A MODULAÇÃO DOS EFEITOS DAS DECISÕES NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA (*)

LILIANE SANCHES (**)

RESUMO: *No Brasil, o controle de constitucionalidade das leis é exercido pelo Poder Judiciário, tanto pela via difusa, à vista do caso concreto, como pela via abstrata, através de ação direta de inconstitucionalidade. Embora tenhamos adotado um 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. Entretanto, durante o período em que permanece válida, a norma declarada inconstitucional produz efeitos, regulando situações e regendo relações, cujo desfazimento pode ser problemático e envolver consequências por vezes ainda mais danosas do que a própria manutenção da situação que conflita com a ordem constitucional. A possibilidade de modulação dos efeitos das decisões proferidas em controle de constitucionalidade surge diante da necessidade de se preservar esses efeitos e já vinha sendo adotada pelo Supremo Tribunal Federal em situações excepcionais. Com a edição da Lei 9.868/99, mantendo-se a excepcionalidade da medida, houve a ampliação da 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. Em matéria tributária o assunto se torna especialmente complexo e delicado, diante da impossibilidade de restituição de valores recolhidos em função de norma que veio a ser declarada inconstitucional, sendo que o seu exame se reveste de particular interesse e utilidade, na medida em que permite visualizar os rumos e tendências da Corte Suprema nessa seara.*

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

INTRODUÇÃO

A modulação temporal dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do controle de constitucionalidade, não é novidade entre nós. O interesse acerca do tema tem crescido muito na comunidade jurídica, não somente porque o Supremo já fazia uso dessa técnica, em situações excepcionais, mas também diante do advento da Lei 9.868/99 que, disciplinando o procedimento das ações diretas de inconstitucionalidade e das ações declaratórias de constitucionalidade, dispôs em seu art. 27 que, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Na seara tributária o controle de constitucionalidade e, por conseguinte, a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade da norma tributária assume especial relevo, diante da impossibilidade de repetição de valores recolhidos em função da norma invalidada.

O presente estudo tem por objetivo exatamente a análise de decisões do Supremo Tribunal Federal, envolvendo a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de norma tributária. A jurisprudência da Corte Suprema no trato dessa matéria ainda é incipiente, interessando-nos examinar como vem sendo decididas as questões dessa natureza. A proposta reside em tentar, o quanto possível, identificar a tendência do Supremo Federal ao modular os efeitos dessas decisões, através da análise de seus fundamentos.

Para tanto, partindo de premissas básicas sobre inconstitucionalidade, do conceito e origem do controle de constitucionalidade, o tema é introduzido ao leitor, no primeiro capítulo, para conduzi-lo ao exame dos sistemas atuais de controle de constitucionalidade.

(*) Monografia de Conclusão do Curso de Especialização em Direito Constitucional Aplicado, Pós-Graduação *Latu Sensu*, da Escola Superior de Direito Constitucional, como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista, sob a orientação da Professora Elaine Parpinelli Moreno Vessoni.

(**) Especialista em Direito Constitucional pela Escola Superior de Direito Constitucional.

Na sequência, trataremos do controle de constitucionalidade brasileiro, trazendo o seu arcabouço histórico, desde a sua introdução, na Constituição de 1891, até a carta atual, bem como a Lei nº 9.868/99, que disciplinou o procedimento das ações diretas de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade, e a Lei 9.882/99, que cuidou da ação de descumprimento de preceito fundamental.

No segundo capítulo, 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 terceiro capítulo fixaremos o nosso estudo no art. 27 da Lei 9.868/99, 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.

O quarto capítulo dedica-se ao estudo da modulação em matéria tributária, onde serão tratados os temas relativos à ponderação, bem como os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, segurança jurídica e proteção da boa-fé, porquanto essas noções é que nortearão a análise das decisões judiciais.

O quinto e último capítulo traz as principais decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em que houve a aplicação da modulação dos efeitos da decisão ou o seu afastamento, fazendo a abordagem dos fundamentos que serviram para afastar ou aplicar a modulação apresentando-se, na sequência, as conclusões deste trabalho.

Como adiantamos, a jurisprudência ainda é tímida nessa seara. Buscamos, através deste estudo, deixar alguma contribuição que possa indicar, ainda que de maneira tênue, os rumos da nossa Corte Suprema no julgamento dessas questões, a servir de estímulo à sua continuidade e aprofundamento.

1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

1.1 NOÇÕES SOBRE INCONSTITUCIONALIDADE

Para uma correta acepção do tema que se pretende enfrentar neste capítulo inicial, é preciso, num primeiro momento, definir-se o que é inconstitucionalidade.

Nas palavras de Oswaldo Luiz Palu:

> A inconstitucionalidade é a incorreção da norma com o parâmetro superior positivo, quer sob o aspecto da *incorreção formal* (ou seja, do processo legislativo, órgão emissor competente), quer sob o aspecto da *incorreção material* (conteúdo substancialmente incompatível com a Constituição) (2001, p. 69).

Calcado no princípio da supremacia constitucional, José Afonso da Silva ensina que o fundamento da inconstitucionalidade reside na compatibilidade vertical do ordenamento jurídico de um país, "no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior, que é a constituição" (1994, p. 48).

Já André Dias Fernandes sustenta que a inconstitucionalidade é "uma *relação de incompatibilidade* com uma Constituição eleita como parâmetro de confronto" (2009, p. 23). Prossegue, citando Jorge Miranda (2009, p. 24):

> Constitucionalidade e inconstitucionalidade designam *conceitos de relação*: a *relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – um comportamento* – que lhe está ou não conforme, que cabe ou não cabe em seu sentido, que tem nela ou não a sua base. (...) De modo pré-sugerido, resultam do confronto *de uma norma ou de um acto* com a Constituição, correspondem a atributos que tal comportamento recebe em face de cada norma constitucional.

Regina Maria Macedo Neri Ferrari a define 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 (2004, 5ª ed., p. 72-73).

Para Clèmerson Merlin Clève:

> "... a inconstitucionalidade (situação ou estado decorrente de um ou vários vícios) pode ser conceituada como a desconformidade do ato normativo (inconstitucionalidade material) ou do seu processo de elaboração (inconstitucionalidade formal) com algum preceito ou princípio constitucional (2000, p. 36)

Munidos dessas noções preliminares é possível compreender o que vem a ser o controle de constitucionalidade.

1.2 CONCEITO

> Define-se o controle da constitucionalidade dos atos normativos como o ato de submeter-se à verificação de compatibilidade normas de um determinado ordenamento jurídico, inclusive advindas do Poder Constituinte derivado, com os comandos do parâmetro constitucional em vigor, formal e materialmente (forma, procedimento e conteúdo), retirando do sistema jurídico (nulificando ou anulando) aquelas que com ele forem incompatíveis (PALU, 2001, p. 65).

O controle de constitucionalidade surge da necessidade de adequação dos atos normativos à Constituição. Decorre da exigência de garantia do respeito a uma lei superior, a um comando maior.

Tem ligação intrínseca com a supremacia que a Constituição exerce sobre todo o ordenamento jurídico inferior, posto que as normas jurídicas situam-se em planos diferentes, escalonadamente, devendo as inferiores buscar o seu fundamento de validade nas que lhe são superiores. Dentro dessa conformação que a doutrina denominou "pirâmide jurídica", a norma constitucional situa-se no topo e, com isso, as subordinadas devem com ela estabelecer uma relação harmônica, sob pena de perderem a sua validade dentro do ordenamento jurídico (CARRAZZA, 2011, p. 35).

Justamente em função desse valor maior, hierarquicamente superior que é reconhecido à Constituição, ela se torna o lastro de todo os demais atos normativos. É na Constituição que todo o ordenamento jurídico deve encontrar o seu fundamento, a sua regra matriz.

Ensina Paulo Bonavides (2001, p. 267) que "a consequência dessa hierarquia é o reconhecimento da 'superlegalidade constitucional', que faz da Constituição a lei das leis, a *lex legum*, ou seja, a mais alta expressão jurídica da soberania".

É da supremacia formal e material da Constituição que advém a obrigação imposta a todos, Estado e particulares, de cumprir a Constituição. Então, "surge o controle de constitucionalidade como *meio de garantir eficazmente* a supremacia formal e material da Constituição" (FERNANDES, 2009, p. 43).

> Da conjugação destas duas dimensões – superlegalidade material e superlegalidade formal da constituição – deriva o **princípio fundamental da constitucionalidade dos actos normativos**: os actos normativos só estarão conformes com a constituição quando não violem o sistema formal, constitucionalmente estabelecido, da produção desses actos, e quando não contrariem, positiva ou negativamente, os parâmetros materiais plasmados nas regras ou princípios constitucionais (CANOTILHO, 7ª ed., 2003, p. 890).

A declaração de inconstitucionalidade de uma norma, então, 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.

1.3 ORIGEM

O controle de constitucionalidade tem suas raízes 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.

Entretanto, afirma Cappelletti, muito antes dessa decisão Coke já defendia a ideia de que somente aos juízes é que incumbia o poder de afirmar a supremacia da *common law* (lei fundamental) sobre a autoridade do Parlamento.[1]

Essa doutrina, que por algum tempo prevaleceu na Inglaterra e nas colônias inglesas da América, foi definitivamente abandonada após a revolução de 1688, quando então foi proclamada a doutrina da supremacia do Parlamento. Grande parte das colônias foi regida por "cartas", que a par de regularem a sua estrutura jurídica, dispunham expressamente que as Colônias podiam aprovar as próprias leis, "mas sob a condição de que estas leis fossem 'razoáveis' e, como quer que seja, 'não contrárias às leis do Reino da Inglaterra' e, por conseguinte, evidentemente, não contrárias à vontade suprema do Parlamento inglês" (CAPELETTI, 1999, 2ª ed., p. 61).

Com a proclamação da independência, em 1776, as antigas "cartas" foram substituídas por novas Constituições, que foram recebidas como Leis Fundamentais dos novos Estados independentes. E, se sob o domínio da Inglaterra, decisões proferidas pelos juízes tinham sido no sentido da nulidade e não aplicabilidade de leis opostas às "cartas" coloniais e às "leis do Reino", não se justificava, e agora com muito mais razão, aplicar o mesmo raciocínio àquelas contrárias às novas Constituições proclamadas pelos Estados independentes. Dentre os primeiros precedentes conhecidos nesse sentido, estão o caso Holmes contra Walton (1780, New Jersey) e o caso Commonwealth contra Caton (1782, Virgínia) (CAPELETTI, 1999, 2ª ed., p. 62-63).

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

> É de todo evidente – diz-se com precisão naquela sentença – que ou a Constituição prepondera sobre os atos legislativos que com ela contrastam ou o poder legislativo pode mudar a Constituição através de lei ordinária. Não há meio termo entre estas duas alternativas. Ou a Constituição é uma lei fundamental, superior e não mutável pelos meios ordinários, ou ela é colocada no mesmo nível dos atos legislativos ordinários e, como estes, pode ser alterada ao gosto do poder legislativo. Se é correta a primeira alternativa, então é preciso concluir que um ato legislativo contrário à Constituição não é lei; se é correta, ao contrário, a segunda alternativa, então quer dizer que as Constituições escritas outra coisa não são que absurdas tentativa de limitar um poder que é, por sua natureza, ilimitável.
>
> A opção do Chief Justice Marshall, com a proclamação da supremacia da Constituição sobre as outras leis e com o consequente poder dos juízes de não aplicar as leis inconstitucionais, certamente representou então, repito, uma grande e importante inovação. E se é verdadeiro que hoje quase todas as Constituições modernas do mundo "ocidental" tendem, já, a afirmar o seu caráter de Constituições rígidas e não mais flexíveis, é também verdadeiro, no entanto, que esse movimento, de importância fundamental e alcance universal, foi efetivamente, iniciado pela Constituição norte-americana de 1787 e pela corajosa jurisprudência que a aplicou (CAPELETTI, 1999, 2ª ed., p. 47-48).

Restou consolidado, a partir desse precedente, o controle jurisdicional de constitucionalidade, o *judicial review*, desenvolvendo-se, com base nessa construção doutrinária, os dois principais sistemas de controle judicial de constitucionalidade dos nossos dias atuais: inicialmente, o que se denominou de modelo norte-americano, também chamado de sistema de controle difuso da constitucionalidade e um pouco mais tarde, com a Constituição Austríaca de 1920, o que veio a constituir modelo europeu, também denominado de sistema de controle concentrado.

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

[1] Na Inglaterra, no século XVII, vigia de há muito a tradição, defendida por Sir Edward Coke (falecido em 1934), "de que a lei não fosse criada, mas somente afirmada ou declarada, pela vontade do Soberano. A *common law,*em síntese, lei fundamental e prevalente em relação à *statutory law*, podia, porém, ser *completada* pelo legislador, mas não, ser por ele *violada*: pelo que, o direito era, em grande parte, subtraído às intervenções do legislador. Sobre a base desta tradição se fundou, exatamente, a doutrina de Edward Coke sobre a autoridade do juiz como árbitro entre o Rei e a nação, doutrina por ele precisada especialmente na ocasião de sua luta contra James I Stuart. Contra o Rei, que afirmava ser dotado de inteligência como os juízes, seus delegados, e pretendia, consequentemente, poder exercitar pessoalmente o poder judiciário, Coke respondia que tão-só os juízes podiam exercitar aquele poder, sendo instruídos na difícil Ciência do Direito (...) E contra o Parlamento, ele afirmava, por outro lado, 'a tradicional supremacia da *common law* sobre a autoridade do Parlamento'" (CAPELETTI, 1999, 2ª ed., p. 58-59).

1.4 ESPÉCIES DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Numa concepção histórica, identificam-se três grandes modelos clássicos de controle de constitucionalidade, quando considerados os diversos sistemas jurídicos adotados pelos variados ordenamentos para a garantia da Constituição (MORAES, 2001, 10ª ed.).

Assim, temos o modelo norte-americano ou de controle difuso e o modelo austríaco (também denominado modelo europeu) ou de controle concentrado. Esses dois sistemas cuidam do controle jurisdicional, ou seja, exercido através do poder judiciário. Ao primeiro, é reconhecido a todos os órgãos integrantes do Poder Judiciário o exercício do controle de constitucionalidade e no segundo, apenas uma Corte Especial ou órgão específico do Poder Judiciário está autorizada a efetuar o controle de constitucionalidade.

O que a doutrina classifica como um terceiro modelo é o modelo francês, baseado no controle exclusivamente político de constitucionalidade, em que o órgão que a exerce é distinto dos demais poderes.

Além da classificação histórica, é possível classificar o controle de constitucionalidade a partir de vários aspectos. Em relação ao órgão controlador, pode ser *político*, quando exercido por órgão distinto dos demais poderes do Estado; *judicial*, quando exercido através de órgãos integrantes do Poder Judiciário ou *misto*, se o controle pode ser exercido através de ambos. Se considerado o momento em relação ao momento de realização, pode ser *repressivo* ou *preventivo*, se o que se busca é retirar do ordenamento jurídico norma tida por inconstitucional ou, no segundo caso, impedi-la de nele ingressar (MORAES, 2001, 10ª ed.).

Quanto ao modo de exercício, pode ocorrer *por via de exceção* ou *incidental*, quando ocorre num caso concreto, num processo judicial onde a questão constitucional é apreciada como prejudicial ou antecedente ao mérito da demanda, mas não como causa principal; *por via de ação direta de inconstitucionalidade*, quando promovida a ação para com a finalidade precípua de declarar a inconstitucionalidade do ato normativo.

1.4.1 SISTEMA AMERICANO OU DE CONTROLE DIFUSO

Concebido a partir da interpretação da Constituição americana de 1727, no sistema americano, também denominado de sistema difuso ou de controle difuso, todos os órgãos do poder judiciário podem apreciar e decidir questões que envolvam a aplicação ou não de uma lei em face da Constituição. É controle que se exerce em caráter incidental, por via de exceção, em face de um caso concreto, diante da relevância da controvérsia para a solução da lide. A decisão possui eficácia retroativa, mas somente entre as partes envolvidas no processo (CAPELETTI, 1999, 2ª ed.).

Pelo princípio do *stare decisis*, quando as decisões são proferidas pela Suprema Corte americana, confere-se verdadeiro efeito *erga omnes* à decisão, pois passa a ter efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário.[2]

[2] ... o fundamental princípio do *stare decisis*, por força do qual "a decision by the highest court in any jurisdiction is binding on all lower courts in the same jurisdiction". O resultado final do princípio do vínculo aos precedentes é que, embora também nas Cortes (estaduais e federais) norte-americanas possam surgir divergências quanto à constitucionalidade de uma determinada lei, através do sistema de impugnações a questão de constitucionalidade poderá acabar, porém, por ser decidida pelos órgãos judiciários superiores e, em particular, pela *Supreme Court* cuja decisão será, daquele momento em diante, vinculatória para todos os órgãos judiciários. Em outras palavras, o princípio do *stare decisis* opera de modo tal que o julgamento de inconstitucionalidade da lei acaba, indiretamente, por assumir uma verdadeira eficácia *erga omnes* e não se limita então a trazer consigo o puro e simples efeito da *não aplicação* da lei a um caso concreto com possibilidade, no entanto, de que em outros casos a lei seja, ao invés, de novo aplicada. Uma vez não aplicada pela *Supreme Court* por inconstitucionalidade, uma lei americana, embora permanecendo "on the books", é tornada "a dead law", uma lei morta... (CAPELETTI, 1999, 2ª ed., p. 80-81).

1.4.2 SISTEMA EUROPEU OU CONTROLE CONCENTRADO

Em contraposição à esse sistema e diretamente influenciado por Kelsen, em 1920 (posteriormente alterada em 1929) surge com a Constituição austríaca o que denominou-se sistema concentrado de controle de constitucionalidade.

Grande parte dos países da Comunidade Europeia era resistente, pelas mais variadas razões, a conferir ao poder judiciário o poder de efetuar o controle de constitucionalidade dos atos normativos. Então, o sistema pensado por Kelsen, como resposta ao temor de um "governo de juízes", outorga a um Tribunal Constitucional o poder de declarar a compatibilidade ou não da norma com a Constituição, totalmente desvinculado do caso concreto (PALU, 2001). É controle exercido por meio de ação direta, altamente abstrato, mediante provocação de determinados órgãos políticos ou judiciais previamente legitimados.[3]

A decisão do Tribunal produz efeitos *erga omnes* e *ex nunc*.

Nas palavras de Oswaldo Luiz Palu:

> Separando o julgamento da lide ou da ação e atribuindo-o somente às vias ordinárias, caso surgisse a questão constitucional, os autos seriam remetidos ao Tribunal Constitucional, que somente decidiria a questão constitucional, devolvendo-os, após, à instância *a quo* para aplicar a lei ao caso concreto, agora conforme a orientação do Tribunal Constitucional. Pretendeu o sistema dar um alto grau de abstração à atuação do Tribunal Constitucional, juízo de mera compatibilidade lógica entre a lei e a Constituição, evitando que, conhecendo e decidindo também o caso concreto, adentrasse o Tribunal Constitucional a valorações e paixões inseparáveis da decisão concreta, e que tais valorações e paixões pudessem levar o Tribunal a juízos de oportunidade e conveniência, estes pertencentes ao Parlamento, quando legisla. O Tribunal Constitucional não examinaria, pois, a *injustiça* da lei, mas somente sua *validade*, através de uma lógica racional, desvinculada da necessidade de decidir casos concretos. (PALU, 2001, p. 92).

1.5 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

O direito brasileiro adotou um sistema misto de controle, que incorporou os dois principais sistemas de controle de constitucionalidade: o sistema americano e o sistema europeu. Temos, então, o controle exercido tanto por via de exceção como através de ação direta de inconstitucionalidade.

O estudo da evolução histórica do controle de constitucionalidade no Brasil nos permite compreender como se deu a incorporação desses dois sistemas.

1.5.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O controle de constitucionalidade no Brasil foi introduzido na Constituição de 1891, que sofreu forte influência do sistema norte-americano, adotando o critério de controle difuso por via de exceção, sistema que permaneceu em todas as Constituições posteriores. Entretanto, gradativamente foram introduzidos novos elementos, até chegarmos ao modelo hoje utilizado, denominado sistema misto, que combina tanto o critério difuso como o sistema concentrado de controle da constitucionalidade.

[3] De fato, essa Constituição não só criou uma especial Corte Constitucional – o *Verfassungsgerichtshof* – na qual "concentrou" a competência exclusiva para decidir as questões de constitucionalidade, mas, além disso, a Constituição austríaca confiou a essa Corte um poder de controle que, para ser exercido, necessitava de *um pedido especial* ("Antrag"), isto é, *do exercício de uma ação especial* por parte de alguns órgãos políticos. (...) Esta importante lei de reforma Constitucional de 1929 mudou o art. 140 da Constituição austríaca para acrescentar, à legitimação dos órgãos políticos, também a legitimação de dois órgãos judiciários ordinários, isto é, para conferir legitimação para instaurar perante a Corte Constitucional o processo de controle das leis, além do Governo Federal e de aos Governos dos *Länder*, também ao *Oberster Gerichtshof* (ou seja, à Corte Suprema para as causa civis e penais) e ao *Verwaltungsgerichtshof* (ou seja, à Corte Suprema para as causa administrativas) (CAPELETTI, 1999, 2ª ed., p. 104-106).

Antes disso, a Constituição Imperial de 1824 nenhuma menção fazia a qualquer sistema ou meio de controle de constitucionalidade[4]. Conforme anota Paulo Bonavides, "a pálida inspeção de constitucionalidade prevista no art. 173 da Carta outorgada guardava ainda feição política: à Assembléia Geral, no princípio de suas sessões, caberia examinar se a Constituição havia sido "exatamente observada para prover como for justo" (2001, p. 295).

Como mencionado, sob forte influência do constitucionalismo norte americano, personalidades marcantes como a de Rui Barbosa foram responsáveis pela consolidação do sistema difuso de controle de constitucionalidade, na Carta de 1891, inicialmente introduzido na chamada Constituição Provisória de 1890 (art. 58, § 1º, *a* e *b*). Nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes:

> A Constituição de 1891 incorporou essas disposições, reconhecendo a competência do Supremo Tribunal Federal para rever as sentenças das Justiças dos Estados, em última instância quando se questionasse a validade ou a aplicação de tratados e leis federais e a decisão do Tribunal fosse contra ela, ou quando se contestasse a validade de leis ou atos federais, em face da Constituição ou das leis federais, e a decisão do Tribunal considerasse válidos esses atos ou leis impugnadas (art. 59, §1º, *a* e *b*) (MARTINS & MENDES, 2009, p. 45).

Pouco tempo depois, com a organização da Justiça Federal, através da Lei 221, de 20 de novembro de 1894, apontada por muitos constitucionalistas como de grande importância para a concretização do sistema de controle de constitucionalidade, houve a previsão expressa da não aplicação de leis manifestamente inconstitucionais aos casos concretos.[5]

Com o advento da Constituição de 1934 houve o aperfeiçoamento do modelo de controle de constitucionalidade então vigente, com a introdução de algumas inovações nessa área.

A primeira delas foi a instituição da maioria absoluta de votos para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público, pelos tribunais, estabelecida no art. 179, que tinha a seguinte redação: "Só por maioria absoluta de votos da totalidade de seus juízes poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público". Para Gilmar Ferreira Mendes, "evitava-se a insegurança jurídica decorrente das contínuas flutuações de entendimento nos tribunais" (2009, p. 47). Esse dispositivo consagrou-se tradição em nosso direito constitucional, sendo repetido desde então nas demais Cartas Constitucionais.

Também sob influência da jurisprudência norte-americana, a Constituição de 1934 inovou em relação à competência da Suprema Corte, ao dispor, em seu art. 68 que: "É vedado ao Poder Judiciário conhecer das questões exclusivamente políticas" (PALU, 2001).

Foi também na Constituição de 1934 que outro instituto que ainda permanece em nosso ordenamento jurídico foi introduzido: a competência atribuída ao Senado Federal para "suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário" (art. 91, IV). Este dispositivo era complementado pelo art. 96, que dizia: "Quando a Corte Suprema declarar inconstitucional qualquer dispositivo de lei ou ato governamental, o Procurador-Geral da República comunicará a

---

[4] Em nosso país, iniciado o período independente (7 de setembro de 1822) e promulgada (na realidade *oferecida e jurada por Sua Majestade o Imperador* a 25 de março de 1824), a primeira Constituição, chamada "Constituição Política do Império do Brasil", não havia controle *judicial* de constitucionalidade das leis ou atos normativos, mas não se pode deixar de dizer que *havia* um controle de constitucionalidade, não com essa designação, *político*, previsto no Título 4º ("Do Poder Legislativo"), Capítulo I ("Dos Ramos do Poder Legislativo, e suas Atribuições"), art. 15, inc. IX, a quem competia "*Velar na guarda da Constituição, e promover o bem geral da Nação*" além de fazer leis, interpretá-las e revogá-las". Evidentemente que a influência das idéias francesas, o *jacobinisno parlamentar*, e inglesas sobre a supremacia do parlamento impediu que fosse outorgado ao Poder Judiciário o controle da constitucionalidade das leis: "... é de recordar-se, os homens públicos do Império ao elaborarem a Carta de 1824 sofreram influência dos doutrinadores políticos da Inglaterra e França, e os juízes de então, pouco afeitos ao Direito Constitucional dos EUA. Por isso, não obstante de há muito nesse país o Judiciário exercesse o controle de constitucionalidade dos atos dos outros poderes, no Brasil se ignorava essa prerrogativa" (PALU, 2001, p. 120).

[5] É do seguinte teor o art. 13, § 10 da Lei 221, de 20 de novembro de 1894: "Os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis e a Constituição." Buzaid encareceu a importância dessa disposição do legislador, segundo ele, uma "síntese feliz" que em matéria de constitucionalidade "traduz o rigor dos princípios, marca o passo definitivo na evolução do Direito brasileiro" ou assinala, em suma, "entre nós a doutrina da supremacia do Judiciário". Veja-se Alfredo Buzaid, "Da Ação Direta de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro", in *Revista Forense*, vol. 179, setembro-outubro de 1958, p. 18. (BONAVIDES, 2001, p. 295).

decisão ao Senado Federal, para os fins do art. 91, IV, e bem assim à autoridade legislativa ou executiva de que tenha emanado a lei ou ato".

Como menciona Gilmar Ferreira Mendes, emprestava-se efeito *erga omnes* à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal. E prossegue:

> A fórmula inovadora buscava resolver o problema relativo à falta de eficácia geral das decisões tomadas pelo Supremo em sede de controle de constitucionalidade. É possível, porém, que inspirado no direito comparado, tenha o constituinte conferido ao Senado um poder excessivo, que acabaria por convolar solução em problema, com a cisão das competências entre o Supremo Tribunal e o Senado. É certo, por outro lado, que, coerente com o espírito da época, a intervenção do Senado limitava-se à declaração de inconstitucionalidade, não se conferindo eficácia ampliada à declaração de inconstitucionalidade (MARTINS & MENDES, 2009, p. 47-48).

Mas não foi só. A Constituição de 1934 também avançou ao criar a chamada "representação interventiva". Dispunha o art. 12: "A União não intervirá em negócios peculiares aos Estados, salvo: (...) V – para assegurar a observância dos princípios constitucionais especificados nas letras *a* a *h* do art. 7º, n. I, e a execução das leis federais; (...) § 2º Ocorrendo o primeiro caso no n. V, a intervenção só se efetuará depois que a Corte Suprema, mediante provocação do Procurador-Geral da República, tomar conhecimento da lei que a tenha decretado e lhe declarar a constitucionalidade". Anota Oswaldo Luiz Palu que "o que o Procurador-Geral submetia ao Supremo Tribunal, pelo artigo invocado, para a declaração de constitucionalidade era a lei que decretara a intervenção, e não o ato em si inconstitucional, o que somente viria mais tarde" (2001, p. 123).

Paulo Bonavides menciona ainda, como inovação da Constituição de 1934, a instituição do mandado de segurança "para defesa de direito certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade" (2001, p. 296).

Mas essa Constituição moderna, ousada e que introduziu avanços em relação ao *judicial review* na nossa legislação não durou muito. Com a Constituição de 1937 houve um verdadeiro retrocesso em relação ao controle de constitucionalidade, em virtude das restrições estabelecidas ao controle judicial de constitucionalidade. A par de manter a proibição do Poder Judiciário de decidir questões exclusivamente políticas, extinguiu a Justiça Federal, alterou o controle difuso de constitucionalidade e não fez menção acerca da competência do Senado para a suspensão de leis declaradas inconstitucionais pelo Poder Judiciário (PALU, 2001).

Com efeito, afirma a doutrina:

> Com a Carta de 1937 houve um eclipse na evolução do nosso sistema de controle de constitucionalidade. A Constituição do Estado-Novo, autoritária e outorgada, inferiorizou a decisão dos tribunais sobre declaração de inconstitucionalidade ao sujeitar a matéria a reexame pelo Parlamento. Tal ocorria quando o Presidente da República julgasse a lei "necessária ao bem estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta".
>
> Por dois terços de votos de cada uma das Câmaras, o órgão legislativo poderia invalidar a decisão judiciária, fazendo assim eficaz a lei inconstitucional.
>
> A via de ação, ainda a esboçar-se em contornos pouco nítidos, já não constituía na hipótese um instrumento de controle judiciário, abandonando, por conseguinte, as linhas que pareciam dantes caracterizar o desdobramento do nosso sistema de verificação de constitucionalidade – sua feição eminentemente judiciária – para se converter numa técnica de controle político, como aliás é da essência da via de ação. Mas controle político unicamente em proveito do Executivo, conforme decorria do art. 96 daquela Carta, e não da ordem constitucional, como ocorre nas formas legítimas e normais em que ele costuma se institucionalizar por via de ação (BONAVIDES, 2001, p. 297).

Com a Constituição de 1946 houve o restabelecimento do sistema de controle judicial de constitucionalidade no Brasil. Com algumas modificações, foi mantido o controle difuso (inspirado no modelo norte-americano), bem como a exigência da maioria absoluta dos membros do Tribunal para a declaração de inconstitucionalidade por órgãos judiciários colegiados (art. 200) (PALU, 2001). Disciplinou, além da competência para o julgamento dos recursos ordinários (art. 101, II, *a*, *b* e *c*), a apreciação dos recursos extraordinários, nas seguintes situações: "a) quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal; b) quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada; e c) quando se contestar a validade de lei ou ato de governo local em face desta Constituição ou de lei federal, e a decisão recorrida julgar válida a lei ou ato." Também foi mantida a atribuição conferida ao Senado Federal, para a suspensão da execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (art. 64) (MARTINS & MENDES, 2009).

A representação interventiva, introduzida pela Carta de 1934, na Constituição de 1946 ganhou novos contornos, porque conferiu ao Supremo Tribunal a apreciação não mais a lei interventiva, mas "... no caso do n. VII[6], o ato arguido de inconstitucionalidade será submetido pelo Procurador-Geral da República ao exame do Supremo Tribunal Federal, e, se este a declarar, será decretada a intervenção". Era o próprio ato tido por inconstitucional submetido à apreciação, subordinando-se a intervenção federal à prévia declaração de inconstitucionalidade pela Corte Suprema (PALU, 2001).

Com a Emenda Constitucional 16, de 26 de novembro de 1965, foi introduzido o controle abstrato de normas estaduais e federais, mediante representação do Procurador-Geral da República, nos moldes da representação interventiva, bem como permitiu a criação, pelos legisladores estaduais, de "processo de competência originária do Tribunal de Justiça para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato do Município em conflito com a Constituição do Estado" (art. 124, XIII).

Assim, nas palavras de Regina Maria Macedo Nery Ferrari:

> Estava inaugurada, entre nós, a via de ação direta para declarar a inconstitucionalidade da lei em tese, referentemente ao exame da constitucionalidade das leis federais e estaduais, não distinguindo entre leis de direito privado ou de direito público, desvinculando-a de uma finalidade determinada, como dispunha o art. 8º. (2004, 5ª ed., p. 99).

A Constituição de 1967/69 não trouxe alterações significativas em relação ao controle jurisdicional de constitucionalidade. As disposições da Constituição de 1946, bem como as alterações introduzidas pela Emenda 16/65 foram mantidas, exceto pela supressão do dispositivo que permitia a criação do processo de competência originária dos Tribunais de Justiça dos Estados, para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato municipal em face da Constituição Estadual. Essa previsão veio mais tarde, com a Emenda n. 1, de 1969, permitindo o controle de constitucionalidade de lei municipal diante da Constituição dos Estados, com a finalidade de se decretar a intervenção no município (art. 15, § 3º, d) (MARTINS & MENDES, 2009).

Através da Emenda Constitucional 7, de 1977, foram acrescentadas à competência do Supremo Tribunal Federal, a de processar a julgar originariamente a representação do Procurador-Geral da República para interpretação de lei ou ato normativo estadual ou federal, bem como deferir pedido de medida cautelar nas representações oferecidas pelo Procurador-Geral da República.

1.5.2. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A atual Constituição, promulgada em 05 de outubro de 1988, com o intuito de aprimorar o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, e assim torná-lo mais efetivo, manteve a tradição no que diz respeito à adoção dos dois sistemas: previu o controle difuso (art. 102, III, *a*, *b*, e *c*), a ação direta de inconstitucionalidade interventiva (art. 34, VII) e o controle concentrado ou direto (art. 102, I, *a*).

A par disso, inovou ao prever a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º) e a argüição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, §1º, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 17.03.1993). Com a Emenda Constitucional nº 3, foi introduzida a ação declaratória de constitucionalidade, que possui efeito vinculante e eficácia *erga omnes* (art. 102, §2º e 103, §4º).

Essas ações tiveram os seus procedimentos disciplinados pelas Leis 9.868/99 (Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade) e Lei 9.882/99 (Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental).

Regina Maria Macedo Neri Ferrari ainda menciona como de significativa importância a "possibilidade de os Estados-membros da Federação brasileira instituírem a declaração de inconstitucionalidade em tese, mediante representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição para agir a um único órgão (art. 125)" (2004, 5ª ed., p. 102).

[6] Art. 7º O Governo Federal não intervirá nos Estados, salvo para: (...) VII – assegurar a observância dos seguintes princípios: a) forma republicana representativa; b) independência e harmonia entre os poderes; c) temporariedade das funções eletivas, limitada a duração destas à das federais correspondentes; d) proibição da reeleição de governadores e prefeitos para o período imediato; e) autonomia municipal; f) prestação de contas da administração; g) garantias do Poder Judiciário."

Sobre o panorama que se descortinou, com a atual Constituição, no que se refere ao controle de constitucionalidade, Gilmar Ferreira Mendes assim se manifestou:

> A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso, ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para propositura de ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103), permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal, mediante processo de controle abstrato de normas.

E prossegue:

> Portanto, parece quase intuitivo que, ao ampliar de forma significativa, o círculo de entes e órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal, no controle abstrato de normas, acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade.
> Assim, se se cogitava, no período anterior a 1988, de um *modelo misto* de controle de constitucionalidade, é certo que o forte acento residia, ainda, no amplo e dominante sistema difuso de controle. O controle direto continuava a ser algo acidental e episódico dentro do sistema difuso.
> A Constituição de 1988 alterou, de maneira radical, essa situação, conferindo ênfase não mais ao sistema *difuso* ou *incidente*, mas ao modelo *concentrado*, uma vez que as questões constitucionais passam a ser veiculadas, fundamentalmente, mediante ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (MARTINS & MENDES, 2009, p. 86-87).

Com essas noções encerramos este capítulo inicial, podendo avançar em nosso estudo, para o exame dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

2 EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NO CONTROLE CONCENTRADO

A decisão que declara a inconstitucionalidade de uma norma reconhece que ela foi produzida sem a observância da ordem jurídica, seja em relação ao processo de produção da norma (inconstitucionalidade formal) ou em relação ao seu conteúdo (inconstitucionalidade material).

Nas palavras de Regina Maria Macedo Nery Ferrari, "a anulação nada mais é do que uma sanção, aplicável toda vez que seja constatada, pelo órgão competente, a desconformidade do ato normativo com a ordem legal existente" (FERRARI, 2004, 5ª ed., p. 149).

E essa norma, declarada inválida, porque contrária à Constituição, a princípio não deveria gerar efeitos no mundo jurídico. Esse foi o pensamento construído a partir da doutrina norte-americana, segundo a qual "the inconstitucional statute is not law at all" (WILLOUGHBY, 1910, vol. 1, p. 9-10). Essa corrente doutrinária tinha o ato inconstitucional como inexistente e, portanto, não apto à produção de efeitos jurídicos. A decisão, então, opera efeitos *ex tunc.*

No modelo austríaco, a lei inconstitucional somente deixa de produzir os seus efeitos após a declaração de inconstitucionalidade, ou seja, os seus efeitos operam-se *ex nunc*. Gilmar Ferreira Mendes menciona que o Tribunal Constitucional, em 1932, já entendia que "uma lei contrária à Constituição não é inválida, ou melhor, não é absolutamente nula, mas sim um ato inconstitucional, que preserva a força jurídica até a sua cassação" (MARTINS & MENDES, 2009, p. 499). Considera-se, então, a decisão anulável e não nula, como na doutrina norte-americana.

Assim nasceram as duas principais teorias acerca da natureza do ato inconstitucional, se nulo ou anulável, bem como do destino dos efeitos por ele produzidos, no mundo jurídico, ou seja, a sua manutenção ou a sua eliminação.

2.1 A TEORIA DA NULIDADE DO ATO INCONSTITUCIONAL

A teoria da nulidade do ato inconstitucional, como já mencionado, foi construída a partir da doutrina norte-americana, que defendia a ideia de que a lei inconstitucional não é lei ("the inconstitucional statute is not law at all"), e que muito influenciou o controle de constitucionalidade no Brasil. Muitos constitucionalistas nacionais, afinados com o pensamento de Rui Barbosa, grande entusiasta e defensor do sistema norte-americano de controle de constitucionalidade, acataram a teoria da nulidade do ato inconstitucional, dogma que se firmou entre nós, "conferindo-se à declaração de inconstitucionalidade eficácia *ex tunc* e impondo o desfazimento no tempo de todos os atos passíveis de retroação que tivessem ocorrido durante a vigência do ato inconstitucional" (ÁVILA, 2009, p. 38).

Como já observado, essa corrente tem o ato inconstitucional por inexistente, desconsiderando eventuais efeitos por ele produzidos, já que a norma não possui aptidão para a produção de efeitos. Conforme menciona Paulo Roberto Lyrio Pimenta:

> Nesse modelo, por força da atividade desenvolvida pela Suprema Corte, a lei inconstitucional é tida por absolutamente nula e ineficaz. Assim sendo, é meramente declaratória a decisão que reconhece o vício da inconstitucionalidade, negando aplicação à norma inconstitucional no caso concreto; produzindo, portanto, efeitos *ex tunc* (2002, p. 85-86).

Gilmar Ferreira Mendes traz a crítica de Lúcio Bittencourt, acerca da adoção pura e simples da nulidade *ipso jure,* pelos constitucionalistas da época, já que os adeptos dessa teoria não conseguiam fundamentar nem a eficácia *erga omnes* e nem a retroatividade dos efeitos da decisão de declaração de inconstitucionalidade (MENDES, Jurisdição Constitucional, 2009, 5ª ed., p. 318).[7]

Mas essa foi a posição adotada tradicionalmente pelo Supremo Tribunal Federal, já que inicialmente não houve a normatização dos efeitos no controle abstrato. Não havia entre nós algo como o *stare decisis* norte-americano, que conferisse caráter vinculante ou emprestasse efeito *erga omnes* às decisões do Supremo Tribunal Federal; "o Tribunal limitava-se, tal como no controle incidental, a informar o Senado Federal sobre a declaração de inconstitucionalidade também no processo de controle abstrato de normas" (MENDES, 2009, 5ª ed., p. 319). Apenas em 1977, em resposta a uma consulta formulada pelo Senado Federal, o Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que as decisões de inconstitucionalidade proferidas em controle abstrato tinham eficácia *erga omnes* (MENDES, 2009, 5ª ed.).

E a tese da nulidade encontra sustento no princípio da Supremacia da Constituição. É o que ensina 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 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 (MENDES, 2009, 5ª ed., p. 325-326).

[7] Eis a passagem citada: "(...) as dificuldades e problemas surgem, precisamente, no que tange à eficácia indireta ou colateral da sentença declaratória da inconstitucionalidade, pois, embora procurem os autores estendê-las a situações jurídicas idênticas, considerando indiretamente anulada a lei, porque a 'sua aplicação não obteria nunca mais o concurso da justiça', não tem, todavia, conseguido expressar fundamento técnico, razoavelmente aceitável, para justificar essa extensão.

Não apontam os tratadistas americanos – infensos à sistematização, que caracteriza os países onde se adota a codificação do direito positivo -, limitando-se a enunciar o princípio, em termos categóricos: a lei declarada inconstitucional deve ser considerada, para todos os efeitos, como se jamais, em qualquer tempo, houvesse possuído eficácia jurídica – *is to be regarded as having never, at any time, been possessed of any legal force*.

Os nossos tratadistas também não indicam a razão jurídica determinante desse efeito amplo. Repetem a doutrina dos escritores americanos e as afirmações dos tribunais, sem buscar-lhes o motivo, a causa ou o fundamento. Nem o grande Rui, com seu gênio estelar, nem os que subseqüentemente, na sua trilha luminosa, versaram o assunto com a proficiência de um Castro Nunes".

Embora esse tenha sido o posicionamento majoritário da nossa jurisprudência, em algumas situações excepcionais houve a flexibilização desse entendimento, afastando o dogma da nulidade *ipso jure*, diante de outros princípios constitucionais. Assim ocorreu no RE 78.209/SP, em que foi relator o Ministro Aliomar Baleeiro e no RE 78.594/SP[8], de relatoria do Ministro Bilac Pinto, em que as decisões proferidas reconheceram como válidos e preservaram os atos praticados por funcionários públicos admitidos por lei declarada, posteriormente, inconstitucional.

Ainda, no RE 105.789-1, relator Ministro Carlos Madeira e no RE 122.202, relator Ministro Francisco Rezek, que trataram do pagamento de gratificações a magistrados, declarada inconstitucional, o Supremo Tribunal Federal admitiu a validade dos pagamentos efetuados com base na norma inconstitucional, invocando o princípio da irredutibilidade de vencimentos. O segundo julgado traz, em sua ementa:

> (...) Subsistência de pagamento de gratificação mesmo após a decisão erga omnes da corte. Jurisprudência do STF no sentido de que a retribuição declarada inconstitucional não é de ser devolvida no período de validade inquestionada da lei de origem – mas tampouco paga após a declaração de inconstitucionalidade.

Já se verificava, então, nesses precedentes, o reconhecimento do efeito *ex nunc* às decisões de inconstitucionalidade de ato normativo, ou seja, limitando os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, situação que veio a ser viabilizada, expressamente, com o advento da Lei 9.868/99, que em seu art. 27 permitiu ao Supremo Tribunal Federal limitar os efeitos retroativos da decisão, atribuir-lhe efeitos *ex nunc* ou mesmo decidir que tenha eficácia prospectiva ou pró-futuro, diante de razões de excepcional interesse social ou de segurança jurídica.

2.2 A TEORIA DA ANULABILIDADE DO ATO INCONSTITUCIONAL

Nascida da concepção de Kelsen, acolhida pelo direito austríaco, a tese da anulabilidade do ato inconstitucional não considera a norma inconstitucional nula, mas anulável. A decisão de inconstitucionalidade, para essa corrente doutrinária, possui natureza constitutiva e, por conseguinte, seus efeitos operam-se *ex nunc.*

Eis o que diz Ana Paula Ávila:

> A idéia do desfazimento do ato inconstitucional com eficácia *ex nunc* centra a discussão no campo das anulabilidades, no qual já não se considera a norma inconstitucional como um ato nulo *ab initio* e nem a decisão que proclama o defeito declaratória. Tem-se o ato normativo como existente, e a decisão que o desfaz como constitutiva negativa. Essa é a concepção que Hans Kelsen fez vingar no sistema de controle de constitucionalidade austríaco e tem conquistado diversos adeptos entre os publicistas nacionais (2009, p. 41)

Para Kelsen, a norma é válida, desde que em conformidade com a norma superior que lhe serve de fundamento, ou seja, a norma é válida porque foi produzida de acordo com o procedimento previsto e pela autoridade competente. Assim:

> Dentro de um sistema de direito positivo, porém, não existe nulidade absoluta. Não é possível caracterizar como inválido *a priori* (nulo *ab initio*) um ato que se apresenta como legal. Somente a anulação de tal ato é possível; ele não é nulo, mas anulável, eis que não é possível afirmar que um ato é nulo sem que se responda a questão sobre quem tem competência para estabelecer tal nulidade. Uma vez que a ordem legal – a fim de evitar anarquia – dá a certas autoridades o poder de definir se um ato é nulo, tal definição tem sempre um caráter constitutivo, e não declaratório. O ato somente é "nulo" se a autoridade assim o declarar. Essa declaração é uma anulação, uma invalidação. Antes dela o ato não é nulo, pois ser "nulo" significa legalmente inexistente, e o ato precisa existir legalmente para poder ser objeto de julgamento por uma autoridade (KELSEN, 2007, p. 308).

Nas palavras de Octávio Campos Fischer, "em Kelsen, não se pode tomar a afirmação de que 'norma válida é norma existente', mas, sim e justamente, o inverso: 'se a norma existe é uma norma válida'" (2004, p. 222).

Então, para essa corrente, o fundamento de validade de uma norma é sempre outra norma, superior, até que se encontre norma fundamental, no caso a Constituição, que serve de lastro a todo o ordenamento jurídico. Então,

[8] Esse acórdão possui a seguinte ementa: "FUNCIONÁRIO PÚBLICO. EXERCÍCIO DA FUNÇÃO DE OFICIAL DE JUSTIÇA. ILEGALIDADE DA INVESTIDURA. VALIDADE DO ATO PRATICADO POR FUNCIONÁRIO DE FATO. Apesar de proclamada a ilegalidade da investidura do funcionário público na função de oficial de justiça, em razão da declaração de inconstitucionalidade da lei estadual que autorizou tal designação, o ato por ele praticado é válido. Recurso não conhecido."

conclui Paulo Roberto Lyrio Pimenta, "infere-se que na concepção kelseniana o fundamento de uma norma independe de seu conteúdo." E prossegue: "Em consequência, nesse modelo não cabe a categoria inconstitucionalidade material, o que representa séria omissão" (2002, p. 16-17).

Regina Maria Macedo Nery Ferrari, assim também afirma:

> Depreendemos, pois, que a inconstitucionalidade é uma sanção imposta por um órgão competente para tal, pela não concordância da mesma com as disposições normativas superiores, ou seja, com a norma fundamental de tal sistema jurídico. Porém, este reconhecimento pode ter força retroativa, visto que a norma inválida, como a válida, produziu efeitos até a constatação de sua irregularidade.
> Autores há que, apesar de reconhecerem efeitos *ex tunc* à constatação de invalidade, admitem que os efeitos produzidos pelo ato normativo inválido possam ser reconhecidos pelo ordenamento jurídico, podendo mesmo ser ainda considerados como insuscetíveis de eliminação, sob a alegação de que "o direito pode dar significação a fato, mas não pode impedir que eles ocorram, nem pode eliminar seu registro histórico".
> Desta forma, reconhecemos que têm razão aqueles que asseveram que os atos praticados sob o império de uma lei, considerada inconstitucional, devam ser considerados válidos e com capacidade de produção de efeitos, até e enquanto não houver tal decisão, ou seja, até e enquanto não haja decisão que fulmine a norma de ilegalidade ou inconstitucionalidade (2004, 5ª ed., p. 161).

2.3 A LIMITAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

Através dos casos submetidos a julgamento, perante os mais diversos tribunais, tanto a teoria da nulidade como a da anulabilidade mostraram-se falhas em sua origem. A primeira, porque conduzia ao extremo da desconsideração total dos efeitos produzidos pela norma declarada inconstitucional e outra, a da anulabilidade, porque poderia levar, no mais das vezes, a situações de desigualdade, já que a decisão de inconstitucionalidade valeria apenas para situações constituídas a partir de então (efeito *ex nunc).*

Tanto o modelo norte-americano como o modelo austríaco sofreram temperamentos em relação à teoria das nulidades e, ao analisar o assunto, Ana Paula Ávila traz a seguinte conclusão:

> (...) o que se percebe é que, em relação ao regime de efeitos no aspecto temporal, há uma *interpenetração* dos dois modelos, ou seja, entre as teses da nulidade e da anulabilidade do ato inconstitucional, que se revela na adoção de técnicas alternativas, normativas ou jurisprudenciais, em relação à técnica da nulidade. Por tal razão é que, para que a matéria seja adequadamente regulada, deve-se abrir mão de uma regra geral, exclusiva e absoluta, para adotar um a regra de preferência que admita exceções, tal como se procedeu no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, através da edição do art. 27.
> Essas razões, somadas à ausência de uma distinção intrínseca entre nulo e anulável que sirva de suporte para, obrigatoriamente, distinguir o regime de determinação de efeitos dos atos inválidos, justifica o abandono da dicotomia *ex tunc / ex nunc* em favor de uma ponderação que leve em consideração as normas constitucionais afetadas pela norma inconstitucional e as normas constitucionais afetadas pelos efeitos por ela produzidos. Esta é uma tendência que já podia ser observada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, antes mesmo que a Lei 9.869/99 viesse a ser editada, apesar de presente o dogma da nulidade na tradição brasileira (2009, p. 46).

Também afirma Regina Maria Macedo Nery Ferrari:

> (...) não se deve aceitar a posição radical da corrente propugnadora dos efeitos prospectivos da sentença de inconstitucionalidade, para após a data de seu pronunciamento, isto é, *ex nunc*, tampouco a que prevê que a lei inconstitucional é nula de pleno direito e que, portanto, deve ser anulado tudo o que com base nela foi produzido, desde sua inclusão no ordenamento jurídico, com eficácia *ex tunc*.
> Não é demais repetir que não pode é ser desvirtuada a finalidade do direito, que, proporcionando harmonia na convivência social, traz à sociedade a satisfação de suas necessidades de segurança e estabilidade em seu relacionamento. A limitação dos efeitos da inconstitucionalidade "resulta da conveniência de temperar o rigor das decisões, adequando-as às situações de vida, em nome de outros princípios e interesses constitucionalmente protegidos" (2004, 5ª ed., p. 325)

A tradição do Supremo Tribunal Federal fixava como orientação a nulidade do ato inconstitucional e, consequentemente, o predomínio da retroação dos efeitos da decisão (*ex tunc*). Mas, como já dissemos, em algumas situações excepcionais houve a flexibilização desse entendimento, afastando o dogma da nulidade *ipso jure*, diante de outros princípios constitucionais.

Assim assevera Clèmerson Merlin Clève:

> É evidente que o fato de a sentença judicial implicar a nulidade *ab initio* da normativa impugnada favorece a emergência de não poucos problemas. Inexistindo prazo para a pronúncia da nulidade – já que a inconstitucionalidade decorre de vício, em princípio, insanável e, ademais, imune à prescrição -, considere-se o caso de uma lei cuja ilegitimidade foi reconhecida após o decurso de longo lapso temporal, tendo inclusive prestigiado a consolidação de um sem número de situações jurídicas. É induvidoso que em semelhantes casos o dogma da nulidade absoluta deve sofrer certa dose de temperamento, sob pena de sustentar a injustiça e a violação do princípio da confiança (2000, p. 250-251).

Com a edição da Lei 9.869/99 oficializou-se a possibilidade de determinação dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade. O art. 27 da lei referida, que será objeto de estudo no próximo capítulo, a par de manter a retroatividade dos efeitos como regra, em consonância com a já tradicional posição do Supremo Tribunal Federal, trouxe situações excepcionais em que a retroatividade pode ser mitigada, permitindo ainda que os efeitos possam ser fixados *pró-futuro*.

Mas a mitigação dos efeitos retroativos da declaração de inconstitucionalidade encontra limites, de ordem formal e material, extraídos da própria redação do dispositivo e ainda, no respeito às situações já consolidadas e que, por observância principalmente ao princípio da segurança jurídica não mais podem ser alcançadas.

É o que veremos a seguir.

3 MODULAÇÃO DOS EFEITOS DAS DECISÕES EM CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

3.1 O ART. 27 DA LEI 9.869/99

> "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."

Inicialmente advertimos que não é tranquila a discussão acerca da constitucionalidade desse dispositivo, porque grande parte da doutrina considera-o inconstitucional em razão da violação do dogma da nulidade do ato inconstitucional e, consequentemente, da supremacia da Constituição.

Há ainda os que a consideram inconstitucional tanto por tratar de matéria que não é competência atribuída à lei ordinária, como porque, ao dispor sobre a modulação dos efeitos, limitou a competência do Supremo Tribunal Federal nessa área. Filiado a essa corrente, Octávio Campos Fischer, embora afirme a inconstitucionalidade desse dispositivo, reconhece também que "a supremacia constitucional é mantida porque a modulação dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade somente é admitida quando for utilizada para o próprio resguardo dos valores constitucionais; e, portanto, daquela" (2004, p. 249-250).

Paulo Roberto Lyrio Pimenta considera desnecessária a previsão em lei ordinária, porquanto implicitamente admitida pela Constituição a mitigação dos efeitos temporais das decisões que declaram a inconstitucionalidade de uma norma. Mas considera inconstitucional o dispositivo, porque "não pode o Poder controlado editar norma infraconstitucional restringindo, ou até mesmo ampliando a competência do órgão controlador, no caso, o Poder Judiciário" (2002, p. 99).

Também para Oswaldo Luiz Palu, a modulação dos efeitos é compatível com a Constituição, porque "sequer há a necessidade de existência de lei ordinária para que o Supremo Tribunal Federal deixe de aplicar em sua totalidade o princípio da nulidade da lei inconstitucional." Entretanto, em relação à possibilidade de fixação de efeitos prospectivos, ou seja, para momento posterior ao trânsito em julgado da decisão que reconheceu a inconstitucionalidade, entende inconstitucional essa parte do dispositivo (art. 27), sob o seguinte argumento:

> O legislador ordinário não tem poderes para atribuir ao STF competência para que este determine a observância de uma lei, já declarada inconstitucional – somente a Constituição poderia fazê-lo. Os casos pretéritos podem ser imunizados pelo STF, eis que, para estes, a lei não tivera sua ilegitimidade constitucional declarada; os casos pendentes também podem ser ressalvados dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade e daí se entende o efeito puramente prospectivo (ademais havia, então, a "presunção

> de constitucionalidade" da lei). Mas, uma vez declarada inconstitucional determinada norma, somente a Constituição pode, excepcionando-se a si mesma e em atenção a outros princípios que não somente ao da nulidade da norma inconstitucional, atribuir a um Tribunal poderes para impor a observância da norma inconstitucional, e que esta continue a ser aplicada durante certo tempo; jamais a lei poderá fazê-lo, sendo inconstitucional, no particular, se o fizer (2001, p. 186-187).

Para os que defendem a constitucionalidade do art. 27, como Ana Paula Ávila, a questão central reside na ponderação e argumentação exclusivamente constitucional, orientada pelo princípio da supremacia da Constituição. E 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 (2009, p. 69)

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 (2009, p. 70).

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 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 (2009, p. 70-71).

A constitucionalidade do art. 27 é alvo de discussão na ADI nº 2258-0, em que é Relator o Ministro Sepúlveda Pertence. O julgamento desta ação já foi iniciado, já tendo sido analisada a constitucionalidade de alguns dispositivos da Lei 9.868/99, sendo que em relação ao art. 27 o julgamento foi suspenso, na oportunidade, por falta de *quorum.* Em sessão de 16.08.2007 o Relator, Ministro Sepúlveda Pertence[9] 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.

Certo é que, mesmo antes do advento da Lei 9.868/99, como mencionamos anteriormente, o Supremo já colecionava decisões em que houve a mitigação da teoria da nulidade do ato inconstitucional, e cujos fundamentos permitem que possa continuar a ser aplicada, mesmo diante de uma eventual declaração de inconstitucionalidade do dispositivo. Como assevera Gilmar Ferreira 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.

[9] Conforme Informativo nº 476 do STF: "O Min. Sepúlveda Pertence, relator, julgou procedente o pedido relativamente ao art. 27 da Lei 9.868/99 [...]. Salientando que a nulidade da lei inconstitucional decorre, no sistema da Constituição, da adoção, paralela ao controle direto e abstrato, do controle difuso de inconstitucionalidade, entendeu que uma alteração dessa magnitude só poderia ser feita por emenda constitucional. Ademais, considerou que, ainda que ultrapassada a inconstitucionalidade formal, seria necessário dar interpretação conforme ao referido dispositivo, a fim de evitar que sua aplicação pudesse atingir o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido, eventualmente surgidos da inconstitucionalidade da lei" (ANDRADE, 2011, p. 346).

> 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 (2009, 5ª ed., p. 333).

3.2 REQUISITOS

A análise da estrutura do art. 27 revela a 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.

3.2.1 REQUISITO FORMAL

Dispõe o art. 27 que a manipulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade deverá ocorrer por maioria de dois terços de seus membros, ou seja, por voto de oito de seus onze Ministros.

Argumenta-se que essa previsão de quórum qualificado, a par de dificultar a manipulação desses efeitos, também leva à inconstitucionalidade do dispositivo, em face do que estabelece o art. 97 da Constituição Federal.

Partidário desse entendimento, afirma Paulo Roberto Lyrio Pimenta:

> 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 incindível. 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). (2002, p. 100).

Ponderando que não há incompatibilidade entre os dois dispositivos, afirma 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 *reforça*, no aspecto formal, a decisão que venha a superar a regra da retroação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade (2009, p. 58-59).

Compartilhamos, respeitadas as opiniões em contrário, do entendimento de que não poderia mesmo, nesse ponto, a lei ordinária ampliar o quórum estabelecido para a declaração de inconstitucionalidade, em havendo a necessidade de modulação dos efeitos da declaração. Ora, se a maioria absoluta dos membros do Tribunal pode decidir sobre a invalidação de ato normativo, por afronta à Constituição, não vislumbramos razão para que, essa mesma maioria, não possa estabelecer o alcance dos efeitos de sua decisão, exceto se assim dispuser diferente a própria Carta Magna. A menção de que a decisão que supera a regra da retroação dos efeitos necessita ser reforçada, ou mais ponderada, em face daquela que declarou o vício de constitucionalidade e, mesmo a afirmação de que a modulação dos efeitos é etapa posterior, embora fundadas em sólidos argumentos, não nos parece suficiente para afastar a inconstitucionalidade do dispositivo em questão, já que, dentro de um sistema jurídico hierarquizado, frise-se, não poderia a lei ordinária conter restrição além daquela já contida na Lei Maior.

3.2.2 REQUISITOS MATERIAIS

Da leitura do art. 27 exsurgem os requisitos materiais necessários à modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade: esta somente poderá ocorrer quando justificada em razão de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

Segundo Ana Paula Ávila, "aqui reside o maior problema em relação ao art. 27, uma vez que a referência a esses conceitos indeterminados torna indeterminado o próprio alcance daquele dispositivo" (2009, p. 61).

Então, cabe-nos trazer, o quanto possível, o exato sentido ou a dimensão de cada um desses conceitos.

3.2.2.1 SEGURANÇA JURÍDICA

Em sentido amplo, a segurança jurídica está intimamente ligada à necessidade de certeza e estabilidade nas relações sociais. 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, combinado com outros, 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. Consequentemente, 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 (2009, p. 304-305).

Para Roque Antonio Carrazza,

> (...) uma das funções mais relevantes do Direito é "conferir certeza à incerteza das relações sociais" (Becker), subtraindo do campo de atuação do Estado e dos particulares qualquer resquício de arbítrio. Como o Direito é a "imputação de efeitos a determinados fatos" (Kelsen), cada pessoa tem elementos para conhecer previamente as consequências de seus atos.
> Isto dá a todos a tranqüilidade para planejarem o porvir, já que se conhece o *modus* pelo qual as regras de conduta serão aplicadas. Por outro lado, a certeza de que serão respeitados o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito confere às pessoas a chamada "garantia do passado" – o que leva à irretroatividade do próprio Direito (2011, p. 456).

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" (7ª ed., 2003, p. 257).

E prossegue, com enfoque 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 adoptadas, 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 (CANOTILHO, 7ª ed., 2003, p. 264).

Nessa mesma linha também ensina Ana Paula Ávila:

> 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 (2009, p. 148).

Assim, é possível aferir que há um núcleo, uma ideia conceitual para segurança jurídica, que 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 (ÁVILA, 2009).

3.2.2.2 EXCEPCIONAL INTERESSE SOCIAL

Aqui é ainda maior o problema em relação ao conceito da expressão "excepcional interesse social". É ainda mais indeterminado o seu conceito, sendo que a doutrina ainda cuidou de estabelecer com clareza a sua definição.

Em verdade, a doutrina trata, de modo geral, de dissociar o conceito da ideia de interesse do Estado. Em outras palavras, procura estabelecer que interesse social não é interesse da Administração ou do Estado, mas da sociedade, dos administrados.

Na lição 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 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 vieram a descurar os interesses da coletividade (2004, 5ª ed., p. 313).

Poucos são os que enfrentam o assunto e, interessante é a posição de Ana Paula Ávila, que considera inconstitucional a modulação com esteio no excepcional interesse social, por ofender a princípios fundamentais da Carta Magna. Eis o que diz a autora:

> É interessante observar que o legislador pátrio preferiu o termo *excepcional interesse social* a *excepcional interesse público*. De plano é de se inferir que, se esta parte do dispositivo for considerada válida, através do seu uso deverá ter prevalência o interesse da sociedade – por suposto: a soma dos interesses individuais -, quando contraposto aos interesses do próprio Estado.
> A ausência de suporte na Constituição, por si só, permite que se questione a possibilidade de modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade com base no excepcional interesse social. É que, resgatando o que se vem sustentando desde o início dessa investigação, diante da necessidade de manutenção da supremacia da Constituição (sob pena de ruptura da própria ordem constitucional), a modulação de efeitos somente estará autorizada na medida em que contemplar a aplicação de outras normas constitucionais que, após justificada ponderação, se sobreporiam àquela que foi violada pela lei declarada inconstitucional. Aliás, existentes os fundamentos naquelas normas, o termo torna-se até mesmo dispensável, pois assegurar a supremacia da Constituição já implicaria, naturalmente, a proteção dos efeitos. No entanto, é fato que falece ao excepcional interesse social previsão constitucional que lhe sirva de fundamento, ao contrário do que ocorre com a segurança jurídica, que, como fora visto, trata do princípio que conta com ampla fundamentação constitucional e com conteúdo delineado.
> Há, no entanto, um problema ainda mais grave naquela expressão. Conforme já anunciado no início desta segunda parte, a absoluta indeterminação deste conceito contrasta com o próprio princípio constitucional da segurança jurídica, à medida que dele decorre a exigência de mecanismos que assegurem a previsibilidade e certeza à ordem jurídica. Ora, a utilização de expressão com tamanha fluidez e ambigüidade no significado torna o preenchimento do conceito um processo cujo resultado é "imprevisível", impedindo que se assegure a previsibilidade necessária à manutenção da ordem jurídica como um todo. E, se essa expressão contrasta com a segurança jurídica, contrasta também com o próprio princípio do Estado de Direito ao qual a segurança serve de suporte. A conclusão parece lógica e insofismável, razão porque há que levar a sério o argumento no sentido de que a utilização do art. 27, esteada no excepcional interesse social, é inconstitucional por desconformidade aos princípios fundamentais da Constituição.

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 (MARTINS & MENDES, 2009, p. 564-565).

E, nas palavras de Fábio Martins de Andrade:

> Aqui, parece que verificamos, a um só tempo tanto a excepcionalidade da medida como também a sua necessária recondução ao texto constitucional. Quando se afasta de fundamento próprio de estatura constitucional, certamente esvazia-se a aplicação de tal conceito jurídico indeterminado, fazendo-o sucumbir por ilegítimo (2011, p. 293).

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.

3.3 A QUESTÃO DA COISA JULGADA E OUTRAS SITUAÇÕES CONSOLIDADAS

Pelo 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*" (MENDES, 2009, 5ª ed., p. 321).

Mas essa nulidade não será sempre absoluta e despida de qualquer restrição. Isto porque "algumas situações já consolidadas não podem ser, simplesmente, reformadas por decorrência do efeito *ex tunc*" (FISCHER, 2004, p. 272). Há situações, como a coisa julgada e mesmo o ato jurídico perfeito e acabado, que uma vez consolidadas, merecem proteção em razão de outros princípios constitucionais, como a segurança jurídica. Mencione-se, ainda, a prescrição e a decadência. "São situações em que o tempo (elemento de extrema importância para o direito) impõe um obstáculo à sua revisão, porquanto são respaldadas por relevantes princípios constitucionais, como o da segurança jurídica" (FISCHER, 2004, p. 272).

Gilmar Mendes já refletia sobre a questão, muito acertadamente:

> Acentue-se, desde logo, que, no direito brasileiro, jamais se aceitou a idéia de que a nulidade da lei importaria na eventual nulidade de todos os atos que com base nela viessem a ser praticados. Embora a ordem jurídica brasileira não disponha de preceitos semelhantes aos constantes do § 79 da Lei do *Bundesverfassungsgericht*[10], que prescreve a intangibilidade dos atos não mais suscetíveis de impugnação, não se deve supor que a declaração de inconstitucionalidade afete todos os atos praticados com fundamento na lei inconstitucional.
> 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

[10] § 79 da Lei do *Bundesverfassungsgericht*:

(1) É legítimo o pedido de revisão criminal nos termos do Código de Processo Penal contra a sentença condenatória penal que se baseia em uma norma declarada inconstitucional (sem a pronúncia da nulidade) ou nula, ou que se assenta em uma interpretação que o *Bundesverfassungsgericht* considerou incompatível com a Lei Fundamental.

(2) No mais, ressalvado o disposto no § 92 (2), da Lei do *Bundesverfassungsgericht* ou uma disciplina legal específica, subsistem íntegras as decisões proferidas com base em uma lei declarada nula, nos termos do § 78. É ilegítima a execução de semelhante decisão. Se a execução forçada tiver de ser realizada nos termos das disposições do Código de Processo Civil, aplica-se o disposto no § 767 do Código de Processo Civil. Excluem-se pretensões fundadas em enriquecimento sem causa" (MENDES, 2009, 5ª ed., p. 334).

> 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 (MENDES, 2009, 5ª ed., p. 334).

Semelhante é o entendimento de Clèmerson Merlin Clève, para quem "a coisa julgada consiste num importante limite à eficácia da decisão declaratória de inconstitucionalidade". E afirma:

> (...) os efeitos produzidos pela decisão no controle abstrato residem no plano normativo. Por isso, os atos singulares praticados com fundamento direto na lei repudiada inconstitucional não são *automaticamente* desconstituídos pela decisão do STF. Os efeitos da decisão, reitere-se, repousam no plano da norma e não no plano normado (fato constituído pelo ato singular ou concreto praticado com fundamento na norma) (2000, p. 253)

Oportuno trazer também a lição de J. J. Gomes Canotilho, embora se anote que a Constituição Portuguesa de 1976, em seu art. 282.º/3[11], o qual inspirou a redação do art. 27 da Lei 9.868/99, traga expresso o respeito à coisa julgada. Eis o que diz o ilustre constitucionalista lusitano:

> 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 subseqüente declaração de inconstitucionalidade (7ª ed., 2003, p. 1014-1015).

Analisando a questão, André Dias Fernandes afirma que o efeito gerado pela sentença do STF em ação declaratória de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, que possui eficácia *erga omnes*, é o de tornar certa e indiscutível a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma objeto da ação. A desconstituição dos atos atingidos pela declaração de inconstitucionalidade deve ocorrer pelas vias próprias, dentro do prazo prescricional ou decadencial previstos. Assim expressa a sua opinião sobre o tema:

> (...) a decisão do STF não constitui *condição* ou *pressuposto necessário* para o exercício do direito de ação individual ou coletiva – pois apenas torna *certa* e *indiscutível* a (in)constitucionalidade da norma -, razão porque qualquer interessado pode propor ação individual ou coletiva e *discutir* essa (in)constitucionalidade antes de eventual decisão do STF sobre o tema, *observados os prazos decadenciais ou prescricionais aplicáveis ao caso.* Não configurando, portanto, nenhum óbice para o exercício do direito de ação, a decisão do STF em ADIn ou ADC não constitui causa *impeditiva, suspensiva*[12]*, interruptiva* ou *restauradora* do respectivo prazo decadencial ou prescricional.

---

[11] Art. 282.º Efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou ilegalidade.

1. A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado.

2. Tratando-se, porém, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infracção de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última.

3. Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao argüido.

4. Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou de interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos nºs. 1 e 2. (Disponível em: < http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx> Acesso em 22 fev.2012 às 21h51).

[12] Em nota de rodapé o autor esclarece: "Todavia, excepcionalmente, a decisão ***cautelar*** do STF em ADIn ou ADC suspensiva da ***própria vigência*** da norma objeto da ação direta (e não meramente do *julgamento* ou do *andamento* do processo envolvendo a norma objeto da ADIn ou ADC) pode consistir numa ***causa suspensiva*** do prazo prescricional da ação individual ou coletiva que envolva o tema. É que com a suspensão ***da vigência*** da norma, a pessoa interessada ***não poderá*** ajuizar, enquanto

> Portanto, os atos e decisões inconstitucionais continuam sujeitos às denominadas "fórmulas de preclusão" mesmo após decisão do STF (2009, p. 233).

Registre-se também a posição de Regina Maria Macedo Nery Ferrari:

> 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 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. (2004, 5ª ed., p. 339-340).

Ao tratar do assunto, Oswaldo Luiz Palu enfatiza que a posição tradicional do Supremo sempre foi pela teoria da nulidade da norma inconstitucional, tendo a decisão que a declara, efeitos retroativos (*ex tunc*). Mas pondera:

> O que sempre ficava implícito, *data vênia*, 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 (2001, p. 175).

Dessa maneira, busca-se 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.

Destaca-se, finalmente, o disposto no parágrafo único do art. 741 do Código de Processo Civil[13], que dispõe sobre a inexigibilidade do título judicial fundado em lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo STF ou fundado em aplicação ou interpretação de lei ou ato normativo tido pelo STF como incompatíveis com a Constituição Federal.

Observa André Dias Fernandes que "introduziu-se a possibilidade de *rescisão, mediante embargos à execução*, da sentença de mérito transitada em julgado, sem estabelecer prazo algum para isso. (...) segue-se que *seria admissível enquanto for possível a execução da sentença de mérito transitada em julgado*" (2009, p. 238-239). Além disso, permite a alegação de inexigibilidade do título por mera petição nos autos, podendo até mesmo ser declarada de ofício pelo juiz, porque a exigibilidade do título é pressuposto processual necessário.

---

perdurar a suspensão, ação individual ou coletiva que tenha por base a norma cuja vigência está temporariamente suspensa, *se esta suspensão gerar impossibilidade jurídica do pedido, ilegitimidade "ad causam" ou ausência de interesse processual.* Assim, se a suspensão da norma causar impossibilidade jurídica do pedido, o próprio *exercício do direito de ação* ficará **obstado** durante o período da suspensão, e se o direito **de ação não pode** ser validamente exercido, não pode fluir o respectivo prazo prescricional, pois este pressupõe a *possibilidade*, o *poder* de agir, não havendo falar em **inércia** do titular do direito de ação (FERNANDES, 2009, p. 233).

[13] Art. 741. Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre:

(...)

II – inexigibilidade do título;

(...)

Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

3.4 A MODULAÇÃO NO CONTROLE DIFUSO

Outra questão que merece destaque é relativa à possibilidade de modulação dos efeitos da declaração de constitucionalidade em sede de controle difuso.

Não somente grande parte da doutrina, mas a própria jurisprudência do STF admite a modulação de efeitos em sede de controle difuso, muito embora tenha-se firmado entendimento, em determinado momento, de não ser possível a aplicação do art. 27 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 (2009, p. 59-60).

Como visto, o Supremo já lançava mão da modulação, mesmo sem autorização legal, nos recursos extraordinários já mencionados neste trabalho. E isto porque "o art. 27 da Lei nº 9.868, bem apontado pelo Ministro-Relator, na verdade apenas explicita, estrutura e declara o que o Tribunal pode fazer a partir do próprio Texto Constitucional"[14].

E não é sem razão que o Ministro Gilmar Mendes assim afirmou. Ele também é defensor do entendimento de que a modulação dos efeitos se aplica tanto ao controle difuso como no controle abstrato, não vendo óbices na aplicação do art. 27 nos processos de controle incidental.

Fazendo alusão à origem do controle difuso, no direito americano[15], aduz que o modelo difuso não se mostra incompatível com a doutrina da limitação dos efeitos. Um entrave, para ele superável, seria a convivência entre os dois sistemas, quando proferidas decisões que possam estar em conflito (por exemplo, numa determinada questão enfrentada em sede de controle incidental existirem decisões anteriores com efeitos *ex tunc* e, posteriormente, enfrentada a mesma questão em ação direta, sobrevier decisão com efeitos *ex nunc*), suscitando desconfortável situação de insegurança jurídica.

E 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

[14] Voto do Min. Gilmar Mendes no RE 442.683/RS

[15] "Necessária uma prévia análise da questão no Direito americano, que é a matriz do sistema brasileiro de controle. Vale ressaltar que nos próprios Estados Unidos da América, onde a doutrina acentuara que "the inconstitutional statute is not Law at all", passou-se a admitir, após a Grande Depressão, a necessidade de se estabelecerem limites à declaração de inconstitucionalidade.

A jurisprudência americana evoluiu para admitir, ao lado da decisão de inconstitucionalidade com efeitos retroativos amplos ou limitados (*limited retrospectivity*), a superação prospectiva (*prospective overruling*), que tanto pode ser limitada (*limited retrospectivity*), aplicável aos processos iniciados após a decisão, inclusive ao processo originário, como ilimitada (*pure prospectivity*), que nem sequer se aplica ao processo que lhe deu origem. O sistema difuso ou incidental mais tradicional do mundo passou a admitir a mitigação dos efeitos da declaração de insconstitucionalidade e, em casos determinados, acolheu até mesmo a pura declaração de inconstitucionalidade com efeito exclusivamente *pro futuro*. Assinale-se que, antes do advento da Lei n. 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. Não só a Suprema Corte americana (caso *Linkletter v. Wallker*), mas também uma série expressiva de Cortes Constitucionais e Cortes Supremas adota a técnica da limitação de efeitos (MENDES, COELHO, & BRANCO, Curso de Direito Constitucional, 2008, p. 1097).

> 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 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, ressalvando, 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 (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, 2008, p. 1098-1099).

Destarte, não somente pelo abalizado entendimento aqui trazido, mas pela existência de inúmeros julgados do Supremo Tribunal Federal em que a modulação foi adotada no âmbito do controle difuso, resta claro que a modulação dos efeitos deriva do próprio controle de constitucionalidade e pode ser aplicada nos dois modelos de controle.

Desse entendimento também compartilha André Dias Fernandes, dizendo:

> A diferença está em que nos processo *subjetivos* não há necessidade de obediência ao *quorum* qualificado de 2/3 para a restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, bem como na possibilidade de qualquer juízo de 1º grau ou Tribunal proceder a essa restrição eficacial, justamente porque essa restrição de efeitos não se lastreia no art. 27 da Lei nº 9.868-99 (aplicável apenas **ao STF** e aos **processos abstratos**), mas na própria Constituição, designadamente no princípio da proporcionalidade (2009, p. 246).

Dois anos depois dos precedentes citados, o STF, em sessão plenária de 25.06.2007, no julgamento do RE 353.657, em que foi relator o Ministro Marco Aurélio, após intensos debates e negando a modulação dos efeitos nessa decisão, "pacificou o entendimento, que já consolidara em outros campos do Direito, no sentido de que é possível aplicar o art. 27 da Lei 9.868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da ADI e da ADC perante o STF, nos casos que se apresentem pelo controle difuso de constitucionalidade das leis e atos normativos" (ANDRADE, 2011, p. 405).

3.5 POSSIBILIDADES DE MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DA DECISÃO

A regra, como já afirmamos anteriormente, é a declaração de inconstitucionalidade com efeitos retroativos (*ex tunc*), pela aplicação do princípio da nulidade da norma inconstitucional, construção tradicional do direito brasileiro.

Entretanto, diante de situações excepcionais poderá o Supremo verificar a necessidade de mitigação desses efeitos. Diante dessa possibilidade, conferida pelo art. 27 da Lei 9.868/99 e seguindo o escólio de Gilmar Ferreira Mendes (MARTINS & MENDES, 2009, p. 565), o Tribunal, quando da declaração de inconstitucionalidade de uma norma poderá proferir, ao menos em tese, decisões que podem assim ser identificadas:

a) declaração de inconstitucionalidade com efeitos a partir do trânsito em julgado da decisão (efeitos *ex nunc*), com ou sem repristinação da lei anterior;

b) declaração de inconstitucionalidade com efeito *pro futuro*, com ou sem repristinação da lei anterior;

c) declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade (restrição de efeitos), permitindo a suspensão de aplicação da lei (ou a sua aplicação durante um determinado período de tempo) até que o órgão legislativo se manifeste sobre a situação inconstitucional e,

d) declaração de inconstitucionalidade com efeitos retroativos (*ex tunc*), com a preservação de determinadas situações.

No primeiro caso, quando a decisão de inconstitucionalidade é proferida com eficácia *ex nunc*, a lei é retirada do ordenamento jurídico a partir do trânsito em julgado da decisão. Veja-se, por exemplo, a decisão proferida em sede de embargos de declaração, nos autos da ADI nº 3.601/DF, em que foi relator o Ministro Dias Toffoli e também a ADI 2.904/PR[16], ambas atribuindo eficácia *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade, o primeiro a partir da data da

[16] Esse acórdão possui a seguinte ementa: "Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 176 da Lei Complementar/PR nº 14/82, com

publicação do acórdão e o segundo, a partir da data da sessão de julgamento, conforme voto do relator, Ministro Menezes Direito.

É interessante notar, no caso da ADI 3.601/DF, que a ementa do acórdão traz explícitas as razões que levaram a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade naquele caso, o que não é comum. Veja-se:

> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DISTRITAL Nº 3.642/05, QUE "DISPÕE SOBRE A COMISSÃO PERMANENTE DE DISCIPLINA DA POLÍCIA CIVIL DO DISTRITO FEDERAL". AUSÊNCIA DE PEDIDO ANTERIOR. NECESSIDADE DE MODULAÇÃODOS EFEITOS.
> 1. O art. 27 da Lei nº 9.868/99 tem fundamento na própria Carta Magna e em princípios constitucionais, de modo que sua efetiva aplicação, quando presentes os seus requisitos, garante a supremacia da Lei Maior. Presentes as condições necessárias à modulação dos efeitos da decisão que proclama a inconstitucionalidade de determinado ato normativo, esta Suprema Corte tem o dever Constitucional de, independentemente de pedido das partes, aplicar o art. 27 da Lei nº 9.868/99.
> 2. Continua a dominar no Brasil a doutrina do princípio da nulidade da lei inconstitucional. Caso o Tribunal não faça nenhuma ressalva na decisão, reputa-se aplicado o efeito retroativo. Entretanto, podem as partes trazer o tema em sede de embargos de declaração.
> 3. Necessidade de preservação dos atos praticados pela Comissão Permanente de Disciplina da Polícia Civil do Distrito Federal durante os quatro anos de aplicação da lei declarada inconstitucional.
> 4. Aplicabilidade, ao caso, de excepcional restrição dos efeitos prevista no art. 27 da Lei 9.868/99. Presentes não só razões de segurança jurídica, mas também de excepcional interesse social (preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio – primado da segurança pública), capazes de prevalecer sobre o postulado da nulidade da lei inconstitucional.
> 5. Embargos Declaratórios conhecidos e providos para esclarecer que a decisão de inconstitucionalidade da Lei distrital nº 3.642/05 tem eficácia a partir da data da publicação do acórdão embargado.

A segunda possibilidade de modulação da decisão que declara a inconstitucionalidade diz respeito à eficácia prospectiva ou *pro futuro.* Assim, ao declarar inconstitucional a norma, o Tribunal estabelece que sua eficácia se dê a partir de um determinado momento, posterior ao trânsito em julgado da decisão. Exemplo dessa situação são as decisões que foram proferidas em ações que pretendiam adequar o número de vereadores de determinados municípios de acordo com a previsão constitucional (art. 29, IV da Constituição). São exemplos desses casos as decisões proferidas no RE 197.917, célebre caso relativo ao município de Mira-Estrela/SP e RE 276.546/SP, referente ao município de Palmeira D'Oeste. Em ambos, o segundo já citando o precedente do julgamento anterior, adotou-se a modulação com efeitos a partir da legislatura seguinte.

Conforme explica Gilmar Ferreira Mendes,

> (...) tinha-se, na hipótese discutida no RE 197.917, um caso típico de decisão que, se dotada de efeito retroativo, provocaria enorme instabilidade jurídica, colocando em xeque as decisões tomadas pela Câmara de Vereadores nos períodos anteriores, com consequências não de todo divisáveis no que concerne às leis aprovadas, às decisões de aprovação de contas e outras deliberações da Casa Legislativa. Ademais, como a decisão repercute sobre o próprio processo eleitoral, o reconhecimento de efeito retroativo importaria quase no refazimento *a posterior* desse processo, até mesmo com a redefinição dos eleitos no último pleito.

---

a redação dada pelo art. 1º da Lei Complementar/PR nº 93/02. Regras especiais de aposentadoria do policial civil. Vício de iniciativa (CF, art. 61, § 1º, II, "c"). Aplicação do art. 27 da Lei 9.868/99 considerando as peculiaridades do caso. Não há prejudicialidade em relação às Emendas Constitucionais nº 91/03 e nº 97/07, considerando o vício formal coberto pelo art. 61, § 1º, II, "c", da Constituição Federal.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que as normas que regem a aposentadoria dos servidores civis estaduais são de iniciativa privativa do Governador do Estado, por força do art. 61, § 1º, II, "c" e "f", da Constituição Federal. Precedentes: ADI nº 872/RS, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ de 20/9/02; ADI nº 2.115/RS, Relator o Ministro Ilmar Galvão, DJ de 6/9/01; ADI nº 700/RJ, Relator o Ministro Maurício Corrêa, DJ de 24/8/01.

2. É inconstitucional, por afronta ao art. 61, § 1º, II, "c", da Constituição, o art. 176 da Lei Complementar/PR nº 14/82, com a redação dada pelo art. 1º da Lei Complementar/PR nº 93/02, de iniciativa parlamentar, que dispôs sobre regras especiais de aposentadoria do policial civil.

3. Aplicação ao caso do art. 27 da Lei nº 9.868/99 para dar eficácia **ex nunc** à declaração de inconstitucionalidade do art. 1º da Lei Complementar/PR nº 93/02, de modo a preservar a situação jurídica de todos os servidores aposentados até a data da sessão deste julgamento.

4. Ação direta julgada procedente".

> É que a nova fixação do número de vereadores importaria na obtenção de um novo quociente eleitoral e um novo quociente partidário. (MARTINS & MENDES, 2009, p. 569).

Essas razões foram expostas pelo relator, Ministro Maurício Corrêa, em seu voto, cuja transcrição é oportuna:

> Observo, por fim, *obter dictum*, que a declaração de cassação dos mandatos em situação como a presente, se fosse o caso, deveria ser precedida de reavaliação do quociente eleitoral, tendo em vista os partidos políticos que participaram das respectivas eleições, o que demandaria prévio exame da Justiça Eleitoral, inviável e inconveniente de se fazer agora, pelas consequências práticas incalculáveis que resultariam da medida.
> A declaração de nulidade com os ordinários efeitos *ex tunc* da composição da Câmara representaria um verdadeiro caos quanto à validade, não apenas, em parte, das eleições já realizadas, mas dos atos legislativos praticados por esse órgão sob o manto presuntivo da legitimidade.
> Nessa situação específica, tenho presente a excepcionalidade tal a justificar que a presente decisão prevaleça tão somente para as legislaturas futuras, assegurando-se a prevalência, no caso, do sistema até então vigente em nome da segurança jurídica (RE 197.917/SP, rel. Ministro Maurício Corrêa, j. em 24.03.2004, p. 546-547).

Na terceira situação (declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade), o Tribunal acaba por reconhecer que suprimir a lei do ordenamento jurídico pode ser muito mais lesivo à ordem jurídica, agravando ainda mais uma situação de desigualdade, do que manter a sua aplicação por um determinado período de tempo, até que o legislador possa suplantar a situação de inconstitucionalidade.

O Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de proferir decisão nesses termos por ocasião do julgamento da ADI 875/DF, em que foi relator o Ministro Gilmar Mendes, julgada em 24/02/2010[17], que julgou inconstitucionais dispositivos de lei complementar que dispunham sobre os coeficientes de rateio dos estados federados no Fundo de Participação dos Estados (art. 161, II da CF). É oportuno transcrever trecho do brilhante voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, que nos traz a exata compreensão do tema:

> Por fim, é preciso reconhecer que, apesar de a Lei Complementar nº 62, de 28 de dezembro de 1989, não satisfazer integralmente a exigência contida na parte final do art. 161, II, da Constituição, sua imediata supressão da ordem jurídica representaria incomensurável prejuízo ao interesse público e à economia dos Estados, uma vez que o vácuo legislativo poderia inviabilizar, por completo, as transferências de recursos.
> Aceita a idéia geral de que a declaração de inconstitucionalidade por omissão parcial exige a *suspensão da aplicação* dos dispositivos impugnados, não se deve perder de vista que, em determinados casos, a aplicação excepcional da lei inconstitucional traduz exigência do próprio ordenamento constitucional.
> Isso poderia ser demonstrado com base no exame de algumas normas constitucionais que requerem, expressamente, a promulgação de leis. Um exemplo clássico há de explicar esse entendimento. Nos termos do art. 7º, IV, da Constituição, o trabalhador faz jus a "salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família, com moradia, alimentação, educação, saúde, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo (...)". Essa norma contém expresso dever constitucional de legislar, obrigando o legislador a fixar salário mínimo que corresponda às necessidades básicas dos trabalhadores.
> Se o Supremo Tribunal Federal chegasse à conclusão, em processo de controle abstrato da omissão ou mesmo em processo de controle abstrato de normas – tal como ocorreu com o *Bundesverfassungsgericht*, a propósito da lei de retribuição dos funcionários públicos, em processo de recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) -, de que a lei que fixa o salário mínimo não corresponde às exigências estabelecidas pelo constituinte, configurando-se, assim, típica inconstitucionalidade em virtude de omissão parcial, a suspensão de aplicação da lei inconstitucional – bem como sua eventual cassação – acabaria por agravar o estado inconstitucionalidade. É que, nesse caso, não haveria lei aplicável à espécie.
> Portanto, a suspensão da aplicação da norma constitui consequência fundamental da decisão que, em processo de controle abstrato de inconstitucionalidade por omissão e no mandado de injunção, reconhece a

[17] Esse acórdão tem a seguinte ementa: "Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI nº 875/DF, ADI nº 1.987/DF, ADI nº 2.727/DF e ADI nº 3.243/DF). Fungibilidade entre as ações diretas de inconstitucionalidade por ação e por omissão. Fundo de Participação dos Estados – FPE (art. 161, inciso II, da Constituição). Lei Complementar nº 62/1989. Omissão inconstitucional de caráter parcial. Descumprimento do mandado constitucional constante do art. 161, II da Constituição, segundo o qual lei complementar deve estabelecer os critérios de rateio do Fundo de Participação dos Estados, com a finalidade de promover o equilíbrio socioeconômico entre os entes federativos. Ações julgadas procedentes para declarar a inconstitucionalidade, sem a pronúncia da nulidade, do art. 2º, incisos I e II, §§ 1º, 2º e 3º, e do Anexo Único, da Lei Complementar nº 62/1989, assegurada a sua aplicação até 31/12/2012".

> existência de omissão parcial. Todavia, **ter-se-á de reconhecer, inevitavelmente, que a *aplicação da lei*, mesmo após a pronúncia de sua inconstitucionalidade, pode ser exigida pela própria Constituição. Trata-se daqueles casos em que a aplicação da lei mostra-se, do prisma constitucional, indispensável no período de transição, até a promulgação da nova lei** (ADI 875/DF, rel. Ministro Gilmar Mendes, j. em 24.02.2010, p. 272-274)

Em relação à última hipótese, de declaração de inconstitucionalidade com efeitos retroativos (*ex tunc*), com a preservação de determinadas situações, faz-se referência àquelas situações em que, preservado o princípio da nulidade do ato inconstitucional, que é a regra adotada pelo sistema brasileiro, a decisão venha a fazer ressalvas sobre determinadas situações já consolidadas. A esse respeito discorremos no item 3.3, pois trata-se de dar proteção à situações já alcançadas pela prescrição, decadência ou respeito à coisa julgada, em homenagem ao princípio da segurança jurídica.

Abordamos, assim, os principais aspectos concernentes à modulação dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade e, então, podemos avançar para o final do nosso estudo, que é a verificação da modulação de efeitos em decisões que envolvam matéria tributária.

4 A MODULAÇÃO DAS DECISÕES EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A finalidade deste estudo reside na observação e análise da aplicação da modulação dos efeitos das sentenças de inconstitucionalidade quanto a questões de natureza tributária.

A questão é tormentosa e de especial interesse, quando a declaração de inconstitucionalidade atinge norma jurídica que fundamenta a exigência de pagamentos já efetuados em virtude da (im)possibilidade de sua restituição. Da mesma maneira, situações podem surgir que autorizem ao fisco, após a declaração de inconstitucionalidade e dependendo dos efeitos a ela atribuídos, exigir dos contribuintes eventuais valores não recolhidos.

De fato, é o que se verifica:

> Até pouco tempo atrás, a doutrina tributarista não discordava quanto à impossibilidade de qualquer tipo de restrição em relação aos efeitos “ex tunc” da decisão de inconstitucionalidade. No fundo tinha-se por receio que, em sendo possível a modulação desses, o Fisco dela se serviria para tentar impedir a restituição de tributos pagos indevidamente.
> Assim, era voz comum que toda decisão de inconstitucionalidade portava efeitos retroativos. Ocorre que, recentemente, surgiram situações em que a invalidade de uma norma tributária poderia provocar sérios reflexos negativos contra os interesses dos contribuintes. A doutrina, portanto, viu-se diante de uma delicada situação, a qual, a princípio, não poderia ser resolvida de forma diversa do que quando ocorre a obrigatoriedade de devolução pela Fazenda Pública de tributos pagos indevidamente. Especificamente, é o caso em que uma decisão de inconstitucionalidade, com efeito “ex tunc”, pode implicar no direito do Fisco de cobrar diferenças que não foram pagas, porquanto a lei inválida era mais benéfica para alguns ou todos os contribuintes do que a lei anterior (FISCHER, 2004, p. 274).

A solução para essas questões passa por um complexo processo de ponderação, em que há necessidade de sopesamento dos princípios constitucionais envolvidos no caso concreto, a determinar a mitigação do princípio da nulidade da norma inconstitucional.

Discorrendo acerca do afastamento do princípio da nulidade da norma inconstitucional e a aplicação da modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, bem como a possibilidade da modulação ocorrer em matéria tributária, Paulo Roberto Lyrio Pimenta afirma que o diferencial encontra-se nos princípios envolvidos no conflito. Assim assevera:

> (...) ao declarar a inconstitucionalidade de determinada norma, o Supremo Tribunal Federal poderá atribuir a essa decisão eficácia prospectiva, reputando válidos os atos praticados com base na norma constitucional. Para que isso ocorra, basta que, mediante o processo de ponderação concreta, conclua que o sacrifício imposto pela eficácia retroativa da decisão será excessivo, tal como o fez nos precedentes referenciados. Nada obsta que a Corte adote essa postura. Pelo contrário, a Constituição permite essa conduta, à medida

> que consagra princípios que podem colidir, prevendo implicitamente a proporcionalidade como mecanismo de solução do problema.
> Firma-se, com base em tais argumentos, uma premissa que norteará o exame dos problemas decorrentes da decisão de inconstitucionalidade da norma jurídica tributária: no direito constitucional pátrio a pronúncia de inconstitucionalidade em sede de controle abstrato pode ter eficácia retroativa ou prospectiva, dependendo das circunstâncias do caso concreto.
> Na seara tributária, a resolução do problema da eficácia temporal das decisões de inconstitucionalidade não se altera. A única peculiaridade reside nos princípios relacionados com o problema, que convivem com o princípio da nulidade da norma inconstitucional, o qual se faz presente nas situações jurídicas alcançadas pelas normas jurídicas do diversos ramos do Direito (2002, p. 95-96).

O mesmo autor também afirma, em outra passagem, que diante da invalidade de uma lei tributária e da necessidade de modulação dos efeitos dessa decisão, "no juízo de ponderação de bens comparecerá, de um lado, um princípio jurídico que protege o contribuinte, do outro o da nulidade da lei inconstitucional" (ROCHA, 2008, p. 431).

A nossa proposta é justamente verificar quais os princípios constitucionais que estão sendo observados e considerados preponderantes (ou não) para afastar o princípio da nulidade da lei inconstitucional nas declarações de inconstitucionalidade de normas de natureza tributária pelo Supremo Tribunal Federal.

Para isso, munidos de noções preliminares acerca da ponderação, traremos noções acerca dos principais princípios envolvidos nesse conflito, quais sejam, o princípio da proporcionalidade, da razoabilidade, da segurança jurídica, proteção da confiança e passaremos, a seguir, a análise de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, envolvendo matéria tributária, em que houve a aplicação do art. 27 da Lei 9.868/99 ou o seu afastamento.

4.2 PONDERAÇÃO: UM JUÍZO DE VALOR

> **Ponderar**: v.t.d. 1. Examinar com atenção e minúcia; apreciar maduramente; considerar, medir, pesar. 2. Expor, alegar (coisa importante, que merece reflexão, ponderação). 3. Ter em consideração; considerar.[18]

Da definição de Aurélio Buarque de Holanda, vemos que na linguagem comum, ponderar tem a acepção de examinar ou considerar algo com cuidado e atenção. É refletir sobre determinada situação, seus aspectos importantes e eventuais consequências.

"No direito, *ponderação* vem referindo um modo de pensar que envolve o sopesamento e a consideração a idéias contrárias, designando, sobretudo, uma forma de decidir" (ÁVILA, 2009, p. 91).

É sabido que toda decisão judicial deve ser fundamentada. Deve o intérprete, entre nós o magistrado, registrar de maneira ordenada e justificada, os argumentos que o levaram à decisão. Diante da presença de conceitos jurídicos indeterminados, que demandam preenchimento valorativo, espera-se que o intérprete o faça com bastante rigor técnico, posto que, do contrário, pode-se abrir espaço para o subjetivismo e a arbitrariedade (ÁVILA, 2009).

Para Fábio Martins de Andrade, "há aí um 'processo de preenchimento ou aproximação' entre o conceito e a realidade dos fatos apresentada no plano concreto submetido à apreciação" (2011, p. 272). Assim, uma decisão judicial "somente estará devidamente justificada por meio de um processo intelectual ordenado, em que cada argumento obtenha o seu respectivo lugar e afira o seu respectivo peso, de forma a conduzir uma determinada inferência silogística" (ÁVILA, 2009, p. 90).

Na esteira do pensamento de Ana Paula Ávila, discorre Fábio Martins de Andrade:

> Quando do exercício de ponderação que se emprega, é necessário verificar ("auditar) a correção dos valores constitucionais em aparente conflito e da atribuição de peso de cada um dentre os envolvidos e a identificação de qual deve prevalecer na situação apresentada. Não basta simplesmente ponderar, é necessário que o processo de justificação seja percorrido e capaz de fundamentar a decisão judicial tomada. (2011, p. 272).

Diante da necessidade de um juízo de valoração faz-se necessário examinar as razões que levaram o intérprete a atribuir maior ou menor valor a determinado interesse ou bem protegido pela ordem jurídica. Nesse processo de

[18] Definição de Aurélio Buarque de Holanda, *in* Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa, 1988, Rio de Janeiro, Editora Nova Fronteira, p. 516.

ponderação, há um caminho a ser percorrido pelo intérprete, que passa pela identificação dos princípios em conflito no caso em exame, a atribuição de peso (importância) a cada um deles e a determinação de qual deverá prevalecer sobre os demais (ÁVILA, 2009).

Para o nosso estudo, que envolve a complicada relação entre o fisco e o contribuinte, tendo em vista a possibilidade de manipulação dos efeitos da sentença declaratória de inconstitucionalidade pela aplicação do art. 27 da Lei 9.868/99, "releva enfocar os direitos fundamentais estabelecidos em sede constitucional, que se aplicam como princípios, no que têm de melhor" (ANDRADE, 2011, p. 273).

De fato, segundo disserta Ana Paula Ávila:

> No que concerne aos direitos, é afirmação corrente, inclusive na doutrina brasileira, que os direitos fundamentais devem ser aplicados como princípios, refletindo a circunstância de que os direitos fundamentais não são absolutos e podem, assim como os princípios, ser relativizados quando em colisão. A construção que eleva os direitos fundamentais à condição de princípios fundamentais transcende à clássica noção de que os direitos fundamentais consolidam posições que o cidadão exerce contra o Estado. Para além disso, essa construção alarga o papel dos direitos fundamentais ao considerar que: (a) a garantia jurídico-constitucional de direitos individuais não se exaure apenas em uma proteção dos direitos do cidadão, abstratamente contra o Estado, pois os direitos fundamentais personificam um sistema jurídico de valores objetivos; (b) os valores ou princípios jurídicos fundamentais irradiam-se a todos os campos do direito, e não apenas à relação entre o Estado e o cidadão; (c) os princípios, assim como os valores, tendem a colidir, e somente através da ponderação pode-se chegar a uma solução sobre qual deve prevalecer. Para efeitos da ponderação que ora interessa, basta que se identifique a norma constitucional que protege o direito em questão (2009, p. 94)

E conclui:

> O processo de justificação da decisão de inconstitucionalidade com modulação de efeitos exige que sejam fixadas, de um lado, quais as normas constitucionais violadas pela lei declarada inconstitucional e, de outro lado, quais as normas constitucionais que protegem os efeitos produzidos por essa norma durante a sua vigência. É evidente que a identificação dos princípios aplicáveis somente pode ocorrer concretamente, caso a caso (ÁVILA, 2009, p. 95).

Assim, partimos para o estudo dos princípios constitucionais de maior relevo e que podem estar presentes nos casos a serem analisados, sem a preocupação de esgotá-los. Considerando que o primeiro julgamento em matéria tributária foi concluído pela Corte Suprema em 2008, "evidencia-se que a sua jurisprudência a respeito ainda é sobremaneira embrionária, carecendo, por conseguinte, das balizas suficientes para delimitar os principais contornos permitidos e limitações reconhecidas" (ANDRADE, 2011, p. 215).

4.3 PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE

O princípio da proporcionalidade não se encontra expresso na Constituição. Antes, o seu conceito ou definição emerge dos princípios do Estado Democrático de Direito e da Supremacia da Constituição e, principalmente, da garantia aos direitos fundamentais.

Afirma Paulo Bonavides que o princípio da proporcionalidade é da natureza e expressão do controle de constitucionalidade. Assevera o autor:

> As limitações que hoje padece o legislador, até mesmo o legislador constituinte de segundo grau – titular do poder de reforma constitucional – configuram, conforme já assinalamos, a grande realidade da supremacia da Constituição sobre a lei, a saber, a preponderância sólida do princípio de *constitucionalidade*, hegemônico e moderno, sobre o velho princípio de *legalidade* ora em declínio nos termos de sua versão clássica, de fundo e inspiração liberal.
> Mas essa supremacia, introduzida de maneira definitiva pelo novo Estado de Direito, somente cobra sentido e explicação, uma vez vinculada à liberdade, à contenção dos poderes do Estado e à guarda eficaz dos direitos fundamentais. Aqui o princípio da proporcionalidade ocupa o seu lugar primordial. Não é sem fundamento, pois, que ele foi consagrado por princípio ou máxima constitucional.
> Fica assim erigido em barreira ao arbítrio, em freio à liberdade de que, à primeira vista, se poderia supor investido o titular da função legislativa para estabelecer e concretizar fins políticos. Em rigor, não podem tais fins contrariar valores e princípios constitucionais: um destes princípios vem a ser precisamente o da

> proporcionalidade, princípio não escrito, cuja observância independe de explicitação em texto constitucional, porquanto pertence à natureza e essência mesma do Estado de Direito (2001, p. 363-364).

Ana Paula Ávila menciona que apesar da doutrina ainda tratar a proporcionalidade como princípio, esta teria uma natureza distinta dos princípios. E justifica:

> Com efeito, a proporcionalidade é uma norma instrumental ou metodológica, que não entra em conflito com outras normas (diversamente dos princípios, que podem conflitar), servindo, justamente, para a análise da colisão entre princípios e para a determinação de até que ponto uma norma restritiva de um direito individual é adequada, necessária e proporcional em sentido estrito, para a promoção de outros direitos ou fins colimados pela Constituição. A proporcionalidade seria a "balança" na qual são pesados os princípios que estejam em situação de tensão, e chamar a proporcionalidade de princípio seria confundir os pesos com a balança. Daí ser denominada por Humberto Ávila de *postulado normativo aplicativo* (2009, p. 134-135).

Para Inocêncio Mártires Coelho, proporcionalidade e razoabilidade se constituem em um único princípio. Em nota de rodapé, aduz que muitos autores utilizam essas expressões indistintamente, por entenderem fungíveis os seus conteúdos, ao contrário de outros, que os tratam como princípios distintos, com singularidades próprias. Para o autor:

> (...) o princípio da *proporcionalidade* ou da *razoabilidade*, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das idéias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positivação jurídica, inclusive a de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico (MENDES, COELHO, & BRANCO, Curso de Direito Constitucional, 2008, p. 120-121).

Numa acepção restrita, "o princípio se caracteriza pelo fato de presumir a existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são levados a cabo" (BONAVIDES, 2001, p. 357).

É preciso ter em conta que para a aplicação do princípio da proporcionalidade devem-se examinar os critérios que o compõem: adequação entre meio e fim, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Por adequação, deve-se entender que os meios empregados para a realização do fim devem ser, por si só, adequados. A necessidade refere-se à existência de meios alternativos para a realização do fim e à escolha daquele que se revelar menos restritivo. Finalmente, a proporcionalidade em sentido estrito avalia a relação "custo x benefício", ou seja, define se os benefícios gerados pela promoção do fim são proporcionais às desvantagens geradas pelo meio empregado para atingi-los (ÁVILA, 2009).

Paulo Roberto Lyrio Pimenta, para quem razoabilidade e proporcionalidade são princípios distintos, aduz que "a razoabilidade funciona como critério identificador da violação do princípio da igualdade". Para o autor, há uma relação indissociável entre a razoabilidade e isonomia. A razoabilidade, entretanto, extrapola os limites do princípio da isonomia, com significação mais ampla, a não permitir restrições excessivas ou inaceitáveis, no que toca aos direitos fundamentais, ainda que observada a igualdade (2002, p. 73).

E prossegue:

> A razoabilidade manifesta-se no objeto da decisão restritiva de direitos. Esta não pode ultrapassar os limites do razoável. Obviamente que não existe um critério objetivo para identificar a medida desarrazoada. O juízo de razoabilidade é eminentemente subjetivo, a exemplo do que acontece no princípio da moralidade. Entre o razoável e o irrazoável, que são zonas opostas, existe uma zona intermediária na qual o limite entre o arrazoado e o desarrazoado é tênue. São as circunstâncias do caso concreto que vão indicar se o legislador, ao editar as normas jurídico-tributárias, ingressou ou não na zona do irrazoável (2002, p. 74.).

Finaliza o seu pensamento, indicando alguns aspectos que distinguem os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade:

> (...) a fundamentação da decisão que aplica o princípio da razoabilidade opera-se mediante constatação do que é irracional. Trata-se, portanto, de um juízo de exclusão. Em outros termos, esse princípio visa evitar o absurdo (...) Além disso, enquanto a proporcionalidade preocupa-se com a adequação meio-fim, embora a esta não se reduza, a razoabilidade lhe é indiferente. Por fim, o princípio da razoabilidade tem função de bloqueio, enquanto o da proporcionalidade tem as funções de bloqueio e de resguardo, ou seja, negativa e positiva (PIMENTA, 2002, p. 74).

Anota, entretanto, o mesmo autor, que o Supremo Tribunal Federal tem feito uso do princípio da razoabilidade tanto no sentido por ele defendido, como identificando-o com o princípio da proporcionalidade.

A conclusão de Inocêncio Mártires Coelho, acerca de ambos princípios é pontual:

> (...) esses princípios, revelam pouco ou quase nada do seu alcance, praticamente ilimitado, de que se revestem para enfrentar os desafios que, a todo instante, são lançados aos aplicadores da Constituição por uma realidade social em permanente transformação. Daí a necessidade, de resto comum a todos os instrumentos hermenêuticos, de que eles sejam manejados à luz de casos concretos, naquele interminável *balançar de olhos* entre objeto e método, realidade e norma, para recíproco esclarecimento, aproximação e explicitação (MENDES, COELHO, & BRANCO, Curso de Direito Constitucional, 2008, p. 121).

4.4 SEGURANÇA JURÍDICA E PROTEÇÃO DA BOA-FÉ

Já tivemos a oportunidade, anteriormente, de tratar do princípio da segurança jurídica[19] e de como esse princípio está ligado à proteção da confiança ou da boa fé. Singelamente, a ideia de segurança jurídica está associado à previsibilidade, certeza e estabilidade das relações sociais e a confiança gerada nos jurisdicionados.

Na definição de J.J. Gomes Canotilho:

> O princípio geral da segurança jurídica em sentido amplo (abrangendo, pois a idéia de proteção da confiança), pode formular-se do seguinte modo: o indivíduo têm do direito poder confiar em que os seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçados em normas jurídicas vigentes e válidas por esses actos jurídicos deixados pelas autoridades com bases nessas normas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico (7ª ed., 2003, p. 257).

Para Sacha Calmon Navarro Coelho:

> A segurança jurídica diz respeito à previsibilidade e a certeza de que a lei será aplicada pela Administração e pela jurisdição às situações da vida tal e qual vêm sendo aplicada, como de conhecimento geral, a permitir que o jurisdicionado planeje e ordene os seus comportamentos com confiança na lei, supondo que numa comunidade jurídica deve imperar a boa-fé como regra de decisão de todos os seus partícipes (2008, p. 465).

E, nas palavras de Fábio Martins de Andrade:

> A previsibilidade – que é o "núcleo conceitual" da noção de segurança jurídica -, por sua vez, desdobra-se em duas dimensões distintas, quais sejam: a certeza quanto à norma aplicável às relações sociais que se estabelecem (certeza jurídica ou estabilidade) e a expectativa ou confiança quanto à situação de cada um nas relações sociais de que participa (proteção da confiança) (2011, p. 276-277).

Essas definições complementam as noções já trazidas e, por si, são capazes de permitir o necessário entendimento à matéria. Assim, espera-se que ao refletir acerca dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, e do seu alcance no tempo, o princípio da segurança jurídica atue como estabilizador das relações sociais e, em se tratando da relação entre o Estado fiscal e o contribuinte, sirva como fator de proteção às situações em que o contribuinte agiu de boa-fé, em cumprimento à norma legal posteriormente invalidada, impedindo, por exemplo, que isso gere ao contribuinte uma situação mais gravosa.

Paulo Roberto Lyrio Pimenta, com sustento no escólio de César García Novoa, argumenta que a previsibilidade pode manifestar-se de duas formas: como segurança de orientação, que se traduz na segurança das regras de conduta a serem seguidas pelos contribuintes (existência de norma jurídica) e segurança de realização, ou de aplicação do direito, que significa a certeza de que as normas serão aplicadas rigorosamente dentro da descrição das hipóteses normativas, sem variação de critérios. Para o autor, no âmbito do direito tributário, o princípio da segurança jurídica atua em prol do contribuinte, ante a posição de superioridade de que goza o fisco na relação jurídica tributária. A segurança jurídica funciona, então, como um mecanismo de contenção, evitando o arbítrio estatal (2002, p. 55-56).

De fato, afirma-se:

> (...) também a modulação temporal dos efeitos da decisão judicial se limita vigorosamente em matéria tributária, sob pena de sua aplicação conduzir a violações constitucionais mais graves do que a sua inação, o que – por óbvio – é absolutamente inaceitável.

[19] Vide item 3.2.2.1

> Veremos que, nesse cenário, exercem relevante papel os princípios da confiança legítima, da boa fé e da segurança jurídica, que giram em torno do respeito aos direitos fundamentais dos contribuintes, e não em favor do Fisco, sobretudo de modo acrítico ou com base primordialmente nos tais argumentos pragmáticos ou consequencialistas (ANDRADE, 2011, p. 198-199).

Vemos, assim, que a modulação em matéria tributária, como aliás já mencionado, não difere da modulação em outras áreas do direito. Todavia, diante da perspectiva de mitigação de efeitos em declaração de insconstitucionalidade de norma tributária, conforme afirma a doutrina, via de regra, o princípio da segurança jurídica deve voltar-se à proteção do contribuinte.

5 A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Já mencionamos neste estudo, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no que tange à modulação de decisões de inconstitucionalidade no âmbito do direito tributário é ainda incipiente. São poucos os julgados em que houve, de fato, o exame da possibilidade de modulação, sendo que a doutrina mais recente aponta três casos de expressão nessa seara. Em apenas um foi aplicada a modulação dos efeitos da decisão que declarou a inconstitucionalidade, como veremos a seguir.

Entretanto, conforme anota Guilherme Cezaroti, foi na ADI nº 1.102-2/DF[20], relator o Ministro Maurício Corrêa, julgada em 05.10.1995, que a questão relativa à modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade foi suscitada pela primeira vez em processo que envolvia norma tributária. A questão foi colocada pelo Ministro relator, com base no parecer do Ministério Público Federal, propondo a adoção dos efeitos da declaração a partir da data da concessão da medida liminar (*ex nunc* mitigado). A proposta não vingou, "diante da sedimentada jurisprudência do referido tribunal em sentido contrário" (2008, p. 154-155).

Agora, ocupemo-nos do exame dos casos que serão trazidos a estudo. O primeiro deles cuida do julgamento em que se discutia o direito a crédito de IPI decorrente da aquisição de matéria-prima cuja entrada é não tributada ou sobre a qual incide alíquota zero. Trata-se do RE 353.657, em que foi relator o Ministro Marco Aurélio, julgado em 25.06.2007 e cuja ementa é a seguinte:

> IPI – INSUMO – ALÍQUOTA ZERO – AUSÊNCIA DE DIREITO AO CREDITAMENTO. Conforme disposto no inciso II do § 3º do art. 153 da Constituição Federal, observa-se o princípio da não-cumulatividade compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores, ante o que não se pode cogitar de direito a crédito quando o insumo entra na indústria considerada a alíquota zero.
> IPI – INSUMO – ALÍQUOTA ZERO – CREDITAMENTO – INEXISTÊNCIA DO DIREITO – EFICÁCIA. Descabe, em face do texto constitucional regedor do Imposto sobre Produtos Industrializados e do sistema jurisdicional brasileiro, a modulação de efeitos do pronunciamento do Supremo, com isso sendo emprestada à Carta da República a maior eficácia possível, consagrando-se o princípio da segurança jurídica.

No caso em apreço, é interessante consignar que, com essa decisão, houve mudança de orientação jurisprudencial até então firmada em âmbito nacional. Os diversos tribunais nacionais vinham decidindo pela legitimidade do creditamento, sendo que a Fazenda Nacional sempre manifestou a sua irresignação acerca da questão, havendo inúmeros recursos pendentes no STF.

---

[20] Esse acórdão possui a seguinte ementa: "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CUSTEIO DA SEGURIDADE SOCIAL: EXPRESSÕES 'EMPRESÁRIOS' E 'AUTÔNOMOS' CONTIDAS NO INC. I DO ART. 22 DA LEI Nº 8.212/91. PEDIDO PREJUDICADO QUANTO ÀS EXPRESSÕES "AUTÔNOMOS E ADMINISTRADORES" CONTIDAS NO INC. I DO ART. 3º DA LEI Nº 7.787/89.

1. O inciso I do art. 22 da Lei nº 8.212, de 25.07.91, derrogou o inciso I, do art. 3º da Lei nº 7.787, de 30.06.89, porque regulou inteiramente a mesma matéria (art. 2º, § 1º da Lei de Introdução ao Código Civil). Malgrado esta revogação, o Senado Federal suspendeu a execução das expressões "avulsos, autônomos e administradores" contidas no inciso I do art. 3º da Lei 7.787, pela Resolução nº 15, de 19.04.95 (DOU 28.04.95), tendo em vista a decisão desta Corte no RE nº 177.296-4.

2. A contribuição previdenciária incidente sobre a "folha de salários" (CF, art. 195, I) não alcança os "empresários" e "autônomos", sem vínculo empregatício; entretanto, poderiam ser alcançados por contribuição criada por lei complementar (CF, arts. 195, § 4º e 154, I). Precedentes.

3. Ressalva do Relator que, invocando política judicial de conveniência, concedia efeito prospectivo ou "ex nunc" à decisão, a partir da concessão da liminar.

4. Ação direta conhecida e julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade das expressões 'empresários' e 'autônomos' contidas no inciso I do art. 22 da Lei nº 8.212, de 25.07.91."

Na sessão de 15.02.2007, concluída a votação e diante do resultado do julgamento, com o provimento do recurso interposto pela União Federal, pelo voto favorável de seis dos onze Ministros, foi suscitada questão de ordem pelo Ministro Ricardo Lewandowski, no sentido de se atribuir efeitos prospectivos à decisão. O julgamento foi suspenso, porquanto ausentes a Ministra Ellen Gracie e o Ministro Eros Grau. Retomado o julgamento, após decisões acerca do deferimento de sustentação oral pelas partes envolvidas nos recursos e tendo entendido a Corte pela possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em sede de controle difuso, questão, aliás, já pacificada naquela oportunidade, proferiu o seu voto o Ministro Ricardo Lewandowski, no sentido de se atribuírem efeitos *ex nunc* à decisão.

Colhe-se de seu voto, a partir do trecho a seguir transcrito, que a razão do pedido da modulação foi justamente a alteração da orientação jurisprudencial. Vejamos:

> Bem, como é de conhecimento de todos, em duas ocasiões anteriores, a última em 18.02.2002, o Plenário desta Suprema Corte manifestou-se favoravelmente, por ampla maioria, ao creditamento do IPI nas operações de que tratam os recursos sob exame. E com base nessas decisões foram tomadas várias outras, de caráter monocrático, neste Tribunal, e de natureza coletiva, no Superior Tribunal de Justiça e nos Tribunais Regionais Federais.
> (...)
> Foi exatamente o que ocorreu na situação em apreço: os contribuintes, fiados em entendimento pacificado na Suprema Corte do País, por quase uma década, visto que as primeiras decisões datam do final dos anos 90, passaram a creditar-se, de forma rotineira, do IPI decorrente das operações que envolviam a entrada de insumos isentos, tributados com alíquota zero ou não tributados.
> Por tal motivo, e considerando que não houve modificação no contexto fático e nem mudança legislativa, mas sobreveio uma alteração substancial no entendimento do STF sobre a matéria, possivelmente em face de sua nova composição, entendo ser conveniente evitar que um câmbio abrupto de rumos acarrete prejuízo aos jurisdicionados que pautaram suas ações pelo entendimento pretoriano até agora dominante.
> Isto, sobretudo, em respeito ao princípio da segurança jurídica que, no dizer de Celso Antonio Bandeira de Mello, tem por escopo "evitar alterações surpreendentes que instabilizem a situação dos administrados", bem como "minorar os efeitos traumáticos que resultam de novas disposições jurídicas que alcançaram situações em curso[21].

Argumentou que do contrário, seriam impostos pesados ônus aos contribuintes, que aderiram àquela orientação jurisprudencial, o que causaria transtornos nos planos econômico e social. Adiante, ao concluir o seu voto, propondo a adoção de efeito *ex nunc* à decisão, fez alusão não somente ao princípio da segurança jurídica, já mencionado, mas também aos postulados da lealdade, da boa-fé e da confiança legítima.

Em voto-vista, o Ministro Marco Aurélio, relator, afastou a possibilidade de modulação, a uma porque em um dos recursos (na oportunidade julgava-se em conjunto também o RE 370.682/SC, em relação ao mesmo assunto) o período relativo ao creditamento pretendido era delimitado (janeiro de 1996 a agosto de 1998) e a eficácia *ex nunc* tornaria inócua a decisão da maioria, ou em suas próprias palavras "um nada jurídico".

Mas, os argumentos contrários à modulação, por ele registrados, referiam-se primeiro, ao fato de que não houvera, em momento algum, pedido de modulação pelas partes. A questão havia sido introduzida, de ofício, por integrante da corrente que no julgamento mostrou-se minoritária. Acerca desse argumento, nenhum dos integrantes da Corte se manifestou. E, segundo, porque para a aplicação do art. 27 da Lei 9.868/99 prescinde-se de declaração de inconstitucionalidade, situação inversa à dos autos. É o que se infere pela leitura do trecho a seguir transcrito de seu voto:

> Busquem a razão de ser do art. 27 da Lei nº 9.868/99. Outra não é senão a presunção de legitimidade constitucional do ato normativo, a gerar a confiança dos cidadãos em geral no que nele previsto. Declarada a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo e presentes, como pedagogicamente está no preceito, motivos de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, aí sim pode o Supremo fixar a eficácia do que decidido, mantidas as situações jurídicas que teriam sido estabelecidas a partir de lei ou do ato normativo – na espécie, iniludivelmente, inexistente – proclamado inconstitucional. O preceito que se quer aplicar por analogia, mesmo ausente a lacuna quanto ao direito questionado e objeto de decisão, pressupõe, sempre e sempre, pronunciamento no sentido da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, reconhecimento do conflito do que disciplinado com a Constituição Federal, e, neste caso, tem-se, sem o questionamento sequer de lei específica – inimaginável, portanto, o envolvimento de declaração de

[21] RE 353.657, rel. Ministro Marco Aurélio, j. 25.06.2007, p. 695-698.

> inconstitucionalidade -, a incidência do Diploma Maior no que viabilizado o crédito apenas quando cobrado certo valor na operação anterior, quando o contribuinte desembolsa quantitativo a título de tributo.
> (...)
> A preliminar é única: ante os parâmetros do julgamento ocorrido, ante a circunstância de não haver a Corte declarado a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, não surge campo para cogitar-se da fixação de efeitos do julgamento verificado a partir do trânsito em julgado que lhe dará qualidade ou de outro momento que venha a cogitar[22].

Essa questão, tratada como preliminar, foi acolhida por todos os demais integrantes da Corte, para refutar a aplicação da modulação. Em seu voto, o Ministro Eros Grau assim afirmou:

> O preceito visa a minimizar eventuais efeitos perniciosos decorrentes da retroatividade dos efeitos de declaração de inconstitucionalidade. Declarações de constitucionalidade não geram efeitos perniciosos ao operarem retroativamente. Para tanto devem existir. Declarações judiciais de constitucionalidade de qualquer porção do ordenamento apenas o confirmam, positivamente. Não se modulam declarações de constitucionalidade de leis ou atos normativos – toda a gente sabe disso.
> Pois no caso não houve, em momento nenhum, declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Esta Corte simplesmente afirmou a correção da interpretação conferida ao princípio da não-cumulatividade do IPI, adversa à postulada por alguns contribuintes do tributo. Não há nenhum sentido, portanto, em nesse caso cogitar-se de modulação de efeitos de declaração de inconstitucionalidade. Pois é certo – vou repetir – é certo que aqui não há inconstitucionalidade.[23]

Todavia, mesmo afastada a modulação, porque reconhecidamente não se cuidava de declaração de inconstitucionalidade, foi examinada a questão de mérito da modulação, sob o prisma da segurança jurídica.

E aqui releva ressaltar que o princípio da segurança jurídica, em sua interpretação ampla e flexível, serviu tanto para invocar o pleito da modulação, na medida em que se alegou que a mudança de orientação jurisprudencial traria surpresa e consequências negativas aos contribuintes, como para negar a sua aplicação, ante a constatação, pela Corte, através do trabalho levado a efeito pela Procuradoria da Fazenda Nacional, de que não havia jurisprudência consolidada e reiterada acerca do tema, pelo Supremo Tribunal Federal, com trânsito em julgado.

Em relação ao mérito da modulação, consignou o relator, Ministro Marco Aurélio, que a fixação de termo inicial para a produção de efeitos da decisão traria, entre outras consequências, uma enorme situação de injustiça. De um lado estariam os contribuintes que, à margem da legislação apropriaram-se de créditos ilegítimos e obteriam, com a modulação *ex nunc* vantagem financeira retroativa aos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação, em detrimento daqueles que, seguindo orientação prudente de seus técnicos, seriam alcançados pelos institutos da prescrição e decadência, não podendo pleitear o creditamento. Assim afirmou o relator:

> Está-se a ver que a prevalência de fixação de termo inicial para definir-se o direito, ou não, ao crédito implicará não a preservação da segurança jurídica, não o agasalho de excepcional interesse social, mas desordem desenfreada, ficando os contribuintes e os cidadãos em geral estimulados aos questionamentos em Juízo para, anos após, obterem, quem sabe, a feitura de justiça salomônica, com resultado econômico-financeiro distanciado, a mais não poder, dos ditames constitucionais e que, em última análise, será suportado por toda a sociedade.[24]

Ponderou, finalmente, que não se justificava o argumento da segurança jurídica, porquanto ainda não existia decisão com trânsito em julgado acerca do assunto, estando a matéria pendente de decisão final pelo Plenário.

Esse entendimento foi acatado por toda a Corte. O Ministro Eros Grau, em seu voto, argumentando não se cogitar de ameaça à segurança jurídica, afirmou que "o que detém força de verdade legal é a coisa julgada, cuja autoridade, quando reiterada, faz jurisprudência"[25].

Também do voto do Ministro Joaquim Barbosa, colhem-se importantes argumentos no mesmo sentido. Veja-se:

> Ademais, conquanto seja firme e necessária a tradição da Corte de honrar os seus precedentes e a orientação deles projetada, é certo que não há vedação legal à modificação de entendimento

[22] RE 353.657, rel. Ministro Marco Aurélio, j. 25.06.2007, p. 706-707.

[23] RE 353.657, rel. Ministro Marco Aurélio, j. 25.06.2007, p. 714-715.

[24] RE 353.657, rel. Ministro Marco Aurélio, j. 25.06.2007, p.708-709.

[25] RE 353.657, rel. Ministro Marco Aurélio, j. 25.06.2007, p. 715.

> jurisprudencial. O Supremo Tribunal Federal não viola a autoridade de seus precedentes. Quando muito, ajusta e evolui em sua compreensão sobre a matéria discutida.
> Assim, e respeitados os limites do sistema, as autoridades fiscais tinham plena legitimidade para buscar a mudança de orientação da Corte. A Constituição federal traz alguns mecanismos de estabilização de expectativas, que são o trânsito em julgado, para o caso específico; a declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade em controle concentrado; a adoção de Resolução pelo Senado Federal; a súmula de entendimento, com eficácia geral e vinculante; e a prescrição e a decadência. **Mas somente com o implemento de um desses mecanismos é que a expectativa contrafática do Fisco não poderia mais ser renovada com vigor**.
> Observo que nenhuma dessas formas de estabilização atingiu a questão em exame.[26] (grifos no original).

Finalmente, é interessante trazer à colação passagem do voto do Ministro Cezar Peluso, também afastando a alegada ofensa ao princípio da segurança jurídica, em face de mudança de orientação jurisprudencial. Eis o que diz:

> E, partindo da hipótese, para efeito de argumentação, que teria havido mudança da jurisprudência, eu diria que tal mudança, neste caso, embora pudesse frustrar expectativas, não causaria instabilidade nem insulto ao postulado da confiança e segurança das relações econômicas, sociais ou jurídicas, porque sua eficácia não é vinculante nem **erga omnes**, e a legislação infraconstitucional determinava comportamento contrário, isto é, não apropriação de crédito, essa, sim, com eficácia **erga omnes** e força vinculante para as autoridades, conforme determina o art. 142 do Código Tributário Nacional.
> (...)
> Os jurisdicionados não poderiam, **sponte sua**, aplicar diretamente o precedente – ou os precedentes – porque contrários à legislação infraconstitucional.[27] (grifos no original).

Tem-se, portanto, que nesse caso a modulação foi afastada não somente por não encontrar guarida a aplicação do art. 27 da Lei 9.868/99, posto faltar o pressuposto da declaração de inconstitucionalidade, mas também porque, no mérito, entendeu a Corte que a alegada "virada" no entendimento jurisprudencial não se afigurava suficiente para abalar o princípio da segurança jurídica.

Prevaleceu, diante da interpretação que se emprestou ao princípio da segurança jurídica, invocado para sustentar posições antagônicas, o entendimento de que a estabilização das decisões judiciais ocorre com o fenômeno da coisa julgada, sendo passível de mudanças a jurisprudência até então. Além disso, a fazer valer a supremacia da Constituição, uma vez afirmada a constitucionalidade da norma ou de sua interpretação, não existe a possibilidade de modulação de efeitos, porque somente a declaração de inconstitucionalidade seria capaz de gerar efeitos indesejados.

Nesse sentido, é brilhante a conclusão do Ministro Marco Aurélio, quando afirma que:

> A segurança jurídica está, na verdade, na proclamação do resultado dos julgamentos tal como formalizada – dando-se primazia à Constituição Federal e exercendo o Supremo o papel que lhe é reservado – o de preservar a própria Carta da República e os princípios que a ela são ínsitos, como o da razoabilidade e do terceiro excluído[28].

O segundo caso a ser examinado tratou da questão relativa ao prazo quinquenal para a prescrição e decadência de créditos tributários. Foram quatro recursos extraordinários submetidos ao julgamento conjunto pelo Pleno do STF, sendo três deles distribuídos ao Ministro Gilmar Mendes (RE 556.664, RE 559.882 e RE 560.626) e o RE 559.943 distribuído à Ministra Carmem Lúcia. O julgamento conjunto ocorreu em 11.06.2008, e os acórdãos possuem a seguinte ementa:

> PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. MATÉRIAS RESERVADAS À LEI COMPLEMENTAR. DISCIPLINA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. NATUREZA TRIBUTÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES PARA A SEGURIDADE SOCIAL. INCONSTITUCIONALIDADE DOS ART. 45 E 46 DA LEI 8.212/91 E DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 5º DO DECRETO-LEI 1.569/77. ECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVIDO MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.
> I. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. RESERVA DE LEI COMPLEMENTAR. As normas relativas à prescrição e à decadência tributárias têm natureza de normas gerais do direito tributário, cuja disciplina é reservada à lei complementar, tanto sob a Constituição pretérita (art. 18, § 1º, da CF de 1967/69) quanto sob a Constituição atual (art. 146, III, b, da CF de 1988). Interpretação que preserva a força normativa da

[26] RE 353.657, rel. Ministro Marco Aurélio, j. 25.06.2007, p. 724-725.

[27] RE 353.657, rel. Ministro Marco Aurélio, j. 25.06.2007, p. 737-738.

[28] RE 353.657, rel. Ministro Marco Aurélio, j. 25.06.2007, p. 711.

> Constituição, que prevê disciplina homogênea, em âmbito nacional, da prescrição, decadência, obrigação e crédito tributários. Permitir regulação distinta sobre esses temas, pelos diversos entes da federação, implicaria prejuízo à vedação de tratamento desigual entre contribuintes em situação equivalente e à segurança jurídica.
> II. DISCIPLINA PREVISTA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. O Código Tributário Nacional (Lei 5.172/66), promulgado como lei ordinária e recebido como lei complementar pelas Constituições de 1967/69 e 1988, disciplina a prescrição e decadência tributárias.
> III. NATUREZA TRIBUTÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES. As contribuições, inclusive as previdenciárias, têm natureza tributária e se submetem ao regime jurídico-tributário previsto na Constituição. Interpretação do art. 149 da CF de 1988. Precedentes.
> IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVIDO. Inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91, por violação do art. 146, III, b, da Constituição de 1988, e do parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei 1.569/77, em face do § 1º do art. 18 da Constituição de 1967/69.
> V. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO. SEGURANÇA JURÍDICA. São legítimos os recolhimentos efetuados nos prazos previstos nos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91 e não impugnados antes da data de conclusão deste julgamento.[29]

No mesmo sentido:

> DIREITO TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONALIDADE FORMAL DOS ARTIGOS 45 E 46 DA LEI Nº 8.212/91. ARTIGO 146, INCISO III, ALÍNEA B, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. MATÉRIA RESERVADA À LEI COMPLEENTAR. ARTIGOS 173 E 174 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.
> 1. A Constituição da República de 1988 reserva à lei complementar o estabelecimento de normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre prescrição e decadência, nos termos do art. 146, inciso III, alínea b, *in fine*, da Constituição da República. Análise histórica da doutrina e da evolução do tema desde a Constituição de 1946.
> 2. Declaração de inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei n. 8.212/91, por disporem sobre matéria reservada à lei complementar.
> 3. Recepcionados pela Constituição da República de 1988 como disposições de lei complementar, subsistem o prazo prescricional e decadencial p revistos nos artigos 173 e 174 do Código Tributário Nacional.
> 4. Declaração de inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc*, salvo para as ações judiciais propostas até 11.06.2008, data em que o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/91.
> 5. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento.[30]

Curiosamente, a despeito de ser o primeiro caso em matéria tributária em que se aplicou a modulação dos efeitos, da leitura dos acórdãos não se verifica o cotejo dos fundamentos que levaram à modulação na forma em que proposta e acolhida pelo plenário. Apenas o voto contrário do Ministro Marco Aurélio, vencido, que trouxe à lembrança o julgamento do caso do IPI, em que a modulação foi afastada. O voto do relator foi acolhido pelos demais Ministros, exceto pelo voto vencido do Ministro Marco Aurélio.

Anote-se, ainda, que o pleito da modulação foi feito na tribuna, por ocasião da sustentação oral da Procuradoria da Fazenda Nacional (ANDRADE, 2011, p. 413 e 420).

De fato, da leitura do voto do Mistro Gilmar Mendes, relator do caso, colhem-se como fundamentos a "repercussão e insegurança jurídica" envolvidos no caso. Vejamos:

> Diante da repercussão que o assunte envolve, eu fiz outras considerações, mas vou poupar o Tribunal dessas considerações sobre o assunto[31].
> Estou acolhendo parcialmente o pedido de modulação de efeitos, tendo em vista a repercussão e a insegurança jurídica que se pode ter na hipótese; mas estou tentando delimitar esse quadro de modo a

[29] RE 556.664, RE 559.882 e RE 560.626.

[30] RE 559.943.

[31] Talvez estivesse o Ministro Gilmar Mendes referindo-se aqui ao voto que ainda pendia de sua revisão, no dia anterior e que foi veiculado pela Revista Consultor Jurídico no dia 13.06.2008. Aos que se dispuserem à sua leitura, perceberão que este voto trazia rica fundamentação acerca da doutrina da modulação de efeitos. Todavia, permaneceu somente a parte final daquela versão, transcrita no voto oficial que compõe o acórdão. (Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-jun-13/governo_nao_usar_prescricao_10_anos_tributo>. Acesso em 05 mar.2012, 16h55).

> afastar a possibilidade de repetição de indébito de valores recolhidos nestas condições, com exceção das ações propostas antes da conclusão do julgamento.
> Nesse sentido, eu diria que o Fisco está impedido, fora dos prazos de decadência e prescrição previstos no CTN, de exigir as contribuições da seguridade social. No entanto, os valores já recolhidos nestas condições, seja administrativamente, seja por execução fiscal, não devem ser devolvidos ao contribuinte, salvo se ajuizada a ação antes da conclusão do presente julgamento.
> Portanto, reitero o voto pelo desprovimento do recurso extraordinário, declarando a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei nº 1.569 e dos arts. 45 e 46 da Lei nº 8.212, porém, com a modulação dos efeitos, **ex nunc**, apenas em relação às eventuais repetições de indébito ajuizadas após a presente data, a data do julgamento[32]. (grifo no original).

Assim, apesar de indicar como fundamento a insegurança jurídica, não houve a necessária justificativa ou debate acerca das causas que levariam à apontada insegurança jurídica. Talvez pela sua obviedade: a avalanche de ações de repetição de indébito que certamente seriam promovidas, gerando ainda maior lentidão na prestação de justiça aos jurisdicionados e, consequentemente, o vultoso valor que seria sacado dos cofres públicos para o pagamento dessas ações. Certamente a segunda razão apontada foi preponderante. A decisão ficou no meio-termo: garantiu àqueles que discutiam esses pagamentos até a data do julgamento o direito de serem restituídos e convalidou os pagamentos efetuados e não impugnados até àquela data. Uma maneira de equacionar os interesses, tanto da Fazenda Nacional, como daqueles contribuintes que, irresignados com a exigência daqueles pagamentos, há anos aguardavam pela solução da controvérsia.

Essa decisão foi alvo de intensas críticas, de todos os lados. Um argumento a desaconselhar a modulação, até por coerência com posição anteriormente adotada, colhe-se do voto do Ministro Marco Aurélio, que trouxe à reflexão o julgamento anterior, relativo à modulação de efeitos no caso do IPI alíquota zero. Naquele caso, a modulação foi rejeitada justamente porque não se reconheceu a existência de coisa julgada nas decisões que haviam sido proferidas em sentido contrário. Aqui, com mais razão, já que a decisão no sentido da inconstitucionalidade era, de fato, esperada, o que eliminaria o efeito surpresa. Consignou o Ministro que o Tribunal, naquela oportunidade,

> (...) apontou que não haveria como se cogitar de insegurança jurídica porque os pronunciamentos anteriores, estes sim a favor dos contribuintes, dos beneficiários do pleito de modulação, não teriam transitado em julgado.
> Ora, Presidente, neste caso concreto, em que a jurisprudência do Supremo, desde 1969, sempre foi no sentido de se ter como indispensável o trato da matéria mediante lei complementar – e a Lei nº 8.212, repito, é de 1991 -, não há premissa que leve o Tribunal a quase sinalizar no sentido de que vale a pena editar normas inconstitucionais porque, posteriormente, ante a morosidade da Justiça, se acaba chegando a um meio termo que, em última análise – em vez de homenagear a Constituição, de torná-la realmente observada por todos, amada por todos -, passa a mitigá-la, solapá-la, feri-la praticamente de morte.
> De mais a mais, os contribuintes que recolheram indevidamente o tributo não terão o prazo de dez anos para a ação de repetição de indébito! Disporão de cinco anos, o que já afasta gama enorme de contribuintes que teriam direito à devolução do que satisfeito à margem da ordem jurídica, considerada toda sorte de medidas coercitivas do próprio Estado.[33]

Sobre esse aspecto, pondera Fábio Martins de Andrade, "a decisão era mais do que esperada" (2011, p. 427). Com efeito, e isso foi salientado no voto do Ministro Marco Aurélio, a jurisprudência que se formou em torno da questão, era majoritária no sentido da inconstitucionalidade dos referidos dispositivos. E isso se confirmou por ter sido a decisão tomada por unanimidade de votos. Prossegue o autor:

> Por conseguinte, esta hipótese (repisar jurisprudência já pacificada há décadas pela Corte e reconhecida em todas as esferas de julgamento pelos demais tribunais do País) não se enquadra em qualquer um daqueles pressupostos capazes de ensejar a eventual modulação temporal de efeitos de uma decisão ("segurança jurídica" e "excepcional interesse social") em casos indubitavelmente excepcionais.
> Com efeito, o caso trivial e ordinário foi aqui erigido a uma excepcionalidade que não condiz com a realidade observada no mundo factual. Além disso, a "insegurança jurídica", eventualmente acarretada com o esperado pronunciamento definitivo pelo Pleno do STF no sentido contrário ao Fisco, nada mais seria do que a sedimentação, em última e irrecorrível instância, da jurisprudência aplicada nacionalmente a respeito do tema. Com a decisão final que sobreveio, no entanto, aí sim foi criada verdadeira situação de

[32] RE 556.664, rel. Ministro Gilmar Mendes, j. 12.06.2008, p. 1943-1944.

[33] RE 556.664, rel. Ministro Gilmar Mendes, j. 12.06.2008, p. 1948-1949.

> insegurança jurídica, na medida em que ela é violadora de diversos direitos fundamentais dos contribuintes. (2011, p. 428).

E não somente por isso. Vozes se levantaram criticando a insegurança jurídica como fundamento para a modulação. Entre eles, Paulo Roberto Lyrio Pimenta, que assim afirmou:

> Com o devido respeito, ousamos divergir desse posicionamento. Não vislumbramos na situação fática, objeto do precedente em estudo, a presença de qualquer princípio jurídico que justificasse uma ponderação de bens, da qual pudesse resultar a atribuição de eficácia prospectiva à pronúncia de inconstitucionalidade da lei tributária. Reconhecer a eficácia de recolhimentos de tributos realizados depois do decurso do prazo de decadência significa tutelar o interesse meramente arrecadatório. O princípio da segurança jurídica não atua em tal situação, simplesmente porque no Direito Tributário é princípio de proteção ao contribuinte (2008, p. 433).

Para Fábio Martins de Andrade, "o Supremo Tribunal Federal mostrou-se suscetível ao argumento consequencialista de cunho econômico, mesmo sem qualquer fundamento válido que o sustentasse e lhe servisse como base para uma eventual decisão devidamente motivada" (2011, p. 432). Em outras palavras, cedeu à argumentação da Fazenda Nacional, de que eventual decisão que produzisse efeitos *ex tunc,* envolveria uma cifra em torno de "R$ 96 bilhões, entre valores já arrecadados ou em vias de cobrança, e que se encontrariam nas situações previstas nos dispositivos questionados" (2011, p. 415-416). A crítica é contundente e, embora apoiada em sólidos argumentos, que se vislumbram ao longo de sua obra, pode merecer alguma reflexão.

É bem verdade que a decisão não foi suficientemente fundamentada e, exatamente aí reside a dificuldade no seu exame. Sem explicitar as razões que levariam à situação de insegurança jurídica, ficamos no campo das hipóteses. Por outro lado, da maneira como foi modulada, infere-se que houve, de fato, a preocupação com o erário, na medida em que se restringiu a possibilidade de repetição dos valores recolhidos naquela situação, exceto para as ações já ajuizadas até aquela data ou pedidos administrativos já formalizados na mesma condição.

Octávio Campos Fischer atenta para a necessidade de dupla fundamentação da decisão que autoriza a modulação. De acordo com o seu pensamento, deve-se não somente fundamentar a necessidade de restrição dos efeitos, mas também as razões que levaram à escolha do momento determinado para o início da produção dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade. E prossegue:

> Demais disto, ao menos no que se refere à matéria tributária, há necessidade de que a fundamentação seja não só calcada em elementos jurídicos, como também em dados fáticos inquestionáveis.
> Quer-se dizer, não basta alegar que uma declaração de inconstitucionalidade de tributo com efeito "ex tunc" pode ocasionar, por exemplo, lesão irreversível ao patrimônio público. É necessário, além disso, demonstrar com base em dados fáticos que se não houver restrição dos efeitos, haverá prejuízos irreparáveis para o erário público.
> Enfim, é de ser salientado que o "argumento *ad terrorem* do prejuízo", pura e simplesmente, não é suficiente para a manipulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade. Afinal, prejuízo, no sentido de diminuição do capital, sempre haverá. O que defendemos é que a restrição dos efeitos somente pode ocorrer, em matéria tributária, se os prejuízos forem de tal ordem que possam levar a uma situação irreparável em relação ao patrimônio público (2004, p. 259-260).

Certamente o Supremo errou, e muito, ao não fundamentar devidamente a sua decisão. Isso a torna suscetível a toda ordem de críticas e enfraquece a sua autoridade. Mas a preocupação com o prejuízo que se poderia verificar, acaso não modulados os seus efeitos, não era desprezível. Ao contrário, tamanha era a proporção das consequências que poderiam advir que talvez não houvesse mesmo melhor solução para o impasse. E continuamos, aqui, frise-se, no campo hipotético, porquanto, como já se disse, não há razões explícitas na decisão.

Nessa ordem de hipóteses, não consideremos somente aquele valor que, em tese, poderia ter que ser devolvido; há toda uma gama de consequências desastrosas, desde a quantidade imensurável de pedidos judiciais de repetição, que traria uma sobrecarga ainda maior ao sistema judiciário, com todo o custo a isso inerente, como da mesma maneira, os pedidos administrativos de restituição, o que ocasionaria um verdadeiro caos junto à administração. Não é possível imaginar a quantidade de pessoas que se dirigiriam aos órgãos administrativos, as filas pelo país, a dificuldade de processar todos esses pedidos, face ao imenso volume de trabalho que geraria; são algumas das consequências que pudemos, num rápido pinçar, imaginar. Certamente outras seriam somadas e poderiam levar a uma situação irreparável em relação ao patrimônio público (e não somente aos cofres públicos).

Assim, mesmo diante da ausência de fundamentação adequada à decisão, que não deixou entrever a sua real motivação, não podemos simplesmente afirmar que se deu em atenção aos interesses arrecadatórios. A gama de interesses envolvidos é muito maior, atingindo toda a sociedade e não somente aqueles que porventura tiveram restringidos eventual direito de repetição. Mas, como dissemos, são hipóteses.

E, de qualquer modo, a todos os que de alguma maneira impugnaram os recolhimentos efetuados fora do prazo quinquenal de prescrição, assegurou o Supremo o direito à restituição. Ou seja, para aqueles que haviam se insurgido em face desses pagamentos permaneceu válida a regra dos 10 anos, *contrario sensu*. Dessa maneira, chegou-se a bom termo, ao equacionamento razoável da questão, dentro da situação caótica que se vislumbrava. Afinal e com razão, ao Estado também coube a sua parcela da responsabilidade – e não foi pequena.

E isso não passou despercebido pela doutrina. O Professor Ives Gandra da Silva Martins assim colocou a questão:

> Não pode, pois, o Estado, eximir-se de sua responsabilidade – através do único Poder que impõe, com "definitividade" sua orientação e interpretação da ordem jurídica – em respeitar os direitos da cidadania. (...) Nada macularia mais a lei suprema e o regime democrático, que uma visão de deuses do Olimpo, tão própria das mais criticadas ditaduras, segundo a qual, quando o Estado erra, seja imposto ao cidadão suportar todos os ônus do equívoco, e não ao ente estatal.
> Parece-me ter sido esta a razão pela qual, assegurou, a Suprema Corte, no julgamento que levou à Súmula n. 8[34], o direito de repetir por período de dez anos o que o contribuinte pagara indevidamente, nas ações propostas até a data de sua edição.
> E neste particular estou absolutamente convencido que bem agiu a Corte, não garantindo o mesmo privilégio ao Erário, visto que é este o detentor da espada da imposição, mas garantindo-o ao que, coagido a pagar mal, ousou recorrer ao Judiciário para repetir as quantias pagas sob pressão de multas e autos de infração do Fisco (2008, p. 284).

Apesar de lamentar o fato de que a decisão carecia de melhor fundamentação, a solução final, parece-nos, equacionou a questão de maneira a resguardar os direitos daqueles que se irresignaram, preservando, ao mesmo tempo, a ordem e segurança jurídica, de um caos administrativo, financeiro e estrutural de proporções não dimensionáveis.

O terceiro e último julgamento de que cuidaremos é o RE 377.457, em que se discutiu acerca da revogação, pelo art. 56 da Lei 9.430/96, da isenção da COFINS anteriormente concedida às sociedades civis de prestação de serviços de profissão legalmente regulamentada, conforme disposto na Lei Complementar nº 70/91, em seu art. 6º, inciso II. De relatoria do Ministro Gilmar Mendes, o julgamento ocorreu em sessão plenária de 17.09.2008, o acórdão possui a seguinte ementa:

> Contribuição social sobre o faturamento – COFINS (CF, art. 195, I). 2. Revogação pelo art. 56 da Lei 9.430/96 da isenção concedida às sociedades civis de profissão regulamentada pelo art. 6º, II, da Lei Complementar 70/91. Legitimidade. 3. Inexistência de relação hierárquica entre lei ordinária e lei complementar. Questão exclusivamente constitucional, relacionada à distribuição material entre as espécies legais. Precedentes. 4. A LC 70/91 é apenas formalmente complementar, mas materialmente ordinária, com relação aos dispositivos concernentes à contribuição social por ela instituída. ADC 1, Rel. Moreira Alves, RTJ 156/721. 5. Recurso extraordinário conhecido, mas negado provimento.

Registre-se, inicialmente, que foram julgados na mesma sessão dois processos, o RE 377.457, cuja ementa foi transcrita acima e o RE 381.964, que cuidava da mesma matéria e também estava sob relatoria do Ministro Gilmar Mendes.

O caso que se colocou foi deveras emblemático. Envolveu, de início, a discussão acerca de eventual esgotamento da jurisdição do STJ, porque havia Recurso Especial sobrestado, questionando matéria infraconstitucional (revogação – Lei de Introdução ao Código Civil). A questão foi posta pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de que sendo o Supremo Tribunal Federal órgão de cúpula, não cabia ao mesmo o exame de questão prejudicial, e retorno ao STJ para exame de matéria residual infraconstitucional, posteriormente. Haveria de ser esgotada a jurisdição do STJ, antes da remessa ao STF para apreciação de recurso extraordinário. Foi vencido em sua posição, embora com menção por vários Ministros, acerca da necessidade de se repensar e refletir acerca da questão.

[34] Nessa mesma sessão de julgamento foi votada a aprovada a Súmula n. 8, em razão dessa decisão, cujo teor é o seguinte: "São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário".

O julgamento evoluiu para negar provimento ao recurso extraordinário, em desfavor dos contribuintes, reconhecendo a constitucionalidade do art. 56 da Lei nº 9.430/96 e a consequente revogação da isenção anteriormente concedida pelo art. 6º, II, da Lei Complementar 70/91. Na sessão em que foi concluído o julgamento, faltando apenas o voto do Ministro Marco Aurélio (já haviam sido proferidos oito votos pela improcedência do recurso extraordinário), sobreveio o pedido de modulação dos efeitos da decisão, feito pelos recorrentes (contribuintes).

Na sessão de julgamento, ao proferir seu voto, o Ministro Marco Aurélio, dando provimento aos recursos extraordinários (no que restou vencido juntamente com o Ministro Eros Grau), argumentou que o próprio Superior Tribunal de Justiça, tendo jurisprudência pacificada no sentido de que a lei ordinária não poderia sobrepor-se à lei complementar (e, portanto, não poderia revogar a isenção), havia editado a súmula 276[35] sobre a matéria, norteando, assim, procedimentos em geral, sendo que a questão não havia sido decidida na STF (referindo-se à ADC 1). Assim concluiu o seu voto:

> (...) Pois bem, muitos contribuintes, acreditando na postura do Estado, na segurança jurídica que os atos editados visam a implementar, deixaram de recolher a contribuição. Outros, em estágio suplantado posteriormente, atuaram procedendo a depósito e, considerada a pacificação da matéria, vieram a levantar os valores. Lucros, como ressaltado pelo jurista Hugo de Brito Machado, foram distribuídos, partindo-se da premissa de que realmente se estava, ao menos sob o ângulo formal, diante de preceito revelador da isenção.
> Como fica almejada a segurança jurídica caso prevaleça a óptica até aqui majoritária? O Estado não pode surpreender os cidadãos que atuaram de boa-fé. O Estado não pode, de uma hora para a outra, mudar direcionamento que sempre observou e vir a dar o dito pelo não dito, mitigando a forma, tão indispensável à concretização dos ideários que lhe são próprios.
> Peço vênia àqueles que entendem de modo diverso para, adentrando o fundo da matéria – refletindo sobre os valores em jogo, refletindo sobre a unidade do sistema -, prover os extraordinários. Saliento que esta Corte, ao examinar o Agravo Regimental na Reclamação nº 2.475-0/MG, consignou que o tema não restou decidido quando da apreciação da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1. É como voto na espécie[36].

O pleito da modulação sofreu a mesma crítica daquele feito no caso do IPI – alíquota zero: tratava-se de declaração de constitucionalidade, o que não possibilitaria a aplicação do art. 27 da Lei 9.868/99. Mas o Ministro Gilmar Mendes, relator, ao conduzir a questão, tratou-a como o fez no caso precedente citado, afirmando que o que se poderia cogitar, "como o Ministro Ricardo Lewandowski trouxe em outra oportunidade, era – com base numa analogia a esse princípio e com base na idéia de segurança jurídica – tentar fixar a partir de que momento".[37] E, na sequência, admitindo a possibilidade de modulação, já proferiu o seu voto, negando-a, sob o fundamento de que já havia jurisprudência do STF sobre o assunto, referindo-se à ADC 1.

A modulação foi rejeitada, tendo os ministros que assim votaram acompanhado o voto do relator, Ministro Gilmar Mendes. Não se vislumbrou, no entender dos filiados a essa corrente, fundamento que justificasse o abalo da confiança dos contribuintes, já que no STF o entendimento era contrário e conhecido. O argumento de que a jurisprudência, no STJ, era pacífica, até mesmo com a edição de súmula, não foi capaz de sustentar o pleito da modulação, com base na segurança jurídica proveniente das decisões judiciais.

Quem inaugurou o pensamento favorável ao pleito de modulação foi o Ministro Menezes Direito, que em certa passagem, durante os debates, afirmou:

> É que eu estou considerando que esta matéria foi posta no plano infraconstitucional, reiteradamente, perante o Superior Tribunal de Justiça. E perante o Superior Tribunal de Justiça a matéria foi assentada em sentido exatamente oposto àquele que nós estamos julgando agora, ou seja, numa palavra, essa diferença de posições entre o que foi assentado no plano infraconstitucional pelo Superior Tribunal de Justiça, e não é de hoje, é de muito tempo, e o que está sendo decidido neste momento, considerando que não houve decisão anterior, pode ter havido uma indicação, um indício, mas não houve, pode gerar, e aí é a sustentação que faço, uma insegurança jurídica e consequências terrificantes, porque as pessoas que vão

[35] Súmula 276 do STJ: As sociedades civis de prestação de serviços profissionais são isentas da Cofins, irrelevante o regime tributário adotado.

[36] RE 377.457, rel. Ministro Gilmar Mendes, j. 17.09.2008, p. 1885-1886.

[37] RE 377.457, rel. Ministro Gilmar Mendes, j. 17.09.2008, p. 1888.

> ser atingidas com essa decisão, é preciso considerar, não são grandes contribuintes; são pequenos contribuintes[38].

O debate é interessante e após a manifestação da Ministra Carmem Lúcia, mencionando que no caso do IPI alíquota zero a modulação havia sido negada justamente por não se evidenciar situação de jurisprudência consolidada, o Ministro Gilmar Mendes ponderou que apesar de se tratar de uma situação muito delicada, o fato era que o Supremo sempre se manifesta por último e, assim, pode entender de maneira diferente em relação a outros tribunais, revertendo a jurisprudência. E, em suas palavras, estariam, "então, condenados, sempre, a fazer a modulação de efeitos, o que me parece bastante delicado nessa hipótese"[39].

No mesmo sentido foi pronunciamento do Ministro Cezar Peluso, que acompanhando o voto do relator, Ministro Gilmar Mendes, pelo indeferimento da modulação, assim afirmou as suas razões:

> Primeiro, porque, realmente, como já sustentei em meu voto, com o devido respeito, não vi densidade jurídica que justificasse uma confiança dos contribuintes a respeito dessa tese.
> Segundo, penso que não podemos, vamos dizer, baratear o uso analógico da modulação para os julgamentos no controle dos processos subjetivos, porque, se não, vamos transformá-la em regra: toda vez que alterarmos a jurisprudência dos outros tribunais, teremos, automaticamente, por via de consequência, de emprestar a mesma limitação.
> Em terceiro lugar, no caso concreto, parece-me que, como se afirma a constitucionalidade, no fundo o Tribunal estaria concedendo moratória fiscal se limitasse os efeitos[40].

A bem da verdade, a questão posta no caso do RE 377.457 e do RE 381.964, julgados na mesma sessão, diferia daquela posta no caso do IPI alíquota zero, porque naquele o Supremo afastou a modulação por dois fundamentos: não se vislumbrou a possibilidade de modulação, porquanto de afirmação de constitucionalidade se tratava e ainda, porque no próprio STF, a questão não estava pacificada, não haviam decisões reiteradas com trânsito em julgado, que pudessem sustentar a quebra do princípio da segurança jurídica em face da "virada" de jurisprudência.

Neste julgamento foi admitida expressamente por alguns Ministros a possibilidade de modulação por analogia ao art. 27 da Lei 9.868/99 em seus respectivos votos, e esse julgamento pode até ser considerado precedente, nessa matéria em particular[41]. Mas, voltando ao mérito da modulação, havia posição consolidada na jurisprudência do STJ, inclusive com súmula editada, no exame da matéria com enfoque infraconstitucional. Havia também, por outro lado, entendimento contrário, já manifestado pelo Supremo, por ocasião do julgamento da ADC 1. A Corte entendeu que, tendo sido a questão decidida sob o prisma constitucional, houve sim a coerência com o entendimento já manifestado por aquele órgão de cúpula, que culminou em entendimento diverso daquele manifestado pelo STJ, quando apreciava a questão sob o prisma infraconstitucional.

A alteração de entendimento jurisprudencial, nesse caso, pode ocorrer como decorrência natural do exame da questão pelo Supremo Tribunal Federal, cujo entendimento não está vinculado aos demais tribunais, sequer ao STJ. Por ser órgão cuja manifestação é final e soberana, a possibilidade de alteração da jurisprudência é algo que pode e deve ser esperado, insuscetível de causar surpresa inesperada aos contribuintes, não afetando a confiança legítima do jurisdicionado.

Assim, exatamente para a preservação do princípio da segurança jurídica prevaleceu, como deveria, mais uma vez, a retroatividade dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, não se vislumbrando razões que pudessem justificar a mitigação dos efeitos da decisão, frente ao postulado da nulidade da norma inconstitucional, ainda que tenha sido admitida a modulação por analogia ao art. 27 da Lei 9.868/99.

---

38 RE 377.457, rel. Ministro Gilmar Mendes, j. 17.09.2008, p. 1893-1894.

39 RE 377.457, rel. Ministro Gilmar Mendes, j. 17.09.2008, p. 1895.

40 RE 377.457, rel. Ministro Gilmar Mendes, j. 17.09.2008, p. 1903.

41 O próprio Ministro Menezes Direito, sustentando a sua posição favorável à modulação nesse julgamento, por aplicação analógica ao art. 27 da Lei n. 9.868/99, já se referiu ao caso do IPI alíquota zero como precedente nesse sentido (cf. RE 377.457, rel. Ministro Gilmar Mendes, j. 17.09.2008, p. 1895-1896).

CONCLUSÃO

De tudo quanto se pode aferir, ao longo deste estudo, percebe-se que o Supremo Tribunal Federal tem agido com muito cuidado e parcimônia em relação à aplicação do art. 27 da Lei 9.868/99, ao contrário do que ocorre em Portugal, onde "o Tribunal Constitucional tem aproveitado (de forma excessiva) esta possibilidade expressamente conferida pela Constituição, restringindo os efeitos normais da inconstitucionalidade" (CANOTILHO, 7ª ed., 2003, p. 1017).

O dogma da nulidade da lei inconstitucional tem sido afastado em casos excepcionais, como os mencionados no decorrer deste trabalho, sendo que o princípio da segurança jurídica tem sido o esteio de todas as decisões, tanto para justificar a modulação como para afastá-la, seja em processos subjetivos ou nas ações diretas de inconstitucionalidade.

Em matéria tributária não acontece diferente. Apesar de ainda embrionária, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nos indica uma posição conservadora, de manutenção da retroatividade dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Como vimos, em apenas um caso de declaração de inconstitucionalidade de norma tributária a modulação foi aplicada. E a mitigação dos efeitos da decisão foi apenas parcial, salvaguardando o direito de repetição ou restituição àqueles que haviam impugnado referidas cobranças, em que pese a ausência de fundamentação explícita na decisão, em relação à insegurança jurídica que se verificaria acaso não modulados os efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Não se verifica tendência à utilização da modulação de maneira banal e corriqueira; ao contrário, as decisões do Supremo Tribunal Federal, guardião que é da Constituição, demonstram a seriedade com que a questão vem sendo tratada. Deixam entrever claramente que a manipulação dos efeitos não atinge o princípio da supremacia da Constituição, preservado na proteção e manutenção dos valores constitucionais.

Como afirmamos no início, buscamos com este trabalho não somente chamar a atenção para um tema de intensos debates na atualidade, já que grandes questões tributárias deverão ser objeto de decisão da Corte Suprema nos próximos anos, mas deixar alguma contribuição que possa servir de estímulo à contínua reflexão e ao aprofundamento deste estudo.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Fábio Martins de. *Modulação em Matéria Tributária. O argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico e as decisões do STF.* São Paulo: Quartier Latin, 2011.

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

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 11ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

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

CAPELETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado.* 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário.* 27ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

CEZAROTI, Guilherme. *Declaração de Inconstitucionalidade e Modulação de Efeitos Temporais da Decisão em Matéria Tributária.* In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário.* São Paulo: Dialética, 12º vol., 2008, p. 148-166.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro.* 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *A Modulação dos Efeitos Temporais das Decisões Constitucionais em Matéria Tributária*. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário.* São Paulo: Dialética, 12º vol., 2008, p. 463-474.

FERNANDES, André Dias. *Eficácia das decisões do STF em ADIN e ADC:Efeito vinculante, coisa julgada erga omnes e eficácia erga omnes.* Salvador: JusPODVIN, 2009.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade.* 5ª ed. São Paulo: RT, 2004.

FISCHER, Octavio Campos. *Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no direito tributário brasileiro.* Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional.* São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *A Súmula n. 8 e os Efeitos Prospectivos das Decisões da Suprema Corte*. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário.* São Paulo: Dialética, 12º vol., 2008, p. 270-285.

_____. MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade. Comentários à Lei 9.868, de 10-11-1999.* 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

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

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

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade.* 2ª ed. São Paulo: RT, 2001.

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

_____. *A Modulação da Eficácia Temporal da Decisão de Inconstitucionalidade da Lei Tributária em Controle Difuso*. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário.* São Paulo: Dialética, 12º vol., 2008, p. 417-435.

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

WILLOUGHBY, Westel Woodbury. *The Constitucional law of the United States,*vol. 1 New York, 1910, p. 9-10; *apud* MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade. Comentários à Lei 9.868, de 10-11-1999.* 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 495.

REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS

RE 78.209/SP, rel. Min. Aliomar Baleeiro, j. em 04.06.1974. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=173630>. Acesso em 06 nov. 2011 às 15h02.

RE 78.594/SP, rel. Min. Bilac Pinto, j. em 07.07.1974. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=173998>. Acesso em 06 nov. 2011 às 14h46.

RE 105.789-1, Rel. Min. Carlos Madeira, j. em 15.04.1986. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=197575>. Acesso em 06 nov. 2011, às 15h15.

RE 122.202, rel. Min. Francisco Rezek, j. em 10.08.1993. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=207468>. Acesso em 06 nov. 2011, às 15:24.

RE 197.917-5, rel. Min. Maurício Correa, j. em 24.03.2004. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=235420>. Acesso em 01 mar. 2012, às 14h47.

RE 276.546-5/SP, rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 31.03.2004. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=259656>. Acesso em 09 mar. 2012, às 23h36.

RE 353.657-5, rel. Min. Marco Aurélio, j. em 25.06.2007. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=513677>. Acesso em 01 mar. 2012, às 14h46.

RE 377.457-3\PR, rel. Ministro Gilmar Mendes, j. em 17.09.2008. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570335>. Acesso em 05 mar. 2012, 09h42.

RE 381.964-0\MG, rel. Ministro Gilmar Mendes, j. em 17.09.2008. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=581065>. Acesso em 05 mar. 2012, 09h43.

RE 442.683-8/RS, rel. Min. Carlos Velloso, j. em 13.12.2005. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=368474>. Acesso em 01 mar. 2012, às 14h48.

RE 556.664-1\RS, rel. Ministro Gilmar Mendes, j. em 12.06.2008. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=561617>. Acesso em 05 mar. 2012, 09h37.

RE 559.882-9\RS, rel. Ministro Gilmar Mendes, j. em 12.06.2008. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=561661>. Acesso em 05 mar. 2012, 09h38.

RE 559.943, rel. Ministra Carmen Lúcia, j. em 12.06.2008. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=551049>. Acesso em 05 mar. 2012, 09h40.

RE 560.626-1\RS, rel. Ministro Gilmar Mendes, j. em 12.06.2008. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=567931>. Acesso em 05 mar. 2012, 09h39.

ADC 1/DF, rel. Min. Moreira Alves, j. em 01.12.1993. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=881>. Acesso em 09 mar. 2012, 23h34.

ADI 875/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 24.02.2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610258>. Acesso em 01 mar. 2012, às 14h49.

ADI 1.102-2\DF, rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 05.10.1995. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266657>. Acesso em 05 mar. 2012, às 10h24.

ADI 2.904-5/PR, rel. Min. Menezes Direito, j. em 15.04.2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=603019>. Acesso em 01 mar. 2012, às 14h50.

ADI 3.601-7/DF ED, rel. Min. Dias Toffoli, j. em 09.09.2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617937>. Acesso em 01 mar. 2012, às 14h51.

ADI 4071-5 Agr/DF, rel. Min. Menezes Direito, j. em 22.04.2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=604046>. Acesso em 05 mar. 2012, 09h46.

THE MODULATION EFFECTS OF THE DECISION OF UNCONSTITUTIONALITY ON TAX MATTERS

ABSTRACT: *In Brazil, the control of constitutionality of law is held by the Judiciary, by diffuse system, when there is a concrete case, as well as by concentrated system, through direct action of unconstitutionality. Although we have adopted a mixed system of judicial review, the theory of nullity has prevailed among us, according to which, once declared the unconstitutionality, the effects of that judgment retroact to the time of edition of the norm. However, during the period of time that it's considered valid, that specific norm declared unconstitutional produces effects, ruling over situations and exercising its authority through relations, which annihilation can be problematic and involves consequences sometimes even more harmful than maintaining the situation that conflicts with the constitutional order. The possibility of harmonization of the effects on the decisions issued under judicial review occurs before the necessity to preserve such effects and it has already been adopted by the Supreme Federal Court in exceptional situations. With the edition of the law 9.868/99, keeping the exceptionality of the measure, there was an extension of the possibility of the establishment of the moment of production of the effects of the declaration of unconstitutionality, for another moment that comes to be fixed, even posteriorly to the final judgment. In tributary issue the subject becomes specially complex and fragile, considering the impossibility of refunding of the collected values by means of a norm which was later declared unconstitutional, once its inspection is full of particular interest e utility, and circumstances allow visualize the directions and tendencies of the Supreme Court in this field.*

KEYWORDS*: Control of Constitutionality; Declaration of Unconstitutionality; Modulation of Effects.*

Trabalho indicado para publicação em 08/05/2012.
Aceito para publicação em 29/03/2013.



Este trabalho foi licenciado sob uma Licença Creative Commons Atribuição 3.0 Não Adaptada.

Publicação original disponível em:
http://www.esdc.com.br/seer