Modulação e sua amplificação para a garantia do princípio da segurança jurídica e do interesse social

Modulation and its amplification to guarantee the principle of legal certainty and the social interest

RICHARD PAULO PAE KIM

Universidade Metodista de Piracicaba, Piracicaba/SP – Brasil

VANESSA ALTARUGIO

Universidade Metodista de Piracicaba, Piracicaba/SP – Brasil

RESUMO A teoria de nulidade das normas inconstitucionais exige que a declaração de nulidade gere efeitos “ex tunc”. No entanto, verificamos que no Brasil está se desenvolvendo o fenômeno da amplificação da modulação dos julgamentos, que não tem ocorrido apenas por opção do legislador, mas principalmente pelas decisões do Supremo Tribunal Federal, a fim de garantir não só o princípio da segurança jurídica, mas também do interesse social. A técnica da modulação temporal, que embora tenha sido desenvolvida fundamentalmente no sistema de controle concentrado de constitucionalidade, acabou por ser ampliada em nosso regime jurídico para o controle difuso e alcançou em nosso país a modulação temporal da jurisprudência, nas hipóteses de “overruling”, situação essa em que ocorre uma mudança repentina na jurisprudência anteriormente consolidada de determinado tribunal. Essa é a evolução que será objeto deste estudo.

Palavras-chave: TEORIA DA NULIDADE. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. MODULAÇÃO. SEGURANÇA JURÍDICA. INTERESSE SOCIAL. “OVERRULING”.

ABSTRACT The theory of nullity of unconstitutional laws requires that the declaration of nullity generates “ex tunc” legal effects. However, we have verified that in Brazil the phenomenon of amplifying the modulation of judicial decisions is being developed, which has not only occurred by the decision of Congress, but mainly by the decisions of the Brazilian Supreme Court, in order to guarantee not only the principle of legal certainty but also the social interest. The technique of temporal modulation, which although developed fundamentally in the system of concentrated control of constitutionality, ended up being extended in our legal system of diffuse control in the hypotheses of overruling – situations in which there is a sudden change in the previously consolidated jurisprudence (precedents) of Superior Courts. This is the evolution that will be the object of this scientific work.

Key-words: THEORY OF NULLITY. CONSTITUTIONALITY CONTROL. MODULATION. LEGAL CERTAINTY. SOCIAL INTEREST. OVERRULING.

1. INTRODUÇÃO

O controle de constitucionalidade no sistema brasileiro apresenta-se de forma ampla, abrangendo não só o controle concentrado como também o difuso. A modulação temporal dos efeitos do controle de constitucionalidade, antes mesmo da vigência da Lei nº. 9.868/99, estava sendo entendida como um instrumento de garantia da segurança jurídica, em especial, porque a Suprema Corte vinha mitigando a teoria da nulidade das leis. Com o advento da Lei nº. 9.868/99, o legislador previu expressamente, em seu artigo 27, a possibilidade de se garantir determinados direitos, ainda que declarada uma lei como inconstitucional, por razões de segurança jurídica ou por excepcional interesse social.

Pretende-se neste artigo não só analisar essa técnica da modulação temporal que, embora tenha sido desenvolvida fundamentalmente no sistema de controle concentrado de constitucionalidade, acabou por ser ampliada em nosso regime jurídico para o controle difuso e alcançou em nosso país a modulação temporal da jurisprudência, nas hipóteses de “overruling”, situação essa em que ocorre uma mudança repentina na jurisprudência consolidada de determinado tribunal.

Há que se anotar que a modulação, que para nós possui fundamento constitucional e consiste num importante instrumento de tutela da segurança jurídica, e por isso não é ela que está em jogo, mas a sua técnica de aplicação, está a exigir que seja objeto de profundo cuidado interpretativo a fim de se evitar a banalização na sua utilização e venha a se tornar instrumento indesejado da indiscriminada e aleatória discricionariedade judicial.

Anotamos que a pesquisa original de iniciação científica objetivou traçar os pressupostos para a modulação dos efeitos do controle de constitucionalidade das normas, não só nos casos de controle concentrado, mas também no difuso. A metodologia para a elaboração da pesquisa de iniciação científica esteve centrada no método hipotético-dedutivo, que possui características comuns aos métodos indutivo (com o procedimento experimental como sua condição fundante) e dedutivo (procedimento racional que transita do geral para o particular).¹

Foram utilizados como procedimentos instrumentais a legislação, materiais bibliográficos doutrinários e, principalmente, os precedentes, sendo que, no último caso, principalmente os julgados do Supremo Tribunal Federal. Essa estratégia metodológica permitiu a comparação das três partes do conhecimento jurídico (doutrina, legislação e jurisprudência), cujo objetivo foi a realização de uma análise ampla e precisa do processo de reconhecimento, sistematização e consolidação do objeto do estudo, com diagnóstico teórico, o mapeamento jurisprudencial e a pesquisa no campo empírico.

Em respeito ao processo de evolução da técnica de modulação das decisões, iniciaremos a análise pelo controle de constitucionalidade e a teoria das nulidades, com ênfase no controle concentrado; em seguida; passaremos à aplicação da modulação em ambas as modalidades de controle para, ao final, tratar das hipóteses de modulação trazidas pelo novo Código de Processo Civil.

¹ MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 68.

Tentaremos lançar algumas reflexões a respeito de todos esses temas neste breve trabalho científico.

2. RELEMBRANDO SOBRE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE — COMPETÊNCIA

Não são poucos os casos de aplicação da técnica da modulação na história do sistema mais tradicional de controle de constitucionalidade, a norte-americana. Mas não se trata de uma exclusividade daquele sistema, como já restou acentuado em importante voto do ministro Gilmar Mendes, que elencou hipóteses em que foram aplicadas também pelas Cortes Constitucionais dos regimes austríaco; alemão; espanhol; português, entre outros.²

Antes do julgamento do famoso caso *Marbury versus Madison*, houve na história dessa mesma nação precedentes que contemplaram da mesma forma a valorização da supremacia constitucional. “*Verbi gratia*”, em 1780, no Estado de New Jersey, a Justiça já havia declarado que leis contrárias à Constituição seriam consideradas ineficazes; em 1782, na Virgínia, um grupo de magistrados declarou que leis inconstitucionais configuram-se nulas de pleno direito; e, posteriormente, em 1787, a Corte Suprema da Carolina do Norte anulou leis incompatíveis aos artigos da Confederação.³

Contudo, coube a Marshall extrair da Constituição a competência do Judiciário de controlar a constitucionalidade da Lei Maior. Luís Roberto Barroso, ao analisar de forma precisa esse julgamento, acabou por apontar três enunciados vitais e que acabaram sendo posteriormente incorporados como verdades pela doutrina: 1) O respeito à *Supremacia da Constituição*: esta como lei fundamental e garantidora de todos os direitos fundamentais; 2) *qualquer ato que contrarie a Constituição é nulo* e 3) *Poder Judiciário deve ser o último intérprete da Carta Mag-*

² BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. **RE 197.917-8/SP**. DJ de 07/05/2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 25/10/2015.

³ BULOS, 2015, p. 193.

na: a este órgão e poder incumbe dizer o Direito, o sentido das leis.⁴ Esses foram os principais fundamentos que deram origem ao sistema norte-americano de controle de constitucionalidade.

Veja-se que, mesmo no sistema austríaco, inicialmente focado no regime de controle concentrado, como se extrai da leitura da Constituição da Áustria de 1920 – de influência de Hans Kelsen – estipulou-se como função única do Tribunal Constitucional⁵ o controle concentrado das normas, mediante requerimento próprio. É certo que a Constituição austríaca passou por uma reforma em 1929 e com ela restou também implantado o sistema difuso de constitucionalidade, tornando-o da mesma forma em um sistema misto,⁶ mas não se retirou do Judiciário a competência para a interpretação final da Lei Fundamental.

Não há que se olvidar que temos um controle preventivo permanente, que em regra é feito pelo Poder Legislativo, por meio das comissões responsáveis para analisar a constitucionalidade e juridicidade dos projetos de lei, sendo a mais conhecida a Comissão de Constituição e Justiça.⁷ Da mesma forma, esse controle pode ser efetuado pelo Executivo mediante o veto presidencial, quando verificada a existência de matéria inconstitucional ou contrária ao interesse público, como estabelece o artigo 66 e § 1º. da Carta Maior.

Há ainda, em nosso país, a possibilidade desse controle também ser exercido pela via judicial, de forma excepcional. Essa judicialização parece ter sido banalizada pelos próprios parlamentares que, insistindo em teses no sentido de que haveria infração às cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, CF) ou vício no processo legislativo, vêm impetrando mandado de segurança, de forma sistemática, a desfigurar não só o próprio processo legislativo como também o princípio da separação de poderes.⁸

⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 82-83.

⁵ É uma particularidade do sistema austríaco, pois a função de controle de constitucionalidade era exercida exclusivamente por esse órgão, funcionando como um legislador negativo. Ademais, qualquer ato inconstitucional afigura-se absolutamente nulo.

⁶ BULOS, 2015, p. 195.

⁷ BULOS, 2015, p. 200.

⁸ BARROSO, 2012, p. 190.

Por sua vez, o controle repressivo, em regra, é aplicado pelos órgãos do Poder Judiciário, com a ressalva daquele que é da competência do próprio Congresso Nacional, de forma excepcional⁹ ou pelo Chefe do Executivo, quando deixar de cumprir determinada lei, por considerá-la inconstitucional.¹⁰

Lembre-se que o controle difuso, concreto ou por via de exceção (defesa), pode ser desempenhado por qualquer juiz ou tribunal – instado pelo interessado ou “ex officio”; e ocorre quando uma das partes de um processo ou um interessado ou o fiscal da lei suscitar a inconstitucionalidade de uma lei durante o decurso de qualquer processo.¹¹

O controle concentrado, por sua vez, só se dará em demanda específica, elencadas pela própria Carta da República, a saber: a) Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), podendo ser ela uma ADI Genérica (art. 102, I, a, 1ª parte, CF), ADI Interventiva (art. 34, VII, CF) e ADI por omissão (art. 103, § 2º.); b) Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC (art. 102, I, a, 2ª parte); c) e, por fim, a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (art. 102, § 1º.).

Rememoremos apenas os aspectos gerais do controle concentrado: sua função é, quanto ao controle de constitucionalidade de lei federal ou de normas estaduais e municipais em face da própria Constituição Federal, exclusiva do Supremo Tribunal Federal, o qual atua como legislador negativo.¹² Em vista disso, não é admitido ao órgão jurisdicional declarar a inconstitucionalidade apenas de trechos da norma,¹³ pois assim estaria apenas modificando ou até inovando a proposta do legislador, como se fosse legislador positivo. Por sua vez, em se tratando de controle de constitucionalidade de lei estadual e municipal, em face da Constituição estadual, o órgão responsável é o Tribunal de Justiça (art. 125, § 2º.). Nesse sentido, é o posicionamento de nossa Suprema Corte:

⁹ O Congresso abolirá os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa (art. 49, V, CF).

¹⁰ BARROSO, 2012, p. 257-265.

¹¹ Idem, p. 202.

¹² Significa retirar do ordenamento jurídico toda lei ou norma inconstitucional. Ao contrário do Legislativo, que cria lei ou normas – legislador positivo.

¹³ Idem, p. 179.

Recurso extraordinário. Arguição de inconstitucionalidade de dispositivo da Lei Orgânica do Município de Boa Vista, Estado de Roraima, julgada improcedente. 2. Assentado o entendimento de que a fixação do número de vereadores da Câmara Municipal de Boa Vista, pelo art. 13 da Lei Orgânica em foco, então impugnado, está dentro dos limites da regra constitucional Federal. 3. Juízo de validade de norma municipal, pelo Tribunal de Justiça do Estado, em face de regra da Constituição Federal. O art. 125, § 2º, da Lei Magna, prevê a hipótese de controle concentrado de constitucionalidade de lei ou ato normativo municipal, tão-só, diante da Constituição estadual. 4. A norma da Carta de Roraima apontada como ofendida – o art. 15 – não constitui regra de repetição do art. 29, IV, a, da Lei Magna Federal, à vista do qual se proferiu a decisão. 5. Não dispunha a Corte local de competência para processar e julgar a constitucionalidade de dispositivo da Lei Orgânica do Município de Boa Vista, perante a Constituição Federal (art. 29, IV, a). 6. Extinção do processo sem julgamento do mérito por impossibilidade jurídica do pedido, eis que a Constituição não prevê a hipótese de ação direta em que se argua a inconstitucionalidade de lei municipal em face da Constituição Federal. 7. Recurso extraordinário conhecido e provido para anular o acórdão, por incompetência do Tribunal local (STF, RE nº. 171819/RR, Relator o Ministro Néri da Silveira, Segunda Turma, DJ 24/05/02).

CONSTITUCIONAL. PENAL. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS OU ATOS NORMATIVOS MUNICIPAIS. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO. VALIDADE DA NORMA EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE. HIPÓTESE DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. I – Os Tribunais de Justiça dos Estados, ao realizarem o controle abstrato de constitucionalidade, somente podem utilizar, como parâmetro, a Constituição do Esta-

do. II – Em ação direta de inconstitucionalidade, aos Tribunais de Justiça, e até mesmo ao Supremo Tribunal Federal, é defeso analisar leis ou atos normativos municipais em face da Constituição Federal. III – Os arts. 74, I, e 144 da Constituição do Estado de São Paulo não constituem regra de repetição do art. 22 da Constituição Federal. Não há, portanto, que se admitir o controle de constitucionalidade por parte do Tribunal de Justiça local, com base nas referidas normas, sob a alegação de se constituírem normas de reprodução obrigatória da Constituição Federal. IV – Recurso extraordinário conhecido e provido, para anular o acórdão, devendo outro ser proferido, se for o caso, limitando-se a aferir a constitucionalidade das leis e atos normativos municipais em face da Constituição Estadual (STF, RE nº. 421256/SP, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJ 24/11/06).

3. TEORIAS DA NULIDADE E ANULABILIDADE DOS ATOS DECLARADOS INCONSTITUCIONAIS E A MODULAÇÃO

A Constituição de um país, de acordo com Hans Kelsen (1985), é a norma que empresta validade a todas as demais normas de um sistema jurídico.¹⁴ Para garantir sua supremacia, um sistema de controle de constitucionalidade restou desenvolvido, hodiernamente pelos norte-americanos, no século XVIII e que, posteriormente, serviu de inspiração para o regime brasileiro, fundado na tese da nulidade da norma inconstitucional. Para a teoria da nulidade, o vício constitucional, em sendo congênito – processual ou material – impede que sejam produzidos efeitos no mundo jurídico, razão pela qual a retroatividade, desde a origem, da decisão judicial que declara a invalidade de uma norma tem-se de rigor.

O Brasil adotou a teoria da nulidade da norma declarada inconstitucional, conhecida pela sentença do direito norte-americano “the in-

¹⁴ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 280.

constitutional statute is not law at all”.¹⁵ Essa teoria surgiu fundada no raciocínio de que uma lei aprovada pelo Legislativo que acabasse por ferir a Constituição de um país não poderia continuar produzindo efeitos, na medida em que a Constituição, como se sabe, traduz-se na vontade suprema do povo e, portanto, esta não pode ser sobreposta por uma norma de hierarquia inferior.¹⁶ Essa teoria, que foi adotada no Brasil pela Constituição de 1891, sob os auspícios de Ruy Barbosa,¹⁷ assenta que toda a norma que nasce com o vício da constitucionalidade a possui desde sua origem (*ab initio*), por isso, ela será incapaz de produzir efeitos.¹⁸

Em havendo violação, no movimento repressivo, caberá, como já salientado, ao Pretório Excelso resguardar e proteger a supremacia da Constituição por meio do controle de constitucionalidade.¹⁹

A teoria permaneceu intocável por muito tempo no Brasil, mesmo com a existência de uma teoria oposta, que é a do ato anulável, pensada por Hans Kelsen no sistema de controle de constitucionalidade austríaco, pois naquela oportunidade se acreditava que a natureza da decisão de inconstitucionalidade não era declarativa, mas sim, constitutiva negativa.²⁰ Assim se sustentava,

(...) a lei foi válida até a sua anulação. Ela não era nula desde o início. Não é, portanto, correto o que se afirma quando a decisão anulatória da lei é designada como “declaração de nulidade”, quando o órgão que anula a lei declara na sua decisão essa lei como “nula desde o início” (*ex tunc*). A sua decisão não tem caráter simplesmente declarativo, mas constitutivo.²¹

¹⁵ ÁVILA, 2009, p. 37.

¹⁶ FERREIRA, Carlos Wagner Dias. Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso. Revista ESMAFE: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, Recife, nº. 12, p. 155-178, mar. 2007. Disponível em: <www3.trf5.jus.br>. Acesso em: 11 de nov. de 2015, p. 157.

¹⁷ BULOS, 2015, p. 202.

¹⁸ ÁVILA, 2009, p. 21.

¹⁹ ÁVILA, 2009, p. 38.

²⁰ Idem, p. 41.

²¹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 193.

Os efeitos produzidos por essa decisão são “ex nunc”, isto é, a partir do reconhecimento de sua inconstitucionalidade. A ideia central de Kelsen sobre sua teoria é que não podemos desconsiderar os efeitos da norma declarada inconstitucional por um simples decreto judicial já que, até então, essa norma era considerada como válida. Ela nasceu de um ato válido e permaneceu produzindo efeitos até sua declaração de inconstitucionalidade. Nesse período, o que restou como sendo válida não poderá ser considerado inconstitucional, ao menos até a sua desconstituição do mundo jurídico,²² a saber:

De uma lei inválida não se pode, porém, afirmar que ela é contrária à Constituição, pois uma lei inválida não é sequer uma lei, porque não é juridicamente existente e, portanto, não é possível acerca dela qualquer afirmação jurídica. Se a afirmação, corrente na jurisprudência tradicional, de que uma lei é inconstitucional há de ter um sentido jurídico possível, não pode ser tomada ao pé da letra. O seu significado apenas pode ser o de que a lei em questão, de acordo com a Constituição, pode ser revogada não só pelo processo usual, quer dizer, por uma outra lei, segundo o princípio *lex posterior derogat priori*, mas também através de um processo especial, previsto pela Constituição. Enquanto, porém, não for revogada, tem de ser considerada como válida; e, enquanto for válida, não pode ser inconstitucional.²³

É evidente, como já salientado, a tese que prevaleceu é a da nulidade da norma inconstitucional. Esse raciocínio lógico-jurídico, aplicado no controle concentrado de constitucionalidade, de natureza declaratória, levou os doutrinadores a inferir que o resultado, a nulidade da norma, há de gerar efeitos retroativos à data da entrada em vigor da lei atacada, ou seja, efeitos “ex tunc”.²⁴ Com o tempo, os estudos doutrinários concluíram que mesmo no controle difuso de constitucionalidade, a nulidade também, como regra, há de atribuir os mesmos efeitos.²⁵

²² ÁVILA, 2009, p. 41.

²³ KELSEN, 1999, p. 188-189.

²⁴ Termo em latim que significa “desde a origem”; “com efeito retroativo”.

²⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 52-54.

Apesar de nos Estados Unidos da América do Norte ter sido desenvolvida a teoria da nulidade, aquele país foi um dos primeiros a construir um sistema jurídico a admitir a modulação dos efeitos temporais, a partir da década de 1930, mais especificamente, com a Grande Depressão.²⁶ Perceberam, na época, que, em determinados casos extremados, a aplicação dos efeitos retroativos acabaria por ser mais prejudicial do que reconhecer que a declaração de inconstitucionalidade passe a produzir efeitos a partir do seu trânsito em julgado.

No Brasil, essa regra tem sido mitigada por meio de um instrumento que manipula os efeitos da norma declarada inconstitucional, que foi instituída em nosso país no final do século passado. O legislador ordinário então inseriu no artigo 27 da Lei nº. 9.868/99, de forma expressa, o instrumento da modulação, que autoriza a atuação jurisdicional quando preenchidos os requisitos da segurança jurídica ou do excepcional interesse social, além do respeito ao quórum qualificado de 2/3 dos Ministros do Supremo Tribunal Federal a definir se a decisão em controle abstrato pode gerar efeitos “ex tunc”, “ex nunc”²⁷ ou, ainda, prospectivos (para o futuro), permitindo à Suprema Corte modificar o momento da produção dos efeitos da decisão e, inclusive, quais devem ser os efeitos que poderão ser produzidos ao se declarar uma norma inconstitucional.

Importante salientar que, posteriormente, com a edição da Lei nº. 9.882/99, o seu artigo 11 ampliou a possibilidade de modulação das decisões da Suprema Corte às ações de arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Nessas hipóteses, por motivo de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, o tribunal pode definir o prazo em que vigorará uma específica tutela em favor dos direitos fundamentais individuais ou transindividuais.

A modulação só deve, pois, ser aplicada em situações excepcionais, na medida em que não se poderá abandonar a cientificidade da teoria das nulidades das inconstitucionalidades nos casos de interesse social. Há

²⁶ FERREIRA, 2007, p. 168.

²⁷ Traduzido do latim, significa “a partir de então”; “a partir de agora”.

que se salientar que estará o magistrado autorizado a aplicar os efeitos da modulação, por motivo de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, nas decisões quando ponderar valores e princípios abrigados na própria Constituição, a fim de garantir esse direito fundamental. Nesse sentido tem sido a decisão de nossa Suprema Corte:

Como se sabe, o princípio da nulidade continua a ser a regra. O afastamento e sua incidência dependerá de um severo juízo de ponderação que, tendo em vista a análise fundada no princípio da proporcionalidade, faça prevalecer a idéia de segurança jurídica ou outro princípio constitucionalmente relevante, manifestado sob a forma de interesse social relevante.²⁸

Esses fundamentos que autorizam a modulação dos efeitos nas decisões proferidas nos processos de índole objetiva (controle concentrado), também se aplicam, “mutatis mutandis”,²⁹ aos processos de natureza subjetiva (controle difuso).³⁰ Nesse sentido, temos os importantes precedentes nessa Corte, entre os quais se sobressai o acórdão prolatado em 6/6/2002, no paradigmático julgamento do RE nº. 197.917/SP,³¹ cujo relator foi o ministro Maurício Corrêa.

Muitas críticas foram lançadas com a introdução da técnica da modulação no ordenamento jurídico. Ana Paula Ávila anota dois argumentos que vinham sendo utilizados por parte da doutrina a tentar colocar em xeque a modulação: a) a norma, quando inconstitucional, produz

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ED-ADI nº 2.791**. Rel. Min. Gilmar Mendes, Red. para o acórdão Min. Menezes Direito, DJ de 04/09/09. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 04/01/2016.

²⁹ Termo em latim que significa “mudando-se o que se deve mudar”; “feitas algumas alterações”.

³⁰ ÁVILA, Ana Paula. **A Modulação de Efeitos Temporais pelo STF no Controle de Constitucionalidade**: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do artigo 27 da Lei nº. 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 58-60.

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. **RE 197.917-8/ SP**. Rel. Min. Maurício Corrêa. DJ de 07/05/2002. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 25/10/2015.

efeitos nulos, desde sua origem, e portanto, reconhecer a constitucionalidade da lei inconstitucional por certo período importa em romper com o “dogma da nulidade da lei inconstitucional”,³² b) e, “ao romper com o dogma da nulidade, rompe-se também com a supremacia da Constituição, pois se reconhece, por certo período de tempo, como eficaz uma norma inferior que desacatou a Constituição”.³³ Consignamos concordar plenamente com os argumentos declinados por essa autora a afastar essas infundadas críticas:

(...) a nulidade da lei inconstitucional não constitui uma regra absoluta, mas uma espécie de regra de preferência. O art. 27 deve ser interpretado não como algo contrário à regra da nulidade da lei inconstitucional, mas como uma exceção à regra: uma alternativa para as situações em que a retroação dos efeitos por ela preconizada leve a um resultado ainda mais inconstitucional que o reconhecimento da própria norma invalidada.³⁴

A respeito do uso da técnica da modulação, a mencionada lei faz duas exigências, a saber: uma formal-procedimental e uma material-substancial.³⁵ A primeira delas estabelece que o Supremo somente pode adentrar na matéria dos efeitos produzidos se, no dia do julgamento, estiverem presentes o “quorum” mínimo de oito ministros e somente por esse quórum qualificado será possível a aplicação da técnica da modulação; e a segunda é que, para modular, seja comprovada a existência de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

Essa segunda exigência merece um pouco mais de atenção, porque trata de conceitos jurídicos indeterminados e, portanto, caberá a cada julgador interpretar a norma da maneira que achar apropriado em cada caso concreto.³⁶ Há, pois, uma discricionariedade judicial autorizada pela lei. Para a boa doutrina,

³² ÁVILA, 2009, p. 63.

³³ Idem, p. 64.

³⁴ Idem, p. 69.

³⁵ BULOS, 2015, p. 367.

³⁶ ÁVILA, 2009, p. 75.

[s]ão conceitos imprecisos inseridos na norma – em geral, nas regras –, apelando ao aplicador para que lhes agregue sentido, que até pode advir de outras normas. Em geral, são conceitos amplos, que carecem de preenchimento valorativo e permitem a transposição, para o ordenamento jurídico, de elementos extrajurídicos, possibilitando ao aplicador a busca da solução mais adequada ao caso, de acordo com os valores, os padrões ético-sociais, os usos e costumes do momento.³⁷

Como exposto por Ávila, o julgador há de avaliar a realidade concreta da situação descrita nos autos e terá de realizar o processo hermenêutico respeitando os preceitos constitucionais para construir um sentido àquela norma. Apesar das razões de segurança jurídica e excepcional interesse social revestirem-se de base constitucional, ainda assim são conceitos que podem se modificar em cada situação fática.

Esses tipos normativos “abertos” embora possam dar margem ao subjetivismo, hão de viabilizar quando da interpretação de seu conteúdo jurídico, uma decisão justa, motivada e proporcional, que jamais pode ser confundida com a arbitrariedade. Não é por outra razão que verificamos em diversos julgados da Suprema Corte os ministros optarem por utilizar um juízo de ponderação no momento de decidir sobre os efeitos temporais daquela decisão:

(...) o princípio da nulidade continua a 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 proporcionalidade, faça prevalecer a ideia de segurança jurídica ou outro princípio constitucionalmente relevante manifestado sob a forma de interesse social relevante.³⁸

³⁷ Idem, p. 77.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. **RE 197.917-8/ SP**. Rel. Min. Mauricio Corrêa. DJ de 07/05/2002. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 25/10/2015.

Nesse juízo, coloca-se de um lado a norma que foi violada e, no outro, as razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social a exigir, no caso concreto, que haja uma relativização da teoria da nulidade da inconstitucionalidade. *Vide*, por exemplo, um trecho do voto do ministro Gilmar Mendes no RE nº. 197.917:

Assim, configurando tal conflito entre o princípio da nulidade e o princípio da segurança jurídica, que, entre nós, tem *status* constitucional, a solução da questão há de ser, igualmente, levada a efeito em um processo de complexa ponderação. Desse modo, em muitos casos, há de se preferir a declaração de inconstitucionalidade com efeitos restritivos à insegurança jurídica de uma declaração de nulidade, como demonstram os múltiplos exemplos do direito comparado e do nosso direito.³⁹

Nesse julgado, apesar de nossa Suprema Corte ter considerado inconstitucional a lei orgânica que elevou o número de vereadores para o município de Mira Estrela-SP, resolveu retardar os efeitos da decisão até a próxima eleição, a fim de respeitar os atuais ocupantes da casa legislativa, a fim de garantir não só o interesse da comunidade a soberania dos votos, mas também a segurança jurídica.⁴⁰

Cuidou-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, o qual requereu a redução do número de vereadores do município, de onze para nove, por entender que a quantidade era desproporcional ao número de habitantes. Alegou que o parágrafo único do artigo 6º. da Lei Orgânica Municipal afrontava o que estabelecia então a Constituição Federal em seu artigo 29, IV. O apelo extremo chegou à Suprema Corte com fundamento nas alíneas “a” e “c” do artigo 102 da Constituição Federal. O Ministro Relator Maurício Corrêa, em seu voto, defendeu que deveria respeitar a proporcionalidade entre o número de vereadores e o número de habitantes. Por sua vez, o Mi-

³⁹ Idem.

⁴⁰ FERREIRA, 2007, p. 170.

nistro Marco Aurélio, em voto vencido, sustentou que a Constituição estabeleceu um número mínimo e máximo para a fixação do número de vereadores em um município, razão pela qual não haveria inconstitucionalidade na norma ab-rogada.⁴¹

Ao final, a Corte firmou o entendimento de que a fixação do número de vereadores deve respeitar a proporção matemática entre a quantidade de habitantes e a de representantes na Casa legislativa. A fim de evitar a insegurança jurídica, votou o ministro Gilmar Mendes nos seguintes termos:

(...) 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.⁴²

Entendeu-se, assim, tratar-se de um daqueles casos excepcionais, em que se deve afastar a regra geral, tendo em vista razões de segurança jurídica e o relevante interesse social, e a aplicação ampliada da regra do artigo 27 da Lei nº. 9.868/99 se deu no âmbito do controle difuso.⁴³ Os efeitos da inconstitucionalidade, portanto, passaram a incidir a partir da próxima legislatura.

Quanto à competência para a utilização da técnica da modulação no controle concentrado de constitucionalidade, a lei não deixa dúvidas⁴⁴

⁴¹ Nesse sentido, pronuncia o ministro: “Quero dizer que a fixação o número de vereadores faz-se, desde que respeitado o piso e o máximo constitucionais, a partir de uma opção político-legislativa do próprio município, não havendo campo para atuar-se nessa mesma fixação, inserindo, no cenário nacional, um acórdão do Supremo Tribunal Federal com contornos, com conteúdo, de verdadeira lei complementar”.

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº. 197.917-8/SP**. Rel. Min. Mauricio Corrêa. Tribunal Pleno. DJ de 07.05.2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 25/10/2015.

⁴³ ALBUQUERQUE, 2012, p. 52-53.

⁴⁴ Artigo 27 da Lei nº. 9.869/99.

quando estabelece que cabe exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal aplicá-la nas hipóteses da lei. No controle incidental, apesar de não haver a sua previsão expressa na lei, a doutrina e a jurisprudência têm reconhecido que a competência será, a toda a evidência, da autoridade judicial que se pronuncia pela inconstitucionalidade da norma. É evidente que a regra geral no controle incidental é o efeito *inter partes* e *ex tunc*, considerando a lei nula desde sua origem;⁴⁵ porém, em um caso concreto, a manutenção da inconstitucionalidade pode ser mais prejudicial do que a decisão que opte pela modulação, assim, o órgão jurisdicional poderá modular a sua decisão, havendo que se respeitar a reserva de plenário, na hipótese do artigo 97 da Constituição Federal.⁴⁶

Entretanto, importante que se faça o seguinte registro: entendemos não ser possível a aplicação de modulação por juízes singulares, posto que a lei exige o quórum qualificado, o que só será possível aplicar-se nos órgãos colegiados. A boa doutrina, inclusive, está a defender que a sua aplicação por juízes de primeira instância, acabaria por descumprir as finalidades da lei.⁴⁷

Então, diante disso, podemos chegar à conclusão que é possível a utilização da modulação no controle difuso de constitucionalidade quando submetido ao Supremo Tribunal.⁴⁸ Isto porque, independente do sistema, concentrado ou difuso, sempre há que se questionar a respeito dos possíveis efeitos que a declaração de inconstitucionalidade pode repercutir na resolução do caso concreto.⁴⁹

⁴⁵ BULOS, 2015, p. 205.

⁴⁶ ÁVILA, 2009, p. 60.

⁴⁷ FERREIRA, 2007, p. 161.

⁴⁸ Nesse sentido, segundo Ana Paula Ávila (2009, p. 60): RE-AgR 392.139-8/RJ. Relator: Min. Eros Grau. 26 de abril de 2005: “Ainda que prevalecendo a tese que se inclina pela possibilidade de atribuir-se efeitos prospectivos à declaração de inconstitucionalidade proferida incidentalmente, em sede de controle difuso, a mim parece claro que, dado o caráter excepcional dessa medida, ela somente tem cabimento quando o Tribunal manifesta-se expressamente sobre o tema, reconhecendo a observância dos requisitos previstos no art. 27, da Lei nº 9.868/99”.

⁴⁹ Idem, p. 59-60.

4. A MODULAÇÃO DAS DECISÕES NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Antes mesmo da previsão legal do instituto da modulação (Lei nº. 9.868/99), é possível constatar em algumas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal houve efetiva flexibilização da teoria da nulidade da norma inconstitucional, tendo aplicado essa técnica em controle difuso de constitucionalidade, a saber: a) no RE nº. 105.789-1, em que foi Relator o Min. Carlos Madeira, j. em 05/04/1986; b) no RE nº. 122.202, Relator Min. Francisco Rezek, j. em 10/08/1993; c) no RE nº. 78.594/SP, Relator Min. Bilac Pinto, j. em 07/06/1974, temos o caso de um funcionário público que exerceu as atividades de oficial de justiça, ancorado em determinada lei estadual; posteriormente, a lei foi declarada inconstitucional e o resultado seria a declaração de nulidade de todos os atos praticados por esse servidor; a Suprema Corte, levando em consideração a boa-fé considerou válidos os atos até então praticados; d) e também nesse sentido, outros julgados que trataram da preservação dos atos praticados por funcionários públicos que estavam ocupando cargos que foram criados por leis e que, posteriormente, foram revogadas,⁵⁰ como no RE nº. 78.209/SP, Relator Min. Aliomar Baleeiro, j. em 04/06/1974 e RE nº. 78.533, Relator Min. Firmino Paz, j. em 03/11/1981.⁵¹

Outro julgado é a ADI nº. 3.819-2/MG,⁵² em que se questionou a constitucionalidade dos artigos 140, “caput” e parágrafo único, e 141, da Lei Complementar nº. 65/2003; do artigo 55, “caput” e parágrafo único, da Lei nº. 15.788/2005, e do artigo 135, “caput” e § 2º., da Lei nº. 15.961/2005, todas do Estado de Minas Gerais. Essas normas tratavam de Defensores Públicos Estaduais, Assistentes Jurídicos de Penitenciária e Analista Judiciário que passariam a ocupar a recente criada carreira de Defensor Público Estadual, em decorrência da LC nº. 65/03.

⁵⁰ Antes da criação da Lei nº. 9.868/99.

⁵¹ ÁVILA, 2009, p. 49.

⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº. 3.819**. Rel. Min. Eros Grau. Publicado no DJE de 28/03/08. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 14/07/2015.

O Procurador-Geral da República alegou que as normas questionadas não teriam respeitado a Constituição, porquanto violariam as exigências dos artigos 37, inciso II e o 134, § 1º., CF. Ao final dos debates, os ministros analisaram as consequências do desiderato, entre as quais, a dos prejuízos que causaria a declaração de inconstitucionalidade, tanto à população, quanto à própria Defensoria, na medida em que, em tese, a declaração acarretaria a nulidade dos atos praticados por aqueles servidores irregularmente nomeados. Concluíram os ministros que retirar aqueles servidores da função de Defensores causaria prejuízos à prestação da assistência judiciária, dificultando o acesso à justiça, como bem sustentou o eminente ministro Eros Grau: “a Constituição não pode ser aplicada friamente, uma vez que quem sairá prejudicado é a população carente”.⁵³ Por tais razões, optaram os ministros por modular os efeitos sob o fundamento da garantia à segurança jurídica, tendo sido fixado o prazo de seis meses para que o Estado se organizasse adequadamente em consonância com as exigências constitucionais.

O fato é que até hoje a Suprema Corte já se pronunciou sobre a questão da modulação de efeitos em mais de quatrocentos acórdãos, e nos últimos anos podemos observar que a maioria dos seus ministros está a aplicar a técnica sob uma perspectiva cada vez mais ampliada. Aliás, vale ressaltar que em dois importantes julgamentos o Supremo Tribunal Federal deixou claro ser possível aplicar-se a modulação, independentemente de provocação das partes, por se tratar de questão de ordem pública (STF, RE nº. 596.108-AgR, Relator o Ministro Dias Toffoli, 1ª Turma, DJe 3/9/2013 e RE nº. 500.171-ED, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Pleno, DJe 3/6/11, com manifestação expressa do Ministro Celso de Mello no sentido de que o tribunal pode agir de ofício quando se trata de modulação).

Em recurso extraordinário com repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal, após reconhecer que uma lei municipal era inconsti-

⁵³ Voto do Min. Eros Grau na ADI nº. 3.819. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI nº. 3.819-2/MG.** Rel. Min. Eros Grau. Publicado no DJE de 28/03/08. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 14/07/2015.

tucional porque estabelecia de forma abrangente e contrariamente aos requisitos da Constituição Federal as hipóteses de contratação temporária, em especial, de profissionais da área da educação, acabou por aplicar efeito “ex nunc”, por proposta do próprio Ministro Relator, que entendeu ser o caso de modular os efeitos para se garantir a segurança jurídica e por ser interesse de toda a sociedade daquele município do Estado de Minas Gerais de que os contratados temporariamente seguissem na prestação de serviços, por algum tempo, a fim de evitar o absoluto colapso na execução de serviços públicos educacionais. Nesse sentido foi o teor do voto do eminente Ministro Relator Dias Toffoli:

“Cumpre, diante desses fundamentos, modular de ofício os efeitos da decisão, para que ela não atinja fatos pretéritos constituídos à sombra de um dispositivo presumidamente hígido. Aliás, hão de ser respeitados os contratos firmados até a data deste julgamento, a fim de se garantir o cumprimento do princípio da segurança jurídica e de se atender ao excepcional interesse social, que se mostra evidente no presente caso. Os contratos firmados não poderão ultrapassar o prazo máximo de 12 (doze) meses, como fixado pelo art. 192, § 1º, II, da referida lei municipal, ficando vedada a recontração, como determinado no seu art. 193” (STF, RE nº. 658.026, Relator o Ministro Dias Toffoli, Pleno, DJe 31/10/14).

5. AMPLIFICAÇÃO DA MODULAÇÃO PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O tema da técnica da modulação é atual e extremamente relevante para o mundo jurídico, e vem ganhando ampliadas discussões no campo científico, em especial, pela utilização desmesurada do instrumento em alguns Tribunais, sem a obediência, inclusive, a critérios definidos pela doutrina no que toca à competência para a sua aplicação.

Por exemplo, pudemos verificar pela pesquisa que o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, julgando ação rescisória ajuizada pela

União, aplicou a modulação dos efeitos da decisão, no sentido de estabelecer que a exigência da Cofins, no caso concreto, deveria se dar a partir da data do julgamento,⁵⁴ o que no nosso entender não seria possível, na medida em que não havia autorização legal para que aquele tribunal utilizasse essa técnica de decisão.

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos EDcl. no REsp. nº. 1.234.881, a Corte se deparou com um pedido dos aposentados-embargantes (que eram recorridos no recurso especial que fora provido) para que a Corte aplicasse para a espécie entendimento anterior do STJ sobre o tema, tudo em nome da segurança jurídica. A 4ª Turma, no entanto, rejeitou o pedido sob o fundamento da “inexistência de autorização legal e da manifesta distinção entre as técnicas de julgamento de ação direta de inconstitucionalidade e da atividade jurisdicional constitucionalmente atribuída a este STJ”, negando assim o pedido de modulação dos efeitos da decisão, embora tivesse ocorrido mudança profunda da jurisprudência daquela Corte, inclusive com fundamentos constitucionais no julgamento do mérito da contenda.⁵⁵

Esse movimento acabou por inspirar uma mudança legislativa crucial. O novo Código de Processo Civil (Lei nº. 13.105/15), a fim de resguardar a segurança jurídica e blindar os jurisdicionados dos frequentes golpes que sofrem quando há mudança repentina da jurisprudência anteriormente consolidada de determinados tribunais, incluiu hipótese específica de modulação. Em seu artigo 927, § 3º. do NCPC, restou estabelecido que “[n]a hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver mudança dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica”.

Concordamos com o posicionamento dos eminentes processualistas Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, quando sustentam que “pelos princípios em que se baseiam o direito brasileiro, o

⁵⁴ TRF-5, Pleno, AR nº. 6306/PE, Rel. Des. Fed. Rogério Fialho Moreira, DJe 10/12/12.

⁵⁵ STJ, 4ª. Turma, EDcl no REsp nº. 1234881/RS, Rel. Ministro Marco Buzzi DJe 19/10/12.

“overruling” sempre demandará modulação dos efeitos, não sendo tal modulação facultativa, como o texto comentado parece fazer crer”.⁵⁶ Por tais motivos, é que a modulação há de ser feita quando preenchidos os requisitos da lei, por requerimento das partes ou de terceiros interessados, ou até mesmo “ex officio”. Isso porque o órgão julgador deve, em respeito ao princípio constitucional da segurança jurídica, reduzir quaisquer danos a direitos – sejam eles processuais ou de direito material.

Em regra, a modificação do precedente há de ter, como regra, uma eficácia temporal prospectiva, como é de se esperar em se tratando de guinadas na jurisprudência dominante de um tribunal. Entretanto, a modulação – para atender ao melhor interesse da sociedade, no caso concreto, pode se dar de outra forma.

Agora existe, portanto, disposição expressa permitindo a modulação das decisões no âmbito dos Tribunais Superiores (STF, STJ, TST, STM e TSE), mas também dos tribunais de justiça dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, e os Tribunais Regionais Federais.

Aliás, pensamos ser oportuno elencarmos aqui as hipóteses de mudança de jurisprudência, como se extrai de alguns enunciados trazidos na obra do processualista Cássio Scarpinella Bueno, a saber: a) Enunciado n.º. 320 – “os tribunais poderão sinalizar aos jurisdicionados sobre a possibilidade de mudança de entendimento da corte, com a eventual superação ou a criação de exceções ao precedente para casos futuros”; b) Enunciado n.º. 321 – “a modificação do entendimento sedimentado poderá ser realizada nos termos da Lei n.º. 11.417, de 19 de dezembro de 2006, quando se tratar de enunciado de súmula vinculante; do regimento interno dos tribunais, quando se tratar de enunciado de súmula ou jurisprudência dominante; e, incidentalmente, no julgamento de recurso, na remessa necessária ou causa de competência originária do tribunal”; c) Enunciado n.º. 322 – “a modificação de precedente vinculante poderá fundar-se, entre outros motivos, na revogação ou modificação da lei em que ela se baseou, ou em alteração econômica, política, cul-

⁵⁶ NERY JUNIOR, Nelson: NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.843.

tural ou social referente à matéria decidida”; d) Enunciado n.º 325 – “a modificação de entendimento sedimentado pelos tribunais trabalhistas deve observar a sistemática prevista no art. 521 [art. 927 do NCPC], devendo se desincumbir do ônus argumentativo mediante fundamentação adequada e específica, modulando, quando necessário, os efeitos da decisão que supera o entendimento anterior”; e) Enunciado n.º 326 – “o órgão jurisdicional trabalhista pode afastar a aplicação do precedente vinculante quando houver distinção entre o caso sob julgamento e o paradigma, desde que demonstre, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta, a impor solução jurídica diversa”.⁵⁷

Concordamos com Fábio Martins de Andrade,⁵⁸ quando afirma que essa regra processual não estendeu a competência para a aplicação da modulação aos juízes de primeiro grau, seja pela dicção da norma, que faz referência expressa ao Supremo Tribunal e aos tribunais, seja pelo fato de que a obrigatoriedade de ser mantida a uniformização de sua jurisprudência e de mantê-la estável, coerente e integral é dos órgãos colegiados e não dos juízes de primeiro grau (cf. art. 926 e parágrafos do NCPC).

Também, como bem restou lembrado por esse autor, “cabe registrar que o NCPC se refere à possibilidade de modulação temporal em outros dois dispositivos: no § 13 do art. 525, que integra o capítulo do cumprimento definitivo da sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa; e no § 6º do art. 525, que integra o capítulo do cumprimento definitivo da sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa pela Fazenda Pública”.⁵⁹ Para a doutrina abalizada, as decisões de inconstitucionalidade a que se referem os §§ 12 e 13 do artigo 525 e §§ 5º. e 6º. do artigo 535, ambos do NCPC, devem ser proferidas pelo plenário do Supremo Tribunal Fede-

⁵⁷ BUENO, Cássio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 576 e 577.

⁵⁸ ANDRADE, Fábio Martins. **Modulação & STF: a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre modulação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 68.

⁵⁹ Op. cit., p. 69.

ral e, enquanto a modulação se dará por meio de sentença no § 6º. do artigo 535, na hipótese do § 13 do artigo 525, compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal, favorecendo a segurança jurídica modular os efeitos da decisão.⁶⁰

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, conclui-se que o controle de constitucionalidade foi criado para proteger e resguardar a Constituição, assim como sua supremacia. A regra, no direito brasileiro, continua sendo a mesma: toda norma nula e contrária à Lei Maior não pode gerar efeitos. Entretanto, não podemos visualizá-la como uma regra absoluta, mas sim uma preferência.⁶¹ Isto porque, podem ocorrer situações em que os prejuízos para as partes ou até para a sociedade serão maiores com a aplicação dos efeitos “ex tunc”, do que com a modulação dos efeitos para a data do julgamento ou até para o futuro.

Essa técnica permite, em face de situações excepcionais, que se reconheça que a aplicação por algum tempo dos efeitos daquela norma venha a ser menos danosa à coletividade do que a eventual manutenção inflexível dos efeitos retroativos da declaração de inconstitucionalidade.

Conforme discurremos neste trabalho, hodiernamente temos três hipóteses de modulação: a) nos casos de controle concentrado de constitucionalidade, previstos expressamente no artigo 27 da Lei nº. 9.868/99 e no artigo 11 da Lei nº. 9.882/99; b) no controle difuso de constitucionalidade pelos tribunais, desde que preenchidos os requisitos específicos do referido artigo 27; c) e, na mudança abrupta da jurisprudência consolidada de um tribunal, em razão do novo entendimento sobre a mesma matéria (“*overruling*”), situação em que a modulação garantirá uma transição mais segura, a fim de beneficiar a tutela da segurança jurídica e a boa-fé.

⁶⁰ BUENO, Cássio Scarpinella. Op. cit., p. 454.

⁶¹ ÁVILA, 2009, p. 69.

Não se poderá olvidar, no entanto, que esse movimento de amplificação da utilização do mecanismo não pode violentar alguns referenciais, a saber, a supremacia da Constituição Federal, a prudência, a tecnicidade e o respeito aos limites normativos e requisitos procedimentais especificados na lei. O sucesso desse processo dependerá da evolução interpretativa, que deve ser feita com absoluta cautela, sob pena da discricionariedade judicial sobrepujar as opções feitas pela própria Constituição da República e gerar, com isso, o retrocesso desse mesmo processo de amplificação.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Nadejda D'. **A aplicação da modulação de efeitos pelo Supremo Tribunal Federal**: análise de jurisprudência dos 10 primeiros anos de vigência da Lei nº. 9.868/99, 2012, 136 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2012.

ANDRADE, Fábio Martins. *Modulação & STF: a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre modulação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

ÁVILA, Ana Paula. *A Modulação de Efeitos Temporais pelo STF no Controle de Constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do art. 27 da Lei nº. 9.868/99*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Decisões constitucionais de Marshall*. Traduzidas por Américo Lobo. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional: revista e atualizada de acordo com a Emenda Constitucional n. 83/2014*, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FERREIRA, Carlos Wagner Dias. Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso. In: Revista ESMAFE: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região. Recife, nº. 12, p. 155-178, mar. 2007. Disponível em: <www3.trf5.jus.br>. Acesso em: 11 nov. 2015.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999. São Paulo: Saraiva, 2001.

MEZZAROBÀ, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. Manual de metodologia da pesquisa no direito. São Paulo: Saraiva, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

OLIVEIRA, Márcia Lima Santos. Modulação dos efeitos temporais no controle de constitucionalidade difuso. In: Âmbito Jurídico. Rio Grande, XV, n. 99, abr. 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11521>. Acesso em: 8 dez. 2015.

PEIXOTO, Ravi. Superação do precedente e segurança jurídica. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

RAMOS, Elival da Silva. Inconstitucionalidade das Leis. Vício e Sanção. São Paulo: Saraiva, 1994.

ROCHA, Lincoln Magalhães da. A constituição americana: dois séculos de direito comparado. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1990.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.). Novo Código de Processo Civil: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SOBRE OS AUTORES:

RICHARD PAULO PAE KIM

Mestrado em Direito Econômico e Financeiro pela Universidade de São Paulo. Doutorado em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Pós-doutorado em políticas públicas, administração e sistemas educacionais pela UNICAMP/SP. Professor dos cursos de Graduação e de Mestrado em Direito da UNIMEP/SP. Professor dos cursos de pós-graduação da Escola Paulista da Magistratura e da Escola Judiciária Eleitoral Paulista (TRE/SP). Coordenador Pedagógico dos Cursos de Pós-Graduação da Escola Judiciária Eleitoral Paulista e Coordenador Pedagógico dos Cursos de Pós-graduação da Escola Paulista da Magistratura em Campinas/SP. Professor convidado dos cursos de pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/MG e da Universidade de Marília – UNIMAR/SP. Conselheiro da Escola Judiciária Eleitoral Paulista (EJEP) do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo. Co-coordenador do Núcleo de Pesquisa Científica em Direito Constitucional da Escola Paulista da Magistratura. Juiz Instrutor de Gabinete no Supremo Tribunal Federal (convocado). Juiz de Direito Titular I da 32ª Vara Criminal da Capital/SP. rppk@uol.com.br

VANESSA ALTARUGIO

Graduanda em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba, Piracicaba/SP – Brasil. vane_altarugio@hotmail.com

Submetido em: 13-3-2017

Aceito em: 18-5-2017