

A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DA COFINS E DO PIS E A NECESSIDADE DA REAVALIAÇÃO PROCEDIMENTAL DA MODULAÇÃO

Mantovanni Colares Cavalcante¹

“Tome um pouco de vinho”, disse a Lebre de Março num tom animador. Alice correu os olhos pela mesa toda, mas ali não havia nada além de chá. “Não vejo nenhum vinho”, observou. “Não há nenhum”, confirmou a Lebre de Março. “Então não foi muito polido de sua parte me oferecer”, irritou-se Alice. “Não foi muito polido da sua parte sentar-se sem ser convidada”, retrucou a Lebre de Março. “Não sabia que a mesa era *sua*”, declarou Alice; “está posta para muito mais do que três pessoas”.

(*Alice: Aventuras de Alice no País das Maravilhas; & Através do Espelho*. Lewis Carrol. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges. 2. ed. Rio de Janeiro : Zahar, 2013. p. 54)

1. E no vazio deixado pelos processualistas, os constitucionalistas monopolizaram o estudo do controle de constitucionalidade

1. Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Mestre pela Universidade Federal do Ceará - UFC/CE. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. Professor de Direito Processual - UFC/CE. Professor Conferencista do IBET. Juiz de Direito de Vara da Fazenda Pública.

Os processualistas abandonaram o estudo do controle de constitucionalidade no Brasil; e essa desídia por parte dos teóricos do direito processual, arrisco-me a dizer, foi uma das causas geradoras da atual insegurança jurídica em se cuidando de modulação dos efeitos no controle de constitucionalidade.

A propósito, no final dos já distantes anos 1950, Miguel Reale considerou excessiva a preocupação de Alfredo Buzaid em “amoldar às claves da processualística civil uma técnica de cunho eminentemente político, como é o da chamada ‘ação de inconstitucionalidade’”², referindo-se à obra por ele prefaciada. Em tal passagem do livro, portanto, já se evidenciava o incômodo por se ter o controle de constitucionalidade nos domínios do direito processual. Os processualistas não se aperceberam da gravidade daquela afirmação, verdadeiro prenúncio de uma futura apropriação doutrinária do tema por parte dos constitucionalistas. De fato, nas décadas seguintes, o controle de constitucionalidade sumiu dos escaninhos do direito processual.

Esse detalhe, aparentemente irrelevante, em conjunto com outras circunstâncias, levou o controle de constitucionalidade no Brasil a se emaranhar num novelo de confusas tramas quanto à definição dos elementos que integram essa modalidade de jurisdição, chegando-se ao ápice de se destacar no próprio Plenário do Supremo Tribunal Federal uma verdadeira *irracionalidade do modelo*, com destaque para a modulação³. Um dos aspectos dessa irracionalidade, a meu sentir, consiste em considerar a modulação verdadeiro ato isolado e posterior ao julgamento elaborado pelo Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade, sem

2. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958. pp. 13-14.

3. Essas foram as palavras utilizadas pelo Ministro Gilmar Mendes, durante o julgamento do RE 718.874, em 30 de março deste ano, ao salientar a irracionalidade do modelo do controle de constitucionalidade, lembrando naquela ocasião o pensamento de Eduardo García de Enterría, jurista espanhol, para quem a modulação seria um *falsete*.

qualquer parâmetro de natureza processual.

A mesa posta no Supremo Tribunal Federal – e aqui utilizo metaforicamente o estranho diálogo travado entre a Alice de Lewis Carroll e a Lebre – parece oferecer algo que não se tem (segurança jurídica), e caso alguém se irrite por constatar que o julgamento final no controle de constitucionalidade não encerra definitivamente a pendência, por conta de uma posterior e incerta etapa de modulação dos efeitos daquela decisão, essa irritação não será vista como algo *muito polido*, tal como sentar-se à mesa sem ser convidado. Convém lembrar, porém, que a mesa não pertence ao Judiciário. Jurisdição não é favor; e o mínimo de efetividade é o que se espera ao se editar uma *norma jurídica* (decisão do Supremo Tribunal Federal) no âmbito do controle de constitucionalidade, em fenômeno de *sobreposição de normas*, destacado por Robson Maia Lins, uma vez que o Supremo Tribunal Federal, ao interpretar determinada norma jurídica em ação de controle de constitucionalidade, acaba por introduzir no sistema norma jurídica que passa a conviver, e até mesmo a prevalecer, em relação àquelas linguagens prescritivas que foram objeto de controle⁴.

E o ponto de partida para se ter um sistema racional⁵, no campo da jurisdição, sem afetar de maneira drástica os direitos do contribuinte – estamos a falar do controle de constitucionalidade em matéria tributária que, na maioria das vezes, acaba por gerar danosos impactos no dia-a-dia dos responsáveis pela obrigação tributária –, provavelmente seja o de se pensar num retorno às origens, de modo que é preciso dizer com todas as letras: controle de constitucionalidade é um instrumento de natureza processual, já que

4. Indispensável, a esse respeito, a leitura da formidável obra *Controle de constitucionalidade da norma tributária* – decadência e prescrição. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

5. O tema do XIV Congresso Nacional de Estudos Tributários, “Racionalização do Sistema Tributário”, e que proporcionou a elaboração deste texto, serviu de inspiração para o enfoque envolvendo a modulação e a necessidade de racionalizar esse instrumento de inegável importância no plano da jurisdição constitucional.

se tem em tal ferramenta um exercício de competência no âmbito da jurisdição.

Isso não quer dizer, por óbvio, que os demais segmentos doutrinários do direito não possam se debruçar concorrentemente sobre tal ferramenta, que contém aspectos relacionados ao direito constitucional e até mesmo à teoria do Estado. O controle de constitucionalidade não é algo exclusivo do direito processual, é certo, mas certamente a ele é mais intimamente ligado.

O que se lamenta aqui é o total descaso do direito processual para com esse componente da jurisdição e seus desdobramentos, como é o caso da chamada *modulação dos efeitos* no julgamento voltado para o exame da constitucionalidade de lei ou de ato normativo.

E no vazio deixado pelos processualistas, os constitucionalistas se refestelaram na construção de estranhos paradigmas no controle de constitucionalidade, bastando observar o atual procedimento na modulação sem qualquer compromisso com a ciência processual.

Ora, o direito processual tem como finalidade proporcionar o mínimo de segurança e equilíbrio nas relações jurídicas que se formam no âmbito da jurisdição, a partir da aplicação de teorias que tenham compromisso com a estrutura sistêmica da chamada tutela jurisdicional, seus pressupostos, efeitos e natureza diversificados, e por isso mesmo apta a merecer abordagem diferenciada, a depender das chamadas cargas de eficácia da decisão judicial. E nada melhor do que buscar o conforto da melhor teoria já desenvolvida no Brasil a respeito da tutela jurisdicional, que é a de Pontes de Miranda, com seu legado – a meu ver insuperável – de identificação da natureza da decisão judicial a partir da própria ação, fixando os seus elementos preponderantes quanto à energia decorrente do pronunciamento judicial, na magnífica *teoria da preponderância das cargas de eficácia da decisão judicial*.⁶ Acaso a

6. Na verdade, Pontes de Miranda jamais nominou sua teoria; eu o fiz, um pouco

doutrina processual não tivesse abandonado o estudo do controle de constitucionalidade, certamente chegar-se-ia à conclusão de que é possível fazer uma perfeita acoplagem entre a modulação e a teoria de Pontes de Miranda.

As recentes decisões do Supremo Tribunal Federal apontam mais do que nunca para a premente necessidade de uma reavaliação procedimental da modulação no controle de constitucionalidade, devendo-se promover esse retorno às origens, para um tempo no qual se constatava sem maior esforço a jurisdição constitucional sendo moldada pela ciência do direito processual.

2. O julgamento que revela, de modo dramático, a necessidade da reavaliação procedimental da modulação

Em setembro de 1999 iniciou-se no Supremo Tribunal Federal, a partir da tramitação do RE 240.785, a discussão para saber se o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS) compõe ou não a base de cálculo para fins de incidência da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) e da Contribuição para os Programas de Integração Social (PIS), tendo em vista a necessidade de se firmar o conceito de *faturamento*, e somente em 2006 o referido recurso finalmente foi submetido a Plenário para julgamento, obtendo-se naquela ocasião seis votos a favor dos contribuintes, embora o efeito se mostrasse restrito àquele caso específico, por se cuidar de controle difuso sem o efeito vinculante; todavia, tal processo ficou sobrestado em 2008, por conta de uma questão de ordem suscitada na ADC 18, a fim de se saber qual processo deveria ser colocado em julgamento, o decorrente do controle difuso (RE 240.785) ou o relativo ao controle concentrado (ADC 18).

por audácia, um pouco por imenso respeito ao mestre, depois de tantos mergulhos em sua genialidade, a me guiar durante a elaboração de minha tese de doutoramento perante a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

Esse emblemático caso foi igualmente responsável por uma ruptura da importância do controle difuso no Supremo Tribunal Federal, pois durante a continuidade do julgamento do RE 240.785, no ano de 2008 – após pedido de vista em 2006 –, submeteu-se também ao Plenário, naquela oportunidade, uma medida cautelar em ação declaratória de constitucionalidade (ADC 18 MC, ajuizada em outubro de 2007), versando sobre o mesmo tema, e tal fato motivou o Ministro Marco Aurélio a suscitar questão de ordem, a fim de que se desse prevalência ao julgamento do recurso extraordinário, cronologicamente anterior à ação declaratória de constitucionalidade, e por ter alcançado aquele recurso a maioria de seis votos pelo acolhimento da tese do recorrente, indagando então o Ministro Marco Aurélio “[q]ual seria o móvel – e nada surge sem uma causa – do ajuizamento desta ação? Aludo melhor a uma estratégia, objetivando atropelar julgamento já iniciado no Supremo”⁷, referindo-se ao RE 240.785 “com seis votos proferidos no sentido da exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS”⁸, daí o mencionado Juiz estranhar o sintomático ajuizamento da ADC 18.

A Suprema Corte, porém, por maioria de votos, entendeu que “[o] controle direto de constitucionalidade precede o controle difuso, não obstando o ajuizamento da ação direta o curso do julgamento do recurso extraordinário”⁹.

A partir daí, ficou patente o desprestígio do controle difuso, e o agigantamento do controle concentrado, ainda que o razoável, naquela circunstância, fosse a atitude de se efetivar o fecho de um julgamento já iniciado e com tomada de muitos votos no exame do recurso extraordinário.

Um dos argumentos exteriorizados pelo Ministro Gilmar Mendes para justificar a possibilidade de concessão da

7. Folha 41 da ADC 18 MC.

8. Idem.

9. Item 1 da ementa do acórdão, de 13 de agosto de 2008, folha 2 da ADC 18 MC.

medida cautelar naquela ADC 18 – mesmo que com tal decisão a consequência imediata resultasse na vedação de os juízes exercerem o controle difuso de constitucionalidade sobre o tema, e a própria suspensão do RE 240.785, com seis votos favoráveis à exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS e do PIS –, foi o de que “a suspensão prevista no artigo 28 da Lei 9.868 tem prazo certo, máximo, de cento e oitenta dias”¹⁰, a mostrar a precariedade da medida, de modo que nesse prazo o Supremo Tribunal Federal enfrentaria definitivamente o mérito da ADC 18.

Todavia, tal previsão nunca se realizou. Por três vezes, o Supremo Tribunal Federal prorrogou o prazo da decisão liminarmente concedida na ADC 18; a primeira vez, em fevereiro de 2009; a segunda, em setembro daquele ano; e na terceira, em março de 2010, “[o] Tribunal, por maioria e nos termos do voto do relator, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, resolveu a questão de ordem no sentido de prorrogar, pela última vez, por mais 180 (cento e oitenta) dias, a eficácia da medida cautelar”¹¹.

O mais estranho, porém, foi verificar que, em junho de 2014, o Ministro Celso de Mello, relator da ADC 18, proferiu decisão afirmando que “a *existência* de ações direta **ou** de ações declaratórias de constitucionalidade [...] **não impede** que se julguem recursos extraordinários (como o RE 240.785/MG)”¹², pois “[a] **prática processual** do Supremo Tribunal Federal **tem revelado a possibilidade de o julgamento de processos subjetivos [...] preceder** ao exame de processos objetivos de controle abstrato”¹³. E nessa mesma decisão consta inclusive a observação de que a medida cautelar não impediria o

10. Folha 83 da ADC 18 MC.

11. DJ de 17/6/2010.

12. Página 3 da decisão.

13. Página 4 da mesma decisão.

julgamento do RE 240.785, “*mesmo que ainda vigente e eficaz*”¹⁴ tal medida, embora aquele recurso extraordinário estivesse suspenso justamente em decorrência de pedido de vista.

Finalmente, em outubro de 2014, o Supremo Tribunal Federal deu provimento ao recurso extraordinário, constando ali questão de ordem na qual se postulou o julgamento conjunto do RE 240.785 com o RE 574.706, abordando o mesmo tema, e com repercussão geral reconhecida em abril de 2008, e a ADC 18; e naquela oportunidade o Ministro Marco Aurélio assinalou que “tarda a conclusão do julgamento. A entrega da prestação jurisdicional deve ocorrer em prazo razoável e, ante incidentes, isso não vem sendo observado”¹⁵, chamando a atenção para o fato de que “[o] quadro gera enorme perplexidade e desgasta a instituição que é o Supremo. A apreciação do processo teve início em 8 de setembro de 1999”¹⁶.

E a matéria voltou novamente ao ser examinada no Supremo Tribunal Federal, em sede de novo recurso extraordinário cuja repercussão geral foi reconhecida (RE 574.706), julgado em 15 de março de 2017, declarando-se ali a inconstitucionalidade da cobrança da COFINS e do PIS com a inclusão do valor do ICMS em sua base de cálculo.

Só que a discussão não está encerrada, em face da pendência quanto à *modulação* dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, e o detalhe mais importante desta vez decorre do fato de que referido julgamento se enquadra na categoria de *precedente anunciado*¹⁷, uma vez que se deu sob

14. Página 3 da referida decisão.

15. Página 2 da decisão.

16. Página 4 da destacada decisão.

17. O Código de Processo Civil de 2015, ao estipular que “[o]s tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” (art. 926), enumera os pronunciamentos de tribunais que devem ser utilizados como *precedentes*, considerando as peculiaridades das instâncias de julgamento e a hierarquia dos órgãos jurisdicionais, e igualmente disciplina o *modo de produção* do precedente. Nesse caso, o precedente pode ser o resultado de uma longa discussão judicial, ao se editar uma súmula quando da conclusão da trajetória (*precedente fabricado*), mas

a técnica de *repercussão geral em recurso extraordinário*, e por isso a tese ali firmada alcançará todas as situações que se enquadrem na mesma circunstância, daí a extrema necessidade de se ter a definição dos efeitos temporais da decisão, e para tanto é preciso que se faça a modulação¹⁸.

Anote-se: setembro de 1999 a março de 2017; esse foi o tempo de espera para se chegar à consolidação de uma tese, e ainda não se pode falar num ponto final enquanto não se tiver a modulação, ou seja, são quase 18 (dezoito) anos de uma longa trajetória, com oscilações nos diversos momentos de enfretamento dessa matéria, sem que se possa ter qualquer expectativa no tocante à modulação, a deixar os contribuintes incertos quanto à possibilidade de suspensão da cobrança da COFINS e do PIS com a inclusão do ICMS em sua base de cálculo, ou mesmo a garantia de indébito, ou ainda a declaração do direito à compensação dos valores pretéritos porventura destartes da tese consolidada no Supremo Tribunal Federal.

Em face dessa incerteza, o que se teve em seguida àquele julgamento do RE 574.706 foi o ajuizamento de inúmeras ações em todo o país, visando a suspensão da exigibilidade dos tributos com os cálculos até então realizados com a inclusão do ICMS na base de cálculo, bem como a declaração do direito à compensação o ou próprio indébito de quantias não atingidas pela prescrição quinquenal, exatamente porque não se teve naquela oportunidade a modulação.

A publicação do acórdão resultante do julgamento no RE 574.706 se deu somente no último dia 2 de outubro, e aguardava-se ansiosamente por essa publicação, tendo em vista que, na sessão de julgamento de 15 de março deste ano, a presidente do Supremo Tribunal Federal chamou a atenção para o

também é possível que o precedente surja no primeiro acórdão decorrente do julgamento (*precedente anunciado*), que é justamente o que ocorre ao se ter o acórdão do Supremo Tribunal Federal em julgamento de recurso extraordinário repetitivo ou submetido ao regime de repercussão geral.

18. Até o fechamento deste texto para publicação, a situação no processo era a de contagem do prazo para interposição de recurso contra o acórdão.

fato de que inexistia nos autos pedido de modulação, embora um dos advogados que patrocinam a causa tivesse arguido tal questão na tribuna, mas por não constar tal pleito no processo, a presidente concluiu que não se votaria a modulação. E depois de fazer tal anúncio, o Ministro Dias Toffoli lembrou que o Supremo Tribunal Federal já realizara anteriormente modulação independentemente de pedido, acrescentando o Ministro Gilmar Mendes que até mesmo pela via de embargos de declaração se admite a postulação para modular, concluindo então a Ministra Cármen Lúcia, presidente e relatora, que não colocaria em votação naquele momento a modulação, por não haver nos autos o pedido, proclamando o resultado e a tese, mas ressaltando que se aguardaria a interposição de *embargos de declaração*, como meio adequado para viabilizar uma sessão de modulação dos efeitos do julgamento.

Desse modo, o drama ainda não se encerrou, inaugurando-se um capítulo à parte, ao se reafirmar, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a figura dos *embargos de declaração suscipientes da modulação*, em mais um indicativo da necessidade de se reavaliar, em termos procedimentais, a modulação.

3. E eis que surge a figura dos “embargos de declaração suscipientes da modulação”

A provável surpresa ante o quase-desfecho no julgamento do RE 574.706, ao se estipular a necessidade da interposição de embargos de declaração como meio de suscitar a modulação, só se mostra justificável, como espanto, caso não se conheça um pretérito julgamento do próprio Supremo Tribunal Federal no qual se firmou a tese do uso “excepcional dos embargos de declaração em razão da ausência de outro instrumento processual para suscitar a modulação dos efeitos da decisão após o julgamento pelo Plenário”¹⁹. Ou seja, não se inovou quando da finalização do julgamento do RE 547.706.

19. Trecho da ementa do acórdão dos embargos de declaração no RE 500.171, julgados em 16/3/2011.

Efetivamente, em embargos de declaração no RE 500.171, alegou-se a omissão do julgamento, diante da ausência de pronunciamento quanto à delimitação da eficácia da decisão, sendo que o relator, Ministro Ricardo Lewandowski, opinou de início pela rejeição dos embargos de declaração, por entender que “a modulação dos efeitos de decisão deste Tribunal no âmbito do processo de controle de constitucionalidade subjetivo é uma faculdade da Corte”²⁰, ressaltando por ocasião do debate que seria muito perigoso modular os efeitos de uma decisão por via de embargos declaratórios, destacando naquela ocasião o Ministro Dias Toffoli que a modulação seria questão de ordem pública, aplicável em recurso extraordinário e que pode ser apreciada de ofício, acrescentando o Ministro Gilmar Mendes ser possível modular pela via dos embargos de declaração quando a parte não suscita tal modulação e a própria Corte não percebe a gravidade da situação que se cria. E mesmo destacando que não se poderia falar em omissão, até porque não houve pedido nesse sentido, o relator acatou a proposta de receber os embargos de declaração para esse fim da modulação.

Na verdade, o que se verifica a partir do julgamento dos embargos de declaração no RE 500.171 – reafirmando-se essa postura no RE 547.706 – é o anúncio explícito da Suprema Corte quanto à liberdade para realizar a modulação por diversos modos e sob influxos circunstanciais.

O problema é que os embargos de declaração podem gerar um transtorno no resultado prático da declaração de inconstitucionalidade, bastando imaginar a hipótese de se fazer uma *modulação prospectiva*, ou seja, atribuir eficácia futura ao julgamento, estipulando-se a incidência da inconstitucionalidade a um tempo que há de vir, e que até lá há de continuar válida a norma tida como inconstitucional, ou seja, estipular-se uma eficácia constitutiva, como se verá mais adiante.

20. Fl. 223 do acórdão.

Convém lembrar que, na questão de ordem suscitada por ocasião do julgamento da ADI 4.425, em março de 2015, conferiu-se expressamente a “eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade” ao se manter a validade de precatórios expedidos ou pagos até a data ali fixada, sob o argumento da necessidade de acomodação otimizada entre o princípio da nulidade das leis inconstitucionais e outros valores constitucionais relevantes. E desde outubro de 2007, no julgamento da ADI 3.819, já se defendia a eficácia prospectiva, conforme sugeriu naquela ocasião o Ministro Carlos Britto, cuja proposta foi acatada pela Corte, que determinou a modulação com “[e]feitos prospectivos, a partir de 6 (seis) meses contados de 24 de outubro de 2007” (trecho da ementa), em relação a leis do Estado de Minas Gerais que versavam sobre investidura e provimento dos cargos da carreira de defensor público e de assistente jurídico de penitenciária e de analista de justiça.

Um destaque digno de nota a respeito desse clima de insegurança decorrente da falta de procedimento na modulação é o de que, mesmo sem se ter a interposição do que se pode chamar de *embargos de declaração modulatorios*, a Fazenda Nacional já afirmou que não se considera vinculada à tese do Supremo Tribunal Federal estabelecida no caso específico da discussão a respeito da cobrança das contribuições para a COFINS e o PIS com a inclusão do ICMS em sua base de cálculo, e o fez expressamente ao apelar de sentença que aplicou nas instâncias ordinárias a referida tese da Suprema Corte²¹.

21. É o que se observa nas razões de apelação da União (Fazenda Nacional) no processo nº 1000058-44.2017.4.01.3809, apresentada perante a 2ª Vara Federal Cível e Criminal da Subseção Judiciária de Varginha (MG), em face da sentença pronunciada pelo juiz federal Mauro Rezende de Azevedo, que concedeu a segurança em favor de Sinterama do Brasil Ltda., reconhecendo e declarando a inexistência de relação jurídica tributária que a autorize a União a exigir, da impetrante, a contribuição ao PIS e a COFINS (nos regimes cumulativo ou não cumulativo) sobre os valores devidos pelo contribuinte a título de ICMS, inclusive do ICMS-ST destacado nas notas fiscais de contratações de serviços e de entradas de mercadorias no seu estabelecimento, em decorrência do mandado de segurança impetrado por bem elaborada petição, subscrita pela Advogada Flávia Holanda e pelo Advogado Saullo Bennesby.

E essa não vinculação tem como fundamento a impossibilidade de se conferir caráter definitivo ao entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, justamente porque no julgamento do RE 574.706 anunciou-se a necessidade dos embargos de declaração *para que se possa realizar a modulação*. A Fazenda Pública, inclusive, requereu o sobrestamento dos novos processos nas instâncias ordinárias que versem sobre essa controvérsia, até a finalização do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal mediante a apreciação do pedido de modulação.

Cumpra indagar então se os juízes e tribunais do país podem conceder medidas judiciais – provisórias ou decorrentes de julgamento –, relacionadas à tese firmada no quase-desate do RE 574.706, seja suspendendo a exigibilidade dos tributos que contrarie o entendimento ali fixado, seja declarando o direito à compensação de valores decorrentes do crédito gerado a partir daquela tese; ou se é preciso aguardar a modulação para definir os rumos daqueles processos, com o travamento da jurisdição quanto às pretensões dos contribuintes que já se sentem beneficiados pelo julgamento da Suprema Corte.

O impasse está posto, e as consequências da insegurança se mostram com todo o vigor nessas novas ações ajuizadas após o julgamento do RE 574.706, nos quais nada mais se busca do que a materialização do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, após quase 18 (dezoito) anos de espera, como já destacado anteriormente.

Essa instabilidade, repita-se, decorre em parte do vazio deixado pelos processualistas quanto ao estudo da matéria, e mais do que nunca é dever da doutrina processual indicar caminhos para a urgente reavaliação procedimental da modulação.

4. Procedimentos necessários na modulação a fim de se garantir o amplo direito de defesa

Certamente o maior fator de inconstância, em se cuidando de modulação, é o da total ausência de vínculo dessa técnica com as etapas anteriores ao julgamento no controle de constitucionalidade. E a modulação não pode ser dissociada da natureza da ação com sua eficácia respectiva, ou seja, é impensável tratar a modulação como ato isolado e posterior ao julgamento elaborado pelo Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade, sem qualquer parâmetro.

Na verdade, é fundamental enquadrá-la dentro de uma categoria processual denominada de eficácia, notadamente quanto à atribuição do elemento identificador da *natureza* do comando contido na decisão judicial. Nesse sentido, Pontes de Miranda teve o cuidado de pensar a ação no processo como algo que trazia diversos efeitos, inclusive o de estabelecer a *eficácia* da decisão judicial, ao que ele denominava de “energia automática da resolução judicial”²², uma vez que “[a] ação é classificada conforme aquilo que se espera da sentença, se a ação for julgada procedente. Se de força eficaz declarativa a sentença que se espera, declarativa chama-se a ação. Se constitutiva a eficácia da sentença que se espera, constitutiva chama-se a ação. Se condenatória, mandamental, ou executiva a sentença que se espera, condenatória, mandamental, ou executiva diz-se a ação”²³.

Conclui então Pontes de Miranda que “[n]ão há nenhuma ação, nenhuma sentença, que seja pura. Nenhuma é somente declarativa. Nenhuma é somente constitutiva. Nenhuma é somente condenatória. Nenhuma é somente mandamental. Nenhuma é somente executiva. A ação somente é declarativa porque a sua *eficácia maior* é a de declarar. Ação declaratória

22. *Tratado das Ações*. Tomo I – Ação, Classificação e Eficácia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 160.

23. Ob. cit., p. 95.

é a ação predominantemente declaratória. Mais se quer que se declare do que se mande, do que se constitua, do que se condene, do que se execute”²⁴. Essa classificação das ações, tendo como referência o fenômeno da *eficácia*, atinge o efeito da decisão judicial nas relações jurídicas intersubjetivas do processo, pois é justamente aí que se encaixa a *teoria da preponderância das cargas de eficácia*, na perspectiva quinária quanto às possíveis energias capazes de identificar o alcance das decisões judiciais, quais sejam, declarativa, constitutiva, condenatória, mandamental e executiva. E certamente se insere nesse contexto o julgamento realizado no controle de constitucionalidade, com a consequente modulação.

Convém abrir parênteses nesta oportunidade. Embora não seja possível afirmar com exatidão quando a palavra *modulação* adentrou no vocabulário do controle de constitucionalidade²⁵, pode-se verificar a transição do pensamento da Suprema Corte a partir dos anos 2000 quanto a esse tema, com largos avanços na primeira metade da década dos anos 2010. Em voto bastante didático²⁶, o Ministro Celso de Mello discorreu sobre os *diversos graus de invalidade do ato em conflito com a Constituição*²⁷ – inclusive com esboço histórico do instituto da modulação – afirmando não ser recente no âmbito do Supremo Tribunal Federal “**uma tendência** claramente perceptível **no sentido de abrandar a rigidez dogmática** da tese que proclama a **nulidade radical** dos atos estatais

24. Idem, p. 124.

25. O termo modulação parece ter surgido de maneira discreta, em anotação feita pelo corpo de apoio do Supremo Tribunal Federal, na indexação do RE 197.917, julgado em 2002, e embora não se possa afirmar taxativamente que essa teria sido a estreia da palavra no contexto jurídico da Suprema Corte, certamente ali se tem um registro seguro da aurora semântica dessa palavra no universo da jurisdição constitucional.

26. AI 453.071-AgR, julgado em 21/2/2006, DJ de 13/10/2006.

27. O Ministro Celso de Mello destaca que a expressão *vários graus de invalidade* foi retirada da doutrina lusitana de Marcelo Rebelo de Sousa, para explicar o desvalor do ato inconstitucional.

incompatíveis com o texto da Constituição da República”²⁸, valendo-se, para tanto, de julgados dos anos 1970, dentre eles o já destacado RE 78.594, que teve como relator o Ministro Bilac Pinto, e o RE 79.343, no qual o Ministro Leitão de Abreu, ao longo de seu voto, acenou para o caráter constitutivo da decisão que pronuncia a inconstitucionalidade, servindo-se para tanto do direito norte-americano, ao destacar que “a lei inconstitucional não é nula, mas somente anulável”²⁹, para concluir, de modo enfático, que “[a] tutela da boa-fé exige que, em determinadas circunstâncias, notadamente quando, sob a lei ainda não declarada inconstitucional, se estabelecerem relações entre o particular e o poder público, se apure, prudencialmente, até que ponto a retroatividade da decisão, que decreta a inconstitucionalidade, pode atingir, prejudicando-o, o agente que teve por legítimo o ato e, fundado nele, operou na presunção de que estava procedendo sob o amparo do direito objetivo”³⁰.

Após apontar as influências do direito alemão e do direito português quanto à possibilidade da “sobrevivência provisória da lei declarada incompatível com a Constituição” – os termos são de Paulo Bonavides, cuja doutrina é apontada no voto do AI 453.071-AgR – o Ministro Celso de Mello, no julgamento de tal recurso, afirma que a Lei 9.869/1999, em seu art. 27, introduziu em nosso sistema de direito positivo o que ele denomina de *técnica de manipulação temporal*.

É a partir dessa concepção que se sobressai a necessidade da identificação da natureza da decisão no controle de constitucionalidade, no contexto da *teoria da preponderância das cargas de eficácia da decisão judicial* de Pontes de Miranda, estabelecendo-se um vínculo entre a postulação

28. Página 6 do voto, fl. 665, do AI 453.071-AgR.

29. O Ministro Leitão de Abreu se vale, para tal afirmação, do *Corpus Juris Secundum* (vol. 16, § 101), ao abordar a questão do *Effect of Declaring Statutes Unconstitutional* (páginas 5 a 9 do voto, fls. 558 a 562 do RE 79.343).

30. Página 10 do voto. fl. 563 do RE 79.343.

e o julgamento no controle de constitucionalidade, a fim de que a liberação dessa energia, própria do comando contido na decisão judicial (eficácia), não se dê de maneira absolutamente divorciada do contexto da decisão e dos parâmetros da própria postulação, teoria essa que pode ser aplicada às ações objetivas, nas quais um dos legitimados para o ingresso da ADI utiliza esse móvel processual para o controle de constitucionalidade de lei ou de ato normativo, formulando o pedido na petição inicial, e aí se tem um elemento essencial para a definição futura da modulação.

Desse modo, a modulação, por representar etapa essencial à formação da norma jurídica no controle de constitucionalidade, pode ser adequadamente submetida às múltiplas cargas de eficácia das decisões judiciais em face da classificação quinária das ações de Pontes de Miranda – declarativas, constitutivas, condenatórias, mandamentais e executivas –, a determinar a eficácia da decisão, diante do vínculo existente entre a pretensão à tutela jurídica (de reconhecimento da inconstitucionalidade) e a ação correspondente, atentando-se para o elo indissociável que ocorre entre o início (postulação), o meio (declaração) e o fim (modulação) desse percurso.

E o que se sugere é o uso da modulação em perfeita sintonia quanto à eficácia da norma a ser construída em controle de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, para que se imponha limites à modulação, não me parecendo desarrazoado estabelecer um vínculo entre a postulação que dá início à ação de controle de constitucionalidade e a modulação que a encerra. Para tanto, seria fundamental verificar o tipo de pedido contido na ação. Certamente que esse elo não há de ser tão sólido como se faz em relação às ações subjetivas, nas quais o pedido é o limite da jurisdição e, por isso mesmo, o magistrado, embora possa acolher em parte tal pedido, dele não se desgarra.

Em ação direta de inconstitucionalidade, o pedido que se faz atualmente opera no sentido de que o Supremo Tribunal Federal declare a inconstitucionalidade da lei ou do ato

normativo, deixando ao arbítrio da Suprema Corte a definição quanto à eficácia do julgamento, ou seja, se a decisão terá eficácia preponderantemente declarativa – caso se declare a invalidade da norma questionada desde o seu nascedouro – ou se a eficácia se mostrará preponderantemente constitutiva (ou constitutiva negativa, como alguns preferem), estabelecendo-se outro marco para a invalidade da norma, que não coincida com a sua vigência.

Ao se cravar como limite da modulação o limite do próprio pedido contido na ação, consolidar-se-ia o hábito de o autor, na petição inicial da ação direta de inconstitucionalidade, fazer constar expressamente em seu pedido se a eficácia pretendida seria preponderantemente declarativa ou preponderantemente constitutiva, justificando as razões pelas quais o Supremo Tribunal Federal deveria adotar na modulação o tipo de eficácia a incidir naquele caso, ao estabelecer um marco temporal para que a nova norma jurídica produzida no julgamento viesse a materializar seus efeitos.

Outra vantagem de se ter como parâmetro o pedido na própria ADI, para efeito de modulação, seria o de obrigar os que passassem a integrar o processo, em suas fases subsequentes, a concordar ou refutar o pedido, mas com argumentos direcionados ao tipo de eficácia preponderante que se almeja na modulação, criando no ambiente da ação de controle de constitucionalidade um farto desenvolvimento de teses e antíteses em relação ao tipo de eficácia que se busca, levando o Supremo Tribunal Federal a enfrentar esses argumentos quando da feitura da modulação, por ocasião do julgamento.

Aliás, nessa diretriz, há de se incluir a obrigação de o Supremo Tribunal Federal realizar a modulação na mesma sessão em que se verifica a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em exame, por uma questão de coerência, pois se a modulação integra o julgamento, é nela que se estabelece a carga de eficácia adequada à verificação de inconstitucionalidade, não se mostrando processualmente adequado separar a modulação do julgamento.

A modulação consiste em arremate, é o fecho, representa o dispositivo do julgamento que a Suprema Corte realiza no controle de constitucionalidade, não sendo razoável desmembrar esse ato essencial, transferindo-o para outra sessão, como se faz atualmente, e ainda com o gravame de se realizar a modulação sem qualquer parâmetro em relação ao julgamento, como se fosse uma etapa posterior e livre.

E caso se considere por demais formal e exagerada tal proposta, sugere-se como alternativa, mesmo afastando o vínculo entre o pedido e o julgamento, e com a permanência desse poder translativo quanto à determinação da eficácia da decisão, que se garanta então o direito de defesa a todos os interessados, possibilitando a sustentação oral por parte dos advogados e a manifestação do Ministério Público, na sessão definidora da modulação.

Ou seja, o procedimento corresponderia a suspender a sessão quando do encerramento da decisão acerca da inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, e em seguida designar-se-ia outra sessão para o exame específico da modulação, exigindo-se, porém, a publicação em pauta dessa sessão da modulação, a fim de se dar ciência aos interessados. Afinal, se a modulação decorre diretamente da Constituição Federal de 1988, conforme se destacou na ADI 4425, ao qualificar a modulação como sendo um instrumento voltado à acomodação otimizada entre “o princípio da nulidade das leis inconstitucionais e outros valores constitucionais relevantes, notadamente a segurança jurídica e a proteção da confiança legítima”³¹, impõe-se que se dê a oportunidade de defesa e de sustentação de argumentos, tanto pelos advogados quanto pelo Ministério Público, em relação especificamente à modulação. Afinal, modular é atribuir a eficácia em relação ao próprio conteúdo das cargas de eficácias preponderantes da decisão.

É possível que se atribua uma pecha de ingenuidade a essa tentativa de se impor limites ao órgão jurisdicional de

31. Trecho do acórdão da Questão de Ordem na ADI 4425, julgada em 25/3/2015.

hierarquia máxima, cuja característica é a de não ter qualquer sobreposição de controle, como é o caso do Supremo Tribunal Federal. Seja. A doutrina, nesse caso, há de ter essa pretensão um tanto quanto esperançosa, tal como a do eremita – valendo-me do exemplo figurativo da poeta lusitana Fiamma Hasse Paes Brandão³² –, de perceber a qualidade úmida do direito processual no controle de constitucionalidade, pedra seca no deserto da ciência do direito.

32. “No deserto estão secas / as pedras que no mar se molhavam / a semelhança confunde o eremita que solitário demais / passou o tempo entregando-se à solitária memória / aqui a pedra seca / para o eremita não perdeu / a qualidade húmida de poder / ter estado ao pé do mar” (*Poética do Eremita*).