

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

Fernanda dos Santos Ramires

**Controle de Constitucionalidade
e a Modulação dos Efeitos**

Porto Alegre
2016

Fernanda dos Santos Ramires

**Controle de Constitucionalidade
e a Modulação dos Efeitos**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção de grau de Especialista em Direito do Estado, do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Eduardo Dieder Reverbel

Porto Alegre
2016

RESUMO

O ordenamento jurídico brasileiro prevê duas espécies de sistemas de controle de constitucionalidade, o difuso, em que a inconstitucionalidade é alegada de forma prejudicial ao deferimento da questão principal, e o concentrado, em que a alegação de inconstitucionalidade é o objeto principal da ação. Apesar de a constituição de 1988 adotar o sistema misto de controle de constitucionalidade, prevaleceu entre nós a teoria da nulidade, segundo a qual, declarada a inconstitucionalidade, os efeitos dessa decisão retroagem ao tempo da edição da norma. Todavia, durante o período em que a regra inconstitucional permanece vigente, essa norma produz efeitos, regulando situações e regendo relações. Assim, com o objetivo de preservar a segurança jurídica e a proteção da confiança que os cidadãos depositam no ordenamento jurídico vigente, o Supremo Tribunal Federal já vinha, em situações excepcionais, adotando a modulação dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade. Com o advento da Lei 9868/99, o legislador brasileiro trouxe de forma expressa, no art. 27, a possibilidade de flexibilização dos efeitos da decisão inconstitucional, desde que observados alguns requisitos de ordem material e formal. O legislador passou a ampliar a possibilidade de fixação do momento da produção dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, para outro momento que venha a ser fixado, inclusive posteriormente ao trânsito em julgado da decisão.

PALAVRAS-CHAVE: Controle da Constitucionalidade. Declaração de Inconstitucionalidade. Modulação de Efeitos.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	5
2 CAPITULO I CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	7
2.1 NOÇÕES GERAIS SOBRE INCONSTITUCIONALIDADE	7
2.1.1 Definição de Controle de Constitucionalidade	8
2.1.2 Origem histórica do Controle de Constitucionalidade	9
2.1.3 Sistemas de Controle de Constitucionalidade	10
2.1.3.1. <i>Sistema de Controle de Constitucionalidade Difuso</i>	10
2.1.3.2 <i>Sistema de Controle de Constitucionalidade Concentrado</i>	12
2.2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E SEUS EFEITOS	13
2.2.1 Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade em sede de Controle Concentrado de Constitucionalidade	14
2.2.2 Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade em sede de Controle Difuso de Constitucionalidade	15
2.3 TEORIA DA NULIDADE E ANULABILIDADE DOS ATOS DECLARADOS INCONSTITUCIONAIS	17
2.3.1 A declaração de Inconstitucionalidade e a limitação dos efeitos	20
3 CAPÍTULO II MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	22
3.1 FLEXIBILIZAÇÃO DA TEORIA DA NULIDADE NO DIREITO BRASILEIRO E A MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	22
3.2 MODULAÇÃO DOS EFEITOS DAS DECISÕES EM CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	23
3.2.1 O artigo 27 da Lei 9869/99	23
3.2.2 Requisitos	26
3.2.2.1 <i>Análise dos requisitos materiais necessários à modulação de efeitos presentes no art. 27 da Lei 9868/99</i>	26
3.2.2.1.1 <i>Princípio da Segurança Jurídica</i>	28
3.2.2.1.2 <i>Princípio do excepcional interesse social</i>	30

3.2.2.2 Análise dos requisitos formais necessários à modulação de efeitos presentes no art. 27 da Lei 9868/99	31
3.3 A QUESTÃO DA COISA JULGADA E OUTRAS SITUAÇÕES CONSOLIDADAS	33
3.4 MODULAÇÃO NO CONTROLE DIFUSO	36
3.5 POSSIBILIDADE DE MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DA DECISÃO	39
CONCLUSÃO	41
REFERÊNCIAS	42

1 INTRODUÇÃO

A regra no direito brasileiro é a teoria da nulidade absoluta da norma declarada inconstitucional, sendo a modulação dos efeitos da decisão a exceção.

Apesar disso, mesmo antes da entrada em vigor da Lei 9.868/99, o Supremo Tribunal Federal já fazia uso da técnica da modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade em situações excepcionais. Com o advento da Lei 9.868/99, que disciplina o procedimento para as ações diretas de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade, o legislador brasileiro trouxe a possibilidade de flexibilização dos efeitos da decisão inconstitucional, desde que observados alguns requisitos de ordem material e formal. O legislador passou a ampliar a possibilidade de fixação do momento da produção dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, para outro momento que venha a ser fixado, inclusive posteriormente ao trânsito em julgado da decisão.

O presente estudo tem por objetivo analisar a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de norma jurídica.

Para tanto, iniciaremos nosso estudo sobre inconstitucionalidade a partir das noções gerais sobre inconstitucionalidade, passando pela definição e origem histórica do controle de constitucionalidade, introduzindo o tema ao leitor, no primeiro capítulo, para conduzi-lo ao exame dos sistemas atuais de controle de constitucionalidade.

Na sequência, introduzindo o tema relativo aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, examinaremos as teorias acerca da nulidade e da anulabilidade do ato inconstitucional, bem como a limitação dos efeitos dessa declaração.

No segundo e último capítulo, adentraremos no tema relativo à modulação temporal dos efeitos do controle de constitucionalidade, adentraremos nas questões acerca da flexibilização da teoria da nulidade, analisando os requisitos necessários à aplicação da modulação das decisões de inconstitucionalidade, bem como de questões relevantes relacionadas à modulação, como a coisa julgada e a aplicação do art. 27 em processos de controle difuso, concluindo esse tópico com as várias possibilidades de modulação permitidas pelo mencionado dispositivo legal.

Buscamos, através deste estudo, deixar alguma contribuição acerca da modulação temporal dos efeitos do controle de constitucionalidade a servir de estímulo à sua continuidade e aprofundamento.

2 CAPITULO I CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

2.1 NOÇÕES GERAIS SOBRE INCONSTITUCIONALIDADE

Antes de adentrarmos nas noções de inconstitucionalidade cumpre-nos ressaltar que o controle de constitucionalidade faz a verificação da adequação de um ato normativo à Constituição. Assim, é a própria Constituição quem determina o modo de produção infraconstitucional para que seja aprovada e introduzida no ordenamento, tanto no que diz respeito às regras de competência, quanto no que respeita ao procedimento legislativo.

Já a inconstitucionalidade, nas palavras de José Afonso da Silva, seria a “conformidade com os ditames constitucionais”, a qual “não se satisfaz apenas com a atuação positiva de acordo com a Constituição”, mas ainda com o não “omitir a aplicação de normas constitucionais quando a Constituição assim o determina”.¹

Para Gomes Canotilho, “inconstitucional é toda lei que viola os preceitos constitucionais”.² Regina Maria Macedo Neri Ferrari define a inconstitucionalidade como “o que resulta de conflito ou confronto de um comportamento, de uma norma, ou de um ato com a Constituição, e isso deduzível de uma relação de caráter puramente normativo e valorativo”.³

Assim, podemos dizer que inconstitucional é tudo aquilo que não é compatível com a constituição. Em um sentido mais amplo, inconstitucional é todo ato que contraria direta ou indiretamente a Lei Maior de um país (constituição Federal). Unidos dessas primeiras noções já é possível compreender o que vem a ser o controle de constitucionalidade.

¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 48.

² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 878.

³ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 72-73.

2.1.1 Definição de Controle de Constitucionalidade

Pode-se conceituar o controle de constitucionalidade como a verificação por um órgão competente da consonância ou compatibilidade de uma determinada espécie normativa, levando-se em consideração uma constituição, que fundamenta a validade daquela norma e, portanto, não podendo ser contrariada pela aquela norma inferior.

Para Alexandre de Moraes, “controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a constituição, verificando seus requisitos formais e materiais”.⁴

E, ainda, acrescenta:

O conceito de controle de constitucionalidade corresponde à verificação de um ato jurídico à constituição. Em outras palavras, é um sistema jurídico montado pela própria constituição para garantir instrumentos e procedimentos especialmente destinados a impugnar atos ou normas incompatíveis com ela, de forma a garantir a harmonia e compatibilidade da estrutura jurídica de um país.⁵

Dessa forma, no sistema constitucional brasileiro somente as normas constitucionais positivadas podem ser utilizadas como paradigma para a análise de constitucionalidade de leis ou atos normativos estatais (bloco de constitucionalidade).

Segundo Capez “o controle de constitucionalidade é a verificação da compatibilidade vertical que, necessariamente, deve haver entre a norma constitucional e as regras a elas subordinadas”.⁶

Pode-se concluir, portanto, que a declaração de inconstitucionalidade de uma norma resulta da solução do conflito entre essa norma e a Constituição em que, verificada a sua inadequação formal (relacionada ao processo legislativo) ou material (relacionado ao conteúdo) em face da Constituição, prevalece a disposição constitucional, em detrimento da norma que lhe é inferior.

⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 627.

⁵ MORAES, *loc. cit.*

⁶ CAPEZ, Fernando. **Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2003. p.74.

2.1.2 Origem histórica do Controle de Constitucionalidade

A origem histórica do controle de constitucionalidade, de acordo com a maioria dos autores que escrevem sobre o tema, teve lugar no célebre caso *Marbury versus Madison*, em 1803, através da decisão proferida pelo Chief Justice John Marshall, da Suprema Corte norte-americana. Foi em função da interpretação dada ao art. VI, cláusula 2ª, da Constituição norte-americana de 1787 nessa sentença, que, a par de delinear o que seria chamado de princípio da supremacia da Constituição, também declarou expressamente o poder/dever dos juízes de não aplicar leis que não estivessem em conformidade com a Constituição.

Foi nessa decisão do juiz Marshall, em 1803, que foi afirmado o princípio da supremacia da Constituição e, como já mencionado no início, reconheceu ao poder judiciário o dever de não aplicar leis inconstitucionais.

De acordo com Luiz Guilherme Marinoni:

O raciocínio empregado por Marshall apresenta duas proposições alternativas: ou a constituição é a lei suprema, incapaz de ser modificada mediante os meios ordinários, e dessa forma a lei que lhe é contrária não é uma lei, ou a constituição está no mesmo nível das leis ordinárias, e, como estas, pode ser modificada quando desejar o legislador. Observa que, se fosse verdadeira a segunda proposição, as constituições escritas não passariam de uma absurda tentativa de limitar um poder – o Legislativo – por sua natureza ilimitável. Mas como a constituição é a lei fundamental e suprema da nação a conclusão só pode ser a de que o ato do Legislativo que contraria a constituição é nulo.⁷

E continua:

Em resumo, o precedente firmado em *Marbury v. Madison* afirmou a superioridade da constituição, outorgando-lhe caráter de lei que subordina todas as outras. A partir daí, demonstrou que o judiciário, ao se deparar com lei que contraria a constituição, deve deixar de aplicá-la, simplesmente, pela circunstância de lhe incumbir interpretar as leis e eliminar o conflito entre elas.⁸

⁷ SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.p. 892-893.

⁸ SARLET, *loc. cit.*

Assim, é inegável que o precedente *Marbury v. Madison* teve o grande mérito de demonstrar a supremacia da constituição sobre as leis, atribuindo-lhe caráter de rigidez. Com a noção de constituição rígida desperta o sistema contemporâneo de controle judicial da constitucionalidade das leis.

E será da análise desses sistemas e suas características que nos ocuparemos a seguir.

2.1.3 Sistemas de Controle de Constitucionalidade

Há basicamente dois sistemas de controle de constitucionalidade: O difuso, “que é exercido no âmbito da proteção dos direitos subjetivos”⁹ e o concentrado, “que cuida apenas da proteção da constituição”.¹⁰

2.1.3.1. Sistema de Controle de Constitucionalidade Difuso

O controle difuso foi introduzido no Brasil pela Constituição de 1891 e teve sua origem em 1803, nos Estados Unidos, a partir do caso *Marbury versus Madison*. Nesse momento, foi a primeira vez que um juiz realizou o controle de constitucionalidade a partir de um caso concreto.

Nos moldes atuais esse controle é realizado por qualquer juiz ou Tribunal, independente do grau de jurisdição, quando o ato questionado de sua constitucionalidade for relacionado à determinada lei; daí ser chamado também de controle aberto.

No controle difuso a aferição da inconstitucionalidade ou constitucionalidade é feita *incidenter tantum*, ou seja, como causa de pedir ou fundamento do pedido. No dizer de Calil Simão: “Trata-se de uma questão prejudicial, que deve ser resolvida, para que seja possível deferir ou não a pretensão buscada (principal).”¹¹

⁹ SIMÃO, Calil. **Elementos do sistema do Controle de Constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p 124.

¹⁰ SIMÃO, *loc. cit.*

¹¹ *Ibid.*, p. 125.

E continua o mesmo autor:

No controle difuso a inconstitucionalidade sempre é alegada como forma de tutelar um direito subjetivo, sendo, por isso também chamado de controle por via de defesa. Ou seja, ela sempre funciona como argumento que viabiliza a pretensão principal do autor ou como uma objeção de mérito, pela defesa. Fala-se ainda que é um controle concreto porque envolve atividade jurisdicional em concreto, afeta um determinado interesse subjetivo colocado em discussão. A inconstitucionalidade, neste caso, é arguida pelo titular do direito violado pela norma impugnada.¹²

Nesse tipo de controle o Poder Judiciário aprecia a constitucionalidade apenas como causa de pedir, não a declarando em decisão, mas apenas reconhecendo na fundamentação e, como consequência, afastando a legislação inconstitucional, declarando, constituindo ou desconstituindo uma relação.

São legitimados ativos para o controle difuso as partes do processo, o terceiro interessado, o Ministério Público e o próprio juiz que pode realizá-lo de ofício.

Pode vir a ser objeto desse controle qualquer lei ou ato normativo, aqui estando compreendidos os atos legislativos em geral, emendas à constituição, lei ordinária, lei complementar, medida provisória, decreto legislativo, decreto regulamentar, regimento interno dos tribunais e resolução das casas legislativas.

Além disso, ao contrário do que se possa imaginar, não é só como defesa que o controle difuso vem a ser efetivado, mas também através das ações constitucionais de habeas corpus, mandado de segurança ou ações de procedimento ordinário.

Qualquer ato emanado do poder público pode ser objeto do controle difuso.

É como entende Marcelo Novelino que diz: “admite-se qualquer ato emanado dos poderes públicos. Não existe restrição quanto à natureza do ato questionado”.¹³ Neste sentido, observa-se que importante é averiguar se houve ou não violação de

¹² SIMÃO, Calil. **Elementos do sistema do Controle de Constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 125.

¹³ NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Método, 2012. p. 258, *apud* SANTOS, Evelyn Naiane Almeida, et al. O controle difuso de constitucionalidade no sistema jurídico brasileiro. In: **Webartigos**; 29 de janeiro de 2014. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/o-controle-difuso-de-constitucionalidade-no-sistema-juridico-brasileiro/118139/#ixzz44sIT4wsk>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

direito subjetivo decorrente de incompatibilidade entre um ato do Poder Público e a Constituição.¹⁴

O controle difuso pode ser realizado pelos juízes de primeiro grau, pelos Tribunais de segundo grau ou Tribunais Superiores e, também, pelo Supremo Tribunal Federal, por meio do recurso ordinário ou extraordinário.

O art. 97 da CF estabeleceu a figura da chamada cláusula de plenário que determina que somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público.

Conforme dito anteriormente, o STF também exerce o controle difuso por meio do recurso extraordinário e, neste caso, estará exercendo o controle de constitucionalidade de forma incidental e não principal. Assim, a atuação do Supremo no controle difuso não é o julgamento da constitucionalidade da lei em tese, mas sim de proferir uma decisão que trata da inconstitucionalidade como preliminar de mérito, devendo, desta forma, observar os ditames do art. 97 da Lei Maior.

2.1.3.2 Sistema de Controle de Constitucionalidade Concentrado

O controle de constitucionalidade concentrado é o processo de natureza objetiva em que é questionada a própria constitucionalidade ou não de uma lei, ou seja, o objetivo é o ataque à lei, não permitindo discussão de interesse meramente individual. Esse controle, também conhecido como abstrato, tem como finalidade a defesa do ordenamento constitucional contra as leis com ele incompatíveis e processa-se por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN), da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADECON) e pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

O foro processual é de competência originária do STF, ou seja, se inicia e termina no STF.

¹⁴ SANTOS, Evelyn Naiane Almeida, et al. O controle difuso de constitucionalidade no sistema jurídico brasileiro. In: **Webartigos**; 29 de janeiro de 2014. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/o-controle-difuso-de-constitucionalidade-no-sistema-juridico-brasileiro/118139/#ixzz44sIT4wsk>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

Nas palavras de Calil Simão, o controle concentrado “tem a única finalidade de proteger a ordem constitucional, não estando vinculado a interesses subjetivos”.¹⁵

E continua o mesmo autor:

Em razão de seu caráter abstrato e objetivo, a legitimidade não obedece às regras comuns das demais ações, pois a legitimidade, em regra, é aferida levando em conta a relação substancial afirmada pelo autor, ou seja, a relação jurídica material descrita. No controle abstrato-objetivo, por não envolver proteção direta de interesse subjetivo, é estabelecida pela lei com base no critério da melhor representatividade, sendo classificada como uma legitimidade reservada ou restrita.¹⁶

No controle concentrado a declaração de constitucionalidade, ao contrário do controle difuso, ocorre como questão principal.

Nas palavras de Marcelo Alexandrino:

Ao contrário do controle difuso, que se limita em um caso concreto, a subtrair alguém aos efeitos de uma lei, o controle abstrato é efetivado em tese, sem vinculação a uma situação concreta, com o objetivo de expelir do sistema a lei ou ato inconstitucionais. Diz-se que no controle abstrato a inconstitucionalidade é analisada em tese (in abstracto) porque o controle é exercido em uma ação cuja finalidade é, unicamente, o exame da validade da lei em si.¹⁷

Por fim, cumpre ressaltar que as decisões proferidas em controle concentrado têm como objeto principal averiguar a incompatibilidade da norma com a constituição federal, assim, por esta razão, alcança a autoridade da coisa julgada.

2.2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E SEUS EFEITOS

Foi adotada, pelo ordenamento brasileiro, a tese da nulidade da norma inconstitucional, “conferindo-se à declaração de inconstitucionalidade eficácia *ex tunc*

¹⁵ SIMÃO, Calil. **Elementos do sistema do Controle de Constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 130.

¹⁶ *Ibid.*, p. 131.

¹⁷ PAULO Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**. 2. ed. Niterói: Impetus, 2008. p. 755.

e impondo o desfazimento no tempo de todos os atos passíveis de retroação que tivesse ocorrido durante a vigência do ato inconstitucional”.¹⁸

Os efeitos produzidos pela declaração de inconstitucionalidade de uma norma vão variar conforme se trate de decisão proferida em sede de controle concentrado ou difuso. No primeiro

[...] eficácia contra todos permite a qualquer interessado arguir, no caso concreto a exceção de coisa julgada, impedindo que a questão seja submetida novamente ao pronunciamento judicial, mesmo que incidental, sobre a constitucionalidade.¹⁹

Já no controle difuso a constitucionalidade é analisada como questão prejudicial e não principal e, portanto, o reconhecimento da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei não faz coisa julgada.

2.2.1 Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade em sede de Controle Concentrado de Constitucionalidade

Os efeitos do controle concentrado de constitucionalidade, segundo grande parte da doutrina, são verificados quando a decisão reconhece a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, como regra geral, terá eficácia *erga omnes* (em face de todos) e efeitos *ex tunc* (retroativos à data da edição).

Segundo Calil Simão:

No sistema brasileiro as decisões do controle de constitucionalidade vinculam não só todos os cidadãos, mas também os órgãos da Administração e do Poder Judiciário, cabendo, neste último caso, reclamação constitucional ao órgão controlador quando ocorrer o seu desrespeito.

Outra consequência da abstração e do caráter objetivo do controle é permitir que a decisão se valha de fundamentos jurídicos diversos. Vale dizer, muito embora a decisão esteja condicionada ao pedido formulado, não podendo declarar outra espécie normativa senão

¹⁸ ÁVILA, Ana Paula. **A Modulação de Efeitos Temporais pelo STF no controle de Constitucionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 38.

¹⁹ SIMÃO, Calil. **Elementos do sistema do Controle de Constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 134.

aquela requerida, tem plena liberdade para se basear em qualquer fundamento jurídico, mesmo os não deduzidos pelo requerente.

A decisão de inconstitucionalidade, ao ser declarada, suprime a eficácia da lei (ou do ato normativo) perante todos, tornando-se inaplicável.²⁰

Assim, no controle concentrado de constitucionalidade a decisão de inconstitucionalidade opera efeitos ex nunc, ou seja, retroagindo ao momento que a norma é produzida, retirando-a do ordenamento jurídico e eficácia contra todos (*erga omnes*).

Além disso, a decisão também terá efeito vinculante não só em relação a todos os cidadãos, mas também aos órgãos da Administração e do Poder Judiciário, não se aplicando o art. 52, X, da CF ao controle concentrado.

Por fim, cumpre ressaltar que com o advento da Lei 9868/99, em seu art. 27, o legislador disciplinou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, permitindo a possibilidade de disposição e reconhecimento desses efeitos pelo órgão julgador. É o que se verá mais adiante.

2.2.2 Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade em sede de Controle Difuso de Constitucionalidade

No controle difuso a alegação da violação da constituição é matéria principal, ou seja, a pretensão principal levada à apreciação do Judiciário.

A inconstitucionalidade é matéria prejudicial ao deferimento da pretensão principal, pois a pretensão principal fica condicionada à solução sobre a constitucionalidade da norma impugnada.²¹

No controle difuso o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma não a anula ou a revoga, permanecendo, em tese, eficaz e aplicável aos demais

²⁰ SIMÃO, Calil. **Elementos do sistema do Controle de Constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 134.

²¹ *Ibid.*, p. 125.

casos, salvo se tiver sua execução suspensa, no caso brasileiro, pelo Senado Federal (CF, art. 52, X).²²

Assim, a declaração de inconstitucionalidade gera efeitos apenas entre as partes que figuram no processo com eficácia *ex tunc*, ou seja, os efeitos serão aplicados retroativamente a partir do momento que foram atingidos. Para que ocorra a eficácia *erga omnes*, ou seja, alcance a todos, será necessária uma decisão definitiva do STF, através de recurso extraordinário seguida de suspensão da eficácia da norma inconstitucional pelo Senado Federal. Nesse caso, os efeitos se produzirão *ex nunc*, ou seja, a partir do momento da suspensão da norma.

Dessa forma, o texto constitucional, no inciso X do art. 52, confere ao Senado Federal competência privativa para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva de mérito do STF em controle difuso de constitucionalidade. E esta “suspensão, pelo Senado Federal, pode ser de lei estadual, distrital ou municipal, não importando esse ato desrespeito ao pacto federativo, tendo em vista que foi a própria constituição que previu essa interferência”.²³

A suspensão prevista no inciso X do art. 52 depende de algumas condições, consoante sustenta Calil Simão:

Consoante se depreende no inc. X do art. 52, a suspensão depende: 1) de pronunciamento judicial pela via difusa; 2) o reconhecimento da inconstitucionalidade; 3) que se trate de lei ou ato normativo a ela equiparado; e 4) da definitividade do provimento jurisdicional. Primeiramente exige-se um pronunciamento judicial, em sede de controle difuso e não concentrado, cuja ausência impede de se cogitar a utilização da prerrogativa prevista no inciso X. Isso quer dizer que não havendo pronunciamento judicial temos como ausente o primeiro requisito constitucional. Em segundo lugar, a decisão deve reconhecer a inconstitucionalidade. Se a decisão judicial reconhece a constitucionalidade da lei, o Senado Federal não pode suspender a sua execução, mesmo que entenda ser ela inconstitucional. Em terceiro lugar, o ato declarado inconstitucional tem que ser uma lei ou um ato normativo equiparado a ela. Não dispõe o Senado Federal de prerrogativa de suspender um ato do Chefe do Executivo ou uma deliberação de qualquer órgão federal, mesmo que inconstitucional. Por fim, em quarto lugar, exige-se ainda o trânsito em jugado da decisão, pois sendo possível impugnar a decisão por qualquer meio

²² SIMÃO, Calil. **Elementos do sistema do Controle de Constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 126.

²³ *Ibid.*, p. 142.

processual ordinário, o Senado Federal não pode suspender a execução da lei.²⁴

O instrumento pelo qual o Senado Federal opera a suspensão da execução da lei declarada inconstitucional é a resolução, conforme dispõe o inciso IV do art. 59 da CF.

E essa suspensão terá eficácia *ex nunc*, não retroativa, produzindo efeito *erga omnes* (contra todos).

Ainda, cumpre ressaltar que no tange à suspensão da execução da lei pelo Senado Federal, entende parte da doutrina que a casa legislativa tem discricionariedade para fazê-lo, é dizer, o Senado faz um juízo de conveniência a respeito de editar ou não a resolução competente para a suspensão.

De acordo com Calil Simão:

Do inc. X do art. 52 podemos retirar algumas premissas sobre a atuação do Senado Federal no controle de Constitucionalidade: 1) a sua atuação é discricionária; 2) a sua atuação depende do pronunciamento do Supremo Tribunal Federal no sentido da inconstitucionalidade da lei; 3) não foi fixado um período para a sua atuação; 4) a sua atuação restringe-se a suspender a execução da lei; 5) a suspensão da lei declarada inconstitucional pode ser total ou parcial; e 6) a sua atuação deve observar os limites da atuação judicial, não podendo ampliá-la.²⁵

Por fim, cumpre ressaltar que a competência estabelecida no artigo 52, X da CF é privativa do Senado Federal.

2.3 TEORIA DA NULIDADE E ANULABILIDADE DOS ATOS DECLARADOS INCONSTITUCIONAIS

De acordo com a Teoria da Nulidade, ao se declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, será afetado o plano de validade da norma.

²⁴ SIMÃO, Calil. **Elementos do sistema do Controle de Constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 142-143.

²⁵ *Ibid.*, p. 144.

A Teoria da nulidade da norma inconstitucional confere à declaração de inconstitucionalidade eficácia *ex tunc*, ou seja, desfaz-se no tempo todos os atos passíveis de retroação que tenham ocorrido durante a vigência do ato inconstitucional.

Do outro lado, destaca-se a Teoria da Anulabilidade da norma inconstitucional que entende que o desfazimento do ato inconstitucional opera efeitos *ex nunc*.

De acordo com essa teoria:

[...] já não se considera a norma inconstitucional como uma ato nulo ab intio e nem a decisão que proclama o defeito como declaratória. Tem-se o ato normativo como existente, e a decisão que o desfaz como constitutiva negativa.²⁶

Ao longo do tempo, a doutrina e a jurisprudência procuraram flexibilizar essas teorias.

No Brasil, a regra geral da teoria da nulidade absoluta vem sendo mitigada pela jurisprudência e pela doutrina em razão da consonância do princípio da supremacia da constituição com o da segurança jurídica e boa fé, todos de mesma hierarquia.

A tese da nulidade sustenta-se no princípio da Supremacia da Constituição. De acordo com Gilmar Ferreira Mendes:

Esse entendimento tem base constitucional. O princípio do Estado de Direito, fixado no art. 1º, a aplicação imediata dos direitos fundamentais, consagrada no § 1º, do art. 5º, a vinculação dos órgãos estatais aos princípios constitucionais, que daí resulta, e a imutabilidade dos princípios constitucionais, no que concerne aos direitos fundamentais e ao processo especial de reforma constitucional, ressaltam a Supremacia da Constituição. Do art. 5º, LXXI, da Constituição, que assegura a qualquer indivíduo que seja impedido de exercer um direito constitucional garantido em virtude da omissão dos órgãos legislativos o direito de reivindicar uma atividade legislativa mediante a propositura do mandado de injunção, pode-se concluir que não apenas os direitos fundamentais, mas todos os direitos, mas todos os demais direitos subjetivos constitucionalmente assegurados, vinculam os órgãos estatais. A possibilidade de exercer direito a uma atividade legislativa mediante processo judicial ressalta o princípio da supremacia da Constituição e enfatiza a sua pretensão de eficácia. O poder de que dispõe qualquer juiz ou Tribunal para

²⁶ ÁVILA, Ana Paula. **A Modulação de Efeitos Temporais pelo STF no controle de Constitucionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 41.

deixar de aplicar a lei inconstitucional a determinado processo (CF, arts. 97 e 102, III, a, b e c) pressupõe a invalidade da lei e, com isso, a sua nulidade. A faculdade de negar aplicação à lei inconstitucional corresponde ao direito do indivíduo de recusar-se a cumprir a lei inconstitucional, assegurando-se-lhe, em última instância, a possibilidade de interpor recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal contra decisão judicial que se apresente, de alguma forma, em contradição com a Constituição (art. 102, III, a). Tanto o poder do juiz de negar aplicação à lei inconstitucional, quanto a faculdade assegurada ao indivíduo de negar observância à lei inconstitucional demonstram que o constituinte pressupôs a nulidade da lei inconstitucional.²⁷

Embora a regra geral fosse a teoria da nulidade da norma inconstitucional, o Supremo Tribunal Federal, em razão de outros princípios constitucionais, já vinha mitigando este entendimento, antes mesmo da entrada em vigor da Lei 9868/99.

É o que se depreende dos recursos extraordinários nº 78.209 e 78.549, onde as decisões proferidas reconheceram como válidos e preservaram os atos praticados por funcionários públicos admitidos por lei declarada inconstitucional.

Nesse mesmo sentido, registram-se os recursos extraordinários nº 79.682/SP, 1º Turma, relatado pelo Min. Aliomar Baleeiro, bem como RE nº 78.533/SP, 2ª Turma, relatado pelo Min. Firmino Paz.

Percebe-se, nesses precedentes, que antes mesmo do advento do art. 27 da Lei 9868, a jurisprudência do STF já vinha concedendo efeitos *ex nunc* às decisões de inconstitucionalidade, após a entrada em vigor desta lei, passou a ser permitida a possibilidade de o Supremo limitar os efeitos retroativos da decisão, atribuindo-lhe efeitos *ex nunc* ou até mesmo decidir que tenha eficácia prospectiva ou pró - futuro. Essa possibilidade de flexibilização da teoria da nulidade da norma inconstitucional é o que a doutrina vem chamando de técnica de modulação dos efeitos da decisão.

²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 325-326.

2.3.1 A declaração de Inconstitucionalidade e a limitação dos efeitos

Estabelece o art. 27 da Lei 9.868, verbis:

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.

O efeito retroativo da decisão que declarada a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo permanece sendo a regra no Brasil, em atenção ao princípio da supremacia da constituição. Todavia, com a edição da Lei 9868/99 o legislador trouxe a possibilidade de flexibilização dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, desde que observados determinados requisitos como dispõe o art. 27 acima transcrito.²⁸

A doutrina brasileira tem reconhecido a constitucionalidade da nova regra.

Regina Maria Macedo Nery Ferrari, assim se posiciona:

Reconhecer, portanto, que a norma inconstitucional é nula, e que os efeitos desse reconhecimento devem operar ex tunc, estendendo-os ao passado de modo absoluto, anulando tudo o que se verificou sob o império da norma assim considerada, é impedir a segurança jurídica, a estabilidade do direito e sua própria finalidade.²⁹

O STF tem admitido a modulação dos efeitos de suas decisões também em sede de controle difuso, embora a norma seja expressa para aplicação no modelo de controle concentrado.

O art. 27 da Lei 9868/99 constituiu um avanço na legislação brasileira, na medida que oficializou a possibilidade da flexibilização na atribuição dos efeitos. Como é sabido, a lei inconstitucional ao ser publicada, surge com presunção de constitucionalidade, dando origem a inúmeras relações jurídicas que se estabelecem

²⁸ SANCHES, L. A modulação dos efeitos das decisões no controle de constitucionalidade em matéria tributária. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 20, p. 122-163, jul./dez. 2012.

²⁹ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 163.

durante sua vigência, criando legítimas expectativas a seus destinatários. A aplicação indiscriminada do efeito *ex tunc* gera situações de lesões a direitos individuais e insegurança jurídica, contrariando os ditames da justiça.

A flexibilização dos efeitos da decisão declarada inconstitucional, representa um avanço em termos jurisdicionais, uma vez que o Tribunal, ao promover a mitigação da rigidez da aplicação da norma, esta ponderando princípios e valores constantes no próprio texto constitucional e aquilo que antes significava uma mera subsunção dá lugar a um juízo de valor e razoabilidade que possibilita que a decisão esteja em consonância com os valores históricos e com o contexto social em que foi proferida. Por fim, para que o Tribunal possa se utilizar do poder de disposição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, ou seja, para que ocorra a flexibilização dos efeitos retroativos da declaração de inconstitucionalidade é necessária a observância de limites, de ordem formal e material, extraídos da própria redação do dispositivo.³⁰

³⁰ SANCHES, L. A modulação dos efeitos das decisões no controle de constitucionalidade em matéria tributária. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 20, p. 122-163, jul./dez. 2012. p. 134.

3 CAPÍTULO II MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

3.1 FLEXIBILIZAÇÃO DA TEORIA DA NULIDADE NO DIREITO BRASILEIRO E A MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Antes mesmo do advento da Lei 9868/99, o Supremo Tribunal Federal, já vinha mitigando a tese da nulidade do ato inconstitucional, em casos excepcionais, mantendo os efeitos de normas declaradas inconstitucionais, conforme acima já mencionado.

Com a entrada em vigor da Lei 9.868, de 1999, a questão da flexibilização da teoria da nulidade foi, enfim, positivada e esta norma estabeleceu formas de manutenção dos efeitos da decisão na hipótese de reconhecimento da inconstitucionalidade da norma. O artigo 27 da referida lei estabeleceu que:

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.

Da análise do dispositivo citado, percebemos que o legislador brasileiro adotou outras medidas que não somente a declaração de nulidade total da norma.

A norma permiti restringir os efeitos da decisão, ou seja, estabelecer um termo inicial para a cassação de efeitos que seja posterior à publicação da norma e anterior à decisão declaratória de inconstitucionalidade; possibilita que o julgador determine que a norma só produza efeitos a partir do trânsito em julgado (*ex nunc*) ou que a decisão produza efeitos a partir de outro momento que venha a ser determinado (pró futuro).³¹ Nessa hipótese, por motivo de segurança jurídica ou de interesse social, a lei continuará sendo aplicada por um determinado prazo, a ser determinado pelo próprio Tribunal.

³¹ ÁVILA, Ana Paula. **A Modulação de Efeitos Temporais pelo STF no controle de Constitucionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 57-58.

Todavia, cumpre ressaltar que o afastamento do princípio da nulidade não ocorrerá em qualquer situação, mas apenas naqueles casos em que ficar demonstrado danos à segurança jurídica ou a outro valor constitucional vinculado ao interesse social.

Exige o dispositivo também que o Supremo Tribunal Federal, quando decidir excepcionar a regra de retroação dos efeitos, deve fazê-lo por maioria qualificada de dois terços de seus membros.

Assim sendo, a exigência de um quorum especial, restringe a utilização da modulação dos efeitos da decisão.

3.2 MODULAÇÃO DOS EFEITOS DAS DECISÕES EM CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

3.2.1 O artigo 27 da Lei 9869/99

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.

A doutrina sustenta a inconstitucionalidade deste dispositivo, basicamente por duas razões. Primeiro, porque ao se permitir que se reconheça a eficácia de uma norma declarada inconstitucional, o dispositivo está violando o dogma da nulidade do ato inconstitucional e, conseqüentemente, a supremacia da constituição.

E há aqueles, ainda, que entendem ser a norma inconstitucional tanto por tratar de matéria que não é competência atribuída à lei ordinária e, portanto, deveria estar expressa no texto constitucional, como porque, ao dispor sobre a modulação dos efeitos, limitou a competência do Supremo Tribunal Federal nessa área.³²

³² SANCHES, L. A modulação dos efeitos das decisões no controle de constitucionalidade em matéria tributária. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 20, p. 122-163, jul./dez. 2012.

Para Paulo Roberto Lyrio Pimenta o dispositivo é inconstitucional, porque “não pode o Poder controlado editar norma infraconstitucional restringindo, ou até mesmo ampliando a competência do órgão controlador, no caso, o Poder Judiciário”.³³

Já para os que defendem a constitucionalidade do art. 27, como Ana Paula Ávila, a questão deve ser analisada sob o prisma da supremacia da constituição. Assim justifica:

Fácil perceber que a grande questão está em demonstrar em quais situações a preservação dos efeitos de norma inconstitucional é também o meio de preservação da supremacia da Constituição. Isso passa, evidentemente, pela ponderação entre as normas constitucionais que ensejam a declaração de inconstitucionalidade e as normas constitucionais que justificam a preservação dos efeitos do ato inconstitucional, situação em que o postulado da unidade da Constituição adquire maior relevância.³⁴

Prossegue a autora:

A preservação do postulado da supremacia da Constituição exige uma mudança no objeto da interpretação das normas em face da Constituição: exige que se ultrapasse a análise unidirecional entre norma legal inferior e norma legal constitucional superior violada em favor de uma análise multidirecional entre a norma legal inferior, os efeitos por ela produzidos, e várias normas constitucionais superiores. Parte-se, assim, da análise da norma isolada para contemplar também a análise de seus efeitos, que são protegidos por outras normas. O processo de ponderação resulta do agrupamento de todas essas normas e razões de decidir, para obedecendo ao critério da coerência, orientar o intérprete sobre a direção a ser tomada na decisão.³⁵

E conclui:

Com isso, pretende-se afirmar que a manutenção dos efeitos de uma norma declarada inconstitucional somente está autorizada quando esses efeitos se produzirem em benefício do indivíduo. O prejuízo – sob qualquer pretexto – da liberdade, da igualdade, da segurança, da

³³ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Efeitos da decisão de inconstitucionalidade em Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 99.

³⁴ ÁVILA, Ana Paula. **A Modulação de Efeitos Temporais pelo STF no controle de Constitucionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 69.

³⁵ *Ibid.*, p. 70.

propriedade, ou de qualquer outro direito que a própria Constituição designe como fundamental, jamais encontrará abrigo legítimo na faculdade que o art. 27 da Lei 9.868/99, conferiu ao Supremo Tribunal. Este, enquanto souber utilizá-lo apoiado na própria Constituição que lhe incumbe guardar, usará deste poder que a lei lhe conferiu justamente para garantir a supremacia da Constituição em sua integridade.³⁶

A ADI nº 2258-0, em que é Relator o Ministro Dias Toffoli, tem por objeto a constitucionalidade da Lei 9.868/99. Já teve início o julgamento desta ação com análise da constitucionalidade de alguns dispositivos, sendo que com relação ao art. 27 o julgamento foi suspenso, na oportunidade, por falta de quórum. Em sessão de 16.08.2007 o Relator, Ministro Sepúlveda Pertence proferiu o seu voto no sentido da inconstitucionalidade do art. 27 e o julgamento foi suspenso em razão de pedido de vista da Ministra Carmem Lúcia.

Como já mencionado, antes mesmo do advento da Lei 9868/99, o Supremo Tribunal Federal, já vinha mitigando a tese da nulidade do ato inconstitucional, em casos excepcionais, mantendo os efeitos de normas declaradas inconstitucionais.

De acordo com Gilmar Mendes:

Assim, configurado eventual conflito entre o princípio da nulidade e o princípio da segurança jurídica, que, entre nós, tem status constitucional, a solução da questão há de ser, igualmente, levada a efeito em um processo de complexa ponderação. Em muitos casos, há de se preferir a declaração de inconstitucionalidade com efeitos restritos à insegurança jurídica de uma declaração de nulidade, como demonstram os múltiplos exemplos do direito comparado e do nosso direito.

Em outras palavras, a aceitação do princípio da nulidade da lei inconstitucional não impede que se reconheça a possibilidade de adoção, entre nós, de uma declaração de inconstitucionalidade alternativa. Ao revés, a adoção de uma decisão alternativa é inerente ao modelo de controle de constitucionalidade amplo, que exige, ao lado da tradicional decisão de perfil cassatório com eficácia retroativa, também decisões de conteúdo outro, que não importem, necessariamente, na eliminação direta e imediata da lei do ordenamento jurídico.³⁷

³⁶ ÁVILA, Ana Paula. **A Modulação de Efeitos Temporais pelo STF no controle de Constitucionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 70-71

³⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 333

3.2.2 Requisitos

De acordo com a doutrina majoritária acerca do assunto, da análise da estrutura do art. 27 chega-se à existência de requisitos necessários à sua aplicação. Um, de natureza formal, é a exigência de quórum qualificado. Outro, de natureza material, é a presença justificada de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

3.2.2.1 Análise dos requisitos materiais necessários à modulação de efeitos presentes no art. 27 da Lei 9868/99

O art. 27 da Lei 9.868/99 exige, para que a decisão tenha seus efeitos manipulados, que esteja fundamentada em razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

A doutrina classifica estes dois requisitos como materiais e entende que há neles uma grande carga de abstração por se tratarem de conceitos indeterminados.

Segundo parte da doutrina o grande problema do art. 27 estaria na definição destes conceitos indeterminados, pois há uma enorme carga de abstração que deixa ao STF uma grande margem de interpretação do que seria, no caso concreto, razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social. De acordo com alguns doutrinados, isso poderia gerar abusos o que terminaria por aniquilar os direitos fundamentais dos cidadãos, causando insegurança jurídica.

Para Manuel Gonçalves Ferreira Filho: “o Supremo Tribunal Federal se torna uma terceira Câmara Legislativa”.³⁸

E tem aqueles que entendem, como Ana Paula Ávila, que a inconstitucionalidade do art. 27 pela abstração dos conceitos indeterminados é, facilmente, resolvida pela interpretação conforme a constituição.³⁹

³⁸ FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade (Leis nº 9.868, de 10 de novembro e nº 9.982 de 3 de dezembro de 1999). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 220, p. 1-17, abr./jun. 2000. p. 3.

³⁹ ÁVILA, Ana Paula. **A Modulação de Efeitos Temporais pelo STF no controle de Constitucionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 61.

De acordo com a autora:

[...] esta conclusão em análise superficial e restrita do art. 27, que desconsidera que este mesmo dispositivo pode ser aplicado de modo constitucional, salvaguardando os direitos fundamentais do indivíduo, ou inconstitucional, fazendo prevalecer, sobre aqueles direitos, interesses que não encontram abrigo no ordenamento constitucional. Isso remete ao problema da inconstitucionalidade in concreto, ou seja, daquela que resulta não da norma considerada em abstrato, mas do uso que se faz dela no momento de sua aplicação. Assim sendo, muito mais importante do que a simples rejeição da norma por suposta inconstitucionalidade, é a análise de sua aplicabilidade conforme a constituição.⁴⁰

A segurança jurídica busca assegurar ao cidadão a certeza de sua situação jurídica e, assim, a proteção da confiança e da boa-fé.

No que tange ao excepcional interesse social, deve-se ter em mente, que não se trata nem do interesse da administração e nem do Estado, mas sim de uma determinada classe social, como defende parte da doutrina. Assim, o julgador ao julgar a inconstitucionalidade deve preservar o interesse coletivo, de forma a garantir os direitos fundamentais.

Assim, ao manipular os efeitos da norma declara inconstitucional, o julgador deve ter por objetivo resguardar valores constitucionais que no caso concreto reflitam uma maior relevância que o princípio da nulidade dos atos inconstitucionais.

Neste sentido, Gilmar Mendes explica que

O afastamento de sua incidência dependerá de um severo juízo de ponderação que, tendo em vista análise fundada no princípio da proporcionalidade, faça prevalecer a idéia de segurança jurídica ou outro princípio constitucionalmente importante, manifestado sob a forma de interesse social relevante.⁴¹

Portanto, o Tribunal ao decidir sobre o controle de constitucionalidade deve fazer um juízo de ponderação acerca dos princípios constitucionais previstos.

⁴⁰ ÁVILA, Ana Paula. **A Modulação de Efeitos Temporais pelo STF no controle de Constitucionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 61.

⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1267.

3.2.2.1.1 Princípio da Segurança Jurídica

A segurança jurídica está atrelada ao conceito de estabilidade e, conseqüentemente, à ideia de previsibilidade. A estabilidade inerente ao conceito de segurança jurídica, permite ao cidadão que conheça as normas vigentes, bem como as conseqüências diretas de seus atos à luz dessas normas. Tal conhecimento permite que os cidadãos construam expectativas do que pode ser esperado do Estado.⁴²

A segurança jurídica está intimamente ligada à necessidade de certeza e estabilidade que o cidadão deve ter nas suas relações jurídicas. De acordo com a concepção corrente na doutrina e jurisprudência, insere-se dentro da concepção do Estado de Direito, do sentido de justiça e igualdade, em que a lei é dada para todos. Entretanto, mesmo sendo considerado um princípio implícito, que decorre do art. 5º caput, e seu § 2º, da Constituição, não possui uma definição única, e na expressão de Regina Maria Macedo Nery Ferrari:

[...] encontra-se dentre aquelas que não possuem uma significação unívoca, precisa, mas que padece de imprecisão e fluidez, o que leva a identificá-la como plurissignificativa, o que a caracteriza como um conceito jurídico indeterminado. Conseqüentemente, mesmo traduzindo a certeza do direito aplicável, não apresenta um só significado, ou seja, quando se pensa em que a segurança jurídica significa o direito justo, determinar o seu conteúdo não é tarefa fácil, na medida em que determinadas situações ninguém poderá se furtar de reconhecer que existe a presença do respeito à segurança jurídica e, em outros, a negação de sua existência é patente. Porém, em que pese estas duas zonas de certeza, existe entre elas uma zona de incerteza que medeia estas duas posições e que só será dissipada frente à análise de um caso concreto.⁴³

A segurança jurídica significa o cidadão ter a certeza de sua situação jurídica, ou seja, a certeza do direito, o que significa dizer é a exigência de se tornar evidente os comandos legais, de publicação das normas como pressuposto de sua vigência, presunção de constitucionalidade das normas e de sua irretroatividade.

⁴² ÁVILA, Ana Paula. **A Modulação de Efeitos Temporais pelo STF no controle de Constitucionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 147.

⁴³ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 304-305.

A segurança jurídica para alguns está intimamente ligada ao princípio da proteção da confiança.

J.J. Gomes Canotilho associa o princípio da segurança jurídica ao da proteção e confiança, que exigem:

[...] (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos.⁴⁴

E prossegue, dando ênfase à segurança jurídica dos atos jurisdicionais:

As idéias nucleares da segurança jurídica desenvolvem-se em torno de dois conceitos: (1) estabilidade ou eficácia ex post da segurança jurídica, dado que as decisões dos poderes públicos uma vez adaptadas, na forma e procedimentos legalmente exigidos, não devem poder ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoável a alteração das mesmas quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes; (2) previsibilidade ou eficácia ex ante do princípio da segurança jurídica que, fundamentalmente, se reconduz à exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos actos normativos.⁴⁵

Ana Paula Ávila, também, compartilha do mesmo entendimento:

Pela segurança jurídica, busca-se assegurar ao cidadão a certeza de sua situação jurídica, o que se faz de duas formas: (a) segurança jurídica ex ante, relativa aos mecanismos que tornam possível o conhecimento e interpretação do direito (legalidade, certeza do direito: publicidade, clareza, etc.); (b) segurança jurídica ex post, concernente aos mecanismos de garantia da estabilidade dos mecanismos anteriores, com o reconhecimento de uma pauta de comportamento do cidadão diante do caso concreto.⁴⁶

⁴⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 257.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 264.

⁴⁶ ÁVILA, Ana Paula. **A Modulação de Efeitos Temporais pelo STF no controle de Constitucionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 148.

Assim, pode-se concluir que a segurança jurídica é a previsibilidade, traduzida como a certeza da norma aplicável às relações sociais e a confiança das pessoas quanto à própria situação dentro da sociedade.

3.2.2.1.2 Princípio do excepcional interesse social

Pode-se afirmar que o conceito de excepcional interesse social está diretamente ligado à ideia de bem comum.

Segundo faz ver Ana Paula Ávila:

[...] a absoluta indeterminação deste conceito contrasta com o princípio constitucional da segurança jurídica, à medida que dele decorre a exigência de mecanismos que assegurem previsibilidade e certeza à ordem jurídica.⁴⁷

Dessa forma, entende a autora que sua inclusão no art. 27, da Lei 9.868/99 se torna muito questionável, violando os próprios fundamentos do Estado de Direito.

O termo interesse social se refere ao bem comum. A doutrina faz uma divisão do interesse público em primário e secundário. O interesse público está, diretamente, ligado ao interesse da sociedade, do povo, da coletividade, já o interesse público secundário se resume a certas finalidades que o Estado deve proporcionar, como a justiça, a segurança e o bem-estar social.

De acordo com o entendimento de Regina Maria Macedo Nery Ferrari:

Assim, quando a lei se refere à tutela do excepcional interesse social, não quer dizer a tutela o interesse de uma parte, que é um interesse secundário, mas que é comprovada a existência do interesse público primário capaz de legitimar sua resolução, e que o Tribunal, no momento de determinar a extensão dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, está obrigado a respeitá-lo, isto é, a considerá-lo. É importante salientar, quando se enfoca o interesse social, interesse público dito primário, que este não pode ser confundido com qualquer interesse do Estado, interesse secundário que existe no

⁴⁷ ÁVILA, Ana Paula. **A Modulação de Efeitos Temporais pelo STF no controle de Constitucionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 166.

grupo social, porque embora a pessoa estatal possa encarnar o interesse público, como interesse no todo, pode, também, possuir interesses que não possuem a feição dos interesses públicos como os aqui indicados. Portanto, não podem embasar a noção de excepcional interesse público, os interesses que beneficiem apenas à pessoa Estado, principalmente quando estes vierem a descuidar os interesses da coletividade.⁴⁸

Gilmar Ferreira Mendes, ao descrever os principais contornos do art. 27, frisa:

O princípio da nulidade continua a ser regra no Direito brasileiro. O afastamento de sua incidência dependerá de severo juízo de ponderação que, tendo em vista análise fundada no princípio da proporcionalidade, faça prevalecer a idéia de segurança jurídica ou outro princípio constitucionalmente relevante, manifestado sob a forma de interesse social relevante. Assim, aqui, como no Direito português, a não-aplicação do princípio da nulidade não há de se basear em consideração de política judiciária, mas em fundamento constitucional próprio. O princípio da nulidade somente há de ser afastado se se puder demonstrar, com base numa ponderação concreta, que a declaração de inconstitucionalidade ortodoxa envolveria o sacrifício da segurança jurídica ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social.⁴⁹

Essas são as premissas fundamentais, no nosso entender, que deverão nortear o intérprete no momento de sopesar os princípios e valores envolvidos diante de uma situação em que se justifica a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

3.2.2.2 Análise dos requisitos formais necessários à modulação de efeitos presentes no art. 27 da Lei 9868/99

O requisito formal refere-se à exigência de que a decisão seja proferida por maioria de 2/3 (dois terços) dos membros do Supremo Tribunal Federal.

⁴⁸ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 313.

⁴⁹ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**: comentários à Lei 9.868, de 10-11-1999. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 564-565.

Assim, para que se limite os efeitos temporais da decisão declaratória de inconstitucionalidade, exige que no mínimo 8 (oito) ministros do Supremo Tribunal Federal votem neste sentido.

Alguns doutrinadores argumentam que essa previsão de quórum qualificado prevista no art. 27 viola a regra estabelecida no art. 97 da Constituição Federal.⁵⁰

Esse é o entendimento de Paulo Roberto Lyrio Pimenta que afirma:

A Constituição estabeleceu em seu art. 97 o quórum necessário à produção da norma invalidante em epígrafe, e, por conseguinte, de seu âmbito de validade temporal, exigindo a maioria absoluta dos membros do Tribunal. Sendo assim, não poderia o legislador ampliar esse quórum, como o fez, porque o âmbito temporal é parte inseparável da norma invalidante, formando com ela uma unidade incidível. Em outras palavras, não poderia o Legislativo dissociar o quórum da declaração, do previsto, do previsto para mitigar a eficácia temporal, porque tais efeitos integram o âmbito de validade da própria declaração. O quórum para a produção da norma invalidante e, por conseguinte, de seu âmbito de validade temporal é um só: maioria absoluta dos votos (art. 97, CF).⁵¹

Todavia o quórum estabelecido no art. 97 da Constituição Federal é exigido para a declaração de inconstitucionalidade, já o quorum previsto no art. 27 é para modular os efeitos da decisão que declara uma norma inconstitucional.

Esse é o entendimento defendido por Ana Paula Ávila:

O argumento, salvo melhor juízo, desconsidera a literalidade de ambos os dispositivos. É que o quorum fixado pelo art. 97 da Constituição Federal de 1988 é aquele exigido para a declaração de inconstitucionalidade, que vem, simetricamente, reproduzido no art. 23 da mesma Lei nº 9.868/99, de modo que essa lei em nada afronta aquela disposição constitucional. O quorum de dois terços exigido pela lei não diz respeito à declaração de inconstitucionalidade, mas apenas à modulação dos efeitos, que é uma etapa lógica e cronologicamente posterior ao exame e confirmação da inconstitucionalidade. É de se entender que a exigência é salutar. Trata-se de um requisito que

⁵⁰ SANCHES, L. A modulação dos efeitos das decisões no controle de constitucionalidade em matéria tributária. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 20, p. 122-163, jul./dez. 2012. p. 136.

⁵¹ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Efeitos da decisão de inconstitucionalidade em Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 100.

reforça, no aspecto formal, a decisão que venha a superar a regra da retroação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.⁵²

Como já foi falado acima, existe uma ADIN questionando o art. 27 e ainda não há decisão definitiva sobre o caso. O fato é que o STF, mesmo antes da entrada em vigor da Lei 9868, já adotava a modulação dos efeitos em seus julgados.

3.3 A QUESTÃO DA COISA JULGADA E OUTRAS SITUAÇÕES CONSOLIDADAS

Conforme o princípio da nulidade da lei inconstitucional, toda a declaração de inconstitucionalidade feita sem qualquer ressalva é “considerada, independentemente de qualquer outro ato, nula ipso jure e ex tunc”.⁵³

Embora o princípio da nulidade da lei inconstitucional fulmine a norma considerada nula do ordenamento jurídico, essa nulidade não será sempre absoluta e despida de qualquer restrição. Isso porque existem situações já consolidadas que não podem ser reformadas por decorrência do efeito ex tunc, como a coisa julgada, por exemplo. A coisa julgada, uma vez consolidada merece proteção em razão de outros princípios constitucionais, como da segurança jurídica. Não só a coisa julgada, mas também o ato jurídico perfeito e acabado, merece proteção, não podendo ser desfeito em razão do princípio da nulidade do ato inconstitucional.

Gilmar Mendes já refletia sobre a questão, muito acertadamente:

Embora o nosso ordenamento não contenha regra expressa sobre o assunto e se aceite, genericamente, a idéia de que o ato fundado em lei inconstitucional está eivado, igualmente, de iliceidade, concede-se proteção ao ato singular, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, procedendo-se à diferenciação entre o efeito da decisão no plano normativo (Normebene) e no plano do ato singular (Einzelaktebene) mediante a utilização das chamadas fórmulas de preclusão. De qualquer sorte, os atos praticados com base em lei inconstitucional que não mais se afigurarem suscetíveis de revisão não serão afetados pela declaração de inconstitucionalidade.⁵⁴

⁵² ÁVILA, Ana Paula. **A Modulação de Efeitos Temporais pelo STF no controle de Constitucionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 58-59.

⁵³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.321.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 334.

Oportuno trazer também a lição de J. J. Gomes Canotilho, embora se anote que a Constituição Portuguesa de 1976, em seu art. 282.º/311, trouxe expresso o respeito à coisa julgada.

Eis o que diz o constitucionalista português:

Não é líquido que a Constituição tenha considerado como limite à retroactividade da declaração de inconstitucionalidade apenas o caso julgado, entendido no sentido restrito acabado de mencionar, ou se é extensivo a outras situações juridicamente consolidadas. Pode também entender-se que os limites à retroactividade se encontram na definitiva consolidação de situações, actos, relações, negócios, a que se referia a norma declarada inconstitucional. Se as questões de facto ou de direito regulados pela norma julgada inconstitucional se encontram definitivamente encerradas porque sobre elas incidiu caso julgado judicial, porque se perdeu um direito por prescrição ou caducidade, porque o acto se tornou inimpugnável, porque a relação se extinguiu com o cumprimento da obrigação, então a declaração de inconstitucionalidade, com a conseqüente nulidade ipso jure, não perturba, através de sua eficácia retroactiva, esta vasta gama de situações ou relações consolidadas. Pode dizer-se que a norma viciada de inconstitucionalidade não era já materialmente reguladora de tais situações, sendo irrelevante a sua subsequente declaração de inconstitucionalidade.⁵⁵

A desconstituição dos atos atingidos pela declaração de inconstitucionalidade deve ocorrer pelas vias próprias, dentro do prazo prescricional ou decadencial

Portanto, os atos e decisões inconstitucionais continuam sujeitos às denominadas “fórmulas de preclusão” mesmo após decisão do STF.

Importante registrar a posição de Regina Maria Macedo Nery Ferrari sobre o assunto:

Outro limite à não aplicação retroativa da decisão de inconstitucionalidade é o respeito à coisa julgada. Isto quando, conforme alerta Teori Zavascki, o pronunciamento dirige-se ao passado. Entretanto, “[...] em virtude da inovação que opera no status jurídico, a decisão repercutirá nas relações jurídicas continuativas, apreciadas em sentença que examinou casos concretos”. Porém, [...] para que se desfaçam tais relações, notadamente quando afirmadas por sentença judicial, não basta que sejam incompatíveis com a

⁵⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1014-1015.

Constituição. É indispensável que essa incompatibilidade tenha ou venha a ser reconhecida por ato estatal específico, com força vinculativa, ato esse que, nas situações examinadas, não existia à época em que referidas relações jurídicas foram constituídas”. O ajustamento deve ser efetuado em processo próprio, em ação rescisória, quando couber.⁵⁶

Ao tratar do assunto, Oswaldo Luiz Palu enfatiza que a posição majoritária do STF é pela teoria da nulidade, produzindo a decisão que declara a norma inconstitucional efeitos *ex tunc*. Mas pondera:

O que sempre ficava implícito, data vênua, como demonstração de inadequação da teoria da retroatividade total é que o Supremo Tribunal Federal poderia determinar o grau de retroatividade da decisão (mínima, máxima, média) ou mesmo atribuir efeitos *ex nunc* à decisão, mesmo adotada a teoria da nulidade absoluta da lei, como mera decorrência de sua função de interpretar a Constituição. A regra da retroatividade poderia ser evitada com explícita fundamentação, o que denotava que a teoria da nulidade *ex tunc* não se adaptava bem à realidade subjacente aos julgamentos do STF. Reconhecia-se a força de algumas fórmulas de preclusão, fundadas no princípio da segurança jurídica, mesmo quando da retroação das decisões de inconstitucionalidade. São regras de preclusão em sentido amplo, por exemplo, a coisa julgada ou a prescrição, v.g., sendo que, se uma obrigação cumprida teve sua norma fundante declarada inconstitucional, a repetição somente será cabível dentro do prazo de prescrição da mesma.⁵⁷

Assim, a retroatividade da decisão de inconstitucionalidade faria com que o princípio da proteção da confiança deixasse de existir. É absurdo pensar que a legítima expectativa do cidadão na imutabilidade da decisão judicial pudesse ser abalada pela retroatividade da decisão de inconstitucionalidade.

A adoção da retroatividade da decisão de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada faz desaparecer qualquer proteção à confiança do cidadão nos atos do Poder Judiciário.

A decisão, ainda que fundada em lei inconstitucional, é constitucional e manifestação legítima do Poder Judiciário.

⁵⁶ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 339-340

⁵⁷ PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade**: conceitos, sistemas e efeitos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 175.

Dessa forma, a coisa julgada que recaí sobre essa decisão é imprescindível à tutela da segurança jurídica.

Deve-se, portanto, buscar encontrar o equilíbrio necessário à solução dos problemas gerados pelo conflito de uma decisão de inconstitucionalidade dotada de efeitos *ex tunc* diante de situações consolidadas pelo tempo ou blindadas pela coisa julgada, e que são resguardadas por outros princípios constitucionais relevantes.

3.4 MODULAÇÃO NO CONTROLE DIFUSO

A regra geral, no controle concentrado, é que a declaração de inconstitucionalidade opera efeitos *ex tunc*, retroagindo para o passado. Neste controle a incidência da análise da incompatibilidade da lei ou ato com a Constituição é feito de forma teórica, fora de um contexto concreto, razão pela qual os efeitos da decisão judicial que declara a inconstitucionalidade possibilitam a aplicação de efeitos retroativos sem, *a priori*, gerar qualquer prejuízo para as partes.⁵⁸

Diferentemente, no controle difuso, a declaração de inconstitucionalidade acaba por repercutir decisivamente no deslinde da lide. Questão importante é saber, então, se é possível ser aplicada a modulação dos efeitos no controle de constitucionalidade difuso, tendo em vista que a lei nº 9.868/ 99 disciplina o procedimento aplicável no controle concentrado.

O ministro Gilmar Mendes do STF na Questão de ordem na Ação cautelar nº 189 entendeu ser aplicável, também, ao controle difuso o disposto no art. 27 da Lei 9868/99:

Embora a Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, tenha autorizado o Supremo Tribunal Federal a declarar a inconstitucionalidade com efeitos limitados, é lícito indagar sobre a admissibilidade do uso dessa técnica de decisão no âmbito do controle difuso. Ressalte-se que não se está a discutir a constitucionalidade do art. 27 da Lei n. 9.868, de 1999. Cuida-se aqui, tão-somente, de examinar a possibilidade de aplicação da orientação nele contida no controle incidental de constitucionalidade. [...] assinale-se que, antes do advento da Lei n.

⁵⁸ MODULAÇÃO dos efeitos temporais no controle de constitucionalidade difuso. In: **JurisWay**; 04 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4470>. Acesso em 25 mar. 2016.

9.868, de 1999, talvez fosse o STF, muito provavelmente, o único órgão importante de jurisdição constitucional a não fazer uso, de modo expresso, da limitação de efeitos na declaração de inconstitucionalidade. [...] No que interessa para a discussão da questão em apreço, ressalte-se que o modelo difuso não se mostra incompatível com a doutrina da limitação dos efeitos.⁵⁹

Portanto, não só a jurisprudência do STF, como grande parte da doutrina admitem a modulação de efeitos em sede de controle difuso.

Ana Paula Ávila faz interessante observação acerca do assunto:

Com efeito, firmou-se o entendimento de não ser possível a concessão de efeitos ex nunc no controle difuso nos seguintes precedentes: RE nº 430.421 AgR, relator Min. Cezar Peluso, DJ de 4 de fevereiro de 2005; AI nº 521.546 AgR/ED, relator Min. Sepúlveda Pertence, de 26 de abril de 2005 e AgR nº 478.398, relator Min. Eros Grau, de 22 de junho de 2005. São, no entanto, precedentes praticamente contemporâneos, que se citam uns aos outros como fundamento da decisão, mas, em qualquer deles, não consta a razão pela qual não se considera possível a aplicação do art. 27 no âmbito do controle difuso. Ou seja, embora nas ementas esteja afirmado que o art. 27 só tem aplicação no controle concentrado, no inteiro teor dos votos não se encontra qualquer passagem que justifique a afirmação. Isso se torna mais interessante se confrontado com a própria jurisprudência da Corte, anteriormente colacionada, que exemplificou a modulação dos efeitos pelo Supremo antes mesmo do advento da Lei 9.868 de 1999: todos aqueles casos apresentados perfazem hipótese de controle difuso de constitucionalidade.⁶⁰

Tratando do assunto Gilmar Mendes assim justifica:

A base constitucional dessa limitação – necessidade de um outro princípio que justifique a não aplicação do princípio da nulidade – parece sugerir que, se aplicável, a declaração de inconstitucionalidade restrita revela-se abrangente do modelo de controle de constitucionalidade como um todo. É que, nesses casos, tal como já argumentado, o afastamento do princípio da nulidade da lei assenta-se em fundamentos constitucionais e não em razões de conveniência. Se o sistema constitucional legitima a declaração de inconstitucionalidade restrita no controle abstrato, essa decisão poderá afetar, igualmente, os processos do modelo concreto ou incidental de normas. Do contrário, poder-se-ia ter inclusive um

⁵⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁶⁰ ÁVILA, Ana Paula. **A Modulação de Efeitos Temporais pelo STF no controle de Constitucionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 59-60.

esvaziamento ou uma perda de significado da própria declaração de inconstitucionalidade restrita ou limitada.

[...]

É razoável que o próprio STF declare, nesses casos, a inconstitucionalidade com eficácia ex nunc na ação direta, ressaltando, porém, os casos concretos já julgados ou, em determinadas situações, até mesmo os casos sub judice, até a data de ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade. Ressalte-se aqui que, além da ponderação central entre o princípio da nulidade e outro princípio constitucional, com a finalidade de definir a dimensão básica da limitação, deverá a Corte fazer outras ponderações, tendo em vista a repercussão da decisão tomada no processo de controle in abstracto nos diversos processos de controle concreto.⁶¹

Abaixo segue alguns julgados do STF que demonstram que o pretório Excelso vem adotando a modulação também no controle difuso:

Controle difuso de constitucionalidade – modificação do entendimento da Corte sobre o mérito – modulação dos efeitos – STF – possibilidade – para isso é preciso que 2/3 dos votos dos Ministros – aplicação subsidiária do art. 27 da Lei 9868/99 (RE 586453 – I 695).

[...]

RE – questão sobre a impossibilidade de creditamento do IPI – modulação dos efeitos da decisão – STF – possibilidade de modulação no caso do controle difuso (RE 353657 e 370682 – I 473).

[...]

Ainda sobre a aplicação da modulação dos efeitos da decisão:

Inconstitucionalidade da cobrança de taxa de matrícula por Universidade (SV 12) – embargos para atribuir efeito ex nunc e evitar a devolução dos valores cobrados – STF – possibilidade – “muito embora o recorrente não houvesse pleiteado a modulação dos efeitos da decisão quando da interposição do referido recurso extraordinário, quer nos autos, quer na sustentação oral, é necessário superar as dificuldades formais para o conhecimento dos embargos” – “além de a decisão ser revestida de vasta abrangência e excepcional interesse social, há uma relevante questão de ordem prática a ser solucionada, tendo em vista a possibilidade de as instituições de ensino serem obrigadas a ressarcir todos os estudantes que eventualmente pagaram as citadas taxas no passado” – porém, ressaltou “o direito de eventual ressarcimento aos que já houvessem ingressado, individualmente, com o respectivo pleito” (RE 500171 – I 619).⁶²

⁶¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1098-1099.

⁶² LA ROCCA, Márcio. Inf. 695: Modulação dos efeitos da decisão no Controle difuso de constitucionalidade. In: **PANDECTIVOS**, 17 de março de 2013. Disponível em: <<http://pandectivos.blogspot.com.br/2013/03/inf-695-modulacao-dos-efeitos-da.html>>. Acesso em: 25 mar. 2016.

Destarte, resta claro que o entendimento do STF é no sentido de que a modulação dos efeitos é aplicável tanto no controle concentrado, quanto no controle difuso.

3.5 POSSIBILIDADE DE MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DA DECISÃO

Como já mencionado anteriormente, a regra no ordenamento jurídico brasileiro é a de que a norma inconstitucional será considerada nula desde a sua criação, sendo a ideia de modulação uma exceção à teoria da nulidade absoluta dos atos declarados inconstitucionais.

No entanto, existem situações em que a declaração de nulidade de uma norma inconstitucional poderá trazer dano maior ao regramento jurídico do que o benefício almejado, vez que durante a vigência da lei considerada inconstitucional serão realizados negócios jurídicos baseados nesta, e o desfazimento destes acarretaria insegurança jurídica, bem como iria contra o excepcional interesse social.

A modulação dos efeitos da decisão que declara norma inconstitucional é um mecanismo que atenua os efeitos da teoria da nulidade do ato inconstitucional no intuito de salvaguardar, principalmente, os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança.

Esbarrando-se com casos concretos o excelso tribunal fica autorizado a afastar o princípio da nulidade da lei inconstitucional, mediante um juízo de valor entre este princípio e os princípios da segurança jurídica e excepcional interesse social, que são, igualmente, princípios constitucionais.

Quanto à ponderação de princípios, Gilmar Mendes⁶³ enfatiza que ela deve ser “severa” e deve ser feita conforme o princípio da proporcionalidade. Deve-se conferir principal atenção para a fase da análise da proporcionalidade em sentido estrito, na qual se procede a aferição dos ônus e benefícios da declaração de inconstitucionalidade com efeito retroativo, colocando em contraposição os interesses

⁶³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 570-571.

afetados pela lei inconstitucional aos que seriam sacrificados como consequência da declaração de inconstitucionalidade.

Gilmar Mendes⁶⁴ fixa quatro espécies de declaração de inconstitucionalidade que podem ser extraídas do artigo 27 da Lei nº 9868/99:

- Declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade/
Declaração de inconstitucionalidade com restrição de efeitos: Neste tipo de declaração, não se pronuncia a nulidade, “permitindo que se opere a suspensão da aplicação da lei e dos processos em curso até que o legislador, dentro do prazo razoável, venha a se manifestar sobre a situação inconstitucional
- Declaração de inconstitucionalidade *ex nunc*: Nessa modalidade, ocorre a declaração da nulidade do ato normativo apenas a partir do trânsito em julgado da decisão. Pode ocorrer, ou não, a repristinação da lei anterior.
- Declaração de nulidade dotada de efeito retroativo, com a preservação de determinadas situações: Esta espécie de declaração preserva situações singulares, enquanto as demais serão afetadas pela nulidade.
- Declaração de inconstitucionalidade com efeito pro futuro: Nessa espécie, declara-se a inconstitucionalidade com a suspensão dos efeitos da nulidade por um tempo a ser fixado no acórdão. Pode ocorrer com ou sem repristinação da lei anterior.

Chegamos, assim, ao final do estudo, abordando os principais aspectos concernentes à modulação dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade.

⁶⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 565.

CONCLUSÃO

À vista do exposto conclui-se que o controle de constitucionalidade tem por objetivo proteger a Constituição, na medida em que visa a retirar do ordenamento jurídico lei ou ato normativo a ela contrário, resguardando a harmonia do sistema, bem como os direitos fundamentais.

Embora a maioria da doutrina brasileira – inclusive o Supremo Tribunal Federal – determine a caracterização da teoria da nulidade ao se declarar a inconstitucionalidade, estabelecendo efeitos *ex tunc* às decisões em sede de controle concentrado, vem sendo admitida a chamada modulação de efeitos temporais das decisões em controle de constitucionalidade. Nesse sentido, em face de situações excepcionais, em que haja conflito entre os princípios da nulidade e da segurança jurídica e interesse social, mediante cuidadosa ponderação, declara-se prospectivamente a inconstitucionalidade da lei, evitando-se, assim, que a declaração de sua nulidade provoque efeitos mais danosos à ordem social do que a própria manutenção da inconstitucionalidade.

Mesmo tendo essa técnica sido prevista apenas para controle de constitucionalidade concentrado, o Supremo Tribunal Federal tem adotado a modulação de efeitos no controle difuso, com base nos mesmos fundamentos de excepcional interesse público e necessidade de se garantir a segurança jurídica.

Por meio deste estudo, verifica-se a necessidade de se modular os efeitos temporais das decisões do controle difuso de constitucionalidade, porém, ainda se questiona a aplicação das diretrizes previstas no artigo 27 da Lei 9.868/99 para âmbito difuso do controle constitucional, ou se seria mais adequado o uso do princípio da proporcionalidade, conforme as próprias exigências do caso concreto.

Todavia, em um ponto as diferentes correntes convergem: quanto à necessidade de se realizar a modulação de forma ponderada e apenas em casos excepcionais.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Ana Paula. **A Modulação de Efeitos Temporais pelo STF no controle de Constitucionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPEZ, Fernando. **Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2003.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade (Leis nº 9.868, de 10 de novembro e nº 9.982 de 3 de dezembro de 1999). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 220, p. 1-17, abr./jun. 2000.

LA ROCCA, Márcio. Inf. 695: Modulação dos efeitos da decisão no Controle difuso de constitucionalidade. In: **PANDECTIVOS**, 17 de março de 2013. Disponível em: <<http://pandectivos.blogspot.com.br/2013/03/inf-695-modulacao-dos-efeitos-da.html>>. Acesso em: 25 mar. 2016.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei 9.868, de 10-11-1999**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MODULAÇÃO dos efeitos temporais no controle de constitucionalidade difuso. In: **JurisWay**; 04 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4470>. Acesso em 25 mar. 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PAULO Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**. 2. ed. Niterói: Impetus, 2008.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Efeitos da decisão de inconstitucionalidade em Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, 2002.

SANCHES, L. A modulação dos efeitos das decisões no controle de constitucionalidade em matéria tributária. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 20, p. 122-163, jul./dez. 2012.

SANTOS, Evelyn Naiane Almeida, et al. O controle difuso de constitucionalidade no sistema jurídico brasileiro. In: **Webartigos**; 29 de janeiro de 2014. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/o-controle-difuso-de-constitucionalidade-no-sistema-juridico-brasileiro/118139/#ixzz44slT4wsk>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

SIMÃO, Calil. **Elementos do sistema do Controle de Constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 78.209/SP, Relator Min. Aliomar Baleeiro, 04 jun. 1974. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=173630>>. Acesso em: 06 jan. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 78.549/SP, Relator Min. Bilac Pinto, 07 jun. 1974. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=173630>>. Acesso em: 06 jan. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 79.682/SP, Relator Min. Aliomar Baleeiro, 04 jun. 1974. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=173630>>. Acesso em: 06 jan. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 78.533/SP, Relator Min. Firmino Paz, 03 Nov. 1981. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=173630>>. Acesso em: 06 jan. 2016.