

USO EXCLUSIVO

REVISTA DE
PROCESSO

Ano 47 • vol. 330 • agosto 2022

OS REFLEXOS DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS DO PRECEDENTE SOBRE A COISA JULGADA

RES JUDICATA AND THE PROSPECTIVE OVERRULING OF PRECEDENTS

MICHEL HERNANE NORONHA PIRES

Mestrando em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Advogado.
michel@maneira.adv.br

Recebido em: 06.02.2022

Aprovado em: 16.03.2022

ÁREA DO DIREITO: Civil

RESUMO: Às vezes, o Supremo Tribunal Federal tarda na decisão de modulação de efeitos de um precedente, como ocorreu no RE 574.706, em que a determinação veio apenas quatro anos depois do julgamento de mérito. Nesse interregno, diversas decisões foram proferidas nas instâncias ordinárias com base no entendimento consolidado no precedente. O presente estudo demonstra que a posterior restrição dos efeitos do precedente não poderá servir de fundamento para se rescindir aquelas decisões prévias à modulação acobertadas pela coisa julgada.

PALAVRAS-CHAVE: Coisa julgada – Precedente – Modulação de efeitos – Ação rescisória.

ABSTRACT: Sometimes it takes the Supreme Court too long to decide on the prospective overruling of a precedent, as it occurred in RE 574,706, in which such decision was rendered four years after the decision on the merits. During those years, several decisions were rendered in alignment with the precedent by lower-instance judges and courts. This paper intends to demonstrate that the later restriction of the effects of the precedent shall not be accepted as grounds for departing from the *res judicata* rule that covers decisions prior to the prospective overruling.

KEYWORDS: Res judicata – Precedent – Prospective overruling – Rescisory action.

SUMÁRIO: 1. Introdução: contextualizando a questão a partir de um caso concreto. 2. Ação rescisória por violação manifesta de norma jurídica. 3. Ação rescisória e precedentes. 4. A Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal. 5. Os reflexos da modulação de efeitos sobre a coisa julgada. 5.1. Decisão rescindenda posterior ao precedente e à decisão da modulação. 5.2. Decisão rescindenda anterior ao precedente e à decisão da modulação. 5.3. Decisão rescindenda prolatada entre a formação do precedente e a decisão de modulação dos efeitos. 6. Outros mecanismos para se evitarem as soluções desiguais. 7. Conclusões. 8. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO: CONTEXTUALIZANDO A QUESTÃO A PARTIR DE UM CASO CONCRETO

Em 15.03.2017, o Supremo Tribunal Federal finalizou o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 574.706, fixando, para fins de repercussão geral, a tese de que “o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins”¹. Sobrevieram embargos de declaração por meio dos quais a Fazenda Nacional pugnava, entre outros pontos, pela modulação dos efeitos da decisão, argumentando que teria ocorrido modificação da jurisprudência pacífica.

Em 13.05.2021, ou seja, quatro anos depois, ocorreu o julgamento dos referidos embargos de declaração, tendo o Tribunal, por maioria, decidido modular os efeitos da decisão para depois de 15.03.2017 – data em que foi julgado o RE 574.706 e fixada a tese com repercussão geral –, ressalvadas as ações judiciais e processos administrativos protocolados até a data da sessão de julgamento.

Por maioria, entendeu o Supremo Tribunal Federal que o julgamento ocorrido em 2017 implicou ruptura com a jurisprudência consolidada até o momento, dando destaque ao fato de que o Superior Tribunal de Justiça havia julgado recurso repetitivo (REsp 1.144.469/PR²) e editado súmulas³ em sentido contrário, de que o ICMS deveria compor a base de cálculo do PIS e da Cofins. Reputando estar diante de alteração jurisprudencial, concluiu-se que a confiança depositada pela Fazenda Pública na jurisprudência dominante até então merecia ser protegida.

Pois bem. O caso trazido como exemplo já gerou diversas polêmicas no ordenamento nacional, sendo, inclusive, um marco na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no que tange às circunstâncias que autorizam (ou impõem) a modulação de efeitos. Nada obstante, pretendemos aqui abordar uma questão específica, qual seja, a possibilidade de se rescindirem aquelas decisões proferidas no interregno entre o julgamento do mérito, em 2017, e a decisão que determinou a modulação de efeitos, em 2021. Analisaremos, especificamente, aqueles casos que, a princípio, teriam sido atingidos pela modulação, ficando ressalvados da aplicação do novo entendimento, por terem sido ajuizados depois de 15.03.2017⁴.

Cumprе destacar que tanto os Tribunais Regionais Federais como o Superior Tribunal de Justiça expuseram reiteradamente o entendimento de que o julgamento do mérito pelo Supremo Tribunal Federal, com a consequente formação do precedente, autorizava

-
1. STF, RE 574.706/PR, TP, j. 15.03.2017, *DJe*-223 02.10.2017.
 2. STJ, Recurso REsp 1144469/PR, 1ª S., rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, rel. p/ ac. Mauro Campbell Marques, j. 10.08.2016, *DJe* 02.12.2016.
 3. Súmula 68/STJ: “A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS.”
Súmula 94/STJ: “A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do Finsocial.”
 4. Se a demanda foi proposta posteriormente a esta data, o contribuinte, a princípio, não teria direito à restituição dos valores que recolheu indevidamente nos cinco anos anteriores à propositura, exatamente em decorrência da modulação.

sua imediata aplicação aos casos pendentes, não havendo que se falar em sobrestamento pelo simples fato de existir a possibilidade de ser realizada posterior modulação de efeitos⁵. O próprio STF chegou a decidir no mesmo sentido⁶. Isso indica que efetivamente há um leque de casos que foram decididos, sem que se considerasse a restrição dos efeitos do precedente posteriormente determinada pelo Supremo Tribunal Federal.

A questão que se coloca, portanto, é se caberia ação rescisória por violação à posterior decisão que determinou a modulação dos efeitos do precedente adotado como fundamento pela decisão rescindenda. Entre os pontos a serem investigados, estão: (i) na hipótese narrada, vislumbra-se violação de norma jurídica? (ii) há violação ao precedente firmado no RE 574.706? (iii) a decisão que determina a modulação constitui norma autônoma passível de ser violada? (iv) a situação gera desigualdade a ponto de justificar a desconstituição da coisa julgada? (v) há outros mecanismos que permitam evitar tais inconsistências no sistema?

É o que pretendemos responder adiante.

2. AÇÃO RESCISÓRIA POR VIOLAÇÃO MANIFESTA DE NORMA JURÍDICA

Como é cediço, a lei processual civil passou da previsão de cabimento de ação rescisória por violação à “literal disposição de lei” (art. 485, inc. V, do CPC/1973) ao cabimento

5. A título exemplificativo, veja-se:

“Processual civil e tributário. Agravo interno no recurso especial. Desnecessidade de sobrestamento do feito. Ausência de decisão sobre afetação do tema à sistemática dos recursos especiais repetitivos. Violação ao art. 1.022, CPC/2015. Não ocorrência. Acórdão com fundamento constitucional. Competência do STF Base de cálculo. PIS e Cofins. Conceito de faturamento. Matéria constitucional.

[...] 2. A existência de precedente firmado pelo Plenário do STF em julgamento de recurso com repercussão geral, de caráter vinculante e obrigatório, autoriza o imediato julgamento dos processos com o mesmo objeto, não tendo que se falar em sobrestamento do presente feito ao argumento de eventual possibilidade de modulação de efeitos, em sede de embargos de declaração. Precedentes: RE 1.006.958 AgR-ED-ED, Segunda Turma, Rel. Ministro Dias Toffoli, Segunda Turma, DJe de 18/9/2017; ARE 909.527/RS-AgR, Primeira Turma, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe de 30.5.2016; AgInt no RE nos EDcl no REsp 1.214.431/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Corte Especial, DJe 22.8.2018; AgInt no AREsp 432.295/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 22.5.2018; AgInt no REsp 1.742.075/MG, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 20.8.2018; AgRg no REsp 1.574.030/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 28.5.2019. [...]” (STJ, AgInt no REsp 1.840.083/RS, rel. Min. Benedito Gonçalves, 1ª T., j. 25.11.2019, DJe 27.11.2019.)

6. “Entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral. Formação, no caso, de precedente. Publicação do respectivo acórdão. Possibilidade de imediato julgamento monocrático de causas que versem o mesmo tema. Desnecessidade, para esse efeito, do trânsito em julgado do paradigma de confronto (“leading case”). Aplicabilidade à espécie do art. 1.040, inciso I, do CPC/2015. Precedentes do STF e do STJ. Doutrina.” (STF, Rcl. 30.996, Min. Celso de Mello, DJe 14.08.2018).

por “violiar manifestamente norma jurídica” (art. 966, inc. V, do CPC/2015). A modificação não deve ser tratada como trivial porque revela uma confluência entre o dispositivo, as teorias da interpretação e o sistema de precedentes⁷. Em termos diretos, confirma que norma não se equivale à lei e nem é aquilo que está contido na lei.

Pela expressão adotada pelo CPC/2015, observa-se uma maturidade do legislador que reconhece que o juiz decide com base num tripé: lei, doutrina e jurisprudência. Da combinação desses três elementos, interpretados, nasce a pauta de conduta do jurisdicionado, nasce a norma, nasce o direito⁸.

Por muito tempo, acreditou-se que o papel do juiz consistia basicamente em extrair do enunciado legal o significado ali preexistente para, conseqüentemente, proceder à subsunção dos fatos à norma, dando ao caso a solução objetivada pela lei. O juiz era “*la bouche de la loi*”, expressão que se compatibiliza com a teoria cognitivista da interpretação⁹.

Trata-se de concepção praticamente abandonada na contemporaneidade, tendo em vista que a evolução das teorias da linguagem nos mostrou que não há sentido unívoco apto a ser descoberto no texto. Os textos, quaisquer que sejam, são sempre potencialmente equívocos. Caberá ao intérprete determinar o significado, e não apenas descobri-lo. E o significado inevitavelmente conterá certa dose de vagueza, alguns mais, outros menos. Sendo assim, a interpretação é uma atividade reconstrutiva de sentido¹⁰.

Essa percepção impõe que se faça a devida distinção entre os enunciados – as disposições – e as normas, entendidas como significados. Entre essas duas coisas, de fato, não há uma correspondência biunívoca¹¹. O enunciado legal é apenas o ponto de partida, sobre o qual é preciso se debruçar, por meio de uma operação intelectual, que é a interpretação, para se chegar à norma, isto é, “a disposição é o objeto da interpretação, a norma é o resultado”¹².

7. Juliana Bizarria descreve os debates da Comissão de Juristas encarregados de elaborar o anteprojeto do CPC. Houve sugestões como “violação do direito em tese”, “violação ao direito”, “violiar disposição de lei ou princípio jurídico”. A sugestão final veio de Elpídio Donizetti (BIZARRIA, Juliana Carolina Frutuoso. *Ação rescisória e precedentes*. São Paulo: Ed. RT, 2021. p. 182-184).
8. ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa et al. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*: artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 1526.
9. A teoria cognitivista pressupõe que ao intérprete cabe apenas tomar conhecimento daquele um e único significado existente no texto, sendo-lhe vedado qualquer atividade decisória. O intérprete não decide qual é o significado, mas descobre o significado preexistente. Para uma descrição das teorias da interpretação, ver: GUASTINI, Riccardo. *Interpretar e argumentar*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2020. p. 357-377.
10. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 51/55.
11. GUASTINI, Riccardo. *Interpretar e argumentar*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2020. p. 47.
12. GUASTINI, Riccardo. *Interpretar e argumentar*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2020. p. 63.

Portanto, como resume Riccardo Guastini, o Direito é um conjunto de normas, não no sentido de um conjunto de enunciados, mas no sentido de um conjunto de significados:

“Eis então que, em um nível mais aprofundado de análise, o direito ou o ordenamento se apresenta como um conjunto não de textos, mas de significados: como um conjunto não as disposições, mas de normas propriamente ditas. As quais, porém, não são fruto da legislação (em sentido material) sem especificações adicionais, mas sim o produto de três fatores, a diferentes títulos nomopoieticos, ou seja, produtores de normas: a legislação (criação de textos normativos), a interpretação (atribuição de significado a tais textos) e a ‘construção jurídica’ (elaboração de normas implícitas).”¹³

Assim, o Direito revela-se uma *disciplina argumentativa*¹⁴. E os intérpretes, aí incluídos os tribunais, assumem um papel essencial na definição das normas jurídicas. Ao se perceber que não há significado unívoco a ser descoberto no texto legal e que o juiz precisa se valer da interpretação para definir o conteúdo, o sentido e o alcance das normas, é inevitável que se admita que os tribunais criam direito. Desse modo, tem-se que a criação de pautas de conduta para o jurisdicionado não está circunscrita à atividade do legislador. Pelo contrário, na criação das pautas de conduta, há o papel de quem faz a lei e o papel de quem interpreta o texto normativo. Por isso, pode-se afirmar que as decisões judiciais têm *carga normativa*¹⁵.

Vale abrir um breve parêntese para deixar claro que não se está aqui a dizer que o juiz pode atribuir ao texto posto pelo legislador o significado que bem entender, o que se chama de interpretação cética radical ou de teoria realista. A atividade interpretativa exercida pelos tribunais não é livre de amarras, pois “interpretar é construir a partir de algo”¹⁶. Deve o juiz observar o núcleo de sentido dos vocábulos e das expressões, os precedentes existentes, as diretrizes interpretativas comumente aplicadas no direito, entre outras, não sendo este o espaço para aprofundar em quais seriam esses limites¹⁷.

13. GUASTINI, Riccardo. *Interpretar e argumentar*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. p. 296.

14. MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law – A theory of legal reasoning*. New York: Oxford University Press, 2005. p. 14.

15. ALVIM, Teresa Arruda. *Modulação na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes*. São Paulo: Ed. RT, 2019. p. 16-19.

16. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 53.

17. Humberto Ávila destaca que a teoria cética radical da interpretação está tão equivocada quanto a teoria cognitivista. Esta parte do pressuposto que haveria um significado unívoco nos enunciados prontos para serem descobertos pelo intérprete, enquanto a outra pressupõe que não há nenhum significado prévio à interpretação. Entretanto, as palavras empregadas pelo legislador são carregadas de significados preexistentes que não podem ser desconsiderados pelo intérprete (ÁVILA, Humberto. *Constituição, liberdade e interpretação*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 36-37).

O ponto é que só se pode pensar em violação de lei quando se supõe que a lei contém a norma que deve ser aplicada pelo juiz¹⁸. Quando se admite que a norma não se equivale à lei, mas é produto da interpretação, que leva em conta um conjunto de fatores, incluindo-se a lei e os precedentes, verifica-se que, de fato, é mais adequado se falar em ação rescisória por violação à norma jurídica.

Em verdade, na vigência do CPC/1973, já se admitia o cabimento de ação rescisória num escopo mais amplo que a estrita violação de lei. A título exemplificativo, cite-se o EREsp 935.874/SP¹⁹, por meio do qual o Superior Tribunal de Justiça alude aos princípios gerais do direito e, claramente, está considerando violação de norma jurídica, como sendo produto da interpretação.

Pontes de Miranda²⁰ já alertava para a insuficiência da lei para se compreender o que é o direito:

“O conhecimento da lei é conhecimento *indireto, imperfeito e parcial* do direito porque a lei não é todo o conteúdo efetivo do sistema jurídico ou da ciência jurídica, como o documento constitui simples elemento de cognição indireta, e não o conteúdo efetivo da história. Daí a diferença específica entre os que interpretam a lei e pretendem construir ciência de raciocínio e os que revocam a indagação jurídica à trilha da observação

-
18. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Ação rescisória – Do juízo rescindente ao juízo rescisório*. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 186.
 19. “Direito tributário. Processual civil. Embargos de divergência em recurso especial. Afronta ao art. 475 do CPC. Princípio do non reformatio in pejus em remessa obrigatória. Ação rescisória. Cabimento. Embargos de divergência rejeitados.
 1. O fundamento para o ajuizamento da ação rescisória, mormente aquele previsto no inciso V do art. 485 do CPC (violação de literal disposição de lei), é de tipificação estrita, em respeito à estabilidade das relações jurídicas acobertadas pela coisa julgada, visando a paz social.
 2. A interpretação restrita do art. 485, V, do CPC não importa em sua interpretação literal, sob pena de não ser possível alcançar seu verdadeiro sentido e intento, e, por conseguinte, assegurar uma efetiva prestação jurisdicional.
 3. É cabível ação rescisória, com amparo no art. 485, V, do CPC, contra provimento judicial de mérito transitado em julgado que ofende direito em tese, ou seja, o correto sentido da norma jurídica, assim considerada não apenas aquela positivada, mas também os princípios gerais do direito que a informam. Precedente do STJ.
 4. A proibição da reformatio in pejus, cujo status principiológico é inegável, porquanto exprime uma noção primordial do sistema recursal, encontra-se implicitamente contida na regra do art. 475 do CPC, que trata da remessa necessária.
 5. É cabível ação rescisória contra acórdão transitado em julgado que, em remessa necessária, houver afrontado o princípio da non reformatio in pejus.
 6. Embargos de divergência rejeitados.” (STJ, EREsp 935.874/SP, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, CE, j. 17.06.2009, DJe 14.09.2009.)
 20. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *tratado da ação rescisória: das sentenças e outras decisões*. Atualizado por Nelson Nery Júnior, Georges Abboud. São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 322.

(análise), da indução e da experiência. Leis escritas nada mais são que *traços exteriores*, mais ou menos acidentais, do conteúdo real do direito objetivo; de maneira que há mistér extrair-se toda a soma de realidade que elas representam, sem nos privarmos de buscar, fora das leis, tudo que possa completar a porção, talvez pequena, que dela tiramos.” (grifos do original)

A verdade é que, a despeito da alteração textual, o alcance dos dispositivos do CPC/1973 e do CPC/2015 é idêntico²¹. O escopo da rescisória nunca esteve restrito ao texto de lei. A violação diz respeito (e já era assim) à construção ou à interpretação da norma jurídica, considerando-se todo o direito²². A doutrina sempre denunciou a impropriedade da expressão “literal disposição de lei” e sua flagrante vinculação a uma metodologia formalista²³.

Outro ponto que não deve ser menosprezado no inciso V do art. 966 é o vocábulo “manifestamente”. Aí está inserida a concepção de que não cabe ação rescisória para se corrigir a simples injustiça de uma decisão ou a simples contrariedade à norma jurídica²⁴, pois a coisa julgada há de ser prestigiada. Apenas a violação manifesta – isto é, que se apresenta frontal e evidente à norma²⁵ – poderá dar ensejo à propositura de ação rescisória.

Acrescente-se, ainda, que a incompatibilidade com o ordenamento precisa ser constatada por meio do exame das questões jurídicas, considerando-se os fatos já definidos no processo, pois, nessa hipótese de rescisória, não cabe reexame de provas nem redefinição dos fatos que se consideraram ocorridos²⁶.

3. AÇÃO RESCISÓRIA E PRECEDENTES

Dentro do que já foi dito acerca do que se deve compreender como sendo o direito e do que se entende por norma jurídica, tem-se como consequência lógica que o fundamento para a desconstituição da coisa julgada pode estar materializado numa orientação jurisprudencial que seja de observância obrigatória.

O § 5º do art. 966 buscou explicitar que cabe ação rescisória, por violação à norma jurídica (inc. V do mesmo dispositivo), contra decisão baseada em enunciado de súmula

21. BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 2 – Procedimento comum, processos nos tribunais e recursos, p. 479.
22. ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil – Teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos, precedentes*. 20. ed. São Paulo: Ed. RT, 2021. p. 1264.
23. ASSIS, Araken de. *Ação rescisória*. São Paulo: Ed. RT, 2021. p. 216.
24. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Ação rescisória – Do juízo rescindente ao juízo rescisório*. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 22.
25. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015 v. III, p. 855.
26. ALVIM, Teresa Arruda; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. *Ação rescisória e querela nullitatis – Semelhanças e diferenças*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2020. p. 250.

ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento. O § 6º do mesmo dispositivo impõe ao autor o ônus de demonstrar, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta ou de questão jurídica não examinada, a impor outra solução jurídica.

Embora tenham o condão de confirmar que é possível violar norma jurídica delimitada pelo Judiciário²⁷, o § 5º, especialmente, nos parece desnecessário (pois está inteiramente contido no inciso V do dispositivo, que, como já demonstrado, refere-se à “norma jurídica”) e pode levar a algumas concepções equivocadas.

Inicialmente, o referido parágrafo faz referência à decisão rescindenda que tenha se baseado em súmula ou acórdão proferido em casos repetitivos, como se apenas essas duas espécies de orientações jurisprudenciais pudessem dar ensejo à ação rescisória, o que não pode ser verdade.

As orientações jurisprudenciais obrigatórias, previstas no art. 927 do CPC, externalizam a interpretação que os tribunais reputam correta acerca de determinada questão, devendo ser aplicadas para a solução dos casos concretos. Assim, quando o juiz aplica interpretação que colide com aquela que já foi consolidada em quaisquer das hipóteses do art. 927 do CPC, pode-se dizer, sem qualquer dúvida, que se está diante de manifesta violação de norma jurídica. Portanto, se, de um lado, o § 5º do art. 966 era desnecessário, pois o inciso V é suficiente para se comportar a ação rescisória que tenha como fundamento decisão que contraria orientação jurisprudencial obrigatória, de outro, disse menos que deveria, pois poderia ter se referido a todos os indexadores do art. 927 do CPC.

Arruda Alvim²⁸ também defende uma interpretação sistemática, no sentido de que a violação a todos aqueles precedentes a que o art. 927 atribui força normativa poderá dar azo à ação rescisória.

Além de defender a posição supraexternada, de que se deve fazer uma interpretação ampliativa do dispositivo sob exame, Cassio Scarpinella²⁹ aponta a existência de inconstitucionalidade formal no § 5º do art. 966. O dispositivo foi inserido no Código pela Lei 13.256/2016, cujo projeto aprovado na Câmara dos Deputados admitia a rescisória “contra decisão baseada em enunciado de súmula, acórdão ou precedente previsto no art. 927”. Todavia, a versão aprovada no Senado Federal, que é a que prevaleceu, admite-a, “contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos”. A despeito da clara alteração do texto, o Senado não

27. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Ação rescisória – Do juízo rescindente ao juízo rescisório*. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 214.

28. ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil – Teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos, precedentes*. 20ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2021. p. 1268-1269.

29. BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 2 – Procedimento comum, processos nos tribunais e recursos, p. 481.

devolveu o Projeto à Câmara dos Deputados, o que lhe era imposto pelo parágrafo único do art. 65 da Constituição Federal, enviando-o diretamente à sanção presidencial. Há, portanto, vício no processo legislativo.

Na sua segunda parte, o § 5º do art. 966 se refere à não realização de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento. Novamente, disse o dispositivo menos do que deveria.

Em verdade, há equivocada aplicação de orientação jurisprudencial em três hipóteses: quando não é considerada a existência de distinção do caso concreto; quando se supõe equivocadamente que o caso é similar ou igual ao precedente; e quando indevidamente se deixa de aplicar o precedente, a decisão ou a súmula³⁰. Naturalmente, em quaisquer dessas hipóteses, haverá violação à norma-precedente.

Todavia, cabe aqui um pequeno alerta. Ainda que se esteja a considerar um precedente, súmula ou decisão oriunda de casos repetitivos, a violação que admite a rescisória continua sendo a violação manifesta. Diz-se isso porque é comum que um precedente evolua ao longo tempo, vindo a ter seu escopo restringido ou, outras vezes, ampliado para abarcar situações antes não previstas. Nessas hipóteses, ter-se-á legítima aplicação do precedente, numa atividade interpretativa que é perene e não se estanca com sua formação, ou seja, quando se interpreta um precedente, de forma racional e adequada, seja para aplicá-lo ou para afastá-lo num caso análogo, não se estará diante de hipótese de manifesta violação à norma jurídica³¹.

A aplicação do precedente que dá ensejo à rescisória é aquela óbvia e claramente equivocada, quando não havia dúvidas seja da necessidade de se considerar o precedente ou da necessidade de afastá-lo.

4. A SÚMULA 343 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Não é possível tratar da relação entre ação rescisória e precedentes sem analisar a Súmula 343 do STF, que dispõe que “não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”. O enunciado é polêmico e já teve idas e vindas tanto no STJ quanto no próprio STF.

Interpretação controvertida não é figura incomum no universo jurídico. Pelo contrário, costuma ocorrer em praticamente todas as disputas que são levadas ao Poder Judiciário. Afinal, como já dito, o direito não é ciência exata e não se equivale às disposições normativas; a norma é fruto da interpretação e, por isso, objeto de construção tanto pelo legislador quanto pelo julgador.

30. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Ação rescisória – Do juízo rescindente ao juízo rescisório*. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 215.

31. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Ação rescisória – Do juízo rescindente ao juízo rescisório*. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 216.

Mesmo os textos que parecem ser absolutamente claros e objetivos podem se tornar equívocos. Nesse sentido, Frederick Schauer³², retomando o clássico debate entre H. L. A. Hart e Lon Fuller demonstra como uma regra aparentemente simples, por meio da qual se proíbem “veículos no parque”, pode se tornar equívoca e dar origem a um *hard case*³³. A verdade é que “pouco importa, ou nada importa, que a letra seja clara, que a lei seja *clara*: a lei pode ser clara, e obscuro o direito que, diante dela, se deve aplicar. Porque a lei é roteiro, itinerário, guia”³⁴.

Pensar que haveria apenas uma interpretação correta para o direito posto seria de todo incompatível com a concepção argumentativa de direito aqui proposta. Os textos normativos inevitavelmente darão ensejo a mais de uma interpretação, que serão corriqueiramente aplicadas, resolvendo-se os casos concretos. Pierluigi Chiassoni³⁵, em monografia que buscou enumerar de forma sistemática as diretivas interpretativas comumente utilizadas na interpretação jurídica, admite que, mesmo que o intérprete se guiasse todas as diretivas listadas ao determinar o significado de uma dada disposição, muito provavelmente, chegaria a uma pluralidade de resultados divergentes e muitas vezes, contraditórios. Isso não significa, por outro lado, que não haja interpretações clara e manifestamente equivocadas.

Obviamente, o sistema objetiva racionalidade e, por isso, contém mecanismos de uniformização, função atribuída precipuamente ao STJ e ao STF, respectivamente, em matéria infraconstitucional e constitucional. Prevê, por exemplo, a possibilidade de suspensão de todos os casos pendentes para se aguardar o julgamento de questão que tenha tido repercussão geral reconhecida, bem como para se aguardar a solução de recursos repetitivos. Paralelamente, o ordenamento exige coerência e estabilidade (art. 926 do CPC). Nada obstante, não se pode crer que toda e qualquer atividade jurisdicional seja dependente de um pronunciamento definitivo das Cortes Superiores, sob o pressuposto de que só haveria um sentido normativo a ser admitido, exatamente aquele indicado por esses mesmos tribunais. Isso tornaria a jurisdição ordinária uma atividade provisória, despida de valor, sempre à espera de um pronunciamento acerca do correto sentido da lei.

32. SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer – A new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009. p. 151-158.

33. Se o propósito da regra for evitar poluição, por exemplo, é possível que se considere que estão excluídos da regra proibitiva bicicletas e carrinhos de bebê. Se o propósito for garantir a segurança dos pedestres, já se poderia considerar que bicicletas estão proibidas. Ainda, se o objetivo é garantir que não ocorra a obstrução de passagens, carrinhos de bebê e carrinhos de brinquedo motorizados também poderiam ser tidos como incluídos na proibição (SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*. A new introduction to legal reasoning. Cambridge: Harvard University Press, 2009. p. 153).

34. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado da ação rescisória – Das sentenças e outras decisões*. Atualizado por Nelson Nery Júnior, Georges Abboud. São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 324.

35. CHIASSONI, Pierluigi. *Técnica da Interpretação Jurídica – Breviário para juristas*. São Paulo: Ed. RT, 2020. p. 159-160.

O que não se pode admitir é que, uma vez uniformizada a interpretação, por qualquer das hipóteses de precedentes obrigatórios previstas no art. 927 do CPC, que magistrados e tribunais possam desrespeitá-los. Nessas hipóteses, há uma orientação emanada de uma Corte Superior a ser seguida e, caso não o seja, será cabível ação rescisória³⁶.

Por outro lado, naquelas hipóteses em que não havia orientação jurisprudencial obrigatória, a decisão que deu às disposições normativas interpretação racional, aceita pelos tribunais (ainda que haja alguma controvérsia), deve ser mantida intacta, em prestígio ao exercício da atividade jurisdicional e à garantia da coisa julgada que, não se pode esquecer, tem envergadura constitucional. Deve-se ter presente que existe um lapso temporal destinado à formação do precedente e que a existência de interpretações divergentes em momento anterior é condição inerente ao Direito³⁷.

Concordamos que há hipóteses em que o desencontro jurisprudencial é tamanho que, excepcionalmente, poderia ser admitida a rescisória com fundamento em posterior consolidação jurisprudencial. Isso porque não se deve prestigiar o acaso³⁸. Observe-se, todavia, que a hipótese é de veras excepcional, pois significa que os já citados mecanismos previstos no ordenamento com vistas à uniformização (por exemplo, suspensão dos processos para se aguardar pronunciamento das Cortes Superiores, cabimento de embargos de divergência e até mesmo as tradicionais possibilidades recursais) não terão sido suficientes para se impedir a consolidação de situações absolutamente injustas e desiguais.

Em verdade, melhor teria andado a Súmula 343 se dispusesse que não cabe rescisória quando a decisão rescindenda estiver baseada em interpretação largamente aceita pelos tribunais, ainda que haja alguma controvérsia. Essa proposta redacional parece ser apenas uma troca de sinais, mas torna o enunciado mais compatível com a isonomia, além de evidenciar que seria cabível a rescisória em situações de absoluto caos jurisprudencial.

Não é o dissenso que impede a rescisória, mas o fato de a decisão rescindenda ter o respaldo de considerável parcela da jurisprudência na data em que foi prolatada, isto é, a Súmula 343 protege a decisão lógica e racional.

Embora haja um grande esforço do Código com vistas à uniformização de entendimentos, à manutenção da estabilidade da jurisprudência e, por conseguinte, à preservação da isonomia, não podemos cometer o equívoco de retornar ao raciocínio cartesiano acreditando que há uma só solução correta para todo e qualquer problema jurídico, devendo ser desconsideradas as soluções que não se compatibilizem com esta única³⁹.

36. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. III, p. 856.

37. MITIDIERO, Daniel. *Precedentes – Da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2021. p. 134.

38. ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores – Precedentes no Direito brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2018. p. 293.

39. “Porém, há uma transcendente questão: não se pode afirmar, peremptoriamente, existir apenas uma interpretação admissível da norma jurídica, ressalva feita aos casos em que há precedente vinculativo

Como já se disse, é absolutamente o contrário. Para um texto legal, há sempre margem para algumas interpretações racionais e compatíveis com o ordenamento. Quando se aplica qualquer uma dessas vertentes interpretativas, tem-se legítimo e adequado exercício da jurisdição, não podendo se cogitar de ação rescisória para desconstituir a coisa julgada. Por óbvio, a interpretação deixa de ser racional e adequada quando colide com orientação jurisprudencial obrigatória advinda dos Tribunais Superiores. Nessa hipótese, pode-se dizer que a decisão é flagrantemente incorreta, inclusive suscetível de ser rescindida.

Marinoni e Mitidiero⁴⁰, em clara defesa do enunciado da Súmula 343, combatem o que chamam de “retroatividade do *ius superveniens* sobre a coisa julgada” para afirmar que as decisões que transitaram em julgado tratando de questão posteriormente interpretada de outra maneira pelas Cortes Supremas são absolutamente legítimas. Na visão dos autores, o que não se pode admitir é que ulterior precedente torne a coisa julgada rescindível. No âmbito do controle de constitucionalidade, isso implicaria destituir juízes e tribunais do poder de realizar o controle incidental.

No mesmo sentido, Humberto Theodoro Júnior⁴¹ afirma que, em nome da segurança jurídica, consolidação jurisprudencial não deverá ter eficácia retroativa. Assevera, ainda, que nada aconselha tratar a ação rescisória com excessiva liberalidade, correndo-se o risco de transformá-la numa nova instância recursal, o que seria a todos inconveniente e indesejável.

Em sentido oposto, Teresa Arruda Alvim⁴² critica com veemência o enunciado da súmula, por considerá-lo incompatível com os princípios da legalidade e da isonomia. Segundo a doutrinadora, decorre desses princípios não só o dever do Judiciário de decidir conforme a lei, mas de compreendê-la e aplicá-la da mesma forma, em face de casos riosamente idênticos. Argumenta que de nada adiantaria a existência dos comandos dirigidos ao legislador se o Judiciário pudesse decidir, com base na mesma lei e no mesmo momento histórico, em face de casos concretos idênticos, de modo diferente.

Cassio Scarpinella⁴³ defende que, com a entrada em vigor do CPC/2015 e a admissão de rescisórias com base em divergência jurisprudencial, a Súmula 343 deixou de ter

(art. 927, I a V). Não raro a mesma norma gera duas ou mais interpretações divergentes, cumprindo estabelecer se a razoabilidade de uma dessas teses, conquanto minoritária, torna rescindível a decisão à luz do art. 966, V. Representaria reminiscência positivista ‘que para toda questão hermenêutica exista uma única solução correta’.” (ASSIS, Araken de. *Ação rescisória*. São Paulo: Ed. RT, 2021. p. 224.)

40. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Ação rescisória – Do juízo rescindente ao juízo rescisório*. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 234-239.
41. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. III, p. 857.
42. ALVIM, Teresa Arruda. *Modulação na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes*. São Paulo: Ed. RT, 2019. p. 133-140.
43. BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*, v. 2: procedimento comum, processos nos tribunais e recursos. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 2 – Procedimento comum, processos nos tribunais e recursos, p. 481.

fundamento de validade. Acrescenta que, para o devido alcance do inciso V e do § 5º do art. 966 do CPC, é indiferente o momento de formação do precedente que dá fundamento à rescisória. Ainda quando o precedente vier a ser editado posteriormente àquela decisão rescindenda, é correto entender pelo cabimento da rescisória buscando-se atingir integridade e coerência da jurisprudência nos termos do caput do art. 926⁴⁴.

Tanto a posição que endossa a súmula como aquela que a rejeita poderão levar a extremos, a serem evitados. Controvérsia em torno do significado e do alcance das disposições normativas sempre haverá, ora em maior, ora em menor grau – isso é um fato do qual não se pode escapar, decorrência imediata de o direito operar por meio da linguagem. Portanto, se a controvérsia, por si só, for fundamento para se vedar a rescisória, esta ficará praticamente inviabilizada, eis que sempre será possível encontrar acórdãos divergentes sobre a questão em exame⁴⁵. De outro lado, se a consolidação jurisprudencial, por qualquer dos mecanismos do art. 927 do CPC, sempre der azo à rescisão das decisões que lhe são contrárias, a jurisdição ordinária assumirá um caráter apenas provisório. Em termos práticos, toda orientação obrigatória do STJ ou do STF inevitavelmente levará à rescisão de um leque de decisões pretéritas, reabrindo-se situações jurídicas que já eram tidas por estabilizadas.

Nesse compasso, a súmula há de ser tratada com cautela, evitando-se ambos os extremos. A existência de divergência jurisprudencial, por si só, não impede a propositura da rescisória. Por outro lado, nem sempre a superveniente consolidação jurisprudencial servirá de fundamento para a desconstituição da coisa julgada. Tais parâmetros não são suficientes para se avaliar se há violação à norma jurídica.

De toda sorte, não se pode permitir que, com base em modificação da jurisprudência, se pretenda a rescisão de decisões que estavam em consonância com a orientação jurisprudencial vigente à época da sua prolação. Nesse sentido, em 2014, o Supremo Tribunal julgou o Recurso Extraordinário 590.809/RS⁴⁶ e firmou a tese de 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”.

Vale destacar um trecho do voto do Ministro Relator Marco Aurélio que revela preocupação com o uso da rescisória como mecanismo de conformação de entendimentos:

“Não posso admitir, sob pena de desprezo à garantia constitucional da coisa julgada, a recusa apriorística do mencionado verbete, como se a rescisória pudesse “conformar”

44. BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 2 – Procedimento comum, processos nos tribunais e recursos, p. 482.

45. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 16. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 2058.

46. BRASIL. STF, RE 590.809/RS, TP, rel. Min. Marco Aurélio, j. 22.10.2014, *DJe* 24.11.2014.

os pronunciamentos dos tribunais brasileiros com a jurisprudência de último momento do Supremo, mesmo considerada a interpretação da norma constitucional.”

Nada obstante, cumpre notar também que, nos termos expostos anteriormente, o próprio Ministro Marco Aurélio destaca que não se trata de afastar o instrumento da rescisória quando estiver presente qualquer grau de divergência. Vejamos:

“A rescisória deve ser reservada a situações excepcionabilíssimas, ante a natureza de cláusula pétrea conferida pelo constituinte ao instituto da coisa julgada. Disso decorre a necessária interpretação e aplicação estrita dos casos previstos no artigo 485 do Código de Processo Civil, incluído o constante do inciso V, abordado neste processo. Diante da razão de ser do verbete, não se trata de defender o afastamento da medida instrumental – a rescisória – presente qualquer grau de divergência jurisprudencial, mas de prestigiar a coisa julgada se, quando formada, o teor da solução do litígio dividia a interpretação dos Tribunais pátrios ou, com maior razão, se contava com óptica do próprio Supremo favorável à tese adotada.”

Ocorre que, no que tange à questão analisada, não se vislumbrou ofensa ao direito pelo acórdão rescindendo, que, ao contrário, estava em consonância com o entendimento do Supremo Tribunal Federal à época (ainda que pudesse existir alguma divergência jurisprudencial, pois, como destacado pelos Ministros no acórdão, a Fazenda Nacional nunca desistiu de fazer prevalecer a tese contrária àquela do acórdão rescindendo).

Para além de tudo que se disse acerca da relação entre rescisória e precedente, convém lembrar que não se depende de orientação jurisprudencial obrigatória (oriunda do art. 927 do CPC) para se propor ação rescisória. A lei, com substrato essencial de construção da norma jurídica, continua sendo um parâmetro inarredável. Portanto, será sempre cabível ação rescisória contra decisão que dá à lei interpretação absolutamente descabida, sequer considerada pelos tribunais. Nessa hipótese, também haverá manifesta violação de norma jurídica.

Por último, concorde-se ou não com o enunciado da Súmula 343, a nosso ver, não há nada que justifique distinguir sua aplicação entre o direito constitucional ou infraconstitucional⁴⁷. A uma, porque não há diferenças relevantes entre o processo interpretativo

47. Esse ponto também acabou assentado no já citado RE 590.809/RS: “Assim deve ser, indiferentemente, quanto a ato legal ou constitucional, porque, em ambos, existe distinção ontológica entre texto normativo e norma jurídica.” Deixou o Tribunal consignada a possibilidade, com muitas reservas, de chegar a um entendimento contrário quando se tratar de controle concentrado de constitucionalidade: “Vê-se não se tratar de referência a ato por meio do qual o Supremo assentou, com eficácia maior, a inconstitucionalidade de norma. Estivesse envolvida declaração da espécie, poderia até cogitar, com muitas reservas, do afastamento do verbete em favor do manejo da rescisória apenas para evitar a vinda à balha indiscriminada de decisão judicial, transitada em julgado, fundada em norma proclamada inconstitucional, nula de pleno direito. Mas não é este o caso ora examinado.”

das leis infraconstitucionais e dos dispositivos constitucionais⁴⁸; a duas, porque não há motivo para supor que o texto constitucional, diferente dos demais, só pode admitir uma única interpretação, pois a interpretação é sempre uma reconstrução normativa⁴⁹.

5. OS REFLEXOS DA MODULAÇÃO DE EFEITOS SOBRE A COISA JULGADA

Traçadas as premissas teóricas, chegamos, agora, ao cerne do presente estudo, buscando compreender o impacto da modulação de efeitos sobre a coisa julgada. Para tanto, vamos tratar de três cenários diferentes, retomando o exemplo mencionado no tópico introdutório.

5.1. *Decisão rescindenda posterior ao precedente e à decisão da modulação*

Num primeiro cenário, imagine-se uma decisão rescindenda que seja posterior à determinação de modulação de efeitos e que, mesmo assim, equivocadamente, deixou de observar a modulação no caso concreto.

Nessa hipótese, tem-se claramente cabível a ação rescisória, pois a decisão rescindenda atribuiu à norma-precedente os efeitos que lhe haviam sido retirados pelo Supremo Tribunal Federal.

A violação, vale dizer, não nos parece ser a própria decisão da modulação, que não constitui norma autônoma, por si só, mas a norma-precedente, que teve seus efeitos restringidos pela modulação. A decisão da modulação agrega-se à norma-precedente de modo inseparável, não cabendo se cogitar da aplicação do precedente sem considerar a restrição dos efeitos determinada pelo próprio Supremo Tribunal Federal.

A inobservância à modulação culmina em violação à norma-precedente, dando ensejo à ação rescisória com base no art. 966, inc. V, do CPC.

5.2. *Decisão rescindenda anterior ao precedente e à decisão da modulação*

Na hipótese de a decisão rescindenda ser anterior à formação do precedente e, por consequência, também anterior à modulação, novamente, apenas se poderá cogitar de violação do próprio precedente.

48. “A interpretação da Constituição não difere – enquanto interpretação – da interpretação em geral. A sua especificidade – isto é, a existência de postulados específicos concernentes à sua interpretação – está ligada mais à Constituição do que propriamente à interpretação.” (MITIDIERO, Daniel. *Superação para frente e modulação de efeitos – Precedente e controle de constitucionalidade no Direito brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2021. p. 25.)

49. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Ação rescisória – Do juízo rescindente ao juízo rescisório*. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 228.

Nesse ponto, há controvérsia acerca da possibilidade de se rescindir a decisão que deixou de aplicar o entendimento consolidado no precedente formado posteriormente, conforme já demonstrado alhures. Parcela da doutrina entende que, por razões de isonomia, a decisão deveria ser rescindida, fazendo prevalecer a interpretação consolidada no precedente enquanto outra parcela entende que, a teor da Súmula 343 do STF, o precedente não poderá retroagir e desconstituir a coisa julgada.

Em verdade, como apontam Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas⁵⁰, nessas situações, a modulação de efeitos serviria como instrumento para proteger as decisões pretéritas da incidência da nova orientação. A restrição dos efeitos do precedente pela modulação eliminaria qualquer discussão acerca do cabimento de rescisória. A seu ver, em comparação à Súmula 343 do STF, a modulação constitui instituto mais complexo e mais bem estruturado para se ressaltar da aplicação do novo entendimento aqueles casos que foram resolvidos com base na orientação superada.

5.3. *Decisão rescindenda prolatada entre a formação do precedente e a decisão de modulação dos efeitos*

Aqui retornamos à questão central, exemplificada no tópico introdutório deste artigo, atinente àquelas decisões que foram proferidas no interregno entre a formação do precedente do RE 574.706, no sentido de determinar a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins, e a decisão da modulação, proferida quatro anos depois.

A decisão que aplicou o precedente no momento em que inexistia modulação poderá ser rescindida com base na posterior decisão de modulação?

A nosso ver, independentemente da posição que se adote acerca da Súmula 343 do STF e da possibilidade de se darem efeitos rescisórios retroativos aos precedentes, na hipótese agora discutida, a rescisória não se mostra cabível.

É bem verdade, como dissemos anteriormente, que a decisão da modulação se acopla ao precedente, restringindo seus efeitos. De rigor, quando se aplica a norma-precedente com inobservância da limitação de efeitos determinada pelo STF, haverá violação de norma jurídica passível de dar ensejo à rescisória.

A situação agora descrita, todavia, é peculiar, pois a decisão rescindenda foi proferida quando a norma-precedente estava produzindo plenos efeitos, isto é, a norma-precedente incidia em toda sua abrangência e não era dado ao julgador impor-lhe limites temporais. Nesse escopo, não há violação de norma jurídica. Em verdade, longe de haver violação, há observância do precedente, que irradiava seus efeitos sobre o caso concreto no momento em que foi proferida a decisão rescindenda.

50. ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores* – Precedentes no Direito brasileiro. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2018. p. 295-296.

A norma-precedente pode ser dissecada em conteúdo e eficácia. A questão decorre do fato de que sua eficácia pode vir a ser limitada apenas depois de certo lapso temporal a contar da formação do precedente, inclusive como comumente ocorre pela via dos embargos de declaração.

Poder-se-ia argumentar que a decisão da modulação tem efeitos *ex tunc*, isto é, retroage à data da formação do precedente, restringindo sua eficácia desde então. Por isso, o precedente seria aplicável, desde sempre, com efeitos limitados. Isso é verdade, mas, ainda assim, só poderia a decisão de modulação atingir processos pendentes. Isso porque a Constituição Federal ressalva, até mesmo da lei, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (art. 5º, inc. XXXVI), não podendo, portanto, a coisa julgada ser prejudicada por posterior decisão de modulação.

Outro argumento que se levanta a favor do cabimento da ação rescisória está ligado à isonomia. Afinal, haverá demandas ajuizadas na mesma data, algumas atingidas pela modulação de efeitos e outras não, a depender de quando transitaram em julgado. Ora, a ofensa à isonomia não nos parece ser um argumento legítimo nessa hipótese, pois a modulação, por si só, produz situações não isonômicas⁵¹.

Pensemos bem. Em regra, o que a decisão da modulação de efeitos faz é estabelecer um marco temporal dividindo os casos em dois grupos: aqueles que terão a aplicação do novo entendimento e aqueles que permanecerão decididos pelo entendimento superado. Tem-se, claramente, questões jurídicas idênticas que receberão tratamento diverso em razão do fator temporal.

Dentro desse cenário, se um caso foi decidido em momento anterior à determinação da modulação, apenas se acrescenta mais uma circunstância que faz com que esse caso específico tenha a aplicação do novo entendimento em detrimento do entendimento superado. O caso que, a princípio, seria solucionado de uma forma (em decorrência da modulação) acabou sendo solucionado de maneira oposta (porque a decisão de mérito antecedeu-se à determinação da modulação). Há um pequeno adendo, circunstancial e relativo ao caso concreto, num cenário já não isonômico, criado pela modulação.

Ademais, deve-se ter presente que a coisa julgada, ela mesma, é um critério que legitima a distinção entre os casos⁵².

De todo, o caso concreto acabou sendo solucionado com base na interpretação que prevaleceu no ordenamento, aquela que, em última instância, reputou-se correta. De fato, soa absolutamente incongruente admitir-se que se desconstitua a coisa julgada (em seu *status* de garantia constitucional) sob o argumento de que deveria ser aplicado ao caso concreto interpretação que já é considerada equivocada e superada no ordenamento.

51. ALVIM, Teresa Arruda. *Modulação na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes*. São Paulo: Ed. RT, 2019. p. 90.

52. MITIDIERO, Daniel. *Precedentes – Da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2021. p. 135.

Significaria não só afastar a coisa julgada, mas, na perspectiva do direto material, trocar a solução correta da questão jurídica pela solução já sabidamente equivocada.

6. OUTROS MECANISMOS PARA SE EVITAREM AS SOLUÇÕES DESIGUAIS

O fato de termos defendido o não cabimento de ação rescisória por violação à decisão que determinou a modulação de efeitos de um precedente não significa que a situação narrada seja desejável. Todavia, para evitá-la, devemos buscar outros caminhos, que não seja a excepcional medida de desconstituição da coisa julgada.

A primeira preocupação deve estar na pergunta de qual é o limite temporal para se decidir sobre a modulação dos efeitos de um precedente. A determinação precisa ser imediata, preferencialmente, durante o próprio julgamento do mérito. Afinal, como se sabe, tais precedentes criam pauta de conduta e passam a orientar a vida de todos os cidadãos no exato momento em que são exarados. Cabe lembrar que a modulação, por atender a interesse público, pode ocorrer independentemente de pedido expresso das partes⁵³.

A situação se agrava pelo fato de o art. 1.035, § 11, do CPC, determinar que a súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no *Diário Oficial* e valerá como acórdão. Similarmente, ao tratar dos recursos repetitivos, o art. 1.040 do CPC determina que, publicado o acórdão paradigma, os casos pendentes serão retomados com a prolação de decisões individuais⁵⁴, ou seja, advêm do próprio Código determinações que parecem não considerar que poderá haver modulação dos efeitos do acórdão paradigma.

O contexto normativo supradescrito requer que sejam evitadas situações como a do RE 574.706, em que a decisão acerca da modulação dos efeitos tardou quatro anos. Em se tratando de precedente de aplicação tão abrangente, a modulação deve ser decidida com prioridade.

De outra banda, é possível requerer a suspensão dos casos pendentes até que se decida acerca da modulação. Isso poderá ser feito tanto no caso concreto quanto no caso paradigma. A primeira opção tem se mostrado dificultosa pelo já mencionado entendimento do STJ e do STF de que a aplicação do acórdão paradigma aos casos pendentes é imediata, não havendo que se falar em aguardar decisão de modulação ou trânsito em julgado. Não há nenhum impedimento, por outro lado, que se decida, no próprio caso-precedente,

53. ALVIM, Teresa Arruda. *Modulação na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes*. São Paulo: Ed. RT, 2019. p. 154.

54. Teresa Arruda Alvim alerta que, a despeito da redação do *caput* do art. 1.040, deve-se aguardar o trânsito em julgado da decisão na hipótese em que há alteração de entendimento. Provavelmente, o legislador imaginou que já constaria na decisão a manifestação sobre modulação ou não cogitou que pudesse se tratar de mudança de entendimento (ALVIM, Teresa Arruda. *Modulação na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes*. São Paulo: Ed. RT, 2019. p. 155).

por manterem suspensos os casos pendentes sobrestados até que se decida acerca da modulação.

Por último, há sempre as vias recursais comuns. Por exemplo, o STJ tem admitido, em embargos de declaração, mesmo depois de inadmitir o recurso especial, a alegação de fato superveniente atinente à modulação, para determinar a remessa dos autos ao tribunal de origem para adequação⁵⁵. A orientação, todavia, não é pacífica⁵⁶.

55. Nesse sentido, veja-se: “Processual civil. Embargos de declaração. PIS e COFINS. Base de cálculo. ICMS. Exclusão. Tese firmada pelo STF Modulação dos efeitos. Fato novo. Ocorrência.

1. Aos embargos de declaração podem ser dados efeitos infringentes quando ocorrer fato novo capaz de influir no julgamento da lide.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é uníssona no sentido de que o fato superveniente só pode ser considerado na hipótese de conhecimento do recurso especial, o que não ocorreu na espécie.

3. In casu, a modulação realizada pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento dos embargos de declaração no RE n. 574.706, em 13.05.2021, que definiu a questão acerca da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, tem o efeito de alterar o acórdão proferido pela Corte a quo, tendo em vista que a ação foi proposta em 10.06.2019.

4. Embora o fato superveniente não possa ser examinado no STJ em razão do não conhecimento do recurso, é necessário que os autos retornem ao Tribunal a quo para que seja feita a adequação do seu julgado ao decidido pela Suprema Corte.

5. Embargos de declaração acolhidos.” (EDcl no AgInt no AREsp 1.807.665/RS, rel. Min. Gurgel de FARIÁ, 1ª T., j. 11.10.2021, *DJe* 22.10.2021.)

56. Negando a possibilidade de se conhecer do fato superveniente atinente à modulação, veja-se:

“IX. Para o reconhecimento de fato superveniente, é necessário, além do conhecimento do recurso, que haja relação entre o objeto recursal e aludido fato superveniente. Trata-se de decorrência lógica do princípio *tantum devolutum quantum appellatum*. No caso, a Fazenda Nacional, no Recurso Especial, agitou tão somente a questão relativa ao critério de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS: se o ICMS a recolher ou o ICMS a destacar. A questão relativa à modulação dos efeitos, que diz respeito à própria exclusão de ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS (questão preliminar ao critério de cálculo), não foi objeto do Apelo, e nem poderia sê-lo, na medida em que, à época da interposição do recurso, estavam pendentes de julgamento, no STF, os Aclaratórios opostos ao acórdão que julgara o mérito da repercussão geral. Desse modo, aplicar a modulação dos efeitos, na espécie, ou determinar que o Tribunal de origem o faça, acarretaria a prolação de decisão extra petita, além de ofensa à coisa julgada.

X. Do inteiro teor dos autos, constata-se que, contra o acórdão do Tribunal a quo, a Fazenda Nacional interpôs, além de Recurso Especial, Recurso Extraordinário, cujo seguimento fora negado, na origem, nos termos dos arts. 1.030, I, a, e 1.040, I, do CPC/2015.

Contra tal decisão foi interposto Agravo interno, que foi improvido, pelo Tribunal de origem, em decisão transitada em julgado. O Recurso Extraordinário tinha objeto amplo, pretendendo rediscutir não só a própria exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, mas também sustentando que “o critério da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS pelos valores constantes das notas fiscais ofende o princípio da não cumulatividade do ICMS”.

Requeru a Fazenda Nacional, no Extraordinário, que o ICMS integre a base de cálculo do PIS e da COFINS, ou que se reconheça que a determinação de exclusão do ICMS pelo valor constante das

De todo modo, vê-se que há alternativas e que, realmente, os casos que tiveram decisão prolatada antes da determinação de modulação de efeitos que já vieram ou que vierem a transitar em julgado, serão excepcionais. Quanto a estes, a situação jurídica estará consolidada e não caberá cogitar de ação rescisória.

7. CONCLUSÕES

Retomando as questões propostas para investigação no tópico introdutório, podemos concluir que não há que se admitir a rescisão de decisão que aplicou um precedente em decorrência de posterior decisão de modulação dos efeitos deste. Isso porque: (i) nessa hipótese, não há violação de norma jurídica; (ii) ao contrário, há observância do precedente, que produzia plenos efeitos à época da prolação da decisão rescindenda; (iii) a decisão de modulação, além de não constituir norma autônoma passível de ser violada, não poderá retroagir prejudicando a coisa julgada; (iv) a desigualdade gerada se insere num cenário já não isonômico criado pela própria modulação, em que casos idênticos são divididos em pelo menos dois grupos com soluções jurídicas diversas; (v) há outros mecanismos que possibilitam evitar a situação narrada, incluindo-se as vias recursais tradicionais, ficando a situação jurídica definitivamente estabilizada quando estiver respaldada pela coisa julgada.

Há de se reconhecer, mais uma vez, que o não cabimento da rescisória leva a que casos idênticos tenham soluções diversas. Isso, todavia, é fato inevitável no plano da prestação jurisdicional. É uma contingência da justiça humana, que jamais poderá alcançar perfeição, e nem mesmo pode se comprometer com o justo absoluto⁵⁷. A intangibilidade dos julgados, com hipóteses excepcionais de rescisão, sujeitas a prazo decadencial, por si só, faz perdurarem imutáveis e intangíveis situações por vezes injustas e conflitantes. É uma opção legítima do ordenamento em prol de estabilidade e segurança.

Obviamente, não é o propósito do direito ser injusto ou gerar desigualdades. Todavia, há um importante grupo de valores institucionais e sistêmicos que são tidos como indispensáveis, mesmo às expensas da justiça do caso concreto. Assim, o direito remanesce indubitavelmente formal e, às vezes, poderá parecer injusto⁵⁸. Entretanto, são esses valores

notas fiscais contraria a decisão do STF e o art. 155, § 2º, I, da CF/88, pelo que deve ser afastado. Ao Recurso Extraordinário foi negado seguimento – analisando-se, inclusive, a questão relativa à modalidade do ICMS a ser excluído, concluindo o Tribunal de origem estar o acórdão, também nessa questão, de acordo com o julgado do STF -, mantida a decisão em Agravo interno, sem mais recursos, precluindo a questão. Assim sendo, aplicar a modulação de efeitos, no presente caso, ou determinar que o Tribunal o faça, implicaria ofensa à coisa julgada.” (EDcl no AgInt no AREsp 1.821.102/SC, rel. Min. Assusete Magalhães, 2ª T., j. 05.10.2021, DJe 18.10.2021.)

57. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. III, p. 857.

58. SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer – A new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009. p. 35.

institucionais que dão sustentação ao ordenamento. Entre esses pilares, está a segurança, da qual a coisa julgada é corolário. Não convém, para a tranquilidade de todos, alargar as hipóteses de cabimento de ação rescisória.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil – Teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos, precedentes*. 20. ed. São Paulo: Ed. RT, 2021.
- ALVIM, Teresa Arruda. *Modulação na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes*. São Paulo: Ed. RT, 2019.
- ALVIM, Teresa Arruda; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. *Ação rescisória e querela nullitatis: semelhanças e diferenças*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2020.
- ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores – Precedentes no Direito brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2018.
- ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa et al. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016.
- ASSIS, Araken de. *Ação rescisória*. São Paulo: Ed. RT, 2021.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- ÁVILA, Humberto. *Constituição, liberdade e interpretação*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.
- BIZARRIA, Juliana Carolina Frutuoso. *Ação rescisória e precedentes*. São Paulo: Ed. RT, 2021.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 2 – Procedimento comum, processos nos tribunais e recursos.
- CHIASSONI, Pierluigi. *Técnica da interpretação jurídica – Breviário para juristas*. São Paulo: Ed. RT, 2020.
- GUASTINI, Riccardo. *Interpretar e argumentar*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.
- MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law – A theory of legal reasoning*. New York: Oxford University Press, 2005.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Ação rescisória – Do juízo rescindente ao juízo rescisório*. São Paulo: Ed. RT, 2017.
- MITIDIERO, Daniel. *Superação para frente e modulação de efeitos – precedente e controle de constitucionalidade no Direito brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2021.
- MITIDIERO, Daniel. *Precedentes – Da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2021.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 16. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado da ação rescisória – Das sentenças e outras decisões*. Atualizado por Nelson Nery Junior, Georges Abboud. São Paulo: Ed. RT, 2016.

SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer – A new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. III.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREA DO DIREITO: Civil

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Coisa julgada inconstitucional? A relação entre a coisa julgada, o precedente e a ação rescisória, de Luciana Robles de Almeida – *RePro* 297/177-209; e
- Limites objetivos da coisa julgada, de Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues – *RePro* 293/85-109.