

LIMITES DE ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE¹

Bruna Helena da Silva Matos²

Resumo: Este artigo possui como objetivo analisar os fundamentos utilizados para modular os efeitos temporais das decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal através do controle concentrado de constitucionalidade. Considerando como regra a aplicação da teoria da nulidade às decisões proferidas em controle concentrado, gerando eficácia *erga omnes* e efeito *ex tunc* à declaração de inconstitucionalidade da norma analisada, o art. 27 da Lei n. 9.868/99 permite, excepcionalmente, ao Supremo Tribunal Federal restringir os efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, de modo que os efeitos da decisão sejam temporalmente modulados, gerando efeito *ex nunc* ou *pro futuro*, respeitados os limites impostos através de seus requisitos materiais e formais. Na elaboração deste artigo, utiliza-se o método indutivo.

Palavras chave: Modulação temporal. Controle concentrado de constitucionalidade. Limites à aplicação da modulação temporal. Supremo Tribunal Federal.

Abstract: This article aims to analyze the fundamentals used to modulate the temporal effects of unconstitutionality decisions given by the Federal Supreme Court through concentrated control of constitutionality. Considering the application of nullity theory as a rule to decisions given in concentrated control, generating *erga omnes* effectiveness and *ex tunc* effect to the unconstitutionality declaration of the analyzed norm, the article 27 of the 9.868/99 Brazilian Federal Law allows, exceptionally, to the Federal Supreme Court to restrict the temporal effects of the unconstitutionality declaration of law or normative act, in a way that the decision effects are temporally modulated, generating *ex nunc* or *pro futuro* effect, respecting the limits imposed by its material and formal requirements. We use the inductive method to prepare this article.

Keywords: Concentrated Control of Constitutionality. Limits to the temporal modulation application. Federal Supreme Court.

¹ Artigo científico elaborado como trabalho final de conclusão do Curso de Especialização em Jurisdição Federal – Turma 2016 da ESMAFEC – Escola da Magistratura Federal de Santa Catarina.

² Bacharel em Direito pela Universidade do Sul de Santa Catarina (2016).

Introdução

O presente artigo traz como cerne a modulação temporal dos efeitos da decisão no controle concentrado de constitucionalidade, considerando, para tanto, os limites formais e materiais de atuação do Supremo Tribunal Federal, definidos pelo art. 27 da Lei nº 9.868/99.

O controle de constitucionalidade é mecanismo criado através do legislador constituinte originário para assegurar a manutenção da rigidez adotada pelo sistema normativo brasileiro, de modo a garantir a adequação de normas e atos aos preceitos da Constituição de 1988, a qual adotou, para tanto, o sistema misto de controle de constitucionalidade, que compreende tanto o controle concentrado quanto o difuso.

O controle de constitucionalidade concreto (ou difuso), de maneira objetiva, é aquele exercido em um caso concreto por qualquer Juízo ou Tribunal do Poder Judiciário; enquanto o controle concentrado converge-se em alçada do Supremo Tribunal Federal, sendo provocado pelos legitimados exaustivamente elencados no artigo 103 da CRFB/88, e instrumentalizado através de ações específicas listadas na Constituição Federal.

Frisa-se que no controle concentrado a questão principal é relativa à declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo impugnado, sendo que a decisão proferida possui eficácia *erga omnes*, valendo-se para toda a sociedade, e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

Em regra, adota-se a teoria da nulidade na declaração de inconstitucionalidade ocasionada pelo controle concentrado, de modo que o produto da decisão proferida gera efeito *ex tunc*, com aplicação retroativa até o momento inicial do ato normativo impugnado.

Ocorre que o art. 27 da Lei nº 9.868/99 possibilita ao Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros e sob fundamento de

segurança jurídica ou excepcional interesse social, restringir os efeitos da decisão de inconstitucionalidade ou decidir que sua eficácia seja a partir do trânsito em julgado (efeito *ex nunc*) ou de momento posterior que venha a ser fixado (efeito *pro futuro*), acarretando a modulação temporal se deus efeitos.

Frisa-se, entretanto, que a técnica possibilitada pelo art. 27 da supracitada lei deve ser aplicada em caráter de excepcionalidade, considerando, para tanto, seus pressupostos formais e materiais como limites indisponíveis de atuação do Supremo Tribunal Federal, conforme demonstra de maneira não exaustiva o presente artigo.

1 Controle concentrado de constitucionalidade

O controle de constitucionalidade possui como requisito fundamental a existência de um sistema de evidente escalonamento normativo, com soberania alcançada através de uma Constituição rígida, cujo texto constitucional imponha para sua modificação processo legislativo mais elaborado e complexo do que aquele exigido às normas infraconstitucionais.

No caso do sistema normativo brasileiro, evidente a supremacia da Constituição Federal de 1988, cuja rigidez é enaltecida por seu art. 60, que estabelece regras procedimentais específicas para emenda ao texto constitucional, além de estabelecer uma limitação material ao Poder Constituinte Derivado com a instituição das chamadas cláusulas pétreas.

Assim, o reconhecimento da supremacia da Constituição e de sua força vinculante perante os Poderes Públicos tornou inevitável a análise de formas e modos de defesa do texto constitucional, de modo que foi necessária a criação, através do legislador constituinte originário, de mecanismos de controle externo das leis e atos normativos, de modo a averiguar sua adequação aos preceitos constitucionais, gerando o chamado controle de constitucionalidade.

Frisa-se que a adequação de um ato jurídico à Constituição envolve a verificação tanto dos requisitos formais (subjctivos, como a competência do órgão que o editou), quanto dos requisitos substanciais (respeito aos direitos e

às garantias consagrados na Constituição) de constitucionalidade do ato jurídico, de modo que o controle de constitucionalidade dividi-se em duas principais vertentes, controle concreto (ou difuso) e controle concentrado (ou abstrato)³.

O controle concreto é aquele exercido por qualquer juízo ou tribunal do Poder Judiciário, respeitadas as regras de competência, em um caso específico, de modo que a declaração de inconstitucionalidade dá-se de forma incidental, prejudicialmente ao exame do mérito⁴.

Em contraponto, o controle concentrado de constitucionalidade converge-se em um único Tribunal, de modo que o órgão competente restringe-se à análise da constitucionalidade ou não da lei ou do ato normativo impugnado, sem que haja um processo contraditório entre as partes, mas sim um processo que defenda a Constituição e de sua supremacia⁵.

No Brasil, o exercício do controle concentrado em esfera federal é efetuado pelo Supremo Tribunal Federal, e, conforme determinação constitucional, sua provocação é taxativa, podendo ocorrer somente pelos legitimados no artigo 103 da CRFB/88, sendo tais⁶:

Art. 103. (...)
I - o Presidente da República;
II - a Mesa do Senado Federal;
III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
IV a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
V o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
VI - o Procurador-Geral da República;
VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 37. ed., rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2011, p. 60.

⁴ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed, São Paulo:Saraiva, 2012, p. 269.

⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra (Portugal):Livreria Almedina, 2003, p. 900.

⁶ Aos legitimados dos incisos XIII e IX, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal exige a demonstração de pertinência temática, devendo o objeto da ação direta de inconstitucionalidade possuir relação com a atividade de representação dos autores.

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Ademais, sua instrumentalização dá-se por meio de ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade (art. 102, I, "a", CRFB/88), ADPF – Arguição de Preceito Fundamental (art. 102, §1º, CRFB /88), ADO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (art. 103, §2º, CRFB /88), RI – Representação Interventiva (art. 36, III, c/c art. 34, VII, CRFB /88), e ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade (art. 102, I, "a", CRFB /88).

Importante ressaltar que Ação Direta de Inconstitucionalidade, assim como a Ação Declaratória de Constitucionalidade, é regida pela Lei nº 9.868/1999, a qual afirma, afirma em seu art. 28, parágrafo único⁷, em consonância com o art. 102, §2º, da Constituição Federal⁸, que a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade tem efeito vinculante⁹ em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal, além de eficácia contra todos (efeito *erga omnes*).

Assim, em regra, a declaração de inconstitucionalidade possui efeito *ex tunc* (retroativo), tendo em vista que a inconstitucionalidade acarreta em ausência de fundamento de validade da norma, o que decorre do entendimento de que a decisão de inconstitucionalidade é puramente declaratória e torna o ato inexistente, nulo e ineficaz, sem lhe retirar do ordenamento.

Ocorre que o art. 27 da Lei nº 9.868/99¹⁰ possibilita, por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, que o Supremo Tribunal

⁷ Art. 28.(...) Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

⁸ Art. 102. (...). § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

⁹ O efeito vinculante constitui-se em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, com exceção ao próprio STF a ao Poder Legislativo, a fim de garantir mobilidade legislativa e jurisprudencial.

¹⁰ 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,

Federal, pelo voto da maioria de dois terços de seus membros, limite no tempo os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, ou, ainda, determine que ela somente produza efeitos a partir do seu trânsito em julgado ou em momento diverso firmado na própria decisão.

Assim, apesar do Supremo Tribunal Federal afirmar que a regra é o efeito *ex tunc*, a supracitada exceção, chamada de “modulação temporal dos efeitos da decisão”, pode ser aplicada, seja no controle difuso (de forma excepcional) ou concentrado (nos termos dos artigos 102, parágrafo 2º da CF/88; artigo 10, § 3º e artigo 11 da Lei 9.882; no artigo 28, parágrafo único e artigo 27, ambos da Lei 9.868/1999), visando à segurança jurídica, excepcional interesse social ou boa-fé.

2 Modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade

A incidência do controle de constitucionalidade e a consequente inconstitucionalidade de determinada norma analisada, concreta ou abstratamente, implica, em regra, a aplicação da teoria da nulidade, com a conseqüente retirada, não só da validade, mas da eficácia e da vigência da lei desde o princípio, como se o ato legislativo jamais tivesse existido.

A aplicação da teoria da nulidade fica evidente através de análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que caminhou na direção da nulidade absoluta das normas inconstitucionais, por mandamento constitucional, de modo que não há como negar o caráter de princípio constitucional ao princípio da nulidade da lei inconstitucional¹¹.

Portanto, em regra as decisões de inconstitucionalidade proferidas no controle concentrado de constitucionalidade retroagem à data em que a norma analisada adentrou no ordenamento jurídico, acarretando em uma eficácia ex

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

¹¹ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.869, de 10-11-1999**. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2005, p. 324.

tunc, na qual considera-se que a lei ou ato normativo nunca tenha existido.

Ocorre que o princípio da nulidade não pode ser aplicado nos casos em que se revelar absolutamente inidôneo para a finalidade perseguida (casos de omissão; exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade), assim como nas hipóteses em que a sua aplicação pudesse trazer danos para o próprio sistema jurídico-constitucional (grave ameaça à segurança jurídica)¹².

Assim, a depender do caso, a decisão de inconstitucionalidade de determinada norma analisada pode, além de retirar parcial ou integralmente o ato do universo jurídico, amoldar seu alcance através da aplicação de técnicas reconhecidas e amplamente utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal, dentre as quais a modulação temporal dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, conforme redação do art. 27 da Lei nº 9.868/99.

A modulação temporal possui caráter excepcional, e possibilita ao Supremo Tribunal Federal, em quórum de dois terços de seus Ministros, restringir os efeitos do juízo de inconstitucionalidade em atenção ao princípio da segurança jurídica ou da presença de excepcional interesse social, aplicando-se o efeito *ex nunc* ou *pro futuro*, de modo que a inconstitucionalidade passa a ter eficácia a partir do trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Neste ínterim, apesar de não haver previsão expressa de modulação temporal na Constituição Federal de 1988, pode-se afirmar que sua presença é implícita, tendo em vista que sua fundamentação consiste na mitigação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade sempre que esta declaração resulte em situação ainda mais afastada da vontade constitucional, fundada principalmente nos princípios constitucionais da segurança jurídica, da proteção e da boa-fé, ponderados frente à estabilidade das relações jurídicas,

¹² MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.869, de 10-11-1999**. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2005, p. 333.

conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal¹³, *in verbis*:

QUESTÃO DE ORDEM. MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DE DECISÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE (LEI 9.868/99, ART. 27). POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE ACOMODAÇÃO OTIMIZADA DE VALORES CONSTITUCIONAIS CONFLITANTES. PRECEDENTES DO STF. REGIME DE EXECUÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA MEDIANTE PRECATÓRIO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 62/2009. EXISTÊNCIA DE RAZÕES DE SEGURANÇA JURÍDICA QUE JUSTIFICAM A MANUTENÇÃO TEMPORÁRIA DO REGIME ESPECIAL NOS TERMOS EM QUE DECIDIDO PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. A modulação temporal das decisões em controle judicial de constitucionalidade decorre diretamente da Carta de 1988 ao consubstanciar instrumento voltado à acomodação otimizada entre o princípio da nulidade das leis inconstitucionais e outros valores constitucionais relevantes, notadamente a segurança jurídica e a proteção da confiança legítima, além de encontrar lastro também no plano infraconstitucional (Lei nº 9.868/99, art. 27). [...](grifo nosso)

Importante ressaltar que a Lei nº 9.868/99, promulgada com intuito de disciplinar o processo e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, apesar de possibilitar a limitação temporal dos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, não adota a anulabilidade das normas inconstitucionais, conforme denota-se da Exposição de Motivos nº 189, de 7 de abril de 1997¹⁴, do Projeto de Lei nº 2.960/1997, do qual resultou a supracitada Lei:

[...]Coerente com evolução constatada no Direito Constitucional comparado, a presente proposta permite que o próprio Supremo Tribunal Federal, por uma maioria diferenciada, decida sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, fazendo um juízo rigoroso de ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional, de um lado, e os postulados da segurança jurídica e do interesse social, do outro (art. 27). Assim, o princípio da nulidade, somente será afastado “*in concreto*” se, a juízo do próprio Tribunal, se puder afirmar que a declaração de nulidade acabaria por distanciar-se ainda mais da vontade constitucional. Entendeu, portanto, a Comissão que, ao lado da ortodoxa declaração de nulidade, há de se reconhecer a possibilidade de o Supremo Tribunal, em casos excepcionais, mediante decisão da maioria qualificada (dois terços dos votos), estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, proferindo a inconstitucionalidade com eficácia

¹³ STF, ADI 4425 QO/DF, Relator Min. LUIZ FUX, j. 25/03/2015, Tribunal Pleno, DJe-152 03-082015.

¹⁴ BRASIL. **Diário da Câmara dos Deputados**. Ano LII, nº 70, Publicado em 29 abr 1997.

ex nunc ou *pro futuro*, especialmente naqueles casos em que a declaração de nulidade se mostre inadequada ou nas hipóteses em que a lacuna resultante da declaração de nulidade, possa dar ensejo ao surgimento de uma situação ainda mais afastada da vontade constitucional.

Assim, a fim de evitar a aplicação irrestrita dos efeitos da nulidade decorrentes da decisão de inconstitucionalidade, o legislador ordinário possibilitou a modulação temporal dos efeitos da decisão proferida em controle concentrado de constitucionalidade, considerando que a desconstituição dos direitos e relações jurídicas atingidos pela inconstitucionalidade da norma no qual se fundaram poderia atentar contra os princípios da boa-fé e da segurança jurídica, frustrando, inclusive, o direito adquirido dos sujeitos envolvidos.

Reduzir a produção de efeitos de uma norma inconstitucional à aplicação da teoria da nulidade seria o mesmo que confessar que a norma, enquanto não declarada sua inconstitucionalidade, e, portanto presumida sua constitucionalidade, não cria direitos e nem gera obrigações, o que não se pode admitir, tendo em vista que é inegável a produção de efeitos da norma inconstitucional no mundo dos fatos enquanto não extirpada do ordenamento jurídico.

Ademais, o princípio da nulidade somente será afastado caso seja demonstrado, 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, havendo, inclusive, o cuidado do legislador em conceber um modelo restritivo também no aspecto procedimental, consagrando a necessidade de um quorum especial (dois terços dos votos) para a declaração de inconstitucionalidade com efeitos limitados¹⁵.

Frisa-se que o Supremo Tribunal Federal, além de proteger as relações jurídicas anteriores à declaração de inconstitucionalidade, pode optar por restringir seus efeitos de três formas: a partir do trânsito em julgado; a partir de

¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.1320.

um momento determinado compreendido entre a promulgação do ato normativo e a sua declaração de inconstitucionalidade; ou a partir de um termo fixado pelo Supremo Tribunal Federal, após a declaração de inconstitucionalidade do ato normativo.

Para aplicação da limitação temporal prevista na Lei nº 9.868/99, é imperioso o preenchimento de requisito formal e procedimental, que diz respeito ao quórum, necessitando do voto favorável de pelo menos dois terços dos Ministros do Supremo Tribunal Federal; assim como material, que diz respeito à existência de um excepcional interesse público ou necessidade de segurança jurídica, frisando, assim, a excepcionalidade da conduta.

3 Limites de atuação do Supremo Tribunal Federal na modulação temporal dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade

Considerando a excepcionalidade da aplicação da modulação temporal dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade alcançada através do art. 27 da Lei nº 9.868/99, a atuação do Supremo Tribunal Federal acaba é importante considerar os limites de atuação considerados nos fundamentos dos julgados formalizados.

Inicialmente cumpre frisar que o requisito formal e procedimental para aplicação da modulação prevista na supracitada Lei, que deve ocorrer após a análise da constitucionalidade da norma revisada, requer voto favorável de pelo menos dois terços dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, de modo que, para que o julgamento seja concluído, é necessário que o quórum se faça presente, caso contrário, o trato da modulação deve ser transferido para outra sessão, que irá tratar novamente dos aspectos da modulação.

Portanto, se o julgamento foi encerrado e, respeitado o quórum, o resultado foi proclamado, não poderá ser novamente discutida a questão da modulação temporal dos efeitos da decisão¹⁶, de modo que, considerando seu

¹⁶ Neste ínterim, ressalta-se o Informativo nº 780 do STF: “Em ação direta de inconstitucionalidade, com a proclamação do resultado final, se tem por concluído e encerrado o julgamento e, por isso, inviável a sua reabertura para fins de modulação. Com base nesse

efeito vinculante, em relação aos processos ainda em curso deve o juiz por ele responsável seguir a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, em relação aos processos já encerrados a decisão de inconstitucionalidade não produzirá, de maneira automática, reforma ou rescisão das decisões proferidas que adotaram entendimento diferente do que posteriormente foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal, de modo que para que ocorra a reforma ou rescisão é necessária interposição do recurso próprio ou propositura da ação rescisória¹⁷, conforme define a Suprema Corte:

EMENTA: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE PRECEITO NORMATIVO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. EFICÁCIA NORMATIVA E EFICÁCIA EXECUTIVA DA DECISÃO: DISTINÇÕES. INEXISTÊNCIA DE EFEITOS AUTOMÁTICOS SOBRE AS SENTENÇAS JUDICIAIS ANTERIORMENTE PROFERIDAS EM SENTIDO CONTRÁRIO. INDISPENSABILIDADE DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO OU PROPOSITURA DE AÇÃO RESCISÓRIA PARA SUA REFORMA OU DESFAZIMENTO. 1. A sentença do Supremo Tribunal Federal que afirma a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo gera, no plano do ordenamento jurídico, a consequência (= eficácia normativa) de manter ou excluir a referida norma do sistema de direito. 2. Dessa sentença decorre também o efeito vinculante, consistente em atribuir ao julgado uma qualificada força impositiva e

entendimento, o Plenário, por maioria, resolveu questão de ordem no sentido de afirmar que o exame da presente ação direta fora concluído e que não seria admissível reabrir discussão após o resultado ter sido proclamado. Na espécie, na data do julgamento estavam presentes dez Ministros da Corte, porém, não se teria obtido a maioria de dois terços (oito votos) para se modular os efeitos da decisão, nos termos do art. 27 da Lei 9.868/1999 (“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”) e o julgamento fora encerrado. Na sessão subsequente, tendo em conta o comparecimento do Ministro ausente da sessão anterior, cogitou-se prosseguir no julgamento quanto à modulação — v. Informativos 481 e 776. A Corte destacou que a análise da ação direta de inconstitucionalidade seria realizada de maneira bifásica: a) primeiro se discutiria a questão da constitucionalidade da norma, do ponto de vista material; e, b) declarada a inconstitucionalidade, seria discutida a aplicabilidade da modulação dos efeitos temporários, nos termos do art. 27 da Lei 9.868/1999. Assim, se a proposta de modulação tivesse ocorrido na data do julgamento de mérito, seria possível admiti-la. Ressalvou que não teria havido erro material e, uma vez que a apreciação do feito fora concluída e proclamado o resultado, não se poderia reabrir o que decidido. Por conseguinte, estaria preclusa, à luz do postulado do devido processo legal, a possibilidade de nova deliberação. Vencidos os Ministros Gilmar Mendes, Menezes Direito e Teori Zavascki, que admitiam a retomada do julgamento quanto à modulação dos efeitos. Para o Ministro Teori Zavascki, teria havido “*error in procedendo*”. Apontava que, em caso de modulação, se não fosse alcançado o quórum e houvesse magistrado para votar, o julgamento deveria ser adiado. ADI 2949 QO/MG, rel. orig. Min. Joaquim Barbosa, red. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio, 8.4.2015. (ADI-2949)”

¹⁷ Repercussão Geral reconhecida pelo STF através do RE 730.462.

obrigatória em relação a supervenientes atos administrativos ou judiciais (= eficácia executiva ou instrumental), que, para viabilizar-se, tem como instrumento próprio, embora não único, o da reclamação prevista no art. 102, I, "I", da Carta Constitucional. 3. A eficácia executiva, por decorrer da sentença (e não da vigência da norma examinada), tem como termo inicial a data da publicação do acórdão do Supremo no Diário Oficial (art. 28 da Lei 9.868/1999). É, conseqüentemente, eficácia que atinge atos administrativos e decisões judiciais supervenientes a essa publicação, não os pretéritos, ainda que formados com suporte em norma posteriormente declarada inconstitucional. 4. Afirma-se, portanto, como tese de repercussão geral que a decisão do Supremo Tribunal Federal declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo não produz a automática reforma ou rescisão das sentenças anteriores que tenham adotado entendimento diferente; para que tal ocorra, será indispensável a interposição do recurso próprio ou, se for o caso, a propositura da ação rescisória própria, nos termos do art. 485, V, do CPC, observado o respectivo prazo decadencial (CPC, art. 495). Ressalva-se desse entendimento, quanto à indispensabilidade da ação rescisória, a questão relacionada à execução de efeitos futuros da sentença proferida em caso concreto sobre relações jurídicas de trato continuado. 5. No caso, mais de dois anos se passaram entre o trânsito em julgado da sentença no caso concreto reconhecendo, incidentalmente, a constitucionalidade do artigo 9º da Medida Provisória 2.164-41 (que acrescentou o artigo 29-C na Lei 8.036/90) e a superveniente decisão do STF que, em controle concentrado, declarou a inconstitucionalidade daquele preceito normativo, a significar, portanto, que aquela sentença é insuscetível de rescisão. 6. Recurso extraordinário a que se nega provimento.¹⁸ (grifo nosso)

Ademais, além do requisito formal, a redação do art. 27 da Lei nº 9.868/99 traz como requisito material a existência de um excepcional interesse público ou necessidade de segurança jurídica, o que, de forma objetiva, trouxe por si evidente restrição à aplicação da modulação dos efeitos temporais na decisão de inconstitucionalidade, tendo em vista que, antes mesmo da positivação da norma, o Supremo Tribunal Federal efetuava sua aplicação.

Neste ínterim, observa-se que a restrição deu-se no sentido de que, antes dessa norma, o Supremo Tribunal Federal poderia, em tese, manipular os efeitos, fundando-se em qualquer valor constitucional que fosse necessário e adequado para o fim objetivado¹⁹. Agora, porém, somente em caso de segurança jurídica ou de excepcional interesse social poderá ocorrer

¹⁸ STF. RE 730.462, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 28/05/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-177 DIVULG 08-09-2015 PUBLIC 09-09-2015.

¹⁹ RE 122.202/MG, julgado em 10/08/1993; dentre outros.

modulação temporal dos efeitos da decisão para que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Ocorre que o conceito de segurança jurídica é indeterminado, o que permite ampla interpretação, a qual pode se estender imoderadamente as situações merecedoras de proteção sob o fundamento do resguardo ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito ou à coisa julgada, fatores que conforme a ampla doutrina estão diretamente ligados ao objeto da segurança jurídica.

Assim, a fim de evitar que o indefinido conceito de segurança jurídica implique em insegurança jurídica às relações, o Supremo tribunal Federal pode valer-se do princípio da proporcionalidade, de modo que, em um juízo de ponderação entre os princípios constitucionais em colisão, deve-se fazer prevalecer à solução mais justa em relação aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Neste ínterim, cita-se o julgado da Ação Direto de Inconstitucionalidade nº 3.949/RJ²⁰, *in verbis*:

EMENTA: 1) A contratação temporária prevista no inciso IX do art. 37 da Constituição da República não pode servir à burla da regra constitucional que obriga a realização de concurso público para o provimento de cargo efetivo e de emprego público. (...) 8) A hermenêutica consequencialista indicia que a eventual declaração de inconstitucionalidade da lei fluminense com efeitos *ex tunc* faria exsurgir um vácuo jurídico no ordenamento estadual, inviabilizando, ainda que temporariamente, a manutenção de qualquer tipo de contratação temporária, o que carrearía um *periculum in mora* inverso daquele que leis como essa, preventivas, destinadas às tragédias abruptas da natureza e às epidemias procuram minimizar, violando o princípio da proporcionalidade – razoabilidade. 9) *Ex positis*, e ressalvada a posição do relator, julgou-se procedente a ação declarando-se a inconstitucionalidade da Lei Estadual do Rio de Janeiro nº 4.599, de 27 de setembro de 2005. 10) Reconhecida a necessidade de modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade para preservar os contratos celebrados até a data desta sessão (28/05/2014), improrrogáveis após 12 (doze) meses a partir do termo a quo acima. (grifo nosso)

Portanto, havendo declaração de inconstitucionalidade que possa

²⁰ STF. ADI 3649, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 28/05/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014.

causar prejuízo à excepcional interesse social ou segurança jurídica, deve o julgador ponderar os princípios constitucionais envolvidos na nulidade da norma submetida ao controle concentrado, considerando outros princípios e conseqüências possíveis.

A partir de adequada análise jurisprudencial, verifica-se que o tribunal, partindo da amplitude do texto legal, aplica a modulação temporal dos efeitos de sua decisão de diferentes maneiras, dentre as quais²¹: (a) modulação intermitente, em que os efeitos da decisão retroagem até determinado momento fixado entre a edição do ato inconstitucional e sua decisão final; (b) modulação *ex nunc*, na qual o tribunal estabelece que a decisão tenha eficácia somente após o julgamento final ou seu trânsito em julgado; (c) modulação *pro futuro*, na qual o é fixada uma espécie de termo inicial, a partir do qual a decisão passa a produzir efeitos; (d) restrição material, em que a retroatividade ocorre com relação a apenas alguns aspectos da decisão²².

Importante ressaltar que aplicação da modulação temporal dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade sofre inúmeras críticas²³, especialmente no que tange a modulação *pro futuro*, conforme cita Lenio Streck²⁴:

Se há razões de ordem pragmática que apontem para a necessidade da mitigação da previsão do efeito *ex tunc*, a partir da possibilidade de o Tribunal Constitucional estabelecer efeito *ex nunc*, não parece razoável admitir que a decisão de inconstitucionalidade venha a contemplar eficácia *pro futuro*, para além do mero efeito *ex nunc* e, ou em parte para o passado, com o que o efeito nem seria *ex tunc* e nem

²¹ Como exemplo: a) ADI 3.660/MS; b) RE 556664/RS; c) ADI 3609/AC; d) HC 82.959/SP.

²² OLIVEIRA, Flávio Beicker Barbosa de. **O Supremo Tribunal Federal e a dimensão temporal de suas decisões: a modulação de efeitos em vista do princípio da nulidade dos atos normativos inconstitucionais**. São Paulo, p. 53. Publicado em 2008. Disponível em <http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/113_flavio.pdf>. Acesso em 11 ago 2016.

²³ O Min. Marco Aurélio manifestou-se sobre o assunto na Questão de Ordem na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.357/DF, afirmando que “a modulação implica tornar a Lei das leis, a Constituição Federal, um documento flexível. Estimula a edição de normas inconstitucionais – e esse estímulo ocorre no tocante àqueles que acreditam na morosidade da Justiça e no famoso “jeitinho” brasileiro. (...) A modulação hoje é a tônica, modulação que, para se imaginar – se é possível, constitucionalmente, imaginar-se a modulação –, deveria ser exceção, mas está barateada.” (STF, ADI 4357/DF, Relator Min. LUIZ FUX, 25.03.2015).

²⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2. ed. Porto Alegre: Forense, 2004, p. 697.

*ex nunc*²⁵. Estar-se-ia atribuindo um espaço de arbitrariedade ao Supremo Tribunal Federal que, a toda evidência, viola os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Inclusive, a doutrina especializada discute amplamente se nos casos de aplicação da modulação *pro futuro* trata-se de juízo de proporcionalidade visando segurança jurídica e/ou relevante interesse social, ou apenas política judiciária²⁶, especialmente pelo fato de que em inúmeros julgados os danos ao erário são poupados em detrimento dos danos sofridos pelo contribuinte²⁷.

De todo modo, a análise jurisprudencial leva ao entendimento de que a aplicação da técnica em questão é utilizada considerando os preceitos legais, tanto que torna-se clarividente a opção de não modulação de efeitos em que já houve alguma decisão cautelar anterior que tenha suspenso os efeitos da norma impugnada²⁸, assim como naqueles casos em que os ministros não visualizam possíveis prejuízos à segurança jurídica das situações já concretizadas.

Portanto, a modulação temporal dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade no controle concentrado, seja ela com efeito *ex nunc* ou *pro futuro*, é técnica pertinente e que possui amparo legal, considerando entretanto os pressupostos formais e materiais como limites indisponíveis de atuação do Supremo Tribunal Federal, a fim de que a mitigação da teoria da nulidade seja efetivamente exercida em caráter excepcional.

4 Considerações finais

O art. 27 Lei nº 9.868/99 positivou a possibilidade de mitigar a regra de aplicação da teoria da nulidade e conseqüente efeito *ex tunc* às declarações

²⁵ Referência à modulação intermitente, na qual os efeitos da decisão de inconstitucionalidade retroagem até determinado momento compreendido entre a origem da norma e o *decisum* final.

²⁶ Como exemplo a ADI 3.022/RS, na qual o Min. Marco Aurélio afirmou não estarem presentes qualquer dos pressupostos materiais do art. 27 da Lei nº 9.868/99, tendo, entretanto voto vencido, com a conseqüente aplicação de modulação *pro futuro*.

²⁷ Como exemplo: ADI 4.357/DF; ADI 3.458/GO.

²⁸ Como exemplo: ADI 4391/RJ; ADI 980/DF; ADI 1194/DF.

de inconstitucionalidade, assim o Supremo Tribunal Federal pode, em caráter excepcional, modular os efeitos temporais das decisões proferidas no controle concentrado de constitucionalidade.

Neste ínterim, os efeitos da decisão de inconstitucionalidade podem ser restringidos à determinado momento entre a edição da lei ou ato normativo e o *decisum*; bem como podem ter sua eficácia determinada a partir do trânsito em julgado (efeito *ex nunc*) ou de momento posterior que venha a ser fixado (efeito *pro futuro*), acarretando a modulação temporal se deus efeitos.

Ocorre que a modulação em questão impõe ao Supremo Tribunal Federal pressuposto formal e material de aplicação, quais sejam o voto de maioria de dois terços de seus ministros, assim como fundamento de segurança jurídica ou excepcional interesse social, respectivamente.

As imposições em questão trazem nítido limite de atuação da Suprema Corte, tendo em vista o histórico jurisprudencial de aplicação da técnica de modulação temporal dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade mesmo antes da vigência da Lei nº 9.868/99, sem restrições estabelecidas e fundamentos específicos para sua aplicação.

Ressalta-se, entretanto, que os pressupostos materiais de aplicação, quais sejam segurança jurídica ou excepcional interesse social, são demasiadamente amplos, não havendo conceitos estabelecidos, motivo pelo qual utiliza-se como suporte o princípio da proporcionalidade, possibilitando, assim, maior precaução à discricionariedade permitida ao julgador.

Sendo assim, considerando o histórico doutrinário e jurisprudencial, além das críticas pertinentes à aplicação da técnica, especialmente o que diz respeito ao efeito *pro futuro*, a modulação temporal dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade no controle concentrado é mecanismo legalmente amparado, devendo ser utilizado em caráter excepcional e dentro das limitações formais e materiais impostas pela Lei n. 9.868/99.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>

Acesso em: 04 ago 2016.

_____. **Diário da Câmara dos Deputados.** Ano LII, nº 70. Disponível em

<<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD29ABR1997.pdf#page=25>.

Acesso em 08 ago 2016.

_____. **LEI Nº 9.869, DE 10 DE NOVEMBRO DE 1999.** Dispõe sobre o

processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em 04 ago 2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4425. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9016259>.

Acesso em: 08 Ago 2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3649. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7067371>

>. Acesso em 10 Ago 2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.660. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=525829>>.

Acesso em: 14 Ago 2016

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.609. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7026115>

>. Acesso em 14 Ago 2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.357. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9016259>

>. Acesso em: 15 Ago 2016-08-18

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.022. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363282>>.

Acesso em: 15 Ago 2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.458. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=527283>>. Acesso em 16 Ago 2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.391. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1247560>>. Acesso em: 18 Ago 2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 980. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=539063>>. Acesso em: 18 Ago 2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.1194. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=602352>>. Acesso em 18 Ago 2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus n. 82.959. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>>. Acesso em 14 Ago 2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Informativo n. 780. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo780.htm>>. Acesso em: 08 Ago 2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário n. 122.202. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=207468>>. Acesso em 09 Ago 2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário n. 556664. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=561617>>. Acesso em: 14 Ago 2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário n. 730.462. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9343495>>. Acesso em 09 Ago 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra (Portugal):Livraria Almedina, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 37. ed., rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2011.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed, São Paulo:Saraiva, 2012.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.869, de 10-11-1999**. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Flávio Beicker Barbosa de. **O Supremo Tribunal Federal e a dimensão temporal de suas decisões: a modulação de efeitos em vista do princípio da nulidade dos atos normativos inconstitucionais**. São Paulo. Disponível em <http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/113_flavio.pdf>. Acesso em 11 ago 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2. ed. Porto Alegre: Forense, 2004.