



Ravi Peixoto: STF pode modular efeitos em embargos de declaração

1. Cabimento dos embargos de declaração para suscitar a modulação de efeitos

A modulação de efeitos é um tema que sempre foi alvo de diversas discussões, mas que agora está em grande destaque devido ao recente julgamento do RE 574.706 decidido no regime de repercussão geral, em que foi fixada a tese 69, segundo a qual “O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins”.

Isso porque tem se falado bastante sobre a utilização, pela Fazenda Nacional, dos embargos de declaração para suscitar a modulação dos efeitos de tal decisão, medida recentemente criticada em artigo publicado nesta mesma revista, sob o fundamento de que seria uma inovação inadmissível após a decisão de mérito e que não haveria nenhum dos vícios típicos para o cabimento dessa espécie recursal.

[1]

O objetivo deste texto é tão somente discutir a utilização dessa medida, sem entrar no mérito específico da modulação nesse caso concreto. Para tanto, discutiremos, inicialmente, a natureza jurídica da modulação de efeitos para, posteriormente, chegar ao (des)cabimento dos embargos de declaração para que o tema seja suscitado pela primeira vez.

O entendimento inicial do STF, voltado ao controle de constitucionalidade abstrato e concentrado, era do descabimento da utilização dos embargos de declaração para suscitar a modulação de efeitos. Como a regra é a de que a decisão tinha efeitos retroativos, se não houvesse nenhum apontamento específico, ela iria ter efeitos *ex tunc*. Por isso, não haveria, propriamente, omissão e não caberia a utilização dos embargos de declaração.[2]

A noção inicial era a de que a modulação de efeitos era uma mera faculdade do tribunal, que poderia, de forma discricionária, operá-la ou não. Em não o fazendo durante o julgamento da causa, não haveria mais a possibilidade de alegá-la por nenhum outro meio, por não ser considerada uma omissão o seu não conhecimento pelo tribunal.

A discussão sobre a natureza jurídica e sobre o cabimento dos embargos de declaração para suscitar a questão da modulação de efeitos em controle de constitucionalidade concreto voltou a ser alvo de ampla discussão nos autos dos recursos extraordinários 572.052 e 500.171, julgados na mesma sessão plenária.

[3] Por mais que não seja possível a extração de uma *ratio decidendi*, devido à dispersão de fundamentos, foi possível identificar a tendência de admissão do cabimento dos embargos de declaração para a discussão da modulação de efeitos.[4]

Posteriormente, o tribunal passou a entender o tema de forma mais ampla, admitindo que houvesse a utilização dos embargos de declaração para suscitar a modulação de efeitos, seja no controle abstrato e concentrado de constitucionalidade,[5] seja no caso de superação. O STF já admitiu, em certo caso concreto, a utilização dos embargos, porém a modulação de efeitos na superação de precedentes foi rejeitada pela ausência dos requisitos.[6]

Os julgados em que houve discussão sobre a matéria não foram esclarecedores. Não há uma opinião que prevalece sobre a natureza jurídica da modulação de efeitos, consoante indicado anteriormente, pela



ampla dispersão de fundamentos determinantes adotados por cada um dos ministros.

Mesmo com essa ausência de uma *ratio decidendi* definida, acabou prevalecendo o cabimento dos embargos de declaração, o que pode eventualmente servir de indicativo de que a modulação de efeitos seria uma espécie de dever do tribunal ou uma matéria de ordem pública para que possa ser alegada pela primeira vez por meio dos embargos de declaração. Incumbe destacar que o precedente em que houve a adoção desse novo entendimento adveio de julgado referente ao controle difuso de constitucionalidade – tal qual ocorre no caso do RE 574.706.

O entendimento adotado pelo STF, da possibilidade de cognição de ofício da modulação de efeitos e mesmo a admissão dos embargos de declaração para que o tema possa ser conhecido, é adequado. No entanto, não é possível compreender qual teria sido a *ratio decidendi* utilizada pelo tribunal.

Nos precedentes em que houve uma discussão detalhada sobre o tema, é evidente a dispersão de motivos determinantes, o que provoca um precedente sem força vinculante e dificulta sua compreensão pelos demais órgãos jurisdicionais. O próprio STF parece ter ignorado a ausência da formação de um precedente de qualidade, simplesmente aplicando, em casos posteriores, a mera conclusão adotada posteriormente, do cabimento dos embargos de declaração para requerer a modulação de efeitos.

2. Uma proposta de abordagem sobre a natureza jurídica da modulação de efeitos

O posicionamento mais adequado é o de que a modulação de efeitos é uma espécie de regra de transição que tem, por objetivo, tutelar a segurança jurídica e a confiança legítima. Quando ocorre a alteração traumática de uma situação de estabilidade, no caso em análise, a superação de um precedente de forma surpreendente, seria um *dever* do Poder Judiciário a proteção da segurança jurídica, seja no seu aspecto objetivo, seja no aspecto subjetivo, da proteção da confiança.

A criação das regras de transição faria parte de um “poder jurisdicional implícito”, [7] muito embora seja preferível a locução dever-poder jurisdicional implícito. Como aponta Antonio do Passo Cabral, “a edição de regras de transição não deve ser vista apenas como um poder estatal, mas como um dever decorrente da cláusula do Estado de Direito, com o correlato e respectivo direito individual”. [8]

Assim, a forma mais adequada de fundamentar o dever de cognição de ofício e mesmo a possibilidade de alegação da modulação de efeitos por meio dos embargos de declaração derivam dos princípios da segurança jurídica e da confiança legítima. Eles impõem um dever ao Poder Judiciário de tutelar essas normas jurídicas quando há uma quebra de estabilidade que possa criar uma instabilidade sistêmica ou violar a confiança legítima dos jurisdicionados, que praticaram condutas com base no precedente superado.

O dever independe da natureza do direito em discussão. Seja ele disponível ou indisponível, ao órgão jurisdicional impõe-se a tutela da segurança jurídica mediante a prevenção de surpresa injustificada, caso esta esteja presente na superação de um determinado entendimento jurisprudencial pacificado. Por fim, em sendo um dever inerente ao exercício da atividade jurisdicional, é possível ao magistrado a cognição de ofício sobre a questão da modulação de efeitos.

2.1. Especificamente o cabimento dos embargos de declaração

Definindo-se a modulação de efeitos como uma espécie de dever inerente ao exercício da função



jurisdicional, voltamos a discutir o cabimento dos embargos de declaração na hipótese de não ter havido pedido prévio de uma das partes. Nessa situação, sendo um dever decorrente da tutela da segurança jurídica e da confiança legítima, seria possível admitir o cabimento dos embargos de declaração.

De acordo com o art. 1.021, II, do CPC/2015, será possível a utilização dessa modalidade recursal com o objetivo de “suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o órgão jurisdicional de ofício ou a requerimento”.

Acerca dessa hipótese de cabimento recursal, devem ser realizados alguns apontamentos. A omissão pode ser dividida da seguinte forma: a) *omissão ontológica*, quando a decisão possuir fundamento e dispositivo, mas não abordar algum ponto relevante, ou seja, há uma incompletude no corpo da fundamentação ou do dispositivo pela não abordagem de alguma questão importante e b) *omissão relacional*, ocorrida quando o ponto relevante for tratado de forma parcial, havendo a correspondência formal à direção adotada. Pode ser identificada quando há fundamentação sobre determinada questão, mas é ausente a sua parte dispositiva e vice-versa.^[9]

Inserida na omissão ontológica, ainda é possível vislumbrar mais duas hipóteses: a) *omissão direta*, quando o magistrado não se manifestar sobre alguma questão relevante *suscitada* por uma das partes e b) *omissão indireta*, caso em que o órgão judicial não se manifesta sobre “questão que, a despeito de não ter sido suscitada pelos interessados, poderia (leia-se aqui: deveria) ter sido resolvida de ofício pelo julgador”.^[10]

Afinal, o cabimento dos embargos de declaração abrange não somente as hipóteses de uma omissão relacionada a um requerimento expresso das partes, mas também às hipóteses em que houve o descumprimento do dever de decidir uma determinada matéria, mesmo que esta não tenha sido requerida.

Em geral, acerca da omissão indireta, a doutrina insere, para termos de cabimento dos embargos de declaração, as questões de ordem pública.^[11] Inseridos nessa categoria, é possível mencionar os pressupostos e requisitos processuais e algumas nulidades processuais. Ocorre que a omissão indireta não deve abranger apenas as questões de ordem pública.

Várias outras matérias são incluídas como omissões indiretas, por serem indicadas como um dever do magistrado de conhecê-las, a despeito de não serem classificadas como questões de ordem pública. Dentre outros exemplos, menciona a doutrina a aplicação de juros e correção monetária (art. 322, §1º, CPC/2015), honorários de advogado (art. 85, CPC/2015), c) fato superveniente (art. 493, CPC/2015), d) fixação de multa diária ou medidas de apoio (art. 497, CPC/2015).^[12]

Note-se que as medidas de apoio são uma forma de concretização do direito fundamental à tutela executiva e mandamental e a sua utilização é um dever, e não um mero poder discricionário.^[13] Ao magistrado cabe agir no sentido de garantir à parte o acesso à tutela jurisdicional efetiva.

A modulação de efeitos é assemelhada em alguns pontos à aplicação dos meios executivos. Trata-se de uma forma de se tutelar o direito material à segurança jurídica e à confiança legítima. *O tribunal tem o dever de realizar a modulação de efeitos na superação de precedentes quando os seus requisitos estejam preenchidos.*



Em ambos, tem-se um meio de tutela de um direito, sendo verdadeiro dever do magistrado a sua efetivação. *Por conta disso, é possível considerar também a questão da modulação de efeitos como uma espécie de omissão indireta, podendo, assim, ser suscitada, pela primeira vez, por meio dos embargos de declaração.*

Em outros termos, é possível a utilização dos embargos de declaração com o objetivo de suscitar o tema da modulação de efeitos, mesmo que não tenha havido requerimento prévio. Isso ocorre porque a modulação de efeitos decorre de um dever-poder jurisdicional de criar regras de transição e, por isso, a ausência de manifestação sobre o tema pode ser considerada como uma espécie de omissão. Portanto, nada impede que, nos autos do RE 574.706, a PFN possa requerer a modulação de efeitos por meio dos embargos de declaração.

[1] SCAFF, Fernando Facury. *Modulação do PIS/Cofins e o desrespeito aos contribuintes litigantes*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-abr-10/justica-tributaria-modulacao-piscofins-desrespeito-aos-contribuintes-litigantes>. Acesso às 10h, do dia 10 de abril de 2017.

[2] STF, Tribunal Pleno, ADI 1.498 ED, Rel. Min. Ilmar Galvão, Rel. p/ Acórdão: Min. Marco Aurélio, j. 10/04/2003, DJ 05/12/2003; STF, Tribunal Pleno, ADI 2.728 ED, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 19/10/2006, DJe-117 05/10/2007.

[3] STF, Tribunal Pleno, RE 572.052 ED, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 16/03/2011, DJe 26/05/2011; STF, RE 500.171 ED, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 16/03/2011, DJe 03/06/2011.

[4] Para uma análise mais detalhada das duas decisões mencionadas, cf.: PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 277-282.

[5] STF, Tribunal Pleno, ADI 4.167 ED, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 27/02/2013, DJe-199 09/10/2013; STF, Tribunal Pleno, ADI 2.797 ED, Rel. Min. Menezes Direito, rel. p/ Acórdão: Min. Ayres Britto, j. 16/05/2012, DJe 28/02/2013; STF, Tribunal Pleno, ADI 3106 ED, Rel. Min. Luiz Fux, j. 20/05/2015, DJe, 13/08/2015. No sentido do STF: TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*. São Paulo: RT, 2011, p. 463; MIRANDA, Luciana Santos Pontes de. *Efeitos temporais da decisão no controle de constitucionalidade: a eficácia prospectiva no sistema constitucional brasileiro*. Dissertação de Mestrado. Recife: UFPE, 2008, p. 234.

Em sede de controle difuso existem precedentes em sentido contrário, apontando que a ausência de análise da modulação de efeitos não seria hipótese de omissão: STF, 1ª T., RE 338.859 AgR-ED, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 11/12/2012, DJe 08/02/2013. Destaque-se que o relator, Ministro Dias Toffoli, nos autos do RE 500.171 e 572.052 foi o defensor da tese de que a matéria relativa à modulação de



efeitos era uma questão de ordem pública. Nesse sentido, há evidente contradição do próprio posicionamento do ministro ao defender, em julgado posterior, sem nenhuma justificativa a mais, posição diametralmente oposta a anterior.

[6] STF, Tribunal Pleno, RE 598.099 ED, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 12/12/2012, DJe 18/12/2012; STF, Tribunal Pleno, RE 669.069 ED/MG, rel. Min. Teori Zavascki, j. 16/06/2016, DJE 30/03/2016.

[7] DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 16ª ed. Salvador: Juspodivm, 2014, v. 1, p. 99

[8] CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 536. No mesmo sentido: ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 597.

[9] MAZZEI, Rodrigo. Embargos de declaração e a omissão indireta (matérias que devem ser resolvidas de ofício, independentemente de arguição prévia pelo interessado). *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, v. 399, set./out.-2008, p. 170; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, t. VII, p. 332-333.

[10] MAZZEI, Rodrigo. Embargos de declaração e a omissão indireta (matérias que devem ser resolvidas de ofício, independentemente de arguição prévia pelo interessado)... cit., p. 173.

[11] MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao código de processo civil*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. V, p. 553; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: RT, 2005, p. 67-77; CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*, 12ª ed. Salvador: Juspodivm, 2014, v. 3, p. 175-176.

[12] MAZZEI, Rodrigo. Embargos de declaração e a omissão indireta (matérias que devem ser resolvidas de ofício, independentemente de arguição prévia pelo interessado)... cit., p. 177-178.

[13] TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003, p.385-386.

Date Created

15/04/2017