

**Cláudio Tessari**

**MODULAÇÃO DOS  
EFEITOS NO STF:  
PARÂMETROS PARA  
DEFINIÇÃO DO EXCEPCIONAL  
INTERESSE SOCIAL**

2022

# 2

## MODULAÇÃO DOS EFEITOS NO TEMPO DE DECISÃO EXARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

No Brasil, prevalece a tese de que lei inconstitucional é lei nula<sup>1</sup>, isto é, lei declarada inconstitucional possui caráter declaratório, “e não constitutivo, limitando-se a reconhecer uma situação preexistente. Como consequência, seus efeitos se produzem retroativamente, colhendo a lei desde o momento de sua entrada no mundo jurídico.”<sup>2</sup>

1. Luís Afonso Heck entende que a nulidade é aplicada apenas no controle difuso e a nulificação (que teria *ex tunc*) em sede de controle concentrado, afirmando que “a diferença entre nulidade e nulificabilidade parece não ser clara ao Supremo Tribunal Federal”. No entanto, constata-se que a diferença entre os controles (difuso e concreto - concentrado e abstrato) já não apresentam relevância, conforme confirmam os padrões decisórios consolidados apresentados no decorrer desse trabalho. (HECK, Luís Afonso. *A jurisdição constitucional brasileira - Apresentada no exemplo do controle de normas*. In: Caderno do Programa de Pós-Graduação Direito/UFRGS. v. 16, n. 1, Porto Alegre: Porto Alegre, 2021, p. 181. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/72482>. Acesso em: 25 out. 2021.)
2. BARROSO, Luís Roberto. Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária. Segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais. In: PIZOLIO, Reinaldo (org.). **Processo Administrativo Tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 136.

Pode-se afirmar que, em regra, toda lei que é declarada inconstitucional acarreta sua invalidade. Essa tese é defendida, com veemência, pelo Ministro Marco Aurélio<sup>3</sup>, há anos, em seus votos: “Votei contra a modulação porque não a admito em situação alguma.”<sup>4</sup> Para ele, “norma inconstitucional é natimorta”, pois toda e qualquer ponderação nessa declaração acarretaria um estímulo à edição de normas “à margem da Constituição Federal, a fim de subsistirem, com a passagem do tempo, as situações constituídas – que, sob o ângulo do aperfeiçoamento, assim não se mostram –, as quais, posteriormente, serão endossadas, muito embora no campo indireto, ante modulação”.

Como regra, toda norma declarada inconstitucional tem efeito retroativo, “porque nulo, o ato contrário à Constituição, de rigor, não confere direitos, não impõe deveres e não assegura proteção.”<sup>5</sup> É como se jamais houvesse existido, pois “a Constituição Federal existe para vigor na integralidade e na concretude apresentada.”<sup>6</sup>

Nenhuma declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal é passível de revisão, porque perde seu espaço no campo legislativo e é retirada do sistema de aplicação judicial. Consequentemente, as decisões que declararem a inconstitucionalidade, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, estarão consolidadas e serão irreparáveis, podendo-se, aqui sim, falar em princípio da confiança e da estabilidade das decisões judiciais, tendo em vista a impossibilidade de revisar norma extirpada da prática jurídica – ainda que pelo Poder Judiciário, e não pelo Legislativo. Isso significa que é impossível ressuscitá-la ao mundo dos efeitos jurídicos. “Para que o sistema

- 
3. Voto vencido do Ministro Marco Aurélio na ADI 6167 ED, Relatora CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 22/03/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-068 DIVULG 09-04-2021 PUBLIC 12-04-2021), p. 20; ADI 6518, Relator ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 22/03/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-071 DIVULG 14-04-2021 PUBLIC 15-04-2021. p. 12; ADI 4782, Relator GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-045 DIVULG 09-03-2021 PUBLIC 10-03-2021. p. 12-13; ADI 5681, Relator: CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 23/11/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-285 DIVULG 02-12-2020 PUBLIC 03-12-2020. p. 15; ADI 6321, Relatora CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 21/12/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-023 DIVULG 05-02-2021 PUBLIC 08-02-2021.
  4. RE 590809, Relator: MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 22/10/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-230 DIVULG 21-11-2014 PUBLIC 24-11-2014 RTJ VOL-00230-01 PP-00505.
  5. Trecho do voto da Relatora na ADI 4884 ED, Relatora ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 20/09/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-214 DIVULG 05-10-2018 PUBLIC 08-10-2018. p. 15.
  6. Manifestação do Ministro Marco Aurélio no plenário no julgamento da ADI 2797 ED, Relator MENEZES DIREITO, Relator p/ Acórdão: AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, STF, julgado em 16/05/2012, DJe-039 divulg 27-02-2013 public 28-02-2013 ement vol-02678-01 PP-00001. p. 46.

funcione, o juízo de constitucionalidade tem de ser amplo e definitivo, não abrindo margem para rediscussão da matéria”<sup>7</sup>, consequência de profunda e minuciosa fundamentação das razões de decidir.

A legislação processual brasileira preconiza, em casos excepcionais, que a regra não será retroativa, podendo, então, ser mitigada, mediante explícita e exaustiva demonstração de suas razões decisórias. Todavia, se silente a decisão sobre a modulação, aplicar-se-á a regra: os efeitos serão retroativos. Para mais, o Ministro Joaquim Barbosa, em sede de confirmação de voto, reiterou seu entendimento contrário à modulação rotineira: “eu entendo que modulação deve ser praticada em último caso, em casos realmente relevantes ou relevantíssimos, jamais devemos banalizar.”<sup>8</sup>

Paulo Roberto Lyrio Pimenta<sup>9</sup> explica que “o tema dos efeitos no tempo da decisão de inconstitucionalidade sempre foi caro à doutrina e à jurisprudência. Antes mesmo da introdução em nosso ordenamento do controle abstrato de constitucionalidade das leis”. “Antes o cenário era mais simples, apesar de mais pobre: a norma ou era válida ou inválida. Com a ideia de modulação, e sua aplicação a um crescente número de decisões, o cenário se enriquece, mas se torna mais complexo e os operadores do Direito são chamados a fazer reflexões sobre novas ponderações”<sup>10</sup>, alinhadas às diretrizes do Supremo Tribunal Federal.

Em meados de 1970<sup>11</sup>, o Supremo Tribunal Federal iniciou o longo caminho de admitir “a possibilidade de manutenção no ordenamento

7. PAULSEN, Leandro. Segurança jurídica e modulação de efeitos nas ações rescisórias em matéria tributária. In: GOMES, Marcus Lívio; VELLOSO, Andrei Pitten (orgs.). **Sistema Constitucional Tributário: dos fundamentos teóricos aos hard cases tributários – estudos em homenagem ao Ministro Luiz Fux**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 68.
8. Trecho da manifestação no Plenário do Ministro Dias Toffoli na ADI 3609, Relator: DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014, p. 32-33. Extrato da ata: “o Tribunal, por maioria, modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade do art. 37 do ADCT da Constituição do Estado do Acre, acrescido pela EC n. 38/2005, para que a decisão somente tenha eficácia a partir de 12 (doze) meses contados da data da publicação da ata de julgamento.”
9. PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Ação rescisória e modulação da eficácia temporal da decisão de inconstitucionalidade. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Revista de Processo**, ano 32, n. 153. São Paulo: Revista dos Tribunais, nov. 2007, p. 148.
10. MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. O consequencialismo jurídico e as modulações das decisões do STF. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). **Grandes questões atuais de direito tributário**. V. 13. São Paulo: Dialética, 2009. p. 334.
11. “Na jurisprudência do STF pode-se identificar uma tímida tentativa, levada a efeito em 1977, no sentido de, com base na doutrina de Kelsen e em concepções desenvolvidas no direito americano,

dos efeitos produzidos pelos atos praticados com base em normas inconstitucionais.”<sup>12</sup> Ainda pendente de qualquer regulamentação, no entremeio da Constituição Federal de 1988 e da Lei que restringiu os efeitos no tempo da declaração de inconstitucionalidade, n. 9.868/99, o Supremo Tribunal Federal já admitia a mitigação da rigidez de lei inconstitucional. “A primeira vez”<sup>13</sup> em que a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de uma norma tributária foi suscitada pelo Supremo Tribunal Federal foi quando do julgamento da ADIn n. 1.102/DF”<sup>14</sup>, em 1995.<sup>15</sup>

De acordo com o Ministro Gilmar Mendes, “o Supremo Tribunal deu um passo significativo rumo à flexibilização das técnicas de decisão no juízo de controle de constitucionalidade, introduzindo, ao lado da declaração de inconstitucionalidade, o reconhecimento de um estado imperfeito, insuficiente para justificar a declaração de ilegitimidade da lei.”<sup>16</sup>

---

abandonar a teoria da nulidade em favor da chamada teoria da anulabilidade para o caso concreto.” (MENDES, Gilmar (Ministro Relator). Questão de ordem na medida cautelar na ação cautelar 189/SP. In: CAMPOS, Miguel Augusto Fonseca de. **Revista trimestral de jurisprudência**: Supremo Tribunal Federal, v. 192, n. 1, Brasília: Imprensa Nacional, abr./jun. 2005, p. 13. Disponível em: [http://stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/192\\_1.pdf](http://stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/192_1.pdf). Acesso em: 19 jan. 2021.

12. CEZAROTTI, Guilherme. Declaração de inconstitucionalidade e modulação de efeitos temporais da decisão em matéria tributária. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). **Grandes questões atuais do direito tributário**. V. 12. São Paulo: Dialética, 2008. p. 151.
13. “Mesmo antes da Lei 9.868/1999, já havia decisões do STF, em controle de constitucionalidade, apesar da ausência de lei expressa permitindo, em que se modulavam efeitos. 1 Depois disso, em vigor a Lei 9.868/1999, que textualmente só faz alusão ao controle concentrado, como adequado para produzir decisões cujos efeitos podem ser modulados, começou o STF a modular, em alguns casos, também os efeitos das decisões em controle difuso, prestigiando, assim, o princípio da confiança.” (ALVIM, Teresa Arruda. **Modulação**: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, s/p. *E-book*.)
14. CEZAROTTI, Guilherme. Declaração de inconstitucionalidade e modulação de efeitos temporais da decisão em matéria tributária. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). **Grandes questões atuais do direito tributário**. V. 12. São Paulo: Dialética, 2008. p. 151.
15. Ressalva-se, ainda que o entendimento seja diverso ao aqui exposto, a título de conhecimento, o trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes na ADI 2797 ED, Relator MENEZES DIREITO, Relator p/ Acórdão: AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, STF, julgado em 16/05/2012, DJE-039 divulg 27-02-2013 public 28-02-2013 ement vol-02678-01 PP-00001, p. 48: “Quanto à modulação de efeitos, antes do advento da Lei n. 9.868, talvez o Brasil fosse o único País, ou, das Cortes importantes, talvez, o Supremo fosse a única Corte que não adotava algum tipo de mitigação ou modulação de efeitos, tendo em vista a amplitude dos fatos que se realizam.”
16. Trecho do voto-vista do Ministro Gilmar Mendes na ADI 1842, Relator LUIZ FUX, Relator p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 06/03/2013, DJE-181 DIVULG 13-09-2013 PUBLIC 16-09-2013 EMENT VOL-02701-01 PP-00001. p. 201.

O Ministro Marco Aurélio<sup>17</sup> acredita que a modulação é providência extravagante e que deveria ser “instituto voltado ao atendimento de situações excepcionáíssimas”, pois “não cabe concluir – sobretudo em processos de natureza subjetiva, nos quais há conflito de interesse definido – pela atribuição de eficácia prospectiva a pronunciamento do Tribunal, dando-se o dito pelo não dito, para salvar-se situação concreta conflitante com a Constituição Federal.”

No empenho de organizar a vigência das normas infraconstitucionais, o Código de Processo Civil de 2015<sup>18</sup> prescreveu, entre os diversos pontos inovadores, que “os juízes e os tribunais observarão [...] alteração de jurisprudência” no intuito de refletir a decisão nos efeitos do tempo. Esse ato tem como prerrogativa a estabilidade nas relações jurídico-sociais, axioma de jaez que ultrapassa o interesse individual ou o do Estado, atingindo toda a comunidade que sofra os reflexos da cultura judicial.

Por sua excepcionalidade, exige-se que a modulação dos efeitos da decisão seja aplicada mediante profunda fundamentação e exposição exaustiva das razões que justificam a limitação de efeitos no caso julgado, garantindo a inexistência de arbitrariedades<sup>19</sup>. “Se o instituto da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade for utilizado em desfavor dos direitos fundamentais dos Contribuintes, caminhar-se-á para a nulificação da relevante conquista jurídica esboçada pelos princípios constitucionais tributários.”<sup>20</sup>

Relevante frisar que a modulação dos efeitos, no tempo, das decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal toma dimensões extraordinárias quando afetam situações ainda

- 
17. Voto vencido do Ministro Marco Aurélio no RE 605552 ED-segundos, Relator DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-068 DIVULG 09-04-2021 PUBLIC 12-04-2021. p. 12.
  18. “Para além de renovar institutos que já estavam desgastados pelo texto processual de 1973 e respectivas reformas, inovou ao abordar assuntos até então não legislados”. (JOBIM, Marco Félix; OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. **Súmula, jurisprudência e precedente**: da distinção à superação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021. p. 67.)
  19. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. 2. ed. em *E-book* baseada na 6. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. *E-book*.
  20. JOBIM, Marco Félix; TESSARI, Cláudio. Críticas à aplicação do efeito modulador pró-fisco, no Brasil, em processos judiciais que tratam da matéria tributária: segurança jurídica, confisco e enriquecimento injustificado do Estado. In: LUCON, Pedro Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **Panorama atual do novo CPC**: volume 3. São Paulo: empório do direito.com: Tirant lo Blanch, 2019. *E-book*.

mais gravosas do que a própria inconstitucionalidade do dispositivo infraconstitucional.<sup>21</sup> “A modulação dos efeitos temporais tem a ver com a confiança justificada ou com importantes razões que justifiquem a preservação das consequências pretéritas de uma lei declarada inconstitucional ou mesmo a manutenção dos seus efeitos no futuro.”<sup>22</sup>

O Ministro Ricardo Lewandowski<sup>23</sup> reconhece a retroatividade da norma inconstitucional à origem: “ocorre que a aplicação irrestrita da teoria da nulidade das leis inconstitucionais, com efeitos *extunc*, pode trazer graves consequências de natureza concreta, além de potencialmente contribuir para a incerteza e a insegurança jurídica, violando, conseqüentemente, princípios gerais tão caros ao nosso ordenamento” (“legítima confiança, da dignidade da pessoa humana e o da proporcionalidade”). Essa, então, seria a razão para a ponderação entre os “princípios de igual magnitude, incidentes em determinadas situações concretas”; inclusive, servirá “como mecanismo de garantia da autoridade da Carta da República.”

“Tal excepcionalidade se caracteriza pelo risco extremo à segurança jurídica ou a interesse social.”<sup>24</sup> “A modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade é medida extrema que somente se justifica se estiver indicado e comprovado gravíssimo risco irreversível à ordem social. As razões recursais não contêm indicação concreta, nem específica, desse risco.”<sup>25</sup>

- 
21. Os precedentes “representam a última palavra a respeito de determinada questão, encarnam o significado do direito e configuram base segura para o planejamento da vida das pessoas em sociedade” (MITIDIERO, Daniel. **Superação para frente e modulação dos efeitos**: precedente e controle de constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. p. 43)
  22. MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 1189.
  23. Trecho do voto do Vogal Ministro Ricardo Lewandowski no RE 981825 AgR-segundo-ED-ED-segundos-EDv-segundos-AgR-segundo-ED, Relator ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 28/06/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-134 DIVULG 05-07-2021 PUBLIC 06-07-2021. p. 2-3.
  24. Trecho do voto do Relator no AI 478721 AgR, Relator JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 21/11/2006, DJ 16-02-2007 PP-00060 EMENT VOL-02264-08 PP-01648, p. 1653; AI 591311 AgR, Relator JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 21/11/2006, DJ 16-02-2007 PP-00068 EMENT VOL-02264-19 PP-03994, 3998; AI 560305 AgR, Relator JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 21/11/2006, DJ 16-02-2007 PP-00065 EMENT VOL-02264-15 PP-03253, p. 3258; AI 517406 AgR, Relator JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 21/11/2006, DJ 16-02-2007 PP-00063 EMENT VOL-02264-12 PP-02507, 2511.
  25. Trecho da ementa: RE 559937 ED, Relator DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-200 DIVULG 13-10-2014 PUBLIC 14-10-2014; RE 595838 ED, Relator: DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-036 DIVULG 24-02-2015 PUBLIC 25-02-2015.

Como aponta o Ministro Dias Toffoli<sup>26</sup>, “aplicar a Constituição Federal não se restringe à observância das normas constitucionais que fundamentam a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo”; é obrigatória, também, a observação dos “preceitos constitucionais (segurança jurídica e excepcional interesse social) que tutelam a preservação dos efeitos produzidos durante a sua vigência.”

Teresa Arruda Alvim<sup>27</sup>, sobre a modulação dos efeitos, diz que, “hoje, essa nos parece uma das mais relevantes e interessantes inovações do Código, além de extremamente útil e justa”, e defende que “a atividade jurisdicional é criativa”, o que abre espaço para modulação com efeitos prospectivos frente “à alteração de precedentes ou às conhecidas ‘viradas’ de jurisprudência, tão comuns no Brasil”.<sup>28</sup>

“A modulação é instituto extremamente versátil, flexível [...], a modulação significa a possibilidade de se situarem esses efeitos da decisão no tempo e no espaço.”<sup>29</sup>. Outorga-se aos Tribunais um novo parâmetro, “considerado acertado”<sup>30</sup>, frente a situações afins, ainda que se perceba “muitas vezes um quase temor na doutrina em versar questões já pacificadas no seio do STF.”<sup>31</sup>

26. Trecho do voto do Ministro Dias Toffoli na ADI 3601 ED, Relator DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2010, DJe-244 DIVULG 14-12-2010 PUBLIC 15-12-2010 EMENT VOL-02451-01 PP-00001 RTJ VOL-00217-01 PP-00230. p. 8.

27. ALVIM, Teresa Arruda. Uma novidade perturbadora no CPC brasileiro de 2015: a modulação. **Revista de Processo**, v. 312, São Paulo: Thomson Reuters, fev. 2021, p. 301-330. *E-book*.

28. “Devem ser considerados os princípios da segurança jurídica, boa-fé, razoabilidade e proporcionalidade. Considera-se a circunstância de que os sujeitos adotaram condutas, programaram o futuro, contraíram compromissos, pautando-se na interpretação estabelecida, de modo firme, pelos órgãos que detêm competência para definir as interpretações a serem seguidas. Se uma dada interpretação era a assente e depois foi modificada reconhecidamente por força de alteração na conformação constitucional da questão, nem é o caso de dizer-se que aquelas condutas dos jurisdicionados fundaram-se na mera suposição de acerto da interpretação. Nesse caso, mais do que isso, pode-se dizer que as condutas foram adotadas sob o amparo da norma que então vigorava (compreendida a norma – reitere-se – como o resultado da interpretação). Já no caso em que se pretenda dizer que a alteração da interpretação deveu-se à mera correção de um entendimento antes incorreto, mesmo assim será concebível a preservação de efeitos. Nesse caso, as condutas e programações pretéritas fundaram-se, quando menos, na presunção da legitimidade, autoridade e idoneidade da interpretação ditada pelos órgãos estatais aplicadores do direito. A necessidade de preservação de efeitos será tanto mais intensa quanto mais estabilizada estivesse a interpretação anterior nos órgãos aplicadores do direito.” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**: cognição jurisdicional: processo comum de conhecimento e tutela provisória. Vol. 2. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. *E-book*.)

29. ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores**: precedentes no direito brasileiro. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, s/p. *E-book*.

30. *Ibid.* s/p.

31. FERNANDES, André Dias. **Da eficácia das decisões do STF em Adin e ADC**: efeito vinculante, coisa julgada *erga omnes* e eficácia *erga omnes*. Dissertação de mestrado em Direito, Fortaleza: Universidade

Luís Roberto Barroso registra que “é certo que o STF, assim como qualquer outro juízo ou tribunal, não está impedido de modificar sua posição acerca de determinada questão, seja para se adaptar a novos fatos, seja simplesmente para rever sua interpretação anterior.”<sup>32</sup>

Ocorre que isso impacta seriamente na credibilidade dos padrões decisórios, pois “tutela-se o passado em nome da confiança que se depositou nas decisões judiciais, enquanto, no caso da decisão de inconstitucionalidade, tutelam-se excepcionalmente as situações que se formaram na vigência da lei declarada inconstitucional.”<sup>33</sup>. “Mesmo os atos praticados ao abrigo de normas declaradas inconstitucionais geram consequências jurídicas, pois se não gerassem não haveria necessidade de nos preocuparmos com eles.”<sup>34</sup>

Daniel Mitidiero<sup>35</sup> aponta que a declaração de inconstitucionalidade pode acarretar “uma *ofensa ainda maior* à Constituição e aos direitos fundamentais”, e “é justamente para essas situações que se prevê a possibilidade de *modulação de efeitos da decretação de inconstitucionalidade*, viabilizando-se excepcionalmente a adoção da tese da anulabilidade e da produção de efeitos *ex nunc* das decisões no controle de constitucionalidade”.

Boris Barrios Gonzáles<sup>36</sup> escreve que essa adequação da realidade da vida jurídica à Constituição pode ensejar “resultados contrários ao ideal de controle efetivo da constitucionalidade”, momento imprescindível à invocação da modulação dos efeitos, “principalmente,

---

Federal do Ceará, 2007. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/12513>. Acesso em: 24 nov. 2020. p. 13.

32. BARROSO, Luís Roberto. Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária. Segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais. In: PIZOLIO, Reinaldo (org.). **Processo Administrativo Tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 147.
33. MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de constitucionalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 1396. *E-book*.
34. CEZAROTTI, Guilherme. Declaração de inconstitucionalidade e modulação de efeitos temporais da decisão em matéria tributária. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). **Grandes questões atuais do direito tributário**. V. 12. São Paulo: Dialética, 2008. p. 149.
35. MITIDIERO, Daniel. **Superação para frente e modulação dos efeitos**: precedente e controle de constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. p. 76. Grifo no original.
36. GONZÁLEZ, Boris Barrios. *La evolución del constitucionalismo y las modulaciones constitucionales*. In: MAC-GREGOR, Ferrer; DE LA MORA, Magaña et al. (coords.). **Derecho procesal constitucional en perspectiva histórica. A 200 años del Tribunal de Ario de Rosales**. Tomo I. México: Biblioteca jurídica virtual del Instituto de investigaciones jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Poder judicial del estado de Michocán, 2018. p. 35-62. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4736/5.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2021. *E-book*.

no campo do controle da constitucionalidade das leis, a qual leva a decisões diferentes a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, ocupando, portanto, um lugar intermediário entre estes dois modelos tradicionais de decisão.”

O complexo sistema processual deve funcionar bem ajustado, como uma engrenagem, em que todos direcionam suas atividades e os resultados a um mesmo fim: à efetividade, “para acudir os conflitos sociais e ter legitimidade perante os jurisdicionados, conferindo ordem, segurança e confiança.”<sup>37</sup>. Todo e qualquer comportamento deveria partir de uma presunção de constitucionalidade, de uma expectativa de direito; no entanto, alterações precisam ser feitas, moldadas à sociedade, pois, se não atualizadas, o sistema engessar-se-ia, tornando-se injusto.

“É preciso compatibilizar a retroatividade da decisão com o momento em que os fatores que justificam a revogação não apenas se mostraram presentes, mas também fizeram crer que a antiga decisão não se sustentaria por muito tempo.”<sup>38</sup>. As alterações significativas e abruptas de posições anteriormente firmes devem ser muito bem avaliadas, ponderadas e amparadas, para não se tornarem rotineiras.

Importante destacar que a ponderação<sup>39</sup> realizada quando da modulação “ocorre entre a disposição constitucional tida por violada e os valores constitucionais que resguardem os efeitos produzidos pelo próprio ato inconstitucional impugnado”, ou seja, não examina a supremacia da Constituição, tendo em vista que essa “constitui pressuposto do próprio sistema de controle da constitucionalidade e,

---

37. CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Segurança jurídica e confiança legítima: reflexos e expectativas processuais. In: FUX, Luiz (coord.). **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 862.

38. MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de constitucionalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 1496.

39. “O recurso à modulação dos efeitos das sentenças de inconstitucionalidade-nulidade (amplamente utilizadas pelos tribunais constitucionais europeus e americanos), sempre dentro dos seus limites justos, é uma ferramenta significativa para adaptar essas consequências aos resultados que surgem dos processos ponderativos que se realizam nos pronunciamentos sobre os diversos valores, princípios e bens constitucionais em jogo.” (BAZÁN, Víctor. **Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos**. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2017. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/31009.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021, p. 274-275. Tradução livre.)

por consequência, não pode ser ponderado sem que se comprometa a ordem e unidade do sistema.”<sup>40</sup>

É extensa a lista de processos<sup>41</sup>, sejam concentrados ou difusos, que entendem que os efeitos das leis no tempo impedem a modulação com efeito *ex tunc* tendo em vista os efeitos perfectibilizados, o que o Ministro Marco Aurélio chama de “inconstitucionalidade útil”<sup>42</sup>. Ademais, os Ministros do Supremo Tribunal Federal reconhecem que a responsabilidade de validade no tempo das leis das quais se busca a inconstitucionalidade é do próprio Tribunal, considerando que os processos ficam parados muitos anos<sup>43</sup> aguardando julgamento. Outra justificativa também se alicerça no caráter e no reflexo alimentar (enquanto renda proveniente de trabalho), previsto na lei declarada inconstitucional.<sup>44</sup>

O Ministro Alexandre de Moraes<sup>45</sup>, avaliando a questão do tempo decorrido “entre o início da vigência da norma e a declaração

- 
40. Trecho do voto do Relator na ADI 3666, Relator ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 06/12/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-271 DIVULG 17-12-2018 PUBLIC 18-12-2018. p. 31.
41. “Fruto dessa abertura da jurisdição constitucional, desde a promulgação da Carta de 1988, milhares de ações de inconstitucionalidade já deram entrada no STF, um número que se mostra impressionante mesmo se levarmos em conta a ampliação do rol dos agentes legitimados a provocar essa jurisdição extraordinária e o natural inconformismo dos que, não conseguindo viabilizar as suas propostas legislativas, ou impedir as dos seus adversários, batem às portas do tribunal na esperança de reverter decisões que reputam contrárias às suas ideias ou interesses.” (COELHO, Inocêncio Mártires. *Evolução do constitucionalismo brasileiro pós-88*. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al.* **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 70.)
42. A título de exemplo: ADI 5111, Relator DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 20/09/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-257 DIVULG 30-11-2018 PUBLIC 03-12-2018; ADI 3456, Relator ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 23/08/2019, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 05-09-2019 PUBLIC 06-09-2019; ADI 4143, Relator ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 23/08/2019, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 05-09-2019 PUBLIC 06-09-2019; ADPF 446, Relator ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 04/10/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-226 DIVULG 16-10-2019 PUBLIC 17-10-2019; ADI 6321, Relatora CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 21/12/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-023 DIVULG 05-02-2021 PUBLIC 08-02-2021; ADI 5484, Relator LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 15/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-117 DIVULG 11-05-2020 PUBLIC 12-05-2020.
43. Trecho do voto do Relator Ministro Gilmar Mendes (acompanhado por unanimidade): “considerando o longo prazo decorrido entre a propositura da ação e seu julgamento, acolho em parte os presentes embargos e determino a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, de modo que a decisão produza efeitos *ex nunc*”. (ADI 4590 ED, Relator: GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 23/08/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-173 DIVULG 30-08-2021 PUBLIC 31-08-2021. p. 5)
44. A título de exemplo: ADI 4884 ED, Relatora ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 20/09/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-214 DIVULG 05-10-2018 PUBLIC 08-10-2018; ADI 3539, Relator RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 04/10/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-250 DIVULG 12-11-2019 PUBLIC 18-11-2019.
45. Trecho do voto do Relator Ministro Alexandre de Moraes na ADI 6423 ED, Relator: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 22/03/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-071 DIVULG 14-04-2021 PUBLIC 15-04-2021. p. 7.

de sua inconstitucionalidade”, identifica que seriam de “pouco mais de 7 (sete) meses”, e decidiu por afastar a tese da modulação, pois “os eventuais efeitos sobre relações jurídicas individuais assumem um nítido caráter residual, sem aptidão para justificar, em nome da segurança jurídica ou de excepcional interesse social, uma modulação”, pois sem identificar esses dois requisitos o alcance da declaração de inconstitucionalidade seria esvaziado e estimularia a “edição de normas portadoras de vícios semelhantes”.

A modulação não deve ser a boia de escape das decisões contrárias à Constituição, pois “uma norma inconstitucional é nula de pleno direito”<sup>46</sup>, e a possível vigência – ainda que por um curto período de tempo (por exemplo, viger até a declaração de sua inconstitucionalidade, com efeitos prospectivos) – sobrepor-se-ia à supremacia da Constituição. Logo, a declaração de inconstitucionalidade deve ter por regra efeitos *ex tunc* (retroativo), em observância ao vício pré-existente. No entanto, observa-se a possibilidade, atípica, do efeito *ex nunc* (prospectivo) sob o fundamento de excepcional interesse social e da segurança jurídica.

Alguns autores, a exemplo de Jeferson Teodorovicz<sup>47</sup> e James Marins<sup>48</sup>, entendem serem dispensáveis a cumulatividade do excepcional interesse social e da segurança jurídica. Contudo, esses dois requisitos devem ser tidos com a mesma importância e potência, tendo em vista a carga valorativa aplicada sobre os assertos e a excepcionalidade da modulação. “Precisamente, na decisão de modulação, a segurança jurídica e o interesse social devem ser conjugados na obtenção de ponto ótimo que permita a alteração do precedente, minimizando os danos marginais decorrentes da alteração de rumos empreendida.”<sup>49</sup>

Colocar a Constituição Federal em primeiro plano é, indiscutivelmente, o ato primeiro; por isso, tem-se que a modulação dos

46. MURICI, Gustavo Lanna; CANÇADO, Lorenza Senem Lopes. A abstratividade o controle difuso de constitucionalidade: a vocação expansiva das decisões sobre a constitucionalidade das normas. In: MURICI, Gustavo Lanna *et al.* (orgs.). **Estudo de direito processual e tributário em homenagem ao Ministro Teori Zavaski**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 508.

47. TEODOROVICZ, Jeferson. Segurança jurídica no direito tributário e modulação dos efeitos em decisões de inconstitucionalidade. In: BRITO, Edvaldo Pereira (coord.). **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, ano 24, v. 131, São Paulo: Revista dos Tribunais, nov./dez. 2016. p. 95.

48. MARINS, James. **Direito Processual Tributários Brasileiro** (Administrativo e Judicial). 6. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 742.

49. JOBIM, Marco Félix; OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. **Súmula, jurisprudência e precedente: da distinção à superação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021. p. 153.

efeitos no tempo “trata-se de fenômeno anormal que se deseja seja raro”<sup>50</sup> e trabalhado nos limites das previsões constitucional e legal.

## 2.1. PREVISÕES CONSTITUCIONAL E LEGAL DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

Os novos padrões de decidir e o impacto das decisões no tempo devem sempre colocar a Constituição Federal em primeiro plano, pois, naturalmente, “a Constituição garante uma unidade de ordem, essencialmente com base em uma ordem de valores materiais expressos nela e não nas simples regras formais de produção de normas”<sup>51</sup>, reafirmando-se o papel do direito processual enquanto comando normativo regulado pela ordem constitucional e tendo por modelo<sup>52</sup>, base e desenvolvimento os pilares da Constituição. Então, “inegável o paralelo existente entre a disciplina do processo e o regime constitucional em que o processo se desenvolve”<sup>53</sup>.

Fernando Laércio Alves da Silva<sup>54</sup> refere que, “no campo processual, a inclusão da expressão constitucional ao final da tradicional denominação do campo jurídico direito processual – direito processual constitucional – adquire conotação mais ampla do que nos demais

50. ALVIM, Teresa Arruda. Uma novidade perturbadora no CPC brasileiro de 2015: a modulação. **Revista de Processo**, v. 312, São Paulo: Thomson Reuters, fev. 2021, p. 301-330. *E-book*.

51. AMAYA, Jorge Alejandro. **Control de constitucionalidad**. 2. ed. *actual y ampl.* Buenos Aires/Bogotá: Astrea, 2015, p. 427. Tradução livre.

52. Contrariando esse pensar: “conclui-se que o processo constitucional, ou modelo constitucional de processo, atualmente, não se limite à atividade de promoção do controle de constitucionalidade das normas, consistindo, isto sim, em uma metodologia de concepção do processo voltado à realização da discursividade democrática e, conseqüentemente, imprimindo a necessidade da ressemantização de diversos institutos processuais, em especial o contraditório, a ampla defesa ou ampla argumentação, a exigência de fundamentação das decisões e a imparcialidade do juiz, imprescindíveis à configuração do devido processo legal – ou devido processo constitucional. Somente a partir dessa ressemantização e da obediência plena aos elementos do processo constitucional, se alcançará a legitimidade nos atos decisórios estatais”. (SILVA, Fernando Laércio Alves da. Processo constitucional: o processo *locus* devido para o exercício da democracia. **Revista Eletrônica de Direito processual: Periódico Semestral da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ**, v. 16, Rio de Janeiro: Universidade do Estado do rio de Janeiro, jul./dez. 2015, p. 183. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/index>. Acesso em: 10 mar. 2021.)

53. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 31. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 104.

54. SILVA, Fernando Laércio Alves da. Processo constitucional: o processo *locus* devido para o exercício da democracia. **Revista Eletrônica de Direito processual: Periódico Semestral da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ**, v. 16, Rio de Janeiro: Universidade do Estado do rio de Janeiro, jul./dez. 2015, p. 160. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/index>. Acesso em: 10 mar. 2021.

campos.” Justifica essa conclusão afirmando que o “processo consuetudinário não implica apenas na releitura dos institutos processuais a partir do arcabouço principiológico constitucional. Mais que isso, determina o repensar do próprio processo – e, conseqüentemente, do direito processual –, alçado à condição de instrumento de garantias dos cidadãos.”

Corrente é a informação de que “as normas constitucionais desfrutam de superioridade jurídica em relação às demais normas do sistema, ditando o seu modo de produção e estabelecendo limites ao seu conteúdo”<sup>55</sup>; contudo, “a rigor, ao se falar em processo consuetudinário, não se cogita de um ramo autônomo do Direito, mas de uma visão técnica e científica, que se acentuou com a tendência da constitucionalização do ordenamento jurídico”<sup>56</sup>. E, “se a interpretação da norma processual civil é parte do direito processual civil, e ele trata disso em sua literatura e nos textos do assunto, é indubitável que a interpretação processual constitucional não pertence ao direito constitucional, sim ao direito processual constitucional. E a este compete desenvolvê-lo.”<sup>57</sup>

Aquem da Constituição, a legislação brasileira, desde 1999, conta com a Lei n. 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”<sup>58</sup> e com a Lei n. 9.882/99, que “dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal”<sup>59</sup>. Essas novas Leis deram “luz a novos

55. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 267.

56. DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. A constitucionalização do novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie et al. (coords.). **Coleção Grandes temas do novo CPC**: normas fundamentais. V. 8. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 59.

57. BELAUNDE, Domingo García. *Interpretación constitucional e interpretación procesal constitucional*. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e estado constitucional**: estudos em homenagem a José Joaquim Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2009. p. 116. Tradução livre.

58. BRASIL. **Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Planalto. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm). Acesso em: 01 out. 2020.

59. BRASIL. **Lei n. 9.882 de 03 de dezembro de 1999**. Planalto. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19882.htm#:~:text=LEI%20No%209.882%2C%20DE%203%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201999.&text=Disp%3B5e%20sobre%20o%20processo%20e,Art..](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm#:~:text=LEI%20No%209.882%2C%20DE%203%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201999.&text=Disp%3B5e%20sobre%20o%20processo%20e,Art..) Acesso em: 01 out. 2020.

debates sobre matérias de extrema relevância: *a modulação de efeitos em decisão de (in)constitucionalidade*<sup>60</sup>.

A partir dessas novidades, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir, agora ao abrigo de comando expresso na legislação, a flexibilização do efeito *ex tunc* das decisões que declaram a inconstitucionalidade de lei, ao identificar grave ameaça ao sistema constitucional. Essas decisões passaram a “temperar os efeitos negativos da modificação de situações jurídicas já consolidadas no âmbito social”<sup>61</sup>, sob o manto da segurança jurídica e do excepcional interesse social.

Antes desse tempo, convém notar que, ainda sem legislação própria, as normas declaradas inconstitucionais deixavam de produzir impacto desde sua edição. Contudo, a partir de um juízo de ponderação e, no intuito de “preservar as relações sociais já consolidadas”<sup>62</sup>, sem abandonar as razões constitucionais, “o confronto de princípios não mais permitia a aplicação pura e simples do conceito clássico de que norma inconstitucional não produz efeito nenhum.”<sup>63</sup>

Com a entrada em vigor da Lei n. 9.868/99, e atenção especial ao art. 27, tornou-se possível “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”. A partir desse momento, a modulação passou a ter caráter restritivo<sup>64</sup>, não mais exclusivamente *ex tunc*, mas também *ex nunc*.

60. CARVALHO, Paulo de Barros. Segurança jurídica e modulação dos efeitos. **Direito tributário em questão**: Revista da FESDT/Fundação Escola Superior de Direito Tributário, v. 1, n. 1, Porto Alegre: FESDT, 2008, p. 203. Grifos no original.

61. *Ibid.*, p. 211. Grifos no original.

62. CEZAROTTI, Guilherme. Declaração de inconstitucionalidade e modulação de efeitos temporais da decisão em matéria tributária. *In*: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). **Grandes questões atuais do direito tributário**. V. 12. São Paulo: Dialética, 2008. p. 148.

63. CEZAROTTI, Guilherme. Declaração de inconstitucionalidade e modulação de efeitos temporais da decisão em matéria tributária. *In*: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). **Grandes questões atuais do direito tributário**. V. 12. São Paulo: Dialética, 2008. p. 148.

64. SILVEIRA, Rodrigo Maito da. **Tributação e concorrência** - série doutrinária. V. IV. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 287-288