresceu a escola do *realismo*, decorrente da defasagem criada entre a lei escrita nos códigos (direito válido) e a realidade social (direito eficaz)³⁰.

A fim de separar o problema do ser do dever ser, mais importante que a aspiração à justiça (os valores morais que inspiram os homens) ou a validade (ordenamento jurídico) mostrou-se, para os partidários do realismo, a eficácia do fenômeno jurídico. Esses teóricos atacaram o jusnaturalismo, que teria uma concepção ideal do direito, enxergando-o não como de fato é, mas como deve ser; e o positivismo, que tem uma concepção formal do direito e o compreende como um conjunto de normas válidas.

A corrente realista contribuiu bastante para alargar o panorama da ciência jurídica. A partir da evocação persistente da decisão judicial como fonte primária do direito, aduziu BOBBIO:

O efeito mais relevante desta nova concepção se traduz na evocação mais insistente, não tanto do direito consuetudinário, mas do direito judiciário, isto é, daquele elaborado pelos juízes no contínuo labor de adaptação da lei às necessidades concretas emergentes na sociedade, que deveriam constituir, de acordo com os seguidores desta corrente, o remédio mais eficaz para acolher as instâncias do direito que se elabora espontaneamente no variado entrelaçar das relações sociais e no diversificado entrelaço de interesses contrapostos.³¹

Daí surgiu uma jurisprudência realista, que se volta antes à valoração dos interesses em conflito para depois julgar. Como reação ao apego excessivo à letra da lei, defendeu o pensamento não dogmático, no qual o juiz tivesse liberdade para fazer uso da equidade na solução de casos mais excepcionais, tendendo a apreciar valores de modo subjetivo e imprevisível, embora sempre obediente à legislação³².

Embora caracterize um manifesto em defesa da liberdade de criação normativa por parte do juiz³³, esta visão doutrinária não cumpre, na visão de MISABEL DERZI, a função essencial do Direito de formar expectativas normativas de comportamento.

³⁰ Cf. BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*, Bauru: Edipro, 2003, p. 58-68.

³¹ Cf. BOBBIO. *Teoria da norma jurídica*, op.cit., p. 64.

³² KELLY, J.M.. *Uma breve história da teoria do direito ocidental*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 474-475.

³³ Cf. BOBBIO. *Teoria da norma jurídica*, op.cit., p. 64-65.

Contraopondo-se à jurisprudência dos conceitos, o método teleológico dos juristas realistas desloca a orientação do sistema jurídico para as consequências do caso concreto e, assim, os conceitos ficariam tão fragmentados que somente são aplicáveis ao caso *sub judice*. Nesse sistema dotado de grau de abstração mais limitado³⁴, orientado para o futuro, as decisões deixariam de ser previsíveis, à medida em que “cada caso é um caso”, o que implicaria decisões diversas para casos similares e, por conseguinte, precedentes contraditórios.

Uma das obras mais notáveis desse movimento, da autoria de François Gény, propunha opor a *ciência jurídica* da *técnica do direito*, porque a primeira tenta encontrar regras jurídicas novas, e a ela estaria subordinada a técnica, que tão somente adapta o dogma imposto pela vontade de um grupo dominante (a lei) às necessidades práticas da legislação.

Já no século XX, o realismo norte-americano sustentou a tese de que não existe um direito objetivo, diretamente dedutível de dados fornecidos pelos costumes, pela lei ou pelo precedente jurídico; o direito seria, na verdade, contínua criação do juiz, ou seja, dependeria sobretudo do magistrado no ato em que decide a lide³⁵. No entanto, antes de JEROME FRANK sustentar que o direito seria, enquanto obra exclusiva do magistrado, imprevisível, O. W. HOLMES defendeu que os tribunais superiores ofereceriam uma boa medida de segurança tentando aplicar normas numa atmosfera atenta aos precedentes.

No presente trabalho, entretanto, não será adotada essa orientação sincretista do sistema jurídico, que procura perceber o futuro a partir da antecipação das consequências da decisão judicial (consequências econômicas, políticas, e todas que não sejam estritamente jurídicas). Apesar da escola do realismo também conduzir à função criativa dos tribunais, o foco será, na verdade, o próprio sistema jurídico: a lei, os precedentes, os costumes (as fontes de criação das normas).

³⁴ No sentido de decidir o caso concreto, sem fornecer uma “resposta geral” a uma “pergunta geral”.

³⁵ “(...) mais cedo ou mais tarde, compeliará todas as pessoas inteligentes a admitir que o centro do mundo jurídico não está nas normas, mas nas decisões judiciais específicas (isto é, julgamentos, ordens e decretos”. JEROME FRANK, *Cornell Law Quarterly*, 1932, p. 578, apud KELLY, J.M.. *Uma breve história...*, op.cit., p. 483.

radical defensor da escola realista, sustentou que o direito seria, enquanto obra exclusiva do magistrado, imprevisível. Como ressaltado por Bobbio e como será visto a seguir, trata-se de inaceitável extremismo, posto que a lei exerce sim papel limitador à atividade criativa do juiz.

Assume-se, assim, que toda sentença tem vocação para se estender normativamente a um grupo de casos³⁶, mesclando passado e futuro como garantia das expectativas normativas de comportamento.

³⁶ Cf. DERZI. *Modificações da jurisprudência...*, op.cit., p. 212.

2. Segurança jurídica e as mudanças na jurisprudência

2.1 O sobreprincípio da segurança jurídica

Superada a interpretação jurídica convencional, a prática de subsunção dos fatos à norma deixou de ser o principal esforço hermenêutico do juiz, posto que não há nas normas jurídicas um sentido único que seja válido para todas as situações em que incide. É papel do juiz a criatividade para o caso concreto.

Nesse sentido, aduz LUÍS ROBERTO BARROSO que a nova interpretação constitucional estabelece a normatividade dos princípios e a ponderação de valores, que dependem de adequação a uma realidade subjacente³⁷.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, evidenciou-se a necessidade de inclusão de valores éticos ao ordenamento jurídico e, assim, os princípios conquistaram o *status* de norma jurídica. A Constituição brasileira passou a ser um sistema aberto de princípios e regras, sendo estas dotadas de objetividade, incidindo especificamente em determinadas condutas e situações; ao contrário daqueles, que apresentam maior grau de abstração, ao passo em que identificam valores a serem preservados ou fins a serem alcançados.

Os princípios são aplicados de maneira gradativa, conforme as circunstâncias já representadas por outras normas ou por situações de fato. Cabe ressaltar, tal como fez BARROSO, que não há hierarquia entre regras e princípios. Ambos integram o sistema referencial do intérprete e é ideal que sejam distribuídos de forma a equilibrar a segurança jurídica, a partir da previsibilidade e objetividade das condutas, com a realização da justiça do caso concreto³⁸. Veja-se:

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.³⁹

³⁷ Cf. BARROSO, Luís Roberto. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*, 7ª Ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 286-291.

³⁸ Cf. BARROSO. *A nova interpretação...*, op.cit., p. 294.

³⁹ GRECO, Leonardo. *Eficácia da declaração erga omnes de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior*. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). *Relativização da coisa julgada: enfoque crítico*. Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 224.

A segurança jurídica é um dos pilares do sistema constitucional brasileiro, resguardando, tal como previsto no art. 5º, XXXVI, da CF/1988, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Trata-se de um sobreprincípio, na medida em que se realiza pela atuação de outros princípios, cuja manutenção no sistema jurídico constitui pressuposto para o bom funcionamento do ordenamento⁴⁰. SACHA CALMON, com acuidade, explica:

É preciso dizer que as expressões segurança jurídica e interesse social (relevante), expressões de textura aberta, não visam a proteger o Poder Público enquanto tal. O Estado faz a lei, aplica-a contenciosamente (atos administrativos) e extrai da lei o seu sentido normativo (atos judiciais), criando normas judiciais, que são tais e quais as normas legisladas. Então ao modular e fixar os limites materiais e temporais das decisões judiciais, os juízes estão obrigados a proteger a confiança, a boa-fé e a segurança jurídica dos justicáveis.⁴¹

Ora, a realização da segurança jurídica é fruto do Estado de Direito, no qual a confiabilidade do ordenamento e a previsibilidade⁴² das intervenções do Estado conduzem à proteção da confiança⁴³.

Importa destacar que a segurança jurídica não envolve a busca de um ideal de imutabilidade das normas, como se o Direito futuro tivesse que se vincular, inexoravelmente, ao Direito passado. Para HUMBERTO ÁVILA, a segurança jurídica estabelece exigências relativas a essa transição, evitando que o Direito seja modificado de maneira drástica e frequente.

(...) pode-se compreender a segurança jurídica como exigência de “estabilidade na mudança”, isto é, como a proteção de situações subjetivas já garantidas individualmente e a exigência de continuidade do ordenamento jurídico por meio de regras de transição e de cláusulas de equidade. A palavra mais consistente

⁴⁰ CARVALHO, Paulo de Barros de. *O sobreprincípio da segurança jurídica e a revogação de normas tributárias*. In: COELHO, Sacha Calmon Navarro (Comp.). **Segurança jurídica: irretroatividade das decisões judiciais prejudiciais aos contribuintes**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 22.

⁴¹ COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Norma e lei – Mudança jurisprudencial*. In: COELHO, Sacha Calmon Navarro (Comp.). **Segurança jurídica: irretroatividade das decisões judiciais prejudiciais aos contribuintes**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 51.

⁴² O termo “previsibilidade” foi utilizado no presente trabalho para sustentar a capacidade de a segurança jurídica antecipar, em grande medida, as consequências jurídicas de um ato praticado hoje, sem qualquer denotação de certeza, sendo certo que o instituto não pode garantir com exatidão decisão futura, como preocupou-se Humberto Ávila. O jurista prefere falar em “calculabilidade” para tratar dessa capacidade de o cidadão saber antecipadamente os limites da discricionariedade do Poder Público para interferir sobre os atos estatais, conhecendo de antemão, em larga medida, alternativas interpretativas e seus efeitos normativos.

⁴³ Cf. DERZI. *Modificações da jurisprudência...*, op.cit., p. 565.

para denotar esse sentido é, assim, “confiabilidade”, compreendida como a exigência de um ordenamento jurídico protetor de expectativas e garantidor de mudanças estáveis.⁴⁴

Assim, a segurança jurídica é elemento essencial ao Direito, funcionando como redutor da complexidade e da contingência do mundo social⁴⁵. Um cidadão pode efetivamente adotar inúmeras possibilidades de ação, contudo, devido às expectativas criadas por experiências anteriores, tende a diminuir os riscos assumidos.

No Brasil pode ser observado o fenômeno da inflação legislativa, tanto de leis quanto de medidas provisórias. Considerando a irretroatividade das leis, não é possível admitir que apenas o legislador deva respeitar as expectativas dos cidadãos frente às normas vigentes. Sendo vedada à arbitrariedade na aplicação e criação do Direito, haja vista a subordinação da decisão judicial à lei, o Estado-juiz deve invocar também a jurisprudência já consolidada.

Afinal, a insegurança jurídica pode impedir o próprio exercício de atividade econômica pelo contribuinte, prejudicando o desenvolvimento de atividades lícitas à medida em que não tem como basear suas ações e seu planejamento nas normas jurídicas. Traduz HUMBERTO ÁVILA:

E ele [o contribuinte] faz isso [diminuir o risco financeiro] baseando a sua ação e o seu planejamento precisamente nestas normas: em atos normativos primários, normalmente leis em sentido estrito; em atos normativos secundários, consubstanciados em atos destinados a interpretar a legislação, a favorecer o esclarecimento de fatos, a tipificar a consideração dos fatos e a orientar a apreciação discricionária da Administração; em atos administrativos, como é o caso dos lançamentos e das respostas a consultas, por exemplo; e em atos judiciais, como é o caso das decisões diretamente relativas ao contribuinte, ou referentes a outros contribuintes, com força normativa (decisões proferidas no controle concentrado de constitucionalidade ou no controle difuso de constitucionalidade, porém objeto de súmula vinculante ou de suspensão da lei pelo Senado Federal), ou sem força normativa (decisões proferidas no controle difuso de constitucionalidade ou mesmo no controle de legalidade, mas que criam a expectativa de igual tratamento futuro para casos similares). O essencial é que esses atos gerem um efeito “provocador de iniciativas”, “modificador de iniciativas” e “inibidor de iniciativas” por parte do contribuinte: ele age e planeja em razão desses atos. E mesmo que ele deva contar com a possibilidade da sua modificação futura, o fato é que esses atos normativos criam

⁴⁴ Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 138.

⁴⁵ Em referência a Luhmann: cf. ÁVILA. *Teoria da segurança...*, op.cit., p. 141.

expectativas por parte dos contribuintes, que confiam na sua permanência e na sua vinculatividade, quando não são inclusive induzidos a adotar determinado comportamento com base naqueles. O essencial, insista-se, é que a previsibilidade da ação estatal, seja em que ato ou em que manifestação ela for baseada, é essencial para a liberdade de ação individual e para a ação empresarial.⁴⁶

É certo que, em um ordenamento fundado na segurança jurídica, não podem os juízes, em suas decisões, desconsiderar os precedentes em relação aos quais as partes já tenham criado legítimas expectativas, moldando seu comportamento, inclusive.

2.2 Conversão da sentença em expectativa normativa de conduta

“A decisão judicial configura o fechamento da plurissemia da linguagem da norma legal”⁴⁷, i.e., o juiz escolhe, dentro de um enunciado linguístico da lei, uma única alternativa possível de sentido, preenchendo o espaço de discricionariedade deixado pelo legislador. Assim, forma-se verdadeira expectativa normativa de comportamento para todos, tendendo à aplicação idêntica do precedente a todo caso futuro semelhante.

Uma vez que o juiz fixa a inteligência da lei que fundamenta certa norma jurídica, estabelecendo a cadeia de significações possíveis para aquele diploma legal, ele tem o dever de aplicá-la em casos idênticos, assegurado o princípio da isonomia.

Se a decisão judicial cria Direito, similar às normas de conduta postas pelo legislador, em algum momento será ela convertida em expectativa normativa. Algumas dessas expectativas constituem meras recomendações de observação para casos futuros que o próprio juiz ou Tribunal que prolatou a sentença venha decidir. Outras configuram norma de observância obrigatória para todos, dotadas por vezes inclusive de efeito vinculante. Explica MISABEL DERZI:

(...) algumas expectativas normativas são comandos que recomendam observação nos casos futuros iguais, mas não obrigam, nem tampouco vinculam a todos, com proibição de desvio. Nessa categoria, encontram-se as decisões de primeira instância e dos

⁴⁶ cf. ÁVILA. *Teoria da segurança...*, op.cit., p. 71-72.

⁴⁷ Cf. DERZI. *Modificações da jurisprudência...*, op.cit., p. 266.

tribunais inferiores, que não têm competência para estabelecer, em caráter final, uma expectativa legítima obrigatória. Em seguida, podemos alinhar outras sentenças – prolatadas em última instância, pelo Tribunal Superior, por meio de seu órgão uniformizador dos entendimentos judiciais – a criar expectativas legítimas, de observância obrigatória, direcionando a conduta de todos e servindo como critério – precedente – de definição do lícito/ilícito. Finalmente, tais decisões judiciais, verdadeiras expectativas normativas legítimas, podem ainda estar qualificadas pela vinculatividade, ou seja, além de obrigatórias, impõem-se com a correspondente proibição de desvio.⁴⁸

A sentença é ato de aplicação e criação do Direito. Ora, o juiz escolhe o melhor sentido do enunciado legislativo para criar norma mais específica e concreta, fechando as demais alternativas de interpretação para o mesmo grupo de casos e acolhendo os fatos *a posteriori* para dentro do sistema jurídico. A *ratio decidendi* firmada não desencadeia apenas efeitos *inter partes*, tem vocação, na verdade, para aplicação a todos os casos similares dentro do mesmo grupo⁴⁹.

Ainda que alguns conflitos sejam mais ou menos complexos, despidas as especificidades fáticas dos casos concretos, os julgamentos isolados são sempre comparáveis, por critérios jurídicos relevantes, a outros casos.

Importa então saber: ao passo que a publicação da lei é o marco temporal para desencadear a formação da expectativa normativa legal, quando a sentença, que também inova no mundo jurídico, constitui expectativa normativa judicial? Quando surgirá confiança a ser protegida para os casos iguais? Em que momento uma decisão judicial se transforma em jurisprudência?

MISABEL DERZI menciona que o jurista alemão HEIKI POHL discorre em sua tese que em toda sentença há uma questão individual e outra geral. A primeira é referente ao caso concreto e à extensão limitada da parte dispositiva que decide o litígio singular. Esta questão individual, por sua vez, esconde sempre uma questão geral, formada a partir da norma legal que a fundamenta. A resposta geral age de forma prejudicial noutros casos, formando assim uma jurisprudência (decisões que dão a mesma resposta a certa pergunta geral).

Destaca-se que a jurisprudência não se consolida em primeira instância, tampouco por decisão monocrática ou de órgãos fracionários de tribunal superior. Por meio de uma estrutura hierarquizada do Poder Judiciário, um colegiado

⁴⁸ Cf. DERZI. *Modificações da jurisprudência...*, op.cit., p. 248.

⁴⁹ Cf. DERZI. *Modificações da jurisprudência...*, op.cit., p. 256-257.

de julgadores, de distinta formação técnica e profissional e seguidores das mais diversas ideologias, tende a evitar erros mais grosseiros.

No julgamento do REsp 1.313.705/PR, proclamado pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça no final do ano de 2015, discutia-se a cobrança do Imposto de Exportação na operação subsequente à importação que foi realizada sob o regime de *drawback*. O Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO afastou a exação em restrita observância ao precedente único daquele mesmo colegiado à época em que as operações foram realizadas, preservando os direitos que se formaram quando vigente o acórdão paradigma.

Havia outro precedente da mesma Turma com orientação diametralmente oposta, mas posterior às operações do caso dos autos. Para o Ministro, e não lhe falta razão, “a mutação jurisprudencial não deve golpear os negócios jurídicos tributários que se consumaram antes do seu surgimento.”

No entanto, como bem observou a Ministra REGINA HELENA COSTA (em voto vencedor), não havia jurisprudência consolidada apta à criar uma base de confiança. Existia apenas uma decisão isolada de um órgão fracionário da Primeira Seção da Corte Superior e, nesses termos, não haveria qualquer tipo de violação à segurança jurídica.

Vale ressaltar apenas que não seria necessária uma “cadeia de decisões uniformes” para que aquele entendimento gerasse uma expectativa de comportamento – bastaria uma, desde que fosse proferida definitivamente por um órgão superior (Plenário do Supremo Tribunal Federal e Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, por exemplo).

Assim, qualquer decisão **definitiva** do Plenário do Supremo Tribunal Federal que obtenha para uma pergunta geral a mesma resposta geral firmará uma jurisprudência consolidada, criando norma judicial a ser seguida em outros casos considerados similares. Pode-se dizer o mesmo das decisões finais dos demais tribunais superiores.

2.3 Decisão uniformizadora de Corte hierarquicamente superior

A jurisprudência consolidada responde a graus diferentes de obrigatoriedade⁵⁰. A declaração de (in)constitucionalidade proferida pela Corte Suprema em controle concentrado/abstrato tem o condão de produzir efeitos para todos, sendo proibida a divergência.

O efeito vinculante dessa decisão, no entanto, não nasce da inconstitucionalidade da norma, mas da decisão que a declara. A força impositiva atribuída ao julgado atinge, assim, atos judiciais supervenientes (não os pretéritos, mesmo eivados do vício de nulidade) e, por conseguinte, a decisão da Corte que declara a (in)constitucionalidade de preceito normativo não produz a automática reforma ou rescisão das decisões anteriores que tenham adotado entendimento em sentido contrário. Para que tal ocorra, indispensável a interposição de recurso próprio ou, se for o caso, a propositura de ação rescisória⁵¹.

Em maio de 2015, o Ministro TEORI ZAVASCKI assentou, no julgamento do RE 730.462/SP, submetido ao regime da repercussão geral, que a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade somente se opera com efeitos *ex tunc* em relação à eficácia da norma questionada, que será mantida ou excluída do ordenamento jurídico. O efeito vinculante dessa decisão, entretanto, dá-se com a publicação do acórdão no Diário Oficial da União e não tem aptidão para desfazer atos anteriores à decisão emanada da Corte, mesmo inconstitucionais, de modo que também não alcança as decisões judiciais acobertadas pela coisa julgada, sob pena de causar insegurança nas relações sociais e jurídicas.

O Plenário decidiu neste julgamento, em síntese, que certos atos, embora formados com base em dispositivo declarado inconstitucional e, portanto, excluído do ordenamento jurídico, não ficam sujeitos aos efeitos de superveniente declaração de inconstitucionalidade, haja vista a irretroatividade do efeito vinculante e o resguardo da segurança jurídica.

Retornando à obrigatoriedade por detrás de uma jurisprudência consolidada, também desencadeiam eficácia *erga omnes*, constituindo expectativas normativas de observação obrigatória, as súmulas vinculantes e as resoluções do Senado Federal que suspendem a execução da lei declarada inconstitucional, nos

⁵⁰ Cf. DERZI. *Modificações da jurisprudência...*, op.cit., p. 272-274.

⁵¹ O Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) inclusive dispôs, em seu art. 535, §§ 5º e 8º, acerca do cabimento de ação rescisória quando a obrigação reconhecida em título executivo judicial está fundada em lei considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pela Corte.

termos do art. 52, X, da Carta Magna. Tanto é proibido entendimento divergente por tribunais inferiores ou por órgãos do Poder Executivo, que cabe reclamação ao Supremo Tribunal em face do ato que contrariar a súmula aplicável, na forma estabelecida pelo art. 103-A, §3º, da Constituição.

Ainda, precedentes tomados pelo Supremo Tribunal Federal, pela via difusa, que possam ser qualificados de repercussão geral também configuram normas de observância obrigatória. Trata-se de casos de interesse geral, cuja decisão não se limita à esfera dos litigantes por envolver questões que ultrapassam os interesses subjetivos das partes.

Inclusive, para que as instâncias judiciais inferiores se ajustem imediatamente a este precedente representativo da controvérsia, o Novo Código de Processo Civil dispôs em seu art. 1.035, §5º, que reconhecida a repercussão geral de um tema, será determinada a suspensão do processamento de todas as demandas pendentes que tratem da mesma questão e tramitem no território nacional. Tal recurso deve ser julgado no prazo de 1 (um) ano, tendo preferência sobre os demais feitos, haja vista seu potencial uniformizador de jurisprudência.

Estende-se a presunção de força vinculantes às decisões finais de outros tribunais superiores que, dentro de sua competência, também geram expectativas normativas para terceiros. No caso da Corte Especial ou das Seções do Superior Tribunal de Justiça, há de ser destacada a sistemática dos julgamentos de recursos repetitivos, cujo julgamento servirá de parâmetro para demandas fundamentadas em idêntica questão jurídica, nos termos do art. 1.036 do Novo Código de Processo Civil. Essa sistemática, além de conferir maior celeridade na tramitação de processos, busca concretizar os princípios da isonomia e da segurança jurídica.

Por fim, existem os precedentes que não obrigam, mas estabilizam a jurisprudência, por meio da proteção da confiança com relação às decisões futuras do mesmo tribunal que as proferiu.

2.4 Modificação da jurisprudência

Cristalizada, assim, a interpretação de um texto legal em jurisprudência consolidada, o magistrado deve aplicar o Direito de forma igual para casos

semelhantes, reiteradamente, garantindo a imparcialidade na aplicação da lei. Cria-se, dessa forma, uma norma judicial que gera expectativas para o futuro e exigências de comportamento em relação aos jurisdicionados enquanto não seja alterado o diploma legal. Sintetiza MISABEL:

Se as decisões judiciais se voltam precipuamente para o *input* (passado) do sistema, trabalham – por meio das leis, dos precedentes e da Dogmática – as informações seletivamente, através de conceitos mais universalísticos e de tipos (quer sejam conceitos cerrados ou tipos propriamente ditos), técnica a partir da qual elas envolvem o futuro, possibilitando a extensão das decisões a partes desconhecidas, em casos ainda não ocorridos. As decisões, sobretudo, permitirão prever as decisões futuras, internas ao sistema, formando-se expectativas normativas, o que significará mais segurança, mais confiança em um sistema próprio das sociedades de alto risco (com isso, mais risco será possível suportar).⁵²

Ora, se o que define uma mesma jurisprudência é o fato de a pergunta geral, extraída de casos diversos, obter a mesma resposta geral, ter-se-á uma reviravolta jurisprudencial quando for apresentada para a mesma pergunta uma nova resposta, restando superada a resposta (jurisprudência) antiga. Assim, de forma repentina, seja por decisão única ou repetida em série, a modificação jurisprudencial introduz nova diretriz no sistema jurídico:

Se toda jurisprudência se firma em torno da mesma questão ou problema, fixando uma norma judicial, uma “diretriz”, uma “*ratio decidendi*”, para a solução de uma série de casos similares, estaremos diante de uma nova jurisprudência se aquela “diretriz” ou “*ratio decidendi*” (isto é, se aquela norma judicial concreta) da jurisprudência velha, anterior, for alterada.⁵³

Cabe ressaltar que só configura mudança de jurisprudência o novo entendimento proferido pelo mesmo Tribunal Superior, a partir de órgão apto a uniformizar ou decidir de forma definitiva a matéria. Assim, divergências registradas em instâncias inferiores ou decisões proferidas monocraticamente ou por turmas do Supremo Tribunal Federal, a título ilustrativo, não geram um câmbio jurisprudencial.

A jurisprudência consolidada tende a ser reproduzida, em observância à segurança jurídica, mas não pode o juiz reproduzir de forma automática o precedente, impedindo que seja produzido Direito mais justo.

⁵² Cf. DERZI. *Modificações da jurisprudência...*, op.cit., p. 219.

⁵³ Cf. DERZI. *Modificações da jurisprudência...*, op.cit., p. 260

A alteração da situação normativa pode assim conduzir à modificação – restrição ou extensão – do significado da norma até aqui precedente. De resto para com a alteração da situação normativa, existem fatos, tais como, sobretudo, modificações na estrutura da ordem jurídica global, uma nítida tendência da legislação mais recente, um novo entendimento da '*ratio legis*' ou dos critérios ideológicos-objetivos, bem como a necessidade de adequação do direito pré-constituído aos princípios constitucionais, que podem provocar uma alteração de jurisprudência. (...) Os tribunais podem abandonar sua interpretação anterior porque se convenceram que era incorreta, que assentava em falsas suposições ou em conclusões não suficientemente seguras. Entretanto ao tomar em consideração o fator temporal, pode também resultar que uma interpretação que antes era correta agora não o seja.⁵⁴

Do exposto, tem-se que os câmbios de jurisprudência fazem parte do sistema jurídico. Em 1995, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela constitucionalidade da cobrança de depósito prévio para apreciação de insurgência na via administrativa. À época, o Tribunal Pleno entendeu que, assim, eliminavam-se os recursos meramente procrastinatórios, contribuindo para que dada matéria fosse levada logo ao Judiciário, em conformidade com o princípio do devido processo legal⁵⁵. Em 2007, a Corte mudou seu entendimento para finalmente assentar que a exigência de depósito como condição de admissibilidade de recurso administrativo viola o exercício do direito de petição e caracteriza ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, podendo suprimir, inclusive, o direito da parte de recorrer⁵⁶. Essa decisão inclusive serviu como precedente representativo para aprovação da Súmula Vinculante 21.

No entanto, mesmo que o Poder Judiciário não esteja vinculado a si mesmo, nem qualquer juiz ou tribunal cristalizado por jurisprudência que ele mesmo criou, posto que a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma pode ser adquirida ou perder-se com o tempo, os efeitos desse câmbio precisam ser amenizados.

Salutar, assim, tratar dessas decisões que introduzem alteração de jurisprudência, haja vista que inexistindo mudança na lei, a adesão ao precedente em que se fundou norma judicial (concebida em relação ao caso paradigma) deve

⁵⁴ Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José de Sousa Brito e outro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978, p. 499-500.

⁵⁵ ADI 1.049 MC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 25.8.1995.

⁵⁶ ADI 1.976, Tribunal Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 18.5.2007.

ser a regra em vez da exceção para que, sob a égide do Estado de Direito, conflitos sejam solucionados da mesma maneira⁵⁷.

Se, no entanto, sobrevier nova interpretação judicial para um caso, criando-se nova norma judicial, contrastante com o precedente, correto aduzir que a irretroatividade das leis corresponde, também nesta situação, à retroatividade da sentença?⁵⁸ Quer dizer, deveria a segunda norma reformar a primeira, retroagindo seus efeitos para alcançar fatos praticados à época em que se confiava na decisão anterior?

Não. A norma que nasceu da “pura mutação de entendimento do Poder Judiciário” não pode produzir efeitos retroativos. DERZI explica que o tempo jurídico não coincide com o tempo dos fatos, que precede ou sucede aquele, posto que o tempo do *ser* não é o mesmo do *dever ser*⁵⁹. Os princípios da segurança, da confiança e da irretroatividade formam-se, em verdade, no decurso do tempo.

É que os fatos sociais, em sua facticidade pura, bruta, não são e não podem ser antecipados pelo Direito. O que se antecipa é o fato jurídico (uma seleção, redução ou expansão conceitual, não raramente, uma deformação do fato social). Assim, há um juízo operacional, interno ao sistema, *a posteriori*, para a recepção dos fatos e da filtragem lícito/ilícito. Uma vez ocorrido o fato real, em toda a sua riqueza fática inapreensível pelo Direito (jamais se alcança a coisidade da coisa), há de se verificar se o que fora antecipado, em norma hipotética, realmente se enquadra no caso concreto *sub judice*, o que supõe interpretação.⁶⁰

Repisa-se: o tempo jurídico não coincide com o tempo dos fatos. A decisão do juiz não é mera aplicação da norma legal, não repete algo que sempre esteve no sistema jurídico. A decisão é sobretudo ato de criação do Direito, que mescla passado e futuro independente de ser declaratória, constitutiva ou condenatória – o juiz decide a partir do passado, visando o futuro.

⁵⁷ Cf. CARDOZO, Benjamin Nathan. *In: Os Grandes Filósofos do Direito* – Org. Clarence Morris, Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002. P. 521

⁵⁸ Cf. DERZI. *Modificações da jurisprudência...*, op.cit., p. 204-205.

⁵⁹ Cf. DERZI. *Modificações da jurisprudência...*, op.cit., p. 204-210.

⁶⁰ Cf. DERZI. *Modificações da jurisprudência...*, op.cit., p. 226.

3. A proteção das expectativas dos contribuintes como limitação ao poder de tributar

3.1 A proteção da confiança e a boa-fé objetiva

Considerando a complexidade das sociedades contemporâneas, o sistema jurídico se propõe a solidificar as expectativas de comportamento criadas por decisões pretéritas para solução de conflitos futuros. Projetando os precedentes para casos similares, tem-se a permanência da *ratio decidendi* cristalizada no tempo.

O princípio da proteção da confiança está implícito no ordenamento positivo brasileiro e costuma ser invocado, subsidiariamente, como limitação ao poder de tributar e como garantia dos direitos fundamentais dos contribuintes⁶¹. Trata-se de princípio ético-jurídico geral, que ajustado às relações *ex lege* – aquelas que surgem independentemente da vontade das partes, como acontece no Direito Tributário –, assumem aplicação unilateral em benefício do cidadão-contribuinte. Veja-se:

a confiança supõe uma certa exposição ao risco, uma certa relação de dependência daquele que confia. Onde há supremacia sobre os eventos/acontecimentos, a confiança não é necessária, nem a sua proteção. Começam neste ponto as razões pelas quais, nas relações tributárias, o Estado não ocupa a posição daquele que confia, e que, por isso, mereça proteção, mas a ele poderá ser imputada a responsabilidade pela confiança gerada. O Estado é que tem supremacia sobre os eventos/acontecimentos, pois fabrica as leis, promove as cobranças de tributos e, ao mesmo tempo, julga os conflitos, jamais o contribuinte (pelo menos diretamente). As leis são fruto do processo democrático, em que o interesse de todos deve ou deveria ser considerado, ou pelo menos, posto no espaço público. Na realidade público brasileira, no entanto, a supremacia sobre os eventos/acontecimentos se faz de forma aguda: as iniciativas das leis tributárias, altamente técnicas e inacessíveis em sua inteligência ao contribuinte médio, as medidas provisórias, fertilíssimas em matéria tributária e elaboradas no silêncio palaciano dos governos, as maiorias mantidas no Congresso por meio de trocas de cargos e favores constantemente noticiados pela mídia, tudo isso nos assegura que, efetivamente, essa dependência do contribuinte às ações do Estado e a supremacia estatal sobre os acontecimentos são fatos irrefutáveis.

⁶¹ Cf. DERZI. *Modificações da jurisprudência...*, op.cit., p. 321.

Assim, a confiança não se coloca para o Estado como meio de satisfazer as pretensões fazendárias na cobrança de tributos, posto que estar-se-ia protegendo o Estado dos seus próprios atos. Na verdade, quando o cidadão vislumbra a violação da confiança, volta-se antes contra o próprio Poder Público, porque nele depositou sua confiança aspirando à continuidade da lei ou da norma.

Ademais, o Estado, que vincula o comportamento do indivíduo a seus atos, tem muitos meios de recompor a perda eventualmente sentida quando as expectativas anteriormente geradas não se satisfazem. O Estado tem a lei a seu alcance, podendo inventar tributos novos ou majorar as alíquotas dos que já existem.

O princípio da proteção da confiança, desse modo, não se aplica de forma homogênea nas relações constituídas na forma da lei, podendo ser invocado somente em favor do cidadão/contribuinte. Desse modo, ações ou omissões do cidadão em face do ente estatal implicam abuso de direito, e não proteção da confiança do Estado.

Cabe ressaltar que o princípio da proteção da confiança não vislumbra a imutabilidade do Direito. Em verdade, busca-se conciliar, de um lado, a segurança jurídica e a continuidade das normas, nas quais o contribuinte apoiou seu planejamento, e de outro, o desenvolvimento do Estado e o dinamismo do Direito. Explica DERZI:

A liberdade somente se manifesta onde existe o risco, inerente à vida econômica, social e política, de tal modo que o “aproveitamento de chances”, os “investimentos de exploração especulativa” não podem gozar da proteção de continuidade, para garantir as disposições empresariais, tomadas nesse campo.

A proteção da confiança não pode levar nunca a uma “*socialização dos prejuízos*” na área da responsabilidade do indivíduo autônomo quanto à sua privacidade. Liberdade só existe, na verdade, onde existe risco. O Estado de Direito Social não é um “*instituto de seguro*”.

Na literatura distingue-se, então, corretamente, entre disposições intencionadas pela respectiva base de confiança gerada pelo Estado, o que seria evidentemente digno de proteção, tanto mais forte quanto maior seja a relação de dependência do cidadão e seu reduzido espaço de escolha, daquelas que apenas são possibilitadas como especulações sem uma relação final, o que pode ocorrer com certa frequência nos planejamentos do Estado, planos

plurianuais de investimento e de diretrizes para o setor privado, etc.⁶²

Assim, nem toda expectativa de direito se transforma em legítima expectativa, apta a demandar do Estado atuação positiva.

Os precedentes (normas judiciais) pressupõem a permanência da *ratio decidendi* no tempo, de uma resposta uniforme para situação que já foi cristalizada. Por isso, frente a alterações jurisprudenciais, não pode ser afastada a irretroatividade das decisões, sob pena de destruir a proteção da confiança, haja vista as expectativas criadas.

A confiança, por sua vez, também pode ser legitimada pela boa-fé, um modelo de conduta social ao qual toda pessoa deve ajustar sua própria conduta:

Em toda hipótese de boa-fé existe confiança a ser protegida. Isso significa que uma das partes, por meio de ser comportamento objetivo criou confiança em outra, que, em decorrência da firme crença na duração dessa situação desencadeada pela confiança criada, foi levada a agir ou manifestar-se externamente, fundada em suas legítimas expectativas, que não podem ser frustradas.⁶³

O princípio da proteção da confiança pode ser considerado mais abrangente que o da boa-fé, que somente alcança situações jurídicas individuais e concretas, como as decisões judiciais (não as leis).

Ressalta-se que nem por isso a boa-fé objetiva se esgota com a proteção da confiança. Aquela se manifesta como fonte de direitos e deveres⁶⁴, tanto para o contribuinte como para a Administração tributária – o que não ocorre com a proteção da confiança, tampouco com a irretroatividade, como será visto mais adiante.

A boa-fé objetiva desenvolve-se finalmente na proibição do *venire contra factum proprium*, voltado por sua vez para a proibição de atos contraditórios praticados pelo Estado.

3.2 Do *venire contra factum proprium*

⁶² Cf. DERZI. *Modificações da jurisprudência...*, op.cit., p. 400.

⁶³ Cf. DERZI. *Modificações da jurisprudência...*, op.cit., p. 378.

⁶⁴ Muitos deles se traduzem no próprio princípio da legalidade, haja vista a necessidade de os deveres acessórios e laterais dos contribuintes estarem previstos em lei.

A expressão *venire contra factum proprium* traduz a proibição de se exercer ato jurídico em contradição com o comportamento anterior que gerou no cidadão uma expectativa legítima de um resultado. FREDIE DIDIER JR⁶⁵ enumera alguns requisitos para configuração dessa conduta contraditória:

a) existência de duas condutas de uma mesma pessoa, sendo que a segunda contraria a primeira; haja identidade de partes, ainda que por vínculo de sucessão ou representação; c) a situação contraditória se produza em uma mesma situação jurídica ou entre situações jurídicas estreitamente coligadas; d) a primeira conduta (*factum proprium*) tenha um significado social minimamente unívoco, a ser averiguado segundo as circunstâncias do caso; e) que o *factum proprium* seja suscetível de criar fundada confiança na parte que alega o prejuízo, confiança essa que será averiguada segundo as circunstâncias, os usos aceitos pelo comércio jurídico, a boa-fé ou o fim econômico-social do negócio.

Ora, o órgão jurisdicional deve se manter coerente com seus próprios atos, protegendo terceiros de eventual comportamento contraditório e incorporando, assim, a legítima confiança que foi depositada na primeira conduta. O *venire contra factum proprium* configura ilícito processual, que viola a legítima confiança e o princípio da boa-fé objetiva.

Importa destacar que o instituto, entretanto, não abarca um rol de condutas ilegais; a ilicitude está na contradição entre elas, haja vista que a mesma pessoa pratica dois atos jurídicos, ambos lícitos, mas o segundo divergindo do primeiro. Enquanto manifestação do princípio da boa-fé objetiva, possível extrair do Código Civil a proibição à contradição:

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

O contribuinte tem o direito de se planejar, de estruturar sua atividade econômica, mas diferentemente do princípio da proteção da confiança, o *venire contra factum proprium* não se refere à situação do cidadão/contribuinte, volta-se antes para o comportamento do Estado, que conferiu certa expectativa diante de uma relação jurídica e não a cumpriu, contradizendo a si mesmo.

⁶⁵ DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 111.

Nem todas as posturas contraditórias adotadas pelo Estado, entretanto, são vedadas. Há situações legítimas nas quais o desfazimento do ato pretérito revela comportamento mais justo inclusive, como a revogação de testamento.

Importa, finalmente, dizer que a aplicação do *venire contra factum proprium* é residual e, normalmente, há recurso específico do qual pode dispor o contribuinte para resguardar as expectativas que criou com base na conduta anterior. A reclamação é um exemplo: destina-se a preservar a competência do Supremo Tribunal Federal ou a garantir a autoridade de suas decisões⁶⁶.

3.3 Princípio da irretroatividade dos atos do Poder Judiciário

Corolário da proteção da confiança, a irretroatividade constitui garantia fundamental de todos os cidadãos e se impõe contra o Estado, podendo ser invocada apenas em favor do contribuinte. Vide Súmula 654/STF:

A garantia da irretroatividade da lei, prevista no art 5º, XXXVI, da Constituição da República, não é invocável pela entidade estatal que a tenha editado.

Uma sentença é, em regra, superveniente ao momento da ocorrência dos fatos e, por conseguinte, pressupõe a sua retroação ao caso concreto. Quer dizer, dá-se em relação a fato pretérito, com base em lei também prévia, projetando-se para o futuro.

O Poder Judiciário como um todo está voltado para o passado, para o que já foi enunciado pelo legislador, atuando em estrita vinculação à lei, à Constituição e ao Direito⁶⁷. O olhar para o passado, contudo, é próprio das sentenças inaugurais, que analisam o tema pela primeira vez e não tem precedente anterior em sentido contrário.

A Carta Maior consagra expressamente o princípio da irretroatividade das leis, mas não o da irretroatividade em relação às modificações jurisprudenciais. No entanto, essa disposição não se faz necessária, porque dedutível⁶⁸: o Poder

⁶⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva. 2014, p. 1330

⁶⁷ Cf. DERZI. *Modificações da jurisprudência...*, op.cit., p. 453.

⁶⁸ Cf. DERZI. *Modificações da jurisprudência...*, op.cit., p. 453-457.

Judiciário interpreta e aplica definitivamente a lei, à qual se vincula, criando o Direito. Se as leis não retroagem, também as reviravoltas na jurisprudência não podem retroagir.

(...) o princípio da irretroatividade (do direito) não deve ser limitado às leis, mas estendido às normas e atos administrativos ou judiciais. O que vale para o legislador precisa valer para a Administração e os Tribunais. O que significa que a Administração e o Poder Judiciário não podem tratar os casos que estão no passado de modo a se desviarem da prática até então utilizada, e na qual o contribuinte tinha confiado. O CTN atenua os efeitos bruscos da mudança de critérios por parte da Administração, ao estabelecer que a observância dos atos normativos das autoridades administrativas, das decisões de seus órgãos e das práticas administrativas reiteradas exclui a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo.⁶⁹

Pode-se citar, nesta seara, o art. 146 do Código Tributário Nacional (CTN)⁷⁰. O dispositivo reforça que o câmbio jurisprudencial não autoriza revisão de lançamento, podendo o novo entendimento nortear apenas aqueles referentes a fatos geradores supervenientes. Assim, preserva-se a estabilidade das relações, a previsibilidade do lançamento e a segurança jurídica.

Se o Plenário do Supremo Tribunal Federal, com base em uma mesma lei, alterar entendimento, anteriormente mais favorável ao contribuinte, imperiosa a aplicação dos princípios da irretroatividade, da proteção da confiança e da boa fé-objetiva. Não pode produzir efeitos retroativos a decisão cuja interpretação adotada agrava a situação do cidadão, que confiou na norma vigente e moldou seu comportamento por ela.

Para atenuar os efeitos de um julgamento que supera certo precedente ou decide questão nova, estabelecendo norma judicial inédita, entende-se possível a aplicação de efeitos *ex nunc*, prestigiando a confiança depositada pela parte e por

⁶⁹ NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coordenador). *Comentários ao Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25.10.1996)* / Ives Gandra da Silva Martins, André Portella ... [et al.]. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 394.

⁷⁰ Art. 146. A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução.

BRASIL. Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm >. Acesso em 20 de agosto de 2016.

terceiros no sistema jurídico. Poderia inclusive ser considerada uma possível quebra da equidade caso o novel entendimento fosse aplicado retroativamente.

Em decisão recente⁷¹, a Primeira Turma⁷² do Superior Tribunal de Justiça decidiu que não poderia ser cobrado Imposto de Renda sobre os rendimentos recebidos a título de abono de permanência relativo a período que precedeu o julgamento da Primeira Seção⁷³ no qual se assentou, em recurso repetitivo, que tais verbas trabalhistas sujeitar-se-iam à incidência do tributo. Desse modo, os Ministros consignaram que não poderia ser cobrada a exação referente a períodos nos quais antes o Tribunal admitia a isenção.

Como a superação do precedente é uma nova decisão, o Poder Judiciário precisa cuidar de proteger a confiança dos jurisdicionados, sob pena de tornar o direito mera arbitrariedade do julgador, exigindo que “juízes e advogados antecipassem futuras mudanças em vez de pautar seu comportamento de acordo com o direito atualmente vigente”⁷⁴.

Válido dizer, por fim, que a questão da irretroatividade coloca-se diante de atos lícitos e como limitação ao poder de tributar do Estado, de modo que se aplica às hipóteses de alteração da lei ou da jurisprudência de modo prejudicial ao contribuinte, cujas expectativas normativas restaram frustradas.

3.4 Modulação de efeitos

O juiz exerce uma atividade criativa, voltada para o interior do sistema (a lei, os precedentes, os costumes). Não sopesa as consequências de fatores externos na hora de decidir porque, antes, encontra-se vinculado à lei e olhar para o futuro é tarefa do legislador.

Toda decisão judicial consiste em escolher uma alternativa de sentido para o enunciado linguístico posto no texto da lei e então aplicá-lo ao caso concreto, retroativamente. No entanto, “em relação às modificações jurisprudenciais,

⁷¹ STJ julga “modulação” de recursos repetitivos. *Jota*. Disponível em <<http://jota.uol.com.br/stj-julga-modulacao-de-recursos-repetitivos>>. Acesso em 20 de agosto de 2016.

⁷² REsp 1.596.978/RJ. Relator(a): Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Primeira Turma, julgado em 07/06/2016, acórdão pendente de publicação no DJe.

⁷³ REsp 1.102.556/PE. Relator(a): Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, Primeira Seção, julgado em 25/08/2010, DJe. de 06/09/2010.

⁷⁴ Cf. HOWARD, Yale Federman. Judicial Overruling. Time for a new general rule. *Michigan Bar Journal*. 2004, p. 25, apud DERZI. *Modificações da jurisprudência...*, op.cit., p. 518.

prejudiciais ao contribuinte, a solução se inverte, a regra deverá ser a modulação de efeitos, com aplicação plena dos princípios da irretroatividade, da proteção da confiança e da boa-fé objetiva”.⁷⁵

GILMAR MENDES dispôs acerca da possibilidade de se declarar, excepcionalmente, a inconstitucionalidade da norma sem vincular automaticamente à sua nulidade e, assim, com base no princípio da segurança jurídica, manter a validade daqueles atos que foram praticados quando a lei ainda estava vigente, seja no controle concentrado, seja no controle difuso.

Possível, assim, que a própria Corte, por maioria de dois terços dos seus membros (reserva de quórum mais elevado que se tem para uma declaração do Tribunal), pese e sopesse valores e princípios constitucionais para atenuar os efeitos retroativos desencadeados pelas suas decisões, restringindo-os ou escolhendo o momento a partir do qual sua eficácia será desencadeada⁷⁶. Avalia TEORI ZAVASCKI:

Mutatis mutandis, é justamente esse o quadro suposto pelo art. 27 da Lei 9.868, de 10.11.99, o de um manifesto conflito entre valores constitucionais de mesma hierarquia: de um lado, a nulidade do ato; de outro, o sério comprometimento da segurança jurídica ou de excepcional interesse social. Tendo de dirimi-lo, o STF faz prevalecer o bem jurídico que considera mais relevante na situação em causa, ainda que isso importe a manutenção de atos ou situações formados, com base em lei que se pressupunha válida, mas que era nula. Isso é julgar, não legislar. O legislador cria normas para disciplinar situações futuras. O Supremo, ao aplicar o art. 27 da Lei 9.868, 10.11.99, faz juízo de valor sobre fatos já passados.⁷⁷

É possível também a modulação de efeitos em processo de controle de constitucionalidade subjetivo⁷⁸ e, nesta hipótese, alguns ministros do Supremo Tribunal entendem⁷⁹ que a restrição legal do quórum qualificado é aplicável tão somente aos casos de declaração de inconstitucionalidade, necessitando apenas de

⁷⁵ Cf. DERZI. *Modificações da jurisprudência...*, op.cit., p. 574.

⁷⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva. 2014, p. 1163.

⁷⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 48-49.

⁷⁸ Vide §3º do art. 927. BRASIL. Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm >. Acesso em 20 de agosto de 2016.

⁷⁹ A questão relativa à modulação dos efeitos foi discutida nas sessões de 03 e 04.02.2016, quando o Plenário julgava o RE 723.651/PR, e restou vencida.

maioria simples para dar efeitos prospectivos quando for modificada uma jurisprudência pacificada.

Em fevereiro de 2016, o Plenário do Supremo Tribunal Federal assentou, no julgamento do RE 723.651/PR, submetido ao regime da repercussão geral, que incide o Imposto de Produtos Industrializados (IPI) na importação de veículo automotor por pessoa natural, ainda que não desempenhe atividade empresarial e o faça para uso próprio.

Anteriormente, a Corte entendia pela não incidência de IPI sobre a importação de veículo por pessoa física para uso próprio, uma vez que a operação transposta não seria de cunho mercantil e a exigência do imposto violaria o princípio da não cumulatividade. Considerando a mudança na jurisprudência consolidada, o Ministro Barroso propôs modular os efeitos da decisão, restringindo-a em seguida para que não atingisse os processos em curso, tendo exposto o seguinte:

Havia uma interpretação constitucional anterior professada pelo Supremo, portanto, uma norma jurídica no sentido de que o IPI não poderia incidir nas operações de importação efetuadas por quem não era contribuinte. Alterando esse entendimento a partir do mesmo enunciado normativo, o Tribunal chegou a uma nova conclusão e, por consequência, cunhou uma norma jurídica nova para o caso, de sentido diametralmente oposto à anterior. Portanto, não há declaração de inconstitucionalidade. O que há é uma **mudança de jurisprudência**. Se alguém quiser entender isso como mutação constitucional, também é dogmaticamente possível. O Tribunal entendia a Constituição de uma determinada forma e passou a entender o sentido e o alcance da Constituição de uma outra forma, mas sem declarar nada inconstitucional, não houve nenhum dispositivo invalidado. Pelo contrário, a norma de incidência foi considerada constitucional na parte em que diz ser devido o IPI-importação para aqueles que não são contribuintes do imposto, impondo uma obrigação tributária que era até então considerada indevida.

Entendo que a solução constitucionalmente adequada para tais casos é a modulação dos efeitos da decisão, como decorrência direta da aplicação dos princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança, da irretroatividade tributária e da boa-fé. Isso não se confunde com a hipótese do art. 27 da Lei nº 9.868/99, que pressupõe a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, o que de maneira alguma ocorreu no presente caso.

Assim, os efeitos *ex nunc* acabariam sendo absorvidos por uma generalidade, sem que um grupo social tivesse de suportar sozinho o peso dessa segurança jurídica. A proposta, no entanto, restou vencida, tendo o Ministro Marco

Aurélio, Relator do caso, ressaltado que a questão não tinha relevo social apto a ensejar a modulação.

Apesar do pouco uso que se faz do instituto, a modulação temporal dos efeitos de uma decisão pode servir à segurança jurídica e, em face de atos judiciais contraditórios, prestar-se à proteção da legítima confiança que os cidadãos depositaram na jurisprudência.

CONCLUSÃO

Embora seja a decisão judicial um ato jurídico criativo, mais que mera aplicação/repetição do Direito posto na lei, não pode o magistrado simplesmente desconsiderar os precedentes para criar norma jurídica nova que diverge da consolidada anteriormente.

Salienta-se que nem toda decisão é convertida em verdadeira expectativa normativa. A jurisprudência consolidada é resultante do pronunciamento dos Tribunais Superiores, que decidem, definitivamente, uma matéria a fim de proporcionar estabilidade para o sistema jurídico.

Assim, uma vez formadas legítimas expectativas acerca da jurisprudência consolidada, o contribuinte confia na sua permanência no tempo, tal como confia na obrigatoriedade da sua observância. Trata-se de garantir, assim, a previsibilidade das condutas estatais voltadas para a arrecadação tributária, com vistas a proteger a ação individual ou empresarial do contribuinte.

Contudo, não pretendeu o presente trabalho refutar a mutabilidade das normas. A mudança de entendimento inclusive faz parte da atividade cognitiva e semântica realizada pelo juiz na busca da melhor alternativa para soluções de conflitos.

No entanto, exigível que nessa transição de uma interpretação para outra – que não pode ser mera discricionariedade do julgador – apenas sejam produzidos efeitos prospectivos, sob pena de violar o Estado de Direito, rompendo com a estabilidade que lhe é própria.

Do contrário, não haveria de se falar em segurança jurídica, em proteção da confiança, em irretroatividade – direitos fundamentais a todo e qualquer cidadão e que garantem também a separação dos poderes, evitando que juízes terminem por legislar.

A decisão que altera jurisprudência, por óbvio, contraria ato judicial anterior e pode ser qualificada como *venire contra factum proprium*. Esse ato configura uma ilícito processual e deve ser combatido, porque viola a legítima confiança e a boa-fé objetiva.

Se o contribuinte deve se valer da jurisprudência consolidada para antecipar, em grande medida, as consequências jurídicas do comportamento que vai adotar, então não pode o novel entendimento atingir aqueles atos pretéritos.

Nas hipóteses de modificação da jurisprudência, defende-se que os Tribunais Superiores modulem os efeitos das suas decisões, tal como previsto para os casos de declaração de inconstitucionalidade, para que possa ser preservada a segurança jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2008.

ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. *Teoria da segurança jurídica*. 3 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*, 7ª Ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*, Bauru: Edipro, 2003.

BRASIL. Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm >. Acesso em 20 de agosto de 2016.

_____. Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm >. Acesso em 20 de agosto de 2016.

_____. STJ julga “modulação” de recursos repetitivos. *Jota*. Disponível em <<http://jota.uol.com.br/stj-julga-modulacao-de-recursos-repetitivos>>. Acesso em 20 de agosto de 2016.

CARDOZO, Benjamin Nathan. *In: Os Grandes Filósofos do Direito – Org. Clarence Morris, Trad. Reinaldo Guarany*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

CARVALHO, Paulo de Barros de. *O sobreprincípio da segurança jurídica e a revogação de normas tributárias*. In: COÊLHO, Sacha Calmon Navarro (Comp.). **Segurança jurídica: irretroatividade das decisões judiciais prejudiciais aos contribuintes**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Norma e lei – Mudança jurisprudencial. In: COÊLHO, Sacha Calmon Navarro (Comp.). **Segurança jurídica: irretroatividade das decisões judiciais prejudiciais aos contribuintes**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

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

DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. Imprensa: São Paulo, Saraiva, 1937.

GRECO, Leonardo. *Eficácia da declaração erga omnes de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior*. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). *Relativização da coisa julgada: enfoque crítico*. Salvador: JusPODIVM, 2006.

GUASTINI, Ricardo. *Das fontes às Normas*. Apresentação Heleno Tôrres. São Paulo. Quartier Latin, 2005.

HOWARD, Yale Federman. *Judicial Overruling. Time for a new general rule*. Michigan Bar Journal. 2004.

KELLY, J.M.. *Uma breve história da teoria do direito ocidental*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 57.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José de Sousa Brito e outro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

MENEZES CORDEIRO. Prefácio à obra de CLAUS-WILHELM CANARIS. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 3. Ed. Trad. Menezes Cordeiro. Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. CVI e CVIII.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coordenador). *Comentários ao Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25.10.1996)* / Ives Gandra da Silva Martins, André Portella ... [et al.]. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. 1. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

PONTES DE MIRANDA. Incidência e aplicação da lei. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de Pernambuco (OAB/PE)*, Recife, nº1, 1956, ano I.

W. HASSEMER. *Sistema jurídico e codificação: a vinculação do juiz à lei*. In: *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneo*. Coord. A. KAUFMANN e W. HASSEMER, trad. Marcos Keel. Lisboa: ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.