



UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE – FURG
FACULDADE DE DIREITO

LEO SOUTO NEUMANN

**MODULAÇÃO DOS EFEITOS DAS DECISÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE
EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA**

Rio Grande, setembro de 2016.

LEO SOUTO NEUMANN

**MODULAÇÃO DOS EFEITOS DAS DECISÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE
EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande, como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Dra. Liane Francisca Hüning Pazinato.

Rio Grande, setembro de 2016.

LEO SOUTO NEUMANN

**MODULAÇÃO DOS EFEITOS DAS DECISÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE
EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio Grande, como requisito parcial à
obtenção do título de bacharel em Direito.

Aprovada em: ____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA:

Professora Doutora Liane Francisca Hüning Pazinato

Professor (a) Examinador

Professor (a) Examinador

Dedico essa conquista a memória de meu pai Claudio Neumann (1956-2014), exemplo de vida a ser trilhado.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todas as pessoas que de uma forma ou de outra acompanharam minha caminhada até hoje, especialmente as que elenco logo abaixo:

A memória de meu pai Claudio Neumann pelos ensinamentos.

À minha família, em especial a minha mãe Cristina Souto Neumann e ao meu irmão Rafael Souto Neumann e ao meu tio Jaime Neumann, que sempre me orientam em minhas dúvidas e me apoiam em minhas decisões, com amor e compreensão.

À minha orientadora Professora Doutora Liane Francisca Hüning Pazinato, pelo notório saber jurídico, paciência e generosidade.

Ao colega, mestrando Dr. Paulo Grafulha Junior por compartilhar seus aprendizados.

Aos meus colegas de jornada acadêmica, turma ATD2016 noturno, em particular aos meus amigos Caroline, Elisandra, Douglas, Julio, Mauricio, Pedro, Renato, Rogério, Samya e Tiago.

Àqueles que de uma forma ou outra me inspiram.

RESUMO

NEUMANN, Leo Souto. **Modulação dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade em matéria tributária**. 2016. Trabalho de Graduação (Faculdade de Direito), Universidade Federal do Rio Grande, Rio Grande.

O presente trabalho de conclusão de curso tem como intento analisar a modulação temporal de efeitos das decisões de inconstitucionalidade em matéria tributária, que se desenvolve a partir do juízo de ponderação, na qual ocorre sopesamento entre os princípios da segurança jurídica ou relevante interesse social e o princípio da nulidade do ato inconstitucional. Nesse sentido, tanto os contribuintes quanto o Fisco requerem a utilização da técnica em benefício próprio, vez que os efeitos prospectivos evitariam o contribuinte de diferenças não recolhidas por Lei inconstitucional mais vantajosa, enquanto os efeitos a partir da decisão evitariam ao Fisco a repetição do indébito tributário de receita arrecadada de norma impositora tributária inconstitucional. O método de abordagem é o indutivo, o procedimento é o monográfico e as técnicas de pesquisa envolvem a pesquisa bibliográfica com utilização de legislação, doutrina e jurisprudência. Por fim, pretende-se comprovar que a mitigação prospectiva dos efeitos de inconstitucionalidade tributária deve apenas ser utilizada em detrimento protecional do contribuinte.

Palavras-Chaves: Modulação de efeitos. Efeitos prospectivos. Matéria Tributária. Juízo de ponderação de bens.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE	10
1.1 Aspectos gerais preliminares	10
1.2 Origem.....	11
1.3 Conceito	14
1.4 Características das decisões.....	15
1.5 Ações do controle concentrado de constitucionalidade.....	16
1.5.1 Ação direta de inconstitucionalidade genérica	16
1.5.2 Ação direta de inconstitucionalidade por omissão.....	21
1.5.3 Ação declaratória de constitucionalidade	24
2 MODULAÇÃO TEMPORAL DE EFEITOS NA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE	29
2.1 Efeitos da decisão de inconstitucionalidade	29
2.2 Modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade	32
2.2.1 Direito Comparado	32
2.2.2 Direito Brasileiro	35
3 MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA.....	54
3.1 Considerações Iniciais.....	54
3.2 Modulação de efeitos temporais.....	54
3.2.1 Pró-contribuinte	61
3.2.2 Pró-Fisco	63
3.3 Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.....	70
CONCLUSÃO.....	76
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	78

INTRODUÇÃO

Propõe-se, a partir deste Trabalho Monográfico, analisar a modulação dos efeitos temporais de decisões de inconstitucionalidade em matéria tributária, que por meio de um complexo juízo de ponderação de princípios, procura afastar os efeitos retroativos da decisão de inconstitucionalidade, a fim de que os efeitos sejam prospectivos a partir da decisão ou de uma data futura a ser definido pelos julgadores.

O juízo de ponderação de bens em matéria tributária consiste basicamente em sopesar princípio da nulidade do ato inconstitucional com o princípio da segurança jurídica ou qualquer outro princípio travestido de relevante interesse social, cujo principal objetivo é a real proteção do contribuinte, uma vez que se encontra em posição de inferioridade em relação à imposição do ente público.

O trabalho parte do seguinte problema de pesquisa: quais são e para quem são os reflexos em matéria tributária da modificação dos efeitos prospectivos de norma inconstitucional?

Tentar-se-á buscar comprovar que a mitigação de efeitos prospectivos de decisão de inconstitucionalidade visa apenas proteger os contribuintes, principalmente pelo fato de os princípios da segurança jurídica e do relevante interesse social estarem intimamente relacionados aos pagadores de tributos e jamais relacionados ao Fisco porque impositor de norma tributária.

Tema este de grande complexidade e de difícil aproximação, devido a influências de inúmeros institutos do direito constitucional, bem como, institutos do direito tributário. Não se buscará, de forma alguma, o esgotamento de todos os aspectos concernentes ao tema, todavia o objetivo geral consistirá em fazer uma análise ponderada a fim de que seja possível abordar a técnica de mitigação de efeitos.

O tema possuiu grande relevância e busca chamar a atenção, visto, embora tenha jurisprudência embrionária, ter inúmeras possibilidades de utilização em casos futuros, pelo fato de cada vez mais o ente público vem onerando o contribuinte com impostos de constitucionalidade duvidosa, com ânsia arrecadatória e, por outro lado, de benefícios questionáveis.

A metodologia adotada deste Trabalho será a revisão bibliográfica com utilização de legislação, doutrina e jurisprudência, a título exemplificativo.

Em face da dificuldade do tema em voga, bem como do desenvolvimento que o tema exige, o primeiro capítulo deste Trabalho Acadêmico será dedicado ao controle concentrado de constitucionalidade brasileiro, pela qual se examinará as ações em que é possível a utilização do referido instrumento positivado na Lei nº 9.868/99, embora sabedor das diversas situações em que a modulação de efeitos pode ser utilizada.

Já em um segundo momento, serão estudados os efeitos das decisões de inconstitucionalidade, abordando a teoria de Kelsen da anulabilidade, bem como a teoria norte americana de Marshall da nulidade do ato inconstitucional. Posteriormente, será examinado a modulação temporal de efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade sob enfoque geral, com análise do direito comparado e, em seguida, na sistemática jurídica brasileira, em que a utilização dá-se por meio do juízo de ponderação de bens, fundamentalmente interpretado no art. 27 da Lei nº 9.868/99.

Posto os requisitos essenciais para boa compreensão do tema central, no terceiro e último capítulo, buscará demonstrar a modulação temporal de efeitos em matéria tributária. Com uma abordagem mais aprofundada no instituto de ponderação e os princípios de segurança jurídica, excepcional interesse social, além de outros princípios correlatos. Além disso, analisar-se-á os princípios em enfoque ao direito tributário, vez que a mitigação estudada guarda relação à proteção do contribuinte.

Nessa corrente, analisar-se-á a modulação de efeitos tanto no aspecto em favor do contribuinte, vez que poderá assegurar a proteção do contribuinte, como também na possibilidade em favor do Fisco, vez que evitará a repetição de indébito de tributo recolhido por norma inconstitucional. E, por fim, serão verificadas as raras jurisprudências em que o Supremo Tribunal Federal se pronunciou no controle concentrado de constitucionalidade e no controle difuso de constitucionalidade sob forma de repercussão geral, sem fazer análise crítica do mérito de suas decisões.

1 CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

1.1 Aspectos gerais preliminares

O método pelo qual o ordenamento jurídico utiliza-se para aferir validade constitucional de uma lei ou ato normativo do direito corresponde ao controle de constitucionalidade propriamente dito, em que uma norma é confrontada com a Constituição Federal na finalidade de que seja considerada como válida naquele ordenamento jurídico. Pimenta (2002, p. 35), nesse sentido, fomenta a ideia que o estado de conflito gerado pela inconstitucionalidade é solucionado, tanto no controle difuso como no controle abstrato, pelo que se convencionou chamar de declaração de inconstitucionalidade.

Os primórdios desse entendimento são base das lições de Hans Kelsen que proporcionam ao mundo jurídico o pensamento de validade das normas jurídicas. Nesse sentido, Kelsen (1962, apud BASTOS, 2010) assim contribuiu:

Entre uma norma de escalão superior e uma norma de escalão inferior, quer dizer, entre uma norma que determina a criação de uma outra e essa outra, não pode existir qualquer conflito, pois a norma do escalão inferior tem o seu fundamento de validade na norma do escalão superior. Se uma norma do escalão inferior é considerada válida, tem de considerar-se como estando de harmonia com a norma do escalão superior.

Faz-se necessário o procedimento de confrontação por meio do controle de constitucionalidade, visto que conforme aduz Bastos (2010, p. 543) “a invalidade de qualquer ato jurídico traduz-se numa inaptidão para produzir efeitos de direito, porque não foi produzido quer no que diga respeito à sua forma, quer no que se refira ao seu conteúdo, segundo os ditames fixados pela norma superior”.

Dessa forma, as inúmeras espécies normativas brasileiras estão ordenadas sistemática e hierarquicamente, pela qual a Constituição Federal é o grau maior de superioridade, enquanto as demais leis infraconstitucionais devem respeitá-la em seu conteúdo e em seus efeitos. A essa perspectiva, o controle de constitucionalidade tem por pressupostos essenciais a supremacia da Constituição Federal, a rigidez constitucional e a proteção dos direitos fundamentais (SANCHES, 2012).

Essa ferramenta jurídica, pela qual as normas são conferidas como válidas, dá-se de diferentes formas, momentos e competências. No Brasil, por exemplo,

segundo Moraes (2005, p. 630) adotou-se o sistema judiciário ou jurídico, podendo se dar de duas maneiras com competência do Poder Judiciário, a primeira pela via de ação (método concentrado ou abstrato) e a segunda pela via de exceção ou defesa (método difuso ou concreto), sendo aquela pelo Supremo Tribunal Federal e esta por todos os juízes e tribunais.

Conquanto, há no Brasil ainda o controle repressivo¹ de constitucionalidade, desdobrados nas comissões de constituição e justiça ou pelo veto jurídico², como também, realizado pelo Poder Legislativo³. Em que pese a gama de soluções de controvérsias constitucionais, neste trabalho abordar-se-á suscitantamente o controle de constitucionalidade concentrado ou via de ação direta, realizado pelo poder judiciário, tendo em vista o tema principal da obra, modulação dos efeitos de sentença, possuir correlação direta no sistema concentrado, embora seja sabido que a referida técnica é bastante utilizada no controle difuso de constitucionalidade⁴.

1.2 Origem

O controle concentrado de constitucionalidade, nas palavras de Eisenmann (1986 apud MORAES, 2005) surgiu, pioneiramente, na Constituição da Áustria de 1º-10-1920, a qual criou Tribunal Constitucional com o propósito único do exercício

¹ CF/88 - Art. 58: O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação.

² CF/88 – Art. 66, § 1º: A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. [...] Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.

³ CF/88 – Art. 49, V: É da competência exclusiva do Congresso Nacional: [...] sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa; e CF/88 - Art. 62: Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

⁴ Conforme ensina Pimenta (2008, p. 426): “Ademais, os motivos que justificam a possibilidade de modulação dos efeitos temporais no controle abstrato também se fazem presentes no tipo de fiscalização em pauto, posto que a pronúncia de inconstitucionalidade com eficácia retroativa pode conduzir a resultados graves, à medida que os efeitos dos atos jurídicos praticados com base na norma inconstitucional muitas vezes são tutelados pela lei ou por princípios jurídicos. É necessário, portanto, causar o menor sacrifício possível aos bens e interesses em colisão”. Por isso, o autor complementa que não defende a aplicação do art. 27 da Lei 9.868/99 visto estar relacionado unicamente com a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade porém defende “a ponderação de bens para modular os efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade da lei no controle difuso”.

do controle judicial de constitucionalidade como forma de garantir a supremacia da Constituição vigente.

A justificativa de Kelsen (1985 apud MORAES, 2005) da escolha de um único órgão para exercer o controle de constitucionalidade, em oposição ao *judicial review* norte-americano, na época consagrado sistema distribuído por todos os juízes e tribunais, deu-se pelo fato que um Tribunal exclusivo poderia deter a competência para anular a validade de lei inconstitucional em relação a todos os casos em que a lei se refira (anular a lei como tal de modo *erga omnes*) e não apenas em determinado caso concreto. Ao contrário, se a competência fosse conferida a toda e qualquer pessoa, remotamente iria surgir lei que vinculasse os súditos do Direito e os órgãos jurídicos.

No Brasil, a fiscalização jurisdicional de constitucionalidade surgiu com o advento do Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890 que foi mantido no texto da Constituição de 1891⁵. Por conseguinte, a Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894⁶ corroborou e foi mantido até a Carta de 1934, que inovou na exigência de quorum, na criação da ação direta para fins de intervenção e na outorga de competência do Senado para suspender a execução de lei declarada inconstitucional. A Constituição de 1937 manteve apenas o quorum especial, todavia instituiu mecanismo que poderia aniquilar a fiscalização de constitucionalidade em detrimento do Presidente da República. Porém, na Constituição de 1946, foi restaurado em sua plenitude o controle de constitucionalidade, inclusive aperfeiçoando a arguição de inconstitucionalidade para fins de intervenção. Cumpre destacar que foi nesse período apresentada a primeira ação direta, chamada de “representação” (PIMENTA, 2002, p. 88-89).

O surgimento do controle concentrado de constitucionalidade ocorreu devido a sua introdução pela Emenda Constitucional de número 16, de 6 de dezembro de 1965, que atribuiu competência ao Supremo Tribunal Federal de processar e julgar

⁵ CF/1891 - Art.59, § 1º, “b” - Á Justiça Federal compete [...] Das sentenças das justiças dos Estados em ultima instancia haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: quando se contestar a validade de leis ou actos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federaes, e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos esses actos, ou essas leis impugnadas.

⁶ Lei nº 221/1894 - Art. 13: Os juizes e tribunaes federaes processarão e julgarão as causas que se fundarem na lesão de direitos individuaes por actos ou decisão das autoridades administrativas da União. [...] § 10. Os juizes e tribunaes apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos occurrentes as leis manifestamente inconstitucionaes e os regulamentos manifestamente incompativeis com as leis ou com a Constituição.

originariamente a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual apresentada pelo Procurador-Geral da República⁷.

Dessa forma, qualquer ato normativo Federal ou Estadual, já era suscetível de contraste constitucional por órgão único, como aduz Moraes (2005, p. 654), no modelo preconizado por Hans Kelsen para o Tribunal Constitucional austríaco e adotado, posteriormente, pelo Tribunal Constitucional alemão, espanhol, italiano e português. Nesse sentido, Bastos (2010, p. 563) esclarece a importância da Emenda nº16/65:

Com efeito, a partir da refira Emenda, a mecânica de controle constitucional enriqueceu-se pelo alargamento da amplitude conferida à via de ação direta, de iniciativa do Procurador-Geral da República, a ponto de podermos afirmar que, atualmente, levando em conta conjuntamente os critérios da iniciativa para provocar a manifestação jurisdicional e da finalidade com que é feita, dividem-se em três os caminhos para se atingir o controle constitucional: a) provocação da questão constitucional pelo lesado ou ameaçado de sofrer lesão, que pode fazê-lo na posição de réu, como tomando a iniciativa do processo, através, por exemplo, de mandado de segurança; b) provocação do Judiciário pelo Procurador-Geral da República, em vista de uma intervenção nos Estados-Membros ou de suspensão da eficácia do ato inconstitucional, decretada pelo Presidente da República; c) provocação do Judiciário pelo Procurador-Geral da República, com a finalidade de defesa do ordenamento jurídico, mais especificadamente, de fazer cumprir a vontade constitucional de respeito à hierarquia normativa (Constituição, lei ordinária e regulamento).

A inovação da Emenda nº 16 de 1965 foi mantida pela Constituição de 1967 em seu art. 114⁸. Já a Emenda n. 1 à Constituição de 1967 em nada modificou a matéria, em que pese tenha alterado a numeração dos artigos, passando do art. 114, I, “1” para o art. 119, I, “1”. Por fim, na Constituição cidadã de 1988, manteve-se positivada a sistemática de contraste de leis, sendo as diferentes espécies contempladas no controle concentrado de constitucionalidade.

A Constituição de 1988 instituiu cinco modos de ação para o fim de acionar o judiciário para o controle de constitucionalidade, diferenciados entre si de acordo com o objeto da possível inconstitucionalidade. Além disso, a Lei nº 9.868/99 veio com intuito de positivá-las. São exemplos, a Ação direta de inconstitucionalidade

⁷ “Emenda Constitucional nº 16/65 - Art. 2º: As alíneas *c*, *f*, *i* e *k* do art. 101, inciso I, passam a ter a seguinte redação: [...] *k*) a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República;”

⁸ CF/67 - Art. 114: compete ao Supremo Tribunal Federal: I – Processar e julgar originariamente: (...) I – a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual.

genérica, amparada na art. 102, I, a da CF/88⁹; a Ação direta de inconstitucionalidade interventiva (art. 36, III da CF/88)¹⁰; a Ação direta de inconstitucionalidade por omissão, conforme o art. 103, § 2º¹¹; a Ação declaratória de constitucionalidade, normatizada no art. 102, I, a, in fine¹² e EC nº 03/93; e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, §1º)¹³.

Dada a importância da origem do controle de constitucionalidade no âmbito doutrinário e, posteriormente, na Constituição brasileira, passa-se a examinar o conceito da sistemática de confrontação de normas.

1.3 Conceito

É sabido, nas palavras de Bastos (2010, p. 567) que a “via concentrada de controle constitucional tem por objetivo expelir do ordenamento jurídico a lei ou ato normativo contrário a Constituição, bem como declarar a omissão inconstitucional”. Na mesma ideia que cabe a um órgão único, na qualidade de guardião da Constituição Federal, analisar a constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo em tese, sem vinculação a uma situação concreta a fim de retirá-la do conjunto de leis e posteriormente negar-lhe eficácia jurídica.

Entende-se por ato normativo aquele que impõe uma determinada regulação, estruturado a luz do princípio do dever ser. Já a lei não se caracteriza rigorosamente ou somente de uma questão legal. Nessa corrente, a lei-regulamento é uma questão de afronta ao princípio da legalidade, de forma que Fischer (2004, p. 118) aborda que não somente a lei pode ser confrontada:

⁹ CF/88 - Art. 102: Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

¹⁰ CF/88 - Art. 36: A decretação da intervenção dependerá:[...] III - de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, na hipótese do art. 34, VII, e no caso de recusa à execução de lei federal.

¹¹ CF/88 - Art. 103, §2º: Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: [...] §2 Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

¹² CF/88 - Art. 102, I, a, *in fine*: Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

¹³ CF/88 - Art. 102, § 1º: Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...] § A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

Ainda que o conceito de lei não seja unívoco, é importante mencionar que a própria Constituição não restringiu o controle de constitucionalidade às leis matérias. Pelo contrário, mencionou o vocabulário lei sem fazer qualquer exceção; com o que podemos dizer que, se a Constituição não distinguiu, ao intérprete não é ilícito fazê-lo. Portanto, qualquer norma, revestida do atributo de lei, pode “desafiar o controle abstrato”.

O controle pela via de ação (concentrado) tem o condão da busca incansável pelo bom funcionamento da mecânica constitucional, na qual todo o ordenamento jurídico esteja em completa harmonia com a ordem constitucional. De certo que, a única maneira de expelir do conjunto normativo uma lei em dissonância com a constituição é pelo controle concentrado de constitucionalidade.

A análise do conceito do controle abstrato de normas é essencial para se compreender as peculiaridades das decisões do controle concentrado de constitucionalidade.

1.4 Características das decisões

As decisões que declaram inconstitucional determinada lei ou ato normativo federal ou estadual terão, por regra¹⁴, efeitos retroativos, ou seja, *ex tunc*, na medida em que os atos inconstitucionais são nulos, desfazendo desde sua origem o ato em descompasso com a Constituição, bem como todas as consequências dele derivadas (MORAES, 2005, p. 677). Além disso, as decisões atingem todos que estão sob a égide da Constituição, efeitos *erga omnes*, e também possuem eficácia vinculante a todos os demais órgãos do poder judiciário e administrativo, sendo totalmente obrigados a respeitá-la. Todavia em caso de flagrante desrespeito, estes estarão sujeitos do instrumento processual da reclamação constitucional¹⁵.

Por fim, são cinco situações em que se pode verificar a confrontação de normas no controle concentrado de constitucionalidade: Ação direta de inconstitucionalidade genérica (ADI); Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF); Ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO); Ação

¹⁴ A lei nº 9.868/99 positivou a possibilidade de modulação temporal de efeitos que será objeto de estudo mais a frente.

¹⁵ “Art. 102 da CF/88. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: I) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;”

direta de inconstitucionalidade interventiva; e Ação declaratória de constitucionalidade (ADC). Embora todas estas ações possíveis no controle abstrato, serão abordadas sucintamente no próximo tópico do presente trabalho apenas a ADI genérica, a ADO e a ADC, vez que guardam relação direta com a Lei nº 9.868/99 que positivou a possibilidade de modulação temporal de efeitos em decisões de inconstitucionalidade, em que pese seja sabido que a técnica supracitada pode ser utilizada em todas as ações do controle abstrato, bem como no controle difuso.

1.5 Ações do controle concentrado de constitucionalidade

1.5.1 Ação direta de inconstitucionalidade genérica

A Ação direta de inconstitucionalidade consiste basicamente, segundo entendimento de Moraes (2005, p. 656), em que o Pretório Excelso examine lei ou ato normativo federal ou estadual em tese, sem que exista caso concreto a ser analisado. Busca-se a invalidação da lei ou do ato normativo de maneira abstrata, marcado pela generalidade.

Tem-se por objeto da Ação direta de inconstitucionalidade genérica, as espécies normativas¹⁶ ou ato normativo federal, estadual ou distrital – no exercício de competência equivalente à dos Estados-membros – editados posteriormente à promulgação da Constituição Federal, que ainda estejam em vigor e que supostamente mostrem-se incompatíveis com o ordenamento jurídico.

Os legitimados para propor a Ação direta de inconstitucionalidade foram ampliados pela Constituição de 1988, uma vez que anteriormente apenas era legitimado o Procurador-Geral da República. Nesse sentido, o artigo 103 da CF/88¹⁷

¹⁶ CF/88 - Art. 59: O processo legislativo compreende a elaboração de:

I - emendas à Constituição;
II - leis complementares;
III - leis ordinárias;
IV - leis delegadas;
V - medidas provisórias;
VI - decretos legislativos;
VII - resoluções.”

¹⁷ CF 88 - Art. 103: Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I - o Presidente da República;
II - a Mesa do Senado Federal;
III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

estabeleceu o rol dos legitimados, incluindo o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembleia Legislativa de Estado ou a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, os partidos políticos com representação no Congresso Nacional e, por fim, a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Dessa forma, todos possuem capacidade postulatória especial, exceto os partidos políticos com representação no Congresso Nacional e a entidade de classe de âmbito nacional que necessitam de pertinência temática.

A pertinência temática segundo Mendes (2012, p. 1228) pode ser definida como a *relação de pertinência* entre o objeto da ação e a atividade de representação da entidade de classe ou da confederação sindical, sempre demonstrando interesse na propositura da ação relacionado a sua finalidade institucional. Nesse sentido, Mendes (2012, p. 1228) doutrina sobre a capacidade postulatória:

A relação de pertinência envolve inequívoca restrição ao direito de propositura, que, tratando-se de processo de natureza objetiva, dificilmente poderia ser formulada até mesmo pelo legislador ordinário. A relação de pertinência assemelha-se muito ao estabelecimento de uma condição de ação – análoga, talvez, ao interesse de agir do processo civil -, que não decorre dos expressos termos da Constituição e parece ser estranha à natureza do sistema de fiscalização abstrata de normas.

Outrossim, os partidos políticos que possuem legitimidade para propor Ação direta de inconstitucionalidade são aqueles que possuem representação no Congresso Nacional de maneira singular, preenchidos com a existência de apenas um parlamentar em qualquer das casas legislativas.

O procedimento da Ação direta de inconstitucionalidade é disciplinado pelos §§ 1.º e 3.º do art. 103 da CF/88¹⁸, bem como que quase na integralidade pela da

IV a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
V o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
VI - o Procurador-Geral da República;
VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

¹⁸CF/88 - Art. 103: Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

Lei nº 9.868 de 10 de novembro de 1999, que estabelece sobre o processo e o julgamento das Ações diretas de inconstitucionalidade e da Ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Os requisitos da petição inicial são disciplinados pelo art. 3º da Lei nº 9.868/99¹⁹. A primeira formalidade consiste em indicar o dispositivo ou os dispositivos sobre os quais versa a ação e os fundamentos jurídicos do pedido em cada um deles. Já a segunda necessidade é a formulação do pedido com suas especificações. Também deverá ser instruída em duas vias com cópias da lei ou ato normativo impugnado e com os documentos necessários para comprovar a impugnação. E, por fim, a inicial acompanhará o instrumento de procuração quando subscritas por advogado.

Entende Mendes (2012, p. 1249) que o legislador, a fim de conferir celeridade ao trâmite processual do controle abstrato de constitucionalidade, concedeu ao relator possibilidade de indeferir liminarmente as petições ineptas e as não fundamentadas e aquelas manifestamente improcedentes. Todavia, cabe agravo regimental no prazo de cinco dias desta decisão²⁰.

Após proposta a Ação direta de inconstitucionalidade, não será admissível a desistência desta. Também, a Lei nº 9.868/99 veda a intervenção de terceiros no processo de Ação direta de inconstitucionalidade, entretanto positiva a figura do *amicus curiae*, possibilitando a manifestação de outros órgãos ou entidade²¹ que

§ 1º O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.

[...]

§ 3º Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.

¹⁹ Lei 9.868/99 - Art. 3º: A petição indicará:

I - o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações;

II - o pedido, com suas especificações.

Parágrafo único. A petição inicial, acompanhada de instrumento de procuração, quando subscrita por advogado, será apresentada em duas vias, devendo conter cópias da lei ou do ato normativo impugnado e dos documentos necessários para comprovar a impugnação.

²⁰ Lei 9.868/99 - Art. 4º: A petição inicial inepta, não fundamentada e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator.

Parágrafo único. Cabe agravo da decisão que indeferir a petição inicial.

²¹ Lei 9.868/99 - Art. 7º: Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade. [...] § 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

tenham conhecimento e reconhecimento em relação à matéria a ser discutida (MENDES, 2012, P. 1249).

No rito processual propriamente dito da Ação direta de inconstitucionalidade, serão dois desdobramentos possíveis. No primeiro, caso não haja pedido de medida cautelar, o relator pedirá informações aos órgãos ou as autoridades das quais emanou a lei ou ato normativo impugnado na petição inicial, de forma que estes terão prazo de 30 dias para resposta ao pedido de informações²². Enquanto no segundo, havendo pedido de concessão de medida cautelar, os órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato impugnado terão apenas cinco dias para manifestação sobre o pedido liminar, conforme dispõe o art. 10 da Lei nº 9.868/99. Julgada a cautelar, segue o rito normal do art. 6º da referida Lei, que após o prazo das informações, serão ouvidos o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República que deverão manifestarem-se no prazo de quinze de quinze dias²³.

Mendes (2012, p. 1251) ilustra o procedimento sumário da Ação direta de inconstitucionalidade em face da relevância da matéria e de seu especial significado para ordem social e a segurança jurídica que viabiliza uma decisão definitiva da controvérsia constitucional em curto espaço de tempo sobre a legitimidade de medidas provisórias antes mesmo que se converta em lei. Nessa corrente, autoriza o relator a submeter o processo diretamente ao Tribunal²⁴, que terá faculdade de julgar definitivamente a ação após prestação das informações no prazo de 10 dias e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente no prazo de cinco dias.

Posterior a todo esse rito processual, o relator lançará seu relatório com cópia para todos os Ministros e requererá data para julgamento²⁵, contudo poderá este

²² Lei 9.868/99 - Art. 6º: O relator pedirá informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado.

Parágrafo único. As informações serão prestadas no prazo de trinta dias contado do recebimento do pedido.

²³ Lei 9.868/99 - Art. 8º: Decorrido o prazo das informações, serão ouvidos, sucessivamente, o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, que deverão manifestar-se, cada qual, no prazo de quinze dias.

²⁴ Lei 9.868/99 - Art. 12: Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação.

²⁵ Lei 9.868/99 - Art. 9º: Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.

requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para parecer no prazo de 30 dias (Lei nº 9.868/99, § 3º do art. 9º) caso haja necessário esclarecimento da matéria ou circunstância do fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos (Lei nº 9.868/99, § 1º, art. 9º) ou ainda solicitar informações aos Tribunais Superiores, ou Tribunais Federais e aos Tribunais Estaduais sobre a aplicação na norma impugnada no âmbito de suas respectivas jurisdições (Lei nº 9.868/99, § 2º, art. 9º).

A respeito da medida cautelar na Ação direta de inconstitucionalidade da Lei 9.868/99, o Tribunal, concederá liminar²⁶ na suspensão da norma impugnada com efeito *ex nunc* (salvo se o Tribunal entender pela eficácia retroativa - § 2º, art. 11) e eficácia *erga omnes*²⁷, por decisão da maioria absoluta dos membros, depois da audiência dos órgãos ou autoridades que emanaram a lei ou o ato normativo impugnado, podendo ser dispensada a audiência em se tratando de caso de urgência (Lei nº 9.868/99, § 3º, art. 10).

Finalmente, no tocante as decisões tanto na Ação direta de inconstitucionalidade quanto na Ação declaratória de inconstitucionalidade, a Lei nº 9.868/99, impõe que o julgamento referente aos contrastes constitucionais será

§ 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

§ 2º O relator poderá, ainda, solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição.

§ 3º As informações, perícias e audiências a que se referem os parágrafos anteriores serão realizadas no prazo de trinta dias, contado da solicitação do relator. ”

²⁶ Lei 9.868/99 - Art. 10: Salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, observado o disposto no art. 22, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias.

§ 1º O relator, julgando indispensável, ouvirá o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, no prazo de três dias.

§ 2º No julgamento do pedido de medida cautelar, será facultada sustentação oral aos representantes judiciais do requerente e das autoridades ou órgãos responsáveis pela expedição do ato, na forma estabelecida no Regimento do Tribunal.

§ 3º Em caso de excepcional urgência, o Tribunal poderá deferir a medida cautelar sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado. ”

²⁷ Lei 9.868/99 - Art. 11: Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União e do Diário da Justiça da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo solicitar as informações à autoridade da qual tiver emanado o ato, observando-se, no que couber, o procedimento estabelecido na Seção I deste Capítulo.

§ 1º A medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeito *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa.

§ 2º A concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário. ”

realizado com *quorum* mínimo na sessão de pelo menos oito Ministros²⁸. Todavia, se julgará constitucional ou não, se ocorrer a manifestação de pelo menos seis Ministros²⁹. Decisão que será publicada em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão³⁰, que ressalvado os embargos declaratórios, é irrecurável e não cabe ação rescisória³¹.

Cabe mencionar, desde já, que o efeito das decisões será tratado em capítulo central do trabalho que abordará a modulação temporal dos efeitos de decisões de inconstitucionalidade. Todavia, já examinada a Ação direta de inconstitucionalidade genérica, passasse a análise da Ação direta de inconstitucionalidade por omissão, com norma subsidiária a primeira.

1.5.2 Ação direta de inconstitucionalidade por omissão

A Ação direta de inconstitucionalidade por omissão tem por condão conferir plena eficácia às normas constitucionais, que dependem de complementação infraconstitucional e o Poder Público constitucionalmente competente absteve-se do *dever* de realizar. À vista disso, declarada a inconstitucionalidade por omissão, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias, inclusive ao órgão administrativo (MORAES, 2005, p. 686).

O objeto da Ação de inconstitucionalidade por omissão, como bem explica Moraes (2005, p.686), guarda relação com as normas constitucionais de eficácia limitada:

As hipóteses de ajuizamento da presente ação não decorrem de qualquer espécie de omissão do Poder Público, mas em relação às normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo e de caráter

²⁸ Lei 9.868/99 - Art. 22: A decisão sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo somente será tomada se presentes na sessão pelo menos oito Ministros.

²⁹ Lei 9.868/99 - Art. 23: Efetuado o julgamento, proclamar-se-á a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da disposição ou da norma impugnada se num ou noutro sentido se tiverem manifestado pelo menos seis Ministros, quer se trate de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade.

³⁰ Lei 9.868/99 - Art. 28: Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão.

³¹ Lei 9.868/99 - Art. 26: A decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em ação direta ou em ação declaratória é irrecurável, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória.

impositivo, em que a constituição investe o Legislador na obrigação de expedir comandos normativos. Além disso, as normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade, por dependerem de atuação normativa ulterior para garantir sua aplicabilidade, são suscetíveis de ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Como claramente doutrina Ramos (1992 apud MORAES, 2005), “a incompatibilidade entre a conduta positiva exigida pela constituição e a conduta negativa do Poder Público omissa configura-se na chamada inconstitucionalidade por omissão”.

Os legitimados a proporem a ação em debate são aqueles elencados para proporem Ação direta de inconstitucionalidade e Ação declaratória de constitucionalidade³².

No sentido de normatizar o procedimento, a Lei nº 12.063/09 que inseriu um Capítulo a cerca da Ação direta de inconstitucionalidade por omissão na Lei nº 9.868/99, positivando o que já era praxe jurisprudencial.

Nesse sentido, a petição inicial apresentada em duas vias, como bem ensina Mendes (2012, p. 1343), deverá indicar a omissão inconstitucional total ou parcial quanto ao dever constitucional de legislar ou quanto à adoção de providência de índole administrativa e ainda o pedido com suas especificações. Igualmente é necessária a documentação da comprovação da alegada omissão, assim como a procuração³³, se for preciso.

Da mesma forma que na ADI, na Ação direta de inconstitucionalidade por omissão o relator poderá indeferir liminarmente petição que seja inepta, não fundamentada ou manifestamente improcedente, que estará sujeita ao recurso de agravo³⁴. Além disso, após proposta, não se admite desistência da ADO³⁵. Nesse

³² Lei 9.868/99 - Art. 12-A: Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade por omissão os legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade.

³³ Lei 9.868/99 - Art. 12-B: A petição indicará:

I - a omissão inconstitucional total ou parcial quanto ao cumprimento de dever constitucional de legislar ou quanto à adoção de providência de índole administrativa;

II - o pedido, com suas especificações.

Parágrafo único. A petição inicial, acompanhada de instrumento de procuração, se for o caso, será apresentada em 2 (duas) vias, devendo conter cópias dos documentos necessários para comprovar a alegação de omissão.

³⁴ Lei 9.868/99 - Art. 12-C: A petição inicial inepta, não fundamentada, e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator.

Parágrafo único. Cabe agravo da decisão que indeferir a petição inicial.

³⁵ Lei 9.868/99 - Art. 12-D: Proposta a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, não se admitirá desistência.

sentido, segue o rito processual semelhante da ADI, visto que o relator solicitará informações às autoridades apontadas como responsáveis pela omissão no prazo de 30 dias assim como poderá solicitar a participação do *amici curiae*.

Embora não disciplinada, Mendes (2012, p. 1344) entende que poderá assegurar ao *amici curiae* o direito de efetivar a sustentação oral, bem como, o relator terá a possibilidade de acolher manifestação de outros órgãos ou entidades, caso haja relevância da matéria e a representatividade do postulante. Além disso, poderá ocorrer a designação de peritos ou a realização de audiência pública para ouvir pessoas experientes e autoridades na matéria (em aplicação subsidiária de artigos da ADI). E também, o relator poderá solicitar manifestação no prazo de 15 dias do chefe da Advocacia Geral da União e do Procurador-Geral da República, no mesmo prazo, quando não for autor. E depois de ouvido o último, os autos serão submetidos ao Relator que concluirá sua análise, distribuirá relatório entre os Ministros e requisitará data para o julgamento³⁶.

Em relação ao procedimento da medida cautelar, poderá em havendo urgência e relevância da matéria, após audiência dos órgãos ou autoridades responsáveis pela omissão constitucional, a manifestarem-se no prazo de cinco dias. De mesma forma que poderá o relator solicitar a manifestação do Procurador-Geral da República no prazo de três dias. Faculta aos representantes judiciais do requerente e dos órgãos responsáveis pela omissão acoimada de inconstitucional a sustentação oral do julgamento da cautelar. A cautelar somente poderá ser deferida quando presentes na sessão pelo menos oito ministros³⁷, por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal³⁸.

³⁶ Lei 9.868/99 - Art. 12-E: Aplicam-se ao procedimento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, no que couber, as disposições constantes da Seção I do Capítulo II desta Lei

³⁷ Lei 9.868/99 - Art. 22: A decisão sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo somente será tomada se presentes na sessão pelo menos oito Ministros.

³⁸ Lei 9.868/99 - Art. 12-F: Em caso de excepcional urgência e relevância da matéria, o Tribunal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, observado o disposto no art. 22, poderá conceder medida cautelar, após a audiência dos órgãos ou autoridades responsáveis pela omissão inconstitucional, que deverão pronunciar-se no prazo de 5 (cinco) dias.

§ 1º A medida cautelar poderá consistir na suspensão da aplicação da lei ou do ato normativo questionado, no caso de omissão parcial, bem como na suspensão de processos judiciais ou de procedimentos administrativos, ou ainda em outra providência a ser fixada pelo Tribunal.

§ 2º O relator, julgando indispensável, ouvirá o Procurador-Geral da República, no prazo de 3 (três) dias.

§ 3º No julgamento do pedido de medida cautelar, será facultada sustentação oral aos representantes judiciais do requerente e das autoridades ou órgãos responsáveis pela omissão inconstitucional, na forma estabelecida no Regimento do Tribunal.

São três as possíveis medidas cautelares, primeiramente na suspensão da norma questionada, nos casos de omissão parcial ou suspensão dos processos judiciais ou dos procedimentos administrativos ou qualquer outra providência a ser fixada pelo Tribunal. Por último, a sentença tem caráter mandamental que impõe ao legislador em mora o dever de proceder à eliminação do estado de inconstitucionalidade em prazo considerado razoável, conquanto se tratando de imputação de inconstitucionalidade por omissão em órgão administrativo, as providências deverão ser adotadas no prazo de 30 dias³⁹ ou prazo estipulado pelo Tribunal⁴⁰. Nesse sentido, a decisão deverá ter caráter retroativo pelo menos até a data da decisão judicial em que restou caracterizada a omissão indevida do legislador (MENDES, 2012, p. 1350).

Já em relação aos efeitos das decisões de inconstitucionalidade, a temática será abordada no decorrer deste estudo. E, portanto, superada a Ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a última análise da ação do controle abstrato que se faz necessário ao entendimento do estudo é a Ação declaratória de constitucionalidade.

1.5.3 Ação declaratória de constitucionalidade

A Ação declaratória de constitucionalidade “consiste em típico processo objetivo destinado a afastar a insegurança jurídica ou o estado de incerteza sobre a validade de lei ou ato normativo federal, busca preservar a ordem constitucional” (MORAES, 2005, p. 689). Sua “finalidade precípua de transformar a presunção relativa de constitucionalidade em presunção absoluta, em virtude de seus efeitos vinculantes” (MORAES, 2005, p. 689). Em suma, consistiria em posicionamento da Suprema Corte em respeito à lei ou ato normativo que esteja sobre contraste

³⁹ CF/88 - Art. 103: Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: [...]

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

⁴⁰ Lei 9.868/99 - Art. 12-H: Declarada a inconstitucionalidade por omissão, com observância do disposto no art. 22, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias.

§ 1º Em caso de omissão imputável a órgão administrativo, as providências deverão ser adotadas no prazo de 30 (trinta) dias, ou em prazo razoável a ser estipulado excepcionalmente pelo Tribunal, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso e o interesse público envolvido.

constitucional pelos juízes e tribunais inferiores, afastando-se tal do controle difuso dessa decisão.

Será objeto de Ação declaratória de constitucionalidade apenas lei ou ato normativo federal, com a devida necessidade de demonstração de comprovada controvérsia judicial⁴¹ que coloque em risco a presunção de constitucionalidade do ato normativo em questão, na ideia que o Pretório Excelso conhece das alegações favoráveis e contrárias ao contraste constitucional, assim como o modo pelo qual estão sendo decididas as causas que envolvam a matéria (Moraes, 2005, p.691). Nesse sentido, aduz Mendes (2012, p.1261) sobre o objeto de a ADC guardar relação ao da ADI:

Com exceção das normas estaduais, o objeto da ADC segue o mesmo paradigma da ADI para o direito federal: lei ou ato normativo federal autônomo (não regulamentar) devidamente promulgado, ainda que não esteja em vigor. Assim, caberia ADC em face de emenda constitucional, lei complementar, lei ordinária, medida provisória, decreto legislativo, tratado internacional devidamente promulgado, decreto do Executivo de perfil autônomo, resolução de órgão do Poder Judiciário, do Conselho Nacional de Justiça. Tal como sucede em relação à ADI, a ADC não pode ter por objeto ato normativo revogado.

Os legitimados judiciais são os mesmo que podem propor Ação direta de inconstitucionalidade e Ação declaratória de constitucionalidade⁴².

Em relação ao rito processual, é considerado simplificado, com apenas a necessidade da manifestação do Procurador-Geral da República no prazo de quinze dias⁴³, porém poderá ser concedida liminar antes de sua manifestação. Também, o relator poderá solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais Federais e aos Tribunais Estaduais acerca na norma impugnada no âmbito de suas

⁴¹ Lei 9.868/99 - Art. 14: A petição inicial indicará: [...]

III - a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória.

⁴² CF/88 - Art. 103 da: Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

⁴³ Lei 9.868/99 - Art. 19: Decorrido o prazo do artigo anterior, será aberta vista ao Procurador-Geral da República, que deverá pronunciar-se no prazo de quinze dias.

jurisdições⁴⁴. Posteriormente, o relator solicitará o dia para julgamento da Ação direta de inconstitucionalidade em seu art. 9º, § 2º, ou da Ação declaratória de constitucionalidade em seu art. 20, caput ambos da Lei nº 9.868/99, tendo em vista como Mendes (2012, p. 1261) aduz que “na prática é muito pouco provável que se verifique o julgamento da ADC de forma isolada, sem que tenha havido a propositura de uma ADI. E, nessa hipótese, procede-se julgamento conjunto das ações”.

A admissibilidade e o procedimento da Ação declaratória de constitucionalidade são tratados em capítulo autônomo pela Lei nº 9.868/99, sendo, inclusive extensivamente aplicáveis as regras da ADI a ADC, tendo em vista o caráter “dúplice” ou “ambivalente” destas ações. Posto isso, a petição inicial tem requisitos a serem preenchidos para ser recebida, como a indicação do dispositivo ou dos dispositivos sobre os quais versa a ação e os fundamentos jurídicos do pedido. Já o segundo requisito guarda respeito com os pedidos e suas especificações. Por fim, o terceiro e último requisito consiste na indicação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da Ação declaratória, ou seja, a demonstração da existência de controvérsia judicial. Ainda há de ser ressaltado que a ADC não está vinculada a nenhum prazo e, também, não poderá ser objeto de desistência⁴⁵.

Doutrina Mendes (2012, p. 1262) em relação ao segundo requisito como questão fundamental a respeito da pretensão, porque consagra de forma expressa o princípio do pedido no tocante a constitucionalidade da norma atacada:

Tal princípio é essencial para a jurisdição constitucional, uma vez que dele depende, em determinada medida, a qualificação do órgão decisório como um tribunal. A forma judicial constituiu característica peculiar que permite distinguir a atuação da jurisdição constitucional de outras atividades, de cunho meramente político. É de ressaltar que o pedido poderá abranger, além da emissão de um juízo definitivo sobre a constitucionalidade da norma questionada, a emissão de um juízo provisório sobre o tema, mediante a concessão de medida cautelar.

⁴⁴ Lei 9.868/99 - Art. 9º, § 2: Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento. [...]

§ 2º O relator poderá, ainda, solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição.

Art. 20, § 2º: Vencido o prazo do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento. [...]

§ 2º O relator poderá solicitar, ainda, informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma questionada no âmbito de sua jurisdição.

⁴⁵ Lei 9.868/99 - Art. 16: Proposta a ação declaratória, não se admitirá desistência.

Assim como nos outros procedimentos do controle concentrado da Lei nº 9.868 de 1999 é exigido do autor que apresente juntamente com a exordial em duas vias, o instrumento de procuração quando subscritas por advogado, além das cópias da lei ou ato normativo que contenham os dispositivos atacados⁴⁶. Ademais é semelhante ao indeferimento liminar das petições ineptas, não fundamentadas ou manifestamente improcedentes pelo relator, combatível com agravo⁴⁷.

A intervenção de terceiros de mesma forma que na ADI, também é vedada⁴⁸, nesse sentido, em virtude da idêntica natureza dessas ações, é admitido a possibilidade de manifestação escrita e oral do *amicus curiae* quando relevante a matéria e a representatividade dos postulantes (MENDES, 2012, p. 1264).

A medida cautelar na Ação declaratória de constitucionalidade consiste na determinação que os juízes e os tribunais suspendam, pela maioria absoluta do STF⁴⁹, o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou ato normativo objeto da ação até o julgamento definitivo no prazo de cento e oitenta dias. Nesse sentido, Mendes (2012, p. 1266) argumenta que a concessão de medida cautelar é corretíssima “a fim de evitar o agravamento do estado de insegurança ou de incerteza jurídica que se pretende eliminar”.

As decisões da Ação declaratória de constitucionalidade são semelhantes as da ADI devido a suas figuras dúplices, inclusive compartilham mesmo capítulo da Lei nº 9.868/99. Nesse sentido, as decisões precisam da presença de oito ministros⁵⁰ com a manifestação mínima de seis ministros⁵¹. A procedência da ADC proclama a

⁴⁶ Lei 9.868/99 - Art. 14: A petição inicial indicará: [...]

Parágrafo único. A petição inicial, acompanhada de instrumento de procuração, quando subscrita por advogado, será apresentada em duas vias, devendo conter cópias do ato normativo questionado e dos documentos necessários para comprovar a procedência do pedido de declaração de constitucionalidade.

⁴⁷ Lei 9.868/99 - Art. 15: A petição inicial inepta, não fundamentada e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator.

Parágrafo único. Cabe agravo da decisão que indeferir a petição inicial.

⁴⁸ Lei 9.868/99 - Art. 18: Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação declaratória de constitucionalidade.

⁴⁹ Lei 9.868/99 - Art. 21: O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade, consistente na determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo.

⁵⁰ Lei 9.868/99 - Art. 22: A decisão sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo somente será tomada se presentes na sessão pelo menos oito Ministros.

⁵¹ Lei 9.868/99 - Art. 23: Efetuado o julgamento, proclamar-se-á a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da disposição ou da norma impugnada se num ou noutro sentido se tiverem manifestado pelo menos seis Ministros, quer se trate de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade.

constitucionalidade da norma, enquanto a improcedência sua inconstitucionalidade, sucedendo ambas as possibilidades de comunicação à autoridade ou ao órgão responsável pela expedição do ato⁵².

Por fim, por correta às lições de Mendes (2012, p. 1266) no sentido de reiterar o caráter dúplice da Ação direta de inconstitucionalidade e da Ação declaratória de constitucionalidade, que se traduz no julgamento ora de uma ora de outra ação do controle concentrado, sempre com observância pela leitura bifronte da constitucionalidade *versus* a inconstitucionalidade da norma, quer seja por uma visão da ADC ou da ADI.

Destarte, mostra-se essencial o estudo do controle concentrado de constitucionalidade – desde o enfoque na origem na doutrina, bem como no direito brasileiro, passando por suas características até o estudo das principais ações e suas peculiaridades, como o rito processual – no intuito de construir base sólida para adentrar a modulação temporal dos efeitos, que ocorre basicamente no controle abstrato de normas acima exposto.

Portanto, uma vez analisado este sistema de confrontação das leis, com forte amparo na Lei nº 9.868/99, passa-se a verificar a mitigação dos efeitos das decisões desse sistema com base na referida Lei no art. 27, positivada de acordo com a interpretação do juízo de ponderação de princípios, para, posteriormente, pesquisar os efeitos da decisão de inconstitucionalidade e a modulação dos efeitos prospectivos em matéria tributária.

⁵² Lei 9.868/99 - Art. 24: Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória.

2 MODULAÇÃO TEMPORAL DE EFEITOS NA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

As constituições rígidas procuram assegurar a sua supremacia por meio de um sistema destinado a controlar a constitucionalidade das leis, sendo dois os seus momentos principais: em primeiro lugar, a identificação do ato, ou comportamento, inconstitucional. E, num segundo momento, negar-lhe eficácia jurídica (BASTOS, 2010, p. 564). Nesse sentido, a segunda etapa corresponde a própria pronúncia de inconstitucionalidade, enquanto a primeira constitui o processo fiscalizatório de maneira geral. Em suma, a questão tema do que será abordada nesse capítulo atinará a relação dos efeitos da negativa de eficácia jurídica de lei ou ato normativo na ordem constitucional, em especial a sua modulação dos efeitos, ou seja, a mudança temporal prospectiva dos efeitos da sua decisão.

2.1 Efeitos da decisão de inconstitucionalidade

Há duas principais correntes doutrinárias a respeito da teoria da nulidade do ato inconstitucional, de um lado a teoria da anulabilidade do ato inconstitucional (sistema austríaco, idealizado por Kelsen) e de outro a teoria da nulidade do ato inconstitucional (sistema norte-americano, de Marshall).

A teoria da anulabilidade do ato inconstitucional, defendida pela doutrina de Hans Kelsen e adotado pela Corte Constitucional austríaca, entende que a natureza jurídica da decisão de inconstitucionalidade é constitutiva (caráter constitutivo-negativo). Dessa forma, a lei embora declarada inconstitucional constituía-se válida até a sua decisão, visto que era eficaz porque *existia* no ordenamento jurídico (equalização de validade e eficácia).

Aqui, talvez seja mais fácil compreender este delicado e complexo problema se dissermos que, em Kelsen, não se pode tomar a afirmação de que 'Norma válida é norma existente', mas, sim e justamente, o inverso: 'se a norma existe é uma norma válida'. Esta sutil distinção é bastante importante, porque, em Kelsen, até o julgamento de constitucionalidade, não se pode ter no ordenamento norma inválida. Deste modo, para ele, esta é válida simplesmente pelo fato de existir e enquanto existir. (FISCHER, 2004, p. 222)

Acrescenta ao bom entendimento do tema a lição de Pimenta (2002, p. 17) “que na concepção kelseniana o fundamento de validade de uma norma independe de seu conteúdo” por “se tratar de análise meramente estrutural”. Continua o autor argumentando que “Kelsen assevera que tal fundamento é tão-somente a norma superior que estabelece o órgão e o procedimento de criação da norma inferior, conclusão que se sustenta na premissa de ser o Direito um sistema dinâmico de normas”.

Assim, a lei inconstitucional é ato anulável, que essa decisão reconhece a ineficácia da lei e somente produzirá efeitos prospectivos – a partir da decisão ou para futuro (*ex nunc* ou *pro futuro*) – preservando os efeitos produzidos até então pela lei. Por regra, o vício de inconstitucionalidade é aferido no plano da eficácia.

[...] a Corte Constitucional não declara uma nulidade, mas *anula, cassa* ('aufhebt') uma lei que, até o momento em que o pronunciamento da Corte não seja publicado, é válida e eficaz, posto que inconstitucional (*sic*). Não é só: mas – coisa ainda mais notável – a Corte Constitucional austríaca tem, de resto, o poder discricionário de dispor que a anulação da lei opere somente a partir de uma determinada data *posterior* ('Kundmachung') de seu pronunciamento, contanto que este diferimento de eficácia constitutiva do pronunciamento não seja superior a um ano [...] (CAPPELLETTI, 1999 apud LENZA, 2011, p. 221).

Em que pese o excelente raciocínio precursor de Hans Kelsen, peca quando transpôs sua elaboração para o campo do controle de constitucionalidade porque na visão de Fischer (2004, p. 220) ocorre um rompimento na consequência natural de seu raciocínio. Dessa forma, encerra o pensamento Ramos (1994 apud LENZA 2011), no tocante as limitações de Kelsen em entender o direito como impecável, todavia com o decorrer do tempo foi mostrando-se completamente o oposto:

[...] a dificuldade de Kelsen em admitir o ato legislativo inexistente, assim como o inválido sancionado com a nulidade *ab initio*, está ligada a seus pressupostos teóricos, segundo os quais o Direito é concebido como uma construção lógica impecável, em que os elementos inferiores não podem estar em contradição com os superiores, sob pena de serem proscritos do mundo jurídico. Daí a pretensão de reduzir as categorias da inexistência e da nulidade à da anulabilidade, trabalhando com a ideia de uma validade transitória, até a desconstituição do ato por decisão judicial.

Posto isto e superado a teoria da anulabilidade, passa-se a pesquisar a respeito da teoria da nulidade, sustentada pela melhor doutrina⁵³ como a teoria adotada no ordenamento constitucional brasileiro.

A teoria da nulidade é resultado da construção jurisprudencial da Suprema Corte norte-americana, pela primeira vez inaugurada na decisão proferida por Marshall no caso *William Marbury v. James Medison* em que surge a possibilidade do *judicial review*. Conforme Pimenta (2002, p. 85) aduz que a decisão contribuiu no sentido de “defender que é da essência do Poder Judiciário o dever de negar aplicação às leis inconstitucionais, ideia que já era defendida por Alexander Hamilton [...] sustentando, ainda, que as normas inconstitucionais são nulas” e ineficazes. Além disso, completa Pimenta (2002, p. 85) que a pronúncia de inconstitucionalidade é declaratória que se nega a aplicação da norma no caso específico, vinculando as decisões da Suprema Corte aos demais órgãos jurisdicionais, produzindo efeitos *ex tunc*.

O pensamento da nulidade do ato inconstitucional baseia-se que a lei inconstitucional não é lei (*the unconstitutional statute is not law at all*) caracterizado pela declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, afetando o plano de validade da norma, no sentido de ato declaratório que reconhece o vício desde seu nascimento. Por isso, em regra, a decisão que declara a inconstitucionalidade tem eficácia retroativa (efeitos *ex tunc*) porque a lei é ato nulo e ineficaz desde sua criação – *ab initio*. Cabe ressaltar que a consequência lógica é que a lei nunca chegou a produzir os efeitos, ou seja, apesar de existir como lei, nunca entrou no plano da eficácia.

Em que pese as teorias expostas de resolução para com os efeitos temporais de decisões de inconstitucionalidade (retroativos ou prospectivos), suas consequências podem vir a serem modulados em virtude de fatores que serão abordados em seguida. Como bem salienta Pimenta (2002, p. 86) “há algum tempo vem acontecendo um processo de mitigação dos efeitos de decisão de inconstitucionalidade no tempo, tanto no modelo austríaco quanto no norte-americano” e que será analisado a seguir.

⁵³ A doutrina tradicional já se manifestava nessa linha, destacando-se os ensinamentos de Rui Barbosa, Alfredo Buzaid, Castro Nunes e Francisco Campos. (LENZA, 2011, p. 220)

2.2 Modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade

2.2.1 Direito Comparado

As duas teorias de pronúncia de inconstitucionalidade influenciaram diferentes países, de um lado a teoria norte-americana na qual defende que a lei inconstitucional nunca foi lei, de outro lado a teoria anulabilidade, defendida por Kelsen, em que a lei inconstitucional foi válida até a decisão que a caracterizou como. Nos mais diversos sistemas constitucionais ocorreram evolução no direito constitucional, acarretando em que os efeitos, como regra geral, de declaração de inconstitucionalidade passassem a ser modulados, ou seja, modificados, como exceção a regra, em detrimento de princípios do direito e de grandes problemas que poderiam ocorrer para a administração da Justiça, surgindo a partir desse momento a possibilidade modificativa temporal de efeitos.

O direito americano, entusiasta da teoria da nulidade, tem buscado assegurar o valor da segurança jurídica, na medida em que são “flexibilizados os efeitos retroativos da pronúncia de inconstitucionalidade, tentando-se, com isso, assegurar a eficácia dos atos jurídicos que foram praticados durante longo período de tempo com base em lei posteriormente declarada inconstitucional” (PIMENTA, 2002, p. 86).

É interessante notar que, nos próprios 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”, passou a admitir, após a Grande Depressão, a necessidade de se estabelecerem limites à declaração de inconstitucionalidade. 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 cogitar de alteração de julgados anteriores (MENDES, 2012, p. 572).

Nesse sentido, no caso *Likletter v. Walter*, no ano de 1965, a aplicação do efeito retroativo de lei inconstitucional suscitada causaria uma enorme e preocupante problema para a administração da justiça. Nesse sentido, a decisão majoritária da Suprema Corte Americana entendeu que a retroatividade ou prospectividade dos

efeitos dependeria de cada caso concreto, devendo sobrepesar os méritos e deméritos em cada caso, analisando o histórico anterior da norma em questão, seu objetivo e efeito, e se a operação retrospectiva irá adiantar ou retardar sua operação (MENDES, 2012, p. 575).

Na Áustria, precursora da teoria da anulabilidade, sistema este inaugurado na Constituição de 1920 foi reformulado em 1929 a fim de incluir a possibilidade de julgamento nas instâncias superiores pelo controle difuso e a retroatividade da pronúncia de inconstitucionalidade, negando a eficácia da lei inconstitucional antes da declaração pela Corte Constitucional. Assim, Pimenta (2004, p. 87) aduz corroborando o pensamento de Kelsen, que a modificação “decorreu de uma necessidade técnica de os órgãos que recorriam à Corte saberem se a decisão teria efeito imediato sobre a decisão do caso concreto”.

A modulação do modelo austríaco acontece, como bem ensina Mendes (2012, p. 577), na possibilidade de o Tribunal estabelecer prazo para entrada em vigor da cassação (Constituição, art. 140, § 5º, 2º período), entretanto este tempo não pode ultrapassar dezoito meses (art. 140, §5º, 3º período), assim se reconhece a eficácia retroativa à decisão proferida no caso concreto (abrangendo todos os processos pendentes). Por fim, com exceção da expressa ressalva do Tribunal (arts. 140, § 7º e 139, §6º), a lei declarada inconstitucional permanece aplicada a todos os demais fatos que ocorreram anteriormente na Áustria.

Já o direito constitucional Alemão formulou técnicas diferentes de decisão de leis inconstitucionais: a decisão de apelo e a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade.

[...] na Alemanha, onde foram criadas duas técnicas de controle de que não importam em pronúncia da nulidade da lei e, por conseguinte, no reconhecimento de efeitos retroativos. Em 1954, a Corte Constitucional passou a proferir decisão de apelo (*Appellesnhtscheidung*), na qual afirma que a lei se encontra em processo de inconstitucionalização, razão pela qual recomenda-se ao legislador que efetue as necessárias correções para que a inconstitucionalidade não se concretize. A partir de 1970, a Lei do Tribunal Constitucional, em seu § 3º, (2), § 2º e 3º, passou a admitir a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade. (PIMENTA, 2004, p. 87).

Na Itália, com o propósito de diminuir os efeitos negativos da pronúncia de inconstitucionalidade, foram criadas as técnicas da *incostituzionalità differita*, que consiste na limitação dos efeitos pretéritos da decisão de inconstitucionalidade e a

doppia pronuncia, semelhante à decisão de apelo da Corte Alemã (PIMENTA, 2005, p. 87).

No sistema constitucional português, a modulação de efeitos foi positivada como norma constitucional pela Lei Constitucional de 1982 em seu art. 282, § 4º da Constituição que nos casos que envolvam a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restritivo, devendo ser fundamentado.

Por fim, na Espanha, conforme bem ensina Mendes (2012, p. 578), nem a Constituição espanhola e tampouco a lei orgânica da Corte Constitucional adotaram a declaração de inconstitucionalidade com efeitos restritivos, em que pese no art. 39.1 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional estabelecer que quando a inconstitucionalidade for declarada, declarar-se-á igualmente a nulidade dos preceitos impugnados. Todavia, na famosa sentença 45/1989 a Corte Constitucional espanhola adotou a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade, amplamente influenciada pelo Direito alemão.

Em suma, as técnicas de mitigação de efeitos evoluíram em consonância com as necessidades jurídicas da sociedade em sua época e, portanto, sua utilidade é fundamental no sentido de evitar grandes danos ao sistema jurídico em vigor, ou até mesmo de evitar pelo juízo de censura, proclamando a constitucionalidade de lei manifestamente inconstitucional.

A análise do direito comparado demonstra uma forte tendência no sentido da universalização de alternativas normativas ou jurisprudenciais em relação à técnica de nulidade. Pode-se dizer que, independentemente do modelo de controle adotado, de perfil difuso ou concentrado, a criação de técnicas alternativas é comum aos mais diversos sistemas constitucionais. (...)

Em muitos casos, como visto, a adoção de uma declaração de inconstitucionalidade mitigada decorreu de construção pretoriana. (...)

Não se poderia declarar a nulidade de uma lei que pudesse importar na criação de um caos jurídico ou, em casos extremos, produzir aquilo que alguém chamou de “suicídio democrático”, cujo melhor exemplo seria a declaração de nulidade de uma lei eleitoral de aplicação nacional a regular a posse dos novos eleitos. Restou, assim, superada, por fundamentos diversos, a fórmula apodítica *constitucionalidade/nulidade* anteriormente dominante. Não se poderia negar que muitas situações imperfeitas de uma perspectiva constitucional dificilmente seriam superadas com a simples utilização da declaração de nulidade. (MENDES, 2012, p. 604-605)

Finalmente, a importância de verificar no direito comparado as técnicas de mitigação de efeitos para, por fim, adentrar a evolução da modulação de efeitos temporais no sistema constitucional brasileiro.

2.2.2 Direito Brasileiro

A flexibilização da teoria da nulidade no direito brasileiro começou a ser efetivada pela jurisprudência, ocasionando uma nova forma de encarar o tema por parte da doutrina. Nesse sentido, Bittencourt (1968 apud LENZA, 2011, p.224) “... a doutrina da *ineficácia ab initio* da lei inconstitucional não pode ser entendida em termos absolutos, pois que os efeitos *de fato* que a norma produziu não podem ser suprimidos, sumariamente, por simples obra de um decreto judiciário”. Assim, a nulidade da lei inconstitucional e a dogmática constitucional apenas teve sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro nos anos setenta, passados quase um século da criação da teoria da nulidade, quando nessa época foi assentada a eficácia *erga omnes* ao controle abstrato de normas.

Um balanço de orientação adotada pela doutrina brasileira sobre o tema, até 1977, há de demonstrar que a rigor, tal como já observara Lucio Bittencourt em 1949, a teoria da nulidade entre nós carecia de fundamentos mais precisos. A falta de um instrumento de generalização dos efeitos da decisão, seja na forma da *Gesetzeskraft* (força de lei) alemã, seja na forma do *stare decisis* americano, retirava do nosso sistema qualquer possibilidade para conferir consistência a uma teoria da nulidade da lei inconstitucional. Não era por outra razão que Lúcio Bittencourt dizia que, embora os nossos autores procurassem estender os efeitos das decisões de inconstitucionalidade a situações jurídicas idênticas, considerando indiretamente anulada a lei, porque a “sua aplicação não obteria nunca mais o concurso da justiça” não conseguiam apresentar fundamento técnico, razoavelmente aceitável, para justificar essa extensão (MENDES, 2012, p. 623-625).

A partir de então, o direito brasileiro começou o estudo a fim de positivizar tal modulação que já vinha sendo aceito pela utilização de princípios, embora fora proposta na Assembleia Constituinte de 1986/88 um dispositivo semelhante à mitigação da Constituição portuguesa que foi rejeitado. Neste projeto do Senador Maurício Corrêa previa que o Supremo Tribunal Federal poderia determinar se a lei que teve sua inconstitucionalidade declarada no controle abstrato de normas haveria

de perder eficácia *ex tunc*, ou se a decisão deixaria de ter eficácia desde sua entrada em vigor ou a partir de sua publicação⁵⁴.

Embora refutado o projeto, a tendência da Corte Suprema brasileira em adotar técnicas alternativas de decisão para modular os efeitos dos seus julgados, sobretudo no âmbito da inconstitucionalidade por omissão (tendo em vista que foi introduzido no ordenamento jurídico) quando referida inércia viola o princípio da isonomia, porque se mostra extremamente difícil de superar no âmbito do controle de normas em razão da insuficiência das técnicas de controle disponíveis, por ora já apontadas pelo próprio Supremo Tribunal Federal.

Como se observa na ADI nº 526⁵⁵, oferecida contra a Medida Provisória nº 269, de 1991 que concedia aumento de remuneração a segmento expressivo do

⁵⁴ Art. 127. [...]

§ 2º Quando o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, determinará se eles perderão eficácia desde a sua entrada em vigor, ou a partir da publicação da eficácia declaratória.

⁵⁵ Ementa: I. Medida provisória: controle jurisdicional dos pressupostos de relevância e urgência (possibilidade e limites); recusa, em princípio, da plausibilidade da tese que nega, de logo, a ocorrência daqueles pressupostos, dado o curso paralelo de projeto de lei, ao tempo da edição da medida provisória questionada. II. Funcionário público: remuneração: revisão geral (CF, art. 37, X) e reavaliação de cargos, grupos ou carreiras: diferença. O art. 37, X, da Constituição, que impõe se faça na mesma data "a revisão geral da remuneração dos servidores públicos, sem distinção de índices entre servidores públicos civis e militares", e um corolário do princípio fundamental da isonomia; não e, nem razoavelmente poderia ser, um imperativo de estratificação perpetua da escala relativa dos vencimentos existente no dia da promulgação da lei fundamental: não impede, por isso, a nova avaliação, por lei, a qualquer tempo, dos vencimentos reais a atribuir a carreiras ou cargos específicos, com a ressalva expressa de sua irredutibilidade (CF, art. 37, XV). Não obstante, constitui fraude ao mandamento constitucional do art. 37, X, dissimular a verdade do reajuste discriminatório mediante reavaliações arbitrárias. III. Medida provisória 296/91: reavaliações aparentemente legítimas de carreiras e cargos específicos (Arts. 2 e 6); suspeita plausível de dissimulação abusiva de mero reajuste geral da expressão monetária da remuneração do funcionalismo com exclusões discriminatórias (Art. 1). IV. Isonomia: dilema da caracterização do vício de legitimidade da lei por "não favorecimento arbitrário" ou "exclusão inconstitucional de vantagem:" inconstitucionalidade por ação ou por omissão parcial: consequências diversas da correspondente declaração de inconstitucionalidade, conforme a caracterização positiva ou negativa da inconstitucionalidade arguida, que, em qualquer das hipóteses, induzem ao indeferimento da liminar requerida. No quadro constitucional brasileiro, constitui ofensa a isonomia a lei que, a vista da erosão inflacionária do poder de compra da moeda, não da alcance universal a revisão de vencimentos destinada exclusivamente a minora-la (CF, art. 37, X), ou que, para cargos de atribuições iguais ou semelhantes, fixa vencimentos dispare (CF, art. 39, par-1). Se, entretanto, admitida a plausibilidade da arguição assim dirigida ao art. 1 da mprov. 296/91, se entende ser o caso de inconstitucionalidade por ação e se defere a suspensão do dispositivo questionado, o provimento cautelar apenas prejudicaria o reajuste necessário dos vencimentos da parcela mais numerosa do funcionalismo civil e militar, sem nenhum benefício para os excluídos do seu alcance. Se, ao contrario, se divisa, no caso, inconstitucionalidade por omissão parcial, jamais se poderia admitir a extensão cautelar do benefício aos excluídos, efeito que nem a declaração definitiva da invalidade da lei poderá gerar (CF, art. 103, par-2). V. Ação direta de inconstitucionalidade: legitimação ativa das entidades nacionais de classe (inteligência): afirmação da ilegitimidade ad causam da federação nacional dos sindicatos brasileiros e associações de trabalhadores da justiça do trabalho.

(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI no 526/DF. Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. Data de Julgamento 12/12/19916. Data de Publicação: DJ 05-03-1993)

funcionalismo público, em alegado desrespeito ao disposto no art. 37, X, da Constituição, evidenciou que a declaração de nulidade não configura técnica adequada para a eliminação da situação inconstitucional nesses casos de omissão legislativa, visto que a cassação aprofundaria o estado de inconstitucionalidade.

Já no HC 70.514⁵⁶ de 23 de março de 1994, o Pretório Excelso teve a possibilidade de analisar as técnicas de decisão do controle de constitucionalidade, na qual entendeu que a lei discutida deveria ser constitucional até que as circunstâncias fáticas permanecessem. No caso em questão o STF admitiu que a lei que concedia prazo em dobro para a Defensoria Pública haveria de ser considerada constitucional até que esse órgão estivesse devidamente estruturado, fortemente influenciada pela corrente alemã, com características da *Appellentscheidung*.

Nesse contexto, a utilização da técnica de modulação já era utilizada pelos tribunais superiores, antes mesmo da sua positivação, por meio de um complexo juízo de ponderação de princípios, na qual era contraposto o princípio da teoria da nulidade com outro princípio fundamental, como por exemplo, a segurança jurídica ou o relevante interesse social. Todavia, o juízo da ponderação de bens será abordado com maior clareza de detalhes no capítulo três dessa obra.

Diante disso, segundo bem ensina Lenza (2011, p. 225) que toda a evolução e movimento verificados no direito estrangeiro também foram considerados no direito brasileiro, “que ‘legalizou’ a tendência jurisprudencial que já vinha sendo percebida,

⁵⁶ Ementa: Direito Constitucional e Processual Penal. Defensores Públicos: prazo em dobro para interposição de recursos (§ 5 do art. 1 da Lei n 1.060, de 05.02.1950, acrescentado pela Lei n 7.871, de 08.11.1989). Constitucionalidade. "Habeas Corpus". Nulidades. Intimação pessoal dos Defensores Públicos e prazo em dobro para interposição de recursos. 1. Não é de ser reconhecida a inconstitucionalidade do § 5 do art. 1 da Lei n 1.060, de 05.02.1950, acrescentado pela Lei n 7.871, de 08.11.1989, no ponto em que confere prazo em dobro, para recurso, às Defensorias Públicas, ao menos até que sua organização, nos Estados, alcance o nível de organização do respectivo Ministério Público, que é a parte adversa, como órgão de acusação, no processo da ação penal pública. 2. Deve ser anulado, pelo Supremo Tribunal Federal, acórdão de Tribunal que não conhece de apelação interposta por Defensor Público, por considerá-la intempestiva, sem levar em conta o prazo em dobro para recurso, de que trata o § 5 do art. 1 da Lei n 1.060, de 05.02.1950, acrescentado pela Lei n 7.871, de 08.11.1989. 3. A anulação também se justifica, se, apesar do disposto no mesmo parágrafo, o julgamento do recurso se realiza, sem intimação pessoal do Defensor Público e resulta desfavorável ao réu, seja, quanto a sua própria apelação, seja quanto à interposta pelo Ministério Público. 4. A anulação deve beneficiar também o co-réu, defendido pelo mesmo Defensor Público, ainda que não tenha apelado, se o julgamento do recurso interposto pelo Ministério Público, realizado nas referidas circunstâncias, lhe é igualmente desfavorável. "Habeas Corpus" deferido para tais fins, devendo o novo julgamento se realizar com prévia intimação pessoal do Defensor Público, afastada a questão da tempestividade da apelação do réu, interposto dentro do prazo em dobro.

(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. HC n° 70514/RS. Relator SYDNEY SANCHES, Data de Julgamento: 23/03/1994. Data de Publicação: DJ 27-06-1997).

muito embora lentamente, a flexibilizar a rigidez do princípio – e que ainda é regra, diga-se de passagem – da nulidade da lei declarada inconstitucional no controle concentrado”, principalmente pelos clamores doutrinários e aos da própria Suprema Corte.

Destarte, em 10 de novembro de 1999, foi promulgada a Lei nº 9.868 que dispõe sobre o processo e julgamento da Ação direta de inconstitucionalidade e da Ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Esta lei teve anteprojeto apresentado juntamente com a Exposição de Motivos nº 189, de sete de abril de 1997, inicialmente a cargo do Professor Gilmar Mendes com contribuições de ilustres juristas componentes da Comissão do Anteprojeto⁵⁷, a fim de formular propostas de reforma das leis que dispõem sobre ação popular, ação civil pública, mandado de segurança e representação interventiva, bem como para propor projetos de lei sobre mandado de injunção, habeas data, Ação direta de inconstitucionalidade e Ação declaratória de constitucionalidade.

A exposição de motivos nº 189/97 argumenta da necessidade de positivar, essencialmente, as ações do controle concentrado de constitucionalidade (Ações diretas de inconstitucionalidade e Ação declaratória de constitucionalidade) perante o Supremo Tribunal Federal, em consonância com o Regimento Interno do próprio órgão máximo. Nesse sentido, aquele texto expõem os motivos pelos quais cada artigo encontra-se desenhado no próprio projeto de lei da futura Lei nº 9.868/99. Em suma, foram apresentados os fundamentos de acordo com o Relatório sobre a redação final do anteprojeto⁵⁸.

Dessa forma, o anteprojeto tratou da admissibilidade do procedimento da Ação direta de inconstitucionalidade, em capítulo II destacado e, no capítulo III, da admissibilidade e do procedimento da Ação declaratória de constitucionalidade, instituída pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993. E, por fim, tendo em vista o caráter "dúplice" das referidas ações, as regras de admissibilidade e de procedimento aplicáveis à Ação direta são, na sua essência, extensíveis à Ação declaratória.

⁵⁷ A Comissão de Juristas do Ante Projeto da Lei nº 9.868 de 10 de novembro de 1999 era composta pelos professores Ada Pelegrini Grinover, Álvaro Villaça de Azevedo, Antonio Jamyr Dall'Agnol, Arnoldo Wald, Carlos Alberto Direito, Gilmar Ferreira Mendes, Luiz Roberto Barroso, Manoel André da Rocha, Roberto Rosas, Ruy Rosado de Aguiar Juinio e Antonio Hernan Vasconcelos Benjamin e foi presidida pelo Professor Caio Tácito,.

⁵⁸ BRASIL. Exposição de motivos nº 189, de 7 de abril de 1997. Anteprojeto da Lei 9.868/99. Brasília: Diário da Câmara dos Deputados de 29/04/1997.

Entretanto, foi o art. 27 que mais causou impacto no anteprojeto, porque introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a ferramenta legal para modificar os efeitos temporais de pronúncia de inconstitucionalidade, no intuito de tornar menos rígido a teoria da nulidade e promover os respectivos efeitos prospectivos, *in verbis*:

Lei nº 9.868/99 – Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

As razões para introduzir o dispositivo vieram bem fundamentadas na Exposição de Motivos nº 189/97, em que foi analisada toda sua concepção histórica da modulação dos efeitos temporais de decisões de inconstitucionalidade até o clamor pela positivação da respectiva lei, dessa forma que se melhor destaca:

O anteprojeto contém disposição que autoriza o Supremo Tribunal Federal, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, a restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de estabelecer que ela tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado, desde que tal deliberação seja tomada pela maioria de dois terços de seus membros.

No momento atual, a falta de um instituto que permita estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade acaba por obrigar os Tribunais, muitas vezes, a se absterem de emitir um juízo de censura, declarando a constitucionalidade de leis manifestamente inconstitucionais.

[...]

Como escreve Bachof, os tribunais constitucionais consideram-se não só autorizados mas inclusivamente obrigados a ponderar as suas decisões, a tomar em consideração as possíveis consequências destas. É assim que eles verificam se um possível resultado da decisão não seria manifestamente injusto, ou não acarretaria um dano para o bem público, ou não iria lesar interesse dignos de proteção de cidadãos singulares. Não pode entender-se isto, naturalmente, como se os tribunais tomassem como ponto de partida o presumível resultado da sua decisão e passassem por cima da Constituição e da lei em atenção a um resultado desejado. Mas a verdade é que um resultado injusto, ou por qualquer outra razão duvidoso, é também em regra - embora não sempre - um resultado juridicamente errado.

[...]

O próprio Supremo Tribunal Federal tem apontado as insuficiências existentes no âmbito das técnicas de decisão no processo de controle de constitucionalidade.

Os casos de omissão parcial mostram-se extremamente difíceis de serem superados no âmbito do controle de normas em razão da insuficiência das técnicas de controle disponíveis.

[...]

Ressalvou-se, portanto, de forma, expressa a possibilidade de que o Tribunal viesse a declarar a inconstitucionalidade da disposição em apreço, uma vez que, como ressaltado no voto do Ministro Moreira Alves, a

afirmação sobre a legitimidade da norma assentava-se em uma circunstância de fato que se modifica no tempo.

Tais decisões demonstram que a criação de nova técnica de decisão decorre do próprio sistema constitucional, especialmente do complexo processo de controle de constitucionalidade das leis adotado entre nós.

Coerente com evolução constatada no Direito Constitucional comparado, a presente proposta permite que o próprio Supremo Tribunal Federal, por uma maioria diferenciada, decida sobre 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, de 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 *ex nunc* ou *pro futuro*, especialmente naqueles casos em que a declaração de nulidade se mostre inadequada (v.g.: lesão positiva ao princípio da isonomia) 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.

Enfim, com a exemplar exposição de motivos 189/97 e do respectivo anteprojeto, o Projeto de Lei nº 2960/1997 de autoria do Poder Executivo foi transformado na Lei Ordinária nº 9.868/1999, com veto parcial em apenas dois artigos. Cumpre ressaltar consoante alude Mendes (2012, p. 642), que a anterior falta de positivação do uso de técnica de limitação de efeitos no sistema constitucional brasileiro era prejudicial ao próprio ordenamento jurídico, por esse ângulo:

Assinale-se que, antes do advento dessa lei, 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, adota a técnica de limitação de efeitos [cf., v.g., a 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*; a Corte Constitucional portuguesa (Constituição, art. 282, n. 4); o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia (art. 174, 2, do Tratado de Roma); o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (caso *Markx*, de 13-6-1979)].

Apesar disso, há grande controvérsia a respeito de saber se a ferramenta de modulação de efeitos de decisão a cargo do Supremo Tribunal Federal, positivada no art. 27 da Lei 9.868/99, está em conformidade com a Constituição Federal de

1988, quer seja, quanto a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do referido artigo.

Existem autores que sustentam que a norma do art. 27 da Lei nº 9.868/99 está maculada por dois vícios de inconstitucionalidade. O primeiro consiste na fiscalização dos poderes Judiciário e Legislativo. Já o segundo, é quanto à previsão de quórum de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal para manipular os efeitos da declaração.

Nessa corrente de vícios de inconstitucionalidade do supracitado artigo da norma, Pimenta (2002, p. 99) doutrina no sentido da impossibilidade de o Poder Legislativo editar norma infraconstitucional (ou seja, a Lei nº 9.868/99) restringindo ou ampliando a competência do Poder Judiciário, enquanto o correto seria por emenda constitucional. A ideia consiste que o processo de controle de constitucionalidade, em verdade, é um mecanismo de controle do Judiciário sobre as atividades dos órgãos com competência legislativa. Em resumo, não poderia o Poder controlado aumentar ou diminuir competências do Poder controlador por lei ordinária, somente sendo possível por emenda constitucional, tendo em vista que é a própria Constituição Federal que estabelece as competências de cada Poder.

Pensamos que ao legislador é permitido tão-somente dispor sobre os aspectos procedimentais do controle de constitucionalidade, não previstos pelo Constituinte. Assim, por exemplo, não pode o legislador produzir normas gerais e abstratas, ampliando a legitimação para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, nem aumentar as hipóteses de cabimento do controle difuso, em sede de recurso extraordinário. A *contrario sensu*, em relação aos aspectos não regulamentados na Carta Maior, como, por exemplo, o pedido de desistência da ação, o legislador é livre para regulá-lo como lhe aprouver, desde que, ao fazê-lo, não viole, indiretamente, os demais limites relativos ao controle de constitucionalidade, expressamente previstos no Texto Magno.

(...)

Evidencia-se, por tais motivos, que a fonte de cognição que introduziu a norma referenciada no ordenamento pátrio é inidônea para veicular a matéria sobre a qual dispõe o art. 27, donde se pode extrair a ilação de que se trata de norma constitucional. (PIMENTA, 2002, p. 99-100)

O segundo vício de inconstitucionalidade alegado por Pimenta (2002, p. 100) está na previsão do quórum de dois terços dos membros do STF para modulação de efeitos de pronúncia, porque a Constituição Federal de 1988 estabeleceu no seu

artigo 97⁵⁹ o número necessário de maioria absoluta dos membros para produção da norma invalidante (certo que o âmbito temporal é, de igual forma, parte inseparável). Dessa forma, não poderia o Poder Legislativo ampliar esse quórum.

Em outras palavras, não poderia o Legislativo dissociar o quórum da declaração, do previsto para mitigar a eficácia temporal, porque tais efeitos integram o âmbito de validade da própria declaração. O quórum para a produção da norma invalidante e, por conseguinte, do seu âmbito de validade temporal é um só: maioria absoluta dos votos (art. 97, CF) (PIMENTA 2002, p. 100).

Aquém disso, Fischer (2004, p. 211) corrobora também em acrescentar opinião no sentido de que há inconstitucionalidade parcial do referido dispositivo do art. 27 da Lei nº 9.868/99 quando declarada a inconstitucionalidade de norma com efeitos *pro futuro*, ou seja, em data a ser definida pelos julgadores:

No mesmo caminho, é o entendimento de Lênio Luiz Streck, quando concorda que é possível a aplicação do efeito “ex nunc”, mas discorda quanto à autorização conferida ao Supremo Tribunal Federal para restringir os efeitos a partir de outro momento que não o trânsito em julgado. Tal se configura um arbítrio completamente estranho ao sistema constitucional brasileiro e que fere os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Assim, tanto para Oswaldo Palu como para Lênio Streck, o art. 27 seria parcialmente inconstitucional, no que tange à última cláusula: “de outro momento que venha a ser fixado” o efeito da decisão de inconstitucionalidade, que não o trânsito em julgado.

De outro lado, Mendes (2012, p. 640) já entende de maneira oposta, uma vez que a aplicação do referido dispositivo é mera interpretação dos princípios constitucionais:

Não tem razão, portanto, aqueles que, como Oswaldo Luiz Palu, sustentam que o art. 27 seria inconstitucional caso se pretendesse extrair daí uma permissão para que a lei declarada inconstitucional continuasse a ser aplicada a casos futuros. É que, como demonstrado, a decisão do Supremo Tribunal Federal não decorre da disposição legislativa contida no art. 27, mas da própria aplicação sistemática do texto constitucional.

A fim de discutir exatamente essa polaridade doutrinária a respeito da constitucionalidade do referido dispositivo, está em trâmite duas ações diretas de inconstitucionalidades, tombadas sob os nº 2.258 e 2.154, distribuídas para o

⁵⁹ CF/88 - Art. 97: Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Ministro Sepúlveda Pertence (aposentado), nas quais se postula a declaração de inconstitucionalidade do art. 27 da Lei nº 9.868/99, ainda pendentes de julgamentos pela Suprema Corte.

Muito embora os questionamentos levantados pelo doutrinador Pimenta (2012, p. 99), este autor observa que a técnica da mitigação da eficácia temporal da pronúncia de inconstitucionalidade figura implicitamente admitida no texto da Carta Magna com o princípio da proporcionalidade, sendo desnecessário ser previsto em lei infraconstitucional. Por fim, bastaria que se resolvesse o problema de modulação com o devido princípio constitucional. Posteriormente em outra obra Pimenta (2008, p. 418-419) passa a entender o princípio da proporcionalidade como juízo de ponderação, equivalendo-se.

Em que pese, não será feito neste trabalho qualquer juízo de valor a respeito da respectiva constitucionalidade ou não da positivação da técnica de mitigação de efeitos de decisões do STF pela Lei nº 9.868/99, porque há divergentes posições doutrinárias, principalmente na matéria tributária em que a modulação é aplicada por meio do juízo de ponderação. Dessa maneira, abordar-se-á como técnica plenamente plausível no ordenamento jurídico, até mesmo que a norma é meramente interpretativa da ordem constitucional.

Nesses termos, resta evidente que a norma contida no art. 27 da Lei n. 9.868/99 tem caráter fundamental interpretativo, desde que se entenda que os conceitos jurídicos indeterminados utilizados – segurança jurídica e excepcional interesse social – revestem-se de base constitucional. No que diz respeito à segurança jurídica, parece não haver dúvida de que encontra expressão no próprio princípio do Estado de Direito consoante, amplamente aceito pela doutrina pátria e alienígena. Excepcional interesse social pode encontrar fundamento em diversas normas constitucionais. O que importa assinalar é que, consoante a interpretação aqui preconizada, o princípio da nulidade somente há de ser afastado se se puder demonstrar, com base numa ponderação concreta, que a declaração de inconstitucionalidade ortodoxa envolveria o sacrifício da segurança jurídica ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social. (Mendes, 2012, p. 564)

Igualmente atesta Fischer (2004, p 211) a respeito do art. 27 da Lei nº 9.868/99 que, na visão deste, guarda relação com a Constituição Federal de 1988 no sentido de que a técnica de modulação encontra-se nos princípios constitucionais:

Todavia, há na doutrina, o respeitável argumento contrário ao entendimento supra, da lavra de Gustavo Binenbojm, para quem o fundamento da decisão do Supremo Tribunal Federal, quando restringe os efeitos, não se encontra no art. 27, mas na “proteção de outros valores e princípios constitucionalmente assegurados (...) e que seriam colocados em risco por uma decisão retroativa. Ao assim decidir, não estará o Supremo Tribunal sobrepondo uma lei ordinária...à Constituição, mas, diversamente, estará *ponderando* valores e princípios da mesma hierarquia e igual dignidade constitucional.

[...]

Hugo de Brito Machado parece entender que o art. 27 em questão não agride a Constituição. Sustenta, também, que o mesmo seria desnecessário, não fosse para superar “posições excessivamente cautelosas, para não dizer tímidas, da Corte Maior, que não tem adiantado na construção do sistema jurídico.

Entende Fischer (2004, p. 214) que as discussões doutrinárias fazem mais fácil o entendimento de “saber qual roupagem pode ser introduzido no mundo jurídico”. Superado os questionamentos presentes a respeito da constitucionalidade do dispositivo de modulação dos efeitos de decisão em sede de controle de constitucionalidade, o art. 27 da Lei nº 9.868/99, assim como a observância anterior, da evolução da técnica constitucional e sua conseguinte entrância no ordenamento jurídico brasileiro. Posto isto, estudar-se-á introdução do respectivo artigo com seus requisitos para invocação, além da limitação de efeitos que o dispositivo provoca a ser decidido.

Cumprido salientar, conforme orienta Cezaroti (2008, p. 151) que a “modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de uma norma já era aplicada pelo Supremo Tribunal Federal antes mesmo de ter previsão legal”, sendo feito em diversos julgados⁶⁰.

Superado isto, Mendes (2012, p. 645-647) defende no sentido da entrada do dispositivo no ordenamento jurídico brasileiro e suas consequências para com o sistema de decisões de constitucionalidade, principalmente no que se refere à teoria de nulidade do ato inconstitucional, assim como suas características principais:

O princípio da nulidade continua ser a regra no direito brasileiro. O afastamento de sua incidência dependerá de um severo juízo de ponderação que, tendo em vista análise fundada no princípio da

⁶⁰ STF, 2ª Turma, RE nº 78.594/SP, rel. Min. Bilac Pinto, j. 07.06.1974, DJU 04.11.1974. STF, 2ª Turma, RE nº 78.533-7/SP, rel. Min. Firmino Paz, red. p/ acórdão Min Décio Miranda, j. 13.11.1981, RTJ 100/1.086; STF, 2ª Turma, RE nº 105.786/MG, rel. Min. Carlos Madeira, j.15.04.1986, DJU 09.05.1986, p. 7.629. STF, 2ª Turma, RE nº 122.202-6/MG, rel. Min. Francisco Rezek, j. 10.08.1993 DJU 08.04.1994, p. 7.243;

proporcionalidade, faça prevalecer a ideia de segurança jurídica ou outro princípio constitucionalmente relevante, manifestado sob a forma de interesse social relevante. Assim, aqui, como no direito português a não aplicação do princípio da nulidade não se há de basear em consideração política judiciária, mas em fundamento constitucional próprio.

O princípio da nulidade somente há de ser afastado se se puder demonstrar, com base numa ponderação concreta, que declaração de inconstitucionalidade ortodoxa envolveria o sacrifício da segurança jurídica ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social. Entre nós, cuidou o legislador de 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 limitados.

Vê-se, pois, que também entre nós terá significado especial o princípio da proporcionalidade, especialmente a proporcionalidade em sentido estrito, como instrumento de aferição da justeza da declaração de inconstitucionalidade (como efeito da nulidade), tendo em vista o confronto entre os interesses afetados pela lei inconstitucional e aqueles que seriam eventualmente sacrificados em consequência da declaração de inconstitucionalidade.

A Lei nº 9.868/99, conforme já examinado por este trabalho, estabeleceu em seu art. 27 que a possibilidade de modulação dos efeitos das ações de inconstitucionalidade tem caráter excepcional e, por isso, é condicionado à presença de requisito formal, como o quórum específico, e materiais, quais sejam a presença de razões de segurança jurídica e de excepcional interesse social.

Concernente ao requisito formal, o legislador ordinário ao estabelecer os pressupostos para admissibilidade concebeu um modelo restritivo no seu aspecto procedimental, pois consagrou a necessidade de um quórum qualificado de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal para a pronúncia de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Como ensina Bulos (2012, p. 367) é uma exigência formal-procedimental, que só poderá restringir os efeitos se no dia do julgamento estiverem presentes pelo menos oito ministros. Esse requisito faz-se necessário, vez que inibe a prática reiterada de decisões no controle de constitucionalidade de leis com efeitos prospectivos, obrigando os julgadores a maior discussão a respeito da aplicabilidade da técnica (ALMEIDA, 2007, apud SANTOS, 2008).

[...] Em seguida, tendo em conta que o número de votos não atingia o necessário para os efeitos de aplicação do art. 27 da Lei 9.868/99, ficaram vencidos, parcialmente, os Ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Carlos Britto, Cezar Peluso, Gilmar Mendes e Celso de Mello, que davam efeitos prospectivos à decisão (Lei 9.868/99: “*Art. 27 Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o*

Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”). Precedente citado: ADI 289/CE (DJU de 16.3.2007). (ADI 2949/MG, rel. Min. Joaquim Barbosa, 26.9.2007).

Enquanto aos requisitos materiais supracitados, que são de fundamental importância para com a aplicabilidade da técnica do referido artigo, assim como do próprio juízo de ponderação, será didática e oportunamente analisado no capítulo número três, servindo para a matéria central.

Nessa seara, estando presentes os requisitos formal e material, positivados no artigo art. 27 da Lei nº 9.868/99, poderão ser modulados os efeitos temporais da declaração de: inconstitucionalidade apenas a partir do trânsito em julgado da decisão (declaração de inconstitucionalidade *ex nunc*); de inconstitucionalidade com a suspensão dos efeitos por algum tempo a ser fixado na sentença (declaração de inconstitucionalidade com efeito *pro futuro*); de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, permitindo que se operem a suspensão de aplicação da lei e dos processos em curso até o legislador, dentro de prazo razoável, venha a se manifestar sobre situação inconstitucional (declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade = restrição de efeitos); de inconstitucionalidade dotada de efeito retroativo, com a preservação de determinadas situações (MENDES, 2012, p. 648).

No caso um, o Tribunal poderá afirmar a inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc*, eliminando do ordenamento jurídico a lei quando a decisão transitar em julgado (cessação de ultra-atividade da lei), tendo em vista razões de segurança jurídica.

Já no segundo caso (declaração de inconstitucionalidade com efeito *pro futuro*), por razões de segurança jurídica ou relevante interesse social, a lei reconhecida como inconstitucional permanecerá a ser aplicada dentro do prazo fixado pela Suprema Corte (decidido juntamente com a pronúncia de inconstitucionalidade), quer seja, a eficácia se dará a partir de um dado momento futuro.

No terceiro caso que é da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade (suspensão de aplicação de lei e suspensão dos processos em curso), eventualmente poderá ocorrer situações que não pode a Corte eliminar a lei do

ordenamento jurídico sob pena de suprimir uma vantagem ou avanço considerável, o que lesaria o princípio da isonomia, agravando o quadro de desigualdade (exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade), diante disso um juízo rigoroso de proporcionalidade poderá recomendar que se declare a inconstitucionalidade sem nulidade, congelando a situação jurídica existente até o pronunciamento do legislador sobre a superação inconstitucional (MENDES, 2012, p. 1247).

Por fim, a última hipótese, com a declaração de inconstitucionalidade com efeito retroativo desde que sejam preservadas situações singulares (razões de segurança jurídica) que segundo entendimento do Tribunal, devam ser mantidas incólumes (MENDES, 2012, p. 650).

A Corte Suprema brasileira já teve espaço para aplicação do art. 27 da Lei nº 9.868/99 em alguns acórdãos⁶¹, o primeiro caso ocorreu no Recurso Extraordinário de nº RE 197.917⁶², aonde havia controvérsia sobre a constitucionalidade do parágrafo único do art. 6º da Lei Orgânica nº 222, de 31-3-1990, do Município de Mira-Estrela/SP, na qual fixou o número de vereadores em razão desproporcional à população local conforme reza a Constituição Federal em seu art. 29, IV.

Logo, declarada a inconstitucionalidade da lei orgânica do Município se fazia necessário para fixar que o número de vereadores não ultrapassasse nove, porém com ressalva pelo Ministro Gilmar Mendes, para que se adotasse a declaração de inconstitucionalidade com efeito *pro futuro*, porque em caso de ser adotado efeito retroativo (teoria da nulidade como regra) provocaria uma tremenda instabilidade jurídica, vez que conforme Mendes (2012, p. 652) “colocaria em xeque as decisões tomadas pela Câmara de Vereadores nos períodos anteriores, com consequências não de todo divisáveis no que concerne às leis aprovadas, às decisões de

⁶¹[...] inclusive no âmbito do controle incidental de normas. (MENDES, 2012, p. 650)

⁶² Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MUNICÍPIOS. CÂMARA DE VEREADORES. COMPOSIÇÃO. AUTONOMIA MUNICIPAL. LIMITES CONSTITUCIONAIS. NÚMERO DE VEREADORES PROPORCIONAL À POPULAÇÃO. CF, ARTIGO 29, IV. APLICAÇÃO DE CRITÉRIO ARITMÉTICO RÍGIDO. INVOCAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A POPULAÇÃO E O NÚMERO DE VEREADORES. INCONSTITUCIONALIDADE, INCIDENTER TANTUM, DA NORMA MUNICIPAL. EFEITOS PARA O FUTURO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. [...] 8. Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos *pro futuro* à declaração incidental de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário conhecido e em parte provido. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno RE nº 197917 SP. Relator: MAURÍCIO CORRÊA. Data de Julgamento: 06/06/2002. Data de Publicação: DJ 07-05-2004)

aprovação de contas e outras deliberações da Casa Legislativa”, além disso, o efeito retroativo prejudicaria o processo eleitoral, sendo inevitável uma nova redefinição de novo pleito com outro quociente eleitoral e um novo quociente partidário. Em virtude das consequências da nulidade da Lei Orgânica do município paulista, foi declarada inconstitucionalidade desta, modulados seus efeitos temporais, *pro futuro*.

O segundo caso de estudo de aplicação da mitigação dos efeitos foi na Reclamação 2.391, aonde se examinou a controvérsia inconstitucional do art. 9º da Lei nº 9.034 de 3-5-1995⁶³ e do art. 3º da Lei nº 9.613, de 3-3-1998⁶⁴ com a Constituição em seu art. 5º, LVII⁶⁵, ou seja, a compatibilidade entre o princípio da presunção de inocência e a proibição *ex lege* de se apelar em liberdade, quando ainda não houver decisão judicial transitada em julgada contra o acusado.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal vinha reconhecendo, sob o regime constitucional em vigor, a legitimidade da exigência do recolhimento à prisão para interposição de recurso. Todavia por motivos de evolução de orientação jurisprudencial, a inconstitucionalidade passou a estar em evidência, assim como Mendes procedeu na época do julgamento (2012, p. 667) alertando que diante das repercussões “[...] haveria de ter no campo civil, processual e penal, sustentei que, ante a nova orientação que se desenhava, a decisão somente poderia ser tomada com eficácia *ex nunc*, permitindo que o juiz, em cada caso, avalie a necessidade/possibilidade”. Porém, a Rcl 2.391 foi declarada prejudicada, por perda de objeto.

Outra mudança de orientação jurisprudencial ocorreu no julgamento no STJ do HC 84.959/SP, em que foi discutida a constitucionalidade do art. 2º, § 1º da Lei nº 8.072/90⁶⁶ que vedava a progressão de regime em quaisquer hipóteses. Segundo Mendes (2012, p. 668), a jurisprudência dominante assentava pela constitucionalidade do regime integralmente fechado, todavia passado treze anos, o

⁶³ Lei n. 9.034/95 - Art. 9º O réu não poderá apelar em liberdade, nos crimes previstos nesta lei.

⁶⁴ Lei n. 9.613/98 - Art. 3º Os crimes disciplinados nesta Lei são insuscetíveis de fiança e liberdade provisória e, em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade.

⁶⁵ CF/88 - Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

⁶⁶ Lei n. 8.072/90 - Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: [...]

§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado.

Tribunal reviu sua jurisprudência para considerar que a vedação à progressão de regime conflita com a garantia constitucional da individualização da pena. Nessa corrente, optou a Corte por declarar inconstitucional o referido dispositivo, no entanto modulando os efeitos para que os efeitos da teoria da nulidade não se aplicassem aos casos de penas já integralmente cumpridas, fazendo que apenas os efeitos sejam prospectivos à decisão de inconstitucionalidade do caso incidental.

Dessa forma, Mendes (2012) complementa a respeito da possibilidade da modulação de efeitos temporais em controle difuso: "É certo, porém, que além de indicar a aplicação do art. 27 ao controle incidental de normas, a discussão demonstrou que os casos de mudança de interpretação podem dar ensejo à declaração de inconstitucionalidade com efeitos restritivos".

O primeiro caso em que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade de dispositivo legal com a utilização da técnica de mitigação de efeitos *pro futuro* (art. 27 da Lei nº 9.868/99) foi na ADI 3.022⁶⁷, em que o art. 45 da Constituição Estadual e de expressão contida na alínea a do Anexo II da Lei Complementar estadual n. 10.194, de 10-5-1994, ambos do Rio Grande do Sul não compatibilizavam com a Constituição Federal de 1988. Contudo, a pronúncia de inconstitucional apenas teria eficácia temporal *pro futuro* em data de 03 de dezembro de 2004, alguns meses após a data de julgamento.

Já na ADI 2.240⁶⁸ de 09 de maio de 2007, o Pretório Excelso declarou a inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade da Lei nº 7.619/200 do Estado da

⁶⁷ Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. RITO DO ART. 12 DA LEI 9.868. ART. 45 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. ALÍNEA A DO ANEXO II DA LEI COMPLEMENTAR 9.230/1991 DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. ATRIBUIÇÃO, À DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, DA DEFESA DE SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS PROCESSADOS CIVIL OU CRIMINALMENTE EM RAZÃO DE ATO PRATICADO NO EXERCÍCIO REGULAR DE SUAS FUNÇÕES. OFENSA AO ART. 134 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. Norma estadual que atribui à Defensoria Pública do estado a defesa judicial de servidores públicos estaduais processados civil ou criminalmente em razão do regular exercício do cargo extrapola o modelo da Constituição Federal (art. 134), o qual restringe as atribuições da Defensoria Pública à assistência jurídica a que se refere o art. 5º, LXXIV. 2. Declaração da inconstitucionalidade da expressão "bem como assistir, judicialmente, aos servidores estaduais processados por ato praticado em razão do exercício de suas atribuições funcionais", contida na alínea a do Anexo II da Lei Complementar estadual 10.194/1994, também do estado do Rio Grande do Sul. Proposta acolhida, nos termos do art. 27 da Lei 9.868, para que declaração de inconstitucionalidade tenha efeitos a partir de 31 de dezembro de 2004. 3. Rejeitada a alegação de inconstitucionalidade do art. 45 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul. 4. Ação julgada parcialmente procedente.

(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI nº 3022 RS. Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA. Data de Julgamento: 02/08/2004. Data de Publicação: DJ 04-03-2005)

⁶⁸ Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 7.619/00, DO ESTADO DA BAHIA, QUE CRIOU O MUNICÍPIO DE LUÍS EDUARDO MAGALHÃES. INCONSTITUCIONALIDADE

Bahia - que criou o município de Luís Eduardo Magalhães -, mantendo a vigência desta lei pelo prazo de vinte e quatro meses, lapso temporal razoável para o legislador estadual reapreciar o tema conforme os parâmetros da lei complementar federal a ser editada. No mesmo sentido de declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade deu-se nas ADI's 3.316 e 3.689⁶⁹, DJ de 29-6-2007 e 3.489⁷⁰, DJ 3-8-2007, ambas de relatoria do Ministro Eros Grau no STF.

DE LEI ESTADUAL POSTERIOR À EC 15/96. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR FEDERAL PREVISTA NO TEXTO CONSTITUCIONAL. AFRONTA AO DISPOSTO NO ARTIGO 18, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. OMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO. EXISTÊNCIA DE FATO. SITUAÇÃO CONSOLIDADA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA DA JURÍDICA. SITUAÇÃO DE EXCEÇÃO, ESTADO DE EXCEÇÃO. A EXCEÇÃO NÃO SE SUBTRAI À NORMA, MAS ESTA, SUSPENDENDO-SE, DÁ LUGAR À EXCEÇÃO --- APENAS ASSIM ELA SE CONSTITUI COMO REGRA, MANTENDO-SE EM RELAÇÃO COM A EXCEÇÃO. 1. O Município foi efetivamente criado e assumiu existência de fato, há mais de seis anos, como ente federativo. 2. Existência de fato do Município, decorrente da decisão política que importou na sua instalação como ente federativo dotado de autonomia. Situação excepcional consolidada, de caráter institucional, político. Hipótese que consubstancia reconhecimento e acolhimento da força normativa dos fatos. 3. Esta Corte não pode limitar-se à prática de mero exercício de subsunção. A situação de exceção, situação consolidada --- embora ainda não jurídica --- não pode ser desconsiderada. 4. A exceção resulta de omissão do Poder Legislativo, visto que o impedimento de criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios, desde a promulgação da Emenda Constitucional n. 15, em 12 de setembro de 1.996, deve-se à ausência de lei complementar federal. 5. Omissão do Congresso Nacional que inviabiliza o que a Constituição autoriza: a criação de Município. A não edição da lei complementar dentro de um prazo razoável consubstancia autêntica violação da ordem constitucional. 6. A criação do Município de Luís Eduardo Magalhães importa, tal como se deu, uma situação excepcional não prevista pelo direito positivo. 7. O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade. Não é a exceção que se subtrai à norma, mas a norma que, suspendendo-se, dá lugar à exceção --- apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção. 8. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Não se afasta do ordenamento, ao fazê-lo, eis que aplica a norma à exceção desaplicando-a, isto é, retirando-a da exceção. 9. Cumpre verificar o que menos compromete a força normativa futura da Constituição e sua função de estabilização. No aparente conflito de inconstitucionalidades impor-se-ia o reconhecimento da existência válida do Município, a fim de que se afaste a agressão à federação. 10. O princípio da segurança jurídica prospera em benefício da preservação do Município. 11. Princípio da continuidade do Estado. 12. Julgamento no qual foi considerada a decisão desta Corte no MI n. 725, quando determinado que o Congresso Nacional, no prazo de dezoito meses, ao editar a lei complementar federal referida no § 4º do artigo 18 da Constituição do Brasil, considere, reconhecendo-a, a existência consolidada do Município de Luís Eduardo Magalhães. Declaração de inconstitucionalidade da lei estadual sem pronúncia de sua nulidade 13. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade, mas não pronunciar a nulidade pelo prazo de 24 meses, da Lei n. 7.619, de 30 de março de 2000, do Estado da Bahia.

(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI n° 2240. Relator: Min. EROS GRAU. Julgado em 09/05/2007. DJe-072 DIVULG 02-08-2007. Publicado 03-08-2007. DJ 03-08-2007)

⁶⁹ Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 6.893, DE 28 DE JANEIRO DE 1.998, DO ESTADO DO MATO GROSSO, QUE CRIOU O MUNICÍPIO DE SANTO ANTÔNIO DO LESTE. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL POSTERIOR À EC 15/96. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR FEDERAL PREVISTA NO TEXTO CONSTITUCIONAL. AFRONTA AO DISPOSTO NO ARTIGO 18, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. OMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO. EXISTÊNCIA DE FATO. SITUAÇÃO CONSOLIDADA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA DA JURÍDICA. SITUAÇÃO DE EXCEÇÃO, ESTADO DE EXCEÇÃO. [...] 6. A criação do Município de Santo Antônio do Leste importa, tal como se deu, uma situação excepcional não prevista pelo direito positivo. 7. O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade. Não é a exceção que se subtrai à norma, mas a norma que, suspendendo-se, dá lugar à exceção --- apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com

Também, o julgamento da ADO 3.682⁷¹, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu dezoito meses de prazo para que o Congresso Nacional legislasse, devido ao seu dever constitucional imposto pelo art. 18, § 4º, da Constituição CF/88 (EC n. 15/96), devendo contemplar as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerados pela omissão. Já no julgamento da inconstitucionalidade das leis mineiras que estabeleciam sobre a forma de investidura e provimento de cargos da carreira de defensor público e a remuneração do cargo, na ADI 3.819⁷², o Pretório Excelso fixou seis meses para a produção dos

a exceção. 8. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Não se afasta do ordenamento, ao fazê-lo, eis que aplica a norma à exceção desaplicando-a, isto é, retirando-a da exceção. 9. Cumpre verificar o que menos compromete a força normativa futura da Constituição e sua função de estabilização. No aparente conflito de inconstitucionalidades impor-se-ia o reconhecimento da existência válida do Município, a fim de que se afaste a agressão à federação. 10. O princípio da segurança jurídica prospera em benefício da preservação do Município. 11. Princípio da continuidade do Estado. 12. Julgamento no qual foi considerada a decisão desta Corte no MI n. 725, quando determinado que o Congresso Nacional, no prazo de dezoito meses, ao editar a lei complementar federal referida no § 4º do artigo 18 da Constituição do Brasil, considere, reconhecendo-a, a existência consolidada do Município de Luís Eduardo Magalhães. Declaração de inconstitucionalidade da lei estadual sem pronúncia de sua nulidade 13. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade, mas não pronunciar a nulidade pelo prazo de 24 meses, Lei n. 6.893, de 28 de janeiro de 1.998, do Estado do Mato Grosso.

⁷⁰ Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 12.294, DE 22 DE JUNHO DE 2.002, DO ESTADO DE SANTA CATARINA, QUE ANEXO A LOCALIDADE DE VILA ARLETE, DESMEMBRADA DO MUNICÍPIO DE CAMPOS NOVOS, AO MUNICÍPIO DE MONTE CARLO. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL POSTERIOR À EC 15/96. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR FEDERAL PREVISTA NO TEXTO CONSTITUCIONAL. AFRONTA AO DISPOSTO NO ARTIGO 18, § [...] 12. Julgamento no qual foi considerada a decisão desta Corte no MI n. 725, quando determinado que o Congresso Nacional, no prazo de dezoito meses, ao editar a lei complementar federal referida no § 4º do artigo 18 da Constituição do Brasil, considere, reconhecendo-a, a existência consolidada do Município de Luís Eduardo Magalhães. Declaração de inconstitucionalidade da lei estadual sem pronúncia de sua nulidade. 13. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade, mas não pronunciar a nulidade pelo prazo de 24 meses, Lei n. 12.294, de 22 de junho de 2002, do Estado de Santa Catarina.

⁷¹ Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. INATIVIDADE DO LEGISLADOR QUANTO AO DEVER DE ELABORAR A LEI COMPLEMENTAR A QUE SE REFERE O § 4º DO ART. 18 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NA REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 15/1996. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. [...] 4. Ação julgada procedente para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 (dezoito) meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, § 4º, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão. Não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADI nºs 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuem vigendo, até que a lei complementar federal seja promulgada contemplando as realidades desses municípios.

(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI nº 3682 MT. Relator: GILMAR MENDES. Data de Julgamento: 09/05/2007. Data de Publicação: DJe-096 DIVULG 05-09-2007 PUBLIC 06-09-2007 DJ 06-09-2007)

⁷² Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 140, PARÁGRAFO ÚNICO, E ARTIGO 141 DA LEI COMPLEMENTAR N. 65. ARTIGO 55, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N. 15.788. ARTIGO 135, § 2º, DA LEI N. 15.961. LEIS DO ESTADO DE MINAS GERAIS. INVESTIDURA E

efeitos da decisão de declaração de inconstitucionalidade, tempo hábil para o chefe do Executivo de Minas Gerais reorganizasse a Defensoria Pública do Estado com observância ao princípio do concurso público e do art. 37, XIII, da CF/88⁷³.

Além dessas, houve outras decisões de declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade utilizada na ocasião do julgamento conjunto das ADIs 875, 1.987, 2.727 e 3.243⁷⁴ em que havia controvérsia da legitimidade constitucional da Lei Complementar n. 62/89 que fixava a disciplina sobre o cálculo, entrega e controle dos recursos dos Fundos de Participação dos Estados (FPE) e, portanto, seria impossível a “interrupção da prestação dos serviços públicos essenciais, porquanto a economia dos Estados depende, em muitos casos, da transferências de recursos do Fundo de Participação dos Estados” (MENDES, 2012, p. 671). Igualmente, nas ADIs 875, 1.987, 2.727 e 3.243 foram modulados os efeitos temporais para manter a vigência da lei até 31 de dezembro de 2012 (34 meses) porque, de igual forma, a continuidade dos serviços públicos fazia-se essencial.

PROVIMENTO DOS CARGOS DA CARREIRA DE DEFENSOR PÚBLICO ESTADUAL. SERVIDORES ESTADUAIS INVESTIDOS NA FUNÇÃO DE DEFENSOR PÚBLICO E NOS CARGOS DE ASSISTENTE JURÍDICO DE PENITENCIÁRIA E DE ANALISTA DE JUSTIÇA. TRANSPOSIÇÃO PARA A RECÉM CRIADA CARREIRA DE DEFENSOR PÚBLICO ESTADUAL SEM PRÉVIO CONCURSO PÚBLICO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS. AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 37, II, E 134, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. [...] 7. Ação direta julgada procedente para declarar inconstitucionais o caput e o parágrafo único do artigo 140 e o artigo 141 da Lei Complementar n. 65; o artigo 55, parágrafo único, da Lei n. 15.788; o caput e o § 2º do artigo 135, da Lei n. 15.961, todas do Estado de Minas Gerais. Modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade. Efeitos prospectivos, a partir de 6 [seis] meses contados de 24 de outubro de 2007.

(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI nº 3819 MG. Relator: Min. EROS GRAU. Data de Julgamento: 24/10/2007. Data de Publicação: DJe-055 DIVULG 27-03-2008 PUBLIC 28-03-2008)

⁷³ CF/88 - Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)

XIII - é vedada a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público;

⁷⁴ Ementa: Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI n.º 875/DF, ADI n.º 1.987/DF, ADI n.º 2.727/DF e ADI n.º 3.243/DF). Fungibilidade entre as ações diretas de inconstitucionalidade por ação e por omissão. Fundo de Participação dos Estados - FPE (art. 161, inciso II, da Constituição). Lei Complementar nº 62/1989. Omissão inconstitucional de caráter parcial. Descumprimento do mandamento constitucional constante do art. 161, II, da Constituição, segundo o qual lei complementar deve estabelecer os critérios de rateio do Fundo de Participação dos Estados, com a finalidade de promover o equilíbrio socioeconômico entre os entes federativos. Ações julgadas procedentes para declarar a inconstitucionalidade, sem a pronúncia da nulidade, do art. 2º, incisos I e II, §§ 1º, 2º e 3º, e do Anexo Único, da Lei Complementar n.º 62/1989, assegurada a sua aplicação até 31 de dezembro de 2012.

(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI nº 875 DF. Relator: Min. GILMAR MENDES. Data de Julgamento: 24/02/2010. Data de Publicação: DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010)

Diante do exposto, fica claro que a modulação de efeitos temporais das decisões de inconstitucionalidade é feito através de um complexo juízo de ponderação de bens e que posteriormente passou a ser legalizado no art. 27 da Lei nº 9.868/99, embora o referido artigo receba críticas no tocante a sua constitucionalidade.

Ante toda a análise doutrinária e jurisprudencial da mitigação temporal dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade desde a sua utilização principiológica até a sua positivação, abordando ainda as diversas críticas que são feitas ao referido dispositivo no tocante a sua conformidade com a Constituição vigente. Por conseguinte, adentrar-se-á no tema central deste presente trabalho monográfico, que guarda relação com a possibilidade de utilização da técnica de modificação dos efeitos de inconstitucionalidade, especificadamente, em matéria tributária, realizando um exame relacionado com a possibilidade da utilização da respectiva ferramenta em situações favoráveis tanto para o contribuinte quanto para o Fisco, e, por fim breve análise jurisprudencial de decisões que envolvem inconstitucionalidade na seara tributária e a modulação de efeitos.

3 MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

3.1 Considerações Iniciais

A declaração de inconstitucionalidade de uma norma tributária provoca inúmeras desordens na sistemática jurídica, nas relações de direito e de fato dos contribuintes, bem como do ente público de todos os níveis e seus órgãos de competência. É sabido que no ordenamento jurídico brasileiro a norma inconstitucional, pela teoria da nulidade, nunca produziu efeitos, ou seja, nunca entrou para o plano da validade devendo seus efeitos retroagirem – *ex tunc*. Todavia, a técnica de modificar os efeitos para frente – *ex nunc* – é possível por motivos de segurança jurídica ou excepcional interesse social amplamente analisado pelo complexo processo do juízo de ponderação.

Por exemplo, observa-se reflexos na matéria tributária, em questões relacionadas ao lançamento tributário, a prescrição e a decadência, bem como as sanções tributárias, todavia o tema que merece destaque, devido ao seu valor doutrinário no direito tributário, guarda respeito a possibilidade de cobrança pelo Fisco de valores impagos pelo contribuinte, acreditado em lei inconstitucional (modulação pro contribuinte) e a possibilidade de repetição do indébito pelo contribuinte de valores arrecadados por lei declarada inconstitucional (modulação pro fisco).

3.2 Modulação de efeitos temporais

Há uma dualidade entre a modulação de efeitos pró-contribuinte versus pró-fisco, porque poderá haver situações de lei inconstitucionais que favoreciam o contribuinte, e de outro lado, leis inconstitucionais que oneravam o contribuinte. Assim, caso a lei que beneficiasse o contribuinte – redução de impostos, isenção etc - fosse declarada inconstitucional, poderia o fisco “buscar” valor que foi recolhido a menor ou não recolhido. Já no caso em que a lei em desconformidade com a constituição prejudicasse o contribuinte – impostos, acessórios, aumentos de

alíquota - e já havia cumprido a lei inconstitucional, o contribuinte teria “devolvido” a contribuição paga ilegalmente.

A questão é tormentosa e de especial interesse, quando a declaração de inconstitucionalidade atinge norma jurídica que fundamenta a exigência de pagamentos já efetuados em virtude da (im)possibilidade de sua restituição. Da mesma maneira, situações podem surgir que autorizem ao fisco, após a declaração de inconstitucionalidade e dependendo dos efeitos a ela atribuídos, exigir dos contribuintes eventuais valores não recolhidos. (SANCHES, 2012, p. 146).

Nesse sentido, Fischer aborda o surgimento da necessidade pela técnica de modificar os efeitos temporais da decisão:

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

Posto isto, nas palavras de Cezaroti (2008, p. 148), a dogmática jurídica passou a enfrentar julgamentos na seara tributária em que o confronto de princípios não mais permitia a aplicação pura e simples do conceito clássico da teoria da nulidade do ato inconstitucional - norma inconstitucional não produzia efeito nenhum – e que todos os fatos durante sua vigência deveriam ser desfeitos. Em outras palavras, a mitigação dos efeitos se fazia necessário em virtude do conflito de princípios que a teoria da nulidade provocaria no ato tributário inconstitucional. Dessa forma, a aplicação da modulação de efeitos passaria a ser enfrentada pelo sopesamento dos princípios constitucionais envolvidos no caso em concreto, em um complexo processo de ponderação (SANCHES, 2012, p. 145).

A partir de um juízo de ponderação, seria possível ao Tribunal Constitucional dar preponderância ao princípio da segurança jurídica, ou

outro princípio relevante, com o objetivo de preservar as relações sócias já consolidadas do que ao princípio da supremacia constitucional, sem que este último fosse abandonado por qualquer razão. Uma vez que os princípios devem ser observados na maior medida possível, o seu cumprimento não só depende das possibilidades jurídicas, mas também das possibilidades concretas de cada situação.

Neste particular, a teoria da anulabilidade e a conseqüente eficácia prospectiva buscam equalizar os princípios da constitucionalidade e da segurança jurídica. Para não se esvaziar o princípio da segurança jurídica, o postulado da constitucionalidade deve ceder, e, por conseqüente, admitir a limitação de efeitos jurídicos de uma declaração de inconstitucionalidade.

[...]

Mesmos os atos praticados ao abrigo de normas declaradas inconstitucionais geram conseqüências jurídicas, pois se não gerassem não haveria necessidade de nos preocuparmos com eles. A partir destes atos podem ter sido criados relações jurídicas merecedoras de proteção, de modo que a sua invalidação causaria maiores afrontas à segurança jurídica e à boa-fé.

Por isso admite-se que o princípio da segurança jurídica pode servir de barreira aos efeitos de decisões judiciais com pronúncia de nulidade de uma norma, como ocorre com a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e na declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex nunc*.

Essa limitação aos efeitos da pronúncia de nulidade de uma norma é faculdade do órgão jurisdicional responsável, a partir da ponderação entre os princípios e a possibilidade da aplicação de cada um deles ao caso concreto. (CEZAROTI, 2008, p. 151).

Em relação ao juízo da ponderação, consiste em “método destinado a atribuir pesos e elementos que se entrelaçam, sem referência a pontos de vista materiais que orientem esse sopesamento” (ÁVILA, 2014). Assim, a ponderação é técnica resolutiva, alternativa a impossibilidade de resolução pelos métodos tradicionais, de controvérsias de princípios jurídicos (ou até mesmo entre normas jurídicas) que se verificarem antagônicos instituídos por norma de igual hierarquia. Por conseqüente, a atribuição de valor de um em relação a outro acarretará em retirar e diminuir a eficácia, por isso se deve sempre utilizar procedimento organizado, racional e motivado a fim de resguardar a subjetividade do aplicador do Direito (PIMENTA, 2008, p. 421).

Dessa forma, Alexy (2015) suscita que o juízo realize uma ponderação entre princípios no sentido de conferir ou não o cumprimento de um princípio ao caso concreto, sem prejuízo futuro quanto ao outro princípio mitigado, que poderá ser aplicado posteriormente:

Um dos temas principais do debate atual sobre a interpretação dos direitos fundamentais é a ponderação. A ponderação desempenha, na prática atual de muitos tribunais constitucionais, um papel central. No direito constitucional alemão, ela é uma parte daquilo que é exigido por um

princípio mais amplo. Esse princípio mais amplo é o princípio da proporcionalidade. Esse consiste de três princípios parciais: o da idoneidade, da necessidade e da proporcionalidade em sentido restrito. Todos os três princípios parciais são expressão da ideia de otimização. Interpretar direitos fundamentais na luz do princípio da proporcionalidade significa tratá-los como mandamentos de otimização, ou seja, como princípios no sentido teórico-normativo e não como regras. Como mandamentos de otimização, princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em medida tão alta quanto possível relativamente às possibilidades jurídicas e fáticas. (1996, p. 75)

Os princípios parciais da idoneidade e da necessidade concernem à otimização relativamente às possibilidades fáticas. Eles são, com isso, expressão da otimismo-Pareto. O terceiro princípio parcial, o princípio da proporcionalidade em sentido restrito, concerne à otimização relativamente às possibilidades jurídicas. As possibilidades jurídicas são determinadas essencialmente por princípios em sentido contrário. O ponto decisivo para a relação de ponderação e exame da proporcionalidade é que a ponderação compõem-se de nada mais que da otimização relativamente a princípios em sentido contrário. O terceiro princípio parcial contém, com isso, um mandamento da ponderação. Ele pode ser formulado na regra seguinte:

Quanto maior é o grau de não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro.

Essa regra pode ser designada como “lei da ponderação” (1996, p. 146).

A ponderação é técnica utilizada em casos difíceis de decisões judiciais em que compreendem três etapas essenciais. A primeira etapa corresponde “ao intérprete detectar no sistema normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas”. Já a segunda etapa, “cabe examinar os fatos, as circunstâncias concretas que seu conteúdo se preencherá de real sentido”. Por fim, a terceira etapa é a fase de decisão em que “os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinadas” e posteriormente, será decidido “quão intensamente esse grupo de normas deve prevalecer em detrimento das demais” graduando a intensidade e o grau em que deve ser aplicada ao caso (BARROSO, 2013, p. 361-363).

A resolução do problema de eficácia temporal das decisões de inconstitucionalidade em matéria tributária por meio do juízo de ponderação não se modifica das demais, no entanto variam os princípios relacionados ao problema do caso em concreto, que convivem com o princípio da nulidade da norma inconstitucional, o qual se faz presente em situações jurídicas alcançadas pelas normas jurídicas dos diversos ramos do direito. Logo, a Corte Suprema “mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, poderá aplicar, ou não, o princípio da nulidade de norma inconstitucional, atribuindo eficácia retroativa

a declaração, dependendo das circunstâncias, dos princípios envolvidos no caso concreto” (PIMENTA, 2002, p. 97).

Por isso, faz-se necessário um complexo processo de ponderação de princípios constitucionais caso a caso.

A modulação de eficácia temporal de decisão de inconstitucionalidade é o resultado de uma ponderação de bens e de direitos. Diante do caso concreto é que o órgão fiscalizador deverá resolver a tensão entre o princípio implícito (em nosso sistema) da nulidade da lei inconstitucional – que importa em atribuir eficácia retroativa à decisão de inconstitucionalidade – e outro princípio jurídico, como, por exemplo, a segurança jurídica e a boa-fé; que poderão, a depender das circunstâncias do caso, restringir a aplicação daquele, ocasionando a atribuição de eficácia prospectiva a essa decisão. Tendo em vista as condições do caso é que o órgão jurisdicional, mediante a técnica de ponderação, estabelecerá a precedência de um determinado princípio em face de outro. (PIMENTA, 2008, p. 420-421)

O juízo da ponderação guarda relação estrita com a positivação da modulação dos efeitos de decisão de inconstitucionalidade consagrada no art. 27 da Lei nº 9.868/99, visto o caráter fundamentalmente interpretativo do referido artigo com a “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” apresentado por Mendes (2012, p. 564).

Assim, Pimenta (2008, p. 423) aduz que as razões de segurança jurídica significam “[...] a existência de situações geradas pela norma inconstitucional, tuteladas pelo princípio da segurança jurídica. Em outros termos, o que se busca proteger, nessa situação é a segurança das situações constituídas sob o amparo da lei inválida”.

A segurança jurídica diz respeito à previsibilidade e a certeza de que a lei será aplicada pela Administração e pela jurisdição às situações da vida tal e qual vêm sendo aplicada, como de conhecimento geral, a permitir que o jurisdicionado planeje e ordene os seus comportamentos com confiança na lei, supondo que numa comunidade jurídica deve imperar a boa-fé como regra de decisão de todos os seus partícipes (Pimenta, 2008, p. 423).

E por fim, Canotilho (1993, p. 374 apud PIMENTA, 2008, p. 423) complementa o juízo de ponderação do princípio da segurança jurídica e da nulidade da lei inconstitucional:

Os princípios da proteção da confiança e da segurança jurídica podem formular-se assim: o cidadão deve poder confiar em que aos seus atos ou às decisões públicas sobre seus direitos, posições jurídicas e relações, praticadas ou tomadas de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam efeitos jurídicos duradouros, previstos e calculados com base nas mesmas normas.

Nesse sentido, Pimenta, sustentado pelo doutrinador Carvalho informa que a segurança jurídica, em verdade, corresponde ao um sobreprincípio (ou princípio implícito) que decorre do princípio do Estado Democrático de Direito, concretizado por meio de um leque de princípios explicitados no texto da Constituição Federal, entre eles, mas não somente, a irretroatividade da lei (art. 150, III, “a”), a isonomia (art. 150, II), a inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV) e a legalidade (art. 5º, II), visando exclusivamente a proteção do contribuinte. (2002, p. 56).

Em respeito à seara tributária, a segurança jurídica é mecanismo de contenção de arbítrio estatal, que visa à proteção do contribuinte e não da Fazenda pública porque “goza de posição de superioridade perante o contribuinte na relação jurídica tributária, podendo constituir unilateralmente obrigações. A segurança jurídica em prol do contribuinte visa evitar que ele tenha algum direito eliminado pelo Estado no exercício do poder tributário.” (PIMENTA, 2002, p. 56).

No tocante ao excepcional interesse social, traduz no interesse da coletividade (não do Estado) essencialmente tutelado pelo ordenamento jurídico, logo natureza de direito e não de fato. Isto proporciona que qualquer princípio jurídico (vestido sob o interesse coletivo) ampare os efeitos decorrentes da lei declarada inconstitucional. Em suma, “só assim será efetuado o juízo da ponderação necessário à definição dos efeitos no tempo da decisão de inconstitucionalidade. Desse modo, o conceito ‘indeterminado’ em tela é determinável, tendo em vista o contexto em que se insere (atribuição de eficácia temporal da decisão de inconstitucionalidade)”. Por fim, a separação entre o interesse público primário e secundário, a lei (declarada inconstitucional, ou não) refere-se ao interesse público primário, quer seja o interesse da coletividade, e não do ente público (PIMENTA, 2008, p. 424).

Por esta ordem, o Supremo Tribunal Federal, em decisão monocrática do Relator Gilmar Mendes no Agravo de Instrumento 474.708-AgR, consolida

jurisprudência no sentido de complementar a doutrina, bem como dar maior ênfase positivado no art. 27 da Lei nº 9.868/99:

A norma contida no art. 27 da Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, tem caráter fundamentalmente interpretativo, desde que se entenda que os conceitos jurídicos indeterminados utilizados - segurança jurídica e excepcional interesse social - se revestem de base constitucional. No que diz respeito à segurança jurídica, parece não haver dúvida de que encontra expressão no próprio princípio do Estado de Direito consoante, amplamente aceito pela doutrina pátria e alienígena. Excepcional interesse social pode encontrar fundamento em diversas normas constitucionais. O que importa assinalar é que, consoante a interpretação aqui preconizada, o princípio da nulidade somente há de ser afastado se se puder demonstrar, com base numa ponderação concreta, que a declaração de inconstitucionalidade ortodoxa envolveria o sacrifício da segurança jurídica ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social.

Ante o exposto, a mitigação de efeitos, de forma alguma, pode ser realizada de modo arbitrário, a critério de conveniência ou ideológico do órgão competente, e sim, baseado em racionalidade e motivação. Por fim, salienta Pimenta (2002, p.96) que em cada caso é necessário um “exame dos problemas decorrentes da decisão de inconstitucionalidade da norma jurídico tributária: no direito constitucional pátrio a pronúncia de inconstitucionalidade em sede de controle abstrato pode ter eficácia retroativa ou prospectiva”. Assim, o art. 27 da Lei nº 9.868/99 é interpretável pelos princípios da segurança jurídica e excepcional interesse social *versus* a teoria da nulidade do ato inconstitucional.

Nessa continuidade, a mitigação dos efeitos somente poderá ser exercida mediante ao preenchimento dos requisitos elencados no referido artigo da lei que regula as ADI, ADC e ADO.

Conclui-se, acertadamente, que toda a construção doutrinária do juízo de ponderação dos princípios de segurança jurídica ou do relevante interesse social – interpretados e positivados no art. 27 da Lei nº 9.868/99 – com a teoria da nulidade do ato inconstitucional a fim de que seja aplicada a técnica da modulação dos efeitos temporal de inconstitucionalidade, visa atender, exclusivamente, o interesse do contribuinte e, jamais, do Estado. Nesse sentido, bem traduz Andrade (2011 apud SANCHES, 2012, p. 150-151):

[...] também a modulação temporal dos efeitos da decisão judicial se limita vigorosamente em matéria tributária, sob pena de sua aplicação conduzir a

violações constitucionais mais graves do que a sua inação, o que – por óbvio – é absolutamente inaceitável.

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

Por fim, a mitigação temporal de efeitos de norma de matéria tributária declarada inconstitucional volta-se em especial a proteção do contribuinte. Diante disso, analisar-se-á as possibilidades ou não de modulação de normas inconstitucionais, bem como, os problemas que decorrem da aplicação dessa técnica em matéria tributária e as jurisprudências do Supremo Tribunal Federal.

3.2.1 Pró-contribuinte

A utilização da técnica de mitigação de efeitos, por vezes, faz-se bastante necessária pelo princípio da segurança jurídica ou qualquer outro princípio trasvestido de relevante interesse social, fundamentalmente pela lesão grave aos contribuintes. Há casos em que é bem explícita a necessidade da modulação temporal de efeitos, por exemplo, em situações em que a norma discutida em sua constitucionalidade beneficiava o contribuinte. Nesse sentido, como os efeitos retroagem, o proveito da lei seria inválido, causando em dever do contribuinte em “devolver” toda vantagem conferida pela lei inconstitucional. Isto pode ocorrer em leis tributárias de isenção, diminuição de tributos, ou até mesmo em lei anterior com carga maior de tributos. Situação bem exemplificativa ilustrado por Pimenta (2002, p. 158):

Exemplo: determinado sujeito passivo recolheu o tributo com base na alíquota de 10%. A norma que prescrevia essa alíquota foi declara inconstitucional pelo STF em controle abstrato, voltando a vigor a norma anterior, que estabelecia a alíquota de 20%, em face da repristinação constitucional. Em tal situação, o Fisco não pode praticar novo lançamento, cobrando as diferenças, sob pena de violação aos princípios da segurança jurídica e da boa-fé.⁷⁵

⁷⁵ Em verdade, tal matéria foi discutida pelo STF no julgamento da ADIN nº 1.103, na qual declarou a inconstitucionalidade do art. 25, § 2º, da Lei 8.870/94, voltando a vigor a norma revogada (art. 22, Lei 8.212/91 que estabelecia uma alíquota maior da contribuição patronal da agroindústria. A jurisprudência majoritária posicionou-se no sentido de não admitir que o Fisco pudesse praticar novo lançamento, cobrando as diferenças (Pimenta, 2002, p. 158). Assim, “decisão judicial que declara a inconstitucionalidade não deve tornar-se refém da retroatividade; deve-se, pois, analisar o caso concreto, com base na razoabilidade, com vistas à preservação do Estado Democrático [...] acatar o

As leis declaradas inconstitucionais que conferiam vantagens aos contribuintes, quando invalidadas começaram a acarretar graves ônus aos contribuintes, como nos casos “em que uma decisão de inconstitucionalidade, com efeito ‘ex tunc’, pode implicar no direito do Fisco de cobrar diferenças que não foram pagas, porquanto a lei inválida era mais benéfica para alguns ou todos os contribuintes do que a lei anterior” (FISCHER, 2004, p. 274).

Devido a casos dessa ordem, a doutrina passou a sustentar, conforme ensina Fischer (2004, p. 275) “que a retroatividade da decisão de inconstitucionalidade não poderia ser adotada se importasse em efeitos prejudiciais aos contribuintes”. Nesse sentido, fundamenta Pimenta que os efeitos regressivos do ato inconstitucional não podem importar em dano ao contribuinte:

Por outro lado, se a revisão vier a agravar o contribuinte, estará obstaculizada pelos princípios da segurança jurídica e da boa-fé. Incide, aqui, o art. 146 do CTN. De fato, se o sujeito passivo cumpriu a obrigação tributária em determinado período, não poderá o Fisco cobrar as diferenças oriundas da invalidação do lançamento, porque tal postura infringe a segurança jurídica, que em matéria tributária, visa proteger o contribuinte, reafirma-se.

Além disso, se o particular atuou com lealdade, não poderá ser surpreendido com novo ato de imposição, porque não deu causa à pronúncia de inconstitucionalidade, nem à invalidação da norma individual e concreta daí oriunda. A boa-fé, nessa situação, atua como limite ao poder jurídico de rever o lançamento tributário (2002, p. 158).

Outra situação que poderá provocar prejuízo ao contribuinte ocorre quando da declaração de inconstitucionalidade de norma isentiva, ou seja, lei que desonera da obrigação tributária fosse invalidada. Nesses casos, os efeitos retroativos provocariam, de igual ordem do cenário anterior, um aumento da carga tributária, visto a retirada da isenção, assim haveria a necessidade de obediência do princípio da anterioridade tributária. Nesse sentido, Pimenta (2002, p. 186):

Com relação à eficácia de decisão de inconstitucionalidade da norma isentiva, pensamos que o princípio da nulidade da norma inconstitucional é inaplicável em tal situação. Em verdade, há um tensão entre esse princípio e o da segurança jurídica, posto que o primeiro importa na exigibilidade imediata do tributo objeto da isenção, enquanto o segundo veda que os beneficiários sejam surpreendidos com a criação, ou majoração de tributo

entendimento, seria o mesmo que pretender-se instalar nova relação jurídica, quando o fato gerador da obrigação já se consumou, e, pior, para agravar a situação já instaurada e com efeitos acabados [...]” (RIVERA, 1998, apud FISCHER, 2004, p. 275-277).

no curso do exercício fiscal. Para nós, neste caso deverá ser aplicado o princípio da anterioridade, em detrimento da nulidade da norma inconstitucional.

Em vista disso, ensina Fischer (2004, p. 279) que a decisão de inconstitucionalidade de norma mais benéfica, isentiva ou não, em que haverá repristinação da norma anterior mais onerosa, somente poderá incidir a partir da referida decisão, ou no caso de um tributo regulado pela anterioridade, a partir do próximo exercício financeiro. Concorda Pimenta (2002, p. 186) que “o tributo criado, ou majorado, com a expulsão da decisão de inconstitucionalidade, só será exigido a partir do exercício posterior à decisão do STF (ou da publicação da Resolução do Senado, em se tratando de controle difuso)”.

Em suma, está translúcida a utilização da técnica de mitigação dos efeitos a fim de atribuir efeito prospectivo (após complexo processo de ponderação sopesando o princípio da segurança jurídica, por ora interpretado no art. 27 da Lei nº 9.868/99) a decisão de inconstitucionalidade as leis tributárias que eram mais benéficas ao contribuinte.

Em extrato, entende Fischer (2004, p. 278) que “o contribuinte não pode sofrer um agravamento retroativo da sua situação tributária em razão de um erro (inconstitucionalidade) causado por ato próprio e exclusivo do poder público”, visto estar respaldado pelo “princípio da boa-fé, da segurança jurídica e da irretroatividade das normas, em caso de aumento de tributo, que leva a um temperamento da retroatividade da decisão de inconstitucionalidade”.

Ante todo o exposto, não há possibilidade de ação rescisória a ser proposta pela Fazenda Pública para reaver diferenças por ora não pagas pelo contribuinte, em tempo de lei inconstitucional vigente de matéria tributária, que era mais benéfica antes da declaração de invalidade (FISCHER 2004, p. 279).

Em frente ao explicitado, demonstrado cabalmente que a modulação temporal dos efeitos faz-se necessário tendo em vista a proteção do contribuinte, uma vez que confiou em imposição tributária. Nessa corrente, mostra-se totalmente infundado qualquer tentativa do Fisco em reaver qualquer diferença contributiva que havia beneficiado o contribuinte que ainda será explorada a seguir.

3.2.2 Pró-Fisco

A declaração de inconstitucionalidade pela Corte Suprema de norma que importava em obrigação tributária – ocasionando a repriminção de norma mais favorável ou de nenhuma norma – provoca ao contribuinte o direito da restituição deste tributo pago indevidamente. Processo, este, conhecido como repetição do indébito que define Pimenta (2002, p. 123) como sendo uma “relação jurídica, por força da qual o Fisco fica adstrito a devolver ao sujeito passivo da obrigação tributária o tributo indevido”.

No sentido do dinheiro arrecadado aos cofres públicos pela lei tributária em desconformidade com a Constituição deve ser devolvido (repetição de indébito) aos contribuintes porque foi arrecadada de maneira ilegal. Isto faz com que, de acordo com a teoria da nulidade, a lei nunca existiu por ser inconstitucional e, por conseguinte, o dinheiro recolhido aos cofres públicos são indevidos, logo a devolução faz-se necessário.

As hipóteses para a repetição do indébito estão positivadas no art. 165 do Código Tributário Nacional⁷⁶, todavia não se encontra expressamente no CTN a “declaração de inconstitucionalidade” como possibilidade de exigir o tributo pago indevidamente. Parte da doutrina diverge quanto a esse posicionamento, parte entende, como por exemplo, Baleeiro (1999 apud PIMENTA, 2002), que os tributos resultantes de inconstitucionalidade ou de ato ilegal são casos do art. 165, I do CTN.

Já a doutrina majoritária⁷⁷, fundamenta que o inciso I do art. 165 do CTN apenas trata de casos em que há erro na aplicação de norma impositiva tributária válida, que não é a situação por se tratar de norma inválida. Entretanto, argumentam que a omissão da legislação complementar não representa obstrução à repetição do indébito oriundo de norma inválida por declaração de inconstitucionalidade, tendo

⁷⁶ CTN - Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:

I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

II - erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;

III - reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.

⁷⁷ Coadunam com esse posicionamento autores brasileiros como Ricardo Lobo Torres, Sampaio Dória, Alberto Xavier, Marco Aurelio Greco, Hugo de Brito Machado, Eurico M. Diniz de Santi, José Eduardo Soares de Melo, José Artur Lima Gonçalves, Márcio Severo Marques e Marcelo Fortes de Cerqueira, bem como na doutrina alienígena, Antonio Berliri, Francesco La Valle, Augusto Fantozzi e César García Nova (PIMENTA, 2002, p. 127).

em vista que a hipótese encontra-se fundamentada na própria Constituição Federal, pelos princípios da legalidade, da moralidade, da boa-fé, da nulidade da norma inconstitucional e da proibição do enriquecimento sem causa (PIMENTA, 2002, p. 125-126).

Resumidamente, o princípio da moralidade – incluído as noções de boa-fé e de lealdade – tem direta relação com a o direito administrativo porque indica que as condutas dos agentes públicos devem guardar compatibilidade com padrões éticos (PIMENTA, 2002, p. 56-57). Também, o princípio da boa-fé, corresponde a lealdade, honestidade e confiança com intuito de permitir ao particular a confiança na administração pública que estes não ultrapassarão o limite necessário ao alcance do interesse público primário.

Outrossim, o princípio da proibição do enriquecimento sem causa, aplicado também no direito público, traduz-se, conforme o próprio nome já diz, na ideia do acréscimo patrimonial sem que exista causa justificadora para esse acontecimento, da qual se necessitam de quatro requisitos para a aplicação do princípio que são o enriquecimento, o empobrecimento, a ausência de causa que justifique o empobrecimento e, por fim, a relação de pertinência lógica entre o enriquecimento e o empobrecimento (PIMENTA, 2002, p. 59-62).

Nesse sentido, na seara tributária, Pimenta (2002, p. 126) aduz que a apropriação pelo Fisco de tributos recolhidos por norma inválida violaria o princípio da moralidade, e, também, a não restituição do tributo pelo órgão competente admitiria atuação desleal perante os contribuintes, violando o princípio da boa-fé. Além disso, a comunhão do recolhimento indevido com a não devolução causaria direta afronta ao princípio do enriquecimento sem causa.

Já o princípio da legalidade, essencial ao Estado Democrático de Direito, é entendido como a exigência de criação de tributos por meio de lei obedecido o devido processo legislativo, constitucionalmente estabelecido, bastando que a fonte que introduz a norma impositiva seja a lei.

O princípio da legalidade, no sentido de legalidade constitucional, significa que o legislador ordinário, ao criar a norma impositiva, deverá observar a Constituição, tanto no que se refere aos aspectos formais da fonte de cognição (veículo introdutor), quanto os procedimentos materiais. Se o ente tributante descumprir esse dever, não pode fazer jus à percepção do *quantum* arrecadado com base num fato ilícito (descumprimento da Constituição), sob pena de se esvaziar o princípio da legalidade,

comprometendo-se, destarte, a própria supremacia da norma constitucional, e, por conseguinte, a sua imperatividade. (PIMENTA, 2002, p. 126)

Por fim, conforme repetidamente analisado nesta presente obra, o princípio da nulidade da norma inconstitucional advém da teoria da nulidade do ato inconstitucional que reproduz que a norma nunca produziu efeitos. Nesse sentido:

O direito à restituição de tributos na situação em tela pressupõe, por fim, a pronúncia de nulidade da norma impositiva tributária, e, por conseguinte, a eficácia *ex tunc* da decisão. Nessa hipótese, a declaração de inconstitucionalidade certifica a invalidade do pagamento efetuado pelo contribuinte, tornando nula a cobrança do tributo. Em outros termos, o pagamento passa a ser qualificado como inválido diante do reconhecimento da nulidade da norma jurídica tributária. Diante do ato nulo é imprescindível a recomposição do *status quo ante*, donde deriva a necessidade de se repetir o que foi pago (PIMENTA, 2002, p.126).

De igual ordem, a jurisprudência, em regra geral, do Supremo Tribunal Federal coaduna com o pensamento acima exposto. O julgamento mais antigo foi o Recurso Extraordinário nº 33.146⁷⁸ de 1958 que entendeu que o vício da inconstitucionalidade ataca desde a sua origem, sendo o respectivo pagamento nulo. Posteriormente, em 1969, no RE nº 61.664⁷⁹ reconheceu que tributos inconstitucionais são indevidos, invalidando os pagamentos. Já em 1985, no RE nº 103.619-2, manifestou no sentido que declarada a inconstitucionalidade pelo STF impor-se-ia a repetição do cobrado indevidamente, porque a lei perderia a eficácia. Também, em 1991, no RE nº 136.883-7, o Tribunal reconheceu direito do contribuinte à repetição do indébito tendo em vista declaração de inconstitucionalidade da lei tributária (PIMENTA, 2002, p. 127-128). Além disso, o

⁷⁸ Ementa: Declarada a inconstitucionalidade de certo tributo, não há como defender validade de pagamentos anteriormente feitos, a pretexto de haverem sido espontaneamente pagos. Se o imposto e inconstitucional, o vício ataca-o na origem, sendo nulo o pagamento feito em razão dele. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma RE nº 33146. Relator: min. Afranio costa. Data de julgamento: 01/01/1970)

⁷⁹ Ementa: Repetição de imposto inconstitucional: em princípio, não se concede a do tributo indireto no pressuposto de que o ocasionaria o locupletamento indébito do contribuinte de jure. Mas essa regra, consagrada pela sum. N 71 deve ser entendida em caso concreto, pois nem sempre há critério científico para diagnosticar-se esse locupletamento. Financistas e juristas ainda não assentaram um standard seguro para distinguir impostos diretos e indiretos, de sorte que a transferência do ônus, as vezes, e matéria de fato, apreciável em caso concreto. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. RE nº 61664. Relator: Min. Aliomar Baleeiro. Julgado em 21/05/1968. Dj 16-05-1969)

Superior Tribunal de Justiça mantém harmonia com o Pretório Excelso a respeito da repetição de indébito quando declarada a inconstitucionalidade da norma⁸⁰.

Finalmente, é translúcido e cristalino o pensamento doutrinário corroborado com a jurisprudência, da restituição dos tributos recolhidos indevidamente pela repetição do indébito quando declarada a inconstitucionalidade da norma tributária impositiva pelos princípios constitucionais e gerais de direito identificados nesta específica situação.

Porém, não apenas a declaração de inconstitucionalidade por si só acarretaria na restituição do imposto, porque ainda há outros requisitos necessários além deste primeiro para a repetição do indébito, como a eficácia retroativa em controle abstrato, efeitos *ex tunc* da decisão, ou, em se tratando de controle difuso que a eficácia da decisão seja estendida por meio de resolução do Senado Federal; a definitividade e a imutabilidade da decisão extrai-se da decisão revestida pelo manto da coisa julgada; a publicação do *Diário de Justiça* e no *Diário Oficial da União* dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado (em respeito ao art. 28 da Lei 8.968/99⁸¹); a subsunção do contribuinte ao âmbito da validade da norma inválida na qual o contribuinte tem de estar incluído em todos os aspectos da hipótese de incidência da norma invalidade; e, por fim, o adimplemento da obrigação tributária, que corresponde ao próprio pagamento do tributo, inclusive porque não pode surgir a repetição do indébito antes da ocorrência do pagamento indevido. (PIMENTA, 2002, p. 128-130).

Em suma, tendo os pressupostos necessários verificados em determinado caso será gerador do direito a restituição dos impostos pagos indevidamente.

Entretanto, nesse ínterim surge a expectativa de modulação dos efeitos temporais de decisões de inconstitucionalidade a fim de que seja afastado o segundo pressuposto supracitado – da eficácia retroativa – para o não cumprimento dos requisitos necessários, e, por conseguinte, rechaçar a repetição do indébito.

⁸⁰ Como bem expõe Paulo Roberto Lyra Pimenta (2002, p. 129), “no âmbito do Superior Tribunal de Justiça este posicionamento foi pacificado no julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 43.502. Diversos pronunciamentos posteriores a essa decisão têm confirmado o entendimento de que, declarada a inconstitucionalidade da norma impositiva, surge o direito do contribuinte à repetição do indébito”.

⁸¹ Lei 9.868/99 - Art. 28, Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão.

Porém, a partir desse momento analisar-se-á a possibilidade, ou não, do Fisco em utilizar de tal procedimento.

Sabe-se, como bem orienta Pimenta (2008, p. 431) que “inexiste qualquer óbice a modulação da eficácia temporal da decisão de inconstitucionalidade” em matéria tributária, conquanto há de se observar o rigoroso juízo de ponderação de bens contrapondo razões de segurança jurídica e relevante interesse social – que conforme visto anteriormente, visam exclusivamente a proteção do contribuinte – contra a teoria da nulidade constitucional.

Todavia, em relação à mitigação temporal dos efeitos prospectivos pró-fisco com intuito de impedir a restituição do indébito tributário, o Fisco utiliza defesa qualificando que embora a norma impositiva tributária seja de fato inválida esta foi utilizada com o fim social, ensina Cezaroti (2008, p. 154):

O argumento apresentado de forma costumeira pelos entes tributantes para que a declaração de inconstitucionalidade seja proferida com efeitos *ex nunc* é o fato de os recursos serem utilizados para a prestação de serviços públicos diversos, e que o interesse da coletividade deve prevalecer sobre o individual.

A distinção entre os interesses da Fazenda Pública e os da coletividade já é conhecida na doutrina, sendo inconfundíveis. A primeira tem interesse no máximo de arrecadação para simples manutenção de sua estrutura, que pode ou não prestar os serviços desejados pela população. O interesse social é que está relacionado com os serviços que devem ser prestados pelo Estado ou por terceiros em substituição à atuação estatal, é no sentido de que os tributos sejam arrecadados na medida do necessário.

Nesse sentido doutrina Pimenta (2008, p. 432):

O que não se pode admitir é a realização de uma ponderação de bens destituída de qualquer critério jurídico, que possa sacrificar os bens tutelados por princípios jurídicos. Assim, por exemplo, ao invalidar a lei instituidora de uma exação, o Pretório Excelso não pode impossibilitar a repetição do indébito, decorrente do recolhimento do tributo com base no orçamento do respectivo ente tributante, sob o falso argumento da proteção do interesse público, violando-se nesse caso, o princípio da proibição do enriquecimento sem causa.

A crítica de Martins, analisada por Cezaroti (2008, p. 151), “concentra-se no fato de o Poder Público permanecer com o produto da arrecadação ilegítima, comparando à permissão de que o ladrão permaneça com o fruto do roubo mesmo após ser condenado pelo crime”.

Cumprе destacar, portanto, que não justifica que os recursos arrecadados indevidamente foram empregados em finalidades públicas, em sendo assim, inviabilizaria qualquer restituição tributária (CEZAROTI, 2008, p. 154). Além disso, caso essa mera alegação bastasse, ocasionaria uma legitimação, sem precedentes, do recolhimento de tributos inconstitucionais, provocando o descaso da constitucionalidade da lei em matéria tributária, ferindo inúmeros princípios da Constituição.

Fischer (2004, p. 280) explica que em verdade, de forma absolutamente excepcional, poderá haver casos de extrema (com a definição literal da palavra) impossibilidade de restituição do que foi arrecado inconstitucionalmente, a fim de evitar uma derrocada financeira completa do Estado (entenda-se por fim) poderia ser admissível uma restrição dos efeitos de declaração de inconstitucionalidade.

Logo, deve ser cabalmente demonstrado o enorme prejuízo, grave colapso dos cofres públicos ou afronta à governabilidade com devido estudo técnico-profissional e científico a fim de demonstrar a impossibilidade da repetição do indébito dos tributos declarados inconstitucionais.

Na definição dos efeitos no tempo da decisão de inconstitucionalidade da lei tributária devem ser investigadas as situações fáticas surgidas pela incidência da lei inconstitucional, os efeitos dos fatos jurídicos ocorridos com base na lei inválida, os princípios ou regras jurídicas que porventura tutelem tais efeitos, a necessidade de buscar uma concordância prática com o princípio da nulidade da lei inconstitucional. A partir dessa análise é que será possível definir os efeitos no tempo da pronúncia de inconstitucionalidade, sem sacrificar os bens ou interesses jurídicos protegidos pelo ordenamento tributário. (PIMENTA, 2008, p. 432)

Apesar de toda a fundamentação bem desenvolvida, há fortes críticas ao pensamento analisado, visto que não se aplicam os mesmos princípios para o Fisco como se aplicam para o contribuinte, ferindo a isonomia. Porém, essa diferenciação faz-se muito necessário, até porque a relação Estado e contribuinte é totalmente vertical. Dessa forma, o Fisco tem a espada da imposição em suas mãos e os contribuintes à deriva, inclusive da questão estudada que são as normas tributárias inconstitucionais.

É claro que esta linha de raciocínio pode ser bastante contestada, diante da quebra da isonomia. Afinal, o poder público estaria sendo colocado em posição de desvantagem. Ocorre, porém, que a relação fisco-contribuinte é complexa e não homogênea. Em certos espaços, há garantias ao

contribuinte que o fisco não pode ultrapassar e, em outros, garantias ao fisco para que melhor possa perseguir o interesse público. Não se trata, portanto, de uma relação que possa ser equiparada à relação de direito privado – seja no âmbito material, seja no âmbito processual – em que impera, soberanamente a igualdade. Porque há normas que estabelecem um desequilíbrio (necessário) em favor da Fazenda Pública e há normas que estabelecem maiores garantias aos contribuintes. Nada de estranho, portanto, em defendermos que certas cláusulas constitucionais somente são favoráveis a estes, não podendo ser opostas, mesmo por lei, em benefício da Fazenda Pública (FISCHER, 2004, p. 292).

Em suma, a possibilidade do afastamento do pressuposto da retroatividade da sentença – a partir da modulação temporal dos efeitos de inconstitucionalidade – com a intenção da impossibilidade da repetição do indébito somente se faz necessário em casos extremamente necessários e que seja demonstrado cabalmente os prejuízos irreparáveis ao Estado, que recolheu tributo inconstitucionalmente, podendo, assim, permanecer com a receita da arrecadação de tributo ilegal. Até mesmo porque a generalização da técnica de modulação de efeitos prospectivos em favor do Fisco, acarretaria na legitimação da arrecadação indevida de imposições tributárias contrários a Constituição.

Analizadas ambas as possibilidades de mitigação dos efeitos em matéria tributária, fundamental faz-se investigar, por meio jurisprudencial, como a referida técnica vem sendo utilizada pelo próprio Supremo Tribunal Federal, porque em determinadas situações as decisões favorecem o contribuinte e, em outras, o Fisco.

3.3 Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Até os dias atuais são poucos casos de jurisprudências em matéria tributária no que diz respeito a técnica de modulação de efeitos temporais em decisões de inconstitucionalidade. As suscitações de mitigação dos efeitos ocorrem na ADIN 1.102/DF, na qual se analisou a contribuição social sobre pagamentos a empresários e trabalhadores autônomos da Lei nº 8.212/91; nos RREE nº 353.657/PR e 370.682/SC aonde discutiu o aproveitamento de créditos do IPI quando o insumo é tributo à alíquota zero (embora não foi declarada a inconstitucionalidade); no RE nº 560.626/RS sobre o prazo decadencial e prescricional para cobrança de contribuições previdenciárias; e por fim, o RREE nº 381.964/MG e 377.457/PR que ainda está em julgamento que trata sobre a contribuição para o financiamento da Confins das sociedades uniprofissionais. Além disso, há pendente de julgamento o

ADC nº 18 em que se discute a constitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins e da contribuição ao PIS. Todos foram suscitados a mitigação temporal dos efeitos.

Em matéria tributária foi suscitada, primeiramente, no julgamento da ADI nº 1.102 pelo Supremo Tribunal Federal em que se discutiam as expressões “empresários” e “autônomos” contidas no art. 22, I, da Lei 8.212/91. Confirme relembra Pimenta (2002, p. 129) a respeito do julgamento o “Ministro Relator, Maurício Corrêa, manifestou-se pela atribuição prospectiva à pronúncia de inconstitucionalidade, por entender que a aplicação do princípio da nulidade traria consequências drásticas para o orçamento da Seguridade Social”, porém, por maioria dos votos, divergiram desse posicionamento atribuindo eficácia retroativa a decisão.

Também, ocorreu a tentativa de modulação dos efeitos temporais de decisão do STF no julgamento dos RREE nº 353.657/PR e 370.682/SC, na qual a orientação jurisprudencial consolidada nos tribunais foi modificada sob argumento de que não se poderia cogitar direito ao crédito do IPI quando o insumo é isento. Em que pese não tenha sido declarado a decisão de inconstitucionalidade, foi proposto pelo Ministro Ricardo Lewandowski diante da mudança de orientação, que o novo entendimento fosse aplicado a partir de então, tendo em vista a segurança jurídica dos que haviam confiado nas decisões anteriores. (CEZAROTI, 2008, p. 156-157) Nesse sentido, o mesmo ministro advertiu que ocorreriam pesados ônus aos contribuintes, causando transtorno no plano econômico e social por terem confiado em orientação jurisprudencial por mais de 10 anos (SANCHES, 2012, p. 152).

Todavia optou o Pleno do STF por não acolher a modulação temporal dos efeitos, fundamentando que não estaria presente a insegurança jurídica porque inexistia coisa julgada nos processos em que supostamente já teria sido consolidado o entendimento do tribunal em favor da possibilidade do creditamento do IPI, visto que em época havia pendência de apreciação de embargos de declaração opostos pela União Federal. Dessa forma, não haveria qualquer estabilização das expectativas dos contribuintes.

Outra decisão em que foi suscitada a modulação de efeitos ocorreu, em 11.06.2008, no julgamento do RE ° 560.626/RS sob relatoria do Ministro Gilmar Mendes, em que se declarou a inconstitucionalidade da legislação ordinária que

estabelecia os prazos decadenciais e prescricionais diferentes do Código Tributário Nacional.

EMENTA: PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. MATÉRIAS RESEVADA A LEI COMPLEMENTAR. DISCIPLINA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. NATUREZA TRIBUTÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES PARA A SEGURIDADE SOCIAL. INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 45 E 46 DA LEI 8.212/91 E DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 5º DO DECRETO-LEI 1.569/77. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVIDO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

I. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. RESERVA DE LEI COMPLEMENTAR. As normas relativas à prescrição e à decadência tributárias têm natureza de normas gerais de direito tributário, cuja disciplina é reservada a lei complementar, tanto sob a Constituição atual (art. 18, § 1º, da CF de 1967/69) quanto sob a Constituição atual (arts. 146, III, b, da CF de 1988). Interpretação que preserva a força normativa da Constituição, que prevê disciplina homogênea, em âmbito nacional, da prescrição, decadência, obrigação e crédito tributários. Permitir regulação distinta sobre esses temas, pelos diversos entes da federação, implicaria prejuízo à vedação de tratamento desigual entre contribuintes em situação equivalente e à segurança jurídica.

II. DISCIPLINA PREVISTA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. O Código Tributário Nacional (Lei 5.712/1966), promulgado como lei ordinária e recebido como lei complementar pelas Constituições de 1967/69 e 1988, disciplina a prescrição e a decadência tributárias.

III. NATUREZA TRIBUTÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES. As contribuições, inclusive as previdenciárias, têm natureza tributária e se submetem ao regime jurídico-tributário previsto na Constituição. Interpretação do art. 149 da CF 1988. Precedentes.

IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVIDO. Inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91, por violação do art. 146, III, b, da Constituição de 1988, e do parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei 1.569/77, em face do § 1º do art. 18 da Constituição de 1967/69.

V. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO. SEGURANÇA JURÍDICA. São legítimos os recolhimentos efetuados nos prazos previstos nos art. 45 e 46 da Lei 8.212/91 e não impugnados antes da data de conclusão deste julgamento. (grifo nosso)

Pimenta (2008, p. 433) esclarece que nesta decisão, pela primeira vez na fiscalização difusa, foi utilizada a técnica de modulação dos efeitos. Nesse sentido, os aludidos dispositivos poderiam gerar insegurança jurídica no que se refere aos valores recolhidos fora dos prazos quinquenais, não contestados. Assim, assegurou a validade e a eficácia dos recolhimentos realizados, que não foram impugnados judicialmente ou administrativamente até a pronúncia de inconstitucionalidade.

Embora não seja o propósito desse tópico a discussão quanto o mérito da decisão, é importante o ensinamento de Pimenta (2008, p. 433) em que mostra que o julgamento realizado não encontrou qualquer respaldo com que a doutrina aduz a respeito das técnicas de mitigação de efeitos:

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

Ademais, o que a ponderação de bens busca realizar – na hipótese de modulação de eficácia das decisões de inconstitucionalidade para atribuir-lhes efeitos prospectivos – é assegurar a segurança das relações jurídicas travadas sob a égide da lei inválida, como salientado anteriormente. Admitir a preservação dos recolhimentos efetuados com base em lei inválida não tem qualquer relação com a segurança jurídica.

E, ainda, argumenta que o Pretório Excelso conferindo eficácia retroativa apenas aqueles que impugnaram o lançamento realizado por lei inválida estaria “incentivando a proliferação de demandas judiciais ou administrativas entre os contribuintes e o fisco” (PIMENTA, 2008, p. 434), assim como, Cezaroti (2008, p. 160) aduz que “os contribuintes foram informados pelo Supremo Tribunal Federal que poderão não ser beneficiados por um precedente favorável caso não tenham feito o mesmo questionamento” em casos futuros.

Superado esta decisão singular supracitada de inconstitucionalidade que atribuiu eficácia prospectiva em parte, ou seja, aqueles em que não impugnaram anteriormente a declaração, passa-se a analisar os RREE N° 381.964/MG e 377.457/PR, julgados conjuntamente, em que se tratou de mudança pelo STF de jurisprudência consolidada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça – já havia se pronunciado diversas vezes, inclusive entendimento sumulado⁸² -, na qual a isenção prevista no art. 6º, inciso II, da Lei Complementar n° 70/91 não foi revogada pelo art. 56 da Lei n° 9.430/96.

Assim, o STF nos Recursos Extraordinário supracitado pronunciou-se em sentido contrário visto que decidiu que não há hierarquia entre lei ordinária e lei complementar e, sim, competência em razão da matéria, motivo pelo qual a referida revogação foi tida por constitucional pelas Turmas (CEZARROTI, p. 2008, p. 161).

Porém, durante o julgamento deste e mediante o cenário iminente (oito votos pela improcedência do pedido no RE) de prejuízo ao contribuinte em virtude da

⁸² Súmula 276/STJ: As sociedades civis de prestação de serviços profissionais são isentas de COFINS, irrelevante o regime tributário adotado.

mudança de jurisprudência consolidada nos tribunais superiores, uma vez que estes deixaram de recolher tributos acreditando na segurança jurídica que as súmulas visam a implementar nas relações jurídicas, sobreveio pelos recorrentes o pedido de modulação dos efeitos da decisão. Todavia houve dois votos a favor dos contribuintes e a modulação foi rejeitada acompanhando o Ministro Gilmar Mendes que entendeu que, embora sumulado esse entendimento pelo STJ, no STF a decisão era ao contrário e sabidamente conhecido pelas reiteradas decisões no âmbito desta Corte, não se configurando o princípio da segurança jurídica (SANCHES, 2012, p. 159). Em razão disso o acórdão possui a seguinte ementa:

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

Enfim, nesse julgamento a pronuncia manteve seus efeitos de retroatividade da declaração de inconstitucionalidade, embora suscitada a modulação em prol do contribuinte, não se vislumbrou, pelos Ministros, razões justificáveis para modulação dos efeitos prospectivos.

Neste momento, a questão tributária mais importante está pendente no julgamento da Ação declaratória de constitucionalidade de nº 18 em que se discute a constitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins e da contribuição ao PIS (declaração de constitucionalidade do artigo 3º, §2º, inciso I da Lei nº 9.718/1998 em face do dispositivo constitucional previsto no artigo 195, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil). Em termos econômicos a Procuradoria Geral da Fazenda estima, em caso de decisão de inconstitucionalidade, um impacto financeiro de 250 bilhões de reais⁸³.

A expectativa de julgamento, se confirmados a jurisprudência do STF sem repercussão geral (RE 240.785/MG) poderá ser declarada a inconstitucionalidade do referido dispositivo. Todavia, a questão central justamente pousa na tentativa de

⁸³ NOTA PGFN/CASTF/Nº 1232/2014

modulação temporal de efeitos da inconstitucionalidade, a fim de que não seja possível a repetição do indébito tributário, diante de argumentos pró-fisco de impossibilidade financeira. Logo, faz-se necessário aguardarmos os próximos passos desse julgamento.

Por fim, demonstra-se diante da jurisprudência analisada que a maioria das decisões visa, equivocadamente, o benefício do Fisco, enquanto o contribuinte fica a penúria, visto que a modulação deveria, preferencialmente, proteger o contribuinte de situações em que fujam da legalidade constitucional, até mesmo porque o Fisco dispõe do controle em suas mãos. Certo que as decisões do Supremo Tribunal Federal cada vez mais tendem a serem decisões políticas do que jurídicas, principalmente, em virtude da precária situação financeira dos entes públicos, porque o contrário agravaria ainda mais a condição caso ocorra uma repetição de indébito de norma manifestamente inconstitucional (embora não se justifique).

CONCLUSÃO

No presente trabalho de conclusão de curso, buscou-se comprovar que a modulação de efeitos prospectivos da decisão de inconstitucionalidade de norma tributária deveria, preferencialmente, proteger o contribuinte que confiou em norma tributária e, assim, presentes os motivos de segurança jurídica ou de qualquer outro princípio trasvestido de relevante interesse social deve ocorrer a modulação. Justamente, faz-se necessário a utilização da técnica em virtude dos excessos, por muitas vezes acometidos pelos entes públicos.

Do outro lado, comprovou-se que a mitigação temporal de efeitos a fim de beneficiar o Fisco mostra-se incongruente na medida em que impediria a restituição do indébito tributário, fazendo com que o Estado permanecesse com arrecadação de tributo inconstitucional, todavia vem ganhando força pelo caráter político da decisão, uma vez que ao contrário agravaria em muito a situação financeira do Fisco. Entretanto, tal atitude não acertada, acarreta na legitimação, cada vez mais, pela imposição de normas tributárias inconstitucionais com ânsia arrecadatória indevida.

A técnica da modulação, como demonstrada, consiste em sopesar, pelo complexo juízo de ponderação, a segurança jurídica ou o relevante interesse social à teoria da nulidade do ato inconstitucional, a fim de que os efeitos da decisão não retroajam ou projetem-se para frente (prospectivos).

Com o interesse de ingressar no tema proposto, no primeiro capítulo, buscou-se o estudo do sistema concentrado de constitucionalidade, atribuindo ênfase a Ação direta de inconstitucionalidade genérica, a Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a Ação declaratória de constitucionalidade.

No capítulo segundo foi examinado a modulação temporal dos efeitos de decisão de inconstitucionalidade genericamente. Para tanto, constatou-se que a referida técnica já era por vezes utilizada através do princípio constitucional da segurança jurídica consagrado na jurisprudência dos tribunais, muito antes de ser positivada no art. 27 da Lei nº 9.868/99. Dessa forma, examinou-se a elaboração do respectivo instrumento e posterior entrada no ordenamento jurídico brasileiro. Também analisou-se diversas críticas quanto a constitucionalidade do referido artigo, no tocante ao desrespeito da separação dos Poderes, ao quórum mínimo e a pronúncia *pro futuro*. Em que pese as posições mencionadas, É cediço ser

plenamente possível a utilização da referida técnica pelo fato do artigo desta Lei ser meramente interpretativo da Constituição Federal.

No último momento desta pesquisa buscou-se delimitar o tema proposto em relação a técnica de mitigação dos efeitos em decisões de inconstitucionalidade em matéria tributária. Assim, analisou-se ainda a possibilidade de utilização desta ferramenta tanto em prol do contribuinte – evitando que venha a ser cobrado por eventual benefício de lei inconstitucional – quanto em prol do Fisco – impossibilitando a devolução do tributo inconstitucionalmente arrecadado. E, posteriormente, demonstrou-se como o referido instrumento vem sendo utilizado na jurisprudência brasileira, embora que não acertadamente, vez que as decisões de modulação visaram o benefício do Fisco.

Por fim, pode-se comprovar que a modulação prospectiva dos efeitos deve somente ser utilizada por meio de um complexo juízo de ponderação de bens aonde se contrabalanceiam o princípio da segurança jurídica e do relevante interesse social *versus* o princípio da nulidade do ato inconstitucional. Contudo, constatou-se que a jurisprudência, ainda que embrionária, utilizou da técnica equivocadamente em favor do Fisco, porque não presente a extrema impossibilidade de restituição do imposto arrecadado. Em suma, os princípios supramencionados guardam fortes relações com a proteção do contribuinte em sua defesa, principalmente pelos excessos do Poder Público. Dessa forma, a mitigação de efeitos deve visar, exclusivamente, a proteção o contribuinte das imposições inconstitucionais do Fisco detentor da espada de imposição estatal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Org./trad. Luís Afonso Heck. 4. ed. ver. – Porto Alegre: 2015.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15ª edição. São Paulo: Malheiro Editores. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013

BASTOS, Celso. **Curso de direito constitucional** - 22. ed. ver. – São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 de junho de 2016.

BRASIL. **Constituição (1967)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em: 10 de junho de 2016.

BRASIL. **Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/1851-1900/L0221.htm. Acesso em: 10 de junho de 2016.

BRASIL. **Lei no 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm. Acesso em: 10 de junho de 2016.

BRASIL. **Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9034.htm. Acesso em: 10 de junho de 2016.

BRASIL. **Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm. Acesso em: 10 de junho de 2016.

BRASIL. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm. Acesso em: 10 de junho de 2016.

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm. Acesso em: 10 de junho de 2016

BRASIL. **Exposição de motivos nº 189, de 7 de abril de 1997**. Anteprojeto da Lei 9.868/99. Brasília: Diário da Câmara dos Deputados de 29/04/1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADI nº 3022 RS**. Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA. Data de Julgamento: 02/08/2004. Data de Publicação: DJ 04-03-2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADI nº 3819 MG**. Relator: Min. EROS GRAU. Data de Julgamento: 24/10/2007. Data de Publicação: DJe-055 DIVULG 27-03-2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADI nº 875 DF**. Relator: Min. GILMAR MENDES. Data de Julgamento: 24/02/2010. Data de Publicação: DJe-076 DIVULG 29-04-2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADI no 526/DF**. Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. Data de Julgamento 12/12/19916. Data de Publicação: DJ 05-03-1993.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADI nº 2240**. Relator: Min. EROS GRAU. Julgado em 09/05/2007. DJe-072 DIVULG 02-08-2007. Publicado 03-08-2007. DJ 03-08-2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADI nº 3682 MT**. Relator: GILMAR MENDES. Data de Julgamento: 09/05/2007. Data de Publicação: DJe-096 DIVULG 05-09-2007 PUBLIC 06-09-2007 DJ 06-09-2007

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **HC nº 70514/RS**. Relator SYDNEY SANCHES, Data de Julgamento: 23/03/1994. Data de Publicação: DJ 27-06-1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno **RE nº 197917 SP**. Relator: MAURÍCIO CORRÊA. Data de Julgamento: 06/06/2002. Data de Publicação: DJ 07-05-2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma **RE nº 33146**. Relator: min. Afranio costa. Data de julgamento: 01/01/1970.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **RE nº 61664**. Relator: Min. Aliomar Baleeiro. Julgado em 21/05/1968. Dj 16-05-1969.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional** – 7. ed. ver. e atual. de acordo com a emenda Constitucional n. 70/2012 – São Paulo: Saraiva, 2012.

CEZAROTI, Guilherme. **Declaração de Inconstitucionalidade e Modulação de Efeitos Temporais da Decisão em Matéria Tributária**. In: *Grandes questões do direito tributário*. Coordenado por Valdir de Oliveira Rocha. São Paulo: Dialética, 2008

FISCHER, Octavio Campos. **Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no Direito Tributário Brasileiro** – Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15. ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO: Comentários à Lei n. 9.868/99**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional** – 7 ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional** – 17. ed. – São Paulo: Atlas, 2005.

PIMENTA, Paulo Roberto de Lyrio. **A Modulação da Eficácia Temporal da Decisão de Inconstitucionalidade da Lei Tributária em Controle Difuso**. In: *Grandes questões do direito tributário*. Coordenado por Valdir de Oliveira Rocha. São Paulo: Dialética, 2008.

_____. **Efeitos da decisão de inconstitucionalidade em direito tributário** – São Paulo: Dialética, 2002.

SANCHES, Liliane. **A modulação dos efeitos das decisões no controle de constitucionalidade em matéria tributária**. In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional (RBDC): Revista do Programa de Pós-Graduação “Lato Sensu” em Direito Constitucional. Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC)* – São Paulo: ESDC, 2012. N.20. Disponível em <http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/viewFile/8/7>. Acesso em 30 set. 2016.

SANTOS, Fernanda Silva Duarte dos. **A modulação dos Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade: uma análise crítica**. 2008. Trabalho de Graduação (Faculdade de Direito) – Departamento de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Rio Grande.