

Sentenças Limitativas e Modulação dos Efeitos

Guilherme Matos Cardoso

Resumo: A necessidade de modulação dos efeitos da sentença declaratória de inconstitucionalidade com a aplicação do disposto no artigo 27 da Lei 9.868/99, de modo que seja privilegiada a segurança jurídica e o interesse social. Análise das implicações práticas da modulação dos efeitos e a necessidade de fundamentação dessa decisão pelo Supremo Tribunal Federal.

Sumário: Introdução; Efeito *Ex Tunc* da Sentença Declaratória de Inconstitucionalidade; Necessidade de Modulação dos Efeitos da Sentença Declaratória de Inconstitucionalidade; Modulação dos Efeitos no Direito Comparado; Discussão Sobre a Constitucionalidade do artigo 27 da Lei 9.868/99; Hipóteses de Impossibilidade de Modulação dos Efeitos da Sentença Declaratória de Inconstitucionalidade; Conclusão. Referências Bibliográficas.

1 - Introdução

Analisaremos as sentenças limitativas de declaração de inconstitucionalidade, com enfoque principal na modulação dos efeitos de uma decisão dessa natureza.

O Supremo Tribunal Federal quando profere uma sentença de declaração de inconstitucionalidade deve ser cauteloso com os efeitos que sua decisão irá gerar, não só naquele momento, mas no futuro e com relação a atos ocorridos no passado.

Vale dizer, outrossim, que por mais que a decisão busque proteger a Constituição Federal, não podemos esquecer que os jurisdicionados precisam ter segurança jurídica, sendo certo que a própria Constituição protege o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, nos termos do inciso XXXVI do artigo 5º da Carta Magna.

Deste modo, apesar da lei ser nula no plano da validade quando há declaração de inconstitucionalidade, por vezes, é necessário que se faça a modulação dos efeitos. Assim, haverá uma fixação dos efeitos temporais dessa decisão, mantendo, portanto, válida tal lei, por determinado tempo, pois ao contrário, extirpando a lei, declarando nulo todos os efeitos que ela poderia ter produzido, o efeito *ex tunc* e *erga omnes*, comum desse tipo de decisão acarretariam maiores prejuízos a sociedade, do que a sua validade até o momento daquela decisão, efeito *ex nunc*, ou em casos excepcionais, com efeitos até determinado tempo futuro, efeito *pro futuro*, pois ao contrário os prejuízos e problemas causados seriam nefastos para a sociedade.

Aliás, a modulação dos efeitos, ganhou força após a aprovação da Lei n. 9.868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, quando no seu art. 27, prevê: “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”.

2 - Efeito *Ex Tunc* da Sentença Declaratória de Inconstitucionalidade

Inicialmente, cumpre salientar, que o Estado Democrático de Direito se funda na legitimidade de sua Constituição, que deve ser proveniente da vontade popular e possuir supremacia sobre todas as normas, vinculando todos os cidadãos e os poderes que lideram a nação.

Nesse sentido, a Constituição é a lei suprema dentro de um sistema jurídico, razão pela qual é indispensável assegurar sua supremacia em face da legislação infraconstitucional.

Por esta razão, necessário que haja um procedimento para que seja averiguada se a legislação infraconstitucional é compatível com as disposições previstas na Constituição daquele país, a esse mecanismo é denominado controle de constitucionalidade.

No Brasil, o controle de constitucionalidade pode ser realizado de duas formas, pelo controle concentrado ou abstrato, sendo que a decisão que reconhece a inconstitucionalidade de determinada lei ou norma tem natureza declaratória, e, em regra, tal decisão tem efeitos retroativos, eliminando aquela norma desde seu nascedouro.

Deste modo, nula a norma inconstitucional, os efeitos decorrentes da declaração de sua contrariedade à Constituição, quer seja formal ou material, se operam *ex tunc*, estendendo-se ao passado de forma absoluta.

Aliás, pensar de outra forma, nos pareceria estranho, pois não poderia se admitir que uma norma inconstitucional pudesse gerar qualquer sorte de efeitos.

Entretanto, necessário lembrar os ensinamentos de Pontes de Miranda sobre a decisão que declara uma lei inconstitucional: “um dos problemas de mais relevo prático e mais elegante que se possa encontrar, hoje, em direito constitucional é o da concepção da natureza da *sentença sobre anticonstitucionalidade da lei no tocante à sua eficácia*”¹.

Apesar de ser regra geral, que a sentença declaratória de inconstitucionalidade produza efeitos *erga omnes* e *ex tunc*, com o passar do tempo, verificou-se a necessidade de modulação desses efeitos em casos excepcionais, pois traria maiores prejuízos à sociedade a retirada daquela lei, norma ou ato, como se nunca tivessem existido no ordenamento jurídico.

É o caso de lei que institui um município, concede um benefício fiscal, ou até mesmo um ato que institui determinado agente na administração pública. Se há uma declaração de inconstitucionalidade, todos os atos provenientes dali, também são nulos, razão pela qual, por vezes isso seria desastroso.

3 – Necessidade de Modulação dos Efeitos da Sentença Declaratória de Inconstitucionalidade

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal em alguns casos se utilizou da modulação dos efeitos. Segundo Paulo Constantino Thomopoulos: “desde a década de 1970, já se encontram vozes no STF defendendo a possibilidade da mitigação do princípio da

¹ MIRANDA, Pontes de. *Defesa, Guarda E Rigidez Das Constituições*. Cap. IV Técnica da posteridade Constitucional. Tópico 2. A sorte da lei inconstitucional. Pág.6 Disponível em bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/9424/8478

nulidade, aplicado no Brasil desde a Constituição de 1891 até a Carta Magna de 1988.”²

Sinaliza que no Recurso Extraordinário nº 78.594/SP, julgado em 07/06/1974, a 2ª turma do STF teria enfrentado um caso onde um funcionário assumiu as funções de oficial de justiça com base em uma determinada lei estadual que viria a ser declarada inconstitucional pela Corte Suprema.

Aplicado os efeitos de tal decisão, todos os atos realizados pelo “oficial de justiça” seriam nulos de plano, ou seja, todo o trabalho que ele realizou não teria valia, neste sentido, quantos processos e quantas pessoas seriam afetadas, caso mantida a teoria da nulidade absoluta.

Por esta razão, que o Relator do caso, Ministro Bilac Pinto, afirmou que “*os efeitos desse tipo de declaração de inconstitucionalidade- declaração feita contra lei em tese- não podem ser sintetizados numa regra única que seja válida para todos os casos*”.

Neste sentido, para que não houvesse prejuízo e fosse dada voz a própria constituição que protege o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, foi que o STF concedeu efeito *ex nunc*, e todos os atos até então praticados pelo funcionário público teriam validade, não obstante a inconstitucionalidade da lei que lhe deu investidura.

Aliás, sobre o tema, saudoso Pontes de Miranda, nos ensina: “*Assim, a solução do problema de se saber qual a natureza das ações, das questões prejudiciais e do per saltum de inconstitucionalidade exige conclusões precisas sobre a existência ou inexistência de ações declarativas da eficácia dos atos estatais, em vez de simples ações declarativas da existência ou inexistência de relações jurídicas, ou da*

² THOMOPOULOS, Paulo Constantino. *Avaliação crítica sobre a postura do STF acerca da competência para manipular, na forma do art. 27 da lei nº 9.868/99, os efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade de uma lei*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,avaliacao-critica-sobre-a-postura-do-stf-acerca-da-competencia-para-manipular-na-forma-do-art-27-da-lei-no-986,31439.html>>. Acesso em 16 de Nov. 2013

*autenticidade ou falsidade de documentos, Não se trata de declaração da existência da lei, o que, nos sistemas jurídicos como o nosso, não seria questão de inconstitucionalidade, Mas de declaração da eficácia ou da ineficácia, (Observe-se que, se algum sistema jurídico admitisse que a lei inconstitucional não existisse, toda questão de inconstitucionalidade seria questão de inexistência da lei.)*³

Posteriormente, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 79.343-BA, em 31 de maio de 1977, o Relator, Min. Leitão de Abreu, destacou: "Coincidentes as opiniões quanto aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, efeitos distintos conforme se tratar de declaração de invalidade *incidenter tantum* ou de declaração de nulidade em tese, a questão segunda, que se apresenta, tocante à nulidade ou anulabilidade da lei, isto é, da sua nulidade *ab initio* ou a partir do ato declaratório da invalidade, não recolhe, quanto ao seu deslinde, total consenso dos tribunais e de parte da doutrina. O *Corpus Juris Secundum*, reportando-se ao direito norte-americano, assim compendia a diretriz aí dominante:"

Desde então, o Supremo Tribunal Federal passou a adotar, em situações excepcionais, a técnica da modulação de efeitos das decisões de inconstitucionalidade, já utilizada em outros países, até mesmo pelo Tribunal da Corte Europeia, sobretudo por questões de segurança jurídica e proporcionalidade, especialmente para que prevalecesse os interesses sociais, mas mais que isso, para que não fosse afetado todos os jurisdicionados de forma arbitrária pela declaração de inconstitucionalidade da lei, norma ou ato que deveria valer.

Até o advento da lei 9.868 de 1999, as decisões do STF eram feitas com suporte em construções jurisprudências, sempre que se enfrentava o problema da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Referida lei, através do seu artigo 27, já mencionado linhas acima, possibilitou a modulação dos efeitos da sentença declaratória de inconstitucionalidade, em casos de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo

³ MIRANDA, Pontes de. *Defesa, Guarda E Rigidez Das Constituições*. Cap. IV Técnica da posteridade Constitucional. Tópico 6. Atos dos poderes públicos. Pág. 15. Disponível em bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/9424/8478

Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos da sua decisão.

Aliás, referida norma, ainda sinalizou o efeito *pro futuro*, que por vezes é necessário, para que o jurisdicionado se adapte até que a norma possa ser extirpada no ordenamento jurídico.

Foi o caso do julgamento da ADIn. L 7.619/00, que o STF em brilhante decisão ao declarar inconstitucional a Lei que criou o Município de Luís Eduardo Magalhães, concedeu efeito *pro futuro*, não retirando sua eficácia pelo prazo de 24 (vinte quatro) meses, após sua decisão, em atenção ao princípio da segurança jurídica, caso contrário se criaria um estado de exceção, a todos os munícipes que ali residiam há 6 (seis) anos.

Neste sentido, verificamos que não só em casos excepcionais, é necessário que a decisão que declara determinada lei, ato ou norma inconstitucional tenha seus efeitos intactos, efeito *ex nunc*, em alguns casos é necessário que ainda se mantenha no ordenamento jurídico, mesmo inconstitucional, por determinado tempo, para que os jurisdicionados possam de adaptar de forma segura.

4 – Modulação dos Efeitos no Direito Comparado

No Sistema norte-americano tal como aqui no Brasil o controle de constitucionalidade tem como fundamento a retroatividade das decisões, as quais operam o chamado efeito *ex tunc*. Tal tradição advém da premissa, sustentada por Dworkin⁴, de que os juízes americanos não podem agir como um legislador, limitando-se a aplicar as leis existentes. Para ele, a comunidade deve ser governada por pessoas eleitas pela maioria, e como o juiz não foi eleito e não presta contas ao eleitorado, é um legislador ilegítimo, ademais, se o juiz cria uma lei ao tomar uma decisão nova, e depois a aplica retroativamente ao caso em questão, estará

⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo, Martins Fontes, 2002, Pág. 127.

culpando o acusado por uma ilegalidade que antes não existia (o que vai contra o princípio jurídico que diz que ninguém deve ser julgado por uma lei que ainda não tinha entrado em vigor na época em que o ato foi praticado).

Segundo Victor de Ozeda Alla Bernardino, esse princípio de retroatividade plena é chamado de Blackstone nos Estados Unidos, o que só foi revisto pela Corte Norte Americana após o julgamento de *Linkletter v. Walker*.

Importante, ainda sobre o tema, trazer a lição da Desembargadora Vanessa Verdolim Hudson Andrade ao dar seu voto no Recurso de Apelação Nº 1.0024.06.990342-5/002, na qual foi Relatora:

“Nos Estados Unidos da América, onde a doutrina acentuara tão enfaticamente a ideia de que a expressão "lei inconstitucional" configurava uma *contradictio in terminis*, uma vez que "the unconstitutional statute is not law at all" (Willoughby, Westel Woodbury. *The Constitutional Law of the United States*, New York, 1910, v. 1, p. 9/10; cf. Cooley, Thomas M., *Treaties on the Constitutional Limitations*, 1878, p. 227), passou-se a admitir, após a Grande Depressão, a necessidade de se estabelecerem limites à declaração de inconstitucionalidade (Tribe, Laurence. *The American Constitutional Law*, The Foundation Press, Mineola, New York, 1988). A Suprema Corte americana vem considerando o problema proposto pela eficácia retroativa de juízos de inconstitucionalidade a propósito de decisões em processos criminais. Se as leis ou atos inconstitucionais nunca existiram enquanto tais, eventuais condenações nelas baseadas quedam ilegítimas, e, portanto, o juízo de inconstitucionalidade implicaria a possibilidade de impugnação imediata de todas as condenações efetuadas sob a vigência da norma inconstitucional. Por outro lado, se a declaração de inconstitucionalidade afeta tão-somente a demanda em que foi levada a efeito, não se há que cogitar de alteração de julgados anteriores. Sobre o tema, afirma Tribe: "No caso *Linkletter v. Walker*, a Corte rejeitou ambos os extremos:"a

Constituição nem proíbe nem exige efeito retroativo."Parafrazeando o Justice Cardozo pela assertiva de que "a constituição federal nada diz sobre o assunto", a Corte de Linkletter tratou da questão da retroatividade como um assunto puramente de política (política judiciária), a ser decidido novamente em cada caso. A Suprema Corte codificou a abordagem de Linkletter no caso *Stovall v. Denno*: "Os critérios condutores da solução da questão implicam (a) o uso a ser servido pelos novos padrões, (b) a extensão da dependência das autoridades responsáveis pelo cumprimento da lei com relação aos antigos padrões, e (c) o efeito sobre a administração da justiça de uma aplicação retroativa dos novos padrões". (Tribe, *American Constitutional Law*, cit., p. 30) (...)."Depois de considerações outras, acrescentou o Ministro Gilmar Mendes:"(...) 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 prospectivity*), aplicável aos processos iniciados após a decisão, inclusive ao processo originário, como ilimitada (*pure prospectivity*), que sequer se aplica ao processo que lhe deu origem (Palu, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade*, São Paulo 2a. ed., 2001, p. 173; Medeiros, Rui. *A Decisão de Inconstitucionalidade*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 1999). Vê-se, pois, que o sistema difuso ou incidental mais tradicional do mundo passou a admitir a mitigação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade e, em casos determinados, acolheu até mesmo a pura declaração de inconstitucionalidade com efeito exclusivamente pro futuro (Cf. a propósito, Sesma, *El Precedente*, cit., p. 174 s). De resto, assinala-se que, antes do advento da Lei nº 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. Walker*), mas também uma série expressiva de Cortes Constitucionais e Cortes Supremas adotam a técnica da limitação de

efeitos (Cf. v.g. Corte Constitucional austríaca (Constituição, art. 140), a Corte Constitucional alemã (Lei Orgânica, § 31, 2 e 79, 1), a Corte Constitucional espanhola (embora não expressa na Constituição, adotou, desde 1989, a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade. Cf. Garcia de Enterría, Justicia Constitucional, cit., p. 5), a Corte Constitucional portuguesa (Constituição, art. 282, n. 4), o Tribunal de Justiça da Comunidade Européia (art. 174, 2 do Tratado de Roma), o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (caso Markx, de 13 de junho de 1979. Cf. Siqueira Castro, Carlos Roberto. Da Declaração de Inconstitucionalidade e seus efeitos em face das Leis nº 9.868 e 9882/99, in: Sarmiento, Daniel, O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99 (organizador), Rio de Janeiro, 2001)). No que interessa para a discussão da questão em apreço, ressalte-se que o modelo difuso não se mostra incompatível com a doutrina da limitação dos efeitos. (...)”

Conforme mencionado pela Desembargadora, em Portugal, a previsão expressa na constituição federal, no artigo 282, senão vejamos:

“Artigo 282. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de 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 reprivatização 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.

(...) 4. Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou 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 n.os 1 e 2.”

Já na Áustria, a regra geral é da não retroatividade, ou seja, o efeito sempre é *ex nunc* das decisões que declaram uma norma inconstitucional. Não bastasse, também se utilizam do efeito pro futuro, pois o Tribunal, analisando as implicações políticas do caso, pode atrasar a publicação da decisão em até 18 meses, possibilitando com que o Governo se movimente para minimizar os possíveis danos, a chamada *Fristsetzung*⁵. Também pode dependendo do caso, o tribunal dar efeito retroativo a inconstitucionalidade, esse efeito pode ser total ou parcial.

Em suma, a modulação dos efeitos é tema importante em todos os países, sendo notória a necessidade de verificação caso a caso, para que seja mantida a segurança jurídica das normas, leis e atos do ordenamento jurídico, de forma que se possa manter o sistema íntegro.

5 – Discussão Sobre a Constitucionalidade do artigo 27 da Lei 9.868/99

Como já mencionado, no Brasil, após a instituição do disposto no artigo 27 da Lei 9.868/99, tornou-se possível a modulação dos efeitos da sentença declaratória de inconstitucionalidade.

⁵ BERNARDINO, Victor de Ozeda Alla. *A manipulação temporal dos efeitos decisórios no controle difuso de constitucionalidade*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13897/a-manipulacao-temporal-dos-efeitos-decisorios-no-controle-difuso-de-constitucionalidade>>. Acesso em 16 de Nov. de 2013

De toda forma, como já verificamos acima, o STF já decidia dessa forma, mesmo antes da promulgação da referida lei. Entretanto, apesar da necessidade da modulação dos efeitos, existe discussão sobre a constitucionalidade do referido artigo, pois ao contrário do Direito Português que trouxe previsão expressa na Constituição, aqui não houve tal previsão.

Justamente, em razão de não existir previsão na Constituição Federal sobre a possibilidade de modulação dos efeitos é que se discute a constitucionalidade da referida lei.

Aliás, tal entendimento advém da Teoria Geral do Direito adotada do sistema piramidal de Kelsen, que toda norma jurídica necessita de outra norma hierarquicamente superior que lhe dê validade.

Segundo Kelsen: *“A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas do lado de outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato da validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar, finalmente na norma fundamental – pressuposta”*.

Neste sentido, ainda, nossa Constituição é muito rígida quando se trata de nulidade, não havendo nenhuma previsão de relativização desse efeito, e pior, como poderia permitir-se o efeito *pro futuro*, que seria de manter uma lei, ato ou norma inconstitucional gerando efeitos, mesmo após o reconhecimento de sua nulidade.

Para Gilmar Mendes e Ives Gandra⁶, justamente pelo fato de não haver previsão na constituição é que possível tais questões estarem regulamentadas por lei.

Segundo Georges Abboud na realidade a constitucionalidade da lei está baseada no princípio da segurança jurídica, previsto na Constituição: “a segurança jurídica

⁶ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999. São Paulo: Saraiva, 2009.

constitui parâmetro constitucional para a limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade sempre que os efeitos retroativos possam acarretar lesão aos interesses dos cidadãos que tinham expectativa de terem suas relações jurídicas regulamentadas pela lei revogada.”⁷

Para chegar a esse entendimento relembra o ensinamento de Canotilho e de Carlos Blanco de Moraes, destacando que o princípio da segurança jurídica prevê estabilidade e previsibilidade, devendo conter coerência e igualdade.

Ademais, seria um contrassenso, o cidadão de boa-fé, ser prejudicado por uma decisão que declara inconstitucional determina lei ou norma, que deveria ter sido criada em observância aos preceitos da Carta Magna.

De qualquer forma, não só porque existe previsão na Constituição Federal da possibilidade de modulação dos efeitos, mas porque a construção jurisprudencial no próprio Supremo Tribunal Federal já previa a modulação dos efeitos, seguindo inclusive o caminho adotado pelo Tribunal Espanhol.

Veja que a modulação dos efeitos tem que ser utilizada, seguindo inclusive o caminho adotado por diversos países, até mesmo pelo Tribunal da Corte Europeia, bem como pela Suprema Corte Americana, como se depreende do voto do Min. Gilmar Mendes, na Medida Cautelar em Ação Cautelar nº 189-7 SP de 06/02/2004:

“No direito americano, o tema poderia assumir feição delicada tendo em vista o caráter incidental ou difuso do sistema, isto é, modelo marcadamente voltado para a defesa de posições subjetivas. Todavia, ao contrário do que se poderia imaginar, não é rara a pronúncia de inconstitucionalidade sem atribuição de eficácia retroativa, especialmente nas decisões judiciais que introduzem alteração de jurisprudência (prospective overruling). Em alguns casos, a nova regra afirmada para decisão aplica-se aos processos pendentes (limited prospectivity); em outros, a eficácia ex tunc exclui-se de forma absoluta (pure prospectivity).

⁷ ABBOUD, Georges. *Sentenças interpretativas, coisa julgada, e súmula vinculante: alcance e limites dos efeitos vinculante e erga omnes na jurisdição constitucional*. Tese de mestrado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pág. 218. Disponível em www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp113238.pdf

Embora tenham surgido no contexto das alterações jurisprudenciais de precedentes, as prospectivity têm integral aplicação às hipóteses de mudança de orientação que leve à declaração de inconstitucionalidade de uma lei antes considerada constitucional. (Cf. Medeiros, A Decisão de Inconstitucionalidade, cit., p. 743). A prática da prospectivity, em qualquer de suas versões, no sistema de controle americano, demonstra, pelo menos, que o controle incidental não é incompatível com a idéia da limitação de efeitos na decisão de inconstitucionalidade.”

Portanto, resta evidente que mesmo que se entendesse pela inconstitucionalidade do referido artigo, certo é que seria possível a modulação dos efeitos, que deve ser sempre fundamentada, até pelo que prescreve o disposto no inciso X do artigo 93 da Constituição Federal.

6 – Hipóteses de Impossibilidade de Modulação dos Efeitos da Sentença Declaratória de Inconstitucionalidade

Vislumbra-se que em algumas hipóteses seria vedada a modulação dos efeitos, isso porque traria maiores prejuízos ao jurisdicionado, bem como uma insegurança jurídica, criando, inclusive brecha para o Poder Público ferir de morte o princípio da boa fé objetiva, criando atalhos para na verdade cometer ilegalidades.

Apenas para ilustrar a questão, imagine-se que os cofres públicos necessitando de uma receita nova, o Poder Público, mesmo sabedor que inconstitucional, crie determinado imposto sabendo que quando e se houver a anulação da lei que instituiu o tributo, não ser determinada a devolução das quantias que foram recolhidas.

Ou seja, seria a criação de um verdadeiro instituto para ilegalidade, e sob a alegação de interesse público, se daria a decisão que se declara inconstitucional a lei que institui o referido tributo efeito *Ex nunc*.

Não é possível se admitir que haja tal brecha, sendo totalmente ilegal e contrário aos princípios da boa fé objetiva, segurança jurídica e até mesmo o interesse social.

Nesse caso, é vedada a modulação dos efeitos, até porque o Poder Público não pode se utilizar de um erro seu para seu benefício. Nas palavras de George Abboud: *“não pode o STF fulminar um direito fundamental do cidadão com intuito de garantir o interesse público do estado. Não pode decisão do Supremo favorecer prática ilícita da Administração Pública em detrimento das garantias constitucionais do Contribuinte.”*⁸

Outro caso, que nos traz relevo a impossibilidade da modulação dos efeitos é no aspecto penal, tendo em vista que sempre que a lei for mais favorável ao réu, ela obrigatoriamente deve retroagir.

Nesse sentido, se o STF declara inconstitucional uma lei que teria aumentado a pena de determinado crime, todos os réus que foram condenados com base em tal lei, deverão obrigatoriamente terem suas penas revistas, como se aquela lei não existisse, e em caso de instituição de crime novo, deveria até mesmo ser absolvido.

No presente caso, também não seria possível que o STF modulasse os efeitos da sentença, de modo que não haveria motivos para manter alguém preso com base em lei inconstitucional.

Vale dizer, que o STF não tem discricionariedade para modulação dos efeitos, que só deve ocorrer em caso excepcionais e devidamente fundamentada. Nesse sentido, importante trazer lição de George Abboud sobre o tema: *“não admitimos a atribuição de nenhum aspecto discricionário à modulação de efeitos pelo Supremo, uma vez que, essa decisão precisará sempre estar fundamentada em regra ou princípio da segurança jurídica ou da boa fé objetiva, não admitimos a modulação de efeitos com a invocação tão somente do princípio da proporcionalidade, até porque não haveria parâmetros objetivos para avaliar a correção desse tipo de decisão. Nosso posicionamento é consentâneo com a moderna visão do processo constitucional,*

⁸ ABOUD, Georges. *Sentenças interpretativas, coisa julgada, e súmula vinculante: alcance e limites dos efeitos vinculante e erga omnes na jurisdição constitucional*. Tese de mestrado da Pontifícia Universidade Católica .de São Paulo Pág. 210. Disponível em www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp113238.pdf

*que propõem a redução, de nossa parte, inclusive, a eliminação da discricionariedade judicial.*⁹

Resta, portanto, evidente que a modulação dos efeitos é caso excepcional e deve ser utilizado em casos que realmente se façam necessários para que haja a segurança jurídica e que seja mantido o princípio da boa fé objetiva, lembrando que o interesse social, também deve ser analisado como interesse individual, lembrando da isonomia e dignidade da pessoa humana.

7 – Conclusão

A declaração de inconstitucionalidade de determina lei gera inúmeros efeitos no mundo jurídico, razão pela qual a modulação dos efeitos são de suma importância para que se adeque da melhor forma possível, a extirpação de uma anomalia como esta. Anomalia sim, porque não se espera que uma lei seja inconstitucional.

Importante destacar, que o processo legislativo possui diversos regramentos, contudo, acontece de leis ingressarem no mundo jurídico, em desconsonância com a Constituição Federal, sendo certo que o Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição deverá sempre nesses casos declarar sua inconstitucionalidade.

Apesar da decisão dessa natureza ferir de morte referida lei, sendo nula desde seu nascedouro, para que se volte ao *status quo ante*. Entretanto, como vimos em alguns casos, os prejuízos causados por essa nulidade são muito maiores que mantê-los hígidos. São os casos que o STF deve aplicar o efeito *ex nunc*, ou seja, apenas a partir da inconstitucionalidade é que cessará os efeitos da referida lei.

⁹ ABOUD, Georges. *Sentenças interpretativas, coisa julgada, e súmula vinculante: alcance e limites dos efeitos vinculante e erga omnes na jurisdição constitucional*. Tese de mestrado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pág. 208. Disponível em www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp113238.pdf

Mas não só isso, por vezes é necessário que ainda mantenha referida lei vigendo por determinado período, de modo que os jurisdicionados e a administração pública possam se organizar com a mudança que a nulidade acarretará.

A modulação dos efeitos no Brasil já era adotada pelo STF, mesmo antes da instituição do artigo 27 da lei 9.868/99, isto porque ela é baseada em princípio constitucional basilar, que é a segurança jurídica. Deste modo, apesar da existência da discussão sobre a constitucionalidade do referido artigo, certo é que a modulação dos efeitos é necessária, mas deve ser para casos excepcionais e deve estar muito bem fundamentada.

A modulação dos efeitos não é um ato discricionário do STF, deve ser fundamentada em princípios constitucionais, boa fé objetiva, segurança jurídica e interesse social, para que se tenha previsibilidade e estabilidade, sendo certo que em algumas hipóteses a modulação é vedada, são os casos de favorecimento do cidadão e seus interesses particulares, no âmbito penal e tributário.

A modulação dos efeitos da sentença declaratória de inconstitucionalidade é realizada em diversos países, sendo abalizada sempre na segurança jurídica, razão pela qual a adoção das medidas aqui discutidas são cruciais para que sejam reduzidos os impactos gerados pela lei inconstitucional.

Referências Bibliográficas

ABBOUD, Georges. *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Sentenças interpretativas, coisa julgada, e súmula vinculante: alcance e limites dos efeitos vinculante e erga omnes na jurisdição constitucional*. Tese de mestrado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Disponível em www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp113238.pdf

BERNARDINO, Victor de Ozeda Alla. *A manipulação temporal dos efeitos decisórios no controle difuso de constitucionalidade*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13897/a-manipulacao-temporal-dos-efeitos-decisorios-no-controle-difuso-de-constitucionalidade>>. Acesso em 16 de Nov. de 2013

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo, Martins Fontes, 2002, Pág. 127.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

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

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: ATLAS, 2005.

MIRANDA, Pontes de. *Defesa, Guarda E Rigidez Das Constituições*. Cap. IV Técnica da posteridade Constitucional. Tópico 2. A sorte da lei inconstitucional. Pág.6 Disponível em bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/9424/8478

SILVEIRA, Maísa Cristina Dante da. *A questão da nulidade do ato inconstitucional no direito positivo brasileiro*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6927/a-questao-da-nulidade-do-ato-inconstitucional-no-direito-positivo-brasileiro>>. Acesso em 16 de Nov. de 2013

TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

THOMOPOULOS, Paulo Constantino. *Avaliação crítica sobre a postura do STF acerca da competência para manipular, na forma do art. 27 da lei nº 9.868/99, os efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade de uma lei*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,avaliacao-critica-sobre-a-postura-do-stf-acerca-da-competencia-para-manipular-na-forma-do-art-27-da-lei-no-986,31439.html>>. Acesso em 16 de Nov. 2013

Decisões:

TJ-MG. Apelação: 1.0024.06.990342-5/002(1) Des. Rel. VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE. J.17/03/2009

STF. Medida Cautelar em Ação Cautelar nº 189-7/SP. Min. Rel. Gimar Mendes. J. 06/04/2004