

A (im)possibilidade da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso em sede do juízo monocrático

The (im)possibility of modulation of the effects of the declaration of unconstitutionality on diffuse control in the monocratic court headquarters

Jardel Reis Cerqueira Gomes,
Rosângela Cunha de Menezes

Resumo

O presente trabalho tem como objetivo perquirir as implicações trazidas pela aplicação do fenômeno da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em sede de controle difuso de constitucionalidade, mormente em explorar sua serventia aos juízes monocráticos, haja vista que o modelo aberto é exercido por todo poder judiciário no âmbito de sua competência. A aplicação do instituto pelo Supremo Tribunal Federal se deu de maneira analógica, com base no artigo 27 da Lei n. 9.868/99, de forma que não há previsão legal para sua caracterização no plano do controle concreto de constitucionalidade. Ademais, as decisões recentes da Corte vêm ampliando o rol principiológico que respalda a aplicação do instituto ao controle difuso, alegando ser decorrência lógica da própria sistemática de controle de constitucionalidade. Por essa razão, torna-se oportuno realizar uma revisão doutrinária e jurisprudencial sobre o referido tema, de modo que haja um levantamento de fatores relacionados à jurisdição constitucional que são inatas ao Estado Democrático de Direito, bem como apresentar seus reflexos perante o poder judiciário para que se demonstre no fim que, em situações excepcionais, não há barreiras que impeçam sua utilização pelo juiz singular.

Palavras-chaves: Inconstitucionalidade; Controle difuso de constitucionalidade; Efeitos; Modulação; Nulidade.

Abstract

The present work aims to investigate the implications brought by the application of the phenomenon of modulation of the effects of the declaration of unconstitutionality in the context of diffuse control of constitutionality, especially in exploring its applicability in the scope of monocratic judges, given that the open model is exercised by all judiciary within the scope of its competence. The application of the institute by the Federal Supreme Court was analogous, based on article 27 of Law n. 9,868/99, so that there is no legal provision for its characterization in terms of the concrete control of constitutionality. Furthermore, the recent decisions of the Court have expanded the principled role that supports the application of the institute to diffuse control, claiming to be a logical consequence of the systematic review of constitutionality itself. For this reason, it is pertinent to carry out a doctrinal and jurisprudential review on this topic, so that there is a survey of factors related to constitutional jurisdiction that are innate to the Democratic State of Law, as well as presenting its reflections before the judiciary to show that, in exceptional situations, there are no barriers that prevent its use by the single judge.

Keywords: Unconstitutionality; Diffuse control of constitutionality; Effects; Modulation; Nullity.

INTRODUÇÃO

O presente Artigo tem como escopo explorar os alicerces do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro no que concerne à modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade no plano do controle difuso, ao passo que intenta efetuar uma análise crítica em relação às omissões jurisprudenciais e doutrinárias quanto à sua (in)aplicabilidade ao juízo singular.

Para isso, adotou-se a modalidade de Artigo de Revisão, conforme prevê a ANBT (2003) e o Manual de Formatação de Artigo desta Instituição (2021). Assim, buscou-se fazer uma análise rigorosa acerca da doutrina, da jurisprudência e de publicações acadêmicas para tratar, de maneira satisfatória, o assunto proposto.

A complexidade do tema mostra-se elevada, dada a convivência entre dois modelos de controle de constitucionalidade na jurisdição brasileira. Soma-se a isso a equiparação da inconstitucionalidade à nulidade na norma, significando um ato declaratório.

Demonstrar-se-á, no decorrer da Pesquisa, que instituto não é característica que decorre de lei, mas sim decorrência lógica da proteção aos preceitos constitucionais, haja vista sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal antes mesmo de sua positivação.

À vista disso, a hipótese desenvolvida ao longo da pesquisa consiste em investigar a aplicação da modulação de efeitos ao controle difuso, especialmente sua serventia ao juiz singular, já que este também exerce a referida modalidade.

Com esse fim, será feita uma reavaliação do citado fenômeno para, de forma significativa, expor as possibilidades e as aberturas que circundam a sua aplicação ao controle concreto de constitucionalidade.

Primeiro, far-se-á uma análise histórica acerca do controle de constitucionalidade em seu modelo difuso e abstrato, apontando o peculiar hibridismo pátrio. Para isso analisar-se-á os berços de seus surgimentos, bem como a sua chegada e aperfeiçoamento na jurisdição brasileira, seja por intermédio das decisões jurisprudenciais, seja por meio da lei.

Posteriormente, examinar-se-á as teorias basilares dos dois institutos, quais sejam: nulidade e anulabilidade; ressaltando suas nuances, particularidades e conflitos, mormente em relação à limitação temporal que mitiga a aplicabilidade absoluta da teoria da nulidade.

Por fim, será realizada uma análise crítica ao modelo difuso e ao fenômeno da modulação de efeitos e seus possíveis reflexos em sede do juiz monocrático. E, finalmente, preceder-se-á às considerações finais, onde se espera trazer informações que possam servir de modo contributivo para o aperfeiçoamento do instituto perante a jurisdição constitucional.

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: SURGIMENTO, EVOLUÇÃO E APERFEIÇOAMENTO EM *TERRAE BRASILIS*

O ordenamento jurídico é um conglomerado de normas dotado de coerência e harmonia. Na base desse arranjo há uma Lei Maior: a Constituição, a qual, nos dizeres de Pinto Ferreira (1983, p. 90), é “uma pedra angular, em que assenta o edifício do moderno direito político”.

Nesse sentido, a Constituição, além de ser o anseio popular positivado, é um complexo de vontades que se perfaz em um fundamento de validade dentro do ordenamento jurídico de um Estado. A Constituição é, pois, dotada de supremacia e vincula todos os Poderes da União e seus respectivos atos.

No entanto, ela não é uma regulamentação precisa e completa. Não há uma pretensão de plenitude. Tal característica dá à Magna Carta a flexibilidade necessária ao seu infundável aprimoramento, permitindo que seu conteúdo subsista no decorrer dos tempos (MENDES, 2020, p. 1181).

Com base nessa rigidez constitucional somadas a uma abertura que evite o congelamento da ordem jurídica, tem-se o controle de constitucionalidade que, para Moraes (2021, p. 811), significa “verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a Constituição, verificando seus requisitos formais e materiais”.

Dessa forma, de acordo com o referido autor (2021, p. 810), a ideia de controle de constitucionalidade está ligada à primazia da constituição sobre o restante do ordenamento jurídico, a uma compatibilidade horizontal e a um escalonamento normativo, relacionando-se com a preservação da ordem constitucional e com a proteção das linhas básicas de um Estado, traçando limites à lei vindoura.

O sistema de controle brasileiro tem uma divisão dicotômica, qual seja: o controle difuso e o controle concentrado de constitucionalidade. Também conhecidos, respectivamente, como modelo norte-americano e de modelo austríaco de controle, berços de seu surgimento (PADILHA, 2019, p. 145).

O controle difuso (aberto) de constitucionalidade é realizado por qualquer juízo ou tribunal do Poder Judiciário em análise do caso concreto (*incidenter tantum*), observados, por evidente, as regras de competência processual previstas no Código de Processo Civil de 2015 (BARROSO, 2019, p. 131).

O controle concentrado (abstrato), por sua vez, recebe esse nome justamente por se concentrar em um único órgão: o Supremo Tribunal Federal (STF). Pois a este compete processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, nos termos do artigo 102, inciso I, alínea “a” da Constituição Federal (STRECK, 2019, p. 317).

No que se refere ao sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, a primeira Constituição de 1824 (Imperial) não tocou no tema, apenas estabeleceu o Poder Moderador, que centralizou o Estado nas mãos do Imperador e consagrou o dogma da soberania legiferante do Parlamento (MENDES, 2020, p. 1249).

Todavia, após a Proclamação da República de 1889 e antes mesmo da nova Constituição, o Governo Provisório trouxe, por meio do Decreto 848 de 1890 (influência do direito norte-americano), a essência do controle de constitucionalidade; mas somente com a chegada da Constituição de 1891, a ideia ganha forma e estrutura, tratava-se do modelo difuso de constitucionalidade, no qual um órgão de cúpula do Poder Judiciário seria encarregado de realizar esse controle (STRECK, 2019, p. 130).

Com o advento da Constituição de 1934 – já na segunda república –, manteve-se o controle difuso e criou-se uma nova modalidade: a “declaração de inconstitucionalidade para evitar a intervenção federal” (MENDES, 2020, p. 1253-

1254). Trouxe ainda a cláusula de reserva de plenário e a competência do Senado Federal para suspender a execução de ato ou lei declarados inconstitucional (art. 179 e art. 91, inciso IV, respectivamente, da Constituição de 1934).

A Constituição de 1937 (Polaca) fortaleceu o poder Executivo em sede de controle de constitucionalidade, pois, a despeito de ter mantido o controle difuso, deu ao presidente a possibilidade de persuadir na decisão do Parlamento quanto à análise do controle exercido pelo poder judiciário, configurando um verdadeiro retrocesso (STRECK, 2019, p. 142).

Em 1946, a nova Constituição restaurou o sistema de controle e, através da Emenda Constitucional número 16 de 1965, sob a égide do regime ditatorial, estabeleceu-se finalmente a ação direta de inconstitucionalidade (ADI) com competência originária do Supremo Tribunal Federal (artigo 101, inciso I, alínea “k”, da Constituição de 1946). A Constituição de 1967, manteve parte do texto, retirando, todavia, a possibilidade de controle concentrado em âmbito estadual (MENDES, 2020, p. 1261).

Por fim, a Constituição de 1988 (Cidadã) marcava o fim do regime militar e um marco na democracia brasileira. Ela ampliou as formas de propositura da representação de inconstitucionalidade, nos termos do artigo 103 e seus incisos; estabeleceu a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO), consoante artigo 103, § 2º; criou a representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual (artigo 125, § 2º); e trouxe ainda a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), nos termos do artigo 102, inciso I, alínea “a”.

Destarte, ao final da década de 1980, subsistiam no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro elementos do sistema difuso e do sistema concentrado de constitucionalidade, perfazendo o modelo híbrido ou misto de controle (MENDES, 2020, p. 1279).

SISTEMAS E VIAS DE CONTROLES JUDICIAL

A doutrina divide o controle de constitucionalidade em espécies e em momentos. No que concerne à primeira, a inconstitucionalidade pode se dar por ação (positiva) ou por omissão (negativa). Quanto ao momento, o controle se subdivide em prévio (ou preventivo) e posterior (ou repressivo).

O controle preventivo pode ser exercido por todos os Poderes. No âmbito legislativo, a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJ) ou o próprio parlamentar podem arguir a inconstitucionalidade. O Executivo se pronuncia através de vetos (veto jurídico). Já o Judiciário julga o Mandado de Segurança impetrado por parlamentar – e somente por este – para proteger direito líquido e certo por quebra do devido processo legislativo (Mandado de Segurança nº 20.257/DF).

O controle repressivo acontece com a lei viciada já em vigência, ele é judiciário por excelência, mas não significa que os outros órgãos não possam exercê-lo. A análise da inconstitucionalidade, nesse caso, recairá sobre um vício formal, isto é, falha no processo legislativo, ou material, cujo vício se encontra no conteúdo do ato viciado (MOTTA, 2020, p. 796).

Faz-se mister, portanto, uma análise dos institutos de controle para se chegar às considerações finais do tema proposto. O presente artigo limitar-se-á ao controle

repressivo na seara judicial, especificamente ao controle difuso de constitucionalidade, haja vista o sistema heterogêneo pátrio.

CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle concentrado de constitucionalidade (também chamado de abstrato, reservado ou via de ação direta) é relativamente novo no Brasil, uma vez que até 1965 tão somente o controle difuso fazia parte do ordenamento jurídico brasileiro.

Criado em 1920 por Hans Kelsen, a pedido do governo da Áustria – por isso mesmo é chamado de sistema austríaco –, o modelo abstrato designa um órgão competente, uma Corte Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*), para analisar a compatibilidade das leis com as normas constitucionais (MORAES, 2021, p. 836).

No caso brasileiro, o Supremo Tribunal faz as vezes de Corte Constitucional, pois, sendo o “Guardião da Constituição”, compete-lhe (e somente a ele), em âmbito federal, a análise e representações de inconstitucionalidade em sede de controle concentrado, consoante artigo 102 da Constituição Federal de 1988 (CF).

No contexto dessa modalidade de controle, a declaração de inconstitucionalidade é objeto principal da ação, pois observa-se somente a norma, apartada de qualquer direito subjetivo. Busca-se, nas palavras de Marinoni (2021, p. 453), “apenas analisar a validade constitucional da norma, independentemente de ela ser imprescindível ou não à tutela jurisdicional”. Logo, o processo, em sede de controle abstrato, é objetivo e sem partes, em que prevalece a impessoalidade, abstração e generalidade.

Nesse sentido, por intermédio do controle abstrato, procura-se obter a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em tese, independentemente da existência de um caso concreto, visando a invalidação da lei para garantir a segurança das relações jurídicas, as quais não podem ser baseadas em normas inconstitucionais (MORAES 2021, p. 836).

O controle abstrato, como dito, é de competência do STF quando analisadas as leis e atos normativos (objeto ou ato normativo questionado) em face da Constituição Federal (parâmetro ou norma de referência), e, pelo princípio da simetria constitucional, é competência do Tribunal de Justiça quando a controvérsia for entre normas locais e a Constituição Estadual (artigo 125, § 2º da CF).

Diversas são as modalidades de controle concentrado contempladas pela Constituição Federal, a saber: ação direta de inconstitucionalidade interventiva (art. 36, III); ação direta de inconstitucionalidade genérica (art. 102, I, “a”); ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, “a”, *in fine*; EC nº 03/93); e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º).

A ação direta destina-se à proteção do próprio ordenamento, evitando a presença de elemento dissonante e incompatível com a Constituição, cabendo ao autor indicar os atos que considera incompatíveis com a Constituição e as normas constitucionais em face das quais estão sendo questionados, juntamente com as respectivas razões (BARROSO, 2019, p. 221).

CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle difuso de constitucionalidade (também conhecido como concreto, aberto ou via de exceção) tem sua origem no célebre caso *Marbury versus Madison*, de 1803, no qual foi levado à Suprema Corte dos Estados Unidos da América (por isso mesmo é chamado de sistema americano) para que ela resolvesse determinado conflito de normas: a aplicação da seção 13 do *Judiciary Act* americano, de 1789, que determinava a apreciação da matéria pela própria Suprema Corte ou se deveria prevalecer a Constituição de 1787, que não determinou tal competência originária (*United States Supreme Court, Marbury v. Madison*, 1803).

No referente caso, após exaustiva reflexão, o juiz da Suprema corte, Jhon Marshall, estabeleceu ser nula qualquer lei incompatível com a Constituição, sendo os tribunais e os demais órgãos vinculados por tal Instrumento. Percebe-se, pois, que Marshall fixou a tese da supremacia da constituição ante as demais normas, afastando, assim, a aplicação do *Judiciary Act* ao caso concreto (STRECK, 2019, p. 39).

Dessa maneira, ao lado do limitado sistema concentrado de constitucionalidade, o controle difuso outorga aos juízes e tribunais o poder de, *in concreto*, afastar, no curso de processo de sua competência, a aplicação da lei maculada. No caso brasileiro, tal possibilidade está prevista na Constituição Federal de 1988 em seus artigos 97, 102, inciso III, alíneas “a” a “d”, e 105, inciso II, alíneas “a” e “b”.

De acordo com Gilmar Mendes (2020, p. 1282-1283), o controle concreto recai sobre questão indispensável ao julgamento do mérito. A decisão não é feita sobre o objeto principal da lide, tendo o condão de tão somente afastar a incidência da norma viciada, pois caracteriza uma causa de pedir.

Essa modalidade de controle pode ser suscitada pelas partes interessadas, pelo Ministério Público e até mesmo *ex officio* pelo juiz ou tribunal. No tocante a este último, há a chamada cláusula de reserva de plenário (*full bench*), prevista no artigo 97 da Constituição Federal, estabelecendo que somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Pela sua amplitude, qualquer norma formalmente constitucional pode servir como parâmetro de controle, mesmo as normas já revogadas, situação em que, por lógica, a violação do direito deve ter ocorrido durante sua vigência (PADILHA, 2019, p. 163).

Lenio Streck (2019, p. 158), de maneira cirúrgica, esclarece que “ao contrário dos tribunais, o juiz não declara a inconstitucionalidade do texto normativo, deixa de aplicá-lo”. Assim, o juiz não julga a inconstitucionalidade da norma, mas o conteúdo de sua decisão recai apenas sobre a relação jurídica em concreto.

Nos tribunais de 2ª instância (Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais), o controle se enceta com a instalação do incidente de inconstitucionalidade, ficando suspenso o processo até o julgamento dessa prejudicial. A arguição, por sua vez, é remetida ao Pleno ou ao Órgão Especial do Tribunal (juntamente com o acordão) para a análise da inconstitucionalidade levantada (STRECK, 2019, p. 158).

Após a manifestação, o incidente retorna ao órgão fracionário responsável pelo processo e este o julgará com base na referida decisão. Tal fenômeno é chamado

pela doutrina de “cisão funcional da competência em plano horizontal” (NOVELINO, 2016, p. 215). Recebe esse nome justamente por haver essa repartição de “competências”.

Por evidente, o controle incidental pode chegar ao STF, instância máxima da jurisdição brasileira, por meio da interposição de recursos nas causas que já foram decididas em última ou única instância por outros tribunais, ou pela propositura de ações constitucionais de sua competência originária. Situação em que julgará de forma incidental, devendo, ainda, respeito à cláusula de reserva de plenário.

EFEITOS DA DECISÃO

O dogma da nulidade da lei inconstitucional pertence à tradição do Direito brasileiro e tem sido sustentada por praticamente todos os importantes constitucionalistas pátrios (MENDES, 2020, p. 1491).

Como a lei é nula de pleno direito, o vício é tido como congênito (*ab ovo*), já que o ato está maculado desde o seu nascimento. Por conseguinte, a declaração afeta o plano da validade da norma, pois ela nem sequer deveria ter sido editada (PADILHA, 2019, p. 145).

Nesse sentido, seja em âmbito de controle difuso, seja em âmbito de controle concentrado, a decisão de inconstitucionalidade é, em regra, declaratória (*ex tunc*), mas as características de cada modalidade guardam suas próprias particularidades.

EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM SEDE DE CONTROLE ABSTRATO

Nos termos da Lei n. 9.868/99 (que trata sobre a ADC e a ADI), a decisão proferida em sede de ação direta de inconstitucionalidade goza de efeitos próprios. Por ser um procedimento dotado de objetividade e abstração, cumpre ao tribunal tão somente manifestar-se acerca da validade de uma lei ou ato e sobre sua permanência ou não no ordenamento jurídico.

O parágrafo único do artigo 28 da Lei n. 9.868/99 (no mesmo sentido tem-se o artigo 102, § 2º da CF) dispõe que:

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

Conclui-se, então, que as decisões proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade têm, via de regra, eficácia repristinatória (*ex tunc*) e vinculante (*erga omnes*) não havendo necessidade suplementar de ato do Senado Federal, tal qual em sede controle concreto de constitucionalidade (a seguir tratado).

Importante salientar que todas as sentenças que declaram a inconstitucionalidade (controle difuso ou concentrado) fazem coisa julgada, a diferença é que em controle abstrato “as sentenças de inconstitucionalidade e de constitucionalidade produzem efeitos contra todos pelo simples fato de terem eficácia direta contra todos e não em virtude de ficarem revestidas pela coisa julgada material”

(MARINONI, 2021, p. 518). Nesse sentido, a coisa julgada seria somente uma forma de evitar a rediscussão da matéria no plano judicial.

EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM SEDE DE CONTROLE DIFUSO

A via concreta de controle, por sua vez, é exercida no desempenho regular da função judicial. Por isso mesmo haverá instauração de processo, citação do réu, fase de instrução e, por fim, eventual decisão que ponha fim à lide. Assim, ao término do litígio será prolatada sentença de mérito que, transitada em julgado, não poderá ser objeto de recurso e atingirá o patamar da coisa julgada.

Desse modo, o juiz resolverá o mérito com base nos pedidos das partes, nos termos artigo 490 do Código de Processo Civil (CPC); em seguida formulará sentença nos limites da questão principal expressamente decidida, consoante artigo 503 do CPC; e finalmente, como o procedimento é função natural da jurisdição, “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros”, nos moldes do artigo 506 do CPC.

A partir dessa lógica processual, constata-se que a declaração *incidenter tantum* de inconstitucionalidade é dotada de feitos retrospectivos (*ex tunc*), atingindo a origem da norma, e tem eficácia somente entre as partes (*inter partes*), pois é processo subjetivo que não prejudica terceiros, como supracitado.

Com relação ao efeito perante terceiros (*erga omnes*), somente se dará quando for decisão definitiva do STF, pois a declaração de inconstitucionalidade proferida em sede de recurso extraordinário, embora obrigue os demais órgãos do Poder Judiciário, “não elimina a norma do ordenamento jurídico, que resta em estado latente” (MARINONI, 2021, p. 1264).

Nesse contexto, para sentença declaratória incidental ultrapassar os limites subjetivos das partes, a norma deve ser suspensa por resolução do Senado Federal que, se editada, ampliará os efeitos da decisão, nos termos do artigo 52, inciso X, da Constituição federal.

A doutrina pátria se debruça nos debates sobre a validade atual desse dispositivo. Alguns defendem que o referido inciso sofrera uma mutação constitucional e se tornara obsoleto, tendo o Senado apenas a característica de dar publicidade ao ato.

Para Moraes (2021, p. 827), a declaração de inconstitucionalidade é do Supremo, mas a tarefa constitucional de ampliação desses efeitos em controle difuso é do Senado, no exercício de sua atividade legiferante, não podendo haver invasão de competências sob pena de violação do princípio constitucional da separação de poderes.

Porém, cumpre ressaltar a reduzida efetividade do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, haja vista os diversos meios de “abstrativização do controle difuso” pela Corte, podendo, inclusive, declarar a inconstitucionalidade em âmbito difuso e, preenchidos os requisitos do artigo 103-A da Constituição Federal, editar súmula vinculante, fazendo valer para todos sua decisão.

MODULAÇÃO DE EFEITOS: SISTEMA AUSTRÍACO E NORTE-AMERICANO

Seguindo exemplo do modelo norte-americano (*the unconstitutional statute is not law at all*), o controle de constitucionalidade brasileiro adota a tese da nulidade da norma inconstitucional. Assim, a decisão que reconhece a inconstitucionalidade do ato é declaratória reconhecendo um vício inato, desde a origem (*ab origine*).

Em contrapartida à teoria da nulidade, surge, após décadas, a teoria da anulabilidade da norma inconstitucional no sistema austríaco. Nesta o vício de inconstitucionalidade é aferido no plano da eficácia; naquela, no plano da validade da norma.

Nesse diapasão, é imprescindível a diferenciação entre as teorias da nulidade e anulabilidade para uma melhor análise da limitação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade, já que a modulação dos efeitos tem como pano de fundo a superação dessa dicotomia, que passa a ser considerada insuficiente para fundamentar as atuais decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade (STRECK, 2019, p. 432).

TEORIA DA NULIDADE DOS ATOS DECLARADOS INCONSTITUCIONAIS

É seguro afirmar que a doutrina e jurisprudência brasileira adotaram, sob forte influência do direito norte-americano, a caracterização da teoria da nulidade ao se declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, o que acaba afetando o plano da validade da norma.

O entendimento era de que se a declaração não retroagisse à data de vigência da lei ou ato normativo de nada adiantaria o reconhecimento da inconstitucionalidade que manteriam os efeitos da norma inconstitucional e isso desmotivaria os demais jurisdicionados a suscitarem a inconstitucionalidade de outros atos viciados.

Percebe-se que houve uma equiparação entre nulidade e inconstitucionalidade, significando um verdadeiro ato declaratório (MENDES, 2020, p. 1491). A consequência lógica disso é que a lei inconstitucional nunca existiu, fazendo cessar todos os efeitos que porventura existiram em função da norma.

Partindo da premissa de que a Constituição é a norma elementar do ordenamento jurídico de um Estado, é instintivo defender que todo ato contrário a ela é nulo, e o é desde o seu nascimento, pois nem sequer deveria ter sido elaborado.

Um dos defensores mais fervorosos da teoria da nulidade da norma inconstitucional foi Rui Barbosa. Para ele, “toda medida legislativa, ou executiva, que contrarie preceitos constitucionais, é, de sua essência, nula” (BARBOSA, 1893, p. 47).

Assim, a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma simplesmente declara a sua validade ou nulidade. Nada constitui nem desconstitui, sendo meramente declaratória a sentença. Nesse sentido, a sua eficácia temporal é *ex tunc* com efeitos retrospectivos (ZAVASCKI, 2001, p. 48).

Desse modo, nota-se que é pacífica a adoção da teoria da nulidade no Brasil, o que, embora possa causar certa insegurança jurídica, corrobora com a confiança dada às leis e aos atos normativos que gozam de presunção de constitucionalidade e devem sempre observar os preceitos e as normas constitucionais, respeitando a todo momento a sua supremacia.

MITIGAÇÃO DA TEORIA DA NULIDADE ABSOLUTA: EMERGÊNCIA DA TEORIA DA ANULABILIDADE

Declarar uma norma inconstitucional é dizer que ela é nula desde o seu nascimento. Como corolário desse fenômeno, “não serão admitidos efeitos válidos à lei inconstitucional, devendo todas as relações jurídicas constituídas com base nela voltar ao *status quo ante*” (BARROSO, 2019, p 38). Para isso, é dotada de efeitos retroativos que desconstituem todas as relações jurídicas criadas com base na norma inconstitucional.

Em sentido oposto, praticamente um século após o surgimento da teoria da nulidade, surge a teoria da anulabilidade da norma, que se originou no sistema austríaco sob a influência de Hans Kelsen (MARINONI, 2021, p. 440). Nessa teoria, a norma é constitucional até que um juízo competente a anule. Seria, então, uma sentença constitutiva em que a norma vige até que se constitua sua “morte”, preservando os efeitos até então produzidos.

A tese clássica da nulidade fora rejeitada por Kelsen, fazendo-o desenvolver a tese da anulabilidade. Para ele não se poderia conceber, dentro de uma ordem jurídica, algo como a nulidade normativa, mas sim que deveria haver normas anuláveis em vários graus com efeitos *pro futuro*. Situação em que permaneceriam intocados os efeitos até então produzidos pela norma (FERREIRA FILHO, 2020 p. 28). O ato viciado seria, então, anulável e dotado de efeitos prospectivos (*ex nunc*).

No Brasil, a teoria da anulabilidade da norma inconstitucional é corrente minoritária, todavia tal entendimento vem sendo flexibilizado, em vista da segurança jurídica e do interesse social. Percebeu-se, com o tempo, que a nulidade absoluta de uma lei poderia causar consequências mais avassaladoras do que sua vigência, mesmo estando viciada.

É notória, pois, a aproximação doutrinária e jurisprudencial pátria com a correte kelseniana. Na verdade, as Leis nº 9.868 e nº 9.882, ambas de 1999, sem descartar totalmente a tese da nulidade do ato inconstitucional, admitem a limitação dos efeitos do reconhecimento da inconstitucionalidade em situações excepcionais a seguir tratadas.

ORIGEM DO FENÔMENO DA MODULAÇÃO E SUA RECEPÇÃO NA JURISDIÇÃO BRASILEIRA

Preliminarmente, faz-se mister uma análise do Direito americano, que é a “matriz do sistema brasileiro de controle” (MENDES, 2020, p. 1323). É onde se encontrará os alicerces e a origem da essência não só da modulação, mas de todo o controle de constitucionalidade.

O primeiro caso que suscitou a questão da limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade nos Estados Unidos foi o caso *Mapp v. Ohio*, em 1961, no qual Dolree Mapp foi condenado por deter a posse de material com conteúdo lascivo e obsceno, violando o disposto no parágrafo 2905.84, do *Ohio's Revised Code (United States Supreme, Mapp v. Ohio, 1961)*.

No referido caso, as provas para a condenação foram obtidas de maneira ilícita, no qual deu-se busca em domicílio sem mandado judicial. A Suprema Corte, de forma contrária ao que decidiu a primeira instância, determinou que a regra da exclusão,

prevista na 4ª Emenda da Constituição (que proibia a utilização de provas obtidas ilegalmente perante as cortes federais) se estenderia também às cortes estaduais, devendo ser expurgadas do processo.

Essa controvérsia superou o entendimento no caso *Wolf v. Colorado*, julgado em 1949. Neste, decidiu-se que a regra de exclusão não deveria ser aplicada às cortes estaduais. Era o mesmo que, de forma absurda, aceitar o uso de provas obtidas ilegalmente para condenação de acusados (*United States Supreme, Wolf v. Colorado*, 1949).

Como consequência do caso *Mapp v. Ohio*, a Suprema Corte sofreu uma enxurrada de *habeas corpus* de presos com a esperança obter a aplicação retroativa do novo entendimento, já que a teoria adotada era da nulidade *ab initio* da declaração de inconstitucionalidade, razão pela qual eventuais condenações com o mesmo fundamento deveriam também ser revistas e anuladas.

Dessa forma, temendo a insegurança jurídica que a retroatividade da decisão traria, a Suprema Corte, julgando o caso *Linkletter v. Walker*, de 1965, em que pediam a aplicação retrospectiva do entendimento aplicado ao caso *Mapp v. Ohio*, salientou que em nenhum lugar da Constituição havia texto expresso proibindo ou mesmo exigindo o efeito retroativo, e que tal efeito deveria ser analisado especificamente em cada caso concreto (*United States Supreme Court, Linkletter v. Walker*, 1965).

Destarte, no próprio berço da teoria da nulidade das leis inconstitucionais, acabou-se por implantar a modulação de efeitos, justamente para garantir direitos que seriam violados com a aplicação de efeitos retrospectivos (STRECK, 2019, p. 429).

Tal percepção jurídica da teoria da nulidade se espalhou pelo mundo. Todavia, na busca em evitar as consequências negativas que a declaração poderia causar em relações jurídicas consolidadas, os tribunais passaram simplesmente a se abster de declarar a nulidade da norma inconstitucional, não mais se atentando a expurgá-la do ordenamento jurídico. Posteriormente, os tribunais superaram essa atitude e passaram a decidir que a lei seria inconstitucional, mas seus efeitos não eram aplicáveis a todos os casos (STRECK, 2019, p. 430).

Há um significativo número de Cortes Constitucionais que adotam essa tese, por exemplo: a Corte Constitucional austríaca (artigo 140 da Constituição Austríaca); a Corte Constitucional alemã (Lei Orgânica, parágrafos 31, 2 e 79, 1); a Corte Constitucional espanhola (embora não expressa na Constituição, adotou, desde 1989, a técnica); o Tribunal Constitucional da República Portuguesa também tem corriqueiramente aplicado esse entendimento, como exemplo tem-se o Acórdão 24/83.

No Brasil, antes de qualquer positivação legal, o STF provavelmente foi o único órgão importante a não fazer uso, de modo expresso, da limitação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade (MENDES, 2020, p. 1324). No entanto, não é preciso maior esforço de argumentação para imaginar as consequências práticas da tese da nulidade.

Nesse sentido, temendo as consequências da declaração de inconstitucionalidade e corroborando com entendimento do Supremo Tribunal Federal, o legislador, de forma precisa, editou o artigo 27 da Lei n. 9.868/99, que dispõe:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Desse modo, tendo em vista a segurança jurídica ou o excepcional interesse social, pode o STF, por maioria qualificada, conferir efeitos futuros (*ex nunc*) à sua decisão. Trata-se da técnica da modulação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade ou, em outras palavras, da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade.

A mitigação temporal pode se manifestar de variadas formas. A regra geral é que a decisão tenha efeitos *erga omnes*, mas há a possibilidade de limitá-la a casos específicos e/ou já consolidados. Os efeitos podem vigorar a partir de qualquer momento escolhido pela Corte, desde que os motivos sejam expressamente por ela previstos (MORAES, 2021, p. 867).

Importante salientar que essa não é a única técnica de relativização da teoria da nulidade. Há, a título de exemplo, outras que foram incorporadas ao ordenamento pátrio que se referem a declaração da inconstitucionalidade, mas que não importam em nulidade da norma, a saber: a interpretação conforme a Constituição e a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto.

De acordo com Moraes (2021, p. 866), para a caracterização da limitação temporal dois requisitos são imprescindíveis, a saber: a) requisito formal: a decisão da maioria de dois terços dos membros do Tribunal; e b) requisito material: a presença de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

Em sentido convergente e complementar Georges Abboud (2011, p. 272) afirma que:

Há duas perspectivas que a modulação de efeitos das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade não pode perder: a) a impossibilidade de que o interesse público constitua fundamento jurídico para realização de uma modulação de efeitos benéfica ao Estado, Poder Público, em específico se esta for capaz de restringir direitos fundamentais; e b) a vedação em realizar-se a modulação de efeitos com fundamento único e exclusivo em argumentos consequencialista, ou seja, decisões de política.

Percebe-se, assim, que se trata de situação excepcionalíssima e ponderada, de modo que não pode ser trivializado muito menos usado como artimanha política. Deve ser meio canalizador e protetor dos direitos fundamentais para que não sejam atingidos em razão dos efeitos usuais de uma declaração de inconstitucionalidade

O CONTROLE DIFUSO E O INSTITUTO DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS

Malgrado o artigo 27 da Lei n. 9.868/99 e o artigo 11 da Lei nº 9.882/99 tenham autorizado tão somente o Supremo Tribunal Federal a declarar a inconstitucionalidade dando efeitos prospectivos à sua sentença, é justo o questionamento de sua aplicação em âmbito de controle difuso de constitucionalidade, dada a coexistência entre os modelos difuso e concentrado na jurisdição brasileira.

Com o advento do caso *Linkletter v. Walker*, o novo entendimento se propagou pelo globo e alguns países (acima citados) passaram a admitir a mitigação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em casos específicos.

Para Gilmar mendes (2020, p. 1324), “o modelo difuso não se mostra incompatível com a doutrina da limitação dos efeitos”. No mesmo sentido, Streck (2019, p. 435), ao tratar sobre o tema, diz que “não parece haver sentido em restringir sua aplicação apenas ao controle concentrado, especialmente sob a alegação de que a previsão consta apenas do art. 27 da Lei 9.868/1999”.

No Brasil, o *leading case*, no que concerne à modulação de efeitos em sede de controle difuso, é o julgamento do RE nº 197.917 de 2002, no qual o STF reduziu o número de vereadores do Município de Mira Estrela de 11 para 9, determinando que a respectiva decisão só atingisse a próxima legislatura.

O Supremo entendeu que se tratava de “situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente”, devendo prevalecer o interesse público “para assegurar, em caráter de exceção, efeitos *pro futuro* à declaração incidental de inconstitucionalidade” (RE 197.917, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 06.06.2002, Pleno, DJ de 07.05.2004).

Nesse contexto, a simples aplicação teoria da nulidade deu-se por insuficiente aos olhos da Corte que, para evitar a insegurança jurídica e grave dano ao interesse social, optou por aplicar, por analogia, o artigo 27 da Lei n. 9.868/99 ao controle difuso de constitucionalidade, dando-lhes eficácia prospectiva.

Dessa maneira, o STF vem casuisticamente adotando a limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade na seara do controle incidental que, via de regra, tem efeitos *ex tunc*. Assim, uma vez aplicada a modulação, ficam ressalvados os casos já decididos, regendo-se apenas os casos futuros (*ex nunc*).

A dosagem de feitos na modulação não precisa ser solicitada pela parte, podendo ser aplicada de ofício pelo Tribunal. Sendo possível, inclusive, ser suscitada por meio de embargos de declaração, mesmo após o julgamento da questão principal (vide STF, ED no RE 501.171/GO, DJe, 3 jun. 2011, rel. Min. Ricardo Lewandowski).

O segundo julgado que se mostra pertinente é a decisão do agravo regimental no agravo de instrumento nº 627.770, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, no qual se negou provimento e se concluiu que a limitação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso pressupõe inequívoca excepcionalidade e apenas se justifica pelo risco à segurança jurídica e/ou ao relevante interesse social (STF, AI 627.770 AgR/RJ, 2011).

A terceira decisão oportuna refere-se ao julgamento do HC 82.959/2006, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, em que o Tribunal, por maioria, deferiu o pedido de *habeas corpus* e declarou, em sede de controle difuso, a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/90, que vedava a possibilidade de progressão do regime de cumprimento da pena nos crimes hediondos. Nessa ocasião, entendeu-se que a decisão não geraria consequências jurídicas com relação às penas já extintas na data do julgamento (STF, *Habeas Copus* n. 82.959/SP, 2006).

Registre-se, ainda, o julgamento conjunto dos Recursos Extraordinários de números 560.626, 556.664 e 559.882, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, bem como do RE 559.943, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, nos quais se discutiu a

constitucionalidade nomodinâmica dos artigos 45 e 46 da Lei n. 8.212/91, em face do artigo 143, inciso III, alínea “b”, da Constituição Federal, diante da alegação de que os dispositivos questionados tratavam de prescrição e decadência de crédito tributário, matérias que são reservadas à lei complementar.

O Supremo, depois de muita análise, decidiu por declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos, todavia, temendo a insegurança jurídica, modulou os efeitos da decisão, dando efeitos prospectivos à declaração de inconstitucionalidade evitando futuras ações com o objetivo de reaver os valores já recolhidos (RE n. 556.664/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2007).

Isto posto, nota-se que a aplicação do instituto da modulação dos efeitos em sede de controle difuso também é estritamente excepcional, devendo decorrer de atos específicos, justificáveis e como meio assecuratório de direitos fundamentais.

O JUIZ SINGULAR E A MITIGAÇÃO *INCIDENTER TANTUM* DOS EFEITOS DA INCONSTITUCIONALIDADE

O reconhecimento da inconstitucionalidade em sede de controle concreto não é competência exclusiva do STF, por isso mesmo é chamado de difuso, pois se difunde por todo o Poder Judiciário. Em vista disso, torna-se lícito indagar: seria possível os tribunais e os juízos monocráticos limitarem os efeitos da decisão proferida no âmbito de controle difuso de constitucionalidade, já que também exercem tal modalidade?

No que se refere aos tribunais, alguns já se valeram da invocação expressa do art. 27 da Lei nº 9.868/99. O legislador ordinário, atento a isso, inseriu a previsão no Código de Processo Civil de 2015, autorizando a modulação de efeitos temporais no controle difuso de constitucionalidade por meio dos artigos 525, parágrafos 12 e 13 e artigo 535, parágrafos 5º e 6º.

Todavia, merece destaque o § 3º do artigo 927 do CPC, que dispõe que em caso de alteração da jurisprudência dominante do STF, dos tribunais superiores ou, ainda, das decisões proferidas em casos repetitivos, pode haver modulação de efeitos se restar comprovada lesão ou ameaça de lesão aos princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

Quanto aos demais órgãos, o único tribunal, em importante decisão, que se propôs a confrontar o tema foi a Primeira Seção do STJ em 2007, que proferiu o seguinte voto:

Salvo nas hipóteses excepcionais previstas no art. 27 da Lei n. 9.868/1999, é incabível ao Judiciário, sob pena de usurpação da atividade legislativa, promover a modulação temporal das suas decisões para o efeito de dar eficácia prospectiva a preceitos normativos reconhecidamente revogados (REsp 738.689/PR do STJ, Rel. Min. Teori Zavascki, DJ em 22/10/2007).

Fato interessante é que o fundamento acima deixou de prosperar com advento do § 3º do artigo 927, do CPC/15. Mas, ainda assim, o STJ, por reiteradas vezes, voltou a reproduzir tal entendimento, que atualmente se encontra defasado (PEIXOTO, 2016, p. 237-242).

No julgamento do Resp n. 1.596.978/RJ, de 2016, houve requerimento de limitação temporal da sentença em decorrência do julgamento de um recurso repetitivo de 2010 que tratava sobre recolhimento de imposto de renda dos servidores que, embora preenchessem os requisitos para aposentadoria, continuaram exercendo serviço público, situação em que, por lei, recebiam abono permanência de valor igual ao de sua contribuição (STJ, 1ª Turma, REsp 1.596.978/RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe em 01/09/2016).

Ocorre que o entendimento, até então, do STJ era de que sobre essas verbas incidiriam imposto de renda. Nessa problemática, analisando o caso concreto, o ministro e relator, Napoleão Nunes, entendeu que, por se tratar encargo tributário, o entendimento não poderia gozar de efeitos retrospectivos para que não se prejudicasse relações jurídicas consolidadas.

Peixoto (2017, n.p.), ao tratar da resistência do STJ a respeito da aplicação da modulação de efeitos, afirma ainda que o voto vencido do ministro Gurgel Farias, no caso acima, é o entendimento consolidado do Tribunal. Para Farias, só se pode limitar os efeitos em situações excepcionais do artigo 27, da Lei 9.868/1999, sob pena de usurpação da atividade legislativa. E alerta que a simples alteração jurisprudencial, sem outro motivo justificante, não ofende o princípio da segurança jurídica, não se podendo falar em modulação de efeitos.

De qualquer forma, parece contrassenso um juiz deter poderes para declarar a inconstitucionalidade *incidenter tantum* de uma lei e não possuir poderes para mitigar a aplicação de seus efeitos, uma vez que cabe a ele a análise fático-probatória no exercício da jurisdição.

É cristalina que a faculdade do juízo monocrático de negar aplicação de norma que repute inconstitucional é desempenhada com mais plenitude e singeleza do que a competência dos tribunais para a mesma providência, pois estes se submetem à reserva de plenário e a um procedimento mais rigoroso (BARROSO, 2019, p. 137).

No entanto, a mitigação temporal de efeitos não envolve somente a nulidade ou anulabilidade da norma, mas sim a sua superação agregada à análise de outros institutos. Tem-se como exemplo a análise da coisa julgada material em que o artigo 502 do CPC atribui-lhe imutabilidade. Soma-se a isso o inciso XXXVI, do artigo 5º, da Constituição, o qual diz que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Nesse sentido, Marinoni (2021, p. 531) leciona que a coisa julgada material é um quesito limitador da retroatividade da norma e deve ser levado em conta na análise da aplicação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, haja vista que a declaração de nulidade da norma não ser de efeito automático, devendo ser analisado caso a caso.

Não bastasse tal controvérsia, o controle difuso é paradoxal em si mesmo, pois como poderia uma lei ser nula de pleno direito em que a declaração de nulidade é dotada de efeitos retroativos, mas produzir eficácia somente entre as partes?

Em todo caso, a doutrina atual não parece se debruçar nos pormenores da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade em sede do controle difuso no âmbito dos juízos monocráticos.

Gilmar Mendes (2020, p. 1325) parece limitar à alçada do STF a possibilidade de modular os efeitos, entendimento que pode ser retirado do seguinte excerto: “tendo em vista os próprios fundamentos legitimadores da restrição de efeitos, poderá o Tribunal declarar a inconstitucionalidade com efeitos limitados, fazendo, porém, a ressalva dos casos já decididos ou dos casos pendentes até determinado momento”.

Moraes (2021, p. 866), como já ventilado aqui, limita de forma expressa à competência do STF ao trazer dois requisitos para que se possa modular os efeitos da decisão em sede de controle difuso: 1) requisito formal (a decisão da maioria de dois terços dos membros do Tribunal); e 2) requisito material (a presença de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social). Padilha (2019, p. 149) traz os mesmos requisitos.

Outros doutrinadores nem sequer tocam nessas nuances. Lenio Streck, por sua vez, desvincula a sua utilização da simples aplicação analógica do artigo 27 da Lei 9.868/99, de modo que não haveria necessidade de previsão legal (2019, p. 435).

Em teses acadêmicas, relativamente antigas, os autores, a despeito de reconhecerem a incongruência, parecem se ater ao requisito formal da modulação (a maioria de 2/3 dos Membros do Tribunal) para limitar a mitigação de efeitos à jurisdição do STF.

Leão e Costa (2012, p. 07), ao tratarem sobre o *quorum* de dois terços, concluem ser descomedido admitir a possibilidade de aplicação do instituto por juízos monocráticos sendo que, além de não ter “carga de relevância”, a sua aplicação por qualquer órgão “alteraria a *mens legis* do dispositivo legal embasador da modulação de efeitos”.

No mesmo contexto, Oliveira (2012, n.p.), aliás coincidentemente com o uso das mesmas palavras, analisando também o *quorum*, diz ser “forçoso reconhecer que a possibilidade de aplicação, por analogia, do art. 27 da Lei nº 9.868/99 ao controle difuso” e que somente seria possível “quando da sua realização pelo Supremo Tribunal Federal, mesmo em se tratando da fiscalização incidental de constitucionalidade”.

Malgrado as considerações, de fato pertinentes, a jurisdição atual parece se distanciar da aplicação simplória do artigo supracitado. No julgamento da ADI nº 4.029/DF, em seu voto o relator, o ministro Luiz Fux, trouxe à tona o princípio da proporcionalidade ao decidir que a modulação “não significa uma afronta à Carta Magna, mas uma defesa da segurança jurídica, também norma constitucional (art. 5º, *caput*), sob o prisma do princípio da proporcionalidade”.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.357/DF de 2013, o Supremo modulou os efeitos da decisão e destacou o seguinte:

A modulação temporal das decisões em controle judicial de constitucionalidade decorre diretamente da Carta de 1988 ao consubstanciar instrumento voltado à acomodação otimizada entre o princípio da nulidade das leis inconstitucionais e outros valores constitucionais relevantes, notadamente a segurança jurídica e a proteção da confiança legítima.

Nesse sentido, no mesmo raciocínio, a modulação parece estar ligada diretamente à ideia de um Estado Democrático de Direito, derivando diretamente da ordem constitucional. Isso significa que a aplicação do instituto não precisa estar atrelada a qualquer previsão legislativa.

Ferreira (2007, p. 173) argumenta que seria ilógico permitir que o juiz declarasse incidentalmente a inconstitucionalidade e, simultaneamente, o proibisse de estabelecer efeitos prospectivos à sua decisão, de modo que ele quedasse “de mãos atadas em ar contemplativo, mesmo vislumbrando o desmoronamento da boa-fé e da segurança jurídica das partes litigantes”.

Em julgamento hodierno do STF, na análise do embargo de declaração na arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF 353 ED/DF) do dia 08/09/2021, faz mister excerto da decisão da Ministra e relatora, Cármen Lúcia, a saber:

Pelas circunstâncias fáticas e possíveis repercussões sociais, jurídicas e econômicas, concluo cabível a modulação pretendida, para equalizar o julgado conforme os imperativos de segurança jurídica e do excepcional interesse público.

Nessa mesma perspectiva, no julgamento da ADI 1220/DF, julgado em 19/12/2019, o Ministro Roberto Barroso, de maneira formidável, conclui:

A atribuição de efeitos não retroativos às declarações de inconstitucionalidade reflete juízo de ponderação. Registro, no entanto, que tal juízo não envolve o assim denominado princípio da supremacia da Constituição. Esse princípio constitui pressuposto do próprio sistema de controle de constitucionalidade e, por consequência, não pode ser ponderado sem que se comprometa a ordem e a unidade do sistema. Na verdade, a ponderação feita em casos de modulação temporal dos efeitos da decisão se dá entre a disposição constitucional tida por violada e os valores que resguardam os efeitos produzidos pelo próprio ato inconstitucional impugnado.

Logo, a modulação nada mais é do que uma ponderação principiológica onde, de um lado, temos o princípio da nulidade da norma e, de outro lado, princípios constitucionais fundamentais, com a finalidade de preservar o interesse da coletividade e da segurança jurídica das relações consolidadas. Nesse diapasão, Barroso (2019, p. 180) assevera que “a possibilidade de ponderar valores e bens jurídicos constitucionais não depende de previsão legal”.

Percebe-se, assim, que não há necessidade de vinculação entre a flexibilização dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade com o artigo 27 da Lei nº 9.868/99. A modulação seria, então, a manifestação ínsita à própria vontade Constitucional. Logo, como não há na lei, na doutrina ou na jurisprudência empecilho para o exercício dessa função pelo magistrado de primeiro grau, se propôs, o presente artigo, a realizar uma revisão doutrinária e jurisprudencial com o fito de demonstrar suas particularidades e sua (im)possível aplicabilidade no âmbito do juízo monocrático.

CONCLUSÃO

Uma vez feita a extensa pesquisa qualitativa supra, que se efetivou não apenas por meio de pesquisas bibliográficas, mas também se recorreu às mais variadas fontes, tais como sites, bibliotecas virtuais, acervos jurisprudenciais e trabalhos acadêmicos, de modo que se pôde analisar, de maneira satisfatória, o tema, ora em contextualização, cujas hipóteses foram devidamente verificadas, tendo como objetivo

geral examinar a (im)possibilidade de aplicação da técnica da modulação dos efeitos no âmbito do controle difuso de constitucionalidade ao juízo monocrático. Trata-se de revisão doutrinária e jurisprudencial, uma vez que partirá para análise e discussão de informações já publicadas.

Malgrado tratar-se de assunto relativamente antigo, a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade é um tema bastante conturbado. A coexistência de dois modelos em uma única jurisdição dá aspectos únicos ao ordenamento brasileiro, o que exige constantes reposicionamentos dos operadores do direito.

Diante dessas considerações, objetivando discorrer acerca do referido tema, verificou-se na doutrina uma ausência quase que total de tratativa específica sobre o objeto deste Trabalho. Nota-se que parece haver uma obviedade, no sentido de que apenas o Supremo Tribunal poderia modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, não se cogitando sequer sua tratativa por um juiz singular.

No entanto, o controle difuso é universalizado, isto é, qualquer órgão jurisdicional pode exercê-lo no âmbito de sua competência. Ademais, não há regulamentação legal sobre a aplicação do instituto em sede de controle concreto, tratando-se de simples aplicação analógica.

Como exposto durante todo o trabalho, a doutrina é pacífica quanto à possibilidade da modulação de efeitos na análise difusa de controle. Todavia, como também já ventilado, sua aplicação não se limita à mera aplicação analógica do artigo 27 da Lei n. 9.868/99, de modo que se trata de consequência lógica do anseio constitucional.

Ora, se o controle difuso é exercido por todo judiciário e a aplicação da modulação não precisa necessariamente estar ligada ao referido artigo, mas sim a uma análise concreta das consequências ordinárias de uma declaração de inconstitucionalidade, não parece haver tal obviedade do ponto de vista fático.

De todo modo, é cristalina a limitação imposta pela doutrina ao trazer o requisito formal para que se possa mitigar os efeitos da decisão, qual seja o quórum qualificado de 2/3 dos membros do respectivo tribunal, destacando a excepcionalidade do instituto.

Tal característica deriva da cláusula de reserva de plenário (*full bench*), que, malgrado seja levantada como critério limitador, não se aplica ao juiz singular, pois este exerce o controle difuso de maneira singular não se falando em quórum mínimo.

Na mesma linha de pensamento, a respeito do acervo de trabalhos acadêmicos utilizados como fonte de pesquisa, pôde-se observar que os autores se limitaram ao referido requisito formal para restringir sua aplicação ao Supremo Tribunal Federal, não trazendo maiores argumentos.

No que concerne ao aspecto jurisprudencial, buscou-se julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Constatou-se que apenas um julgado – relativamente antigo – do STJ enfrentou o tema aqui proposto. No julgamento EREsp 738.689/PR, o STJ afirmou que a limitação temporal, fora das hipóteses legais, é incabível ao judiciário, sob pena de usurpação da função legislativa.

No entanto, essa decisão é contraditória com a própria sistemática de modulação. É como assumir que o próprio Supremo exercesse atividade legiferante

por força de lei. Outrossim, esse acórdão data de antes da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil que, em seu artigo 927, § 3º, trouxe de maneira expressa a possibilidade de modulação temporal no âmbito não só do STF, mas também dos Tribunais Superiores. Fato interessante é que o *caput* do referido artigo traz que “os juízes e os tribunais observarão”, dando a entender que ambos poderiam se valer de tal entendimento.

Quanto ao STF, os julgados, com o passar dos tempos, começaram a ser respaldados não só nos princípios da segurança jurídica, mas também em princípios como o da proporcionalidade, observado no julgamento da ADI nº 4.029/DF. Se fala até em valores constitucionais (conceito jurídico indeterminado) em que a possibilidade de modulação derivaria da própria dialética constitucional (ADI 1220/DF).

Em sede de controle difuso, o marco histórico, no direito brasileiro, foi o julgamento do RE 197.917. Essa ação, onde se restringiu a eficácia temporal dando-lhe efeitos *ex nunc*, foi de fundamental valia à presente pesquisa, pois nela sobressai o belíssimo voto do Ministro Gilmar Mendes que destacou que a limitação de efeitos é atributo do próprio sistema de controle judicial. Destacou ainda que a modulação visa, acima de tudo, evitar danos ao sistema jurídico constitucional.

Por fim, em enfrentamento ao tema supracitado, explicita-se que não foi possível cumpri-lo, justamente por não haver tratativa minudente sobre o tema, jurisprudencial ou doutrinariamente – razão pela qual deu-se por relevante a sua discussão. De todo modo, com base na extensa pesquisa até aqui exposta, foi possível chegar às seguintes considerações:

- a) a jurisprudência pátria vem casuisticamente relativizando a teoria da nulidade adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, de forma que haja uma confrontação principiológica, entre a nulidade e a segurança jurídica, para que se evite danos maiores à coletividade.
- b) a presunção de constitucionalidade das normas é preceito suficiente para gerar na sociedade a sensação de legitimidade da norma, razão pela qual uma desconstituição integral dos atos baseados na lei viciada pode causar danos mais avassaladores do que a própria vigência da norma inconstitucional.
- c) a limitação temporal ultrapassa a simples análise da dicotomia nulidade *versus* anulabilidade, sua aplicação pode se dar de qualquer forma, forma esta que buscará o melhor meio para tutelar o interesse social em respeito não só à segurança jurídica, mas também aos limites da coisa julgada e aos preceitos constitucionais.
- d) a Lei nº 9.868/99 não inovou, de certa forma, o ordenamento jurídico, pois o STF, sensível às consequências fáticas de sua decisão, já aplicava a técnica modulação antes de sua vigência mesmo que de forma não expressa. Logo a aplicação do instituto não demanda previsão legal, pois é atributo ínsito ao controle de constitucionalidade, sendo, portanto, decorrência lógica da ordem constitucional.
- e) por mais que se hesite em atribuir aos juízes a possibilidade de modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, as decisões sobre o tema trazem conceitos jurídicos indeterminados. Nesse contexto, em face de situações excepcionais em que o juiz monocrático identifique que a aplicação retrospectiva (*ex tunc*) ameace elementos basilares da ordem jurídica, em especial princípios que refletem os elementos substanciais da Constituição,

não parece haver óbice para que ele confira eficácia prospectiva (*ex nunc*) à sua sentença em sede de controle difuso, de forma que fiquem preservados os efeitos outrora consumados.

- f) Por fim, a doutrina é uníssona quanto à excepcionalidade da limitação temporal. Tal instituto deve ser usado como *ultima ratio*, em casos extremos e de forma ponderada, de maneira que não haja usurpação da função legislativa e afronta ao princípio da separação de poderes.

Isto posto, após as considerações acima delineadas, pode-se demonstrar a relevância acadêmica e social do presente Trabalho de Conclusão de Curso, tendo em vista que, de certa forma, objetivou-se despertar no leitor o interesse e a curiosidade acerca do tema, bem como buscou-se expor as lacunas legais, doutrinárias e jurisprudenciais que o cerca, mas que, de toda forma, goza de elementos satisfatórios para o desenvolvimento de um pensamento crítico em vista de todo o conteúdo discutido.

Salienta-se, finalmente, que tais considerações não encerram as discussões sobre o tema, mas fomentam seu debate. Buscou-se apenas uma análise crítica contributiva no que se refere à jurisdição constitucional brasileira. Nesse sentido, mais do que objetivar um positivismo exacerbado, deve-se almejar a efetivação dos preceitos constitucionais, de sorte que a modulação seja aplicada com base em fatos e não de maneira discricionária como subterfúgio político.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Ed. RT, 2011.

BARBOSA, Ruy. *Actos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo*. Rio de Janeiro: Companhia Imprensa, 1893.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI n. 4.357/DF. Rel. Min. Ayres Brito. DJ 13/03/2013. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6812428>>. Acesso em 20/09/2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI n. 1220/DF, Relator: ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 19/12/2019. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752222410>>. Acesso em 20/09/2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. HC 82.959. Rel. Min. Marco

Aurélio. DJ 13/06/2006. Disponível em:
<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>>.
Acesso em 10/04/2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. RE 197.917/SP. Rel. Min. Maurício Corrêa. DJ 07/05/2004. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br>. Acesso em 10/04/2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. RE 574.706, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 15/07/2017, DJE 08/04/2021). Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br>. Acesso em 10/04/2021.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 8ª ed. São Paulo – SP: Saraiva, 2019.

FERREIRA, Carlos Wagner Dias. *Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso*. Revista da Escola de Magistratura Federal da 5ª Região. Rio Grande do Norte, 2007. Disponível em:
<<https://revista.trf5.jus.br/index.php/esmafe/article/view/114>>. Acesso em: 20/05/2021.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 41ª ed. São Paulo – SP: Grupo GEN, 2020.

FERREIRA, Pinto. *Princípios gerais do direito constitucional moderno*. São Paulo – SP, Saraiva, 1983.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

LEÃO, Demetrius Almeida; COSTA, Soraya Ferreira. *Modulação de efeitos em sede de controle difuso de constitucionalidade*. Revista da Universidade Estadual da Paraíba. Paraíba, 2012. Disponível em:
<<http://revista.uepb.edu.br/index.php/datavenia/article/view/3519-10466-1/1955>>. Acesso em: 20/08/2021.

_____. *Lei n. 9.868 de 10 de novembro de 1999*: Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

_____. *Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015*: Código de Processo Civil.

LENZA, Pedro. *Esquematizado - Direito Constitucional*. 25ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO; DANIEL. *Curso de direito constitucional*. 9ª ed. São Paulo – SP: Saraiva, 2021.

MARSHALL, John; 1755-1835. *Decisões constituintes de Marshall*. Reimpressão fac-similar. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. (Arquivos do Ministério da Justiça.) Trad. Américo Lobo; Apresentação de Nelson A. Jobim; Introdução de Josaphat Marinho.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. *Série IDP - Curso de direito constitucional*. 15ª ed. São Paulo – SP: Saraiva, 2020.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 37ª ed. São Paulo – SP: Grupo GEN, 2021.

MOTTA, Sylvio. *Direito Constitucional*. 28ª ed. São Paulo – SP: Grupo GEN, 2019.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed. Salvador – BA: JusPODIVM, 2016.

OLIVEIRA, Márcia Lima Santos. *Modulação dos efeitos temporais no controle de constitucionalidade difuso*. Revista 99, 2012. Disponível em: < <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/modulacao-dos-efeitos-temporais-no-controle-de-constitucionalidade-difuso/amp/>>. Acesso em: 10 de setembro de 2021.

PADILHA, Rodrigo. *Direito Constitucional*. 6ª ed. São Paulo – SP: Grupo GEN, 2019.

PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

PEIXOTO, Ravi. *Resistência do Superior Tribunal de Justiça em modular efeitos é evidente*. Conjur, 2017. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2017-set-13/ravi-peixoto-resistencia-stj-modular-efeitos-evidente#sdfootnote10sym>>. Acesso em: 10 de setembro de 2021.

QUINTAS, Fabio Lima. *Modulação dos efeitos não pode ser banalizada pelo poder judiciário*. Conjur, 2014. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2014-ago-09/observatorio-constitucional-modulacao-efeitos-nao-banalizada-poder-judiciario#_ftn9>. Acesso em: 10 de setembro de 2021.

STJ, 1ª Turma, REsp 1.596.978/RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado no dia 07/06/2016, publicado no dia 01/09/2016.

STJ, 1ª Seção, EREsp 738.689/PR, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado no dia 27/06/2007, publicado no dia 22/10/2007.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional*. 6ª ed. Rio de Janeiro – RJ: Grupo GEN, 2019.

United States Supreme Court. Linkletter v. Walker, 381 U.S. 618 (1965).
Jurisprudência disponível em:
<<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/618/>>. 1965. Acesso em: 10 de setembro de 2021.

United States Supreme Court. Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961). Jurisprudência disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/367/643/case.html#T1>>. 1961. Acesso em: 10 de setembro de 2021.

United States Supreme Court. Marbury v. Madison, 5 U.S. 137 (1803).
Jurisprudência disponível em:
<<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/367/643/case.html#T1>>. 1803. Acesso em: 10 de setembro de 2021.

United States Supreme Court. Wolf v. Colorado, 338 U.S. 25 (1949). Jurisprudência disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/338/25/>>. 1803. Acesso em: 10 de setembro de 2021.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001