

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Mantovanni Colares Cavalcante

**A modulação de eficácia da norma tributária em
controle de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal**

DOUTORADO EM DIREITO TRIBUTÁRIO

SÃO PAULO

2016

MANTOVANNI COLARES CAVALCANTE

A modulação de eficácia da norma tributária em
controle de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal

Tese apresentada à Banca Examinadora da
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo,
como exigência parcial para obtenção do título
de DOUTOR em Direito Tributário, sob a
orientação do Professor Doutor Paulo de
Barros Carvalho.

SÃO PAULO

2016

BANCA EXAMINADORA

*Ao mestre Paulo de Barros Carvalho,
linguagem da elegância.*

AGRADECIMENTOS

Em versos talhados por um dos heterônimos de Fernando Pessoa – Ricardo Reis –, o poeta da alma dispara: “ao que nada espera / Tudo que vem é grato”¹. De fato, a gratidão é mais prazerosa quando nada se espera da vida e das pessoas, porque só assim os acontecimentos revelam toda a sua magnitude, por estarmos munidos dessa lupa da não expectativa, qualificadora da dimensão da beleza por sobre os gestos.

Neste momento em que se deve agradecer aos que contribuíram para o desfecho desta trajetória do doutorado, convém não olvidar o provável início desta jornada quando de minha descoberta de um certo pendor para o ofício da escrita, ainda no início dos anos 1990, e que resultou em diversos artigos e quatro livros jurídicos por mim fabricados e publicados por graça e bondade do grande jurista e notável ser humano Hugo de Brito Machado, que me apresentou ao mundo editorial, e Valdir de Oliveira Rocha, avalista em primeira demão de minhas tintas literárias. A eles sou grato.

E daí alumbramento por conhecer São Paulo no final dos anos 1990, terra dos braços acolhedores a quem se apresenta com sua bagagem de esforço profissional. A paixão pela cidade ao primeiro encontro, e dela não mais consegui – felizmente – me desgarrar, palco maior e plateia maiúscula desse espetáculo que é a ciência do Direito. Obrigado, São Paulo, meu segundo lar.

Grato sou a Eurico Marcos Diniz de Santi, por me conduzir ao Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET), mediante convite a mim formulado no ano de 2002, para ministrar palestra sobre mandado de segurança em matéria tributária, nas Arcadas do Largo de São Francisco, dirigida a alunos de especialização. E constatar desde então a excelência daquele

¹ Quero ignorado, e calmo / Por ignorado, e próprio / Por calmo, encher meus dias / De não querer mais deles. / Aos que a riqueza toca / O ouro irrita a pele. / Aos que a fama bafeja / Embacia-se a vida. / Aos que a felicidade / É sol, virá a noite. / Mas ao que nada espera / Tudo que vem é grato. (*Poesia completa de Ricardo Reis*. Organização Manuela Parreira da Silva. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p.104/105).

Instituto e, mais que isso, ter o privilégio de integrar seu corpo docente ao longo de treze anos, com o perene desafio de me superar em cada exposição, em suas unidades país afora, até sentir o atual aconchego de verdadeiro membro da extensa e bela família IBET, aqui reverenciada nas pessoas de Antonio Sérgio Falcão e Maria Leonor Leite Vieira, a quem tenho dedicado um silencioso carinho desde sempre, por seus sorrisos abertos e mãos estendidas, além das talentosas Priscila de Souza e Neiva Baylon, cujas amizades reanimam o espírito na busca do bem viver.

Expresso, emocionado, a gratidão a tantos alunos de graduação e de pós-graduação, aos muitos ouvintes de palestras proferidas e cursos ministrados, nessa minha atuação no magistério que em breve completará três décadas de um prazer traduzido pela constante partilha de conhecimento; afinal, conteúdo assimilado e não distribuído é tão inútil quanto o amor que não se exterioriza.

E de repente o sonho até então distante, o horizonte longínquo de quem jamais se pensava na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – embora fosse meta acadêmica tantas vezes acalentada – e que findou em realidade, ao me ver no curso de doutorado dessa magnífica instituição.

Agradeço aos professores que me reforçaram a sensação do quanto é importante manter o desejo do bendito fruto do estudo, nas pessoas de Fabiana Del Padre Tomé, Aurora Tomazini de Carvalho, Tácio Lacerda Gama, Tárek Moysés Moussallem e Charles Willian McNaughton.

Um agradecimento especial ao professor Robson Maia Lins, conterrâneo de terras quentes, pelo incentivo desde o início de nossa amizade, e por chegarmos à conclusão de que um dos motivos pelo qual vencemos na vida se deve ao aprendizado nos quintais da infância, quando escalávamos pés-de-goiaba, de textura escorregadia e galhos traiçoeiros, em ensaios do desafio da necessidade de unir o equilíbrio e a ousadia, a fim de recebermos a recompensa da vista privilegiada por sobre os telhados, na ponta encimada da árvore. Aprendemos por metáfora – com cheiro de fruta adocicada – de como se deve encarar a vida.

Os mais respeitosos agradecimentos aos que viabilizaram a construção da longa estrada do controle de constitucionalidade no Brasil, os pretéritos e os contemporâneos juízes do Supremo Tribunal Federal, pelas lições contidas nos julgados, nesse peculiar modo de produção de doutrina por meio da jurisprudência.

Obrigado, Flávia Holanda, poeta de largo domínio das palavras, pela amizade construída graças aos interesses líricos em comum, e por compartilhar a caminhada no doutorado em todos os instantes que se apresentaram, os difíceis e os memoráveis.

Tenho uma gratidão secreta e quase inconfessável; este momento, contudo, me parece adequado para externar o muito obrigado ao mar. Sim, ao mar, pois em diversos períodos de meditação e escrita desta tese, na varanda de meu *beach office*, absorvi em largas miradas toda a força desse verdadeiro ser sonoro, sem fundo e sem fim – na descrição poética de Sophia de Mello –, e consciente de minha pequenez e finitude, lembrando os lusitanos que inventaram o mar e fizeram do verde pinho brotar o sonho e a conquista do mundo, no dizer de Gerardo Mello Mourão, compreendi que todo desejo é realizável, desde que a aventura da ousadia se imponha.

Por fim, dois agradecimentos em destaque. O primeiro, ao sustentáculo que faz do cotidiano o prumo gerador da verticalidade das ações: a família, materializada por minha mulher, Márcia, prova irrefutável de que é possível alcançar as estrelas; basta esticar o braço em sua direção e sentir a infinita constelação amorosa. Sem ela, este sonho não romperia os umbrais do desejo. Com ela, o estímulo se verteu em linguagem aqui plasmada. E por nossos filhos; Stella, luz radiante do meu viver, e Mantovanni Filho, a certeza do amor.

O outro agradecimento, propositadamente deixado como fecho, é dirigido ao mestre Paulo de Barros Carvalho – a quem inclusive dedico esta tese –, por várias razões. Seu exemplo me encoraja. Sua elegância me aponta na direção de como se deve falar, expondo as ideias sem o impulso da voz elevada ou mesmo das atitudes exageradas. Sua jovialidade é o testemunho de que a dedicação com amor ao que se faz é o grande catalisador de um renascer a cada dia. Sua fé serve de lição para os que se enganam ao imaginar que tudo na vida se resolve em ciência. Sua humildade é o aceno perene do quanto devemos ser gratos a Deus pelas dádivas que nos chegam pelo milagroso caminho da existência.

RESUMO

A proposta da presente tese consiste em demonstrar que os efeitos atribuídos pelo Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade não podem ser definidos sem o devido vínculo com as etapas anteriores ao julgamento da ação direta de inconstitucionalidade; e essa modulação, tida como a técnica de restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, ou de determinar que tal declaração só tenha validade a partir do trânsito em julgado, da decisão ou de outro momento que venha a ser fixado, se mostra mais relevante em relação à norma tributária, por causa do enfraquecimento do controle de constitucionalidade realizado em recurso extraordinário, e do fortalecimento do controle abstrato de constitucionalidade, em que se tem a análise da norma tributária independentemente da existência de caso concreto. Como opção metodológica, a tese percorre os caminhos do Direito Constitucional, do Direito Tributário e do Direito Processual, tendo como suporte textos jurídicos e decisões do Supremo Tribunal Federal, ancorada em um dos elementos da teoria da norma tributária de Paulo de Barros Carvalho, qual seja, o da sua construção no âmbito da jurisdição, e na teoria da preponderância das cargas de eficácia de Pontes de Miranda, a fim de demonstrar que existe uma eficácia específica em relação à decisão judicial, que é a eficácia processual. A partir dessas premissas, faz-se a defesa de que a modulação é consequência de um vínculo existente entre a natureza da ação e a eficácia respectiva, a partir da força gerada pela técnica processual da energia cinética. No final, apresentam-se sugestões para que essa modulação não continue a ser um ato isolado e posterior ao julgamento elaborado pelo Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade, desdobradas em três diretrizes, a servir de parâmetros no uso da modulação, desde a mais rigorosa, passando por uma sugestão mediana, até se chegar a uma proposta de fixação de mínimos critérios procedimentais.

PALAVRAS-CHAVE: Controle de Constitucionalidade, Modulação, Norma Tributária, Eficácia processual, Cargas de eficácia, Técnica processual da energia cinética.

ABSTRACT

The proposal of this thesis is to demonstrate that the effects attributed by the Supreme Court on judicial review can not be defined without proper bond with the previous steps to the judgment of the legal action; and this modulation, considered the technique to restrict the effects of the declaration of unconstitutionality, or determine that a statement only be valid from the final judgment, from decision or other time as may be fixed, and this effects are more relevant in relation to norm of tax law, because of weakening of judicial review in a special appeal, and the strengthening of abstract judicial review, which is the analysis of tax law without regard to the particular case. As a methodological option, the thesis covers the fields of Constitutional Law, Tax Law and Procedural Law, supported by legal texts and decisions of the Supreme Court, anchored in one of the elements of the Paulo de Barros Carvalho theory of tax law, and its construction within the jurisdiction, and Pontes de Miranda theory of preponderance of loads efficacy, in order to demonstrate that there is a specific efficacy in relation to the court decision, which is to procedural efficacy. From these premises, the thesis contains a defense that modulation is the result of a link between the nature of the legal action and its efficacy from the force generated by procedural technique of kinetic energy. In the end, we present suggestions that the modulation could not be an isolated act in the judgment of Supreme Court, on the constitutionality control, with suggestion's split into three guidelines, to serve as parameters in the use of modulation, from the most rigorous, and through a median suggestion, to arrive at a proposal to set minimum procedural standards.

KEYWORDS: Judicial Review, Modulation, Norms of tax law, Procedural efficacy, Loads of efficacy, Procedural technique of kinetic energy.

O que eu vi, sempre, é que toda ação principia mesmo é
por uma palavra pensada. Palavra pegante, dada ou
guardada, que vai rompendo rumo.

Guimarães Rosa

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO | 14 |
| 1 A CONSTRUÇÃO DE SENTIDO DA NORMA TRIBUTÁRIA | 21 |
| 1.1 Direito e linguagem..... | 21 |
| 1.1.1. A linguagem e o Direito | 21 |
| 1.1.2 A linguagem no Direito é limite e também expansão | 27 |
| 1.2 A norma tributária | 34 |
| 1.2.1 Algumas concepções de norma jurídica | 34 |
| 1.2.2 A norma jurídica como construção de sentido | 37 |
| 1.2.3 A norma jurídica tributária | 40 |
| 1.2.4 A sobreposição de normas tributárias na jurisdição constitucional e seus limites | 44 |
| 2 A EFICÁCIA DA DECISÃO JUDICIAL | 46 |
| 2.1 Eficácia processual ou eficácia da tutela jurisdicional..... | 46 |
| 2.1.1 Efeitos, efetividade e eficácia no processo judicial | 46 |
| 2.1.2 A eficácia no plano horizontal: momentos de seu surgimento | 53 |
| 2.1.3 A eficácia no plano vertical: sua profundidade ou grau de extensão | 54 |
| 2.1.4 A eficácia no plano do comprimento: o elemento identificador da natureza do comando contido na decisão judicial | 56 |
| 2.1.5 A eficácia, esse objeto tridimensional autoportante | 59 |
| 2.2 A preponderância das cargas de eficácia nas decisões judiciais | 61 |
| 2.2.1 A doutrina embrionária de Kuttner, muito comentada no Brasil e provavelmente pouco ou jamais lida, a respeito da eficácia da tutela jurisdicional | 61 |
| 2.2.2 A teoria quinária de Pontes de Miranda e a obra que o redimiu dos equívocos anteriores quanto à definição de eficácia | 71 |
| 3 A MODULAÇÃO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE | 77 |
| 3.1 O controle de constitucionalidade no Brasil | 77 |
| 3.1.1 As duas obras que desenharam a ação de declaração de inconstitucionalidade no Brasil..... | 77 |
| 3.1.2 A mudança de rota: o controle abstrato de constitucionalidade | 83 |
| 3.1.3 O recurso extraordinário e sua finalidade de possibilitar um adequado controle de constitucionalidade | 87 |

| | |
|--|------------|
| 3.1.3.1 Grau de jurisdição e instância..... | 91 |
| 3.1.3.2 Grau de jurisdição: elemento de organização judiciária..... | 92 |
| 3.1.3.3 Instância: elemento de direito processual..... | 94 |
| 3.1.3.4 Instâncias ordinárias e instância especial..... | 95 |
| 3.1.4 O enfraquecimento do recurso extraordinário como instrumento apto a efetivar o controle de constitucionalidade..... | 98 |
| 3.1.5 A prevalência do controle abstrato em relação ao controle difuso..... | 103 |
| 3.1.6 A missão não expressa, porém evidente, da ação declaratória de constitucionalidade de esvaziar o controle difuso de constitucionalidade..... | 106 |
| 3.1.7 Opção metodológica pela ação direta de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo de natureza tributária: suporte para a análise da eficácia processual..... | 109 |
| 3.2 A modulação..... | 114 |
| 3.2.1 A gradativa invasão da palavra modulação no controle de constitucionalidade..... | 114 |
| 3.2.2 A modulação e seu desenvolvimento conceitual e de abrangência no âmbito do Supremo Tribunal Federal..... | 121 |
| 3.2.3 A complexidade da modulação e a falsa percepção semântica de livre oscilação..... | 123 |
| 4 A TÉCNICA PROCESSUAL DA ENERGIA CINÉTICA NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE..... | 127 |
| 4.1 A energia cinética na Física e o movimento na ação processual..... | 127 |
| 4.1.1 A energia cinética nas ações em geral..... | 127 |
| 4.1.2 A energia cinética na ação direta de inconstitucionalidade..... | 131 |
| 4.2 A modulação moto-contínuo no controle de constitucionalidade..... | 136 |
| 4.2.1 Os riscos do funcionamento da modulação sem suprimento de energia..... | 136 |
| 4.2.2 A prática da livre modulação sem a observância da energia cinética..... | 140 |
| 5 CONCLUSÕES: AS DIRETRIZES POSSÍVEIS NO USO DA MODULAÇÃO DE EFICÁCIA DA NORMA TRIBUTÁRIA NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE..... | 142 |
| 5.1 O cenário cambiante da modulação e a necessidade de se impor limites no seu uso..... | 142 |
| 5.2 O vínculo entre a postulação que inicia a ação de controle de constitucionalidade e a modulação que a encerra..... | 146 |
| 5.3 A declaração no próprio julgamento das possíveis cargas de eficácia, considerando o nexo lógico entre a postulação e a modulação..... | 149 |

| | |
|---|------------|
| 5.4 O procedimento na modulação capaz de garantir o direito de defesa daqueles que integram a ação e dos que demonstraram interesse ao longo da causa..... | 151 |
| 5.5 Modulação sem surpresas: o ponto de interrogação invertido (¿)..... | 153 |
| REFERÊNCIAS | 157 |

INTRODUÇÃO

A forma integra o conteúdo; não só o amolda, como também o delimita. A ideia central desta tese consiste em que a modulação de eficácia da norma tributária, construída em controle de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, não representa mero ato formal e desvinculado do conteúdo do julgamento ali firmado; não configura apêndice da decisão, um simples detalhe a ser resolvido em oportunidade diferida e desgarrada das etapas antecedentes ao desate da jurisdição na Corte Suprema, em sua função precípua de interpretar a Constituição Federal.

Na verdade, a modulação integra o julgamento, constitui a forma mediante a qual a Suprema Corte define o próprio conteúdo no controle de constitucionalidade, ao restringir os efeitos da declaração da inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo, ou decidir que ela só tenha validade a partir de seu trânsito em julgado, ou de outro momento que venha a ser fixado.² Isso porque a modulação materializa o fecho de construção da norma tributária edificada naquele controle, razão pela qual esse fenômeno deve obedecer a determinados critérios quando de sua elaboração.

Este pensamento se mostrou viável a partir da conjugação de duas teorias bastante avançadas – embora separadas no tempo e no espaço –, cerzidas pela possibilidade de junção dos tecidos de lições fabricados com mestria por juristas de largo alcance de miradas, e a partir dessa nova roupagem defende-se a necessidade de imposição de limites no manejo da modulação, pois acaso se tenha um displicente trato em sua formatação, dois relevantes valores inseridos na Constituição Federal se definham, quais sejam, o da segurança jurídica e o do direito de defesa, ambos imbricados em todo e qualquer processo judicial, inclusive naquele resultante do controle de constitucionalidade.

² Lei 9.868/1999: “Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

Em primeiro lugar, a tese ancora no porto seguro de um dos elementos da *teoria da norma tributária* de Paulo de Barros Carvalho, qual seja, o da compreensão do fenômeno da norma jurídica desde sua linguagem tida como um *enunciado prescritivo*, até a fase em que o intérprete realiza a *construção de sentido*, e assim se tem a *entidade norma* propriamente dita.

A propósito, é bom ressaltar quão rica de detalhes é essa teoria da norma tributária, na qual se pode trabalhar com diversas categorias, como a da *regra-matriz de incidência tributária*³ e a compreensão do que seria a *validade*⁴ da norma jurídica, só para citar dois exemplos desse arcabouço sólido de premissas delineadas por Paulo de Barros Carvalho ante a força criadora da linguagem e sob a perspectiva do denominado Constructivismo Lógico-Semântico.⁵

Por esse motivo, para o desenvolvimento da presente tese, far-se-á o pinçamento de uma das categorias desta estrutura teórica, que é justamente a da compreensão da norma jurídica tributária no contexto da *construção de sentido* pela via jurisdicional, mais especificamente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, ao efetuar o controle de constitucionalidade de determinando enunciado prescritivo de natureza tributária, convertendo a *expectativa* do texto em *realidade* plasmada na jurisdição.

³ A regra-matriz de incidência tributária (RMIT) é um dos mais extraordinários contributos teóricos desse jurista da atualidade. Para compreender esse esquema lógico de representação formal de um fenômeno e seu impacto nas relações jurídicas tributárias, mostra-se inadiável a leitura dos Capítulos X e XI de seu *Curso de Direito Tributário*, finda a qual o leitor poderá anuir com o seu idealizador quanto à conclusão de ser a Regra Matriz de Incidência Tributária “um utilíssimo instrumento científico, de extraordinária fertilidade e riqueza para a identificação e conhecimento aprofundado da unidade irredutível que define a fenomenologia básica da imposição tributária (24. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 419).

⁴ De acordo com o modelo por ele ofertado, a *validade* possui relação de pertinência da norma com o sistema, uma vez que “Tem *status* de relação: é o vínculo que se estabelece entre a proposição normativa, considerada na sua inteireza lógico-sintática e o sistema do direito posto [...]. Ser norma é pertencer ao sistema, o ‘existir jurídico específico’ a que alude Kelsen” (CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 8. ed. revista. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 95-96).

⁵ O Constructivismo-Lógico Semântico, no dizer do próprio Paulo de Barros Carvalho, “é, antes de tudo, um instrumento de trabalho, modelo para ajustar a precisão da forma à pureza e à nitidez do pensamento”, de tal sorte que “O modelo constructivista se propõe amarrar os termos da linguagem, [...] sem deixar de preocupar-se com o plano do conteúdo, escolhendo as significações mais adequadas à fidelidade da enunciação”, e nesse movimento de ideias e de construções é possível apreender “uma admirável injeção de culturalismo incidindo no que há de mais apurado entre as conquistas do neoempirismo lógico do Círculo de Viena, conjunção, aliás, que consulta bem à formação do Professor Lourival Vilanova” (CARVALHO, Paulo de Barros. Algo sobre o constructivismo lógico-semântico”. In: CARVALHO, Aurora Tomazini de Carvalho (Org). *Constructivismo lógico-semântico*. São Paulo: Noeses, 2014, p. 4;5. V. 1).

É dizer, utilizar-se-á aquilo que Robson Maia Lins destaca como sendo um fenômeno de *sobreposição de normas*, 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 controle.⁶

O desafio que se apresenta, então, reside em saber onde se encaixa, nessa produção normativa jurisdicional no âmbito do controle de constitucionalidade, a denominada *modulação* de eficácia da norma tributária construída no julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal.

Precisamente na busca por elementos seguros, aptos a amoldar a formalidade da modulação no conteúdo do julgamento, que se evoca a inteligência de um jurista do passado, Pontes de Miranda, em cuja pena se desenhava intuitivamente o futuro, na mais que atual obra *Tratado das Ações*,⁷ elaborada nos anos 1970, mas de tal maneira contemporânea que, somente agora, quando se tem no âmbito do Direito Processual Civil um nível de sofisticação capaz de inserir o elemento *eficácia* em seu exato contexto, torna-se possível dizer com segurança que aquela teoria está pronta para seu completo uso.

Neste instante, uma observação se impõe: nesta tese, o termo *eficácia* será utilizado como categoria bem específica, qual seja, a de *eficácia da tutela jurisdicional* ou *eficácia processual*, considerando o fato que, no plano jurídico, existem várias designações para tal expressão, como: *eficácia jurídica*, *eficácia técnica* e *eficácia social*.

É fundamental ressaltar essa utilização do termo *eficácia* no plano processual, uma vez que Pontes de Miranda, em lamentáveis conceituações exóticas, acabou por confundir e embaralhar os conceitos de existência, vigência, validade e incidência. Entretanto, isso ocorreu nos anos 1950, quando se deu início à publicação de seu *Tratado de Direito Privado*; e também porque tais conceitos tiveram como referência o *fato*.

⁶ LINS, Robson Maia. *Controle de constitucionalidade da norma tributária – decadência e prescrição*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

⁷ A obra *Tratado das Ações*, composta por sete tomos publicados entre os anos 1970 (primeira edição do Tomo I) a 1978, atravessou um período de transição entre a codificação processual vigente até o início da década de 1970 (o Código de Processo Civil de 1939) e o surgimento do *Código Buzaid*, o Código de Processo Civil de 1973.

Nos anos 1970, ao discorrer sobre *eficácia* no contexto processual, Pontes de Miranda redimiou-se daquela turva explanação, atribuindo rigor de ciência à percepção do que seria a *eficácia processual*, até porque a referência para o estudo de tal fenômeno passou a ser a da *norma jurídica* – no caso, a norma construída no plano jurisdicional –, temperando-o inclusive com a notável *teoria da preponderância das cargas de eficácia da decisão judicial*, de modo que é possível trabalhar com a visão de Paulo de Barros Carvalho a respeito da *validade* e a perspectiva de Pontes de Miranda em relação à *eficácia processual*, desprezando-se aquela eficácia quanto ao fato, apontada em seu *Tratado de Direito Privado*.

Conforme se verá ao longo desta tese, esta eficácia processual se apresenta metaforicamente como *objeto tridimensional*, em face da incidência de três elementos identificadores dessa perspectiva, quais sejam: I) a largura (linha horizontal correspondente aos momentos em que a eficácia pode ser exteriorizada); II) a altura (medição vertical da cognição que se faz ao atribuir a eficácia à decisão judicial); III) o comprimento (elemento identificador da natureza da eficácia, se declarativa, constitutiva, condenatória, mandamental ou executória); sendo essa eficácia um dos efeitos da decisão, definidora da natureza da *norma jurídica* elaborada no plano jurisdicional (decisão judicial), inclusive no controle de constitucionalidade.

A sofisticação a que me referi anteriormente – característica dos dias atuais, em face da evolução do direito processual – permite a inserção do elemento *eficácia* em seu exato contexto, graças à compreensão firmada na metade dos anos 1990 de que o juiz passou a ter o poder de atribuição de *eficácia processual* às decisões judiciais, independentemente do tipo de processo que esteja sob seu comando, inclusive em processo de conhecimento no qual sequer tenha sido prolatada a decisão definitiva (sentença, acórdão ou decisão unipessoal de relator em tribunal). Poder este resultante da técnica de adiantamento da eficácia da decisão futura e provável, mediante juízo cognitivo não exauriente, porém razoavelmente seguro, conhecido por *tutela liminar específica* quanto às ações que têm por objeto o cumprimento de obrigação de fazer e de não fazer, e *tutela antecipada* para as demais ações.⁸

⁸ Isso se mostrou possível a partir da edição da Lei 8.952/1994, que deu nova redação aos arts. 273 e 461, ambos do Código de Processo Civil de 1973.

O suporte dogmático do Direito Processual, elaborado ao longo desses quarenta anos,⁹ finalmente dispõe de estrutura apta a suportar aquele veículo por demais avançado quando de sua elaboração, qual seja, o da *teoria da preponderância das cargas de eficácia da decisão judicial*, e essa estrutura é o novo Direito Processual Civil, construído entre os anos 1992 a 2014, com sua exata percepção de que a *eficácia* representa o eixo por onde devem gravitar todos os elementos da jurisdição.

Denomino *novo processo civil brasileiro* o resultado do gigantesco esforço de dois timoneiros da então chamada minirreforma do Código de Processo Civil, Sálvio de Figueiredo Teixeira e Athos Gusmão Carneiro, responsáveis pelos altos estudos realizados por processualistas e convertidos em projetos de lei, enviados homeopaticamente ao Congresso Nacional, visando alterar questões pontuais do Código de Processo Civil, que acabaram por se transformar numa *ampla reforma*, não só pela quantidade de leis nascidas dessa iniciativa (mais de 40 atos normativos que alteraram o Direito Processual), mas também em qualidade.

Tamanho foi o impacto na modificação do suporte do Processo Civil, até então fincado pelo Código de Processo Civil de 1973 em três distintos pilares (Processo de Conhecimento – Processo de Execução – Processo Cautelar), com características e funções bem definidas, que essa reforma possibilitou ao juiz exercer a jurisdição cognitiva, executiva e cautelar em qualquer âmbito de tramitação processual, inclusive alterando a sequência rígida de se executar (atribuir eficácia à decisão) somente após o reconhecimento pleno do direito material no âmbito do Processo de Conhecimento.

A teoria da preponderância das cargas de eficácia da ação de Pontes de Miranda, no alvorecer da década de 1970, não possuía uma plataforma digna de lançá-la ao seu destino grandioso de tocar a estratosfera do pensamento, surgida somente após a geração de processualistas dos anos 1970 a 1990, que sofreu os influxos dogmáticos da escola italiana do Processo e da própria escola paulista de Processo; é que a partir dos anos 1990 ocorreu a mudança de rota quanto à visão do Direito Processual tradicional, e justamente nesse período se tornou viável a utilização plena dos conceitos processuais ponteanos, dentre eles, o da *eficácia*.

⁹ O marco inicial para tal contagem é justamente o do advento do Código de Processo Civil de 1973.

Nesse contexto, a modulação, como etapa essencial para a 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 força eficaz da decisão, diante do vínculo existente entre a pretensão à tutela jurídica (de reconhecimento da inconstitucionalidade) e a ação correspondente.

Desse modo, a presente tese procura estabelecer que a modulação é consequência de um vínculo existente entre a natureza da ação e suas eficácias respectivas (declarativa, condenatória, constitutiva, mandamental e executiva), a partir da força gerada pelo que denomino de *técnica processual da energia cinética*, devido a um elo indissociável que ocorre entre o início (postulação), o meio (declaração) e o fim (modulação) desse percurso, impondo-se *limites* à modulação.

Por derradeiro, após conjugar alguns dos elementos das teorias de Paulo de Barros Carvalho (construção de sentido da norma tributária) e de Pontes de Miranda (preponderância das cargas de eficácia da decisão judicial), a tese se preocupa em lançar algumas sugestões, para que essa modulação não continue a ser um ato isolado e posterior à decisão elaborada pelo Supremo Tribunal Federal, em sua função de zelo pela ordem constitucional.

Essas sugestões serão divididas em três possibilidades de adoção de procedimentos pelo Supremo Tribunal Federal, com a gradação metodológica que caminha entre o método mais rigoroso, passando por um procedimento mediano, até se ofertar uma sugestão de cautela mínima e plenamente possível de ser aplicável na Suprema Corte, sem maiores esforços.

Em consequência, na parte final da tese, três diretrizes serão apresentadas como parâmetros no uso da modulação, quais sejam:

- I) a provocação mais rigorosa – e dificilmente assimilável pelo Supremo Tribunal Federal – a impor um vínculo indissociável entre a postulação que inicia a ação de controle de constitucionalidade e a modulação que a encerra, de tal modo que os limites da modulação corresponderiam aos limites do pedido na ação e, por isso, a modulação teria de ser feita na mesma sessão onde se analisa a constitucionalidade da norma jurídica em exame;

- II) a sugestão mediana – com possibilidade de adoção futura pela Suprema Corte, a depender do aporte doutrinário convergente a este respeito ou por meio da iniciativa legislativa quanto à alteração do procedimento nas ações de controle de constitucionalidade –, que consiste em fixar o momento processual da modulação no próprio julgamento das possíveis cargas de eficácia, considerando o nexo lógico entre a postulação e a modulação, mas sem o restrito vínculo ao pedido, conferindo-se ao Supremo Tribunal Federal um poder translativo quanto à determinação da eficácia da decisão, mas com a imposição de se ter essas pautas de análise (declaração e modulação) num corpo só;
- III) a proposição mínima – e de provável aceitabilidade pelo Supremo Tribunal Federal –, que seria a da adoção de um procedimento na modulação capaz de garantir o direito de defesa daqueles que integram a ação e dos que demonstraram interesse ao longo da causa, que consistiria em publicação prévia de pauta do dia da sessão de modulação, a fim de permitir que se realize em tal sessão a sustentação oral de advogados e do Ministério Público, exatamente para que se tenha antes da modulação o exercício das argumentações a respeito das consequências da atribuição da preponderância das cargas de eficácia no julgamento feito em controle de constitucionalidade, evitando-se surpresas.

Embora, a meu sentir, a sugestão mais rigorosa represente a opção de maior cientificidade quanto ao seu conteúdo, a ideia dificilmente seria digerida no âmbito do Supremo Tribunal Federal, pelo impacto que ela causaria no trato da ação de controle de constitucionalidade, a representar brusca mudança na tradição de ampla liberdade da Suprema Corte no julgamento decorrente desse controle.

Ainda assim, essa parece ser a diretriz que melhor exterioriza o necessário vínculo entre a natureza da ação e suas eficácias respectivas – declarativa, condenatória, constitutiva, mandamental e executiva –, a partir da força gerada pela *técnica processual da energia cinética*, iniciada pela postulação, donde a insistência de sua defesa nesta tese, por amor à contribuição acadêmica, independentemente de sua capacidade de alterar a metodologia do Supremo Tribunal Federal no tocante à modulação.

Afinal, a semente cumpre o seu destino no momento em que generosamente se oferece à terra. Ela não se pensa como árvore ao mergulhar no útero da natureza; simplesmente confia no milagre da água em sua inafastável sina de transformação.

1 A CONSTRUÇÃO DE SENTIDO DA NORMA TRIBUTÁRIA

1.1 Direito e linguagem

1.1.1 A linguagem e o Direito

A língua, esse código social existente em qualquer comunidade, exprime ideias, razão pela qual Umberto Eco afirma que a língua é o mais importante dos sistemas, se comparado aos demais, quais sejam, os ritos simbólicos, os sinais militares etc. A *semiologia* – do grego *semeion* (signo) – um dos campos da psicologia social, vem nos ensinar em que consistiriam os signos e que leis os regem,¹⁰ de tal modo que os signos são uma força social e não simples instrumentos de *reflexo* das forças sociais.¹¹

Wilson Martins, ao seu turno, afirma que a linguagem representa, do ponto de vista psicológico, “a atribuição de um valor simbólico ao sinal – processo que se funda, antes de mais nada, na abstração e que, por isso mesmo, se distingue da ‘linguagem’ de todos os outros animais”,¹² vindo a calhar aqui o tom enfático de Heidegger ao asseverar que “*a linguagem fala*”,¹³ pois, ancorado nas lições de Wilhelm von Humboldt, enfatiza que:

[...] o homem fala. Falamos quando acordamos e em sonho. Falamos continuamente. Falamos mesmo quando não deixamos soar nenhuma palavra. Falamos quando ouvimos e lemos. [...] Costuma-se dizer que por natureza o homem possui linguagem. Guarda-se a concepção de que, à diferença da planta e do animal, o homem é o ser vivo dotado de linguagem. Essa definição não diz apenas que, dentre muitas outras faculdades, o homem também possui a de falar. Nela se diz que a linguagem é o que faculta o homem a ser o ser vivo que ele é enquanto homem. Enquanto aquele que fala, o homem é: homem.¹⁴

¹⁰ ECO, Umberto. *As formas do conteúdo*; tradução P. Carvalho. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 2008, p. 2.

¹¹ ECO, Umberto. *Signo*; tradução M. F. Marinho. 6. ed. Lisboa: Editorial Presença, 2004.

¹² MARTINS, Wilson. *A palavra escrita: história do livro, da imprensa e da biblioteca*. 3. ed. São Paulo: Ática, 2001. p. 919.

¹³ HEIDEGGER, Martin. *A caminho da linguagem*; tradução M. Cavalcanti Schuback, 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 8-9.

¹⁴ *Ibid.*: p. 7.

A propósito, Bakhtin defende a metáfora segundo a qual o Adão mítico teria chegado com a primeira palavra num mundo virgem, ainda não desacreditado; Umberto Eco, após chamar a atenção para essa ideia, vai mais além sobre o que seria a essência da linguagem:

Antes de mais nada, quem fala é Deus, que, ao criar o céu e a terra, diz: “Faça-se a luz”. E, logo a seguir desta palavra divina, “Fez-se a luz” (*Gênesis* 1, 3-4). A criação aconteceu por um ato de palavra, e somente nomeando as coisas que via, cria Deus sucessivamente, conferindo-lhes um estatuto ontológico.¹⁵

Embora, conclui Bakhtin, “que língua o Senhor teria falado quando enunciou o seu ‘*Fiat lux*’, é difícil, a esta altura, apurar”.¹⁶

Eis a importância da linguagem, caminho e destino do homem e de todas as manifestações culturais que gravitam nas esferas da convivência entre os seres humanos, incluindo-se aí, por óbvio, o Direito.

Imaginar o Direito sem linguagem revela-se atividade inútil, ficção desgarrada de um mínimo de sentido. Corresponderia a um delírio teórico tão confuso quanto o de conceber a própria humanidade desprovida desse *sistema de referência*, no dizer de Vilém Flusser, a se ter nesse caso um mundo caótico, insuportável: daí a identidade entre a língua e a própria estrutura do cosmos, apesar que tal afirmação “continua a chocar o ouvido moderno”.¹⁷

Destaque-se, inclusive, que Vilém Flusser é enérgico ao defender que “a investigação filosófica e científica é, em última análise, uma investigação da língua”,¹⁸ arrematando:

A ciência é uma forma especialmente desenvolvida e concentrada de conversação, [...] Nela são formuladas frases com o propósito consciente de *descobrir* novas informações, isto é, são feitas tentativas conscientes de estabelecer novas relações entre os elementos da língua, em conformidade com as regras.¹⁹

¹⁵ ECO, Umberto. *A busca da língua perfeita na cultura europeia*; tradução A. Angonese. 2. ed. Bauru: Edusc, 2002, p. 25.

¹⁶ *Ibid.*: p. 35.

¹⁷ FLUSSER, Vilém. *Língua e realidade*. 3. ed. São Paulo: Annablume, 2007, p. 34.

¹⁸ *Ibid.*: p. 127.

¹⁹ *Ibid.*: p. 138.

Paulo de Barros Carvalho, ao abordar a questão da linguagem, por ele adotada como *algo constitutivo da realidade*, enfocando-a no contexto da *função prescritiva do Direito* (direito posto) e com olhos atentos à *função descritiva do Direito* (ciência), molda seu discurso com ênfase na percepção da lógica como uma sobrelinguagem da Ciência Jurídica, afunila-o até ingressar na *lógica jurídica*, advertindo que “o discurso da Ciência será tanto mais profundo quanto mais se ativer, o autor, ao modelo filosófico por ele eleito para estimular sua investigação”.²⁰

Por isso, a relação que se pode estabelecer, dentro desse prisma, é a de que o Direito se forma a partir da linguagem, ancorado em determinado método que justifique o uso daquela linguagem, necessariamente dotada de lógica jurídica; o fenômeno jurídico, então, pressupõe a linguagem – só há realidade jurídica nos espaços em que atua a linguagem respectiva: a jurídica –, a possibilitar, inclusive, o fenômeno da *interpretação*.

Em relação à incidência, não é o texto normativo que incide sobre o fato social, tornando jurídico; é o ser humano que, buscando fundamento de validade em normal, geral e abstrata constrói a norma jurídica individual e concreta, o que resulta na importância da linguagem adequada (linguagem competente) no âmbito do sistema, já que o *intérprete* instaura o fato jurídico e relata seus efeitos prescritivos, atento à norma geral e abstrata que servirá de fundamento de validade à norma por ele, intérprete, produzida, esta individual e concreta.

Vale destacar, a propósito, a fixação do elo entre *conhecimento* e *linguagem* firmado sob a perspectiva do movimento denominado “giro linguístico”, em grande parte influenciado pela concepção filosófica do conhecimento e que, a partir do marco estabelecido por Wittgenstein, representa a ultrapassagem da *filosofia da consciência* para se chegar à *filosofia da linguagem*. Tudo estaria na dependência da linguagem, equivale dizer, a linguagem não seria mero instrumento de comunicação de um conhecimento, e sim a possibilidade para a *construção* do próprio conhecimento.

²⁰ CARVALHO, Paulo. *Direito tributário, linguagem e método*. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2013, p. 3. Nessa obra-referência, Paulo de Barros Carvalho conduz o leitor à percepção da importância da linguagem no Direito, suporte essencial para a realização do método, inclusive no tocante à verificação do que seja *norma jurídica*.

Estabelece-se, nesse viés, um elo indissociável entre *língua e realidade*, abandonando-se o sentido *ontológico* das coisas do mundo, para se chegar à conclusão de que é o homem quem dá *significado* às coisas a partir da linguagem, exatamente porque o conhecimento decorre da interpretação. Ou seja, não conhecemos os objetos tal como eles se mostram no mundo, e sim os *interpretamos* sob as mais diversas influências (culturais, históricas etc.), de modo que eles só existirão com a linguagem que os constitua (linguagem competente).²¹

Sob tal influência, Lourival Vilanova desenvolve seu pensamento a respeito do *constructivismo lógico-semântico*, no sentido de que o intérprete do Direito deve estar atento à estrutura lógica da norma com a análise do consequente, ancorando-se na observação de Kelsen, segundo a qual o sistema jurídico é um conjunto homogêneo de enunciados deônticos. Eis que as normas do sistema convergem para um único ponto: dar fundamento de validade à norma. Também é preciso depurar as normas em suas categorias (norma geral e concreta, norma individual e concreta, norma individual e abstrata), a fim de se chegar à compreensão do fenômeno da norma jurídica.

De fato, conforme ensina Hans-Georg Gadamer, “a compreensão jamais é um comportamento subjetivo frente a um ‘objeto’ dado, mas pertence à história efetual, e isto significa, pertence ao ser daquilo que é compreendido”.²²

É óbvio que tal pensamento já representa evidente evolução no tocante à questão do *objeto* do conhecimento, eis que, no início do que se costuma chamar de *filosofia*, observava-se que um *objeto externo* era algo catalisador na formação do pensamento, como é o caso de Tales, “absorto na contemplação das estrelas” e, como narra Franco Volpi, foi essa mirada de

²¹ STADLER, *El Círculo de Viena – empirismo lógico, ciencia, cultura y política*; tradução Luis Felipe Segura Martínez. FCE: UAM-Iztapalapa, 2010. A propósito, recomenda-se a leitura da obra de Friedrich Stadler, na qual é possível constatar que o *Círculo de Viena*, também conhecido por *Círculo de Schlick* (*Wiener Kreis* ou *WK*), é dividido historicamente em quatro fases, a saber: “1. El círculo de discusión que existe desde 1907 hasta la primera Guerra Mundial y del que forman parte Frank, Hanh, Neurath y Von Mises. 2. El periodo que va del fin de la primera Guerra Mundial al inicio de las reuniones de los jueves, bajo la dirección de Schlick (desde 1924). Esta sería la fase constitutiva en la que resalta la figura de Hanh. Por esta razón es que Frank no llama ‘el verdadero fundador’ del Círculo de Viena. 3. La fase no pública, de 1924 a 1928, en la que tienen lugar los contactos con Ludwig Wittgenstein. 4. La fase pública, desde 1929, con la edición del escrito programático, la fundación de la Asociación Ernst Mach y la primera aparición internacional como colectivo, en las primeras ‘Jornadas de Epistemología de las Ciencias Exactas’, que tienen lugar en Praga en 1929. En esta etapa se inscriben los contactos regulares con K. Popper y se concluye también, el paso a lo público en la filosofía con la aparición, en 1930, de la revista *Erkenntnis* [Conocimiento], editada por Carnap y Reichenbach” (STADLER, 2010, p. 61).

²² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*; tradução F. P. Meurer. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 18.

Tales que o fez cair no poço e posto em ridículo (essa seria uma das anedotas ao longo da história a demonstrar uma “aparente inutilidade da filosofia para a vida”, no dizer de Volpi).²³

José Pablo Feinmann, ao iniciar sua longa incursão pela história da filosofia, adverte que Descartes, ao situar o homem como centro do conhecimento e da verdade, realizou um gesto *ontológico*: antes o que era o *ser* agora é o *homem*, e isso representa um marco a influenciar a própria filosofia moderna e sua estatura gnosiológica, notadamente a retratada por Kant e Hegel; embora, como sublinha o professor argentino, o grande desconstrutor do sujeito cartesiano será Heidegger.²⁴

Feinmann lembra que a visão de Parmênides e sua afirmação “o ser é, e o não ser não é” está em contraposição ao pensamento firmado por Heráclito de que o *ser é cambiante*, em sua conhecida metáfora sobre o rio: nunca nos banhamos duas vezes no mesmo rio porque tudo flui, tudo muda. Aliás, após afirmar que Aristóteles firmou a *soberba instrumental da ciência*, e que somente Descartes põe o sujeito como *sub-jectum* da totalidade, José Pablo Feinmann ousa sintetizar historicamente a visão dos influentes pensadores ao colocar o *ser* como *ente* da seguinte forma: “Como *idea* em Platón. Como *enérzia* em Aristóteles. Como *cogito* em Descartes. Como *Dios* en la escolástica. Como *espíritu* em Hegel. Como *voluntad de poder* en Nietzsche”²⁵.

Na verdade, falar na existência da “coisa em si” é adotar um critério não recomendável de esquecer a *presença da linguagem* como ponto fundamental para identificar o objeto do conhecimento. Por isso, na perspectiva do “giro linguístico”, a coisa em si é algo que não traz qualquer elemento de interesse na investigação do conhecimento, eis que *não existiriam fatos, mas somente interpretações*.

Ao se trabalhar com os pressupostos do giro-linguístico, a ideia de significação e significado se mistura, já que a realidade a que se refere qualquer suporte físico é construída pelo intérprete, ou seja, sempre será condicionada às suas vivências, até porque todo suporte físico suscita uma interpretação (significação), que constitui uma realidade como seu significado.

²³ É o que consta em seu extraordinário *prólogo* feito para o livro *La filosofía y el barro de la historia*, de José Pablo Feinmann. 6. ed. Buenos Aires: Planeta, 2010.

²⁴ HEIDEGGER, 2008, p. 22; 30.

²⁵ *Ibid.*: p. 63.

Assim, a linguagem não é apenas o instrumento do Direito. Direito *é* linguagem. Não se pode imaginar Direito sem linguagem, seja na Ciência do Direito, seja no próprio direito positivo.

Ora, não por acaso o Direito se revela cada vez mais como uma verdadeira *ciência da compreensão*, não por causa de sua aproximação com as ciências históricas, como pareceu a Ovídio Baptista da Silva,²⁶ e sim sob ângulo de percepção da importância da linguagem no contexto humano e, conseqüentemente, nas ciências sociais, como é o caso do Direito.

O desafio que se apresenta reside em perceber até onde essa compreensão da linguagem chega a comprometer a própria leitura que se possa fazer de determinados institutos jurídicos, como no caso da *modulação* no controle de constitucionalidade.

²⁶ SILVA, Ovídio Baptista da Silva. *Processo e ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

1.1.2 A linguagem no Direito é limite e também expansão

O Direito, como se sabe, visa conter de modo civilizado o poder ou a força, quando estes não encontram sintonia no próprio Direito; isso porque é possível encontrar determinada força harmonizada com o Direito, como é o caso daquela decorrente do desforço possessório no âmbito civil,²⁷ a legítima defesa no campo penal,²⁸ e determinados meios de força produzidos pelo próprio Estado no plano jurisdicional.²⁹

Como bem assinala Hugo de Brito Machado, “O Direito enquanto conjunto de princípios e regras – ou, como é geralmente designado, um sistema de normas – é, na verdade, um sistema de limites ao poder”.³⁰

A propósito, Edgar Bodenheimer publicou em 1940 uma marcante obra³¹ ressaltando a necessidade de o Direito funcionar como um *sistema de limites ao poder*, ao lembrar que:

Hobbes y Spinoza basaron sus sistemas filosóficos en el supuesto de que todo ser vivo se ve impulsado por un instinto natural a extender su poder lo más lejos de que es capaz. “La vida es una búsqueda del poder”, exclama Emerson”. (...) por sua propria naturaleza el Derecho es un término medio entre la anarquía y el despotismo. Trata de crear y mantener um equilibrio entre esas dos formas extremas de la vida social. Para evitar la anarquía, el Derecho limita el poder de los individuos particulares; para evitar el despotismo, enfrenta el poder del gobierno. La limitación legal del poder de

²⁷ Código Civil: “Art. 1.020. [...] § 1º O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse”.

²⁸ Código Penal: “Art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato: [...] II - em legítima defesa”.

²⁹ Código de Processo Civil de 1973: “Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento [...] § 5 Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial”. Código de Processo Civil de 2015: “Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente. § 1 Para atender ao disposto no *caput*, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial”.

³⁰ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito constitucional tributário*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 192.

³¹ BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del derecho* (cujo título original é *Jurisprudence*). traducción Vicente Herrero. Segunda edición en español. Segunda reimpresión. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 2000.

los particulares o grupos privados se denomina Derecho privado. La limitación legal del poder de las autoridades públicas se denomina Derecho público.

[...] no basta una igualdad sustancial de derechos entre los ciudadanos para tener un sistema puro de Derecho. Es necesario también que el poder del gobierno esté limitado por algún sistema de frenos y contrapesos. La mejor garantía del imperio del Derecho es la existencia de una constitución – escrita o no – que defina y limite los poderes del gobierno y otorgue a los ciudadanos ciertos derechos fundamentales que no pueden serles fácilmente disminuidos o arrebatados.³²

De fato, o Direito deve funcionar como um intermediário entre a anarquia e o despotismo, mantendo um equilíbrio entre essas duas formas extremas da vida social, evitando-se a anarquia ao limitar o poder dos indivíduos, impedindo-se o despotismo ao barrar o poder dos governantes.

O Direito Tributário não foge a essa assertiva. Ao contrário. Como o poder de tributar tem a potencialidade de atingir de modo fulminante as garantias mínimas de convivência civilizada – dentre elas a garantia da propriedade e a vedação de confisco na fixação de parâmetros na cobrança de tributos –, há de ser mais veemente o limite a ser fixado pelo sistema jurídico.

Albert Hensel, cuja obra é considerada a primeira elaboração científico-sistemática do Direito Tributário alemão,³³ teve o mérito de, no distante ano de 1924, perceber que a relação jurídica tributária está vinculada ao *fato impositivo* descrito pela lei, não às relações procedimentais entre a administração e os responsáveis tributários, ou seja, “La finalidad de la Administración cuando ejecuta el procedimiento tributario es ‘la realización del ordenamiento jurídico objetivo’, y no para alcanzar un resultado final *pro fisco*, ni *contra fiscum*, sino *pro lege*”.³⁴

Essa percepção de que o Direito Tributário deveria se submeter ao ordenamento jurídico representa um indicativo da doutrina a ser desenvolvida ao longo do século XX, sob essa dimensão de limitação do poder.

³² Ibid.: p. 18; 28; 54.

³³ HENSEL, Albert. *Derecho tributario*; traducción y estudio preliminar por A. B. Moreno, M. L. G. Serrano y E. O. Calle. Madrid: Marcial Pons, 2005.

³⁴ HENSEL, Albert. Curso de direito constitucional tributário, p. 31.

No Brasil, o livro de Aliomar Baleeiro – lançado na edição primeira no ano de 1951, ainda sob a égide da Constituição Federal de 1946 – apontou em seu próprio título a necessidade daquilo que ele resumiu como sendo “A defesa do sistema tributário e do próprio regime político do país processa-se por um conjunto de limitações ao poder ativo de tributar”.³⁵

Hugo de Brito Machado, nesse tocante, é enfático:

São tantos os exemplos que podem ser citados de abusos de poder estatal praticados pela via legislativa, que ninguém mais pode ter dúvidas quanto à insuficiência do princípio da legalidade como garantia do contribuinte. [...]

A questão que se coloca, então é a de saber qual o caminho mais adequado para a efetiva garantia do contribuinte contra abusos do poder de tributar: se a colocação, na Constituição, de regras de tributação minudentes ou se a utilização dos princípios constitucionais fundamentais, que se refletem também no âmbito das relações de tributação e podem ser desenvolvidos na doutrina e na jurisprudência, mediante uma interpretação consentânea com a finalidade desses princípios.

No Brasil o Constituinte optou pelo primeiro desses caminhos. Desde o regime constitucional anterior já tínhamos a Constituição mais rica do mundo em normas pertinentes à tributação. Na vigente Constituição, então, foram albergadas normas que, a rigor, deveriam estar nos regulamentos de tributos. E ainda assim não se conseguiu controlar os abusos.³⁶

Essa perspectiva, inclusive, conduz Hugo de Brito Machado a dizer o seguinte:

[...] é possível conceituar o direito tributário como o ramo do Direito que se ocupa das relações entre o Fisco e as pessoas sujeitas a imposições tributárias de qualquer espécie, limitando o poder de tributar e protegendo o cidadão contra os abusos desse poder.³⁷

³⁵ BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 3.

³⁶ MACHADO, 2012, p. 17.

³⁷ *Ibid.*: p. 51.

Roque Antonio Carrazza formula notável estudo a respeito da *segurança jurídica e tributação*, enfatizando aspectos fundamentais quanto aos limites do Direito Tributário, que são justamente os princípios da tipicidade fechada, do exclusivismo, da adequada eleição do sujeito passivo tributário, da vinculação do lançamento à lei, da interpretação estrita da lei, da igualdade, da confiança na lei fiscal, da boa-fé do contribuinte e da moralidade;³⁸ Mesmo porque, conforme destaca o renomado tributarista, o “dever de pagar tributos não poderá afetar, em sua essência, os direitos fundamentais”.³⁹

Disso resulta a proposta da presente tese ao estudar essa relevante relação entre o Fisco e o contribuinte no plano jurisdicional e, especificamente em ação própria de controle de constitucionalidade da norma tributária, procurando estabelecer limites quanto à técnica de modulação, a começar pela verificação da própria palavra.

Isso porque, se o Direito deve ser esse sistema de limites, com acentuada ênfase para o Direito Tributário, a linguagem empregada nessa ciência há de ter indicação dos exatos parâmetros da cercadura; ainda mais quando há palavras não técnicas, pertencentes à periferia do círculo tradicional de termos adequados ao Direito, que são tomadas por empréstimo para estabelecer novas ferramentas jurídicas.

Exemplo disso reflete-se no ocorrido com a palavra *modulação*. Totalmente estranha ao Direito, essa palavra, não se sabe exatamente como, passou a integrar a linguagem jurídica em algo extremamente relevante, como é o caso do método de controle de constitucionalidade.

As palavras, em seus múltiplos destinos, podem ganhar adornos poéticos de beleza, como é o caso da *modulação*, cujo significado frio e técnico no âmbito das telecomunicações corresponde ao “método pelo qual um parâmetro de uma onda é modificado pela ação de

³⁸ CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 30. ed., revista, ampliada e atualizada até a Emenda Constitucional n. 84/2014. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 475 et seq.

³⁹ *Ibid.*: 2015, p. 475.

intensidade de outra onda”.⁴⁰ Na poesia, contudo, ela se transforma quando Gerardo Mello Mourão imagina que “o canto vai modulando forma e formosura”.⁴¹

O termo modulação é também utilizado no contexto da teoria da música, cujo significado representa na “transição ou passagem de um tom ou modo para outro numa peça de música, segundo as regras da harmonia”, ou mesmo a “facilidade da voz em fazer essas transições, em variar suavemente o canto”.⁴²

Entretanto, nem mesmo nessa categoria específica se tem a exata dimensão de seus limites, tanto que, segundo Arnold Schoenberg, a modulação tem por finalidade abandonar a própria cadência da música, pois, enquanto a “cadência é o meio de consolidar a tonalidade” do som, mediante acordes que limitam essa relação entre notas e harmonias, “na modulação se faz o contrário”, geram-se sucessões que acabam por delinear outra tonalidade, daí que “a modulação representa uma *frouxidão das cadeias da tonalidade*”.⁴³

De repente, essa palavra multifacetada, é pinçada do vernáculo para ser empregada com um propósito técnico no Direito, sem qualquer tradição quanto à sua construção e muito menos a adaptação a um novo sentido que se lhe possa atribuir, ao contrário do que ocorreu com tantos institutos jurídicos, erigidos com a modelação das palavras em seu uso comum – bastando dar o exemplo de *posse*, *propriedade* e *coisa* –, forjadas ao longo do tempo para adquirir conceitos específicos no universo jurídico.

A palavra constrói o Direito porque a linguagem é limite, e também expansão; a utilização do termo *modulação* no controle de constitucionalidade torna-se notável comprovação desta assertiva, pois não se teve o cuidado de edificar seu sentido dentro da própria caminhada, rumo às possibilidades de atuação do Supremo Tribunal Federal, na construção da norma jurídica no plano jurisdicional, em ação direta em que se faz a interpretação das outras normas jurídicas – leis ou atos normativos –, e, ainda assim, o uso

⁴⁰ MODULAÇÃO. In: HOUAISS, Antônio. *Dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p. 1.305.

⁴¹ “Vai se erguendo o sopro / e de si mesmo cresce / e sobe e às vezes desce / e a melodia / apalpa a noite e seu luar / [...] e sobre a relva e a madressilva o canto / vai modulando / forma e formosura” (Nascimento de Orfeu. *Cânnon & Fuga*. Rio de Janeiro: Record, 1999, p. 100).

⁴² MODULAÇÃO. In: AULETE, Caldas. *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Editora Delta, 1958, p. 3.331. Volume IV.

⁴³ Cf.: SCHOENBERG, Arnold. *Harmonia*; tradução Marden Maluf. 2. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2011, p. 224.

dessa palavra causou um impacto na própria linha de compreensão do que vem a ser o controle de constitucionalidade.

A *modulação* surgiu do nada, sendo inclusive tarefa árdua precisar o exato momento de sua primeira utilização no âmbito do Supremo Tribunal Federal, e continuou como sombra vernacular em termos técnicos, visto que a própria Lei 9.868/1999 se recusou a inseri-la expressamente no contexto do art. 27, cujo enunciado traz somente a bruma da modulação, nos seguintes termos:

Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Arqueólogos do Direito, no futuro, sentirão enorme dificuldade na busca desse fóssil linguístico. Estranharão o fato de a doutrina e a jurisprudência, até meados dos anos 1990, simplesmente ignorarem o termo modulação e, de repente, nos anos 2000, a palavra se tornar não somente usual como definidora de um verdadeiro *sentido* no julgamento do controle de constitucionalidade e, ainda assim, considerando o descortino do termo e seu emprego nas técnicas de restrição ou ampliação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo, continua a palavra em seu destino errante, solta no espaço, vagando na imensidão da constelação da linguagem, sem a menor preocupação em formatá-la como termo técnico jurídico.

Mostra-se irresistível especular o porquê de tamanha desídia conceitual quanto ao termo *modulação*, pois é inimaginável um estudioso do Direito desconhecer sua importância, podendo-se mesmo até falar – sem correr o risco de se cometer um exagero – que a modulação representa abrupta mudança na trajetória do controle de constitucionalidade no Brasil.

Talvez resida justamente aí o enigma que adorna em mistério esse fenômeno: a ausência de técnica e de compromisso conceitual da modulação proporcionou à palavra tamanha liberdade, que ela se sobrepôs aos próprios conceitos firmados na doutrina e na jurisprudência a respeito dos limites na declaração de inconstitucionalidade, e o fez de modo discreto, quase imperceptível, porque a modulação não veio montada em texto normativo, não

se desenvolveu no campo fértil e de conhecida responsabilidade da doutrina jurídica brasileira.

Certamente esse constitui-se um exemplo de como a linguagem acaba estruturando o próprio Direito. No caso da modulação isso se deu com tamanha sutileza que, até bem pouco tempo, não constava de modo explícito a declinação desse nome em qualquer texto normativo,⁴⁴ muito menos a cercadura de seu alcance.

A proposta da presente tese esteia-se em refletir sobre o impacto dessa realidade construída a partir da linguagem, sugerindo algumas delimitações aptas a criar fronteiras conceituais e estruturais da *modulação*, com um viés particularmente eleito: a) o da identificação da natureza da decisão no âmbito da *teoria da preponderância das cargas de eficácia da decisão judicial*, de Pontes de Miranda; b) e a necessidade de se estabelecer uma energia cinética entre a postulação e o julgamento, a fim de que, a partir da *construção da norma jurídica tributária no âmbito do controle de constitucionalidade*, se tenha a liberação dessa energia própria do comando contido na decisão judicial (eficácia processual), rejeitando-se, contudo, que essa eficácia se apresente de maneira absolutamente divorciada entre o contexto da decisão e os parâmetros da própria postulação, como infelizmente vem ocorrendo no Supremo Tribunal Federal.

Para tanto, é fundamental analisar o fenômeno da norma jurídica tributária, inclusive no plano jurisdicional, porque a construção de sentido da norma no âmbito do controle de constitucionalidade se faz essencial para estabelecer as cercaduras que se mostram relevantes no manejo da modulação.

⁴⁴ Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, o termo *modulação* passou a constar em textos legais, como se vê nos seguintes dispositivos: “Art. 525. (...) § 13. No caso do § 12, os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal poderão ser modulados no tempo, em atenção à segurança jurídica”; “Art. 535. (...) § 6º No caso do § 5º, os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal poderão ser modulados no tempo, de modo a favorecer a segurança jurídica”; “Art. 927 (...) § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica”.

1.2 A norma tributária

1.2.1 Algumas concepções de norma jurídica

É inegável a relevante dimensão das ideias de Hans Kelsen, no início do século XX, em sua busca por uma teoria pura do Direito. Não seria exagero afirmar que, em sua tentativa de compreender o fenômeno da *norma jurídica* no contexto da teoria pura do Direito, tem-se verdadeiro esforço de apreensão da própria linguagem que seria adequada nesse sistema de referência do universo jurídico.

Convém esclarecer que doravante utilizar-se-á a visão de Kelsen em sua última fase como pensador do Direito, refletida na obra *General Theory of Norms*, considerada a formatação final de sua *Teoria Pura do Direito*, acrescida de alguns manuscritos deixados pelo jurista, publicada postumamente em 1991 em primorosa tradução para a língua inglesa a cargo de Michael Hartney, sob a responsabilidade da Oxford University Press.⁴⁵

Isso porque, ao longo de sua vida, aquele jurista lançou diversas versões ou aperfeiçoamentos da edição inaugural de sua magistral obra *Teoria Pura do Direito*, publicada em 1934, e tida como a versão clássica de sua teoria. Fala-se até mesmo em *vários Kelsens*, porque já na segunda edição daquele livro, ocorrida no ano de 1945, Kelsen praticamente reescreveu a Teoria Política de 1925, após sua mudança para os Estados Unidos da América, rebatizando-a de *Teoria Geral do Direito e do Estado*.

Há ainda sua terceira fase como doutrinador, marcada por nova edição de sua *Teoria Pura do Direito*, quando ele contava com 78 anos, nos idos de 1960, e que representou a segunda versão daquela obra; e, por fim, suas reflexões outonais, firmadas na *Teoria das Normas*, de 1979, a ser entregue ao público somente após a sua morte, por vontade expressa do jurista, e que resultou na destacada *General Theory of Norms*.

Ora, na medida em que Kelsen reconhece que, se a norma é válida, isso quer dizer que ela existe, ou seja, ao colocar o plano da validade no patamar do campo da existência –

⁴⁵ KELSEN, Hans. *General theory of norms*. Translated by Michael Hartney. New York: Clarendon Press – Oxford, 2011.

inclusive percebendo que tal validade está submetida a determinado tempo⁴⁶ –, tem-se inegavelmente nesse contexto a força da linguagem ao se referir o mestre de Viena à validade como *existência específica da norma*, e que por isso não se pode confundir esse artifício (norma jurídica) com o plano da existência de um fato natural.⁴⁷ A validade, como se sabe, é produto da linguagem competente, ainda mais em se cuidando de produção da norma na jurisdição constitucional, em que, no controle de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal definirá os termos dessa validade.

A partir da linguagem traçada por Kelsen em sua *norma fundamental* (*grundnorm*), como parâmetro indispensável para se concluir pela validade ou invalidade da norma jurídica, essa linguagem acaba por gerar a chamada visão normativa do Direito. Tamanha é a importância desse marco conceitual firmado por Kelsen, que posteriormente a doutrina passou a enfrentar de modo constante esse paradigma, seja para confirmá-lo, seja para negá-lo; jamais fugindo, porém, do respeito a esse ponto de referência histórico e argumentativo da Teoria do Direito.

Inegavelmente, Robert Alexy se deixou influenciar por Kelsen – em seu conceito semântico de norma jurídica e a estrutura de interpretação com fundamentos de validade –, no entanto Alexy afirmou que a norma jurídica existe de modo abstrato antes mesmo de se problematizar a questão no âmbito jurídico.⁴⁸

Em outra extremidade, surge o pensamento de Ronald Dworkin em sua perspectiva de refugo da estrutura semântica da norma jurídica, por entender que se faz incorreto estabelecer prévia conceituação a respeito de tal fenômeno, pois a norma jurídica aflora unicamente quando se dá a atividade de interpretação, ou seja, é preciso o dado concreto para sua configuração; ou seja, para Dworkin, ao invés da abstração, a norma seria fruto de uma interpretação construtiva e pragmática.⁴⁹

João Maurício Adeodato utiliza o sentido de *norma jurídica* como *norma de decisão*, o que significa dizer que somente na decisão se teria o comando concreto de retorno ao mundo

⁴⁶ “That a norm ‘is valid’ means that it exists. A norm which is not ‘valid’ is not a norm since it is not an existing norm. A norm is valid for certain individuals, for a certain area, and for a certain time” (Ibid.:, p. 28).

⁴⁷ “‘Validity’ is the specific existence of a norm, an existence different from that of a natural fact, and in particular from that of the fact by which it is created” (KELSEN, 2011, p. 2).

⁴⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*; tradução V. A. Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

⁴⁹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*; tradução J. L. Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

dos eventos, de tal sorte que aí se encontra um significado em que se pode dizer, literalmente, que a norma *se realiza* e, como na decisão o mais crucial é a *efetividade*, a norma como decisão *precisa penetrar no mundo dos eventos*: ser cumprida no plano da retórica material.⁵⁰

Ora, independentemente da perspectiva que se queira dar à norma jurídica, seja de percepção abstrata, seja de delineamento concreto, o certo é que, em primeiro lugar, não se pode fugir do fenômeno da linguagem para que se dê a *atribuição de sentido* ao que se possa chamar de norma jurídica, pois os significados não têm “existência” própria. Na verdade, eles dependem das palavras com as quais são expressos, simplesmente porque não se concebe outra maneira de formular um significado senão por meio da linguagem.

É justamente a partir dessa trajetória da tentativa de compreender a *norma jurídica* que se tem a dimensão da lucidez de Paulo de Barros Carvalho, a respeito do modo como se deva encarar esse fenômeno em relação à sua *construção*.

⁵⁰ ADEODATO, João Maurício. Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo. São Paulo: Noeses, 2011.

1.2.2 A norma jurídica como construção de sentido

Paulo de Barros Carvalho considera mais recomendável utilizar a expressão *enunciado prescritivo*, “para mencionar a forma escrita consignada no texto, reservando a entidade *norma* para aludir à construção de sentido que o intérprete elaborou”,⁵¹ por esse motivo o *documento jurídico-prescritivo* “é a base física, o substrato material em que os sujeitos de direito materializam seus atos de fala. Trata-se de dado tangível que chega ao destinatário para ser objeto de interpretação”.⁵²

Esta notável percepção da norma jurídica como algo decorrente de uma *construção de sentido*, assume imensa importância para a compreensão do fenômeno da modulação no controle de constitucionalidade, juntamente com a teoria da preponderância das cargas de eficácia da decisão judicial de Pontes de Miranda, como se verá no decorrer desta tese.

Ao se assimilar a ideia segundo a qual a norma é um *resultado de procedimento* da atividade do intérprete, que se inicia no *plano da expressão* e termina no *domínio articulado de significações normativas*,⁵³ verifica-se que, quando o Supremo Tribunal Federal analisa determinado texto (enunciado prescritivo), acaba por esculpir, nos debates entre seus integrantes e a consequente decisão plasmada em acórdão, verdadeira norma jurídica, apta a gerar aquilo que Robson Maia Lins denomina de *aumento do grau de certeza das interpretações válidas*.⁵⁴

Ao falar em *incidência*, Paulo de Barros Carvalho destaca que há de se adotar a premissa da *homogeneidade lógica das unidades do sistema*:

⁵¹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Derivação e positivação no direito tributário*. Livro II. São Paulo: Noeses, 2011, p. XIX.

⁵² CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2013, p. XIX.

⁵³ Essa é parte da decomposição do texto jurídico em quatro subsistemas, elaborada por Paulo de Barros Carvalho, para compreender esse fenômeno da construção de sentido da norma jurídica: I) conjunto de enunciados, tomados no plano da expressão; II) conjunto de conteúdos de significação dos enunciados prescritivos; III) o domínio articulado de significações normativas; e IV) a forma superior do sistema normativo (In: CARVALHO, 2010, p. 104).

⁵⁴ “Considerações sobre o conceito de norma jurídica e a pragmática da comunicação na decisão judicial na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal” (LINS In: CARVALHO, Aurora (Org), 2014, p. 169).

[...] consoante a qual todas as regras teriam idêntica esquematização formal, quer dizer, em todas as unidades do sistema encontraremos a descrição de um fato ‘F’ que, ocorrido no plano da realidade físico-social, fará nascer uma relação jurídica (S’ R S’’) entre dois sujeitos de direito, modalizada com um dos operadores deonticos: obrigatório, proibido ou permitido (O, V ou P). Este princípio vigora ao lado daquel’outro da heterogeneidade semântica, pelo que os conteúdos de significação das unidades normativas seriam necessariamente diversos, a fim de que o conjunto pudesse cobrir os múltiplos setores da vida social.⁵⁵

Assim, a chamada *incidência jurídica* se reduziria, sob o prisma lógico, a duas operações formais. A primeira, de *subsunção ou inclusão de classes*, em que se reconhece que uma ocorrência concreta, localizada num determinado ponto do espaço social e numa específica unidade de tempo, inclui-se na classe dos fatos previstos no suposto da norma geral e abstrata. A segunda operação, que seria a de *implicação*, eis que a fórmula normativa prescreve que o antecedente implica a tese, ou seja, o fato concreto faz surgir uma relação jurídica, também determinada, entre dois ou mais sujeitos de direito.

Todavia, Paulo de Barros Carvalho ressalta que não se dará a incidência se não houver um ser humano fazendo a subsunção e promovendo a implicação que o preceito normativo determina, já que as normas não incidem por força própria,⁵⁶ sendo certo que essa participação humana no processo de positivação normativa se faz também com a linguagem, que certifica os acontecimentos factuais e expede novos comandos normativos sempre com a mesma compostura formal.⁵⁷

Simbolicamente é fantástica tal assertiva. É óbvio que o mais relevante em tal construção doutrinária é o seu rigor científico. Além disso, porém, em termos de mensagem subliminar, a questão da *dinâmica na interpretação* conduz o operador dessa construção de sentido à constatação de que o *produto final da norma jurídica* atravessa um caminho, com

⁵⁵ CARVALHO, 2010, p. 29.

⁵⁶ A ingênua crença de que o texto normativo, por si só, seria capaz de provocar alterações no mundo real, encontra respaldo na doutrina da *constituição programática* de J. J. Gomes Canotilho, onde as *normas-tarefa* e as *normas-fim* carregariam, por si só, o *caráter dirigente* da Constituição, a impor aos Estados metas programáticas (*Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 217 et seq.). Aliás, o próprio Canotilho se penitencia em obra posterior, ao reconhecer a utopia de tal tese, pois a Constituição depende do que ele denominou de *subjetividade projectante*, e que infelizmente chegou a tal conclusão “tarde e lentamente demais” (“*Brançosos*” e *interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 106). É o reconhecimento de que os textos normativos dependem, essencialmente, da interferência humana, mediante a interpretação.

⁵⁷ CARVALHO, 2010, passim.

idas e vindas necessárias aos quatro subsistemas – quais sejam, a) os dos enunciados prescritivos; b) os das significações dos enunciados prescritivos; c) os das significações normativas; d) o da forma superior do sistema normativo –, o que corresponde a dizer que a norma não é algo estático, como se fosse um objeto pairando no ar do Direito, à espera de que se *retire* de seu conteúdo o significado.

Nada disso. É preciso movimento. São as relações de coordenação e de subordinação que dão o tom do que vem a ser a norma jurídica. Quando essa norma é submetida à jurisdição, novas relações de coordenação e de subordinação são manejadas pelo juiz-intérprete. Em se cuidando de controle de constitucionalidade, esse procedimento para a feitura de um novo produto, qual seja, o da norma talhada pelo Supremo Tribunal Federal, simplesmente não se pode ignorar essa dinâmica, ao contrário, ela se mostra mais relevante, na medida em que essa norma jurídica como resultado da atividade jurisdicional será a definitiva.

É justamente essa inquietação que se aponta nesta tese, pois a modulação, na forma como encarada atualmente pela Suprema Corte, representa um corte inexplicável nessa cadência harmônica de produção da norma, pois se utiliza dessa ferramenta como se fosse algo novo e divorciado de toda a trajetória percorrida na caminhada do controle de constitucionalidade.

1.2.3 A norma jurídica tributária

Por certo a norma jurídica tributária é norma jurídica, como se poderia também dizer em relação a determinada norma processual ou mesmo a uma norma penal. Desse modo, corre-se o risco de se concluir que não se revestiria de razoabilidade qualificar a norma jurídica como tributária, para o fim de estudá-la. De fato, não se desconhece que o Direito é um sistema⁵⁸ e, portanto, todas as normas jurídicas integram a ordem positiva, porque são elas, indistintamente, que formam esse sistema.

Entretanto, o destaque para a *norma jurídica tributária* se justifica não somente por causa de sua estrutura peculiar, considerando a regra-matriz de incidência tributária, mas principalmente em virtude do *rigor nos limites* que lhes são impostos pela Constituição Federal, de modo que, na construção de sentido a ser realizada pelo Supremo Tribunal Federal ao elaborar a norma no plano jurisdicional, não se pode olvidar desse rigor, notadamente quando do manejo da ferramenta denominada de modulação.

Essa é a razão pela qual esta tese centraliza seu foco no plano de eficácia da norma jurídica tributária, produzida no âmbito do controle de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, no aspecto mais sensível nesse procedimento de estabelecer eficácia a tal norma, que é justamente o da modulação.

Desse modo, convém destacar essas duas peculiaridades da norma jurídica tributária, quais sejam: I) a sua estrutura no molde da exuberante teoria da regra-matriz de incidência tributária de Paulo de Barros Carvalho; II) a imposição de limites pela Constituição Federal na produção da norma jurídica tributária.

Quanto ao método criado por Paulo de Barros Carvalho objetivando bem compreender esse fenômeno da norma jurídica tributária, o da *regra-matriz de incidência tributária* (RMIT), que representa um subproduto da teoria da norma jurídica, tal instrumento carrega em si a proposta de compreensão da *mensagem* legislada num contexto comunicacional bem concebido e racionalmente estruturado.

⁵⁸ Anuímos, nessa toada, com a percepção de Paulo de Barros Carvalho, ao concluir que não se deve distinguir *sistema de ordenamento jurídico*, eis que “Sistema é o discurso da Ciência do Direito, mas sistema também é o domínio finito, mas indeterminável, do direito positivo” (CARVALHO, 2013, p. 218).

Assim, no campo tributário, tem-se I) no antecedente ou suposto normativo – a hipótese tributária, com sua linguagem descritiva – três critérios: a) o material, b) o espacial e c) o temporal e II) no consequente ou prescrito normativo – a consequência tributária, com sua linguagem prescritiva, dois critérios: a) o pessoal (abrangendo o sujeito ativo e o sujeito passivo da obrigação tributária) e b) o quantitativo (formado pela base de cálculo e pela alíquota) e, a partir daí, se pode identificar a obrigação tributária (espécie do gênero obrigação jurídica), tendo em vista que toda norma jurídica tem estrutura lógica de um juízo hipotético, em que o legislador enfoca uma consequência jurídica (consequente) entre dois sujeitos, desde que acontecido o fato previsto no antecedente. A regulação da conduta dar-se-ia com a aplicação dos *modais deônticos* (permitido, proibido e obrigatório), a depender do acontecimento factual previsto na hipótese.⁵⁹

Um dos desdobramentos mais surpreendentes desse instrumento⁶⁰ demonstra que, além de tal regra possibilitar a compreensão do que venha a ser a norma jurídica – exatamente por representar um desenho estrutural mínimo da própria norma, eliminando-se desse modo possíveis complexidades que se possam especular sem um referencial de critérios –, tal técnica acaba por auxiliar o próprio intérprete na avaliação de como se deve realizar a operação da incidência do texto sobre o fato. Ou seja, a regra-matriz de incidência tributária constitui-se método de redução de complexidade e ferramenta de auxílio do intérprete.

Afinal, como leciona Paulo de Barros Carvalho:

[...] não é o texto normativo que incide sobre o fato social, tornando-o jurídico. É o ser humano que, buscando fundamento de validade em norma geral e abstrata, constrói a norma jurídica individual e concreta, na sua bimembridade constitutiva, empregando, para tanto, a linguagem que o sistema estabelece como adequada [...]. Aquilo que se convencionou chamar de “incidência” é, no fundo, uma operação lógica entre conceitos conotativos (da norma geral e abstrata) e conceitos denotativos (da norma geral e abstrata).⁶¹

⁵⁹ CARVALHO, 2013, p. 146 et seq.

⁶⁰ Fundamental se mostra a leitura, além daquela indicada na nota de rodapé nº 3, de todo o Capítulo 3 de *Direito tributário: linguagem e método*, para a exata compreensão dessa notável teoria (pp. 697/837), com especial atenção a todas as palavras ali contidas; tal como se faz em relação a um extraordinário vinho, sorvendo-o com vagar e aproveitando cada momento.

⁶¹ CARVALHO, 2013, p. 152-152.

Dessa forma, se percebe com bastante clareza na norma jurídica tributária, a partir dessa estruturação no molde da regra-matriz de incidência, determinadas peculiaridades que não se têm nas demais normas jurídicas, como aquelas pertencentes ao critério quantitativo da obrigação tributária, que são a base de cálculo e alíquota.

Outro traço de rigor, presente na norma jurídica tributária, resulta naquele decorrente das limitações firmadas pela Constituição Federal quanto ao poder de tributar. Desse modo, impõe-se ao sistema tributário nacional, por determinação constitucional expressa, o estabelecimento de normas gerais em matéria de legislação tributária veiculadas por lei complementar (inciso III do art. 146).

Além disso, a norma tributária há de observar o caráter pessoal e a graduação segundo a capacidade econômica do contribuinte (§ 1º do art. 145). Além da vedação de instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proíbe-se qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos (inciso II do art. 150); tem-se ainda a proibição de cobrança de tributos: I) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado (alínea “a” do inciso III do art. 150); II) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou (alínea “b” do inciso III do art. 150), III) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou (alínea “c” do inciso III do art. 150).

Igualmente é vedado utilizar tributo com efeito de confisco (inciso IV do art. 150); estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público (inciso V do art. 150); instituir impostos sobre patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros; templos de qualquer culto; patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei; livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão; fonogramas e videofonogramas musicais produzidos no Brasil contendo obras musicais ou literomusicais de autores brasileiros e/ou obras em geral interpretadas por artistas brasileiros, bem como os suportes materiais ou arquivos digitais que os contenham, salvo na etapa de replicação industrial de

mídias ópticas de leitura a laser (alíneas “a” a “e” do inciso VI do art. 150, sendo que a alínea “e” foi incluída pela Emenda Constitucional 75/2013).

Ora, diante de tantas limitações – notadamente a da previsão de lei complementar para normas gerais em matéria tributária – não se pode ter como razoável a inexistência de limites quando da realização de uma das etapas da construção da norma jurídica tributária no plano da jurisdição constitucional, que é o da modulação, atualmente manejada ao sabor da plena liberdade pelo Supremo Tribunal Federal.

1.2.4 A sobreposição de normas tributárias na jurisdição constitucional e seus limites

A essa altura, pode-se afirmar que a norma jurídica tributária produzida no âmbito do controle de constitucionalidade também há de se submeter a limites, tendo em vista que a lei tributária sofre restrições quanto à sua produção, de modo que o Judiciário não pode, ao fiscalizar tal lei, simplesmente criar normas decorrentes do controle de constitucionalidade divorciadas de qualquer parâmetro, notadamente quando se põe em risco a segurança jurídica e a ampla defesa.

Esse fenômeno de sobreposição de normas – a bem lançada expressão de Robson Maia Lins⁶² induz até em termos simbólicos a dinâmica da substituição da lei pela norma produzida por interpretação na esfera jurisdicional –, verdadeira atividade de produção do intérprete constitucional derradeiro, a Suprema Corte, quando provocada para exercer o controle de constitucionalidade, se encaixa na categoria teórica firmada por Paulo de Barros Carvalho da *construção de sentido*, tendo em vista que, ao se deparar com o suporte do *enunciado prescritivo* da lei ou do ato normativo, o Supremo Tribunal Federal, atribuindo valores e técnicas de interpretação a tal enunciado, elabora verdadeira – e derradeira – *norma jurídica*, a entidade propriamente dita.

Essa norma jurídica produzida na jurisdição, após a conversão da expectativa do enunciado prescritivo em realidade normativa, sofre uma nova injeção definidora de sua validade, que consiste exatamente na modulação, cuja importância induz à necessidade de fixação de parâmetros para seu manejo. Sendo assim, a presente tese elegeu como categoria de adorno para tal ferramenta a tese firmada por Pontes de Miranda a respeito das cargas de eficácia das decisões judiciais, naquilo que denomino *teoria da preponderância das cargas de eficácia da decisão judicial*.

Unidas, essas duas categorias – a de Paulo de Barros Carvalho quanto à *construção de sentido da norma*, e a de Pontes de Miranda em relação às *cargas de eficácia* – se entrelaçam e fornecem amarras para delimitar a atividade do Supremo Tribunal Federal quando da produção da norma jurídica tributária no campo jurisdicional.

⁶² LINS, 2005, passim.

Para que esse formato se adeque à segurança jurídica e ao direito de defesa, a presente tese defende a necessidade da caracterização dessa eficácia como se fosse um objeto tridimensional, a fim de se compreender o que seria a *eficácia processual*; e também há de se estabelecer um vínculo entre a modulação e toda a atividade desenvolvida no controle de constitucionalidade, desde o seu início, em verdadeira *técnica processual da energia cinética*, nesse movimento gerado a partir da postulação da ação direta de inconstitucionalidade.

Esses são os limites que, a meu sentir, devem reger o método de modulação, por ocasião da feitura da norma jurídica tributária no controle de constitucionalidade, daí que é preciso refletir a respeito dos seguintes instrumentais jurídicos, imbricando-os uma vez que se estude suas peculiaridades: a eficácia da decisão judicial e a modulação no controle de constitucionalidade, para depois defender a técnica processual da energia cinética, apta a indicar diretrizes no uso da modulação.

2 A EFICÁCIA DA DECISÃO JUDICIAL

2.1 Eficácia processual ou eficácia da tutela jurisdicional

2.1.1 Efeitos, efetividade e eficácia no processo judicial

A linguagem como elemento criador da realidade mostra toda a sua força no direito processual, a partir da concepção do que viria a ser a eficácia da decisão judicial, inclusive com a posterior confusão – certamente não intencional – no tocante a outros dois termos assemelhados, quais sejam, efeitos e efetividade, a gerar equívocos em nevoeiro conceitual.

Convém lembrar quão recente é o Direito Processual em termos de estrutura científica⁶³ e, por isso, não se pode exigir tamanho rigor nessa jornada ainda vacilante em busca da precisão dos conceitos e das classificações.

Tome-se como exemplo o Direito Civil, que dispôs de confortáveis séculos para bem delinear seus institutos, bastando considerar que, somente o *direito romano*⁶⁴ – e que ainda hoje representa “admirável *instrumento de educação jurídica*”⁶⁵ – compreende mais de doze séculos de evolução, além de se ter o ressurgimento de seu estudo a partir do século XI na Europa, e com ampla recepção entre os séculos XIII e XV em “diversos países europeus, como na Alemanha, na França, na Espanha e em Portugal”.⁶⁶

⁶³ A obra *Die Lehre von den Processeinreden un die Processvoraussetzungen*, publicada em 1868, e traduzida para a língua espanhola com o título de *La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales*, é tida como marco inicial da firmação do Direito Processual como ciência, no âmbito da Europa ocidental, e ali defende Oskar Von Bülow que “El proceso es una relación jurídica que avanza gradualmente y que se desarrolla paso a paso” (Traducción de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Librería El Foro, página 10).

⁶⁴ Moreira Alves lembra que *direito romano* “é o conjunto de normas que regeram a sociedade romana desde as origens (segundo a tradição, Roma foi fundada em 754 a.C.) até o ano 565 d.C., quando ocorreu a morte do imperador Justiniano” (ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 1).

⁶⁵ ALVES, 2008, p. 2.

⁶⁶ *Ibid.*: p. 2; 59; 61. Moreira Alves demonstra a influência do direito romano no Brasil, ao salientar a observação de Abelardo Lobo segundo a qual “dos 1.807 artigos do Código Civil brasileiro de 1916, 1.445 têm raízes na cultura romana. Essa influência também se observa no atual Código Civil brasileiro, até porque reproduziu grande número de dispositivos do anterior” (*ibid.*: p. 3).

O Direito Processual, ao contrário, começa a se desenvolver como ciência na Europa somente no final do século XIX, e no início do século XX surgem os estudos de Chiovenda a respeito da coisa julgada, firmando-se a doutrina segundo a qual o trânsito em julgado da decisão representava a própria autoridade da sentença do juiz, de tal modo que, nessa autoridade, estaria a *eficácia* da decisão.⁶⁷

Mais tarde, Liebman passa a defender que a coisa julgada seria uma *qualidade* da decisão judicial, pois “um modo de ser e de manifestar-se dos seus efeitos, quaisquer que sejam, vários e diversos, consoante as diferentes categorias das sentenças”.⁶⁸ Tem-se aí as primeiras luzes a respeito da compreensão de que, tendo em vista a característica da sentença como ato jurídico dentro do processo, diversos são os *efeitos* desse ato, não sendo recomendável imbricar o conceito de coisa julgada com a própria noção de *eficácia*, o que, aliás, já fora objeto de estudo por Justiniano, conforme esclarece o próprio Liebman, ressaltando que o direito processual chegou a distinguir o *conteúdo* e os *efeitos* da sentença, ao classificar as sentenças em condenatórias, declaratórias e constitutivas.⁶⁹

Uma das consequências desses pensamentos no âmbito da doutrina processual foi o da prevalência do estudo da coisa julgada, colocando-se em segundo plano a análise da eficácia da sentença, até mesmo porque se entendia que o exame da coisa julgada seria suficiente para a delimitação da eficácia do comando judicial. Em outras palavras, a sentença eficaz seria aquela com trânsito em julgado e nada mais.

Essa é a justificativa histórica da não abordagem da diferença entre os termos *efeitos*, *efetividade* e *eficácia* no âmbito da doutrina tradicional. Eis que naquela alvorada doutrinária do direito processual, a sentença se mostrava eficaz quando transitava em julgado, de modo que a simplicidade do sistema conduzia à fusão desses conceitos, ou seja, a *eficácia* da sentença representava o *efeito* decorrente do trânsito em julgado, e assim o processo manifestava a limpidez de sua estrutura, na medida em que proporcionava às partes a segurança na obtenção do provimento jurisdicional, com o esgotamento de todos os meios de defesa e recursos inerentes à atividade processual.

⁶⁷ “Sulla cosa giudicata”, em *Saggi di diritto processuale civile*, conforme destaca Enrico Tullio Liebman em sua obra *Eficácia e autoridade da sentença*; tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio de Janeiro: Forense, 1945, p. 11.

⁶⁸ LIEBMAN, 1945, p. 16.

⁶⁹ *Ibid.*: p. 14.

Em contrapartida, a demora do processo comprometia a sua *efetividade*, quer dizer, o resultado nem sempre correspondia à expectativa de rápida solução do litígio, obrigando o legislador a elaborar um sistema de *tutelas cautelares* para garantir o resultado útil do processo, já que a executividade só se mostrava possível com a obtenção da coisa julgada.

Ocorre que, em determinados casos, as medidas cautelares eram insuficientes para acobertar o bem da vida em litígio, pois nem sempre era suficiente a adoção de meios formais para se resguardar a decisão futura – bloqueio de bens, sustação de cobrança, indisponibilidade de patrimônio etc. –; e muitas vezes se impunha a entrega material da própria tutela, ainda que provisoriamente, sob pena de esterilidade da medida quando de seu momento natural de eficácia, como nos casos de autorização para realização de cirurgia, fruição imediata do direito sob pena de perecimento etc.

Exatamente por isso, passou-se a exigir do arcabouço legislativo processual a previsão de meios concretos para tornar o processo *efetivo*, por insuficiência da reduzida fórmula de *eficácia* da decisão judicial relacionada à coisa julgada, bem como a previsão de medidas cautelares como paliativo válido para aplacar as dores do tempo.

Nesse sentido, a partir do final dos anos 1980,⁷⁰ a *efetividade* do processo começou a ser encarada como a disponibilidade de meios para tornar a decisão eficaz no momento processual adequado, proporcionando às partes mecanismos capazes de materializar o comando judicial – através dos meios de execução, inclusive os antecipados, como é o caso da execução provisória⁷¹ –, ou de resguardar a futura sentença, com a adoção de medidas

⁷⁰ Estabeleço como marco inicial na doutrina processual brasileira a afirmação dessa linha de pensamento, quando do lançamento da obra *A instrumentalidade do processo*, cuja primeira edição remonta o ano de 1987, onde Cândido Rangel Dinamarco passou a defender a garantia de um processo a serviço de uma ordem jurídica justa.

⁷¹ Código de Processo Civil de 1973: “Art. 588. A execução provisória da sentença far-se-á do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas: I - corre por conta e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os prejuízos que o executado venha a sofrer; II - o levantamento de depósito em dinheiro, e a prática de atos que importem alienação de domínio ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução idônea, requerida e prestada nos próprios autos da execução; III - fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior; IV - eventuais prejuízos serão liquidados no mesmo processo. § 1º No caso do inciso III, se a sentença provisoriamente executada for modificada ou anulada apenas em parte, somente nessa parte ficará sem efeito a execução. § 2º A caução pode ser dispensada nos casos de crédito de natureza alimentar, até o limite de 60 (sessenta) vezes o salário mínimo, quando o exequente se encontrar em estado de necessidade”. Essa redação do art. 588 foi dada pela Lei 10.444/2002, sendo que posteriormente tal artigo foi revogado pela Lei 11.232/2005, e a execução provisória passou a ser disciplinada pelo art. 475-0, incluído pela referida Lei 11.232/2005, do seguinte modo: “ Art. 475-O. A execução provisória da sentença far-se-á, no que couber, do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas: I – corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido; II –

cautelares ou similares, podendo até mesmo se antecipar à própria eficácia da decisão futura, a fim de que o resultado no processo pudesse ir ao encontro da expectativa do titular do direito.

Assim, a *efetividade* no processo não mais se limitava a garantir às partes o direito às tutelas de urgência, como também possibilitaria que os meios de execução fossem suficientes para a materialização do que se postulou, como nos casos de obrigação de fazer, nos quais não mais se resolve a inadimplência por perdas e danos, e sim mediante a aplicação de meios de coação para a concretização do comando judicial, prestigiando-se a concessão da tutela específica ou a adoção de providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.⁷²

Nesse contexto, é correto dizer que, ao se falar em *efeitos da sentença*, se está pretendendo dizer as *consequências naturais ou provocadas* a partir da edição daquele ato

fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidados eventuais prejuízos nos mesmos autos, por arbitramento; III – o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienação de propriedade ou dos quais possa resultar grave dano ao executado dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos. § 1º No caso do inciso II do *caput* deste artigo, se a sentença provisória for modificada ou anulada apenas em parte, somente nesta ficará sem efeito a execução. § 2º A caução a que se refere o inciso III do *caput* deste artigo poderá ser dispensada: I – quando, nos casos de crédito de natureza alimentar ou decorrente de ato ilícito, até o limite de sessenta vezes o valor do salário-mínimo, o exequente demonstrar situação de necessidade; II - nos casos de execução provisória em que penda agravo perante o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça (art. 544), salvo quando da dispensa possa manifestamente resultar risco de grave dano, de difícil ou incerta reparação. § 3º Ao requerer a execução provisória, o exequente instruirá a petição com cópias autenticadas das seguintes peças do processo, podendo o advogado declarar a autenticidade, sob sua responsabilidade pessoal: I – sentença ou acórdão exequendo; II – certidão de interposição do recurso não dotado de efeito suspensivo; III – procurações outorgadas pelas partes; IV – decisão de habilitação, se for o caso; V – facultativamente, outras peças processuais que o exequente considere necessárias”.

⁷² Código de Processo Civil de 1973: “Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. § 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. § 2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287). § 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada. § 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito. § 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial. § 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva” (*redação do “caput” dada pela Lei 8.952/1994, e §§ 1º ao 4º incluídos por tal Lei; redação dada ao § 5º pela Lei 10.444/2002; e § 6º acrescentado pela Lei 10.444/2002*).

judicial; ao surgir uma sentença judicial, geram-se vários *efeitos*, inclusive o da possibilidade de concretização do comando contido na sentença (*eficácia*).

O primeiro efeito da sentença é o do início do lapso temporal para a incidência do fenômeno da coisa julgada, que ocorre na hipótese da não apresentação do recurso em tempo hábil. Igualmente se dá o efeito do começo da contagem do prazo para a interposição do recurso de apelação. Outro efeito da sentença é o da submissão do julgado a um reexame obrigatório.⁷³

Também se enquadra como efeito da sentença o encerramento da atividade de julgamento do magistrado de primeiro grau, não se permitindo a modificação do julgado pelo próprio juiz, salvo: I) para lhe corrigir, de ofício ou a requerimento da parte, inexatidões materiais, ou lhe retificar erros de cálculo; II) por meio de embargos de declaração; III) em juízo de retratação, no caso de apelação dirigida contra sentença que indefere a inicial; IV) em juízo de retratação, na hipótese de sentença de improcedência liminar do pedido.⁷⁴

Por fim, incide na sentença o efeito da *eficácia* que, conforme já destacado, é a *concretização do comando contido no julgado*, sendo que essa eficácia pode ser: I) imediata e automática, independentemente de requerimento da parte, como é o caso das sentenças proferidas no mandado de segurança; II) imediata e condicionada à simples provocação da parte interessada;⁷⁵ III) imediata, desde que a parte ingresse com a *execução provisória da*

⁷³ Código de Processo Civil de 1973: “Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I - proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público; II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI). § 1º Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação; não o fazendo, deverá o presidente do tribunal avocá-los. § 2º Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor. § 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente” (*redação dada pela Lei 10.352/2001, e §§ 1º a 3º incluídos por tal Lei*).

⁷⁴ Código de Processo Civil de 1973: “Art. 463. Publicada a sentença, o juiz só poderá alterá-la: I - para lhe corrigir, de ofício ou a requerimento da parte, inexatidões materiais, ou lhe retificar erros de cálculo; II - por meio de embargos de declaração” (*redação dada pela Lei 11.232/2005*); “Art. 296. Indeferida a petição inicial, o autor poderá apelar, facultado ao juiz, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, reformar sua decisão” (*redação dada pela Lei 8.952/1994*); e “Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada. § 1º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação” (“*caput*” e § 1º incluídos pela Lei 11.277/2006).

⁷⁵ Pode-se dar como exemplo a ação de despejo por falta de pagamento, onde a parte vencedora, ainda que haja recurso de apelação, tem o direito de exigir o comando da sentença judicial, independentemente de execução da

sentença; IV) nas situações expressas em lei, dá-se o fenômeno da *eficácia diferida*, transferindo-se a eficácia da sentença para momento posterior, que tanto pode ser depois de julgada a apelação ou mesmo em face do surgimento do fenômeno da coisa julgada.

Portanto, a *eficácia*, que é *um dos efeitos da sentença*, está relacionada com a concretização do comando, ou seja, é a execução do julgado, embora seja mais adequado se falar em *concretizar* ao invés de *executar*, já que não somente a sentença condenatória pode ser eficaz, mas também a preponderantemente declaratória e a constitutiva.

É importante perceber a tendência do processo civil moderno de cada vez mais proporcionar a eficácia *imediate da sentença*, prestigiando-se a decisão do juiz de primeiro grau, deixando para casos restritos, e *expressamente previstos em lei*, a eficácia condicionada ao trânsito em julgado.

Ademais, atualmente essa eficácia pode ser antecipada, isto é, exteriorizada em momento processual anterior ao da prolação da sentença, respeitando-se os postulados básicos do processo, entre eles o do contraditório e o da ampla defesa, com a enorme vantagem de potencializar a carga de efetividade do sistema processual, na medida em que o futuro e quase certo comando judicial reconhecedor do direito da parte tenha sua eficácia garantida por antecipação. É exatamente aí que reside toda a força e a beleza do instituto moldado a partir de 1994, conhecido por *antecipação de tutela*,⁷⁶ fruto de um novo enfoque do que venha a ser a eficácia da sentença. Eis que a coisa julgada já não se mostra o único veículo condutor da possibilidade de tornar um julgado eficaz.

sentença, mas é preciso *manifestar o intuito de obter a eficácia da decisão* (inciso V do art. 58 e art. 63, ambos da Lei 8.245/91).

⁷⁶ Código de Processo Civil de 1973: “Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. § 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento. § 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. § 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A. § 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada. § 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento. § 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso. § 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado” (“*caput*” com a redação dada pela Lei 8.952/1994, incisos I e II, bem como §§ 1º, 2º, 4º e 5º incluídos por tal Lei; § 3º com a redação dada pela Lei 10.444/2002; e §§ 6º e 7º incluídos pela Lei 10.444/2002).

Na verdade, a eficácia da sentença passa a incidir no processo sem as barreiras anteriormente impostas de tempo (aspecto horizontal) ou profundidade (aspecto vertical), chegando mesmo a impor em certos casos a eficácia da sentença antes mesmo da sua existência – a antecipação da tutela– e, noutro extremo, a coisa julgada se mostra como condição de eficácia da sentença, bastando observar a exigência constitucional da coisa julgada para que seja eficaz a sentença contra o Poder Público, em situações definidas na Constituição Federal.⁷⁷

⁷⁷ Constituição Federal: “Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim. § 1º Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de *sentença judicial transitada em julgado*, e serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no § 2º deste artigo. (...) § 3º O disposto no *caput* deste artigo relativamente à expedição de precatórios não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em leis como de pequeno valor que as Fazendas referidas devam fazer em virtude de *sentença judicial transitada em julgado*” (*redação dada pela Emenda Constitucional 62/2009 – grifo nosso*)”.

2.1.2 A eficácia no plano horizontal: momentos de seu surgimento

Diversos são os momentos processuais em que surge a eficácia da sentença, pois tal fenômeno é concebível antes mesmo do julgamento e até depois da incidência da coisa julgada, podendo-se imaginar a eficácia como um satélite natural do processo, girando constantemente em torno da ação, sendo admissível seu manejo a qualquer tempo, desde que preenchidos os requisitos próprios de cada momento processual.

Assim, no plano horizontal, imaginando-se o processo como uma linha reta, que tem início na postulação e término na formação da coisa julgada, percorrendo-se as diversas fases processuais (defesa, instrução, recurso etc.), a eficácia há de estar presente, e sua concretização dependerá do cumprimento satisfatório das exigências processuais delineadas para cada momento onde tal fenômeno se torne viável.

Configura-se interessante que sempre estarão em jogo, nessa análise da incidência da eficácia, valores processuais adequados para cada momento, como a segurança jurídica, a efetividade e a preocupação em se evitar o dano, de modo a gerar um reflexo na profundidade ou grau de extensão dessa eficácia.

Uma vez que a eficácia surge quando a segurança jurídica é o valor relevante – como na decisão que transitou em julgado – o grau de irreversibilidade da eficácia exprime-se na característica maior do fenômeno. O mesmo não se pode dizer quando a eficácia é antecipada, porque nesse caso o valor jurídico correspondente torna-se o da efetividade ou a preocupação em se evitar o dano e, na ausência de uma segurança jurídica, o grau de eficácia há de ser mitigado, a ponto de torná-la provisória e passível de modificação posterior.

Os momentos processuais do surgimento da eficácia da decisão judicial seriam: I) quando da incidência do fenômeno da coisa julgada e decorrido do prazo de ação rescisória ou a improcedência desta; II) com a verificação do fenômeno da coisa julgada, mas no lapso de tempo ainda passível de interposição da ação rescisória ou estando tal rescisória em fase de julgamento; III) depois de prolatada a sentença de primeiro grau, como consequência imediata do julgado ou na fase de execução provisória; IV) antecipadamente, utilizando-se de uma das hipóteses previstas no art. 273 do Código de Processo Civil.

2.1.3 A eficácia no plano vertical: sua profundidade ou grau de extensão

Além do momento processual de incidência da eficácia (plano horizontal), tem-se a verticalidade do fenômeno, de acordo com a profundidade ou grau de extensão da medida.

No tocante à eficácia decorrente da coisa julgada, quando inclusive já restou ultrapassado o prazo da ação rescisória, ou mesmo que tenha sido interposta, já se obteve o julgamento desfavorável da pretensão rescindenda, tem-se aí a eficácia plena e imodificável, com a característica da impossibilidade de sua sustação, não havendo remédio jurídico capaz de evitar tal eficácia.

Algo semelhante ocorre na eficácia quando já se tem a coisa julgada, mas ainda resta o lapso de tempo autorizador do ingresso da ação rescisória ou então quando se está naquele momento de interposição da rescisória e aguardando o seu julgamento. É possível então se falar em eficácia quase absoluta, já que pode o julgado sofrer alteração por meio de uma suposta procedência da ação rescisória. É exatamente por isso que se admitiu a sustação da eficácia, mediante provimento cautelar preparatório ou incidental na própria ação rescisória, conforme admitiu o Supremo Tribunal Federal antes mesmo da previsão legal a respeito.⁷⁸

Quando a eficácia surge diante da autoexecutoriedade da sentença, ou mesmo quando a eficácia decorre de simples pedido depois de prolatada a decisão judicial, ou ainda quando do ingresso da execução provisória, tem-se nesses casos o fenômeno da eficácia condicional sujeita à confirmação ulterior, revelando, portanto, sua natureza precária.

Diz-se eficácia condicional considerando que, em tais situações, a parte assume o risco em virtude de uma possível modificação da sentença, por esse motivo o legislador criou mecanismos para abrandar o alcance da eficácia, tais como: a atribuição de responsabilidade ao exequente a reparar os prejuízos que o executado venha a sofrer, o levantamento de

⁷⁸ Em PET 2.487-SP, relator Ministro Carlos Velloso, julgado em 19/2/2002. Posteriormente, com o advento da Lei 11.280/2006, que deu nova redação ao art. 489 do Código de Processo Civil de 1973, passou-se a ter previsão em lei de autorização do uso de medidas cautelares ou de antecipação da tutela para impedir o cumprimento da sentença ou do acórdão rescindendo. Código de Processo Civil de 1973: “Art. 489. O ajuizamento da ação rescisória não impede o cumprimento da sentença ou acórdão rescindendo, ressalvada a concessão, caso imprescindíveis e sob os pressupostos previstos em lei, de medidas de natureza cautelar ou antecipatória de tutela” (*redação dada pela Lei 11.280/2006*).

depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienação de domínio ou dos quais possa resultar grave dano ao executado somente depois de se oferecer caução idônea.⁷⁹

Por fim, quando se tem a eficácia antecipada, ou seja, a possibilidade de se concretizar o comando de uma possível e futura sentença, antes mesmo de sua prolação, é exatamente nessa hipótese que se tem a eficácia em seu plano vertical com menor grau de profundidade, e em consequência se cuida de eficácia provisória e passível de modificação a qualquer tempo, inclusive pelo próprio juiz que concedeu tal benefício.⁸⁰

A concessão dessa eficácia pressupõe o pleno atendimento de rígidos requisitos processuais, pela razão óbvia de sua precariedade, cuidando o legislador de sistematizar mecanismos de sustação de tal eficácia, que vão desde: I) a utilização do agravo de instrumento contra a decisão que concede a antecipação da tutela, possibilitando ao relator do recurso o estancamento do fluxo de eficácia;⁸¹ II) passando pela previsão de ferramentas de contracautela, no que ficou conhecido como *suspensão de segurança*, dando poderes ao presidente do Tribunal, ao qual está vinculado o juiz que concede a antecipação da tutela, no sentido de sustar a medida antecipatória;⁸² III) chegando ao ponto da limitação dos casos de concessão de tutela antecipada, impedindo-se o deferimento da medida que gere a irreversibilidade⁸³ ou ainda restringindo seu uso contra a Fazenda Pública.⁸⁴

⁷⁹ Isso consta no já destacado art. 475-O do Código de Processo Civil de 1973.

⁸⁰ Dispõe do § 4º do art. 273 do Código de Processo Civil de 1973 que “a tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada”.

⁸¹ Art. 527, III, do Código de Processo Civil de 1973.

⁸² Vide as Leis 4.348/1964, 8.437/1992 e 9.494/1997.

⁸³ Código de Processo Civil de 1973: “Art. 273. [...] § 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”.

⁸⁴ Não se pode conceder a tutela antecipada – seja total ou parcial –, nas seguintes situações: a) quando o servidor público visa a reclassificação, equiparação a outro servidor público, aumento ou extensão de vantagens, somente podendo ser executada a decisão depois de transitada em julgado; b) nos casos de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias a servidor público federal, da administração direta ou autárquica, e a servidor público estadual e municipal; c) contra atos do Poder Público, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal. É o que dispõe Lei 9.494/1997, ao determinar em seu art. 1º que “aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992”.

2.1.4 A eficácia no plano do cumprimento: o elemento identificador da natureza do comando contido na decisão judicial

Após perceber que a eficácia se apresenta em seu aspecto vertical (momento de seu surgimento) e horizontal (grau de cognição em seu manejo), chega-se a um terceiro elemento, essencial para a configuração desse fenômeno no processo: a eficácia no plano do cumprimento, onde se terá de atribuir o elemento identificador da *natureza* do comando contido na decisão judicial.

Explico.

Existem diversos momentos na ação judicial, que vão desde a sua escolha até a solução final, com o trânsito em julgado da decisão judicial e a concretização do comando contido naquela decisão, de modo definitivo – salvo se houver a interposição de outra ação, a rescisória –, e, nesses momentos, se tem uma relação correspondente ao próprio ato, de modo que não se pode simplificar o fenômeno da ação, estabelecendo uma simples conexão entre o agir e o momento da postulação no plano jurisdicional o que, aliás, levou Goldschmidt a afastar a simplória percepção de que um processo judicial se traduziria em única relação jurídica, defendendo a existência de *situações jurídicas* no processo – Liebman, a propósito, no início dos anos 1950, defendia a natureza dinâmica do direito processual civil, por regular um mecanismo jurídico em movimento.⁸⁵

Em sintonia com essas premissas, pode-se dizer que, no direito processual, considerando cada fase de desenvolvimento das diversas relações jurídicas que surgem no processo, a ação adquire novas e diferentes texturas na roupagem da jurisdição, a depender da necessidade que se impõe para a materialização de direitos, deveres e ônus, nessa trajetória do processo.

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 futura decisão judicial, ao que ele denominava de “energia automática da resolução judicial”:⁸⁶

⁸⁵ “Il diritto processuale civile ha inoltre natura dinamica, perché regola un meccanismo giuridico in movimento” (*Manuale di Diritto Processuale Civile – Principi*. Sesta Edizione. Milano: Giuffrè Editore, 2002, p. 35).

⁸⁶ MIRANDA, Pontes de. *Tratado das Ações*. Tomo I – Ação, Classificação e Eficácia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 160.

Quando se propõe uma ação, qualquer que seja, exerce-se a pretensão pré-processual, que é a *pretensão à tutela jurídica*, pois o Estado, desde que se estabeleceu o monopólio estatal da Justiça, a essa tutela se vinculou, e exerce-se, com o remédio jurídico processual adequado, a ação de direito material. Às vezes se chama ação ao remédio jurídico processual (*e.g.*, ação ordinária, ação sumária), o que leva a equívocos, devido à ambiguidade. *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.⁸⁷

Conclui então Pontes de Miranda:

A preocupação da ciência do direito até há pouco [*a obra é de 1970*] foi a de conceituar as ações e classificá-las como se cada uma delas só tivesse uma eficácia: uma fosse declarativa; outra, constitutiva; outra, condenatória; outra, mandamental; outra, executiva. [...]. Não 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 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.⁸⁸

Eis a complexidade das relações jurídicas decorrentes da ação, em doutrina por demais adiantada no tempo para o momento vivenciado pelo direito processual brasileiro, no qual se adotava àquela época – e com inacreditável persistência mesmo nos dias de hoje – a visão restrita da ação, identificando-a somente com o momento da postulação. Essa classificação das ações, tendo como referência o fenômeno da *eficácia*, adornava com moldura de relevância o efeito da decisão judicial nas relações jurídicas intersubjetivas do processo.

Araken de Assis, além de destacar a importância dessa classificação das ações de Pontes de Miranda em suas cargas de eficácia, desdobra os *graus de eficácia* sob a identificação de adjetivos que apontam a eficácia preponderante e as demais que gravitam em torno dos efeitos da decisão, denominando-as de *eficácia principal*, *eficácia imediata*, *eficácia mediata* e *eficácia secundária*, lembrando o seguinte:

⁸⁷ MIRANDA, 1970, p. 94; 95.

⁸⁸ *Ibid.*: p. 117; 124.

[...] nenhuma ação nasce pura. Ela representa um conjunto de eficácias, em que uma delas, localizada pela aspiração maior do autor, desponta como principal. Mas este feixe de eficácias se decompõe como a luz solar no espectro. Uma dessas eficácias, porque preponderante, decide a inclusão da sentença na classe adequada.⁸⁹

Essa inclusão da sentença na classe adequada, de acordo com a energia automática de sua resolução, representa o *comprimento da eficácia*, e que corresponde à verificação de determinada *unidade fundamental* para a exata percepção do alcance da decisão judicial, considerando ainda as outras duas referências – a postulação e a sentença.

É justamente aí onde se deve utilizar a *teoria da preponderância das cargas de eficácia*, elaborada por Pontes de Miranda em sua perspectiva quinária das possíveis energias capazes de identificar o alcance das decisões judiciais, quais sejam, declarativa, constitutiva, condenatória, mandamental e executiva.

⁸⁹ ASSIS, Araken de. *Execução civil nos juizados especiais*. 5. ed., revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 29.

2.1.5 A eficácia, esse objeto tridimensional autoportante

Propositadamente, faz-se uma projeção de um conceito emprestado da Física Mecânica em relação aos objetos, para identificar o que seja a *eficácia processual*: um *objeto tridimensional*, tendo em vista a incidência dos três elementos identificadores dessa perspectiva: I) a largura, correspondente ao momento em que se exterioriza a eficácia, em faixa horizontal que vai desde a postulação até o trânsito em julgado; II) a altura, relativa à medição da cognição que se faz ao atribuir a eficácia à decisão, que pode ser superficial na eficácia provisória e profunda quanto à verticalidade na eficácia definitiva; III) e, por fim, o comprimento, que seria a atribuição do elemento identificador da natureza da eficácia, se declarativa, constitutiva, condenatória, mandamental ou executória.

Esse sentido de *compridez da eficácia*, por acréscimo às outras duas dimensões (largura e altura), impõe uma *sensação de relevo*, resultando na importância de percebê-lo nessa estrutura visivelmente capaz de *dar suporte a outra estrutura*, porque a eficácia acaba por dar sentido à modulação. Ela a ampara, ergue, sustenta, por isso se diz que a eficácia, nessa concepção de sua exteriorização quanto à largura, altura e comprimento, consiste num *objeto tridimensional autoportante*.⁹⁰

Exatamente a partir dessa perspectiva de se encarar a eficácia processual e sua feição tridimensional autoportante, composta pelo *comprimento* como elemento essencial em sua estrutura, é que não se pode atribuir a esse fenômeno processual a feição de mero *complemento* da decisão.

A eficácia não deve ser trabalhada como simples adendo ao pronunciamento jurisdicional, mas infelizmente esse tem sido o foco apontado pelo Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade, na medida em que estabelece um *rompimento* desse equilíbrio tridimensional da eficácia, mediante uma técnica de *modulação* totalmente separada do vínculo indissociável entre a decisão e suas cargas de eficácia correspondentes.

⁹⁰ Utiliza-se um termo próprio da arquitetura – *estrutura portante* – como sendo aquilo que tem função estrutural e que suporta *outras estruturas*. Roberto Nehme afirma que, “Como ressalta Martí Arís, *na arquitetura tradicional, a estrutura portante se identifica com o esquema distributivo e ambos predeterminam o sistema de acesso e os modos de relação com o exterior*. Se trata de um todo monolítico em que os componentes são inseparáveis, havendo um total acordo e sobreposição entre todos os subsistemas” (NEHME, Roberto. *A valorização do aspecto construtivo, o terceiro Vilanova Artigas*. Dissertação [mestrado]. Universidade Federal do Rio Grande do Sul: Porto Alegre, 2012, p. 35).

Impõe-se, agora, esmiuçar o pensamento daquele que influenciou diretamente e feitura da exuberante *Teoria das Ações*, de Pontes de Miranda: Georg Kuttner.

2.2 A preponderância das cargas de eficácia nas decisões judiciais

2.2.1 A doutrina embrionária de Kuttner, muito comentada no Brasil e provavelmente pouco ou jamais lida, a respeito da eficácia da tutela jurisdicional

A construção da doutrina da eficácia relacionada ao processo, registrada na densa *Teoria das Ações*, de Pontes de Miranda⁹¹, contém de modo expresso o indicativo de sua origem, qual seja, o pensamento firmado por Georg Kuttner, na Alemanha do início do Século XX. Em vários livros de direito processual, aliás, é usual a referência a esse autor germânico, ao se abordar a questão das tutelas mandamentais. O curioso, porém, é que a obra de Kuttner não consta na bibliografia dos autores que fazem menção às suas ideias.

Intrigava-me esse aspecto, ao me deparar com a referência às tutelas mandamentais, pois desconhecia os motivos pelos quais aquele autor, embora lembrado, seu livro não constasse nas referências bibliográficas. Após exaustiva pesquisa, verifiquei que, ao que tudo indica, Kuttner é muito comentado e pouco ou jamais lido, ao menos no Brasil, simplesmente porque não se tem – até onde foi possível realizar minha investigação – a tradução de seu livro *Urteilswirkungen ausserhalb des Zivilprozesses* para o português, o espanhol ou qualquer outra língua latina, a permanecer intacta a versão do texto em alemão e, portanto, acessível somente aos que dominavam o idioma tedesco, como era o caso de Pontes de Miranda.

Ao adquirir a obra em fac-símile, com a devida reprodução e autenticação da *Scientia Verlag Aalen*,⁹² passei a compreender melhor o porquê de sua não exploração em termos de leitura por parte dos que fazem referência aos argumentos de Kuttner: a obra é escrita em

⁹¹ A *Teoria das Ações*, como já se destacou, é formada por sete volumes (tomo I a tomo VII), cuja edição do tomo I se deu em 1970, e o último tomo foi publicado em 1978. *Tratado das ações*. Tomo I: ação, classificação e eficácia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970; *Tratado das ações*. Tomo II: ações declarativas. 1. ed. 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974; *Tratado das ações*. Tomo III: ações constitutivas. 1. ed. 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974; *Tratado das ações*. Tomo IV: ações constitutivas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973; *Tratado das ações*. Tomo V: ações condenatórias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. *Tratado das ações*. Tomo VI: ações mandamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976; *Tratado das ações*. Tomo VII: ações executivas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

⁹² KUTTNER, Georg. *Urteilswirkungen ausserhalb des Zivilprozesses*. Neudruck der ausgabe münchen 1914. München: Scientia Verlag Aalen, 1971.

alfabeto gótico alemão, a exigir esforço ainda maior de leitura, mesmo daqueles que dominam a língua alemã.

Assim, após contratar uma profissional de tradução, capaz de verter em português as mensagens registradas naquele alfabeto gótico da língua germânica,⁹³ pude constatar a preciosidade do livro, concluído em 1912 e publicado somente no final de 1913, numa Alemanha onde se mostrava estranho tentar vincular as *autoridades públicas* (notadamente as *tributárias*) à *jurisdição de tribunais*, considerando a existência da *jurisdição administrativa*, aspecto fundamental para compreender a inovação das ideias ali defendidas.⁹⁴

Kuttner lembra, inclusive, que em 1864 Otto Wärr já sonhava com uma onipotência dos tribunais civis, com a subordinação de todas as autoridades às suas decisões, tendo como parâmetro a Inglaterra e os Estados Unidos da América, onde se podia efetivamente falar em Estado de Direito, uma vez que ali não se previa uma *jurisdição administrativa autônoma*, ao contrário da Alemanha.⁹⁵

Precisamente na tentativa de demonstrar que essa jurisdição alcança a todos, inclusive a Administração Pública, por causa da força imanente à toda decisão judicial, é que Kuttner acaba desenvolvendo uma doutrina na qual defende a necessidade de se atribuir à sentença judicial uma *força jurídica própria*, que seria um dos *efeitos (mirtungen)* daquela decisão, qual seja, o da *eficácia (urteilswirkung)*.⁹⁶

É instrutivo percorrer o raciocínio de Georg Kuttner, para apreender exatamente a dimensão do que ele atribuiu à questão da *eficácia* no âmbito da jurisdição, partindo da importante observação segundo a qual, na Alemanha do alvorecer do século XX, mesmo com o Código Civil vigente desde 1900 (o BGB, *Bürgerliches Getzbuch*), ainda representava um

⁹³ Registre-se o elogiável trabalho realizado pela tradutora Sara Baldus, de Mato Grosso, que prontamente aceitou o desafio. Doravante, todos os trechos transcritos da obra *Urteilswirkungen ausserhalb des Zivilprozesses* (A eficácia do julgamento fora do Processo Civil), serão feitos em português, em tradução livre da mencionada profissional.

⁹⁴ KUTTNER, 1971, p. 189, p. 1; e com especial ênfase no campo tributário, p. 189.

⁹⁵ *Ibid.*: p. 8.

⁹⁶ Nesse ponto, conforme me esclareceu a tradutora, o termo *mirtungen* corresponde literalmente à palavra *efeitos* na língua portuguesa, ao passo que *urteilswirkung* se aproximaria mais do que se entende por *eficácia*, já que *wirkung* indica a consequência de algo, e com a junção da palavra *urteile* (sentença), ter-se-ia então uma consequência própria da sentença (*urteilswirkung*); e na visão de Kuttner, essa consequência seria justamente a *força* inerente ao ato jurisdicional (KUTTNER, 1971, p. 8).

problema compreender o alcance dos julgamentos dos tribunais cíveis para outros órgãos do poder estatal, uma vez que àquela época:

A literatura do direito processual se manteve acalmada até há pouco tempo com a opinião de que, na verdade, os efeitos de julgamentos só chegariam a se desenvolver durante o processo de reconhecimento de um novo processo civil, e que por isso, o único destinatário daquelas normas de direito que regulamentam os efeitos de julgamentos, não seria ninguém mais a não ser o juiz de um segundo processo civil. Por isso, o interesse principal orientou-se mais à questão para quais pessoas privadas (além das partes envolvidas no processo) o julgamento “exerce seu efeito”, do que à questão sobre quais autoridades estão realmente “vinculadas” ao julgamento.

[...] quais são os efeitos que o julgamento exerce perante todos os demais órgãos do Estado, ao colocar no mundo relações de direito de caráter público e determinado o teor entre o subordinado à justiça e o poder do Estado? Apenas quem não perder de vista o caráter de Estado de Direito do julgamento pode ter a esperança de entender corretamente a multiplicidade das eficácias do julgamento no vasto cosmo vivo da justiça.⁹⁷

Esse aspecto se tornava mais dramático quando a matéria envolvia direito tributário, pois “foi principalmente Hellwig quem se posicionou contra a vinculação das autoridades tributárias a julgamentos civis”.⁹⁸

Desse modo, refletir sobre tal problema era algo muito pertinente, tendo em vista que o entendimento majoritário naquele cenário era o de considerar a eficácia do julgamento de um tribunal cível em relação a um tribunal administrativo, unicamente quanto à produção da prova, ou seja, só seria possível um mero “aproveitamento do julgamento no campo da consideração real da prova, como meio de prova para formar a convicção da autoridade examinadora”⁹⁹ da decisão, no âmbito administrativo.

O mais grave para Kuttner, era constatar que a literatura jurídica se contentava “em atribuir esse fenômeno a uma eficácia”,¹⁰⁰ por isso chamava a atenção para a grave consequência dessa perspectiva:

⁹⁷ Ibid.: p. 2; 3.

⁹⁸ Ibid.: p. 189.

⁹⁹ KUTTNER, 1971, p. 6.

¹⁰⁰ Ibid.: p. 6.

[...] desde a estruturação mais refinada da organização interna do Estado nas últimas décadas, nos encontramos num período de descentralização progressiva do sistema judiciário.

Desde que inúmeras ramificações das atividades administrativas se desvincilharam de sua antiga ligação com a justiça, desde a criação da jurisdição administrativa, desde a abertura de áreas do direito completamente autônomas, como por exemplo, os assuntos de patentes e os assuntos do seguro de empregados, desde a ampliação dos processos da jurisdição voluntária com base nas leis do império, nos encontramos num desenvolvimento de crescente multiplicação das espécies de autoridades e das especializações sempre crescentes das funções estatais a eles conferidas. Com isso, o apreço da justiça civil não aumentou nem um pouco.¹⁰¹ [...]

Para quais finalidades deve então prestar o sistema de justiça civil com suas garantias de proteção obtidas com tanto esforço e consolidadas com tanto cuidado? Se toda autoridade deve estar autorizada a se colocar livremente acima da eficácia de um julgamento cível, no julgamento de uma relação de direito privado que, no seu entender seria prejudicial para suas decisões, então isto significa colocar a anarquia do direito no lugar da imprescindível segurança de direito e deixar arruinar as tão valiosas garantias de direito do processo civil perante a arbitrariedade de qualquer funcionário público que não seja integrante do direito processual. O ato de processar decairia ao nível de um esporte sem finalidade.¹⁰²

É exatamente a partir dessas reflexões que Kuttner abre um capítulo de sua obra dedicado a analisar os *diferentes tipos de eficácia do julgamento*, acendendo a tênue chama da compreensão futura de que uma decisão judicial possui, de fato, várias modalidades de eficácia, inclusive aquelas que identificam a própria natureza da decisão, limitando o alcance de seu conteúdo, conforme brilhantemente doutrinou Pontes de Miranda aqui no Brasil.

Sobressai, exatamente nesse capítulo da obra de Kuttner, a expressão *mandado (anordnung)* como uma das *forças jurídicas materiais* da sentença, ao lado da *declaração*, da *constituição* e da *condenação*, antecipando-se em muito à percepção de que a eficácia da decisão judicial não se restringe à conhecida *visão ternária da classificação das sentenças ou da ação*, tão ao gosto dos processualistas brasileiros e largamente utilizada como parâmetro em nosso Direito Processual Civil, por longos anos, e ainda hoje com sabor de persistência.

¹⁰¹ Ibid.: p. 8.

¹⁰² Ibid.: p. 9.

Ancorado em Kuttner, seis décadas depois Pontes de Miranda desperta a atenção para o fato de que a eficácia de uma decisão também pode ser *mandamental*, e defende outra modalidade de eficácia, denominada de *executiva*, concluindo ser mais adequado falar em *cinco modos de eficácia* possíveis de se exteriorizar na sentença. Daí a famosa *teoria quinária da ação*, a ser esmiuçada mais adiante.

Eis o trecho da obra de Kuttner no qual se inicia o caminho da defesa do fenômeno da eficácia mandamental:

O efeito típico que cabe a cada julgamento depois que sua força jurídica entra em vigor, seja o efeito sobre a rejeição de uma queixa, sobre a constatação, sobre a condenação, sobre a constituição e sobre o mandado, é a sua força jurídica material, ou seja, na decisão de mérito, o efeito da declaração autoritária da vontade do Estado de que o direito subjetivo declarado pelo autor da queixa, a ser julgado, é procedente ou improcedente.¹⁰³

Possui tamanha importância essa aparentemente simples observação, que a não percepção da carga mandamental, no âmbito do direito processual brasileiro, levou o legislador dos Códigos de Processo Civil de 1939 e de 1973 – as duas primeiras codificações processuais, antes da chegada do Código de Processo Civil de 2015 – a prescrever, em suas redações originais, a respeito da impossibilidade de o juiz conceder medidas interferindo no âmbito da vontade das partes.

Ou seja, vedando-se a imposição de uma autêntica obrigação de fazer, aplicando-se tão somente as denominadas técnicas de ressarcimento, resolvendo-se a questão em perdas e danos,¹⁰⁴ exatamente pela míope concepção de que não existiria uma eficácia mandamental no

¹⁰³ KUTTNER, 1971, p. 17; 18.

¹⁰⁴ Código de Processo Civil de 1939: “Art. 998. Se a execução tiver por fim a prática ou abstenção de qualquer ato, ou a prestação de serviço, citar-se-á o condenado para cumprir a condenação no prazo que a sentença determinar, ou no fixado pelo juiz, após arbitramento, se necessário. Art. 999. Se o executado não prestar o serviço, não praticar o ato ou dele não se abster no prazo marcado, o exequente poderá requerer o pagamento da multa ou das perdas e danos, prosseguindo a execução nos termos estabelecidos para a de pagamento de quantia em dinheiro líquida, ou ilíquida, conforme o caso”. Código de Processo Civil de 1973: “Art. 461. A sentença deve ser certa, ainda quando decida relação jurídica condicional. [...] Art. 632. Quando o objeto da execução for obrigação de fazer, o devedor será citado para cumprir o julgado no prazo que o juiz lhe assinar, se outro não estiver já determinado. Art. 633. Se, no prazo fixado, o devedor não satisfizer a obrigação, é lícito ao credor, nos próprios autos do processo, requerer que ela seja executada à custa do devedor, ou haver perdas e danos; caso em que ela se converte em indenização. Parágrafo único. O valor das perdas e danos será apurado em liquidação, seguindo-se a execução para cobrança de quantia certa” (redação original dos arts. 461, 632 e 633).

âmbito das decisões judiciais, mas tão somente as três eficácias tradicionalmente aceitas: a declaratória, a constitutiva e a condenatória.

Somente a partir da edição da Lei 8.952/1994, ao modificar a redação do art. 461 do Código de Processo Civil de 1973, e o posterior reforço dado pela Lei 10.444/2002, firmou-se a possibilidade de o juiz conceder a tutela mandamental, inclusive com poderes amplos de execução no próprio processo de conhecimento.¹⁰⁵ O termo *mandamental* só veio a ser inserido de modo expresso na legislação processual com o advento da Lei 10.358/2001, ao se referir aos *provimentos mandamentais*.¹⁰⁶ A partir daí, não se pode mais falar em classificação *ternária* das sentenças (declaratória, constitutiva e condenatória). Eis que finalmente a lei abraçou a teoria *quinária* das sentenças de Pontes de Miranda (declarativa, constitutiva, condenatória, mandamental e executiva).

O Código de Processo Civil de 2015 mantém essa opção teórica, porquanto utiliza o termo *mandamental* em seu texto, e até com mais ênfase, em diversos dispositivos.¹⁰⁷

¹⁰⁵ Código de Processo Civil de 1973: “Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. § 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. § 2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287). § 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada. § 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito. § 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial. § 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva (redação do *caput* dado pela Lei 8.952/1994, que também incluiu os §§ 1º a 4º; a Lei 10.444/2002 incluiu os §§ 5º e 6º)”.

¹⁰⁶ Código de Processo Civil de 1973: “Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: [...] V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final” (redação do *caput* e inclusão do inciso V, ambas realizadas pela Lei 10.358/2001).

¹⁰⁷ Código de Processo Civil de 2015: “Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] V - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária; [...] Art. 380. Incumbe ao terceiro, em relação a qualquer causa: I - informar ao juiz os fatos e as circunstâncias de que tenha conhecimento; II - exhibir coisa ou documento que esteja em seu poder. Parágrafo único. Poderá o juiz, em caso de descumprimento, determinar, além da imposição de multa, outras medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias. [...] Art. 400. Ao decidir o pedido, o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar se: I - o requerido não efetuar a exibição nem fizer nenhuma declaração no prazo do art. 398; II - a recusa for havida por ilegítima. Parágrafo único. Sendo necessário, o juiz pode adotar medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias para que o documento seja exibido. [...] Art. 403. Se o terceiro, sem justo motivo, se recusar a

Kuttner anteviu toda essa técnica ao analisar a eficácia do julgamento, agregando às tutelas de declaração, de condenação e de constituição, a tutela mandamental (*anordnung*), defendendo a possibilidade de “declaração da autoridade da vontade do Estado”¹⁰⁸ como elemento integrante da força jurídica material da decisão de mérito, arrematando o seguinte:

A força jurídica material constitui a pedra de toque final que coroa a relação processual de caráter publicístico, na qual estão envolvidas, por um lado, as partes que buscam a proteção legal e, por outro, o Estado que concede a proteção legal: como titular da soberania da justiça, o Estado processa e conclui, por meio da força jurídica material, essa relação criada entre ele e as partes, declarando de modo autoritário a sua vontade sobre o que deve ser cumprido dali em diante no que se refere à existência da relação de direito privado levado a julgamento. Por isso, as normas da força jurídica material se situam numa dimensão bem diferente do pensamento jurídico em comparação às normas do direito privado: essas dão informações sobre como qualquer cidadão deve se comportar perante seu próximo; as normas da força jurídica material, porém, pertencem aos imperativos da lei, que determinam como os órgãos do poder do Estado devem se comportar no exercício de seus direitos de soberania do Estado perante o cidadão e, de modo inverso, como o cidadão está situado em seus direitos perante os órgãos do Estado¹⁰⁹.

Por esse motivo que, após se referir aos julgamentos de natureza constitutiva como sendo aqueles nos quais se dá “a alteração da situação legal de direito privado até então existente”,¹¹⁰ passa a defender a existência de um tipo de decisão bastante diferenciada das demais, que seria aquele denominado por ele de julgamento mandamental (*anordnungsurteile*), para diferenciar de julgamento declaratório (*feststellungsurteile*), julgamento condenatório (*leistungsurteile*) e julgamento constitutivo (*gestaltungsurteile*),¹¹¹ através das seguintes lições, bastante inovadoras à época de seu lançamento, inclusive a de que a sentença mandamental deveria ser classificada como categoria autônoma:

efetuar a exibição, o juiz ordenar-lhe-á que proceda ao respectivo depósito em cartório ou em outro lugar designado, no prazo de 5 (cinco) dias, impondo ao requerente que o ressarça pelas despesas que tiver. Parágrafo único. Se o terceiro descumprir a ordem, o juiz expedirá mandado de apreensão, requisitando, se necessário, força policial, sem prejuízo da responsabilidade por crime de desobediência, pagamento de multa e outras medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar a efetivação da decisão”.

¹⁰⁸ KUTTNER, 1971, p. 18.

¹⁰⁹ Ibid.: p. 19.

¹¹⁰ Ibid.: p. 19; 20.

¹¹¹ Ibid.: p. 21.

As sentenças mandamentais se diferenciam de sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e sentenças constitutivas por tantas diferenças importantes, que só se consegue compreender a sua particularidade se, no sistema de processo, as classificarmos como sendo uma quarta categoria autônoma, ao lado dos três tipos definidos de sentenças declaratórias, sentenças de prestação e sentenças constitutivas.

[...] para citar alguns exemplos do Direito francês: *Le jugement de rectification d'un acte de l'état civil*, isto é, o julgamento que dá ordens (“ordonne”) ao escrivão para realizar determinado registro no registro civil (Code civ. Art. 99-101; Code de procéd. Art. 855-858), além disso, *le jugement qui ordonne la radiation d'une inscription hypothécaire* (Code civ. Art. 2157–2161; Code de procéd. Art. 548), ou seja, o julgamento onde se ordena ao oficial do registro de hipotecas a exclusão do registro de uma hipoteca de seus registros; igualmente o julgamento que ordena ao órgão responsável pela guarda de depósitos (em Paris, *Le directeur de La Caisse des dépôts et consignations*, nos *Departements les trésoriers-payeurs généraux*) para que seja efetuado para determinada pessoa o pagamento de seu dinheiro ali depositado. Para todos esses órgãos públicos, o Code de procédure Art. 550 determina que depois que o julgamento estiver disponível na forma ali prescrita: “*ils seront tenus de satisfaire au jugement*”.

O julgamento mandamental diferencia-se do julgamento condenatório principalmente pelo fato de que a ordem do juiz de processo não declara uma ordem de prestação para a parte do processo a ele subordinada, mas unicamente se dirige a outro órgão estatal. Esse órgão passa a ter obrigação publicística para, a pedido da parte vencedora do processo, executar uma ação de cumprimento da ordem judicial, sem ter tido qualquer influência sobre o andamento do processo e sem ter o direito de analisar retroativamente a relação jurídica de direito privado apreciada. De um julgamento mandamental não resulta uma sentença de execução do tipo regulamentado no livro oito da ZPO: não se trata de uma execução judicial devido a um crédito pecuniário (ZPO §§ 803–882), nem de uma prestação individual forçada (ZPO. §§ 883–898). A parte subordinada ao processo nem mesmo recebe ordem para cumprir a prestação. Por isso, se a ordem não for cumprida, não pode ocorrer uma obrigação de indenização pelo réu pelo descumprimento da ordem de prestação (BGB. § 283) nem entrar em consideração os §§ 255, 510b do ZPO ou do § 325, item 2 do BGB.

A sentença mandamental se diferencia da sentença declaratória comum pelo seu teor mandamental diferente da força jurídica material. A sentença mandamental não se satisfaz com a simples constatação de que determinada situação legal de direito privado existe ou não existe. A relação jurídica de direito privado que serve de base nem mesmo é sentenciada no modo de validade de força jurídica, mas considerada no máximo como questão preliminar. Com força jurídica se desenvolve somente a constatação sobre a

existência do direito publicístico daí derivado, para a produção do estado de direito correspondente à ordem.¹¹²

Ao enfrentar especificamente a questão da necessidade de se impor a eficácia da sentença judicial às autoridades tributárias, Kuttner defendia que o julgamento deveria ser igualmente vinculante “para qualquer autoridade responsável pelo estabelecimento de impostos” ainda que “não tiver sido convocada nesse processo para representar o fisco e, por isso, não tiver participado disso, nem com parte do processo, nem como seu representante legal”,¹¹³ uma vez que “com o encerramento do pleito num processo civil, será produzida uma certeza jurídica definitiva e inquebrantável sobre a matéria concreta”; e isso há de ser entendido “tanto para o subordinado à justiça como também para os órgãos do poder público, também no que se refere ao exercício do direito de soberania tributária”.¹¹⁴

A percepção de Georg Kuttner a respeito da ligação entre as circunstâncias históricas e o desenvolvimento do direito o levou a afirmar que, somente com a construção do Estado constitucional, onde “o Estado policial foi vencido pelo Estado de direito e a posição do sujeito subordinado à lei perante o poder do Estado foi levada a um sistema seguro de vínculos jurídicos recíprocos de determinado teor delimitado”, somente assim, no seu entender, “está preparado finalmente aquele solo, em que é possível compreender completamente a essência da força jurídica em sua estrutura jurídica”,¹¹⁵ ressaltando ainda o seguinte:

A força jurídica, como coroamento da relação processual entre o Estado que concede apoio legal e o cidadão que busca a proteção legal define, de modo concludente e analisado em sua totalidade, a relação publicística entre o Estado e o cidadão, no que se refere à certeza sobre a procedência da relação jurídica constatada no julgamento, sempre que o Estado, em sua unidade indivisível, como titular de direitos de soberania em relação aos cidadãos sujeitos ao efeito da força jurídica, é repetidamente colocado diante da questão, se esta relação jurídica por ele declarada no julgamento existe de fato.

¹¹² KUTTNER, 1971, p. 21-24. Convém ressaltar que BGB é o Código Civil (*Bürgerliches Getzbuch*) e ZPO é o Código de Processo Civil (*Zivilprozessordnung*).

¹¹³ *Ibid.*: p. 194.

¹¹⁴ KUTTNER, 1971, p. 195.

¹¹⁵ *Ibid.*: p. 244.

Por isso, a nova Disposição sobre Seguros do Reich¹¹⁶ definiu a essência da força jurídica quando afirma o seguinte sobre determinadas decisões das autoridades de seguro: (as decisões) são “vinculativas para todos os órgãos e tribunais” (RVO. §§ 258, 405).

Com este reconhecimento finalmente estamos em condições de atribuir aos princípios da força jurídica o tão longamente procurado lugar no nosso sistema de direito, que lhe cabe por excelência como “fundamento imprescindível do sistema de direito”.¹¹⁷

Kuttner encerra seu livro com uma advertência e ao mesmo tempo antevendo o que viria a fazer parte do cenário do direito processual durante todo o século XX, que reside justamente na necessidade de perceber quão relevante é esse fenômeno da eficácia para a valorização do julgamento:

Para uma futura reconfiguração do nosso direito de processo civil, devemos nos empenhar para que a essência e a importância da força jurídica não se oriente pela configuração casual dos detalhes do processo, mas que, de modo inverso, a força jurídica material seja a estrela guia, a partir da qual os julgamentos devem ser decididos e valorizados, assim como os detalhes do processo devem ser organizados e provisionados do modo mais adequado, para que o processo civil possa cumprir as suas incomparáveis tarefas de promoção da cultura na estrutura do Estado como um todo, para o bem do ser humano.¹¹⁸

¹¹⁶ Reichsversicherungsordnung – RVO.

¹¹⁷ Ibid.: p. 240.

¹¹⁸ KUTTNER, 1971, p. 248.

2.2.2 A teoria quinária de Pontes de Miranda e a obra que o redimiou dos equívocos anteriores quanto à definição de eficácia

Kuttner e sua avançada teoria do início do século XX – cujo mérito maior traduziu-se em chamar a atenção para o fato de que o Direito Processual, em sua mais autêntica expressão no mundo real, veiculada pela jurisdição, pode e deve interferir na vontade humana, mediante a atribuição de eficácia mandamental aos destinatários das decisões judiciais –, retirou o fenômeno da eficácia do subsolo onde até então se encontrava. Eis que a doutrina tradicional claudicava sob a perspectiva de que as decisões judiciais somente teriam uma estrada trifurcada por onde deveriam encaminhar suas trajetórias de materialização das sentenças, qual seja, a da escolha entre a via declaratória, o rumo constitutivo ou a estrada condenatória. Essa visão estreita trazia em si a consequência desastrosa de entender que somente pela via do ressarcimento se poderia obter o reparo de determinada obrigação de fazer que não fora atendida pelo derrotado na ação judicial, notadamente a que envolve o Poder Público como sucumbente.

A surpresa maior, porém – e detalhes como esse mostram todo o sabor da continuidade da vida e das ideias – estaria por se revelar em cores vivas, em letras maiúsculas e em tons inusitadamente modernos, quando essa chama acesa por Kuttner gerou a luminosidade própria dos gênios que sabem propagar as grandes doutrinas, a partir da edição de uma das mais importantes obras do direito processual brasileiro, o *Tratado das Ações*, de Pontes de Miranda, em seus sete volumes lançados em sequência, tomo a tomo, com início em 1970 e finda a tarefa oito anos depois. Esse Tratado fixou o que somente agora, em pleno século XXI, se percebe: o destino da eficácia é o de ser o eixo da jurisdição.

Em toda a grandiosidade da *Teoria da Ação* de Pontes de Miranda, sob os vários ângulos que se possa observar suas ideias, as diversas conclusões a que se chegue a respeito de como se dar maior efetividade ao direito processual, particularmente chama a atenção duas notáveis e sofisticadas construções doutrinárias. A primeira, a constatação de que a eficácia não pode ser restrita às três possibilidades de materialização do comando jurisdicional – declaratória, constitutiva e condenatória –, eis que outras duas eficácias revelam toda a possibilidade de interferência da jurisdição no plano da vontade, no caso a mandamental e a executiva, no que ficou conhecido como *teoria quinária das ações*.

A segunda, a percepção de que não existem sentenças puras, com apenas um tipo de eficácia, pois diversas são as cargas de eficácia que traduzem as consequências na prática de como devem ser administrados os comandos judiciais, de modo que o mais importante é identificar qual a eficácia preponderante da sentença, a fim de se atribuir, a partir dessa sondagem, a prioridade a se empregar no manejo dessa decisão, naquilo que denomino de *teoria da preponderância das cargas de eficácia da decisão judicial*.

Convém iniciar esse percurso, na compreensão das ideias de Pontes de Miranda a respeito da *eficácia* no plano processual, lembrando que a ação sempre existiu como um fenômeno instigante e de polêmico manejo no campo da doutrina do Direito Processual Civil. Sem dúvida, um dos marcos fundamentais na fixação da *Teoria da Ação* decorre das reflexões apontadas James Goldschmidt, ainda nos anos trinta do século passado,¹¹⁹ ao defender que os direitos e as obrigações, inerentes à ideia de relação jurídica, deveriam ser substituídos, no âmbito do processo judicial, por expectativas, possibilidades, ônus e afastamento do ônus, integrantes de uma situação de direito.

Assim, em vez de relação jurídica, ter-se-ia no processo uma *situação jurídica*,¹²⁰ a viabilizar a compreensão segundo a qual determinada decisão judicial poderia afetar alguém que não faz parte da ação, algo indefensável ante a hipótese de se restringir o fenômeno do processo judicial a uma simples relação jurídica com direitos, deveres e sujeitos da relação, sempre integrados pelo elo formador daquela situação.

Não se desconhece, é bom assinalar, a pioneira visão firmada no final do século XIX por Bülow, quanto ao processo como relação jurídica que avança gradualmente e que se desenvolve passo a passo,¹²¹ e também a percepção de Liebman no início dos anos 1950 ao defender a natureza dinâmica do Direito Processual Civil, por regular um mecanismo jurídico

¹¹⁹ GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*; traducción de la segunda edición alemana, y del Código Procesal Civil alemán, incluído como apéndice, por Leonardo Prieto Castro. Con adiciones sobre la doctrina y legislación española por Niceto Alcalá-Zamora Castillo. Barcelona: Editorial Labor, 1936.

¹²⁰ A *situação jurídica* foi incorporada à ciência processual como categoria graças a Kohler, conforme esclarece Niceto Alcalá-Zamora y Castillo em sua *advertencia preliminar* ao livro de Goldschmidt (página VII). O próprio Goldschmidt reconhece que “el concepto de la ‘situación jurídica’ se debe a KOHLER, el cual ve en ella una relación jurídica imperfecta” (Ibid.: p. 8).

¹²¹ BÜLOW, Oskar Von. *Die Lehre von den Processeinreden un die Processvoraussetzungen*, publicada em 1868, e traduzida para a língua espanhola sob o título de *La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales*; Traducción de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Librería El Foro, p. 10.

em movimento, conforme já ressaltado anteriormente.¹²² Sem elas, dificilmente se construiriam teses ampliadoras dessas iniciais ressonâncias em busca da exata compreensão das relações jurídicas existentes no processo judicial.

Goldschmidt defendia que os vínculos jurídicos que nascem no processo judicial, em relação aos envolvidos no litígio, não são propriamente *relações jurídicas* (consideração *estática* do direito), isto é, não são faculdades nem deveres no sentido de poderes sobre imperativos ou ordens, e sim *situações jurídicas* (consideração *dinâmica* do direito), envolvendo expectativas quanto à posição jurisdicional a ser firmada e, em último caso, da futura coisa julgada:

[...] en una palabra: expectativas, posibilidades y cargas. Sólo aquéllas son derechos en sentido procesal – el mismo derecho a la tutela jurídica (acción procesal) no es, desde este punto de vista, más que una expectativa jurídicamente fundada –, y las últimas – las cargas –, “imperativos del propio interés”, ocupan en el proceso el lugar de las obligaciones.¹²³

Pode-se dizer que Goldschmidt afastou a simplória percepção de que um processo judicial se traduziria em simples relação jurídica, embora não se tenha firmado, naquela ocasião, o compromisso de estabelecer exatamente quais seriam essas relações possíveis, optando-se pelo conforto de atribuir ao fenômeno um conceito geral, o que é compreensível, diante da influência da doutrina civilista da época, que elegeu a categoria da situação jurídica para tentar justificar as peculiaridades que escapavam à tradicional estrutura das relações jurídicas.

Pontes de Miranda, ainda nos anos 1970, sustentava que, ao se propor uma ação, se forma uma relação jurídica processual entre o autor da ação e o juiz. Após chamar o réu para integrar o processo, tem-se o aperfeiçoamento da relação jurídica, mas ela já existia antes mesmo de tal ato,¹²⁴ ou seja, o referido jurista teve o cuidado de pensar a ação no processo como algo que trazia diversos efeitos, inclusive o de estabelecer a *eficácia* da futura decisão

¹²² “Il diritto processuale civile ha inoltre natura dinamica, perché regola un meccanismo giuridico in movimento” (LIEBMAN, 2002, p. 35).

¹²³ GOLDSCHMIDT, 1936, p. 8.

¹²⁴ MIRANDA, 1970.

judicial, no que ele denominava de “energia automática da resolução judicial”,¹²⁵ como já se apontou anteriormente nesta tese.

É curioso observar que Pontes de Miranda finalmente reconhece que, ao menos no plano processual, a *declaração de algo* não está necessariamente relacionada à existência, e sim à validade. Ao afirmar que “A mandamentabilidade é a eficácia imediata mais frequente nas ações declarativas; mas há eficácia imediata constitutiva”,¹²⁶ quer dizer, ainda que se declare determinado enunciado de fato em sentença, existe em tal decisão um peso que pode importar em eficácia constitutiva, que é justamente o que ocorre na ação declaratória de inconstitucionalidade, em que se declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e mesmo assim se pode dar um sentido constitutivo à decisão, fixando a validade *parcial* daquela lei ou daquele ato normativo tido por inconstitucional.

Exatamente tomando por base essas afirmações, ressaltei anteriormente que Pontes de Miranda embaralhou os conceitos de existência, vigência, validade e incidência nos anos 1950, quando do início da publicação de seu *Tratado de Direito Privado*, todavia, é de se compreender tal posicionamento considerando que esses conceitos tiveram como referência o *fato*. Tudo indica que, ao mergulhar no estudo do Direito Processual Civil, com o resultado de seu *Tratado das Ações* dos anos 1970, o jurista teve condições de atribuir rigor científico quanto à percepção do que seria a *eficácia processual*.

Parece-me que isso só foi possível por conta do estudo de tal fenômeno tendo como referência a *norma jurídica* – no caso, a norma construída no plano jurisdicional –, o que possibilitou a edificação da notável *teoria da preponderância das cargas de eficácia da decisão judicial*, a possibilitar a convergência da doutrina de Paulo de Barros Carvalho a respeito da *validade* com a nova perspectiva de Pontes de Miranda (de 1970, em relação aos escritos dos anos 1950) em relação à *eficácia processual*, desprezando-se aquela eficácia pontesiana quanto ao fato, apontada em seu *Tratado de Direito Privado*.

¹²⁵ Ibid.: p. 160.

¹²⁶ MIRANDA, 1971, p. 76.

Considerando esse arcabouço doutrinário, parece-me possível estipular os diversos momentos da ação judicial, tendo como eixo a eficácia, percepção que há de ser aplicada quando do uso da modulação no controle de constitucionalidade. Desse modo, pode-se dizer que, ao se pensar no uso de determinada ação processual (momento anterior ao litígio), esse seria o primeiro indicativo de definição das cargas de eficácia da futura e provável decisão judicial (expectativa de relação jurídica).

No instante em que se realiza o ingresso da pretensão de direito material mediante o uso de uma ação processual (momento inicial), tal ato instaura a primeira relação intersubjetiva, firmada entre o autor e o juiz (relação jurídica envolvendo o Estado).

Por ocasião do desenvolvimento daquela ação (percurso na trajetória do processo) surgem várias relações jurídicas, não somente as decorrentes dos deveres que se impõem ao juiz, como o de zelar pela imparcialidade, como também as relações jurídicas representadas por direitos e ônus às partes, a exemplo do direito de defesa e do ônus das custas processuais (relações jurídicas obrigacionais).

Por fim, a solução da ação mediante decisão judicial definitiva (momento de julgamento) estabelece um vínculo entre a decisão e a escolha inicial da ação (relação jurídica de vínculo entre a ação e sua eficácia). A constatação de que existem múltiplos e diversificados momentos da ação no direito processual, com vínculo indissociável quanto às cargas de eficácia das decisões judiciais, leva a importantes conclusões, como a da limitação do juiz ao pedido e a do vínculo de obrigatoriedade que se estabelece para terceiros que sequer participaram do processo judicial.

Eis a importância mais do que relevante do instituto da eficácia no âmbito do direito processual.

Por isso, a presente tese estabelece um sentido para essa eficácia processual em plano metafórico, comparando-a a um *objeto tridimensional autoportante*, ao detectar três elementos identificadores dessa perspectiva. O primeiro, correspondente a uma linha horizontal, que diz respeito aos momentos em que a eficácia pode ser exteriorizada; é o plano horizontal. O segundo, decorre da medição do grau de cognição que se realiza ao atribuir eficácia à decisão judicial; é o plano vertical. O terceiro elemento desse objeto tridimensional é justamente aquele identificador da *natureza* da eficácia, tendo como parâmetro a doutrina de Pontes de Miranda: a eficácia declarativa, a eficácia constitutiva, a eficácia condenatória, a eficácia mandamental e a eficácia executória; é o plano do comprimento, que define a

natureza da *norma jurídica* elaborada no plano jurisdicional (decisão judicial), inclusive no controle de constitucionalidade.

A *modulação* se enquadra exatamente nesse plano do comprimento do objeto tridimensional portante que é a eficácia. E é nessa perspectiva que se deve buscar a compreensão de sua extensão e seus limites.

3 A MODULAÇÃO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

3.1 O controle de constitucionalidade no Brasil

3.1.1 As duas obras que desenharam a ação de declaração de inconstitucionalidade no Brasil

É delicioso esquecer um pouco o emaranhado de obras assépticas no dizer e tidas como modernas – algumas inclusive desprezando a elegância da linguagem e da forma, limitando-se a inserir narrativa sequencial técnica e monótona, além do excesso de colagem de jurisprudência –, e voltar a ler dois clássicos sobre o tema *controle de constitucionalidade*, como as obras de Lúcio Bittencourt do final dos anos 1940 e a de Alfredo Buzaid, no apagar dos anos 1950.

Em menos de dez anos¹²⁷ se delineou um sólido arcabouço doutrinário no trato da ação de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro, basicamente com esses dois livros, que magicamente interagem entre si, misteriosamente se complementam, embora adotem por vezes caminhos diversos. Bittencourt com sua preocupação histórica¹²⁸ e procedimental da ação declaratória de inconstitucionalidade e com maior percepção quanto ao alcance da decisão ali lançada. Buzaid através da mirada processual do instituto, inclusive com a percepção da natureza meramente declaratória ao se reconhecer a inconstitucionalidade pela via da jurisdição.

Bittencourt, ao iniciar lembrando que “O controle jurisdicional da validade das leis em face da Constituição costuma ser apontado como decorrência necessária do sistema da

¹²⁷ O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, de Lúcio Bittencourt é de 1949; e Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro, de Alfredo Buzaid, de 1958.

¹²⁸ Como complemento a respeito da evolução histórica do controle de constitucionalidade, recomenda-se a explanação de José Alfredo de Oliveira Baracho (*Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 146/156, p. 150) ao demonstrar que, em Esparta e Atenas já havia “o problema do conflito entre a lei fundamental do Estado e outras leis que regulavam as relações entre os homens” (p. 149), mas “A primeira Constituição que enfrentou, diretamente, o controle da constitucionalidade, através de órgão especificamente criado, foi a de Pennsylvania, de 1776. Serviu de modelo à de Vermont, de 1777, e à de New York, onde foi previsto o ‘Conselho de Revisão’”.

Constituição rígida”,¹²⁹ destaca que “A ideia de se atribuir às Cortes de Justiça a guarda da Constituição encontra, efetivamente, sua primeira manifestação histórica na prática constitucional dos Estados Unidos da América”,¹³⁰ uma vez que “Foi *construída* pela jurisprudência da Corte Suprema, na ausência de preceito expresso na Constituição, tendo sido enunciada, em caráter definitivo, no famoso caso *Marbury v. Madison*”.¹³¹

Aliás, essa característica de se atribuir à Suprema Corte a função de guarda da Constituição, não raras vezes é acompanhada da citação de um pensamento de Charles Evan Hughes, no sentido de que *a Constituição de um país é aquilo que a sua Suprema Corte diz o que é*. Na verdade, a frase não foi exatamente essa, e sim “nós estamos sob a Constituição, mas a Constituição é aquilo que os juízes dizem o que ela é”. Quando Hughes a pronunciou ainda não era o presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos da América no período do governo Roosevelt.

Aparentemente veiculadora de sábia conclusão, a verdade é que a afirmação surgiu em tom de *lamento*, na época em que Hughes era governador do Estado de New York; incomodava-o, quando político, submeter-se ao que os juízes entendiam ser a Constituição.¹³²

Todavia, a frase ecoa no inconsciente dos juristas, representando um dos desafios que se apresentam no controle de constitucionalidade: afinal, a Suprema Corte tem plena liberdade de dizer o que é a Constituição? Eis um dos elementos motivadores da interpretação constitucional, diante de sua complexidade, a abranger Teoria do Estado, Direito Constitucional e Direito Processual, sem esquecer que a técnica de controle de

¹²⁹ BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1949, p. 9.

¹³⁰ BITTENCOURT, 1949, p. 12.

¹³¹ *Ibid.*: p. 13.

¹³² O registro da frase consta no livro de Jeff Shesol (*Supreme power: Franklin Roosevelt vs. Supreme Court*. New York: Norton, 2010), no qual se tem a detalhada história a respeito do plano elaborado por Homer Cummings, *attorney general* do presidente Roosevelt, para contornar o problema dos possíveis votos conservadores da Suprema Corte Americana que impediriam o plano social e econômico para a recuperação dos Estados Unidos da América no final dos anos 1930. O plano seria o de aumentar o número de juízes, de 9 para 15 - “the plan was this: to pack the Court” (p. 3). Depois se viu que isso geraria um problema maior, e então optou-se por convencer o presidente da Suprema Corte, Charles Evan Hughes, das vantagens do *New Deal*, a fim de tirar o país do estado de colapso do sistema bancário e do impressionante número de desempregados à época (25% da população economicamente ativa). Eis o trecho onde consta a frase: “At a meeting on November 15, Roosevelt informed the cabinet that a district court had just upheld the Coal Act – which other courts had tried to shut down. ‘Apparently’, he said, ‘it made a great deal of difference what judge decided the question’. Cummings agreed. As he told his colleagues, he was reminded of something Charles Evan Hughes said when governor of New York: ‘We are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is’” (p. 172).

constitucionalidade emerge quase sempre com sua tendência de se caracterizar como ato político. A modulação, por óbvio, se encaixa nesse viés, por isso, a necessidade de delimitá-la com a devida clareza.

Convém esclarecer que, embora usualmente se faça essa correlação entre o sistema de controle de constitucionalidade e a doutrina desenvolvida pelos americanos, Alfredo Buzaid ensina que “Em textos altamente expressivos, afirmou o gênio lusitano, dois séculos antes dos norte-americanos, a invalidade das leis, incompatíveis com as Ordenações”.¹³³

Voltando a Lúcio Bittencourt, mostra-se interessante verificar que ele indica três características do vocábulo *inconstitucional*, que acabaram por ser assimiladas em sistemas constitucionais diferenciados: I) no sistema inglês (identificado pela ausência de uma Constituição escrita), o termo *inconstitucional* simplesmente *não possui conteúdo*; II) no sistema francês (no qual há uma Constituição escrita, mas que não pode ser objeto de apreciação pelo Poder Judiciário), a palavra *inconstitucional* traduz uma *censura*; e III) no sistema americano (em que se tem a garantia quanto ao respeito à Constituição por meio de controle jurisdicional), *inconstitucional* significa *nulidade*.¹³⁴

Embora no próprio sistema americano o Judiciário realize o controle de constitucionalidade das leis desde o início do século XIX, no dizer de Lúcio Bittencourt: “ficou, todavia, bem claro que essa faculdade só poderia ser exercida por via de exceção, quando de um litígio submetido ao seu julgamento, não podendo resultar de um “poder geral de veto sobre a legislação do Congresso”.¹³⁵

Situação que perdurou até o início do século XX, quando os advogados americanos encontraram uma maneira de contornar essa impossibilidade de levar ao Poder Judiciário a discussão em tese de lei inconstitucional, que foi a de *forjar demandas fictícias*, a fim de compelir os tribunais a se manifestar sobre a constitucionalidade de determinada lei.¹³⁶ Entretanto, ao longo do século XX, ainda assim persistiu no sistema americano a ideia de que

¹³³ BUZOID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958, p. 19, na qual são destacados trechos das Ordenações Filipinas.

¹³⁴ BITTENCOURT, 1949, p. 11-12.

¹³⁵ Ibid.: p. 22-23.

¹³⁶ Utilizava-se, para tanto, “a chamada ‘*demanda do acionado*’, em virtude da qual um acionista inicia um processo com o falso objetivo de impedir que os representantes legais e funcionários da empresa de que faz parte obedeçam às prescrições de uma lei que ele, considera, simultaneamente, inconstitucional e lesiva aos interesses da companhia” (BITTENCOURT, 1949, p. 26).

o uso de ação declaratória para obter provimento judicial reconhecendo a inconstitucionalidade de determinada lei impõe “a existência efetiva de um processo contraditório, envolvendo uma controvérsia *real* e não simplesmente *hipotética*”.¹³⁷

No Brasil, como se sabe, somente com o advento da República,¹³⁸ atribuiu-se ao Poder Judiciário o exercício do controle de constitucionalidade, com nítida influência da doutrina americana,¹³⁹ sendo que a ideia aqui implantada foi a de um *sistema de jurisdição difundida*,¹⁴⁰ em que todos os juízes e tribunais teriam competência para apreciar ação na qual se buscasse a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em situação concreta, ao enfrentar o litígio que lhe fosse submetido.

Essa sistemática trazia em seu âmago duas importantes características no controle de constitucionalidade. A primeira, a da identificação de tal atividade como sendo de natureza *processual*, o que parece óbvio, já que se cuida de exercício de competência no âmbito da jurisdição. Todavia, convém recordar que Alfredo Buzaid foi criticado justamente por abordar o tema sob o prisma do Direito Processual.¹⁴¹

A outra característica residia na necessidade de enfrentar a relevante questão da *natureza da sentença* proferida em ação em que se efetuava o controle de constitucionalidade, e, com a natural trajetória desse estudo, certamente se chegaria com maior vigor à conclusão de que a ação não possuía unicamente a eficácia declaratória, cabendo em certas circunstâncias a atribuição de outras eficácias àquela decisão.

Para que isso tivesse ocorrido, porém, o controle de constitucionalidade no Brasil deveria ter permanecido fiel às suas origens, dentre elas a de compreender que, no curso da demanda, ao surgir a questão constitucional e o juiz se ver obrigado a resolver a dúvida

¹³⁷ Ibid.: p. 25.

¹³⁸ Lúcio Bittencourt (1949, p. 27) lembra que “No regime da Carta constitucional de 1824 não se reconheceu ao Poder Judicial a faculdade de recusar aplicação aos atos do Parlamento eivados de inconstitucionalidade”.

¹³⁹ Não só a Constituição de 1889, mas as de 1934, 1937 e 1946 mantiveram essa estrutura, e garantiram, conforme assevera Bittencourt (1949, p. 31), “a pureza da doutrina americana, mas uma vez incorporada [na Constituição de 1946], em sua plenitude, ao sistema constitucional brasileiro, voltando-se, destarte, àquele panorama jurídico, de que falava RUI BARBOSA, em que ‘na ordem da autoridade o Supremo Tribunal está acima de tudo’”.

¹⁴⁰ A expressão é de BUZOID, 1958, p. 59.

¹⁴¹ Ao prefaciar a obra de Alfredo Buzaid (1958, p. 13-14), Miguel Reale considerou excessiva a preocupação de Buzaid em “amoldar às claves da processualística civil uma técnica de cunho eminentemente político, como é o da chamada ‘ação de inconstitucionalidade’”.

quanto à validade do ato ou da lei em face à Constituição, nesse caso, como afirma Themístocles Brandão Cavalcanti, “o *objeto da ação* não é a constitucionalidade, senão uma relação jurídica que envolve a aplicação de uma lei cuja validade é contestada, em face à Constituição”.¹⁴²

A concepção do controle de constitucionalidade como resultado de atividade processual no âmbito da jurisdição levou inclusive à percepção – embora não de todo tecnicamente correta – de que, na *declaração da inconstitucionalidade* realizada por juízes e tribunais, a consequência seria a *revogação* da lei, ou mesmo a declaração de sua *inexistência*, ou ainda o reconhecimento de sua *ineficácia* e, nesse último caso, conforme defende Lúcio Bittencourt, a lei “não fica *revogada* ou *nula*, continua a figurar nos registros e no corpo das leis”,¹⁴³ arrematando: “mas os tribunais a *desconhecem* na apreciação dos casos concretos submetidos a seu julgamento, negam-lhe a aplicação, recusando-lhe eficácia jurídica”.¹⁴⁴

Desse modo, de acordo com Lúcio Bittencourt, ao contrário de países que reconhecem a possibilidade de arguição de inconstitucionalidade e a sua decretação pelo Judiciário como se a lei jamais tivesse existido, como na Áustria:

Nos Estados que adotam a orientação americana, a declaração de inconstitucionalidade não tem esse efeito revogatório. O tribunal não anula, rescinde, casa, destrói ou revoga a lei, senão, apenas, lhe recusa *força formal*, o caráter obrigatório e ‘irrefragável’ que lhe é inerente, negando-lhe aplicação a um dado caso.¹⁴⁵

Em direção totalmente oposta, Alfredo Buzaid, ao discordar das lições de Pontes de Miranda, para quem a ação declaratória de inconstitucionalidade seria “*constitutiva negativa*”,¹⁴⁶ prefere se amoldar ao pensamento segundo o qual,

[...] toda lei, adversa à Constituição, é *absolutamente nula*; não *simplesmente anulável*. A eiva de inconstitucionalidade a atinge no berço,

¹⁴² CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do controle da constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 64.

¹⁴³ BITTENCOURT, 1949, p. 134.

¹⁴⁴ *Ibid.*: p. 134.

¹⁴⁵ *Ibid.*: p. 135.

¹⁴⁶ BUZAID, 1958, p. 126.

fere-a *ab initio*. Ela não chegou a viver. Nasceu morta. Não teve, pois, nenhum único momento de validade.¹⁴⁷

Buzaid arremata, ainda no final dos anos 1950:

[...] o direito brasileiro conhece, portanto, dois modos de declaração de inconstitucionalidade: a) – no processo comum, quando o interessado alega, como fundamento da ação ou da defesa, a ameaça ou violação de direito subjetivo individual; esta arguição é feita *incidenter tantum* e constitui sempre *questão prejudicial*; b) – ou por meio de *ação direta*, intentada pelo Procurador-geral da República, visando declaração de inconstitucionalidade de ato, que ofende um ou alguns dos princípios enunciados no art. 7º, VII, da Constituição de 1946; o objeto principal do processo é o litígio sobre a inconstitucionalidade. Num como noutro caso, a decisão tem caráter verdadeiramente declaratório.¹⁴⁸

¹⁴⁷ Ibid.: p. 128-129.

¹⁴⁸ BUZOID, 1958, p. 138-139.

3.1.2 A mudança de rota: o controle abstrato de constitucionalidade

Como se viu, o Brasil possuía uma vocação histórica e cultural de efetuar o controle de constitucionalidade pela via da ação declaratória, lastreada em litígio submetido ao Poder Judiciário.

A doutrina, firmada por Lúcio Bittencourt e Alfredo Buzaid, reflete essa vocação, plasmada desde a Constituição primeira da República e na trajetória das que a seguiram (1934, 1937 e 1946), e as técnicas apontadas naquelas obras, inclusive quanto aos efeitos das decisões emanadas nas ações veiculadoras de pedidos de declaração de inconstitucionalidade, são o atestado da boa trilha a que se submetia o controle de constitucionalidade.

Eis que surge a ruptura dessa trajetória – como por vezes acontece na história do Brasil –, por meio de estranha junção entre a *emenda constitucional* e a exótica figura do *ato institucional*, ou seja, sem a expressão da vontade do poder constituinte originário,¹⁴⁹ e ainda carregando a mácula desse malabarismo autoritário que foi o ato institucional.

Como bem esclarece Gilmar Mendes Ferreira: “A Emenda n. 16, de 26-11-1965, instituiu, ao lado da representação interventiva, e nos mesmo moldes, o controle abstrato de normas estaduais e federais. Parte das mudanças recomendadas já havia sido introduzida pelo Ato Institucional n. 2, de 27-10-1965”.¹⁵⁰

É que já existia nas Constituições anteriores – tanto na de 1934 quanto na de 1946 – um certo gérmen dessa possibilidade de controle de constitucionalidade sem a análise de um litígio decorrente de relação intersubjetiva, mediante a ferramenta da *representação interventiva*.¹⁵¹

¹⁴⁹ De acordo com Paulo Bonavides, “Costuma-se distinguir o poder constituinte originário do poder constituinte constituído ou derivado. O primeiro faz a Constituição e não se prende a limites formais: é essencialmente político ou, se quiserem, extrajurídico. O segundo se insere na Constituição, é órgão constitucional, conhece limitações tácitas e expressas, e se define como poder primacialmente jurídico, que tem por objeto a reforma do texto constitucional” (*Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 125).

¹⁵⁰ MENDES, Gilmar FERREIRA. *Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei n. 9.868/99*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 35.

¹⁵¹ Gilmar Ferreira Mendes (2012) assinala que Oswaldo Aranha Bandeira de Mello denominava essa técnica de *declaração de inconstitucionalidade para evitar a intervenção federal*, sendo tal intervenção “confiada ao Procurador-Geral da República, nas hipóteses de ofensa aos princípios consagrados no art. 7, I, a a h, da

Paulo Bonavides leciona o seguinte:

Com a Carta de 1937 houve um eclipse na evolução do nosso sistema de controle de constitucionalidade. A Constituição do Estado-Novo, autoritária e outorgada, inferiorizou a decisão dos tribunais sobre declaração de inconstitucionalidade ao sujeitar a matéria a um reexame pelo Parlamento [...]. A Constituição de 1946, pondo termo, enfim, ao interregno de retrocesso que fora o período da Constituição de 1937, retomou o caminho aberto pelo Constituinte de 1934. A lei magna de redemocratização reproduzia, com ligeiras alterações, as novidades que o texto de 34 trouxera em matéria de constitucionalidade.¹⁵²

Pode-se dizer que esse *controle abstrato* se instaura no período em que o país estava sob o manto da Constituição de 1946, pois logo em seguida, na Constituição de 1967 – e mesmo com o advento da Emenda Constituição nº 1, de 1969, para alguns, veiculadora de *nova* Constituição¹⁵³ – não se teve alteração substancial quanto à essa forma de controle de constitucionalidade.

Surge, então, a Constituição de 1988, responsável pela solidificação do controle abstrato de inconstitucionalidade. Gilmar Ferreira Mendes, a propósito, anota que “A Constituição de 1988 amplia significativamente os mecanismos de proteção judicial, e assim também o controle de constitucionalidade das leis”,¹⁵⁴ a tal ponto que, se “Até a entrada em vigor da Constituição de 1988 era o recurso extraordinário – também quanto ao critério de quantidade – o mais importante processo de competência do Supremo Tribunal Federal”,¹⁵⁵ a nova Constituição “reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (art. 103)”,¹⁵⁶ de tal sorte que, “praticamente, a maioria das

Constituição. Cuidava-se de fórmula peculiar de composição judicial dos conflitos federativos, que condicionava a eficácia de lei interventiva, de iniciativa do Senado (art. 41, 3), à declaração de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal” (Ibid.: p. 27); e “A Constituição de 1946 emprestou nova conformação à Ação Direta de Inconstitucionalidade, introduzida, inicialmente, no Texto Magno de 1934. Atribuiu-se ao Procurador-Geral da República a titularidade da representação de inconstitucionalidade, para os efeitos de intervenção federal, no caso de violação dos princípios” ali fixados (Ibid.: p. 32).

¹⁵² BONAVIDES, 1998, p. 297.

¹⁵³ Paulo Bonavides denomina a Emenda Constitucional nº 1/1969 de *Carta outorgada de 30 de outubro de 1969* (Ibid.: p. 74).

¹⁵⁴ MENDES, 2012, p. 47.

¹⁵⁵ Ibid.: p. 49.

¹⁵⁶ MENDES, 2012, p. 57

controvérsias constitucionais relevantes seja submetida ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas”.¹⁵⁷

E mais, “A instituição da ação declaratória (1993) e seu aperfeiçoamento pela EC n. 45/2004 contribuíram para consolidar o controle abstrato de normas”¹⁵⁸, ressalta Gilmar Ferreira Mendes, lembrando que tal ação surgiu “no bojo de reforma tributária de emergência”¹⁵⁹ e que o controle abstrato de normas passa a ser exercido “tanto pela ação direta de inconstitucionalidade, de longe a ação mais relevante no sistema de controle de constitucionalidade de normas, como pela Ação Declaratória de Constitucionalidade”.¹⁶⁰

A Constituição Federal de 1988 inaugura, efetivamente, uma nova página na história do controle de constitucionalidade,¹⁶¹ dotando inclusive diversos entes de legitimidade para ingressar com ação direta,¹⁶² e também por manter a sistemática até então veiculada nas outras Constituições, além de ampliar o raio de abrangência por meio de suas próprias normas, por emendas constitucionais posteriores e até por leis ordinárias decorrentes desse estímulo

¹⁵⁷ Id.: 57.

¹⁵⁸ Id.: p. 57.

¹⁵⁹ Ibid.: p. 59. Essa reforma é a decorrente da proposta do Deputado Roberto Campos, ao acolher sugestão contida em estudo elaborado por Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins.

¹⁶⁰ Ibid.: p. 61.

¹⁶¹ A matéria é exaustivamente investigada no campo doutrinário, de modo que é farto o material para o estudo do controle de constitucionalidade a partir da Constituição de 1988, valendo destacar as obras de Gilmar Mendes (*Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999; *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999; e, escrita em coautoria com Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007); Zeno Veloso (*Controle jurisdicional de constitucionalidade: atualizado conforme as Leis 9.868 de 10/11/1999 e 9.882 de 02/12/1999*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000); e Lenio Luiz Streck (*Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002).

¹⁶² Constituição Federal de 1988, em sua redação original: “Art. 103. Podem propor a ação de inconstitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa; V - o Governador de Estado; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional”. Redação atual, dada pela Emenda Constitucional 45/2004: “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional”.

constitucional,¹⁶³ de tal modo que hoje se tem uma riqueza no controle de constitucionalidade, a saber:

- I) o controle difuso (concreto, descentralizado, indireto, incidental, por via de exceção ou *sistema aberto*), emanado de procedimentos judiciais em geral, por qualquer juiz de primeiro grau e qualquer tribunal, desde que em decisão colegiada, a chamada cláusula de reserva de plenário;
- II) o controle concentrado (abstrato, centralizado, direto ou *sistema reservado*), de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal (modelo austríaco), mediante provocação por:
 - a) ação direta de inconstitucionalidade – ADI (art. 103 da Constituição Federal e Lei 9.868/1999);
 - b) ação declaratória de constitucionalidade – ADC (art. 103 da Constituição Federal e Lei 9.868/1999);
 - c) arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF (art. 102, § 1º da Constituição Federal e Lei 9.882/1999), que “ampliou o significado do controle concentrado que, doravante [a partir da Lei 9.868/1999] passa a abranger também o direito pré-constitucional, as normas revogadas e o direito municipal”;¹⁶⁴
 - d) ação direta de inconstitucionalidade por omissão – ADO (art. 103, § 2º da Constituição Federal e Lei 12.063/2009), sendo que o próprio Supremo Tribunal Federal reconheceu que existe “certa fungibilidade entre a Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e a possibilidade de utilização dos dois instrumentos”.¹⁶⁵

¹⁶³ No caso, as Leis 9.882/1999, 9.868/1999 e 12.063/2009.

¹⁶⁴ Conforme lembra Gilmar Ferreira Mendes, 2012, p. 69.

¹⁶⁵ É o que afirma Gilmar Ferreira Mendes, 2012, p. 57.

3.1.3 O recurso extraordinário e sua finalidade de possibilitar um adequado controle de constitucionalidade

É interessante observar que, mesmo com essa abundância de mecanismos aptos a realizar o controle de constitucionalidade, a Constituição Federal forneceu de certo modo um indicativo da importância do recurso extraordinário nesse contexto, atribuindo-lhe a finalidade do exercício de um adequado controle pelo Supremo Tribunal Federal no tocante à inconstitucionalidade das leis e dos atos normativos.

Todavia, com o amplo espaço que o controle abstrato passou a ocupar desde a Constituição Federal de 1988, o recurso extraordinário sofreu verdadeira mutação ao longo de sua trajetória desde então, por isso torna-se importante compreender esse mecanismo no campo jurídico no qual se desenvolve a análise da constitucionalidade das leis e dos atos normativos, exatamente porque o recurso extraordinário só pode ser manejado quando já existe decisão judicial anterior na qual se abordou o tema constitucional, ou seja, é meio de controle da própria atividade jurisdicional.

Nessa seara dos meios de impugnação das decisões judiciais, é importante compreender que tais atos encontram fundamentos em valores distintos, a depender do recurso utilizado, embora em algumas situações possa existir mais de um fundamento; até porque, no desenho da organização do Poder Judiciário, encontrado na Constituição Federal, é possível perceber a existência de graus de jurisdição, a servir de alicerce ao sistema processual, pois o recurso encontra um notável fundamento de validade quando tal mecanismo se mostra como elemento de depuração da causa e, para tanto, é indispensável a existência das fases de investigação, meditação e conclusão, todas elas realizadas no juízo de primeiro grau.

Pode-se então justificar a existência do recurso em três causas finais, que estarão presentes de modo isolado ou conjunto, a depender do recurso que se enfoca.

A primeira causa final que justificaria o recurso seria a da necessidade de existência de meio de controle no exercício da magistratura de primeiro grau, notadamente naquelas decisões que causem dano imediato e quando revestidas de patente ilegalidade, evitando-se a

intocabilidade de seus provimentos jurisdicionais, dando vida ao preceito constitucional que exige a motivação dos posicionamentos judiciais.¹⁶⁶

A segunda causa final que empresta fundamento de validade a certos recursos diz respeito à necessidade de proporcionar à lide uma saudável depuração investigativa quanto aos fatos, ou de meditação – em matéria unicamente de direito, onde os fatos são irrelevantes –, provocando uma digestão de ideias que podem vir a ser revistas por outro órgão dotado de maior experiência e multiplicidade de enfoques (relator e/ou colegiado de tribunal), além de gerar um necessário lapso temporal entre o início do litígio e o seu desenlace derradeiro, abrandando as paixões que envolvem a causa.

O recurso, nessa situação, funcionaria como um moderador das paixões no litígio, já que sua existência ocorre quando praticamente superada a fase inicial do impacto dos efeitos decorrentes do fato jurídico. Exemplo desse tipo de recurso é o de apelação. Espera-se o deslinde da causa em primeiro grau, com todo o desenvolvimento da ação (postulação, defesa, instrução etc.), para depois possibilitar o seu reexame. É também a materialização da garantia da imparcialidade.

O que se diz aqui não representa qualquer novidade. Ao contrário, é da própria essência histórica do Direito essa vantagem do recurso como mecanismo que acalme o ânimo dos litigantes, pois, como destaca Jaume Solé Riera, em obra que analisa o sistema de apelação civil na Espanha:

[...] en el Derecho histórico, el grado de apelación represento, em líneas generales, una garantía procesal de Derecho común, beneficiosa para los justiciables, pues permitía extraer el proceso de ambientes enrarecidos por las presiones localistas, al tiempo que serenar los ánimos.¹⁶⁷

Adotar uma jurisdição única – ou seja, pensar em causas submetidas diretamente aos tribunais, evitando-se a passagem por juízes singulares –, a pretexto de simplificar o processo, viola essa depuração e desvia o real objetivo do tribunal que é o de rever a decisão do juiz de

¹⁶⁶ Constituição Federal: “Art. 93. [...] IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”.

¹⁶⁷ RIERA, Jaume Solé. *El recurso de apelación civil*. Segunda edición. Barcelona: J. M. Bosch editor, 1998, p. 22.

primeiro grau. Destaque-se que por isso mesmo não são ilimitadas as competências originárias desses órgãos.

O sistema do *common law*, notadamente nos Estados Unidos da América, traduz com muita clareza o notável exemplo dessa vantagem, pois as causas em regra somente chegam à Suprema Corte após o esgotamento das instâncias ordinárias, quando então já se meditou bastante sobre o tema. Geoffrey Hazard Junior e Michele Taruffo destacam que a Suprema Corte Americana tem jurisdição em matéria constitucional ou de direito federal, sendo de vital importância para o sistema tal poder jurisdicional, mas somente após a manifestação das Cortes de Apelação¹⁶⁸ – correspondente aos nossos tribunais inferiores (Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Federais etc.) –, sendo evidente a serenidade do julgamento da instância última, na Suprema Corte, devido ao afastamento temporal do início do vendaval do litígio.

É certo que, dos cinco meios processuais que se pode chegar à Suprema Corte Americana, um deles permite o acesso direto, mas tão rara se faz essa hipótese, que somente um ou dois casos por ano são submetidos ao que ali se denomina *original jurisdiction*, correspondente à técnica de competência originária do tribunal.¹⁶⁹

Por fim, a terceira causa final a justificar o recurso é a do meio pedagógico de influência na instância especial por sobre as instâncias ordinárias; o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça julgam determinados recursos para ensinar o direito.

Os recursos especial e extraordinário, é certo, possui como fim preservar a ordem jurídica, evitando-se a dilaceração do sistema jurídico constitucional ou normativo-federal. Isso, porém, manifesta-se mais retórico que efetivo, pois muitas causas sequer chegam ao Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal, de modo que a ordem jurídica

¹⁶⁸ HAZARD, JR. Geoffrey; TARUFFO, Michele. *American civil procedure – an introduction*. New Haven and London: Yale University Press, 1993. Consta ali que “the Supreme Court has appellate jurisdiction over the U.S. courts of appeal. It also has jurisdiction of appeals from the state courts with respect to questions of federal law. A case in the state courts involving the interpretation of the U.S. Constitution, or of a federal statute or treaty, therefore may be appealed to the Supreme Court” (p. 184).

¹⁶⁹ “Almost all cases considered by the present-day Supreme Court of the United States come before the Court through exercise of its discretion. There are five procedures by which a case can come to the court; one of these takes the form of a suit commenced directly in the Supreme Court and the others are appeals. First, in a very limited category of disputes, a claim may be brought directly in the Supreme Court under authority called the court’s ‘original jurisdiction. In practice, the Court appoints a special judicial officer in these cases to take evidence and make preliminary findings of fact and conclusions of law, which then form the basis of the Court’s consideration of the issues. Notable in this category are suits between states—for example, over state boundaries—and suits in which ambassadors for other nations are directly involved. Perhaps one or two cases a year are presented to the Court on this basis” (HAZARD; TARUFFO, 1993, p.184-185).

pode estar ali violada e, assim, se cristalizar. Contudo, aquelas que chegam a esses tribunais, receberão a devida análise do aspecto único do direito, e dali se extrairá a lição jurisprudencial com toda a carga de autoridade de seus membros.

Por isso, o que vai dotar a maior ou menor carga e influência de decisões do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça não é sua força vinculante, e sim a estatura moral e intelectual de seus membros.

A autoridade do julgado nos tribunais de interpretação final do direito está exatamente na credibilidade de seus integrantes. É mais que adequada, nesse sentido, a lúcida advertência de Valmir Pontes Filho, para quem a atividade jurisdicional há de ser exercida com dignidade moral.¹⁷⁰

Estudo no qual se defende essa ideia do recurso como pedagogia para as instâncias inferiores acha-se naquele que Ronald Dworkin chamou-o de *força superior da integridade na prestação jurisdicional*, ao defender que a comunidade deve honrar seus próprios princípios, agindo sempre com boa-fé, optando pela integridade em vez da hipocrisia, pois “uma comunidade de princípios, que vê a integridade como parte fundamental de sua política, apresenta uma melhor defesa da legitimidade política do que os outros modelos”.¹⁷¹

É nessa esteira de pensamento que se mostra fundamental considerar as qualidades intelectuais e morais da magistratura, notadamente nas esferas jurisdicionais superiores, diante da alta responsabilidade de interpretação final do direito. Afinal, como bem disse Ronald Dworkin, “o direito não é esgotado por nenhum catálogo de regras ou princípios”¹⁷² e por isso o império do direito seria definido pela atitude, não pelo poder.

¹⁷⁰ PONTES FILHO, Valmir. *Curso fundamental de direito constitucional*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 207.

¹⁷¹ DWORKIN, 1999, p. 260.

¹⁷² *Ibid.*: p. 492.

3.1.3.1 Grau de jurisdição e instância.

Para um correto entendimento do alcance das normas constitucionais que dispõem sobre recursos, é forçoso buscar primeiramente uma cristalina diferenciação conceitual entre duas terminologias por demais negligenciadas nos estudos de direito processual civil, chegando mesmo a funcionar como sinônimos, quando, no meu entender, há evidente diferença entre grau de jurisdição e instância.

Acontece que toda a compreensão das limitações constitucionais no âmbito do recurso gravitará em torno desses importantes conceitos, até para que se abandone definitivamente o equívoco gerado pelas expressões “decisão em primeira instância”, “recurso na segunda instância”, “sentença do primeiro grau”, “acórdão do segundo grau” etc. A partir daí será possível a constatação de que no desenvolvimento do processo existem as instâncias ordinárias e as instâncias especiais.

3.1.3.2 Grau de jurisdição: elemento de organização judiciária

Cândido Rangel Dinamarco afirma que “todos os textos constitucionais, inclusive o vigente, empregaram e empregam o vocábulo instância no sentido de grau de jurisdição”,¹⁷³ ressaltando ainda que a própria Lei Orgânica da Magistratura Nacional comete tal equívoco,¹⁷⁴ razão pela qual, “como dessa adversidade de sentidos advinham dificuldades que a faziam mesmo uma palavra problemática, houve por bem o legislador bani-la de vez da legislação codificada”.¹⁷⁵

Ocorre que a atual Constituição Federal emprega tanto o termo grau de jurisdição como instância, não se podendo afirmar que esta última expressão esteja afastada do cenário normativo. Na verdade, penso que a diferença que se possa estabelecer entre grau de jurisdição e instância é de extrema utilidade na percepção da divisão da função jurisdicional e suas consequências, não somente no âmbito do estudo dos recursos, mas também para verificar se o órgão jurisdicional está extrapolando a sua competência constitucionalmente firmada.

Grau de jurisdição, a meu ver, poderia ser definido como a posição que o órgão judiciário ocupa considerando a estrutura do Poder Judiciário Nacional. Seria um conceito sob o ponto de vista estático do órgão, ou seja, o lugar por ele ocupado dentro da estrutura do Poder, independentemente da existência de processo a ele submetido. Em suma, é um elemento próprio de organização judiciária, uma vez que o grau de jurisdição do órgão dependerá do seu lugar constitucionalmente reservado dentro do Poder Judiciário Nacional.

Dessa forma, Juízes Estaduais, Federais, Eleitorais, Trabalhistas e Militares comporiam o primeiro grau de jurisdição. Os Tribunais de Justiça dos Estados e o do Distrito Federal e Territórios, bem como os Tribunais Regionais Federais, Tribunais Regionais Eleitorais, Tribunais Regionais do Trabalho e Tribunais Militares, integrariam o segundo grau de jurisdição.

¹⁷³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 146.

¹⁷⁴ Art. 118 da Lei Complementar 35/1979.

¹⁷⁵ DINAMARCO, 2000, p. 189-190.

Já o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores – Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior Eleitoral, Tribunal Superior do Trabalho e Superior Tribunal Militar –, formariam um grau de jurisdição superior.

Exatamente por ser um elemento de organização judiciária, o termo grau de jurisdição tem como finalidade identificar a posição que o órgão ocupa dentro da estrutura organizacional do Judiciário, sendo indiferente sua função jurisdicional em determinado processo. Observe-se que a Constituição Federal emprega corretamente o termo grau de jurisdição.¹⁷⁶

¹⁷⁶ Eis os dispositivos constitucionais: “Art. 93 [...] III – o acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antiguidade e merecimento, alternadamente, apurados na última ou única entrância” (*redação dada pela Emenda Constitucional 45/2004*); “Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias: I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado”; “Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau”; “Art. 105. [...] Parágrafo único. Funcionário junto ao Superior Tribunal de Justiça: [...] II - o Conselho da Justiça Federal, cabendo-lhe exercer, na forma da lei, a supervisão administrativa e orçamentária da Justiça Federal de primeiro e segundo graus, como órgão central do sistema e com poderes correccionais, cujas decisões terão caráter vinculante” (*redação do parágrafo único dada pela Emenda Constitucional 45/2004, que incluiu o inciso II*); “Art. 109 [...] § 4º Na hipótese do parágrafo anterior, o recurso cabível será sempre para o Tribunal Regional Federal na área de jurisdição do juiz de primeiro grau”.

3.1.3.3 Instância: elemento de direito processual

O termo instância, por sua vez, há de ser utilizado considerando a posição que o órgão judiciário ocupa, tendo em vista a origem do processo e seu desenvolvimento recursal, sendo, assim, um conceito dinâmico, diferenciado para cada relação processual submetida ao órgão do Judiciário. É, pois, um elemento próprio do direito processual, não mais de organização judiciária.

Desse modo, os juízes de primeiro grau em regra atuam em primeira instância, pois os processos geralmente se iniciam perante esse órgão; mas não se pode dizer que o juiz de primeiro grau será sempre a primeira instância do processo. Acontece que, nas situações em que o processo se origina em Tribunal de Justiça, ali o órgão atuará em primeira instância, embora ocupe o segundo grau de jurisdição dentro da estrutura do Poder Judiciário.

Por esses conceitos, pode-se explicar como um órgão de primeiro grau de jurisdição seja capaz de apreciar recursos, porque aí estaria tal órgão funcionando como segunda instância, como é o caso das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais.¹⁷⁷

A Constituição Federal emprega de modo adequado o termo instância, como posição que o órgão judiciário ocupa considerando a origem do processo e seu desenvolvimento recursal.¹⁷⁸

¹⁷⁷ Dispõe o art. 98, I, da Constituição Federal, que o julgamento de recursos nos juizados especiais será feito por turmas de juízes de primeiro grau.

¹⁷⁸ É o que se pode verificar nas seguintes normas: “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal: I) Processar e julgar, originariamente: [...] i) o *habeas corpus*, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância” (*redação dada pela Emenda Constitucional 22/1999*); “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal: [...] II - julgar, em recurso ordinário: a) o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão”; “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal: [...] III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida”; “Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: [...] II - julgar, em recurso ordinário: a) os *habeas corpus* decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória; b) os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão”; “Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: [...] III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida”.

3.1.3.4 Instâncias ordinárias e instância especial

Superada a diferença entre grau de jurisdição e instância, convém analisar a existência de uma bipartição da instância, correspondente às instâncias ordinárias e à instância especial, funcionando essa divisão como o limite de função jurisdicional dos órgãos do Judiciário em situações concretas.

Assim, as instâncias ordinárias são aquelas em que a causa é submetida à plena apreciação e desenvolvimento de meios de investigação dos fatos e do direito, ao passo que a instância especial diz respeito à etapa processual, na qual a causa pode ser revista sob o foco exclusivo da observância ao ordenamento jurídico, nos recursos chamados de estrito direito, uma vez que nesse caso não se ultrapassará essa fronteira da análise restrita da legalidade ou constitucionalidade da decisão recorrida.

Convém destacar que os órgãos jurisdicionais de primeiro grau têm como finalidade básica processar e julgar a grande maioria dos feitos submetidos ao Judiciário. Os órgãos jurisdicionais de segundo grau, formados pelos tribunais inferiores (Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Federais etc.), possuem a função essencial de rever os processos julgados em primeiro grau de jurisdição, mediante provocação processual do recurso. Têm-se aí as instâncias ordinárias, pois os feitos têm sua tramitação com ampla produção de prova e possibilidade de reexame das questões de fato e de direito através dos tribunais encarregados dos julgamentos dos recursos.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, ao seu turno, exercem a função de interpretar o direito, no instante em que os recursos que possibilitam a remessa do processo a tais órgãos são limitados, em sua maioria, ao reexame da questão jurídica, sem a possibilidade de reexame da matéria de fato. Daí que os tribunais superiores em regra agem como instância especial, em que não se discute a causa sob o prisma de um novo julgamento, e sim da garantia da obediência da lei e sua correta interpretação, de modo a manter íntegro o ordenamento jurídico.

É certo que os tribunais superiores podem funcionar como instâncias ordinárias, como na hipótese em que o Superior Tribunal de Justiça processa e julga mandado de segurança ali

originariamente dirigido,¹⁷⁹ mas isso ocorre somente nos casos em que a Constituição Federal expressamente outorga essa competência, para que as parte possam previamente ter ciência de que tal órgão jurisdicional, embora seja de grau superior, naquele caso específico agirá em primeira instância e, por isso mesmo, ter-se-á nesse caso a instância ordinária da causa.

Vê-se, pois, que há uma estruturação das instâncias no sentido de que haja uma instância ordinária na qual a causa será processada e julgada (geralmente em juiz de primeiro grau de jurisdição), bem como haverá atribuição de reexame (na maioria dos casos através de atuação de órgão de segundo grau de jurisdição); e igualmente pode haver a instância especial, que tem como finalidade a manutenção da ordem jurídica, cuja existência é inerente às atividades do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

As exceções à mencionada regra são aquelas previstas na Constituição Federal e nas leis de organização judiciária, quando a lei expressamente prevê a possibilidade de o órgão de segundo grau funcionar como primeira instância, o órgão de grau especial atuar como primeira instância etc. Fora desses casos, qualquer atividade dos órgãos jurisdicionais especiais nas instâncias ordinárias representa uma invasão não desejada pela Constituição, que por isso delimitou a competência dos órgãos integrantes do grau especial de jurisdição.

Tais preceitos integram as chamadas normas de direito constitucional processual que, no dizer de José de Albuquerque Rocha, induz o jurista a

[...] interpretar as normas processuais infraconstitucionais em função dos valores e princípios constitucionais, adaptando as primeiras às inovações dos segundos, ou eliminando as normas subconstitucionais incompatíveis com os novos valores e princípios da Constituição.¹⁸⁰

Essas normas – na verdade enunciados prescritivos – visam basicamente definir competência, somente para efeito de limitação do poder ou definição de função (já que o Poder é uno, o que há é repartição de função), no caso a função jurisdicional (a norma

¹⁷⁹ Constituição Federal de 1988: “Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I - processar e julgar, originariamente: [...] os mandados de segurança e os *habeas data* contra ato de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribuna” (*redação dada pela Emenda Constitucional 23/1999*).

¹⁸⁰ ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 56.

constitucional, geralmente, quando não explicita um direito, está limitando um poder, como no caso dos tributos).

Por isso, todas essas normas de competência podem ser classificadas como normas de limitação de poder dos órgãos integrantes do grau de jurisdição encarregado do julgamento em instância especial, evitando a invasão de função pelos diversos órgãos encarregados da jurisdição.

Assim, para que não haja abuso na utilização dos recursos e, diante dos vários graus de jurisdição existentes, faz-se necessário que a própria Constituição Federal estabeleça quais os recursos possíveis de utilização pelas partes, principalmente em relação aos tribunais superiores e ao Supremo Tribunal Federal, pois do contrário os referidos tribunais funcionariam como uma terceira instância ordinária, bastando para tanto a existência de lei ordinária criando recurso de reexame de fato para tais tribunais.

3.1.4 O enfraquecimento do recurso extraordinário como instrumento apto a efetivar o controle de constitucionalidade

Os *recursos excepcionais*,¹⁸¹ responsáveis pela transposição da causa das instâncias ordinárias para a instância especial, existem para garantir a observância ao ordenamento jurídico e, por isso, são considerados recursos de estrito direito, já que em tais meios de impugnação se realiza somente a análise da legalidade ou da constitucionalidade da decisão recorrida, mediante o recurso especial ou o recurso extraordinário, respectivamente.

Além de preservar a ordem jurídica, os recursos especial e extraordinário representam o marco de divisão entre as instâncias ordinárias e a instância especial e, por isso mesmo, é de vital importância a fixação de limites quanto às hipóteses de cabimento e aos requisitos de admissibilidade.

A Constituição Federal de 1988 estipula as restritas e não dilatáveis hipóteses de cabimento dos recursos especial e extraordinário e, no tocante ao recurso extraordinário, a utilização desse mecanismo se torna viável quando a decisão recorrida: I) contraria dispositivo da Constituição; II) declara a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; III) julga válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição; IV) ou, ainda, julga válida lei local contestada em face de lei federal.¹⁸²

Precisa-se estar atento para o fato de que o rigoroso sistema de acesso à instância especial – a começar pelas reduzidas hipóteses de cabimento dos recursos excepcionais – consiste, na verdade, numa garantia do próprio litigante de que sua causa terá o julgamento pleno nas instâncias ordinárias, encarregadas constitucionalmente de analisar de forma exaustiva os aspectos fáticos, probatórios e jurídicos da causa.

Quanto ao recurso extraordinário, convém lembrar a sua origem, inspirado no direito norte-americano, como ressalta Arruda Alvim:

¹⁸¹ Esclarece Rodolfo de Camargo Mancuso que tais recursos são também chamados de *especiais* ou *extraordinários*, mas “com vistas a evitar anfibologia entre essas denominações e o *nomen juris* dos recursos objeto deste estudo, preferimos enquadrar o extraordinário e o especial na classe ‘recursos’, subclasse ‘excepcionais’” (*Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 77). É bom que se registre, porém, que a expressão controle excepcional é encontrada em acórdão de 1965, da lavra do Ministro Vilas Boas, do Supremo Tribunal Federal (RE 57.420).

¹⁸² Art. 102 da Constituição Federal, em seu inciso III, alíneas “a” a “d”, sendo que esta última foi incluída pela Emenda Constitucional 45/2004.

[...] sentiu-se, particularmente, a necessidade do recurso extraordinário precisamente no momento histórico em que se reestruturava juridicamente o Estado brasileiro, instaurando-se o regime federativo, também, indiscutível e indisfarçável cópia do sistema norte-americano, nessa época, no plano do direito constitucional.¹⁸³

Lembra ainda o referido doutrinador o seguinte:

[...] no direito brasileiro, precisamente pouco tempo depois da proclamação da República e antes mesmo da existência da Constituição de 1891, mas já na ambientação histórica do primeiro governo republicano provisório e à luz da plataforma dos republicanos, foi baixado o Dec. 848, em 11.10.1890, através do qual se organizou a Justiça Federal, criando-se o recurso que viria a ser o recurso extraordinário.¹⁸⁴

José Afonso da Silva, que elaborou até hoje a melhor monografia sobre o tema, esclarece:

8. Controverteu-se a respeito da origem do Recurso Extraordinário. Alguns viram sua fonte mais remota na Suplicação do Direito antigo português, e sua fonte próxima na Revista, que, no Direito brasileiro pré-republicano, se interpunha, em caso de nulidade ou injustiça notória, para o então Supremo Tribunal de Justiça. Não se pode negar, com efeito, certa afinidade entre o Recurso Extraordinário e esses recursos; e bem poderia ser uma evolução deles. Assim, porém, não se deu. Nos termos em que o Recurso Extraordinário entrou na legislação nacional, reconhece-se, nitidamente, sua filiação ao Direito saxônico, através do *Writ of error* nos americanos

Com efeito, no Direito inglês havia vários recursos que se interpunham para vários graus de jurisdição, à busca sempre da verdade jurídica real. Entre esses recursos, havia o recurso de erro (*Writ of error*), destinado a corrigir erros de direito de uma corte inferior; o *Writ of error* era um ato do rei, ordenando a revisão de um julgamento por causa de um erro; depois, tornou-

¹⁸³ ARRUDA, Alvim. O recurso especial na Constituição Federal de 1988 e suas origens. In: WAMBIER, Teresa Arruda (Coord). *Aspectos Polêmicos e Atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 13-14. Bernardo Pimentel Souza destaca que tal inspiração é também ressaltada por Moacyr Amaral Santos, Barbosa Moreira, Celso Ribeiro Bastos e Liebman, este último afirmando que o exemplo inspirador teria sido o *writ of error* norte-americano (SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória*, Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 319). Alcides de Mendonça Lima assevera que a nomenclatura *recurso extraordinário* surgiu no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, de 1891, e com a Constituição de 1934 a terminologia foi inserida no âmbito constitucional, passando a constar em todas as constituições posteriores (Recurso extraordinário e recurso especial. In: *Revista de Processo* 57, janeiro-março de 1990, p. 132).

¹⁸⁴ ALVIM, 1997, p. 14. In: WAMBIER, 1997.

se um recurso contra qualquer alegado erro nos processos de uma corte de Record (cortes que registravam os autos do processo). Para corrigir erro de fato, havia, no direito inglês, o *Writ of attaint*, com o que se pleiteava novo exame da causa. [...]

Assim é que o *Writ of error* dos ingleses, que tinha como função primordial corrigir erros de direito em favor da parte prejudicada, obteve, nos Estados Unidos, nova missão – a de sustentar a supremacia da Constituição e a autoridade das leis federais, em face das justiças dos Estados-membros.

10. Proclamada a República brasileira e instituída, entre nós, a forma de Estado Federal, houve necessidade de dar à União um meio de manter a autoridade do Direito federal, ante possíveis erros das justiças estaduais (então instituídas) na aplicação daquele Direito. Recorreu-se, então, ao velho *Writ of error* do Direito anglo-americano.¹⁸⁵

É indissociável o aspecto histórico dos motivos que levaram ao surgimento do recurso extraordinário, com as expectativas que nele foram centradas, como instrumento apto a manter a inteireza do novo regime republicano recém-instalado. Consequentemente, as imperfeições, que naturalmente acompanham as novidades no âmbito jurídico, foram mais sentidas em se cuidando da atuação do Supremo Tribunal Federal, visto que o mencionado Tribunal representava a nova roupagem do Estado Federal.

Pode-se dizer que a partir desse momento se teve a exata percepção da supremacia da Constituição no ordenamento jurídico, uma vez que se tornou possível o controle dessa supremacia mediante um órgão encarregado de dar vida às normas constitucionais.

Raymundo Faoro traz à memória que “a supremacia da Constituição sobre as leis ordinárias, admitida teoricamente na Carta de 1824, não sofria nenhum controle judicial – o que vale dizer, de nenhuma espécie”¹⁸⁶, arrematando:

[...] o remédio que os republicanos aplicaram ao mal foi simples e ineficaz. Criaram o Supremo Tribunal Federal e lhe deram o poder de julgar a inconstitucionalidade das leis. Com isso, estaria garantida a eficácia da Constituição, cujas violações poderiam ser objeto de controle.¹⁸⁷

¹⁸⁵ SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, p. 26-29.

¹⁸⁶ FAORO, Raymundo. *Machado de Assis: a pirâmide e o trapézio*. 4. ed. São Paulo: Globo, 2001, p. 75.

¹⁸⁷ *Ibid.*: p. 76.

Ao lembrar que Rui Barbosa, embora tenha afirmado que os fundadores da República fizeram do Supremo Tribunal Federal o sacrário da Constituição, dando-lhe a guarda da sua hermenêutica, prefere Raymundo Faoro concluir o seguinte:

[...] o resultado da defesa republicana ao arbítrio foi exatamente o contrário do pretendido. Se é certo que se temperou, em alguns casos, o excesso legislativo e o abuso da força, de nenhuma forma o novo mecanismo fixou a consciência e a prática da supremacia da Carta Magna, para que esta regulasse as relações do poder, sem margem residual ao capricho.¹⁸⁸

Em que pesem as ácidas observações, a história do Supremo Tribunal Federal encontra-se recheada de relevantes momentos para o Direito, que vão desde a defesa das liberdades civis e do federalismo, mediante a firmiação da doutrina brasileira do *habeas corpus* e do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, até a preservação da liberdade de crença e de culto, bem como a liberdade de imprensa,¹⁸⁹ e isso foi possível, em significativas passagens, graças à existência do recurso extraordinário.

Só que, a partir da Emenda Constitucional 45/2004, atribuiu-se ao recurso extraordinário verdadeira *feição transindividual*,¹⁹⁰ cujo objetivo consistiu em amenizar o caos numérico a que se submetia o Supremo Tribunal Federal quanto aos recursos excepcionais que ali chegavam. Desse modo, com essa mudança, passou-se a exigir do recorrente a demonstração da repercussão geral das questões constitucionais discutidas, tendo em vista que a transcendência da matéria é que determinaria a viabilidade do recurso, deixando de ser um meio de impugnação restrito ao caso concreto.

Tem-se aí um requisito de admissibilidade do recurso, na medida em que a não explicitação dos motivos transcendentais em suas razões implicará em inadmissibilidade da

¹⁸⁸ FAORO, 2001, p. 77.

¹⁸⁹ O elogiável trabalho de Lêda Boechat Rodrigues, *História do Supremo Tribunal Federal*, formado por quatro tomos (Tomos I, II e III; de 1991, e o Tomo IV, de 2002; todos editados pela Civilização Brasileira), merece ser lido por todos aqueles que desejem entender a evolução do Supremo Tribunal Federal e sua importância no contexto histórico e político de nosso povo.

¹⁹⁰ A Emenda Constitucional 45/2004 incluiu o § 3º ao art. 102 da Constituição Federal, com a seguinte redação: “no recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a *repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso*, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros” (grifo nosso).

impugnação. Também se tem nessa toada um novo pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário cabendo ao Supremo Tribunal Federal declarar a existência ou não da transindividualidade da questão, a merecer o exame em sede de recurso extraordinário.

Exatamente por isso se pode dizer que essa transcendência é também hipótese de cabimento do recurso extraordinário, eis que, além de a parte recorrente demonstrar uma das situações autorizadas do manejo do recurso, há de adjetivar aquelas situações com a ressalva de que se mostra relevante a matéria veiculada na impugnação.

Desse modo, atualmente é cabível o recurso extraordinário quando a decisão recorrida: I) contrarie dispositivo da Constituição; II) declare a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; III) julgue válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição; IV) ou, ainda, julgue válida lei local contestada em face de lei federal; desde que, em qualquer uma dessas situações, se possa demonstrar a relevância da questão suscitada, transcendendo-se o enfoque individual do litígio para a relevância coletiva, a merecer o exame pelo Supremo Tribunal Federal.

Esta dificuldade de acesso ao Supremo Tribunal Federal pela via do recurso extraordinário acabou por *gerar o fortalecimento do controle abstrato* de constitucionalidade.

3.1.5 A prevalência do controle abstrato em relação ao controle difuso

Induvidosamente, o controle abstrato de constitucionalidade volta a ter maior relevo em face da denominada reforma do Poder Judiciário, materializada mediante as diretrizes firmadas pela Emenda Constitucional 45/2004, dentre elas a de limitar o uso do recurso extraordinário, deixando ao alvedrio do Supremo Tribunal Federal escolher as teses aptas a merecer o enfrentamento pela via desse recurso excepcional.

Embora seja compreensível a restrição à instância especial, pois o julgamento pleno da causa há de se realizar nas instâncias ordinárias, prestigiando-se inclusive os juízes e tribunais, em se cuidando de produção de norma tributária no âmbito da jurisdição, o adorno constitucional estará quase sempre presente, resultando na necessidade de se discutir, na maioria dos litígios em matéria tributária, a constitucionalidade de determinada prescrição de lei.

Ora, com esse estreitamento da via recursal excepcional, diante da feição transindividual do recurso extraordinário, aquela tendência já apontada pela Constituição Federal de 1988, qual seja, a de proporcionar acesso mais dilatado em termos de legitimidade para a discussão a respeito da inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, representa verdadeira mudança de perspectiva no controle de constitucionalidade no Brasil.

Gilmar Ferreira Mendes lembra que “Até a entrada em vigor da Constituição de 1988 era o recurso extraordinário – também quanto ao critério de quantidade – o mais importante processo de competência do Supremo Tribunal Federal”,¹⁹¹ sendo que a própria Constituição “reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso ao ampliar, de forma marcante, a legitimidade para propositura da ação direta de inconstitucionalidade”.¹⁹²

De fato, o rol de legitimados para discutir a constitucionalidade das leis no âmbito do Supremo Tribunal Federal, mediante ação direta, ganhou dimensão nunca antes experimentada, pois a Constituição Federal de 1988 estipula que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de

¹⁹¹ MENDES, 2012, p. 49.

¹⁹² MENDES, 2012, p. 57.

Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.¹⁹³

Assim, aos poucos se perdeu aquela ligação histórica do recurso extraordinário com o pensamento federalista, típico do direito norte-americano, que vinha sendo ressaltado desde a Constituição de 1891, com o percurso da matéria em várias instâncias, depurando-se as discussões no campo da jurisdição a respeito da constitucionalidade, firmando-se correção de rumos a cada reanálise da matéria perante os juízes e tribunais, até o Supremo Tribunal Federal apontar o caminho derradeiro. Porém, essa tão salutar decantação das ideias se mostra abruptamente largada quando se tem o controle direto de constitucionalidade, pois nesse caso a Suprema Corte se traduz na primeira e única instância de discussão das teses jurídicas.

Demonstra-se certo que em ambas as técnicas de controle de constitucionalidade, a difusa e a abstrata, há de prevalecer a supremacia da Constituição, mediante a leitura final realizada pela Suprema Corte, mas parece ser inegável que a via indireta, mediante o compassado trajeto por instâncias formadas por juízes e tribunais, desde a postulação até as diversas formas de recorribilidade, equivale a algo mais compatível pelo que se entende de jurisdição, onde cada caso há de merecer a atenção à tese ali refletida, com os efeitos limitados às partes integrantes do litígio.

Talvez por isso mesmo o controle abstrato tenha adquirido a dimensão maior; o Supremo Tribunal Federal, nessa via, assume o “nítido poder normativo e cujas decisões têm o atributo da definitividade”,¹⁹⁴ no dizer de Gilmar Ferreira Mendes.

Precisamente diante desse enorme poder outorgado ao Supremo Tribunal Federal no controle direto de constitucionalidade, é que se deve redobrar o cuidado em relação aos limites a ser estabelecidos nessa atividade, a fim de que não se permita a ausência de qualquer parâmetro nos julgamentos elaborados dentro dessa sistemática de controle abstrato, até porque se cuida de instância primeira e única para o exercício do controle de constitucionalidade, sem qualquer discussão antecedente nas instâncias ordinárias.

¹⁹³ Art. 103, com a redação dada pela Emenda Constitucional 45/2004.

¹⁹⁴ MENDES, 2012, p. 21.

A gradativa feição desbotada no desenho do recurso extraordinário, outrora força maior para a discussão a respeito da constitucionalidade, pode ter levado inclusive à sensação de uma maior liberdade que o Supremo Tribunal Federal dispõe na instância especial, livre das amarras fixadas pelas instâncias ordinárias, desde a postulação da causa até a interposição do recurso extraordinário, porque de certo modo parâmetros eram fixados quando o processo trafegava inicialmente nas instâncias ordinárias, já que seu ingresso na instância especial era o resultado da ampla discussão e a depuração das teses fixadas pelos juízes e tribunais.

Certamente, essa não foi motivação consciente para a fortificação do controle abstrato e o definhamento do veículo condutor da análise prévia da constitucionalidade pelas instâncias ordinárias, que é o recurso extraordinário. Contudo, outro fator anterior à reforma do Poder Judiciário já sinalizava com essa tendência ainda maior de fragilização do controle difuso de constitucionalidade: o surgimento da ação declaratória de constitucionalidade.

3.1.6 A missão não expressa, porém evidente, da ação declaratória de constitucionalidade de esvaziar o controle difuso de constitucionalidade

A ação declaratória de constitucionalidade foi inserida no Brasil, de acordo com as lições de Gilmar Ferreira Mendes, “No contexto da reforma constitucional tributária de emergência patrocinada pelo Governo Federal”,¹⁹⁵ com o acréscimo do § 2º ao art. 102 da Constituição Federal, feito pela Emenda Constitucional n. 3/1993, determinando que as decisões definitivas de mérito na ação declaratória de constitucionalidade deveriam produzir eficácia contra todos e efeito vinculante.¹⁹⁶

É curioso verificar que a finalidade maior dessa técnica só se mostraria mais evidente cinco anos após a implantação desse novo método de controle de constitucionalidade, quando é ajuizada uma ação declaratória de constitucionalidade,¹⁹⁷ na qual pretendiam o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal e a Mesa da Câmara dos Deputados, que o Supremo Tribunal Federal se manifestasse a respeito da constitucionalidade de uma lei federal, uma vez que mencionada lei estava causando grave controvérsia entre juízes e tribunais do país, pois muitos entendiam ser inconstitucional referida lei, deixando de aplicá-la.

Ao iniciar o julgamento, o Supremo Tribunal Federal deparou-se com o seguinte dilema: seria possível, nesse tipo de ação, conceder medida cautelar que obrigasse todos os juízes e tribunais a seguir o entendimento provisório do Supremo – o chamado efeito vinculante – ou essa obrigatoriedade somente seria possível quando do julgamento do mérito da ação, diante da previsão expressa¹⁹⁸ contida na Constituição Federal?

Após longa discussão, o Supremo Tribunal Federal entendeu o seguinte:

¹⁹⁵ MENDES, 2012, p. 432.

¹⁹⁶ A referida ação declaratória é fruto do estudo realizado por Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes, gerando a proposta de emenda constitucional do Deputado Roberto Campos.

¹⁹⁷ Ação Direta de Constitucionalidade nº 4, em que foi relator o Ministro Sydney Sanches, julgada em 11 de fevereiro de 1998.

¹⁹⁸ A Emenda Constitucional 3/1993 incluiu o § 2º ao art. 102 da Constituição Federal, com a seguinte redação: “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo”. A Emenda Constitucional 45/2004 deu nova redação ao referido parágrafo, que passou a ser a seguinte: “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

[...] as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzem eficácia contra todos e até efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo, nos termos do art. 102, § 2º, da C.F. Em Ação dessa natureza, pode a Corte conceder medida cautelar que assegure, temporariamente, tal força e eficácia à futura decisão de mérito. E assim é, mesmo sem expressa previsão constitucional de medida cautelar na A.D.C., pois o poder de acautelar é imanente ao de julgar.

Ou seja, por esse entendimento, tão logo o Supremo Tribunal Federal determine, por medida cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade, que a lei em discussão tem indícios de constitucionalidade, os juízes e tribunais não mais podem deixar de aplicar referida lei sob o argumento da inconstitucionalidade, diante do efeito vinculante da própria medida cautelar, assim fixado pela Suprema Corte; embora a Constituição Federal não tenha utilizado expressamente essa linguagem prescritiva em relação à medida cautelar, e sim “às decisões definitivas e de mérito”.¹⁹⁹

O mais curioso nesse julgamento, porém, foi a lógica utilizada para concluir que a atividade do juiz necessariamente deveria estar munida de instrumentos para a sua efetividade, o que se chamou de poder de acautelar, porque do contrário não se poderia falar em jurisdição, considerando que as atividades de julgamento e de garantia estão indissociáveis, exteriorizando o Supremo Tribunal Federal a salutar doutrina da existência da jurisdição cautelar.²⁰⁰

Ora, o interessante é que tal medida cautelar se efetivou na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 4 exatamente para proibir todos os juízes e tribunais de utilizar um poder de acautelar, no instante em que se impôs que todos seguissem o comando da Lei

¹⁹⁹ Vide nota de rodapé anterior.

²⁰⁰ José de Albuquerque Rocha sempre refutou o velho conceito segundo o qual a jurisdição seria unicamente o poder de dizer o que é o direito, na medida em que alertava que a jurisdição representa, na verdade, um instrumento para a efetividade do direito, ressaltando por isso que “a execução e as medidas cautelares têm caráter jurisdicional por conexão de meio e fim” (*Teoria Geral do Processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 87), já que “a execução representa a última etapa do processo de concreção do direito. E a cautelar é instrumental em relação aos processos de conhecimento e de execução” (*idem*), concluindo que tanto a execução como a medida cautelar “são jurisdicionais por estarem implícitas no direito à tutela jurisdicional reconhecido no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que compreende não só a declaração do direito como, também, sua execução, e eventuais providências tendentes a resguardar os processos de conhecimento e execução contra os riscos derivados de sua demora (processo cautelar)” (*ibid.*).

9.494/1997, sendo que tal Lei impede a utilização desse poder de acautelamento em determinadas causas.²⁰¹

Em outras palavras, caso fosse seguida a lógica do julgamento na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 4, os juízes do Supremo Tribunal Federal teriam que forçosamente concluir o seguinte: a medida cautelar, em ação direta de constitucionalidade, tem efeito vinculante, porque o poder de acautelar é imanente ao de julgar, de modo que não se pode esperar o julgamento da causa para que os juízes e tribunais sigam a determinação do Supremo; em consequência, como esse poder de acautelar é inerente a todo julgador, não se pode validar uma lei que cerceia essa atividade acautelatória, como no caso da Lei 9.494/1997, que limita o deferimento de tutela antecipada, por esse motivo não parece ser razoável admitir a constitucionalidade de tal Lei.

Essa peculiaridade, a meu sentir, fortalece a conclusão segundo a qual a ação declaratória de constitucionalidade passou a exercer uma missão não expressa, porém evidente, de esvaziar o controle difuso de constitucionalidade.

²⁰¹ A Lei 9.494/1997 determinou, em seu art. 1º, que se aplica à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil de 1973 o disposto em determinados artigos das Leis nº 4.348/1964, 5.021/1966 e 8.437/1992, cujos dispositivos dizem respeito à vedação de medidas urgentes em determinadas situações, quais sejam, I) a impossibilidade de concessão de medida liminar em mandado de segurança visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens (art. 5º da Lei 4.348/1964); II) a determinação de que não se concederá medida liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias a servidor público (§ 4º do art. 1º da Lei 5.021/1966); e III) o não cabimento de medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal (art. 1º da Lei 8.437/1992).

3.1.7 Opção metodológica pela ação direta de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo de natureza tributária: suporte para a análise da eficácia processual

O complexo aparato para realizar o controle de constitucionalidade no Brasil – fruto da trajetória que o direito constitucional acabou por trilhar, orientado pelos adventos das constituições da República – aponta para uma tentativa de simplificação ou de resultado convergente dos diferenciados modos de análise da constitucionalidade, bastando verificar que, desde a Emenda Constitucional 3/1999, tanto na ação direta de constitucionalidade (ADI) quanto na ação declaratória de constitucionalidade (ADC), as decisões produzem eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.²⁰²

Sem dúvida, o momento atual é o da prevalência do controle abstrato de constitucionalidade, não somente por conta dessa consequência em relação à decisão ali produzida, como também diante da mutação do recurso extraordinário, outrora ferramenta de larga utilização para o questionamento sobre a constitucionalidade da lei, notadamente a tributária, e que passou a ter sérias restrições quanto ao seu uso, por sua nova feição transindividual.

Mostra-se possível detectar igualmente um momento de ruptura da importância do controle difuso em matéria tributária submetida ao Supremo Tribunal Federal, em lamentável episódio, por indicar estratégia política em detrimento da ordem natural de procedimentos. Refiro-me ao caso da exclusão do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) da base de cálculo da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), cuja análise se deu por ocasião do julgamento do RE 240.785, no ano de 2006, que estava em continuidade em razão de pedido de vista, com seis votos favoráveis à exclusão, quando, em maio de 2008, levou-se a plenário do Supremo Tribunal Federal uma medida cautelar em ação declaratória de constitucionalidade (ADC 18, ajuizada em outubro de 2007), versando sobre o mesmo tema, o que motivou o Ministro Marco Aurélio a suscitar questão de ordem, no sentido de que se deveria dar prevalência ao julgamento do recurso

²⁰² Referida Emenda Constitucional incluiu o § 2º ao art. 102 da Constituição Federal, estipulando tal consequência.

extraordinário, não somente porque anterior à ação declaratória de constitucionalidade, mas sobretudo pelo fato de se ter alcançado naquele recurso a maioria de seis votos pelo acolhimento da tese do recorrente.

Por ocasião do julgamento da referida medida cautelar, o Ministro Marco Aurélio indagou, afinal, “Qual 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”,²⁰³ referindo-se ao RE 240.785 “com seis votos proferidos no sentido da exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS”,²⁰⁴ daí estranhar o sintomático ajuizamento da ADC.

A Suprema Corte, porém, por maioria de votos, entendeu que “O controle direto de constitucionalidade precede o controle difuso, não obstante o ajuizamento da ação direta o curso do julgamento do recurso extraordinário”.²⁰⁵

Neste caso, tem-se um atestado explícito do desprestígio do controle difuso, e o agigantamento do controle concentrado, mesmo com a inegável lógica de que se deveria encerrar o julgamento já iniciado e com tomada de muitos votos no exame do recurso extraordinário.

Relevante observar que um dos argumentos exteriorizados pelo Ministro Gilmar Mendes para justificar a possibilidade de concessão da medida cautelar naquela ADC 18 – mesmo que com tal decisão a consequência imediata resultaria não somente na vedação de juízes exercerem o controle difuso de constitucionalidade sobre o tema, mas a própria suspensão do RE 240.785 com seis votos favoráveis à exclusão do ICMS –, foi que “a suspensão prevista no artigo 28 da Lei 9.868 tem prazo certo, máximo, de cento e oitenta dias”,²⁰⁶ a mostrar a precariedade da medida, de modo que nesse prazo o Supremo Tribunal Federal enfrentaria definitivamente o mérito da ADC.

Ocorre que essa 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; a terceira em março de 2010, “O

²⁰³ Folha 41 da ADC-18 MC.

²⁰⁴ Id.

²⁰⁵ Item 1 da ementa do acórdão, de 13 de agosto de 2008, folha 2 da ADC-18 MC.

²⁰⁶ Folha 83 da ADC-18 MC.

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”.²⁰⁷

O mais intrigante reside em constatar 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)”,²⁰⁸ 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”.²⁰⁹

Nessa mesma decisão, porém, consta a observação de que a medida cautelar não impediria o julgamento do RE 240.785, “*mesmo que ainda vigente e eficaz*”,²¹⁰ tal medida, embora aquele recurso extraordinário esteja suspenso em decorrência de pedido de vista.

Finalmente, em outubro de 2014, o Supremo Tribunal Federal deu provimento ao recurso extraordinário, mesmo com pedido de questão de ordem no qual se postulou o julgamento conjunto do RE 240.785 com o RE 574.706 (cuja repercussão geral foi reconhecida em abril de 2008 e por cuidar do mesmo tema) e a ADC 18, questão de ordem que foi refutada pelo Ministro Marco Aurélio, por entender que “tarda a conclusão do julgamento. A entrega da prestação jurisdicional deve ocorrer em prazo razoável e, ante incidentes, isso não vem sendo observado”,²¹¹ 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”.²¹²

Após o julgamento, o processo deu baixa definitiva no Tribunal Regional Federal da 3ª Região em março de 2015. Vale ressaltar, por último, que na referida decisão do Ministro Marco Aurélio, consta como um dos argumentos na questão de ordem o de “não mais

²⁰⁷ DJ de 17/6/2010.

²⁰⁸ Página 3 da decisão, cujo acesso no endereço eletrônico do STF, mediante autenticação, é possível mediante o número 6244762.

²⁰⁹ Página 4 da mesma decisão.

²¹⁰ Página 3 da referida decisão.

²¹¹ Página 2 da decisão, cujo acesso no endereço eletrônico do STF, mediante autenticação, é possível mediante o número 6930937.

²¹² Página 4 da referida decisão.

subsistir o entendimento sufragado quando da questão de ordem na ação declaratória de constitucionalidade, de que o controle concentrado prefere às demais modalidades de controle”.²¹³

Seja como for, esse caso da exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS, por sua demora entre o início do julgamento do RE 240.785 (2006) até o seu desate (2014), justamente em face do entendimento à época de que se deveria priorizar o controle concentrado, consiste num terrível retrato do momento em que o controle difuso começa a perder sua força ante a valorização exacerbada da via fiscalizadora direta no Supremo Tribunal Federal.

Esse cenário revela algo aparentemente imperceptível, mas de grande impacto quando se analisa a necessidade de estabelecer limites na realização do controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal: uma vez que a ação direta de inconstitucionalidade, “a ação mais relevante no sistema de controle de constitucionalidade de normas”, no dizer de Gilmar Ferreira Mendes,²¹⁴ assume essa linha de frente no exame da constitucionalidade no Brasil, suprimem-se as instâncias ordinárias do âmbito de discussão sobre a textura constitucional da lei, de forma que o acesso direto ao Supremo Tribunal Federal esvazia a relevante depuração da matéria nos diversos planos de sedimentação das teses jurídicas – algo marcante – quando a causa percorre as instâncias ordinárias com múltiplas teses em discussão, para somente após se chegar à Suprema Corte por via dos trilhos do recurso extraordinário.

Decorre que se mostra bem mais razoável a técnica de controle de constitucionalidade no plano difuso, não somente pela chance que se oferece aos magistrados das instâncias ordinárias de firmar suas posições, com interessantes pontos de vista sobre o tema, mas igualmente porque nessa rica abordagem em vários juízos com diversas teses, se mostra bem mais confortável ao Supremo Tribunal Federal manejar o cadinho de filtragem dessas pluralidades para se chegar à síntese do pensamento que há de prevalecer.

²¹³ Página 4 da referida decisão.

²¹⁴ Em relação à ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO), destaca Gilmar Ferreira Medes (2012, p. 61) que o próprio Supremo Tribunal Federal reconhece que existe “certa fungibilidade entre a Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e a possibilidade de utilização dos dois instrumentos” (Ibid.: p. 57), e quanto à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, essa técnica igualmente “ampliou o significado do controle concentrado que, doravante [a partir da Lei 9.868/1999] passa a abranger também o direito pré-constitucional, as normas revogadas e o direito municipal” (ibid.: p. 69).

O controle abstrato, por sua vez, não permite tal sedimentação, pois o tema é lançado diretamente à Suprema Corte, na esfera da instância especial, sem qualquer oportunidade de se amadurecer o pensamento a respeito da alegada inconstitucionalidade.

Entretanto, não se pode ignorar que essa representa tendência cada vez mais forte no âmbito do controle de constitucionalidade e, por isso mesmo, se faz a opção metodológica pela ação direta de inconstitucionalidade (ADI) quanto à lei ou ato normativo de natureza tributária, como suporte para a análise da eficácia da decisão judicial. Embora se saiba que a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) possua a mesma consequência quanto à afirmação de estarem a lei ou ato normativo questionados em sintonia com a Constituição Federal. Todavia, como a discussão a respeito de lei e atos normativos tributários se plasma de maneira mais intensa na ADI, em termos de controle direto essa ferramenta consiste naquela de prevalente manejo.

Outro elemento influenciador da escolha da ação direta de inconstitucionalidade, para a abordagem da modulação de eficácia, decorre do fato de que no sistema abstrato é possível sentir com maior intensidade o drama da ruptura do dogma da nulidade da lei tida por inconstitucional, devido à adoção pelo Supremo Tribunal Federal da estratégia processual de atribuição de níveis de validade da lei considerada afrontosa à Constituição Federal.

Desse modo, embora a técnica de definição da eficácia processual da decisão no controle de constitucionalidade ocorra também no âmbito da fiscalização difusa,²¹⁵ por meio da via da ação direta de inconstitucionalidade torna-se mais perceptível a sutileza desse *momento processual* denominado de *modulação*, até mesmo em consequência das linhas doutrinárias edificadas pelo Supremo Tribunal Federal, ao construir os alicerces desse fenômeno da modulação como se fosse um momento processual próprio, uma fase posterior ao julgamento, a gerar alguns problemas, como o da possibilidade de abalo aos princípios da segurança jurídica e da ampla defesa.

²¹⁵ O Supremo Tribunal Federal já reconheceu a possibilidade de modulação em decisão prolatada no julgamento de recurso extraordinário, embora de modo excepcional (RE 197.917, AI 453.071 Agr e RE 395.902, AgR).

3.2 A modulação

3.2.1 A gradativa invasão da palavra modulação no controle de constitucionalidade

O território ainda não totalmente desbravado da modulação já recebeu elogiáveis estudos doutrinários. Entretanto, há uma certa convergência de perspectivas nessas análises, ao se eleger como linha central para o desenrolar das ideias o *aspecto temporal* do fenômeno da modulação²¹⁶.

Especificamente em matéria tributária, além dessa análise temporal²¹⁷, já se realizou estudo da modulação sob o prisma econômico²¹⁸, bem como se valendo do parâmetro da coisa julgada²¹⁹, estipulando-se a prevalência dos direitos do contribuinte quando da fixação temporal²²⁰, e até mesmo mediante a construção de sofisticada teoria embalada pela cadência da regra-matriz de incidência tributária, com interessantes reflexos nos delicados fenômenos da prescrição e a decadência²²¹.

O que se busca nesta tese, além da questão temporal, é a fixação de um eixo por onde deve gravitar a modulação, com parâmetros fincados a partir da compreensão da eficácia em

²¹⁶ ÁVILA, Ana Paula. *A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a constituição do artigo 27 da Lei n. 9.868/99*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. GERA, Renata Coelho Padilha Gera. *A natureza e os efeitos da inconstitucionalidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007. MEYER, Emílio Peluso Neder. *A decisão no controle de constitucionalidade*. São Paulo: Método, 2008. OLIVEIRA, Angelina Mariz de. *Ação direta de inconstitucionalidade em matéria tributária*. São Paulo: Dialética, 2005.

²¹⁷ FISCHER, Octavio Campos Fischer. *Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. VELANO, Emília Maria. *Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei tributária*. Curitiba: Juruá, 2011.

²¹⁸ ANDRADE, Fábio Martins de. *Modulação em matéria tributária: o argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico e as decisões do STF*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

²¹⁹ FIGUEIREDO, Flávia Caldeira Brant Ribeiro de. *Controle de constitucionalidade: coisa julgada em matéria tributária*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. SOUZA, Fernanda Donnabella Camano de. *Os limites objetivos e “temporais” da coisa julgada em ação declaratória no direito tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

²²⁰ MARCÍLIO, Carlos Flávio Venâncio. *Limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade: repercussão para os contribuintes*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010.

²²¹ LINS, Robson Maia. *Controle de constitucionalidade da norma tributária – decadência e prescrição*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

seu aspecto tridimensional, a abranger o prisma temporal (eficácia horizontal), o grau de profundidade quando da análise da medida (eficácia vertical) e a identificação das cargas preponderantes de eficácia, quando do julgamento no controle de constitucionalidade (eficácia de comprimento).

E essa complexidade que a modulação parece carregar – mesmo quando se tenta reduzi-la a uma questão temporal – tem como gênese a própria origem da palavra e seu uso nas plagas jurídicas.

Isso porque, a palavra e sua importância no âmbito do Direito, conforme defendido ao longo desta tese, emerge com todo esplendor em se cuidando do fenômeno da modulação, até porque nesse caso se fez a transposição linguística da palavra dos territórios semânticos das artes (música) e das ciências (telecomunicações) para o universo jurídico, considerando que tal termo era estranho ao Direito brasileiro.

Conforme já destacado em passagem anterior desta tese, na teoria da música o termo *modulação* corresponde à “transição ou passagem de um tom ou modo para outro numa peça de música, segundo as regras da harmonia”, ou mesmo a “facilidade da voz em fazer essas transições, em variar suavemente o canto”.²²² Por sua vez, o significado da palavra *modulação* no âmbito das telecomunicações corresponde ao “método pelo qual um parâmetro de uma onda é modificado pela ação de intensidade de outra onda”.²²³

Determinado termo não jurídico, quando integrado ao reino das palavras do Direito, pode trazer essa carga conceitual de sua origem, quando do seu empréstimo para atribuir sentido a determinado fenômeno, de maneira que não seria desarrazoado dizer que a palavra *modulação* foi inserida no contexto do controle de constitucionalidade para expressar essa *transição* de um determinado ponto para outro, uma *variação* ou *modificação* que se aponta no resultado do julgamento.

Entretanto, não há como concluir que de fato essa foi a ideia para tal empréstimo, por absoluta falta de registro no âmbito dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal de quando se fez o uso primeiro da palavra *modulação* naquela Corte. Isso porque a palavra *modulação* foi gradativamente invadindo trechos de decisões do Supremo Tribunal Federal no controle de

²²² MODULAÇÃO. In: AULETE, 1958, p. 3.331. Volume IV.

²²³ MODULAÇÃO. In: HOUAISS, 2009, p. 1.305.

constitucionalidade, embora se afirme com frequência que se deve a Aliomar Baleeiro a primeira tentativa de utilização dessa técnica no controle de constitucionalidade, no julgamento do Recurso Extraordinário 78.209, ocorrido em 4 de junho de 1974, na Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal.

Referido recurso foi interposto ante decisão do então Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, que considerou válida a prática de atos de agentes do Poder Executivo estadual à disposição de juízos nos quais tramitavam execuções fiscais relativas a dívidas ativas resultantes do Imposto de Circulação de Mercadorias, sendo que tais agentes desempenharam atividades próprias dos oficiais de justiça, como citação e penhora, autorizados que estavam por lei estadual, cuja inconstitucionalidade foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal após a prática de vários atos de tais servidores, razão pela qual se requereu a nulidade do processo.

O Tribunal de Alçada Civil de São Paulo considerou que a ausência de prejuízo para o executado desautorizava a nulidade dos atos e, em nenhum momento, retirou-se a oportunidade de defesa das partes, daí ter aquele Tribunal decidido pela validade da atuação dos agentes à serviço do Judiciário, o que ensejou a interposição do recurso extraordinário, sob o argumento de que não se poderia ter relevado como válido um ato lastreado em lei considerada inválida pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito do controle de constitucionalidade.

Em seu voto, o Ministro Aliomar Baleeiro utilizou como fundamento, com o intuito de manter inalterada a decisão atacada, a teoria da validade dos atos praticados por funcionário de fato, amplamente utilizada no Direito Administrativo, e somente no final de sua manifestação acenou para a necessidade de não se ter como rígida a doutrina da invalidade total da lei declarada inconstitucional pela Suprema Corte, ao observar o seguinte:

Uma coisa é a inconstitucionalidade da Lei paulista de 3.12.71. Outra, as consequências jurídicas dos atos materiais e até dos atos jurídicos por eles praticados por ordem e sob responsabilidade dos Juízes, como serventuários destes, antes da declaração daquela inconstitucionalidade.²²⁴

²²⁴ Página 6 do voto, à fl. 608 do RE 78.209.

Como se vê, em tal julgado só se percebe uma leve tendência de abrandamento da rigidez quanto à declaração de inconstitucionalidade e sua consequência de se ter a lei inconstitucional como totalmente inválida; todavia, não foi esse o fundamento que levou o relator a manter inalterada a decisão recorrida, e sim o da aplicação de teoria própria do Direito Administrativo. Por óbvio, em nenhum momento se tem ali o emprego do termo *modulação*. Aliás, não se vislumbra no mencionado recurso extraordinário qualquer indício de técnica de modulação.

Parece ser mais adequado perceber um aceno de modulação em julgamento realizado naquele mesmo mês e ano – junho de 1974 –, só que no âmbito da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em que no RE 78.594 se fez a análise daquela mesma situação, qual seja, a da prática de atos próprios de oficiais de justiça por servidores estaduais de São Paulo, e com a superveniência da declaração da inconstitucionalidade da lei estadual paulista buscou-se invalidar tais atos, e um dos fundamentos para o não conhecimento do recurso extraordinário também consistiu em considerar a previsão no âmbito do Direito Administrativo do funcionário de fato.

Entretanto, nesse julgado há um diferencial que demonstra o início da ruptura da óptica estritamente declaratória da nulidade da lei tida por inconstitucional, sem produzir qualquer efeito antes dessa declaração.

O Ministro Bilac Pinto, relator do recurso, disse taxativamente que “Os efeitos desse tipo de declaração de inconstitucionalidade não podem ser sintetizados numa regra única, que seja válida para todos os casos”,²²⁵ e optou por sugerir em seu voto que o ato praticado por agente público que não teve a investidura na função de oficial de justiça deveria ser considerado como válido em determinado momento. Eis que a investidura “somente se tornou irregular a partir da decisão desta Corte [Supremo Tribunal Federal] que julgou inconstitucional a Lei paulista de 3.12.71 (acórdão de 21.3.73, na Rep. nº 832-SP)”, com base nessas premissas concluiu que “Tendo sido a citação e a penhora realizadas [...] em data anterior ao acórdão do S.T.F., nenhum vício apresentam esses atos judiciais”.²²⁶

Desarrazoado não seria concluir que, se de fato se mostra importante estabelecer um marco para o início de visualização dessa postura do Supremo Tribunal Federal em relação à

²²⁵ Página 4 do voto, fl. 527 do RE 78.594.

²²⁶ Página 5 do voto, fl. 528 do RE 78.594.

possibilidade de desapego à nulidade da lei e de atos normativos como única consequência na declaração firmada em controle de constitucionalidade, esse julgado bem que merece figurar como indicativo primeiro de tal aceno.

Ainda assim, permanece a dificuldade em precisar o momento do uso da palavra *modulação* em termos inaugurais nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, embora se mostre viável analisar as influências alienígenas desse fenômeno da modulação no Brasil, tendo por referência outros países do ocidente, constatando-se que tal técnica começou a se desenvolver na segunda metade do século XX, conforme destaca Fábio Martins de Andrade, ao afirmar que o primeiro caso de modulação na Alemanha “teria surgido em 1951 em julgamento do Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*); na Espanha em 1989, perante seu Tribunal Constitucional; e Portugal consta a previsão expressa em sua Constituição”.²²⁷

Em relação ao Brasil, ao analisar a evolução histórica da modulação temporal dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal, Martins de Andrade enfoca *três momentos* em que houve o debate no âmbito parlamentar: I) na Assembleia Nacional Constituinte de 1987; II) na Revisão Constitucional de 1994; III) no Projeto de Lei 2.960, convertido na Lei 9.868/1999, sendo que, em junho de 2008, teria surgido a primeira decisão a aplicar a técnica da modulação temporal no âmbito do Direito Tributário,²²⁸ em virtude de trecho do voto do Ministro Ricardo Lewandowski no RE 353.657, no qual se fez a sugestão de “adotar efeito prospectivo à decisão do IPI-Alíquota Zero em questão de ordem”.²²⁹

Importa observar, contudo, que em momento bem anterior a 2008, no caso em julgamento de um recurso extraordinário, realizado em 2002, consta a expressão *efeitos para o futuro* na ementa do acórdão,²³⁰ embora em nenhum momento se utilize ali o termo *modulação*. Todavia, na indexação elaborada por técnicos do Supremo Tribunal Federal –

²²⁷ ANDRADE, Fábio Martins. *Modulação em matéria tributária: o argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico e as decisões do STF*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 217 et. seq. Nessa obra, o autor destaca como funciona o mecanismo em vários países, como Peru, Áustria, Polônia, Eslovênia e Turquia.

²²⁸ Ibid.: p. 215 et seq.

²²⁹ Ibid.: p. 255.

²³⁰ RE 197.917, julgado em 6/6/2002, publicado no DJ de 7/5/2004.

com a enumeração de palavras para servir como base de dados visando facilitar a pesquisa no endereço eletrônico do Tribunal –, consta no final a palavra *modulação*.²³¹

Eis o trecho da ementa em que se fala em *efeitos para o futuro*:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MUNICÍPIOS. CÂMARA DE VEREADORES. COMPOSIÇÃO. AUTONOMIA MUNICIPAL. LIMITES CONSTITUCIONAIS. NÚMERO DE VEREADORES PROPORCIONAL À POPULAÇÃO. CF, ARTIGO 29, IV. APLICAÇÃO DE CRITÉRIO ARITMÉTICO RÍGIDO. INVOCAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A POPULAÇÃO E O NÚMERO DE VEREADORES. INCONSTITUCIONALIDADE, *INCIDENTER TANTUM*, DA NORMA MUNICIPAL. EFEITOS PARA O FUTURO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. [...] 8. Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos paro o futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário conhecido e em parte provido.

Ainda que existam essas referências em termos de datas, certamente nesse período o termo modulação não se apresentou de modo explícito. Aliás, nem mesmo com o advento da Lei 9.868/1999 a palavra veio à baila; o legislador não a inseriu no contexto do art. 27, eis que o comando prescritivo ali enunciado exprime que,

Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

²³¹ Na indexação do RE 197.917, constam as seguintes palavras: “FUNDAMENTAÇÃO COMPLEMENTAR, MIN. GILMAR MENDES: POSSIBILIDADE, (STF), ATRIBUIÇÃO, EFICÁCIA LIMITADA, DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE, CONTROLE INCIDENTAL DIRETO, FUNDAMENTO, PONDERAÇÃO CONCRETA, PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL, NULIDADE, SEGURANÇA JURÍDICA, PRESERVAÇÃO, DIREITO BRASILEIRO, REGRA GERAL, NULIDADE, ATO INCONSTITUCIONAL, UTILIZAÇÃO, *MODULAÇÃO DE EFEITOS*” (grifei).

O termo modulação, portanto, surge de maneira por demais discreta, em anotação feita pelo corpo de apoio do Supremo Tribunal Federal, na indexação do RE 197.917, julgado em 2002. Esta pode não ter sido a estreia da palavra no contexto jurídico da Suprema Corte, mas certamente configura um registro seguro da aurora semântica dessa palavra. Após a palavra, eis que se mostra necessário estabelecer uma estrutura conceitual e de abrangência da técnica de modulação, o que passou a ser elaborado em diversos julgamentos, principalmente no final dos anos 2000, e até hoje ainda se tenta elaborar uma doutrina da modulação no âmbito do Supremo Tribunal Federal, inclusive com notas interessantes de proposta de classificação, como ocorreu no recentíssimo julgamento do RE 730.462, no qual o Ministro Teori Zavascki sugeriu a adoção dos termos *eficácia normativa* e *eficácia executiva* como características próprias da modulação no controle de constitucionalidade.

3.2.2 A modulação e seu desenvolvimento conceitual e de abrangência no âmbito do Supremo Tribunal Federal

Embora não seja possível afirmar com exatidão quando a palavra *modulação* adentrou no vocabulário do controle de constitucionalidade, 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 didático,²³² o Ministro Celso de Mello discorreu sobre os *diversos graus de invalidade do ato em conflito com a Constituição*²³³ – 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 **incompatíveis** com o texto da Constituição da República”,²³⁴ 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”,²³⁵ para concluir de modo enfático:

2. Acertado se me afigura [...] o entendimento de que não se deve ter como nulo ab initio ato legislativo, que entrou no mundo jurídico munido de presunção de validade, impondo-se, em razão disso, enquanto não declarado inconstitucional, à obediência pelos destinatários dos seus comandos. Razoável é a inteligência, a meu ver, de que se cuida, em verdade, de ato anulável, possuindo caráter constitutivo a decisão que decreta a nulidade. [...] Tenho que procede a tese, consagrada pela corrente discrepante, a que se refere o “*Corpus Juris Secundum*”, de que a lei inconstitucional é um fato eficaz, ao menos antes da determinação da inconstitucionalidade, podendo ser consequências que não é lícito ignorar. A tutela da boa-fé exige que, em

²³² AI 453.071-AgR, julgado em 21/2/2006, DJ de 13/10/2006.

²³³ 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.

²³⁴ Página 6 do voto, fl. 665 do AI 453.071-AgR.

²³⁵ 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).

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.²³⁶

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 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*, valendo-se dessa interessante palavra (manipulação) como rótulo equivalente à modulação.²³⁷

A advertência semântica, proposital ou não, anteviu de certo modo o grave risco quanto ao uso da modulação sem qualquer limite quando de seu manejo. De fato, caso não se afaste a ideia segundo a qual a modulação constituiria um ato isolado e posterior ao julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade – e a presente tese busca exatamente fixar parâmetros nessa técnica, sob o ângulo da eficácia processual – corre-se o risco de se ter na *modulação* uma verdadeira *manipulação*, não em sua acepção original,²³⁸ mas no sentido que a palavra assumiu com o tempo: o de *tornar falso, adulterar*.²³⁹ Assim, modular sem impor limites e vínculos implica correr o risco de se adulterar o próprio julgamento. Precisa-se de coerência e, sobretudo, harmonia entre o ato de modular e o ato de julgar.

²³⁶ Página 10 do voto. fl. 563 do RE 79.343.

²³⁷ Página 10 do voto, fl. 669 do AI 453.071-AgR.

²³⁸ A definição de Caldas Aulete para *manipulação* é “modo particular de executar diversas operações manuais em química, farmácia e em outras artes”, lembrando que *manipular* “diz respeito ao manípulo dos romanos”, a “haste coroada de sinais simbólicos que servia de bandeira às tropas romanas” (In: AULETE, 1958, p. 3.119, volume IV).

²³⁹ Sinônimo atribuído por extensão à palavra *manipular*, apontado por Antônio Houaiss (In: HOUAISS, 2009, p. 1.235).

3.2.3. A complexidade da modulação e a falsa percepção semântica de livre oscilação

Mostra-se recorrente nesta tese a insistência com que se apregoa a importância da palavra na formação das teorias do Direito, especificamente naquelas delineadas no âmbito do controle de constitucionalidade, e com especial relevo quando se tem por empréstimo a palavra modulação, estranha à tradição jurídica, para inseri-la no contexto do julgamento feito pelo Supremo Tribunal Federal. O maior exemplo de como uma palavra pode interferir no conteúdo de determinadas categorias respalda-se no fato de que o próprio Supremo, até hoje, não possui um procedimento padrão para o uso da modulação, muito menos se chegou a um consenso quanto aos limites de sua utilização.

Na verdade, em determinados julgamentos, se acrescenta algo mais ao instituto da modulação, ou mesmo esbarra a Suprema Corte em perplexidades, como ocorreu no julgamento da ADI 4.425, ao se analisar a Emenda Constitucional 62/2009, em que se verificou que, acaso se aplicasse a modulação somente em seu aspecto *temporal* – e esse é o viés praticamente reinante em se cuidando desse tema – poder-se-ia estipular um prazo igual ou até maior daquele tido por inconstitucional, que foi o de 15 (quinze) anos.

Ocorre que a Emenda Constitucional 62/2009 incluiu o art. 97 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, estipulando, dentre outras medidas, a da criação de um regime especial de pagamento de precatórios, pelo prazo de até 15 (quinze anos), sendo que o Supremo Tribunal Federal declarou tal regime inconstitucional.

Posteriormente, ao se analisar a questão da modulação, o Ministro Luiz Fux sugeriu que se mantivesse tal regime até o final do exercício financeiro de 2018, “período suficiente para que os gestores públicos, em parceria com a sociedade civil, busquem soluções alternativas e constitucionalmente válidas para a problemática dos precatórios no Brasil”.²⁴⁰ Nesse sentido, conforme lembrou o Ministro Gilmar Mendes por ocasião dos debates, “o prazo [da modulação] [...] não pode coincidir com o marco temporal previsto pela EC 62/2009, sob pena de esvaziar a decisão de inconstitucionalidade antes proferida”.²⁴¹

²⁴⁰ Página 4 de 172 do inteiro teor do Acórdão da ADI 4.425.

²⁴¹ Página 130 de 172 do inteiro teor do Acórdão da ADI 4.425. A conclusão a que chegou o Plenário da Suprema Corte foi a de que “modulam-se os efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade proferidas nas ADIs nº 4.357 e 4.425 para manter a vigência do regime especial de pagamentos de precatórios

De fato, seria no mínimo surreal a Suprema Corte considerar inconstitucional o prazo de 15 (quinze) anos para o cumprimento das obrigações decorrentes de precatórios, para em seguida modular em termos temporais tal regra, deixando-a válida no sistema por idênticos 15 (quinze) anos ou mais. Ou seja, a modulação equivaleria, no plano real, a uma declaração de constitucionalidade do regime especial, na medida em que o próprio Supremo Tribunal Federal mantivesse a validade da Emenda tida por inconstitucional pelo mesmo prazo previsto na regra.

Esse detalhe que surgiu por ocasião do julgamento indica que modular não se limita somente em atribuir critério temporal da validade; essa pode até ser uma das perspectivas da modulação, mas a técnica revela algo muito mais complexo. O fenômeno da modulação revela-se multifacetário, daí a utilização nesta tese de uma imagem tridimensional, na qual a eficácia possuiria um plano horizontal, outro vertical, e finalmente um de modo de comprimento. Nesta última dimensão, tem-se a relação indissociável entre a modulação e a natureza da eficácia do julgamento em sua carga preponderante. Eis a complexidade que a palavra *modulação* assume no contexto do controle de constitucionalidade.

A palavra *modulação* sugere um senso de oscilação, e é exatamente essa percepção que se tem da instabilidade do termo no terreno por vezes difícil de se trilhar do controle de constitucionalidade. Tomada de empréstimo da teoria da música, como já destacado anteriormente, a palavra *modular* pode dar a ideia de *abandonar a própria cadência da música* e, como a “cadência é o meio de consolidar a tonalidade” do som, mediante acordes que limitam essa relação entre notas e harmonias, segundo o ensinamento de Arnold Schoenberg, “na modulação se faz o contrário”, pois nessa atividade musical são geradas várias sucessões de movimentos, que delinearão outra tonalidade, daí que “a modulação representa uma *frouxidão das cadeias da tonalidade*”.²⁴²

A expressão apresenta-se simbolicamente forte: modular é afrouxar. Mostra-se exatamente isso o que se tem percebido em alguns julgamentos no controle de constitucionalidade; a liberdade excessiva que a palavra sugere em seu recado semântico induz ao emprego da ferramenta sem parâmetros explicitamente confiáveis quando de seu

instituído pela Emenda Constitucional nº 62/2009 por 5 (cinco) exercícios financeiros a contar de primeiro de janeiro de 2016” (pp. 1 e 2).

²⁴² SCHOENBERG, 2011, p. 224.

uso, e, pior, somente após o julgamento na declaração da constitucionalidade de lei ou de ato normativo, como se fosse um ato ulterior, divorciado do julgamento.

Essa falta de preocupação em formatar tecnicamente o termo gerou desídia conceitual e provavelmente aí reside o enigma que adorna em mistério esse fenômeno antes ressaltado: a ausência de tecnicidade e compromisso conceitual da *modulação* proporcionou à palavra tamanha liberdade que ela se sobrepôs aos próprios conceitos firmados na doutrina e na jurisprudência a respeito dos limites na declaração de inconstitucionalidade.

É chegado o momento, ao que tudo indica, de abandonar o sentido tomado por empréstimo da palavra *modulação* como *frouxidão das cadeias da tonalidade*, porque essa liberdade gera um desequilíbrio. No instante em que se fincam balizas para o uso da *modulação*, pode-se chegar ao equilíbrio, decorrente da harmonia, a partir de uma perspectiva simétrica do objeto.

Convém destacar que essa ideia surgiu a partir da leitura do livro de Bülent Atalay, no qual, adotando como referência a incomparável pintura de Leonardo da Vinci, a Mona Lisa, o autor demonstra que a harmonia é matematicamente explicada, pois mesmo na natureza existem formas e ângulos que representam a *proporção áurea*, tudo baseado em números. Valendo-se de algumas dessas formas, as quais possuem o parâmetro para todas as outras – *golden triangle, golden rectangle* etc. – Leonardo da Vinci, utilizando-se da *divina proporção*, anteriormente explorada por Pacioli, elaborou o retrato mais famoso do mundo.²⁴³

Desse modo, torna-se plausível dizer que há uma diferença entre a estética da simetria e a liberdade da *modulação*. A simetria, no dizer de Atalay, se forma pela harmonia, pelo equilíbrio e pela proporção.²⁴⁴ A *modulação* – ao menos como ela é tratada até hoje pela Suprema Corte – consiste justamente no inverso; em vez de harmonia, tensão; em vez de equilíbrio, desigualdade.

Há de se concluir esta análise da *modulação* e sua influência semântica, da realidade construída a partir da linguagem, sugerindo algumas delimitações aptas a criar fronteiras

²⁴³ ATALAY, Bülent. *Math and the Mona Lise: the art and science of Leonardo da Vinci*. Washington: Smithsonian Books, 2014.

²⁴⁴ “Just as symmetry can produce a sense of harmony, balance, and proportion, too much symmetry in certain contexts, such as in an endless line of row houses or identical statues, can have negative emotional impact. Similarly, *asymmetry* can produce a sense of discord and lack of proportionality. But in some instances, such as in the shape of an egg (as opposed to a smooth sphere), it can generate a positive emotional response, a sense of release, freedom, and mystery” (ATALAY, 2014, p. 16).

conceituais e estruturais da modulação, com uma dimensão particularmente eleita, que fundamenta-se na da identificação da natureza da decisão no âmbito da teoria da preponderância das cargas de eficácia da decisão judicial, de Pontes de Miranda, e a necessidade de se estabelecer a *técnica da energia cinética* entre a postulação e o julgamento, a fim de que a liberação dessa energia, própria do comando contido na decisão judicial (eficácia no plano do comprimento, dentro da configuração tridimensional autoportante desse fenômeno), não se dê de maneira absolutamente divorciada do contexto da decisão e dos parâmetros da própria postulação.

Existem casos curiosos a respeito dessa ausência de balizas para a fundamentação do ato de modular – mesmo sendo exigido pelo art. 27 da Lei 9.868/1999 razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social –, como ocorreu no julgamento da ADI 4.628, em que se discutia a questão da incidência do Protocolo ICMS 21/2011, no tocante às operações interestaduais e por meio não presencial (internet, telemarketing, showroom), e, por ocasião do próprio julgamento, sugeriu-se a “Modulação dos efeitos a partir do deferimento da concessão da medida liminar, ressalvadas as ações já ajuizadas”,²⁴⁵ no que foi acolhido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

O fundamento para tal modulação consta no final do voto do relator, em que se sugere: “É como voto, dando provimento à ADI, modulando os efeitos da declaração de inconstitucionalidade a partir do deferimento da concessão da medida liminar, ressalvadas as ações já ajuizadas”.²⁴⁶ Durante os debates, o único acréscimo de argumentação foi o de que, como ele, relator, deferiu a liminarmente a medida solicitada na ADI, “a partir da liminar, a declaração de inconstitucionalidade tem a sua higidez a partir da liminar e as operações pretéritas ficam superadas, porque, senão, o prejuízo é maior ainda para esses Estados”.²⁴⁷

Eis um bom exemplo do quanto se mostra necessário estabelecer critérios no uso da modulação, em vez de se deixar tal técnica ao sabor dos ventos de ocasiões momentâneas e não devidamente explicitadas.

²⁴⁵ Trecho do item 15 do acórdão. Página 6 de 41 do Inteiro Teor do Acórdão da ADI 4628.

²⁴⁶ Página 29 de 41 do Inteiro Teor do Acórdão da ADI 4628.

²⁴⁷ Página 32 de 41 do Inteiro Teor do Acórdão da ADI 4628.

4 A TÉCNICA PROCESSUAL DA ENERGIA CINÉTICA NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

4.1 A energia cinética na Física e o movimento na ação processual

4.1.1 A energia cinética nas ações em geral

O controle abstrato de constitucionalidade segue o mesmo caminho a que se submete a ação em geral, iniciando-se com a postulação, em seguida se tem o desenvolvimento desse ato complexo, cumprindo-se etapas para o pleno atendimento do devido processo legal – como defesa, informações, esclarecimentos etc. –, até se chegar ao julgamento, ápice de toda e qualquer ação, sendo que, a partir desse momento, surge outra preocupação: a do manejo da ferramenta da *eficácia processual* e como ela se concretizará.

Dessa forma, tem-se, nitidamente, um movimento com ponto de partida e ponto de chegada. Esse movimento que se estabelece na ação bem que poderia ser comparado a outro tipo de movimento, aquele estudado pela Física,²⁴⁸ na segmentação denominada de Mecânica,²⁴⁹ na qual o fenômeno do movimento, particularmente em relação aos *princípios da conservação*, diz respeito ao trabalho,²⁵⁰ à energia, ao impulso e à quantidade de movimento.

Quanto à energia, “a ideia está tão arraigada em nosso cotidiano que praticamente a aceitamos sem definição”,²⁵¹ mas frequentemente a energia está associada ao movimento

²⁴⁸ Conforme se vê na definição de Ramalho Junior, Ferraro e Soares, a Física é a “ciência que busca descrever os fenômenos que ocorrem na Natureza e prever a sua ocorrência, procurando atualmente não mais oferecer uma imagem da Natureza, mas sim uma imagem da relação do ser humano com a Natureza” (RAMALHO JR, Francisco; FERRARO, Nicolau Gilberto; SOARES, Paulo Antônio de Toledo. *Os fundamentos da física: mecânica*. 9. ed. São Paulo: Moderna, 2007, p. 3).

²⁴⁹ Os ramos da Física são a Óptica, a Acústica, a Termologia e a Mecânica, este último responsável por um dos fenômenos mais abordados nessa ciência, o *movimento* (RAMALHO JR; FERRARO; SOARES, 2007, p. 3). Diversos são os estudos que se realizam na Mecânica, tais como a descrição do movimento (cinemática escalar), os vetores e grandezas vetoriais (cinemática vetorial), as forças em dinâmica, os princípios da conservação, a gravitação universal, a estática, a hidrostática e a hidrodinâmica.

²⁵⁰ Vale destacar que a palavra trabalho, em Física, está associada à força, não ao corpo (RAMALHO JR; FERRARO; SOARES, 2007, p. 262).

²⁵¹ *Ibid.*: p. 282.

(energia cinética). “No entanto, mesmo estando em repouso, um corpo pode possuir energia apenas em função da posição que ocupa (energia potencial)”.²⁵²

Com base nessas premissas, Ramalho Junior, Ferraro e Soares definem a *energia cinética* como sendo “A variação da energia cinética de um corpo entre dois instantes é medida pelo trabalho da resultante das forças entre os instantes considerados”.²⁵³

Esse enunciado é conhecido por *teorema da energia cinética*, “de validade geral para qualquer tipo de movimento”,²⁵⁴ sendo que tal teorema “estabelece um critério de medida dessa energia: a sua variação será medida pelo trabalho da resultante das forças”; assim, “A energia cinética aumenta quando o trabalho da resultante é motor [...], isto é, a força resultante é favorável ao deslocamento, aumentando a velocidade”, e também “A energia cinética diminui quando o trabalho da resultante é resistente [...], isto é, a força resultante é oposta ao deslocamento, diminuindo a velocidade”.²⁵⁵

Ora, visto que o termo modulação nunca compartilhou da intimidade jurídica, tendo sido tomado de empréstimo de outras áreas do conhecimento para identificar um fenômeno no controle de constitucionalidade, permito-me igualmente pinçar essas categorias da Ciência da Física no intuito de agregá-las à técnica da modulação, estabelecendo parâmetros a partir dessa noção de *movimento e força*.

Revela-se interessante, pois, observar que a *energia* (eficácia) no processo surge na medida em que são acionados os *trabalhos das resultantes das forças*, e do somatório desses trabalhos resulta a *energia cinética*, devendo-se considerar os *instantes* entre um trabalho e outro, uma vez que a soma dessa operação é que vai definir o *tipo de energia* decorrente desse movimento.

Portanto, essa simbologia tomada por empréstimo da Ciência da Física da *energia cinética* objetiva fixar a ideia segundo a qual a energia decorrente da ação judicial (eficácia) não pode ser solta, sem qualquer vínculo com os *trabalhos das resultantes das forças* desenvolvidos ao longo da ação, pois é esse movimento que impõe limite à jurisdição: mostrar-se-ia por demais perigoso atribuir unicamente ao juiz a possibilidade de escolha do

²⁵² RAMALHO JR; FERRARO; SOARES, 2007, p. 3.

²⁵³ Ibid.: p. 283.

²⁵⁴ Ibid.: 283.

²⁵⁵ Ibid.: p. 283.

tipo de eficácia preponderante – declarativa, constitutiva, condenatória, mandamental ou executiva – quando do julgamento do pedido.

O que se pretende demonstrar é que a movimentação que ocorre no processo, visando à denominada prestação jurisdicional, não possui somente como finalidade dar seguimento às relações processuais que se desenvolvem na jurisdição pretendendo a solução do conflito. Movimento, em processo, consiste em estabelecer que tipo de *trabalho da resultante da força* impulsiona o cumprimento de etapas processuais, criando um elo indissociável entre tais trabalhos, construindo-se o tipo de eficácia que surgirá ao se concluir essa energia cinética.

Assim, ao se pensar no uso de determinada ação processual (momento anterior ao litígio), esse significaria o primeiro indicativo de definição das cargas de eficácia da futura e provável decisão judicial. Momento de definição de estratégia, em que se avalia, por exemplo, se é mais interessante utilizar determinada ação, na qual a carga preponderante de eficácia seja a mandamental, por envolver obrigação de fazer, como é o caso do mandado de segurança; ou se faz a opção por uma ação de repetição de indébito, cuja carga de eficácia preponderante será condenatória, eis que a pretensão reside em se obter uma decisão judicial impondo obrigação de pagar valor em dinheiro. Tem-se aí, entretanto, mera expectativa de relação jurídica. Não se pode ainda considerar, nessa fase anterior à exteriorização da pretensão de direito material, a existência de um *trabalho da resultante de força*, simplesmente porque não se exteriorizou a *vontade* para que se dê início ao movimento gerador da energia cinética.

No instante em que se realiza o ingresso da pretensão de direito material mediante o uso de uma ação processual (momento inicial), tal ato instaura a primeira relação intersubjetiva, firmada entre o autor e o juiz (relação jurídica envolvendo o Estado), e se pode dizer que nesse ato se emprega o primeiro trabalho da resultante da força (TRF¹).

Por ocasião do desenvolvimento daquela ação (percurso na trajetória do processo) surgem várias relações jurídicas, não somente as decorrentes dos deveres que se impõem ao juiz, como o de zelar pela imparcialidade, mas igualmente as relações jurídicas representadas por direitos e ônus às partes, a exemplo do direito de defesa e do ônus das custas processuais (relações jurídicas obrigacionais). Esses atos, porém, embora impulsionem o processo, não podem ser considerados como trabalhos da resultante da força, porque não são definidores da eficácia da decisão judicial futura. A não ser que o réu formule um *pedido* de direito material

– como pode acontecer na reconvenção,²⁵⁶ verdadeira ação dentro de um processo já condutor de outra ação, então nesse caso ter-se-á outro trabalho da resultante da força (TRF²).

Caso o Ministério Público atue no feito como fiscal da ordem jurídica, elaborando parecer no qual se manifesta sobre o pedido, há de se considerar tal opinião como mais um trabalho da resultante da força (TRF³), diante da potencialidade do conteúdo do parecer na elaboração da sentença pelo juiz.

Ao final desse percurso, com a solução da ação mediante decisão judicial definitiva (momento de julgamento), tem-se exatamente o resultado do somatório dos trabalhos das resultantes das forças (TRF¹ + TRF² + TRF³) e, principalmente com o estabelecimento de um vínculo entre a decisão e a escolha inicial da ação, é dizer, surge a relação jurídica de vínculo entre a ação e sua eficácia.

²⁵⁶ Código de Processo Civil de 1973: “Art. 315. O réu pode reconvir ao autor no mesmo processo, toda vez que a reconvenção seja conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa”; “Art. 316. Oferecida a reconvenção, o autor reconvido será intimado, na pessoa do seu procurador, para contestá-la no prazo de 15 (quinze) dias”; “Art. 318. Julgar-se-ão na mesma sentença a ação e a reconvenção”. Código de Processo Civil de 2015: “Art. 343. Na contestação, é lícito ao réu propor reconvenção para manifestar pretensão própria, conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa. § 1º Proposta a reconvenção, o autor será intimado, na pessoa de seu advogado, para apresentar resposta no prazo de 15 (quinze) dias”; “Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz: I - acolher ou rejeitar o pedido formulado na ação ou na reconvenção”.

4.1.2. A energia cinética na ação direta de inconstitucionalidade

Em relação à ação direta de inconstitucionalidade, o primeiro obstáculo a ser superado, para o emprego dessa técnica da energia cinética, acha-se no da tradicional percepção de que, por se cuidar de ação objetiva, a ADI não se equipararia às ações intersubjetivas utilizadas no Direito Processual em geral. Eis que o objeto do controle direto de constitucionalidade seria o exame de validade de lei ou ato normativo, não existindo conflito ou direitos subjetivos em debate.

Representa o que se denomina *processo objetivo*, cuja característica, apontada por Gilmar Ferreira Mendes ao se referir a entendimento do Supremo Tribunal Federal ainda nos anos 1980, expressa-se por possuir uma natureza política e, por isso, o controle abstrato de normas deve ser considerado simples forma.²⁵⁷

A propósito, Hugo de Brito Machado, ao falar da ADI e da ADC, sublinha que “A rigor, não se trata de ações, no sentido jurídico processual, posto que não dizem respeito à aplicação do Direito ao caso concreto, mas à manifestação da Corte Maior a respeito da adequação entre a norma inferior e a norma superior”.²⁵⁸ Mesmo assim, o mencionado jurista ressalta que “Não obstante não se esteja diante de ações, a elas de algum modo são aplicáveis, à míngua de outros, as normas e os princípios do direito processual, bem como os conceitos elaborados pela doutrina nesse ramo do Direito”;²⁵⁹ até porque, como ele próprio reconhece, “a ação caracteriza-se pelo pedido”.²⁶⁰

De fato, vários dispositivos do Direito Processual são aplicáveis na ação objetiva de controle de constitucionalidade, bastando citar como exemplo o *interesse de agir*, que não está previsto na Constituição Federal como condição da ação direta de inconstitucionalidade – na verdade, ali só consta como requisito da ADI a legitimidade ativa, mediante a indicação expressa dos que podem propor tal ação²⁶¹ –, e, ainda assim, por construção jurisprudencial do

²⁵⁷ MENDES, 2012, p. 86.

²⁵⁸ MACHADO, 2012, p. 493.

²⁵⁹ MACHADO, 2012, p. 493.

²⁶⁰ Id.

²⁶¹ Constituição Federal de 1988: “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V

Supremo Tribunal Federal, colocou-se o *interesse de agir* como algo indispensável para ingressar com a ADI, atribuindo-lhe o nome de *pertinência temática*.

A pertinência temática, ou *relação de pertinência*, como prefere Gilmar Ferreira Mendes, decorre de entendimento jurisprudencial consolidado Supremo Tribunal Federal, no sentido de que “o objeto da ação de inconstitucionalidade guarde *relação de pertinência* com a atividade de representação da confederação ou da entidade de classe no âmbito nacional”.²⁶²

Ora, ao contrário da legitimidade, que possui em regra um aspecto *objetivo*, o *interesse de agir* é algo que se encontra no campo da *subjetividade*, o que resulta nem sempre ser de fácil averiguação essa condição da ação.

Tanto é verdade que a doutrina há muito se esforça para construir uma coerente explicação para o que seja *interesse de agir*. Lopes da Costa defendia que “o conceito de interesse jurídico, expresso de modo geral, é aquela *utilidade* que se pode tirar da atividade do órgão da jurisdição”²⁶³ e, em seguida, lembrava os ensinamentos de Chiovenda, no sentido de que “o momento em que se há de verificar a existência do interesse de agir é o da decisão”.²⁶⁴

Manoel Gusmão, ao seu turno, destacava que para exercer a ação judiciária era preciso a *justa causa* que, “na técnica judiciária, se denomina – *interesse de agir*, do qual Mortara nos evidencia o exato conceito, dizendo que – ‘o *interesse é o motivo jurídico do qual deriva a faculdade de agir em juízo*’”.²⁶⁵

Vê-se, assim, por esses ensinamentos doutrinários, que o interesse de agir retrata algo que nem sempre pode ser vislumbrado quando do exercício do juízo de admissibilidade, daí porque se mostra perigoso inserir esse requisito processual como condição da ação, porque, na verdade, parece estar mais relacionado ao pressuposto de desenvolvimento do feito, apto a gerar a análise do pedido.

- o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional” (*redação dada pela Emenda Constitucional 45/2004*).

²⁶² MENDES, 2012, p. 112.

²⁶³ COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. *Direito Processual Civil Brasileiro*, volumes I e 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1947, p. 109.

²⁶⁴ *Ibid.*: p. 110.

²⁶⁵ GUSMÃO, Manoel. *Processo Civil e Comercial*, volume I. São Paulo: Saraiva, 1921, p. 292.

Em se cuidando de ação objetiva de controle de constitucionalidade, exige-se de logo da entidade sindical ou de classe a demonstração de que o campo de atuação daquele ente legitimado pela Constituição Federal para valer-se da ADI seja compatível com o interesse a que visa tutelar.

Sem dúvida, essa é uma situação na qual se usa de maneira aberta um pressuposto próprio das ações subjetivas – o interesse de agir –, de modo que se torna perfeitamente viável se pensar na utilização de critérios próprios das demandas subjetivas nas ações objetivas.

Igualmente se transportou o requisito dos *fundamentos jurídicos*, inerente à ação subjetiva, para a ação direta de inconstitucionalidade, por meio de lei ordinária,²⁶⁶ ou seja, não se tem no texto constitucional tal requisito da postulação e, mesmo antes do advento da Lei 9.868/1999, o Supremo Tribunal Federal entendia ser necessário expor na ADI os fundamentos jurídicos, como destaca Gilmar Ferreira Mendes.²⁶⁷

Conclui-se, então, que é perfeitamente aplicável à ação objetiva, na qual se busca o controle de constitucionalidade, a adoção dessa técnica da energia cinética, ligada ao pedido, até mesmo porque o pedido consiste em requisito da petição inicial da ADI.²⁶⁸

Percorrendo então as diversas fases da ação direta de inconstitucionalidade, pode-se perceber os instantes em que se tem o trabalho resultante da força que há de gerar a energia (eficácia) respectiva.

Tal como nas ações subjetivas, quando um dos legitimados para o ingresso da ADI cogita utilizar esse móvel processual para o controle de constitucionalidade de lei ou ato normativo (momento anterior à instauração da jurisdição constitucional), esse também seria o primeiro aceno de definição das cargas de eficácia da futura e provável decisão judicial que declare a inconstitucionalidade (portanto, com efeitos desde o início da validade da lei ou do ato questionado) ou que prolate decisão constitutiva (com a atribuição da eficácia de modo diferente da decisão declarativa). Obviamente que essa fase atesta mera expectativa de relação jurídica que venha a se estabelecer na ADI e, em consequência, não se pode falar em *trabalho*

²⁶⁶ Lei 9.868/1999: “Art. 3º A petição indicará: I – o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações”.

²⁶⁷ MENDES, 2012, p. 225 (O julgado apontado está na ADI 259, de 1992).

²⁶⁸ Inciso II do art. 3º da Lei 9.868/1999.

da resultante de força, simplesmente porque não se exteriorizou a *vontade* para que se dê início ao movimento gerador da energia cinética.

Ao se ingressar com a ADI, porém, esse momento processual inaugura a relação jurídica de controle de constitucionalidade e, é nesse instante em que o primeiro trabalho da resultante da força - TRF, inclusive com o pedido contido na petição inicial (TRF¹), elemento essencial para a definição futura da modulação (energia = eficácia), eis que a modulação será o resultado da soma dos trabalhos das resultantes das forças empregadas no processo.

Interessante observar que, como a ADI não retrata um litígio, não se tem a relação intersubjetiva própria dos conflitos submetidos à jurisdição comum, além desse pedido contido na petição inicial (TRF¹), todas as informações e manifestações que se possam colher na trajetória do controle de constitucionalidade, acabarão por representar um tipo especial de trabalho da resultante da força, diante da carga de influência que possivelmente se retratará na decisão judicial, que analisará a constitucionalidade da lei ou do ato normativo. É dizer, são movimentos que acabam por se revestir daquela força apta a contribuir para a energia final que surgirá por conta da técnica da energia cinética.

Assim, os outros trabalhos da resultantes de força que podem ser deflagrados na ADI, e que estão previstos na Lei 9.868/1999 são: I) as informações dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado (art. 6º – TRF²); II) a manifestação de outros órgãos ou entidades (§ 2º do art. 7º – TRF³); III) a manifestação do Advogado-Geral da União (art. 8º – TRF³); IV) a manifestação do Procurador-Geral da República (art. 8º – TRF⁴); V) as informações adicionais requisitadas pelo relator (§ 1º do art. 9º – TRF⁵); VI) parecer de perito ou de comissão de peritos sobre a questão (§ 1º do art. 9º – TRF⁶); e VII) as informações solicitadas junto aos Tribunais Superiores, aos Tribunais regionais federais e aos Tribunais estaduais (§ 2º do art. 9º – TRF⁷).

A Lei 9.868/1999 estipula a coleta de outros dados pelo relator, mas como não se tem, nessas circunstâncias, manifestação ou informação, esse movimento não está apto a gerar o trabalho da resultante da força, que se faz justamente quanto se designa audiência para ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria (§ 1º do art. 9º).

A decisão no julgamento e conseqüente modulação não podem simplesmente desprezar essa quantidade de trabalhos das resultantes das forças (TRF¹ + TRF² + TRF³ + TRF⁴ + TRF⁵ + TRF⁶ + TRF⁷), devendo o somatório de tais elementos fixar o vínculo entre a decisão e essas forças, identificando qual a eficácia a ser aplicada, tomando-se como

referência a teoria da preponderância das cargas de eficácia, a fim de se definir a incidência de uma eficácia declarativa ou uma eficácia constitutiva.

4.2 A modulação moto-contínuo no controle de constitucionalidade

4.2.1 Os riscos do funcionamento da modulação sem suprimento de energia

Um julgamento recente em controle de constitucionalidade ilustra com bastante intensidade o risco que se corre ao se deixar a modulação sem qualquer vínculo com os *trabalhos das resultantes das forças* que surgem desde o início da ação até o seu fecho; reunta num caso em que se pode dizer que a modulação funcionou sem suprimento de energia, porque não se teve a qualquer atenção quanto aos trabalhos das resultantes das forças ao longo da tramitação do processo.

O que consiste no que se poderia chamar de *modulação moto-contínuo* – presente na ADI 4481 – valendo-se aqui mais uma vez dos apontamentos de livros de Física, particularmente no de Ramalho Junior, Gilberto Ferraro e Toledo Soares, no qual se mostra que muitos *imaginaram* e ousaram construir uma máquina de movimento perpétuo, a qual, “por meio de conversões de energia no seu interior, deveria funcionar eternamente, sem nenhum suprimento externo de energia”.²⁶⁹ Todavia, complementam os referidos autores, “todas as tentativas se mostraram infrutíferas, pois sempre uma parcela de energia, por mínima que seja, se perde no processo de funcionamento da máquina”, pois “Hoje está cientificamente provado ser impossível a criação de um moto-perpétuo (também conhecido como moto-contínuo)”.²⁷⁰

Pois bem. O que ocorreu no julgamento da ADI 4481 transmite essa ideia de movimento perpétuo sem necessidade de energia, na medida em que o Supremo Tribunal Federal colocou a modulação da maneira como bem entendeu, sem critérios de vínculo com a trajetória do processo, desprezando o trabalho da resultante da força apta a gerar a energia

²⁶⁹ RAMALHO JR; FERRARO; SOARES, 2007, p. 290.

²⁷⁰ RAMALHO JR; FERRARO; SOARES, 2007, p. 290. Ouso dizer que somente no universo lírico se fez possível materializar um *moto-contínuo*: o do desejo adornado pela exuberante paixão do homem pela mulher, quando “Um homem pode ir ao fundo do fundo do fundo se for por você” e até “Juntar o suco dos sonhos e encher um açude se for por você”, nos delirantes versos da música de Chico Buarque e Edu Lobo, em que o “Homem constrói sete usinas usando a energia que vem de você / Homem conduz a alegria que sai das turbinas de volta a você / E cria o moto-contínuo da noite pro dia se for por você”. A música consta em *Almanaque*, de 1981, obra-prima em conteúdo e forma, graças às canções e à capa do então disco de vinil feita pelo artista plástico Elifas Andreato.

(eficácia), simplesmente fez a modulação, com graves reflexos na ordem jurídica, como assinalado naquela ocasião pelo Ministro Marco Aurélio.

A discussão em tal controle girava em torno da instituição de benefícios fiscais relativos ao ICMS, mediante lei estadual do Paraná, de 2006, sem fundamento em convênio interestadual, sendo que o relator, Ministro Luís Roberto Barroso, sustentou que o deferimento de benefício fiscal em matéria de ICMS necessita de prévio convênio interestadual e, no mesmo voto no qual assentou tal entendimento, sugeriu a modulação de efeitos temporais da medida, embora reconhecendo que a decisão não geraria grande surpresa, pelo fato de bastante conhecida a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito do procedimento a ser observado nesses benefícios fiscais, ainda assim, argumentou que, como a lei vigorou por oito anos, com presunção de constitucionalidade, “a atribuição (de) efeitos retroativos à declaração de inconstitucionalidade geraria um grande impacto e um impacto injusto para os contribuintes”,²⁷¹ ressaltando que a ponderação nesse caso se dava “entre a disposição constitucional tida por violada e os princípios da boa-fé e da segurança jurídica”.²⁷²

Em esclarecimento posterior, o Ministro Luís Roberto Barroso fez as seguintes assertivas:

A questão da modulação é extremamente delicada, inclusive pelas razões já apresentadas pelo advogado da tribuna e mais de uma vez suscitadas pelo Ministro Marco Aurélio, em outros contextos. A modulação faz com que, em certa medida, “o crime compense”, porque mal ou bem esta lei vigorou desde 2007 até agora [o julgamento ocorreu em 2015] quando nós estamos declarando inconstitucional. [...].

Por outro lado, Presidente, longe de querer fazer a opção que estimule um comportamento de infração à Constituição, a verdade é que esta lei vigorou por oito anos, portanto, os jurisdicionados e os contribuintes que cumpriram a lei, até porque, enquanto não declarada inconstitucional, vigia o mandamento da sua presunção de constitucionalidade, eu penso que desfazer retroativamente todos esses anos de benefícios seria de um impacto talvez imprevisível e possivelmente injusto em relação, pelo menos, às partes privadas que cumpriram a lei tal como ela foi posta. [...].

²⁷¹ Página 15 de 34 do Inteiro Teor do Acórdão da ADI 4481.

²⁷² Páginas 15/16 de 34 do Inteiro Teor do Acórdão da ADI 4481.

De modo que eu estou, Presidente, propondo a modulação dos efeitos até a data do julgamento, portanto, até a data de hoje [11/3/2015].²⁷³

Vale destacar os seguintes trechos do voto do Ministro Marco Aurélio, não só pela indignação externada diante da modulação sugerida a, no seu dizer, *salvar a lei em detrimento da Carta da República*, mas também para se meditar a respeito dessa forma de modulação como moto-contínuo, ou seja, sem a verificação das forças que gerariam a energia (eficácia) da decisão, em total liberdade e autoprodução do movimento:

Está ficando muito fácil editar diplomas legais á margem da Constituição Federal, porque depois, em passo seguinte, há o concerto do Supremo; mas concerto não com “s”, o concerto com “c”. Dá-se, naquele período, o dito pelo não dito, salva-se a lei em detrimento da Carta da República, como se esta tivesse ficado suspenso no período, não vigorasse no território nacional. E me assusta muito que se vem, passo a passo, generalizando o instituto da modulação, a ponto de cogitar-se desse instituto quanto a algo que foi mais do que sinalizado – apenas não houve a edição de verbete de súmula pelo Supremo.

Presidente, não se tem como deixar de pagar um preço que, a meu ver, é módico, por viver-se num Estado Democrático de Direito, que é o preço a direcionar à observância irrestrita dos ditames constitucionais, a menos que se diga que a Constituição não é rígida, é uma Constituição flexível, que pode ser colocada em segundo plano. Dir-se-á que foram beneficiados contribuintes. Esses contribuintes tiveram uma situação jurídica aperfeiçoada? Não, acabou de assentar o Supremo, de certificar o Supremo, no que colou à lei do Estado do Paraná a pecha de inconstitucional. [...].

Fico a imaginar em que caso se deixará de modular a decisão, se, num caso em que houve o desrespeito flagrante, frontal à Constituição, mais do que isso, a reiterados pronunciamentos do Supremo, é implementada a modulação.

Não sei se sou compelido a pedir vênia para divergir, mas não vou pedir. É menoscabo à Carta da República editar uma lei como essa, em conflito evidente com a Constituição, já que a sujeição ao convênio unânime nela está em bom vernáculo, para chegar-se ao benefício, e, então simplesmente, apostar-se na morosidade da Justiça, que, em um futuro próximo, acomodará a situação.

²⁷³ Páginas 17 e 18 de 34 do Inteiro Teor do Acórdão da ADI 4481.

Não se estimulam, dessa forma, os cidadãos em geral a respeitarem o arcabouço normativo constitucional em vigor. Ao contrário, em quadra muito estranha, incentiva-se a haver o desrespeito e, posteriormente, ter-se o famoso jeitinho brasileiro, dando-se o dito pelo não dito, o errado pelo certo.

Não modulo, Presidente.²⁷⁴

Essa observação, segundo a qual se está *generalizando a modulação*, constitui algo de fato preocupante e, a meu sentir, uma decorrência da nítida desconexão entre a eficácia processual e a postulação. Parece-me que esse julgamento se mostra verdadeiro paradigma a demonstrar a fragilidade da técnica de modulação da eficácia processual, pois ela é feita atualmente sem qualquer parâmetro, a não ser o temporal, de livre escolha pela Suprema Corte.

Ora, a energia cinética, nesse caso, deveria ter decorrido do trabalho da resultante das forças desde a postulação. Como bem lembrou o Ministro Marco Aurélio, a possibilidade de se modular sem parâmetros induz à utilização do Judiciário – na verdade do Supremo Tribunal Federal – para se obter vantagem e, nesse contexto, não parece se deva levar a ferro e fogo a observação de Hugo de Brito Machado, para quem só se deve retroagir a decisão no controle de constitucionalidade caso a decisão seja favorável ao contribuinte.²⁷⁵

Contudo, o mais grave assenta-se em que a própria prescrição estipulada no art. 27 da Lei 9.868/1999 anota com tintas fortes que a modulação há de ser excepcional, inclusive determinando que para essa modulação se exige quórum qualificado (maioria de dois terços dos membros da Suprema Corte) e “tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”. Portanto, um desses dois elementos deve servir de suporte para a modulação, mas não se encontra sequer essa referência na maioria das sugestões a respeito da modulação.

²⁷⁴ Páginas 32/33 de 34 do Inteiro Teor do Acórdão da ADI 4481.

²⁷⁵ “[...] o Direito é um instrumento de defesa contra o arbítrio, e a supremacia constitucional, que alberga os mais importantes princípios jurídicos, é por excelência um instrumento do cidadão contra o Estado. Não pode ser invocada pelo Estado contra o cidadão. Assim é que a declaração de inconstitucionalidade da lei tributária, por exemplo, não pode produzir efeitos retroativos contra o cidadão, como pretendeu o INSS no caso da contribuição de previdência das empresas agroindustriais” (MACHADO, 2012, p. 31/32).

4.2.2 A prática da livre modulação sem a observância da energia cinética

Revela-se instigante observar a timidez inicial nas decisões do Supremo Tribunal Federal, ao se referir à modulação, e aos poucos se abandona aquela postura tímida para assumir aquele Tribunal, escancaradamente, a *prática da livre modulação* – sem a fundamentação em razão de segurança jurídica ou de excepcional interesse social –, no que o Ministro Marco Aurélio denominou de *generalização* no uso do mecanismo, em seu voto na ADI 4481, anteriormente destacado.

De fato, entre 2005 e 2006 a Suprema Corte reconhecia, “excepcionalmente, a possibilidade de proceder à modulação ou limitação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, mesmo quando proferida, por esta Corte, em sede de controle difuso”.²⁷⁶

Entretanto, na ADI 3819, julgada em 24/10/2007, o Supremo entendeu que a modulação é *fase* do julgamento, e mesmo assim todos os integrantes do Tribunal devem participar dessa fase, inclusive quem votou de modo diverso quando da declaração da inconstitucionalidade. Naquela ocasião, o Ministro Gilmar Mendes afirmou que o princípio da nulidade da lei inconstitucional “não está escrito em lugar algum, mas que foi objeto de um tipo de aceitação geral, até com equívocos”, ao longo da história do Supremo Tribunal federal²⁷⁷ e, por isso, defendeu que “a nulidade da lei inconstitucional não faz a depuração total”,²⁷⁸ arrematando o seguinte:

[...] não se trata de qualquer juízo de conveniência ou de adoção de qualquer opção política, mas tão-somente, de adoção de mera técnica que hoje é universal na jurisdição constitucional. Não há Corte constitucional digna desse nome no mundo que não faça modulação de efeitos, exatamente porque se ponderam princípios”.²⁷⁹

²⁷⁶ Trecho do acórdão do AI 453.071, julgado em 21/2/2006. No mesmo sentido, o RE 395.902, julgado em 7/3/2005.

²⁷⁷ Página 2 do voto, folha 444 da ADI 3819.

²⁷⁸ Id.

²⁷⁹ Página 3 do voto, folha 445 da ADI 3819.

Evidenciou-se o início de uma guinada de entendimento da Suprema Corte no sentido de utilizar com mais vigor a modulação embora, ainda em 2010, o Supremo Tribunal Federal tentasse se justificar a respeito da modulação, afirmando que não se abandonava de todo a doutrina tradicional da nulidade da lei inconstitucional, mas em certas circunstâncias seria “inevitável, com base no princípio da segurança jurídica, afastar a incidência do princípio da nulidade em determinadas situações”,²⁸⁰ de modo que, configurada eventual tensão entre o princípio da nulidade e o princípio da segurança jurídica, “a solução da questão há de ser, igualmente, levada a efeito em um processo de complexa ponderação.”²⁸¹

Contudo, ainda assim, naquela ocasião o Supremo Tribunal Federal ressaltou que o princípio da nulidade continuava a ser a regra direito brasileiro, de modo que “a não aplicação do princípio da nulidade não se há de basear em consideração de política judiciária, e sim em fundamento constitucional próprio”,²⁸² até porque o legislador concebeu “um modelo restritivo também no aspecto procedimental, consagrando a necessidade de um quórum especial (dois terços dos votos) para a declaração de inconstitucionalidade com efeitos limitados”.²⁸³

De fato, essa exigência do número maior de julgadores para que se dê a modulação parece ser a única regra inquebrantável no âmbito do Supremo Tribunal Federal, entretanto seria preciso, a meu sentir, encarar o ato de modular como algo não isolado, senão como produto de uma cadeia cinética de energia, em que se estabelece a eficácia processual no tocante à natureza da própria decisão, se preponderantemente declaratória ou preponderantemente constitutiva.

E é nesse sentido que se apresenta, como conclusão, a sugestão para que se adotem diretrizes no uso da modulação de eficácia da norma tributária no controle de constitucionalidade, de modo a se estabelecer limites na jurisdição constitucional.

²⁸⁰ Voto do Ministro Gilmar Mendes na ADI 875, páginas 45 e 46 do voto, folhas 274/275 do processo.

²⁸¹ Página 45 do voto, folha 275 da ADI 875.

²⁸² Página 47 do voto, folha 276 da ADI 875.

²⁸³ Id.

5 CONCLUSÕES: AS DIRETRIZES POSSÍVEIS NO USO DA MODULAÇÃO DE EFICÁCIA DA NORMA TRIBUTÁRIA NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

5.1 O cenário cambiante da modulação e a necessidade de se impor limites no seu uso

Como se viu ao longo desta tese, muitas são as incertezas que ainda rondam o instituto da modulação.

Para se ter uma ideia dessa afirmação, além dos julgados anteriormente destacados nos quais se percebe a oscilação no trato com a modulação, vale ainda apontar algumas peculiaridades no julgamento da ADI 4171, ocorrido em 3/8/2011, cujo ato normativo questionado foi o Convênio 110/2007, que atribuiu às refinarias de petróleo a responsabilidade tributária pelo recolhimento do ICMS incidente sobre as operações comerciais interestaduais com o álcool etílico anidro combustível (AEAC) e o biodiesel (B100), realizadas entre as usinas e destilarias de um lado e as distribuidoras de combustíveis de outro.

Em determinado momento resolveu-se adiar o julgamento por falta de votos suficientes para realizar a modulação, mesmo existindo quórum para julgamento, tanto é verdade que os debates tiveram início naquela ocasião, quando a Ministra Ellen Gracie sugeriu a modulação no sentido de que a decisão produzisse efeitos a partir de seis meses contados da publicação do acórdão, em homenagem à segurança jurídica, sob o argumento de que se cuidava de decisão que implicaria “sérias repercussões aos contribuintes e aos Estados-sedes das distribuidoras de combustíveis, que terão suas arrecadações diminuídas abruptamente”.²⁸⁴

Por ocasião dos debates, o presidente ressaltou que havia sete votos pela modulação, ao que retrucou o Ministro Marco Aurélio, ressaltando que seriam sete votos modulando e um não modulando, que era justamente o dele, o que levou o presidente a afirmar que seria melhor então aguardar a semana posterior ao início dos debates, quando estaria presente um

²⁸⁴ Página 17 do voto, Página 53 de 66 do acórdão.

dos membros do Tribunal, justificadamente ausente, adiando-se o julgamento para se chegar a um resultado na sessão seguinte.

O Ministro Marco Aurélio, porém, ressaltou que havia quórum para a atuação do Tribunal e que naquela circunstância se chegava a um resultado, que era o de não modular. A maioria dos juízes, no entanto, entendeu que se deveria adiar o julgamento quando não houver voto suficiente para se chegar ao resultado qualificado que se exige para tanto (2/3), reafirmando o Ministro Marco Aurélio que ao se votar a modulação, por não se ter alcançado o número de votos necessários para se modular (oito votos), a consequência deveria ser a do encerramento do julgamento, com a constatação de que não há modulação.

Eis mais um exemplo de liberdade indevida em se cuidando de modulação, por falta de limites estabelecidos previamente, chegando-se mesmo a suspender o julgamento para que se conseguisse modular a decisão na sessão seguinte, que foi exatamente o que ocorreu na ADI 4171.

Outro aspecto interessante ocorreu no RE 540.829, quando a Suprema Corte examinou um segundo recurso de embargos de declaração, julgados em 28/5/2015. Nessa nova impugnação, o recorrente afirmou que havia omissão na decisão em que o Supremo Tribunal Federal concluiu que não era o caso de modular efeitos na decisão que entendeu não incidir o ICMS sobre o arrendamento mercantil internacional.

O que prevaleceu, porém, foi a decisão de que não se deveria modular porque o embargante não trouxera qualquer prova do suposto prejuízo decorrente da decisão, e igualmente não comprovou quais políticas públicas seriam afetadas pelo impacto retroativo.

Vale dizer, nesse caso, o Supremo Tribunal Federal fixou entendimento pela necessidade de pedido expresso quanto à modulação e a demonstração da adequação do requerimento; nessa situação, a técnica da energia cinética funcionou adequadamente, ou seja, por ausência do trabalho da resultante da força, nada de energia da eficácia.

No entanto, justamente nesse cenário cambiante, no qual não se sabe ao certo como se fará a modulação ou se esse raciocínio será de fato aplicado a todos os julgamentos, que se mostra relevante – e essa consiste na proposta firmada na tese –, impor diretrizes possíveis no uso da modulação em três níveis – da mais grave a menos complexa – e considerando os pressupostos aqui defendidos, e agora repisados.

A modulação de eficácia da norma tributária construída em controle de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal integra o próprio julgamento, daí não ser recomendável o seu uso em oportunidade ao sabor da Suprema Corte e sem conexão com determinadas etapas antecedentes (trabalhos das resultantes das forças) e que formaram a energia cinética, traduzida pela eficácia processual da decisão.

Para isso precisa-se compreender que um dos elementos da *teoria da norma tributária*, segundo o magistério de Paulo de Barros Carvalho, situa-se no da compreensão de que o fenômeno da norma jurídica abrange a linguagem do *enunciado prescritivo*, até o momento em que o intérprete realiza a *construção de sentido*, e assim se tem a *entidade norma* propriamente dita. Precisa-se visualizar a norma jurídica tributária no contexto dessa *construção de sentido* na via jurisdicional, quando o Supremo Tribunal Federal realiza o controle de constitucionalidade de determinando enunciado prescritivo de natureza tributária, convertendo a *expectativa* do texto em *realidade* plasmada na jurisdição.

Essa operação acaba por gerar um fenômeno de *sobreposição de normas*, uma vez que o Supremo Tribunal Federal, ao interpretar determinada norma jurídica, em ação de controle de constitucionalidade, introduz no sistema norma jurídica que passa a conviver e até mesmo a prevalecer em relação àquelas linguagens prescritivas que foram objeto de controle, conforme pensamento bem desenvolvido por Robson Maia Lins.

O termo *eficácia*, com seus múltiplos significados, foi enquadrado nesta tese na categoria de *eficácia da tutela jurisdicional* ou *eficácia processual*, graças à teoria de Pontes de Miranda, quando passou a utilizar como referência para o estudo da eficácia a própria *norma jurídica* construída no plano jurisdicional, mediante a *teoria da preponderância das cargas de eficácia da decisão judicial*, de modo a possibilitar o trabalho conjunto dessa visão ponteano e a de Paulo de Barros Carvalho a respeito da *validade*, diante dessa perspectiva processual de Pontes de Miranda em relação à *eficácia processual*, desprezando-se aquela eficácia quanto ao fato, apontada em seu *Tratado de Direito Privado*.

Assim, defendeu-se que a eficácia processual pode ser encarada como se fosse um *objeto tridimensional autoportante*, com os três elementos identificadores dessa perspectiva, quais sejam: a) a largura (linha horizontal correspondente aos momentos em que pode a eficácia ser exteriorizada); b) a altura (medição vertical da cognição que se faz ao atribuir a eficácia à decisão judicial); e c) o comprimento (elemento identificador da natureza da eficácia, se declarativa, constitutiva, condenatória, mandamental ou executória). Essa eficácia quanto ao comprimento representa a que se deve analisar quando se tem a decisão no controle de constitucionalidade.

A modulação, em consequência, 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 força eficaz da decisão, diante do vínculo existente entre a pretensão à tutela jurídica (de reconhecimento da inconstitucionalidade) e a ação correspondente, a partir da força gerada pela *técnica processual da energia cinética*, por causa de um elo indissociável que ocorre entre o início (postulação), o meio (declaração) e o fim (modulação) desse percurso, impondo-se *limites* à modulação.

5.2 O vínculo entre a postulação que inicia a ação de controle de constitucionalidade e a modulação que a encerra

A primeira diretriz que se sugere, para se impor limites à modulação, assenta-se em que se deveria 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 à livre escolha da Suprema Corte 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.

O que se mostraria interessante, nessa proposta de estabelecer os limites da modulação como sendo correspondentes aos limites do próprio pedido contido na ação, seria justamente estabelecer o hábito de, na petição inicial da ação direta de inconstitucionalidade, o autor fixar expressamente em seu pedido se a eficácia pretendida se baseia na preponderantemente declarativa ou preponderantemente constitutiva, justificando as razões pelas quais o Supremo Tribunal Federal deveria fazer adotar na modulação o tipo de eficácia a incidir naquele caso, gerando um sentido de comprimento da eficácia dentro daquela figura tridimensional da eficácia, em vez de simplesmente estabelecer um marco temporal para que a nova norma jurídica produzida no julgamento viesse a materializar seus efeitos.

A proposta se esteia justamente em se superar a visão de que a modulação tem um aspecto somente de temporalidade, como se a eficácia nesse caso fosse somente a horizontal, quando na verdade se faz muito importante estabelecer a natureza preponderante da eficácia naquela circunstância, e os argumentos contidos na petição inicial serviram de roteiro inicial para essa fixação pela Suprema Corte.

Votando à questão do julgamento da ADI 4481, já comentado anteriormente, observa-se ali exatamente a falta desse parâmetro, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal, ao estipular uma eficácia preponderantemente constitutiva – eis que considerou válidos todos os benefícios fiscais de ICMS concedidos por norma estadual flagrantemente inconstitucional, à míngua de convênio interestadual, até a data do julgamento, a gerar a indignação do Ministro Marco Aurélio, por defender que nesse caso não se poderia simplesmente ignorar toda a conjuntura que deveria levar o Supremo Tribunal Federal a considerar como inválida a lei desde o seu nascedouro – ou seja, modular a eficácia com a atribuição da carga preponderante de decisão declarativa – porque os destinatários daquela lei estadual, que não encontrava fundamento de validade na Constituição Federal, simplesmente não poderiam ser beneficiados com a demora no julgamento.

Acaso se tivesse esse vínculo entre o pedido contido na ação e o julgamento, certamente já se postularia, com muita ênfase, a necessidade de uma atribuição de eficácia declarativa quando do julgamento dessa ação, alertando de logo os destinatários da norma estadual para essa possibilidade, de modo que eles não poderiam alegar surpresa quando do entendimento da Suprema Corte ao realizar a modulação com estreito elo no tocante ao pedido.

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 almeja, forçando o Supremo Tribunal Federal a enfrentar esses argumentos quando da feitura da modulação.

Aliás, nessa diretriz há de se incluir, também, 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 em que se estabelece a carga de eficácia adequada àquela verificação de inconstitucionalidade, não se pode desmembrar esse ato do julgamento, por ser parte da decisão.

A modulação consiste no arremate, o fecho, 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 que atualmente é tido como absolutamente normal, de se realizar a modulação sem qualquer parâmetro em relação ao julgamento, como se fosse uma etapa posterior e livre.

5.3 A declaração no próprio julgamento das possíveis cargas de eficácia, considerando o nexó lógico entre a postulação e a modulação

Outra sugestão, que não seria tão forte quanto a primeira, enquadrando-se assim em categoria mediana de se trabalhar com a modulação, corresponde a de fixar o momento processual da modulação no próprio julgamento das possíveis cargas de eficácia, considerando o nexó lógico entre a postulação e a modulação, todavia, sem o restrito vínculo ao pedido, conferindo-se ao Supremo Tribunal Federal um poder translativo quanto à determinação da eficácia da decisão.

A preocupação maior dessa sugestão reside em manter o grau de liberdade que a Suprema Corte dispõe atualmente quanto à fixação da eficácia na decisão do controle de constitucionalidade, mas com a defesa da ideia segundo a qual ao menos essa atividade se realize na própria sessão em que se dê a resolução a respeito da inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo.

É certo que o Supremo Tribunal Federal já atua dessa maneira em alguns dos julgamentos, como se viu em alguns deles que foram destacados ao longo desta tese. Essa atividade, entretanto, ainda paira no escorregadio terreno da discricionariedade, incompatível com a jurisdição, onde se tem atividade vinculada à Constituição Federal e às leis.

A Suprema Corte escolhe se faz a modulação na mesma sessão do julgamento ou não, e sem justificar, e tal prática gera insegurança, pois não se sabe ao certo em que momento se terá a análise da modulação de eficácia da norma questionada no controle de constitucionalidade.

Por isso, a diretriz que se aponta neste segundo tópico, dentre os três parâmetros que se lançam como sugestão para melhor se trabalhar com a modulação, apoia-se em que seria fundamental impor num corpo só de julgamento a realização dessas atividades, que na verdade não momentos entrelaçados, de análise da declaração de inconstitucionalidade e de modulação da eficácia.

Assim, mesmo mantendo a liberdade do Supremo Tribunal Federal quanto ao pedido, a garantia desse corpo único de julgamento a abranger a declaração de inconstitucionalidade e a modulação, já representaria um avanço para eliminar a discricionariedade de que hoje dispõe o Supremo Tribunal Federal, pois a preocupação em declarar a inconstitucionalidade da lei e do ato normativo representaria igualmente a responsabilidade por se ter uma decisão unificada no tocante à invalidade ou não da lei e do ato normativo questionados e a maneira como essa invalidade se manifestaria.

5.4 O procedimento na modulação capaz de garantir o direito de defesa daqueles que integram a ação e dos que demonstraram interesse ao longo da causa

Por fim, se lança uma proposição mínima quanto à alteração do que hoje se faz com a plena liberdade do Supremo Tribunal Federal, que seria a da adoção de um procedimento na modulação capaz de garantir o direito de defesa daqueles que integram a ação e dos que demonstraram interesse ao longo da causa.

Nesse caso, não se tem nem a rigidez da primeira sugestão (de vínculo da modulação com o pedido e da necessidade de se integrar numa só sessão julgamento e modulação), nem o aspecto mediano da segunda ideia (de julgar e modular na mesma sessão, ainda que mantendo a liberdade do Supremo Tribunal Federal quanto ao tipo de eficácia preponderante a incidir sobre a norma questionada).

Consiste em diretriz procedimental e, por isso, facilmente adotada, bastando alterar norma regimental da Suprema Corte, sendo que o procedimento corresponderia a, quando do encerramento da decisão acerca da inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, o Supremo Tribunal Federal deveria suspender a sessão e designar posteriormente outra sessão para o exame específico da modulação exigindo-se, porém, a publicação em pauta dessa sessão da modulação, a fim de dar ciência aos interessados.

Além disso, seria fundamental que nessa sessão de análise da modulação se permitisse a sustentação oral pelos advogados e a manifestação do Ministério Público, exatamente para que se tivesse, antes da modulação, o exercício das argumentações a respeito das consequências da atribuição das cargas de eficácia no julgamento feito em controle de constitucionalidade, evitando-se surpresas.

Afinal, se é certo que, como se fixou na ADI 4425, a modulação decorre diretamente da Constituição Federal de 1988, ao consubstanciar 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”,²⁸⁵ como justificar que não se dê oportunidade de defesa e de sustentação de argumentos, tanto pelos advogados quanto pelo Ministério Público, de como deveria ser

²⁸⁵ Trecho do acórdão da Questão de Ordem na ADI 4425, julgada em 25/3/2015.

realizada tal modulação? Até porque, modular é atribuir a eficácia em relação ao próprio conteúdo das cargas de eficácias preponderantes da decisão.

5.5 Modulação sem surpresas: o ponto de interrogação invertido (¿)

Em toda essa atividade de modulação de eficácia da norma jurídica, com ênfase mais acentuada quanto à norma tributária, já que nas relações tributárias a própria Constituição Federal impõe severos limites à sua produção, o aspecto decorrente dessa modulação – o da sobreposição de normas – ou mesmo criação de nova norma tributária no plano da jurisdição, torna-se fundamental estabelecer parâmetros nessa interpretação que há de ser feita pela Suprema Corte, afinal, como bem ressaltam Giuseppe Zaccaria e Francesco Viola, interpretar é *comportamento e produto*;²⁸⁶ isso porque, conforme expressão firmada por Mathieu, o intérprete é um transportador de intenções²⁸⁷ ou, no dizer de Viola e Zaccaria, a interpretação retrata atividade que atribui significado a partir de determinado signo.²⁸⁸

Ora, diante de tão relevante atividade, não se pode simplesmente criar um terreno largo e fértil em liberdade de interpretação, mesmo em se cuidando de julgamento pela Suprema Corte, porque modular não é somente atribuir efeito da declaração de inconstitucionalidade em relação ao tempo; na verdade, estabelecer a eficácia da norma, com a fixação das suas cargas preponderantes, mostra-se algo bem mais intenso nessa trajetória de se avaliar a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo.

É certo que há um indicativo de mudança, ainda que tênue, quanto ao estudo da eficácia no controle de constitucionalidade. No recentíssimo julgamento do RE 730.462, ocorrido em 28/5/2015, por sugestão do relator, Ministro Teori Zavascki, firmou-se o entendimento segundo o qual a sentença no controle de constitucionalidade tem não somente eficácia normativa – que seria a consequência de manter ou excluir a norma do sistema jurídico – mas igualmente uma *eficácia executiva ou instrumental*, decorrente do efeito

²⁸⁶ “Da una parte ‘interpretazione’ indica l’attività di attribuzione di significato ad un documento, ad un’espressione linguistica, ad un comportamento umano: in questo senso essa è sinonimo di interpretare, desina cioè un atto o una serie di atti attraverso cui si esplica l’attività di interpretazione. Dall’altra parte ‘interpretazione’ si riferisce al risultato di tale attività, ao prodotto insomma dell’interpretare” (ZACCARIA, Giuseppe; VIOLA, Francisco. *Diritto e Interpretazione – Lineamenti di Teoria Ermeneutica del Diritto*. Roma: Editori Laterza, 1999, p. 111.

²⁸⁷ ZACCARIA; VIOLA, 1999, p. 106.

²⁸⁸ “L’interpretazione può essere definita – approssimativamente e inizialmente – como quell’attività che coglie e attribuisce significati a partire de determinati segni” (Ibid.: p. 106).

vinculante daquela sentença, a apontar a importância de se estudar a eficácia no âmbito da jurisdição constitucional.²⁸⁹

Todavia, precisa-se avançar mais. Esse avanço deve ser pautado sempre pela segurança jurídica, atendendo-se à garantia constitucional fundamental da ampla defesa nos processos judiciais.

Afinal, os direitos fundamentais da segurança jurídica e da ampla defesa representam, em última análise, desdobramentos de outra garantia fundamental, decorrente da expressão inglesa *due process of law*, utilizada em emenda à Constituição americana de 1798, que acabou por merecer uma tradução não só perpetuada na doutrina brasileira como abraçada pela própria Constituição Federal de 1988, como sendo *devido processo legal*,²⁹⁰ e que poderia se chamar – tal como no Direito italiano – *processo justo*,²⁹¹ uma vez que essa garantia há de representar a efetiva oportunidade processual de demonstrar e contrariar fatos, aduzir e rebater argumentos jurídicos e produzir provas, garantindo-se aos interessados em determinado conflito o pleno exercício da ação e da defesa, com acesso a um órgão independente para desate da controvérsia.

Dessa forma, essa garantia constitucional se materializa, dentre outras possibilidades, com a necessidade de se estabelecer previamente todas as fases que ocorrerão no processo, com as ferramentas e regras manejáveis, a fim de não se haver surpresas nessa trajetória. A técnica de modulação sem surpresas expressa um bom exemplo de prestígio ao devido processo legal.

²⁸⁹ A propósito, no plano doutrinário, Teori Zavascki há muito publicara obra enfrentando com profundidade esse tema (ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001).

²⁹⁰ “Art. 5º [...] LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o *devido processo legal*”; (grifo nosso).

²⁹¹ Na obra de Andrea Poddighe (*Giusto proceso e processo tributario*. Milano: Giuffrè Editore, 2010), ancorada no art. 111 da Constituição da Itália, modificado em 1999, há referência à doutrina de Gallo e Manzon, para quem as regras sobre o devido processo e, em especial o parágrafo segundo do referido artigo, introduziram um novo parâmetro de constitucionalidade objetivando a padronização de processos. Dessa forma, limitar-se-ia o poder discricionário do legislador aos modelos do ordenamento processual e, conseqüentemente, os processos tributários seriam libertos da aridez de uma jurisdição menor como legado de sua origem administrativa (“Per Gallo e per Manzon, la normativa sul giusto processo e, segnatamente, il secondo comma dell’art. 111 Cost, introduce un nuovo parametro di legittimità costituzionale volto ad uniformare i processi. In tal modo, si limiterebbe la discrezionalità del legislatore nel forgiare le discipline processuali e, conseqüentemente, il procedimento tributario verrebbe liberato dalle secche della giurisdizione minore cui la sua origine amministrativa l’ha relegato” – *tradução livre*, p. 165-166).

Acaso me fosse permitido escolher um *símbolo* para a modulação, certamente seria o do *punto de interrogación invertido*, utilizado na grafia da língua espanhola (¿),²⁹² porque esse sinal ortográfico é colocado no começo de um enunciado naquele idioma e, no final, se tem o ponto de interrogação normal.

Essa técnica é interessante, pois ao se inserir no início da pergunta o ponto de interrogação invertido, sabe-se de logo que na frase será aplicável a entonação interrogativa, ou seja, o sinal representa um aviso ao leitor sobre o que ocorrerá no final da frase, garantindo a sua correta leitura. É dizer, o ponto de interrogação invertido garante a correta modulação da voz de quem se depara com o texto.

O mesmo, porém, não ocorre em nossa língua, porque o ponto de interrogação aparece somente ao final da frase interrogativa e em enunciados longos somos de fato tomados de surpresa. O mesmo ocorre quando se faz a modulação somente após um longo julgamento.

As ideias aqui ofertadas, produto da meditação a respeito de como se pode estabelecer limites à jurisdição constitucional, podem até denotar um certo viés pretensioso, porque dificilmente o Supremo Tribunal Federal há de enxergar com bons olhos determinada técnica que signifique redução de poder jurisdicional e, como é ele próprio, o Supremo, que escolhe seus parâmetros, não se sabe ao certo o grau de ressonância do pensamento aqui desenvolvido.

A adoção da técnica mais rigorosa representa, como já assinalado, a opção de maior cientificidade quanto ao seu conteúdo, por conter a diretriz que melhor exterioriza o necessário vínculo entre a natureza da ação e suas eficácias respectivas – declarativa, condenatória, constitutiva, mandamental e executiva –, a partir da força gerada pela *técnica processual da energia cinética*, iniciada pela postulação, daí a insistência quanto a esse ponto.

É patente, por certo, a quase impossibilidade de prevalecer tal linha de pensamento no âmbito do Supremo Tribunal Federal, pelo impacto que ela causaria no trato da ação de

²⁹² Interrogación, “Signo ortográfico (¿?) que se sitúa al comienzo y al final de un enunciado para señalar su entonación interrogativa”. *Diccionario esencial de la lengua española*. Real Academia Española, 2006. p. 838. Embora o símbolo de exclamação siga a mesma regra, no caso da modulação me parece mais adequado o de interrogação, diante da entonação mais acentuada quando se interroga, e por conta de seus enigmas, ainda não totalmente revelados. Exclamación, “Signo ortográfico doble (!!) que se sitúa al comienzo y al final de un enunciado para señalar su entonación exclamativa” (Ibid.: p. 646).

controle de constitucionalidade, a alterar a característica de inteira liberdade que dispõe a Suprema Corte ao modular a eficácia.

Entretanto, três parâmetros encorajaram a concretização desta tese e a insistência das ideias que a preencheram. O primeiro, o de possuir como suporte da mais alta significação as teorias que serviram de alicerce às inquietações ora transformadas em tese, notadamente as doutrinas de Paulo de Barros Carvalho e Pontes de Miranda. O segundo, a convicção de que o compromisso maior da Academia reside em não se render aos trajetos fáceis e já trilhados, sendo caminho e destino das teses desbravar novas veredas.

Por fim, o último parâmetro que lançou ânimo para a feitura destas inquietações vertidas em linguagem, é o da máxima que há de acompanhar os passos daqueles que, mesmo com suas limitações, possam vir a sonhar com um sistema jurídico melhor, atendendo aos encorajadores versos de Sebastião da Gama:²⁹³

*Pelo sonho é que vamos,
comovidos e mudos.*

*Chegamos? Não chegamos?
Haja ou não haja frutos,
pelo sonho é que vamos.*

*Basta a fé no que temos.
Basta a esperança naquilo
que talvez não teremos.
Basta que a alma demos,
com a mesma alegria,
ao que desconhecemos
e ao que é do dia-a-dia.*

*Chegamos? Não chegamos?
- Partimos. Vamos. Somos.*

²⁹³ Publicados postumamente em 1953 (GAMA, Sebastião da. *Pelo sonho é que vamos*. Lisboa: Ática, 1992).

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. *A retórica constitucional: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2011.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*; tradução V. A. Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ALVES-MAZZOTTI, Alda Judith; GEWANDSZNAJDER, Fernando. *O método nas ciências naturais e sociais: pesquisa quantitativa e qualitativa*. São Paulo: Pioneira, 1998.

ALVIM, Arruda. O recurso especial na Constituição Federal de 1988 e suas origens. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord). *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ANDRADE, Fábio Martins de. *Modulação em matéria tributária: o argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico e as decisões do STF*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

ATALAY, Bülent. *Math and the Mona Lise: the art and science of Leonardo da Vinci*. Washington: Smithsonian Books, 2014.

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

AULETE, Caldas. *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Editora Delta, 1958. Volume IV.

ASSIS, Araken de. *Execução civil nos juizados especiais*. 5. ed., revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 13. ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ÁVILA, Ana Paula. *A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a constituição do artigo 27 da Lei n. 9.868/99*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira Baracho. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1949.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*; tradução F. P. Baptista e A. B. Sudatti. 2. ed. Bauru: Edipro, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BODENHEIMER, Edgar. *Teoria del derecho*; traducción Vicente Herrero. 2 edición en español. 2 reimpression. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 2000.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BÜLOW, Oskar Von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Traducción de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Libreria El Foro, 2008.

BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

_____. *“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 30. ed., revista, ampliada e atualizada até a Emenda Constitucional n. 84/2014. São Paulo: Malheiros, 2015.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Teoria da norma tributária*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

_____. *Teoria da norma tributária*. 5. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 8. ed. revista. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Derivação e positivação no direito tributário*. Livro I. São Paulo: Noeses, 2011.

_____. *Derivação e positivação no direito tributário*. Livro II. São Paulo: Noeses, 2013.

_____. *Direito tributário, linguagem e método*. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2013.

_____. *Curso de direito tributário*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Algo sobre o constructivismo lógico-semântico. In: CARVALHO, Aurora Tomazini de (Org). *Constructivismo lógico-semântico*. São Paulo: Noeses, 2014. V. 1.

CASTRO JÚNIOR, Torquato. *A pragmática das nulidades e a teoria do ato jurídico inexistente: reflexões sobre metáforas e paradoxos da dogmática privatista*. São Paulo: Noeses, 2009.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do controle da constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. *Direito Processual Civil Brasileiro*. Volumes 1 e 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1947.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 1987.

_____. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*; tradução J. L. Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ECO, Humberto. *As formas do conteúdo*; tradução P. Carvalho. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 2008.

_____. *Signo*; tradução M. F. Marinho. 6. ed. Lisboa: Editorial Presença, 2004.

_____. *A busca da língua perfeita na cultura europeia*; tradução A. Angonese. 2. ed. Bauru: Edusc, 2002.

FAORO, Raymundo. *Machado de Assis: a pirâmide e o trapézio*. 4. ed. São Paulo: Globo, 2001.

FAVOREU, Louis. *As cortes constitucionais*; tradução D. M. Silva. São Paul: Landy, 2004.

FEINMANN, José Pablo. *La filosofía y el barro de la historia*. 6. ed. Buenos Aires: Planeta, 2010.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FERRARO, Nicolau Gilberto; RAMALHO JUNIOR, Francisco; SOARES, Paulo Antônio de Toledo. *Os fundamentos da física: mecânica*. 9. ed. São Paulo: Moderna, 2007.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Teoria da norma jurídica: ensaio pragmático da comunicação normativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FIGUEIREDO, Flávia Caldeira Brant Ribeiro de. *Controle de constitucionalidade: coisa julgada em matéria tributária*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

FISCHER, Octavio Campos Fischer. *Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

FLUSSER, Vilém. *Língua e realidade*. 3. ed. São Paulo: Annablume, 2007.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*; tradução F. P. Meurer. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2003.

GERA, Renata Coelho Padilha Gera. *A natureza e os efeitos da inconstitucionalidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.

GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Traducción de la segunda edición alemana, y del Código Procesal Civil alemán, incluido como apéndice, por Leonardo Prieto Castro. Com adiciones sobre la doctrina y legislación española por Niceto Alcalá-Zamora Castillo. Barcelona: Editorial Labor, 1936.

GUSMÃO, Manoel. *Processo Civil e Comercial*. Volume I. São Paulo: Saraiva, 1921.

HAZARD JR; TARUFFO, Michele. Geoffrey. *American civil procedure – an introduction*. New Haven and London: Yale University Press, 1993.

HEIDEGGER, Martin. *A caminho da linguagem*. 4. ed. tradução M. Cavalcanti Schuback. Petrópolis: Vozes, 2008.

HENSEL, Albert. *Derecho tributario*. Traducción y estudio preliminar por A. B. Moreno, M. L. G. Serrano y E. O. Calle. Madrid: Marcial Pons, 2005.

HOUAISS, Antônio. *Dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

KELSEN, Hans. *General theory of norms*. Translated by Michael Hartney. New York: Clarendon Press – Oxford, 2011.

KUTTNER, Georg. *Urteilswirkungen ausserhalb des Zivilprozesses*. Neudruck der ausgabe münchen 1914. München: Scientia Verlag Aalen, 1971.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. Tradução A. Buzaid e B. Aires. Rio de Janeiro: Forense, 1945.

_____. *Manuale di diritto processuale civili – principi*. 6. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2002.

LIMA, Alcides de Mendonça. Recurso extraordinário e recurso especial. *Revista de Processo*, 57, janeiro-março de 1990.

LINS, Robson Maia. *Controle de constitucionalidade da norma tributária – decadência e prescrição*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

_____. Considerações sobre o conceito de norma jurídica e a pragmática da comunicação na decisão judicial na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: CARVALHO, Aurora Tomazini de (Org). *Constructivismo lógico-semântico*. Noeses, 2014. V. 1

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. *Curso de direito contitucional tributário*. São Paulo: Malheiros, 2012.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARCÍLIO, Carlos Flávio Venâncio. *Limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade: repercussão para os contribuintes*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010.

MARTINS, Wilson. *A palavra escrita: história do livro, da imprensa e da biblioteca*. 3. ed. São Paulo: Ática, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

_____. *Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei n. 9.868/99*. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MEYER, Emílio Peluso Neder. *A decisão no controle de constitucionalidade*. São Paulo: Método, 2008.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Parte Geral. Tomo IV: validade, nulidade, anulabilidade. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954.

_____. *Tratado de Direito Privado*. Parte Geral. Tomo V: eficácia jurídica, determinações inexas e anexas, direitos, pretensões, ações. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1955.

_____. *Tratado das ações*. Tomo I: ação, classificação e eficácia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

_____. *Tratado das ações*. Tomo IV: ações constitutivas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

_____. *Tratado de Direito Privado*. Parte Geral. Tomo I: introdução, pessoas físicas e jurídicas. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

_____. *Tratado das ações*. Tomo II: ações declarativas. 1. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

_____. *Tratado das ações*. Tomo III: ações constitutivas. 1. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

_____. *Tratado das ações*. Tomo V: ações condenatórias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

_____. *Tratado das ações*. Tomo VI: ações mandamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

_____. *Tratado das ações*. Tomo VII: ações executivas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

NEHME, Roberto. *A valorização do aspecto construtivo, o terceiro Vilanova Artigas*. Dissertação (Mestrado em Arquitetura). Universidade Federal do Rio Grande do Sul: Porto Alegre, 2012.

OLIVEIRA, Angelina Mariz de. *Ação direta de inconstitucionalidade em matéria tributária*. São Paulo: Dialética, 2005.

PODDIGHE, Andrea. *Giusto proceso e processo tributario*. Milano: Giuffrè Editore, 2010.

PONTES FILHO, Valmir. *Curso fundamental de direito constitucional*. São Paulo: Dialética, 2001.

RAMALHO JUNIOR, Francisco; FERRARO, Nicolau Gilberto; SOARES, Paulo Antônio de Toledo. *Os fundamentos da física: mecânica*. 9. ed. São Paulo: Moderna, 2007.

RIERA, Jaume Solé. *El recurso de apelación civil*. Segunda edición. Barcelona: J. M. Bosch editor, 1998.

ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria geral do processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SCHOENBERG, Arnold. *Harmonia*. Tradução Marden Maluf. 2. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2011.

SHESOL, Jeff. *Supreme power: Franklin Roosevelt vs. Supreme Court*. New York: Norton, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Sentença e coisa julgada*. 4. ed., revista e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *Processo e ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SOARES, Paulo Antônio de Toledo; FERRARO, Nicolau Gilberto; RAMALHO JUNIOR, Francisco. *Os fundamentos da física: mecânica*. 9. ed. São Paulo: Moderna, 2007.

SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*, Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

SOUZA, Carlos Aureliano Motta de. *O papel constitucional do STF: uma nova aproximação sobre o efeito vinculante*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

SOUZA, Fernanda Donnabella Camano de. *Os limites objetivos e “temporais” da coisa julgada em ação declaratória no direito tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

STADLER, Friedrich. *El Círculo de Viena – empirismo lógico, ciencia, cultura y política*. Tradução Luis Felipe Segura Martínez. FCE, UAM-Iztapalapa, 2010.

STRECK, Leino Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002

TAVARES, André Ramos. *Tribunal e jurisdição constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

VELANO, Emília Maria. *Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei tributária*. Curitiba: Juruá, 2011.

VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade: atualizado conforme as Leis 9.868 de 10/11/1999 e 9.882 de 02/12/1999*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Escritos jurídicos e filosóficos*, volume 1. São Paulo: Axis Mundi : IBET, 2003.

_____. *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2010.

ZACCARIA, Giuseppe; VIOLA, Francesco. *Diritto e Interpretazione – Lineamenti di Teoria Ermeneutica del Diritto*. Roma: Editori Laterza, 1999.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.