

**MODULAÇÃO DE EFEITOS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO  
MODULATION OF EFFECTS IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM**

*Maceno Lisboa da Silva<sup>1</sup>*

**Resumo:** O artigo 27 da Lei 9.868/99 conferiu ao Supremo Tribunal Federal a faculdade de, por maioria de dois terços de seus membros e com base em razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, atribuir efeitos prospectivos às decisões declaratórias de inconstitucionalidade. Criou-se, assim, uma exceção à tradicional regra da retroatividade dessas decisões, que vinha sendo adotada no sistema jurídico brasileiro. Entretanto, o referido dispositivo legal passou a enfrentar inúmeras críticas da doutrina, uma vez que possibilitou que fossem modulados os efeitos com base nos conceitos jurídicos indeterminados de segurança jurídica e de excepcional interesse social. O objetivo dessa pesquisa visa analisar os parâmetros constitucionais de aplicação da modulação temporal de efeitos nas decisões judiciais. A pesquisa adotou como metodologia o método dedutivo e as técnicas de investigação empregadas foram a revisão bibliográfica e a análise jurisprudencial. Em suas conclusões, a pesquisa respondeu se seria adequado modular os efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade em desfavor de direitos fundamentais. Assim, com a elaboração do presente estudo, pretende-se contribuir para o debate acerca dos parâmetros constitucionais de realização da modulação de efeitos pelo Supremo Tribunal Federal.

**Palavras-chave:** Modulação temporal de efeitos; segurança jurídica; excepcional interesse social.

**Abstract:** The article 27 of Law number 9.868/99 authorized the Federal Supreme Court to, by a majority of two-thirds of its members and on grounds of legal certainty or exceptional social interest, assign prospective effects to declarative decisions of unconstitutionality. This created an exception to the traditional rule of retroactivity of these decisions, which had been adopted in the Brazilian legal system for a long time. However, this legal provision came to face a number of criticisms by the doctrine, since it allowed the effects to be modulated based on vague legal concepts like “legal certainty” and “exceptional social interest”. The objective of this research is to analyze the constitutional parameters for the application of temporal modulation of effects in judicial decisions. The research adopted as methodology the deductive method and the techniques used were the bibliographical review and the jurisprudential analysis. In its conclusions, the research answered whether it would be appropriate to modulate the effects of declaratory decisions of unconstitutionality against fundamental rights. Thus, with the elaboration of the present study, it is intended to contribute to the debate about the constitutional parameters of realization of the modulation of effects by the Federal Supreme Court.

**Keywords:** Temporal modulation of effects; legal certainty; exceptional social interest.

---

<sup>1</sup>Graduado em Direito pelo UniRitter, com a distinção de Láurea Acadêmica e o Prêmio Presidente Justino Vasconcellos, pós-graduado em Direito Tributário na UniRitter e Advogado tributarista. OAB/RS 111315.

## **1 INTRODUÇÃO**

A declaração de invalidade das normas inconstitucionais originou uma discussão acentuada em torno da natureza dos efeitos decorrentes da decisão de inconstitucionalidade, resultando no confronto entre as teses da anulabilidade e da nulidade do ato inconstitucional. No sistema jurídico brasileiro, entretanto, prevaleceu na doutrina e na jurisprudência a tese da nulidade do ato inconstitucional, sendo que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a alçou à condição de dogma.

Contudo, a regra geral da nulidade do ato declarado inconstitucional vem sendo, paulatinamente, revista pela lei, pela jurisprudência e pela doutrina brasileira. Nesse contexto, destaca-se o artigo 27 da Lei nº 9.868/99 que conferiu a faculdade de o Supremo Tribunal Federal, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, 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. Assim sendo, o legislador criou uma exceção à tradicional regra de nulidade adotada no sistema jurídico brasileiro, afastando-se de um modelo rígido e absoluto em que se adotava apenas uma natureza jurídica a ser atribuída ao ato inconstitucional.

Nesse sentido, o problema de pesquisa proposto consiste em analisar os parâmetros constitucionais de aplicação da modulação temporal de efeitos nas decisões judiciais. Para alcançar este objetivo foi adotada majoritariamente como metodologia de pesquisa a análise bibliográfica e jurisprudencial, que serve de base para as soluções propostas ao problema de pesquisa e à conclusão da presente pesquisa. Além disso, valendo-se do método dedutivo, é realizada uma análise das normas e princípios contidos na Constituição que devem iluminar as decisões do Supremo Tribunal Federal para embasar uma eventual modulação de efeitos, para que sirvam de parâmetro abstrato para as decisões concretas dessa natureza.

Tais premissas permitirão conclusões a respeito da utilização da modulação de efeitos pelo STF, respondendo em quais situações seria permitido ao Poder Judiciário utilizar a modulação temporal de efeitos na área tributária, inviabilizando a repetição de indébito. Com isso, pretende-se contribuir para o debate sobre os parâmetros de realização da

## Volume 7 – Número 1 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

modulação temporal de efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal e os critérios de utilização da argumentação nessas decisões judiciais.

### 2 A NATUREZA JURÍDICA DO ATO INCONSTITUCIONAL E SEUS EFEITOS

A falta de validade de uma norma inconstitucional originou uma discussão acentuada em torno dos efeitos decorrentes da decisão que declara sua inconstitucionalidade, destacando-se o confronto de duas teses que pretendem definir a natureza do ato inconstitucional. Desse modo, de um lado encontra-se uma tese que define que o ato inconstitucional seria nulo, enquanto a outra tese define o ato inconstitucional como anulável.

Com efeito, a primeira tese foi idealizada por John Marshall no julgamento do célebre caso *Marbury versus Madison*, em 1803, oportunidade em que se estabeleceu que a decisão que declara a inconstitucionalidade de determinado ato normativo produz seus efeitos retroativamente, desfazendo todos os atos passíveis de retroação que tivessem sido produzidos durante sua vigência. Para Luís Roberto Barroso (2016, p. 38), os defensores dessa tese o raciocínio seria lógico, pois se a Constituição está no topo do ordenamento jurídico, sendo considerada uma lei suprema, admitir que seja aplicada uma lei incompatível com ela seria violar sua supremacia. Assim, a tese da nulidade do ato inconstitucional seria derivada da própria supremacia da Constituição.

Por outro lado, em oposição à tese de nulidade, encontra-se a tese da anulabilidade do ato inconstitucional, que foi idealizada por Hans Kelsen, para quem o ato normativo declarado inconstitucional é apenas anulável e, sendo assim, todos os efeitos produzidos durante sua vigência devem ser preservados. Dessa forma, a decisão que declarou a inconstitucionalidade do ato normativo teria natureza constitutiva negativa e produziria efeitos *ex nunc*, não retroagindo ao momento que surgiu a lei.

Entretanto, Conforme Barroso (2016, p. 41), inspirados em Rui Barbosa, diversos juristas defendem que deve ser empregada, no sistema jurídico brasileiro, a tese da nulidade do ato inconstitucional que, consoante Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva (2009, p. 256), fundada na doutrina americana do “*theinconstitutionalstatuteisnotlawatall*”, equipara inconstitucionalidade e nulidade. Mas, foi a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que alçou a tese da nulidade do ato inconstitucional à condição de dogma, ao pacificar

## Volume 7 – Número 1 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

entendimento no sentido de que há necessidade de retroação dos efeitos da decisão, deixando clara, nesse sentido, a equiparação do ato normativo inconstitucional ao ato nulo. Tal constatação fica evidente no julgamento da ADI nº 652/MA, oportunidade que o Ministro Celso de Mello declarou em seu voto que (BRASIL, 2017, p. 07):

Atos inconstitucionais são, por isso mesmo, nulos e destituídos, em consequência, de qualquer carga de eficácia jurídica. Esse tem sido o entendimento doutrinário compatível com o sentido das Constituições rígidas, tal como a que hoje vigora no Brasil. E diversa não tem sido, nesse tema, a orientação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, cujo magistério, de um lado, sublinha a nulidade plena do ato inconstitucional, e, de outro, proclama – a partir de sua absoluta ineficácia jurídica – o caráter retroativo da declaração judicial que reconhece a sua incompatibilidade hierárquico-normativa com a Lei Fundamental.

Percebe-se que, embora não haja na Constituição Federal nenhum dispositivo atribuindo expressamente efeitos retroativos às decisões que declaram a inconstitucionalidade de atos normativos, por muito tempo a doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconheceram a prevalência da tese da nulidade do ato inconstitucional, cabendo destacar, nesse sentido, que Clèmerson Merlin Clève (2000, p. 245-246) chegou a argumentar que a referida tese assumiria até mesmo a função de princípio constitucional implícito. Contudo, a tese da nulidade do ato inconstitucional vem, paulatinamente, sendo mitigada pela jurisprudência e pela doutrina brasileira, mesmo que de forma excepcional, para preservar valores como boa-fé, justiça e segurança jurídica.

Nesse sentido, destaca-se o voto do Ministro Leitão de Abreu no julgamento do RE nº 79.343/BA (BRASIL, 1977), ocorrido em 31 de maio de 1977, em que o recorrente alegava que, afastada a tese da renúncia tácita, o acórdão do Tribunal de Justiça da Bahia era fundamentado em decreto-lei declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. No referido voto, o Ministro, após expor a orientação dominante de que é nulo o ato inconstitucional, esclareceu os termos em que pretendia divergir, afirmando que, em determinadas situações, a tutela da boa-fé exige que se avalie, prudencialmente, até que ponto a retroatividade da decisão que declara a inconstitucionalidade pode atingir as partes de modo a prejudicá-las. Embora tenha sido vencido, o voto do Ministro Leitão de Abreu demonstra que, naquela época, já se discutia a questão de adotar, em determinados casos, a tese da anulabilidade de efeitos do ato inconstitucional.

## Volume 7 – Número 1 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

Dessa forma, nota-se que o Supremo Tribunal Federal já vinha se manifestando no sentido de mitigar a tese da nulidade do ato inconstitucional, de forma a preservar valores como boa-fé, justiça e segurança jurídica, adotando, em relação ao regime de efeitos temporais, uma espécie de “interpenetração” dos modelos de nulidade e anulabilidade do ato inconstitucional, por meio de técnicas alternativas, normativas e jurisprudenciais em relação à aplicação da tese da nulidade e, por conseguinte, abandonando o modelo de regra geral, exclusiva e absoluta para adotar um modelo de regra geral que comporte exceções. Assim, embora a tese da nulidade tenha prevalecido na doutrina e na jurisprudência como regra geral, a jurisprudência nunca desconheceu a necessidade de se adotar, em determinados casos, a mitigação da referida tese.

Ocorre que, embora a atribuição de efeitos *ex nunc* já tenha aparecido em alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal, como já mencionado, essa questão da eficácia temporal prospectiva da decisão declaratória de inconstitucionalidade somente deixou de ser latente com a edição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99, momento em que a modulação temporal de efeitos passou a ter previsão legal. Todavia, acontece que com a edição do referido dispositivo legal, somado ao fato de que a Constituição de 1988 já havia conferido ao STF as funções de tribunal constitucional, órgão de cúpula do Poder Judiciário e foro especializado, o Supremo Tribunal Federal teve seu papel político reforçado, tornando-se uma instituição singular em termos comparativos, particularidade do arranjo institucional brasileiro que Oscar Vilhena Vieira (2008, p. 59) denominou de supremocracia.

Não obstante tais constatações do referido autor, ressalta-se que, considerando que o Supremo Tribunal Federal já vinha entendendo por fixar efeitos prospectivos em determinadas situações excepcionais, pode-se dizer que o artigo 27 da Lei 9.868/99 acabou restringindo a atuação do Supremo, uma vez que passou a exigir o preenchimento dos requisitos de segurança jurídica e excepcional interesse social, além de estabelecer, como requisito procedimental, a manifestação de, no mínimo, dois terços dos Membros do Supremo Tribunal Federal (8 votos), ao contrário do que ocorria antes da edição do referido dispositivo legal em que o STF possuía uma faculdade de atribuir efeitos *ex nunc* às decisões de inconstitucionalidade, que poderia ser exercida pela maioria absoluta de seus membros (6 votos), caso fosse seguida a determinação do artigo 97 da Constituição Federal, o que se leva a concluir que o artigo 27 da Lei 9.868/99 reforçou o caráter excepcional desta medida.

## Volume 7 – Número 1 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

Cumpra, assim, analisar no próximo capítulo como operou-se a regulamentação da modulação temporal de efeitos pelo artigo 27 da Lei nº 9.868/99.

### 3MODULAÇÃO TEMPORAL DE EFEITOS DAS DECISÕES DO STF

A edição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99 não significou a ruptura do modelo tradicional de jurisdição constitucional de eficácia *ex tunc* adotado no Brasil para decisões declaratórias de inconstitucionalidade, mas apenas introduziu algumas situações em que o Supremo Tribunal Federal pode, excepcionalmente, modular tais efeitos, mantendo, desse modo, como regra geral a retroatividade dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade ao momento de origem da norma. Isso se justifica porque, em determinadas situações, a aplicação cega e irrestrita da regra da nulidade do ato inconstitucional pode representar uma violação ainda maior aos valores fundamentais do sistema constitucional. Aliás, esse é o entendimento predominante da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2017, p. 10):

Tal realidade não significa uma ruptura do modelo brasileiro de jurisdição constitucional com a regra tradicional de eficácia *extunc* das decisões declaratórias de inconstitucionalidade. Afinal, como o próprio rótulo sugere, uma decisão declaratória se limita a certificar um estado – de fato ou de direito – preexistente, sendo-lhe natural a produção de efeitos retroativos. Ademais, em matéria de jurisdição constitucional, a eficácia retrospectiva é verdadeiro corolário lógico do princípio da supremacia da Constituição, que não se coaduna com o reconhecimento da validade de uma lei inconstitucional, ainda que por período limitado de tempo. Sem embargo, em reiteradas ocasiões a aplicação cega e irrestrita da regra da nulidade poderia representar – antes que um remédio – um verdadeiro agravamento da ofensa aos valores fundamentais mais básicos do sistema constitucional.

No entanto, os defensores da prevalência da tese da nulidade argumentam que reconhecer atos inconstitucionais, mesmo que de forma excepcional, em determinados casos, seria romper com a supremacia constitucional, pois seria reconhecida por certo período como eficaz uma norma inferior que desacatou a Constituição Federal. Nesse sentido, houve, inclusive, questionamentos sobre a constitucionalidade do artigo 27 da Lei 9.868/99, o que culminou no ajuizamento das ADIs nº 2.258 e 2.154. Todavia, salienta-se que a tese da nulidade não se confunde com a supremacia constitucional, mas somente se trata de uma técnica que visa assegurar essa supremacia, pois, conforme Ana Paula Ávila afirma (2009, p. 67-68) “repete e reforça a racionalidade prescrita naquele postulado: se for contrário à

## Volume 7 – Número 1 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

Constituição, não vale, não valeu e nem produz, nem produziu qualquer efeito”. Dessa forma, não se pode falar em rompimento com a supremacia da Constituição nos casos em que foi atribuído efeito *ex nunc* às decisões declaratórias de inconstitucionalidade, porquanto a modulação temporal de efeitos também visa resguardar determinações constitucionais.

De qualquer forma, o artigo 27 da Lei 9.868/99 não deve ser interpretado em desarmonia com a tese da nulidade do ato inconstitucional que, como já explicado, continua a ser a regra geral em relação aos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, mas como sendo a exceção dessa regra, sendo aplicada quando a retroação dos efeitos provocados pela declaração de inconstitucionalidade gerar uma situação ainda mais afastada da vontade constitucional do que o reconhecimento dos efeitos da norma inválida. Entretanto, o referido dispositivo legal também passou a enfrentar críticas no que tange a uma possível atribuição de conveniência e oportunidade dada ao Supremo Tribunal Federal para interpretar a aplicação do referido dispositivo legal, já que ele traz, em sua redação, dois conceitos indeterminados como requisitos de aplicação da modulação.

Ocorre que, no caso dos conceitos jurídicos indeterminados, o julgador atua de forma a colaborar com a construção do sentido da norma a partir de elementos colhidos da situação fática a ser decidida e, assim, o intérprete atua constantemente na construção da norma diante do caso concreto, visto que ela não apresenta uma solução pronta e prefixada em lei. É justamente essa indeterminação que permite ao julgador agir com uma certa margem de discricionariedade de valorização, podendo interpretar a realidade concreta da situação com certa liberdade e, assim, permitindo-lhe que busque a solução específica para cada caso fora da própria norma a ser aplicada. Dessa forma, para a aplicação do artigo 27 da Lei 9.868/99 em conformidade com a Constituição, faz-se necessária a rigorosa análise dos princípios que justificam a manutenção dos efeitos do ato inconstitucional e dos princípios que fundamentam a rejeição do ato e de seus efeitos. Nesse sentido, aliás, a Professora Ana Paula Ávila (2009, p. 89) defende que:

A aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados do art. 27 pressupõe, portanto, a análise dos princípios e *topoi* que suportam a manutenção do ato ou de seus efeitos, bem como o exame dos princípios e *topoi* que sustentam a rejeição do ato e de seus efeitos. Identificados todos esses *topoi*, surge a necessidade de hierarquizá-los, definindo o que prevalece naquela situação concreta. Nesse percurso, faz-se necessário o exame de casos na jurisprudência e, verificando a ponderação realizada caso a caso, determinar quais os comportamentos necessários não só para a

## Volume 7 – Número 1 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

realização do princípio da segurança jurídica, como também para uma congruência no maior grau possível com o sistema constitucional.

Dadas essas circunstâncias, pode-se afirmar que a constitucionalidade da modulação de efeitos das decisões que declaram a inconstitucionalidade depende da forma que for aplicado o artigo 27 da Lei 9.868/99. Nesse sentido, passa-se a analisar no capítulo seguinte quais os parâmetros de aplicação do artigo 27 da Lei 9.868/99 de forma constitucional.

### **4 OS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS PARA A MODULAÇÃO TEMPORAL DE EFEITOS**

De fato, é inegável que em determinadas situações a atribuição de efeitos retroativos às decisões de inconstitucionalidade pode levar à violação de direitos constitucionais efetivados durante a vigência da lei inválida, sendo necessária a criação de uma exceção a tradicional regra de atribuição de efeitos *ex tunc* às decisões declatórias de inconstitucionalidade. No entanto, em virtude dos requisitos materiais para aplicação da modulação temporal de efeitos serem conceitos indeterminados, parte da doutrina argumenta que o referido dispositivo legal deixa margem de interpretação para o Supremo Tribunal Federal definir quando e em que situações iria reconhecer os efeitos derivados das normas declaradas inconstitucionais, permitindo, assim, que a supremacia da Constituição seja violada.

Dessa forma, percebe-se que a grande questão que envolve a constitucionalidade ou não do artigo 27 da Lei 9.868/99 depende da forma de sua concretização, de modo a demonstrar em que situação a preservação dos efeitos de determinada norma declarada inconstitucional não viola a supremacia da Constituição. Nesse sentido, a Professora Ana Paula Ávila (2009, p. 91) propõe que seja adotada a técnica da ponderação entre as normas constitucionais que justificaram a declaração de inconstitucionalidade e as normas constitucionais que justificaram a preservação dos efeitos da norma inconstitucional.

Esse procedimento de ponderação proposto pela autora seria dividido em três fases, sendo que, na primeira fase, seriam identificados e analisados os princípios, valores, direitos, interesses e bens jurídicos que estejam em conflito, tratando-se, desse modo, da identificação do objeto da ponderação. Na segunda fase, seria atribuído peso e importância a cada princípio objeto da ponderação e, na terceira fase, seria determinada a prevalência de um princípio

## Volume 7 – Número 1 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

sobre os demais. Logo, é nas duas últimas fases que a argumentação jurídica desempenha “um papel fundamental para a justificação da atribuição de peso ou de valor a cada um dos tópicos que constituem o objeto da ponderação” (ÁVILA, 2009, p. 92). Desse modo, se a ponderação indicar que invalidar os efeitos da norma incompatível com a Constituição geraria uma situação ainda mais contrária à Constituição Federal do que mantê-los, o Supremo Tribunal Federal poderia modular os efeitos dessa decisão que declarou a inconstitucionalidade.

Entretanto, não é a supremacia da Constituição que será ponderada, porquanto, como já foi explicado, a supremacia da Constituição não se sujeita à ponderação sob pena de se romper com o sistema constitucional, situação que não é permitida pela lógica do Estado Democrático de Direito, mas essa ponderação consistirá, tão somente, no enfrentamento de duas normas constitucionais acerca dos efeitos a serem atribuídos pelo controle de constitucionalidade e, dessa forma, Conforme afirma Antônio Alves Pereira Netto (2015, p. 110) esse exame não ultrapassará a seara da Constituição. Aliás, já houve decisão do Supremo Tribunal Federal acatando o magistério de Ana Paula Ávila (BRASIL, 2017, p. 18 e 31):

Portanto, não se excepciona a incidência da Constituição, na verdade, ponderam-se dois mandamentos constitucionais. Não é o princípio da supremacia da Constituição que está sendo ponderado, o princípio da supremacia da Constituição é imponderável, ele é o pilar do sistema, o que nós estamos fazendo é, dentro da Constituição, ponderando dois valores ou dois dispositivos que têm assento constitucional. E, nestas circunstâncias, eu estarei privilegiando, ao modular, o mandamento da segurança jurídica e da boa-fé, que, a meu ver, milita em favor sobretudo das partes privadas que cumpriram as regras dessa lei.

Nesse contexto, a proporcionalidade desempenha um papel muito importante nessa ponderação exigida para modular os efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade, cumprindo analisar os critérios de adequação entre meio e fim, de necessidade e da própria proporcionalidade em sentido estrito. Além disso, a unidade e a coerência também devem ser levadas em consideração como fios condutores de todo o exame proposto para aplicação de forma constitucional do artigo 27 da Lei 9.868/99, na medida em que é necessário que o processo de ponderação seja realizado em todo o contexto e conexões que as normas se inserem, bem como atribuindo-lhes graus de normatividade da Constituição.

Dessa maneira, constata-se que é imprescindível que a fundamentação da modulação temporal de efeitos seja baseada em valores constitucionais que se mostrem mais relevantes que a nulidade da norma declarada incompatível com a Constituição Federal, não podendo o

## Volume 7 – Número 1 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

STF utilizar uma fundamentação exclusivamente política. Desse modo, o motivo de atribuir efeitos *ex nunc* ou *pro futuro* seria unicamente o de preservar esses direitos constitucionais que seriam atingidos e que, assim, seria provocado um prejuízo maior do que atribuir efeitos retroativos a edição da norma inválida. Dessa forma, conforme explica Humberto Ávila (2016, p. 595), a modulação de efeitos somente pode ser operada em favor da proteção de direitos constitucionais e nunca de forma a prejudicá-los. Nesse sentido, a Professora Ana Paula Ávila (2009, p. 71) assevera que:

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 Federal. 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.

Sendo assim, o STF deve expor exaustivamente os fundamentos que legitimam a modulação temporal de efeitos, de modo a demonstrar que, com essa decisão, o Tribunal estará apenas preservando, com fundamento em razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, direitos constitucionais que se concretizaram durante a vigência da norma inválida.

Ocorre que, a despeito disso, Emília Maria Velano (2010, p. 159) verificou que o Supremo Tribunal Federal em muitos casos se furtou de expor de forma clara os motivos que levaram a concluir que os argumentos utilizados provocariam insegurança jurídica ou seria o caso de excepcional interesse social, limitando-se a indicar tais institutos jurídicos, visto que tais expressões são indeterminadas, não havendo qualquer referência que as consequências da decisão poderiam provocar qualquer insegurança jurídica ou que seria um caso de excepcional interesse social.

Isso aconteceu, por exemplo, no caso do julgamento da ADI nº 4628/DF, ocorrido em 17 de setembro de 2014, de Relatoria do Ministro Luiz Fux, em que a Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo (CNC) ajuizou ação direta de inconstitucionalidade em face do Protocolo ICMS nº 21, de 1º de abril de 2011, do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), que trata da tributação por ICMS de operações

## Volume 7 – Número 1 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

interestaduais em que o consumidor final adquire mercadoria ou bens de forma não presencial por meio da internet, telemarketing ou showroom. Em seu voto, o Relator Ministro Luiz Fux (BRASIL, ADI 4628/DF, p. 29) se limitou a afirmar que votava por modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade a partir do deferimento da concessão da medida liminar, ressaltando as ações já ajuizadas. No referido caso, nota-se que, além da falta de fundamentação, a Constituição foi colocada em um segundo plano, o que, aliás, levou o Ministro Marco Aurélio se manifestar no seguinte sentido (BRASIL, ADI 4628/DF, p. 36):

Por isso, entendo que o caso mostra-se emblemático quanto à impossibilidade de chegar-se à modulação. E, perdoem-me a expressão carioca, houve uma cara de pau incrível, no que se estabeleceu esse protocolo, colocando-se, em segundo plano, o documento básico da República, a Constituição Federal, que precisa ser mais amado, principalmente pelas unidades da Federação. Que se aguarde a reforma tributária, porque proceder-se a essa reforma mediante simples protocolo é passo demasiadamente largo.

Situação análoga ocorreu no RE nº 680.089/SE, em que o Estado do Sergipe interpôs Recurso Extraordinário em face de acórdão do Tribunal de Justiça do respectivo Estado que entendeu por conceder segurança à impetrante em mandado de segurança preventivo, de modo a obstar a cobrança do ICMS pelo Estado do Sergipe, com base no Protocolo nº 21/2011, sobre suas mercadorias adquiridas de forma virtual quando elas ingressam na unidade Federativa para ser entregue ao consumidor final. Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes sequer fez referência aos conceitos de segurança jurídica ou excepcional interesse social, limitando-se a dizer que modulava os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, tomando por base a concessão da liminar na ADI nº 4628/DF. Todavia, nos debates entre os Ministros, ficou claro que a principal preocupação deles, que os levou a decidir pela modulação de efeitos, seriam as consequências financeiras que os Estados poderiam sofrer (BRASIL, RE 680.089/SE, p. 20-23).

Ocorre que o argumento consequencialista de cunho econômico não pode ser o parâmetro de aplicação de modulação de efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade, mas apenas pode ser utilizado de modo cumulativo ou como mero reforço dos princípios constitucionais envolvidos na questão, pois a Constituição Federal sempre deve ocupar o papel de parâmetro principal nessa decisão. Ademais, os magistrados devem ser muito cuidadosos ao construir uma fundamentação baseada nas consequências das

## Volume 7 – Número 1 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

decisões judiciais, de modo a sempre colocar a argumentação consequencialista em seu devido lugar na interpretação jurídica. Nesse sentido, Ronald Dworkin (2010, p. 148) assevera que:

Não há dúvida de que os juízes devem levar em consideração as consequências de suas decisões, mas eles só podem fazê-lo na medida em que forem guiados por princípios inseridos no direito como um todo, princípios que ajudem a decidir quais consequências são pertinentes e como se deve avaliá-las, e não por suas preferências pessoais e políticas.

Entretanto, mesmo os Ministros do Supremo Tribunal Federal que sempre destacaram a necessidade de fundamentar a modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade em outra norma constitucional, muitas vezes arguem motivos em consequências econômicas e financeiras para fundamentar aplicação do referido instituto. Esta situação ficou evidente no caso do AI nº 582.280/RJ, em que, mesmo após declarar em seu voto que o Tribunal não pode afastar a tradicional regra de atribuição de efeitos *ex tunc* das decisões declaratórias de inconstitucionalidade com base em fundamento de política judiciária, o Ministro Gilmar Mendes baseou-se no motivo de que não há repercussão financeira para afastar a modulação de efeitos da decisão, conforme segue (BRASIL, AI 582.280/RJ, 2006, p. 27-28):

Não há indicação objetiva de repercussão financeira eventualmente sofrida pela municipalidade. O acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro é de 18 de novembro de 2003. O recurso extraordinário foi protocolado em 8 de maio de 2004. O agravo foi protocolado pelo interessado por volta de 1º de setembro do mesmo ano de 2004; é de se presumir que a distância temporal não qualifica aspecto fático que justifique modulação dos efeitos de não recepção, como pretendido pelo agravante.

E o que é mais importante, as decisões do STF contrárias à forma como o Município do Rio de Janeiro lançava e cobrava o IPTU são de 31 de março e de 7 de dezembro de 2000 (RR EE 248.892 e 265.907).

Assim, declaro a não-recepção das normas de IPTU do Município do Rio de Janeiro, aqui questionadas, com base nos precedentes citados, e não outorgo efeitos meramente prospectivos à referida não recepção, porque não tenho como demonstrada a repercussão econômica, a gravíssima lesão à ordem pública ou à segurança jurídica, bem como a qualquer outro princípio constitucional relevante para o caso.

Assim, *a contrario sensu*, segundo o Ministro Gilmar Mendes, caso houvesse repercussão econômica para o Poder Estatal neste caso analisado, estaria autorizada a aplicação do disposto no artigo 27 da Lei 9.868/99, o que é contrário à natureza jurídica da

## Volume 7 – Número 1 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

modulação temporal de efeitos, porquanto tal instituto visa evitar casos em que a retroatividade dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade geraria situações ainda mais inconstitucionais, dando, nesse sentido, efetividade à supremacia constitucional. Isso já não ocorreria com adoção do referido argumento, já que apenas as consequências econômicas não poderiam justificar a modulação de efeitos, “pois não há norma constitucional que veicule o direito do Estado de invocar motivos de ordem financeira para não devolver valores erroneamente arrecadados” (VELANO, 2010, p. 159). Portanto, não haveria norma constitucional contrariada se o Município do Rio de Janeiro sofresse um grave impacto financeiro com a devolução dos tributos arrecadados de forma inconstitucional, motivo pelo qual o fundamento do Ministro Gilmar Mendes não poderia justificar a aplicação da modulação de efeitos, posto que se baseia exclusivamente em argumentos consequencialistas de cunho econômico, tornando autônoma a aplicação do artigo 27 da Lei 9.868/99, sem associação à normas constitucionais. Dessa forma, essas situações corroboram com a conclusão da Professora Ana Paula Ávila (2009, p. 122) no sentido de que:

Finalmente, é preciso perceber que, quando está em jogo a Constituição, um problema ainda mais grave se põe: admitir-se que ela seja atropelada pelo argumento meramente político, consequencialista ou pragmático, coloca em risco as próprias instituições, levando a uma ruptura estrutural que transcende à relação política e direito.

Portanto, não há que se falar que o artigo 27 da Lei 9.868/99 concedeu um poder sem precedentes ao Supremo Tribunal Federal ou que o referido instituto viola de alguma forma a supremacia constitucional, na medida em que este está limitado às determinações constitucionais. Afinal, para aplicar o instituto da modulação temporal de efeitos, o Supremo Tribunal Federal deve ponderar dois valores ou dispositivos com assento constitucional, ou seja, de um lado se encontra o mandamento da segurança jurídica ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de excepcional interesse social e, de outro lado, os motivos que levaram à declaração de inconstitucionalidade da norma jurídica, sendo que ambas devem, obrigatoriamente, possuírem fundamentação constitucional. Logo, essa constatação se fundamenta na ideia de que os efeitos produzidos durante a vigência da norma declarada inconstitucional pode encontrar fundamento em outras normas constitucionais, justificando, desse modo, a aplicação da exceção à tradicional regra da retroatividade das

## Volume 7 – Número 1 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

decisões declaratórias de inconstitucionalidade, sem atentar contra a supremacia constitucional.

As decisões supracitadas demonstram que a discussão em torno da questão da eficácia temporal prospectiva da decisão declaratória de inconstitucionalidade afeta diversas matérias jurídicas, entre as quais destaca-se a área do direito tributário, em que a doutrina apresenta uma resistência muito grande em aceitar a restrição temporal dos efeitos da lei tributária declarada inconstitucional. Isso porque, nesta área, a realização da modulação temporal de efeitos em desfavor do cidadão restringiria direitos fundamentais. Ademais, nos contenciosos tributários, a fim de justificar tal restrição de direitos, é muito comum que a Fazenda Nacional apresente, como justificativa para modulação de efeitos, um argumento consequentialista de cunho econômico.

### 5 CONCLUSÃO

Considerando-se todo o estudo apresentado na presente pesquisa, verifica-se que a modulação temporal de efeitos deve ser utilizada de forma excepcional, somente sendo permitida sua aplicação nas hipóteses em que a retroação dos efeitos possa provocar uma situação ainda mais afastada da vontade constitucional do que o reconhecimento dos efeitos do ato inválido, caso contrário a realização da modulação padeceria de inconstitucionalidades. Nesse sentido, constata-se que é imprescindível que a fundamentação do referido instituto jurídico seja baseada em valores constitucionais que se mostrem mais relevantes que a nulidade da norma declarada incompatível com a Constituição Federal, não podendo o STF utilizar uma fundamentação exclusivamente política.

Isso acontece por que o motivo que autorizaria o Tribunal a atribuir efeitos *ex nunc* ou *pro futuro* seria unicamente o de preservar esses direitos constitucionais que seriam atingidos e que, assim, seria provocado um prejuízo maior aos valores constitucionais do que atribuir efeitos retroativos a edição da norma inválida. Como se percebe, a modulação de efeitos somente pode ser operada em favor da proteção de direitos constitucionais e nunca de forma a prejudicá-los. Dessa forma, a tradicional regra de atribuir efeitos retrospectivos a declaração de inconstitucionalidade somente pode ser afastada após um severo juízo de ponderação em que fique constatada que a segurança jurídica ou outro princípio

## Volume 7 – Número 1 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

constitucionalmente relevante manifestado sob a forma de excepcional interesse social deva prevalecer sobre o princípio da nulidade.

Assim, o referido instituto jamais poderia ser utilizado em desfavor do cidadão para proteger os interesses estatais, o que deslegitima qualquer fundamentação para realizar uma eventual modulação temporal de efeitos de lei tributária inconstitucional em desfavor do contribuinte. O que se quer dizer é que quando se trata de decidir sobre a modulação temporal de efeitos, o STF acaba desempenhando um importante papel na atividade de garantir a proteção e o respeito aos direitos e garantias fundamentais dos contribuintes.

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 4. ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 7. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI n. 652. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Governador do Estado do Maranhão e Assembleia Legislativa do Maranhão. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 02 de abril de 1992. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266472>>. Acesso em: 14 de jul. 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE n. 79.343/BA. Recorrente: José Pereira Cesar. Recorrido: Aurélio Paz Boulhosa. Relator: Ministro Leitão de Abreu. Brasília, 31 de maio de 1977. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=174730>>. Acesso em: 14 de jul. 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4425 QO/DF. Requerentes: Confederação Nacional da Indústria (CNI). Intimado: Congresso Nacional. AmicusCuriae: Estado do Pará. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 25 de março de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9016259>>. Acesso em 21 jul. 2017.

## Volume 7 – Número 1 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI n. 4481/PR. Requerente: Confederação Nacional da Indústria. Intimado: Governador do Estado do Paraná. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, 11 de março de 2015. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8494796> >. Acesso em: 22 de jul. 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI n. 4628/DF. Requerente: Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo (CNC). Intimados: Estado do Acre e Outros. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 17 de setembro de 2014. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7310046> >. Acesso em: 14 de jul. 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 680.089/SE. Recorrente: Estado do Sergipe. Recorrido: B2W – Companhia Global do Varejo. AmicusCuriae: Estado de São Paulo. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 17 de setembro de 2014. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7393448> >. Acesso em: 14 de jul. 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. AI n. 582.280/RJ. Agravante: Município do Rio de Janeiro. Agravado: Olivier Charles Mathieux. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 12 de setembro de 2006. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=390216> >. Acesso em: 14 de jul. 2017.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. Ed. ver. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução: Fernando Santos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

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

PEREIRA NETTO, Antônio Alves. **Modulação de efeitos em matéria tributária**: análise quanto aos fundamentos constitucionais e às possibilidades de aplicação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

VELANO, Emília Maria. **Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei tributária**. Curitiba: Juruá, 2010.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, n. 12, p. 55- 76, out. – dez. 2008.