

PUCRS

ESCOLA DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO

MARIA TEREZA RAMOS VALE HALABE

**MODULAÇÃO DE EFEITOS DAS DECISÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE DO SUPREMO  
TRIBUNAL FEDERAL EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA**

Porto Alegre  
2022

PÓS-GRADUAÇÃO - *STRICTO SENSU*



Pontifícia Universidade Católica  
do Rio Grande do Sul

MARIA TEREZA RAMOS VALE HALABE

**MODULAÇÃO DE EFEITOS DAS DECISÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE DO  
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA**

Dissertação apresentada como requisito para a obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS.

Área de Concentração: Teoria Geral da Jurisdição e Processo. Linha de Pesquisa: Jurisdição, Efetividade e Instrumentalidade do Processo.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Antônio Caliendo Velloso da Silveira.

Porto Alegre  
2022

## **Ficha Catalográfica**

H157m Halabe, Maria Tereza Ramos Vale

Modulação de efeitos das decisões de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária / Maria Tereza Ramos Vale Halabe. – 2022.

150f.

Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, PUCRS.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Antônio Caliendo Velloso da Silveira.

1. Modulação de efeitos. 2. Direito tributário. 3. Supremo Tribunal Federal. I. Silveira, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. II. Título.

MARIA TEREZA RAMOS VALE HALABE

**MODULAÇÃO DE EFEITOS DAS DECISÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA**

Dissertação apresentada como requisito para a obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS.

Área de Concentração: Teoria Geral da Jurisdição e Processo. Linha de Pesquisa: Jurisdição, Efetividade e Instrumentalidade do Processo.

Aprovado em:

**BANCA EXAMINADORA:**

---

Prof. Dr. Paulo Antônio Caliendo Velloso da Silveira – Presidente (orientador)

---

Prof. Dr. Guilherme Botelho de Oliveira – ED/PUCRS

---

Prof. Dr. Guilherme Antunes da Cunha – UNIRITTER

---

Prof. Dr. Maurício Dalri Timm do Valle – UCB

*Ao Dann por estar sempre ao meu lado, nos  
bons e maus momentos.*

## AGRADECIMENTOS

À Divindade que nos guia e protege, por me permitir aprender um pouco mais, mesmo em tempos de pandemia e de guerra.

Ao meu orientador, o Prof. Dr. Paulo Caliendo, pela generosidade com que acolheu a mim e a todos os seus orientandos do MINTER no Programa de Pós-Graduação da PUCRS, transpondo sempre que possível, com o auxílio da tecnologia, a distância geográfica. Grata pelas orientações realizadas com a serenidade, a objetividade e a segurança que lhe são tão características. Grata também pelos conselhos, estes fundamentais para que o texto voltasse a fluir na reta final do trabalho.

Ao Prof. Dr. Guilherme Botelho de Oliveira pela valiosa bibliografia indicada e por todos os apontamentos que enriqueceram minha pesquisa. Ao prof. Dr. Guilherme Antunes da Cunha, por ter expressado com clareza maior do que eu mesma havia feito o objetivo da minha pesquisa, o que me ajudou a repensar meu percurso e a enfrentar, de outro modo, o desafio de conciliar os resultados levantados com meu objetivo (qualitativo).

Ao Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCRS, em especial ao nosso coordenador, o Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet, sempre acessível aos mestrandos, além de paciente diante dos nossos trôpegos primeiros passos na Pós-Graduação *stricto sensu*. À Caren Andrea Klinger pela dedicação e eficiência em responder aos nossos frequentes questionamentos e às problemáticas levadas à Secretaria do Programa.

À coordenação do Mestrado Interinstitucional em Direito da UNDB, em especial à Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Amanda Costa Thomé Travincas, pela sua competência, ética e ternura ao lidar com todos. À Manuela Lima da secretaria do MINTER PUCRS/UNDB, pela prontidão em nos atender sempre da melhor forma possível, grata pelos *feedbacks*.

Ao grupo de pesquisa Gtax, coordenado pelo Prof. Dr. Paulo Caliendo, fonte riquíssima de diálogo e de pesquisa para meus trabalhos de mestrado e para a minha dissertação. Foi, aliás, apenas após o “I Fórum Integrado de Direito Tributário” da OAB/RS em parceria com o Gtax e por sugestão do professor que decidi enfrentar a temática da presente dissertação.

À Jucelina Vale e ao Nonato Vale, meus pais, por todo o suporte, orientação e encorajamento ao longo do meu percurso, inclusive o acadêmico, e por serem

peessoas nas quais posso me espelhar. Ao Dr. Dannilo Halabe, meu marido, por todo amor, sintonia, companheirismo e apoio inigualáveis, se eu soubesse o que estava fazendo tantos anos atrás, não teria escolhido melhor. Aos meus colegas de mestrado, em especial, ao meu irmão Daniel Vale, por ter aceitado esse desafio comigo, bem como à Naiane Garcez e ao Emílio Pires, pelo companheirismo nessa longa jornada. Nosso grupo de publicação acabou indo muito além do que qualquer um de nós havia previsto. À Livia Feitosa e à Cida Feitosa, pela amizade, por todo carinho e apoio, mesmo à distância.

À prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Cândida Helena Lopes Alves, uma grande amiga, por seus ótimos conselhos e por todo seu auxílio que renderam ótimas oportunidades de publicações. À Doutoranda Bruna Hamerski, por aceitar o desafio da revisão da dissertação, mesmo com o prazo exíguo. À minha cunhada e amiga, a professora Mayara Duarte, pela eficiência na revisão do *abstract*. Ao SINTSEP e aos meus colegas de trabalho por todo apoio e compreensão durante o mestrado.

*“[...] Além disso, neste momento, e no mundo todo, as coisas ficam mais agudas para cada um mas também no coletivo. Os pactos sociais se desequilibram, tanto no interior das casas quanto no calor das ruas. [...] A violência emerge mais claramente e conflitos vêm à tona. Brancos e negros, ricos e pobres, homens e mulheres. Todos somos iguais?”*

*(Homem, Maria. Lupa da alma).*



## RESUMO

A presente pesquisa tem por objeto de estudo o instituto jurídico da modulação de efeitos diante das decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em matéria tributária, tanto em sede de controle de constitucionalidade concreto quanto abstrato, analisando-se, de forma qualitativa, a jurisprudência da Corte dos últimos cinco anos, em especial, as decisões em que houve discussão sobre a modulação de efeitos. Visto que, entre outros requisitos exigidos pelas Leis nº 9.868/1999 e nº 9.882/1999, a modulação de efeitos se aplica com base nos conceitos indeterminados de “segurança jurídica” e de “excepcional interesse social”, questiona-se se as decisões do STF mantêm coerência interpretativa e se tal coerência está em consonância com a Constituição. Frisa-se que conceitos vagos podem dar ampla liberdade ao intérprete, a menos que sejam obedecidos alguns parâmetros. Com isto, espera-se trazer contribuições para a discussão sobre a aplicabilidade do instituto da modulação de efeitos em matéria tributária, investigando a seara argumentativa da Corte para fundamentar a modulação. Esta discussão é de grande relevância, haja vista o impacto das decisões do STF sobre os demais órgãos do Poder Judiciário e sobre a sociedade em geral, com destaque no presente trabalho para a esfera privada do contribuinte, visto que o campo de pesquisa dessa dissertação se dedica às decisões em matéria tributária. O método de abordagem adotado foi o hipotético-dedutivo, no qual buscou-se, com base na jurisprudência do STF, evidências que infirmassem a hipótese levantada, isto é, a de que existe um parâmetro decisório em relação ao alcance e sentido dos requisitos materiais para a aplicação da modulação de efeitos e esse parâmetro é constitucional. Como resultado, observou-se a necessidade de a Corte estabelecer, para os requisitos de excepcional interesse social e segurança jurídica, contornos mais alinhados com os direitos fundamentais, pois essa falta de delimitação, no primeiro caso, implicou numa fusão com o interesse do Estado-administrador e, no segundo caso, numa fusão com a ideia de segurança fiscal. À medida em que se permite a aplicação da vertente subjetiva da segurança jurídica a favor do Estado, ao lado do excepcional interesse público, a modulação se torna instituto em defesa de questões orçamentárias.

**Palavras-chave:** Modulação de efeitos; Direito Tributário; Supremo Tribunal Federal.

## ABSTRACT

On the present research the study was centered in the legal institute of effects modulation in face of unconstitutionality decisions handed down by the Federal Supreme Court (STF) in tax matters, both in concrete and abstract control of constitutionality, analyzing, in a qualitative way, the jurisprudence of the Court of the last five years, in particular the decisions in which there was a discussion about the modulation of effects. Since, among other requirements imposed by Laws nº 9.868/1999 and nº 9.882/1999, the modulation of effects is applied based on the undetermined concepts of “legal certainty” and “exceptional social interest”, it is questioned whether the decisions of the STF maintain interpretative coherence and whether such coherence is in accordance with the Constitution. It must be emphasized that vague concepts can give ample freedom to the interpreter unless some parameters are obeyed. Therefore, it is expected to bring contributions to the discussion about the modulation of effects institution applicability in tax matters, investigating the Court's argumentative field to support the modulation. This discussion is of great relevance, in view that the impact of the STF decisions on the other Judiciary Branch agencies and on society in general, with particular emphasis in the present work, on the taxpayer's private sphere, since the field of research of the present dissertation is dedicated to decisions in tax matters. The method of approach adopted was the hypothetical-deductive, in which, based on the jurisprudence of the STF, evidence able to refute the raised hypotheses, that is, there is a decision parameter in relation to the scope and meaning of the material requirements for the application of effects modulation and this parameter is constitutional. As a result, there was a need for the Court to establish, for the requirements of exceptional social interest and legal certainty, more aligned edges with fundamental rights. Because this lack of delimitation, in the first case, implied a merger with the interest of the State-administrator and, in the second case, a merger with the idea of fiscal security. As it allows the application of the subjective aspect of legal certainty in favor of the State alongside the exceptional public interest, modulation becomes an institute in defense of budgetary matters.

**Keywords:** Modulation of the effects; Tax Law; Federal Court of Justice.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE</b> .....	15
2.1 SISTEMAS MATRIZES DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	15
2.2 CLASSIFICAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE .....	27
2.2.1 Quanto ao momento.....	27
2.2.2 Quanto à natureza do órgão .....	29
2.2.3 Quanto à competência.....	31
2.2.4 Quanto à natureza da ação e a via eleita .....	34
2.3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE REALIZADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL .....	39
2.3.1 Controle de constitucionalidade concreto e Recurso Extraordinário .....	40
2.3.2 Controle de constitucionalidade abstrato .....	44
<b>3 MODULAÇÃO DE EFEITOS</b> .....	52
3.1 A INSUBSISTÊNCIA DO DOGMA DA NULIDADE NO BRASIL E O PROBLEMA DA VISÃO MANIQUEÍSTA SOBRE AS TEORIAS DA NULIDADE E DA ANULABILIDADE .....	52
3.2 A MITIGAÇÃO DE EFEITOS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NAS MATRIZES JUDICIAIS DE CONTROLE E A QUESTÃO DA PREFERÊNCIA DO LEGISLADOR.....	55
3.3 MODULAÇÕES DE EFEITOS DIANTE DAS DECISÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	62
3.4 MODULAÇÃO DE EFEITOS DIANTE DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E DIANTE DE SUPERAÇÃO DE PRECEDENTE .....	76
3.5 SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO E O QUE É SUSCETÍVEL À PONDERAÇÃO NUMA INTERPRETAÇÃO TÓPICO-SISTEMÁTICA .....	79
3.6 RAZÕES DE SEGURANÇA JURÍDICA E AS PECULIARIDADES DO DIREITO TRIBUTÁRIO.....	83
3.7 EXCEPCIONAL INTERESSE SOCIAL, INTERESSE PÚBLICO E CONSEQUENCIALISMO .....	90
<b>4 MODULAÇÃO DE EFEITOS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....</b>	<b>97</b>
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	<b>129</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>138</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por objeto o estudo do instituto jurídico da modulação de efeitos diante das decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em matéria tributária, tanto em sede de controle de constitucionalidade concreto quanto abstrato, analisando a jurisprudência da Corte dos últimos cinco anos, em especial, as decisões em que houve discussão sobre a modulação de efeitos.

Ressalta-se que, entre outros requisitos exigidos pelas Leis nº 9.868/1999 e nº 9.882/1999, a modulação de efeitos está baseada nos conceitos indeterminados de “segurança jurídica” e de “excepcional interesse social”, a serem interpretados conforme o caso *sub judice* pelos membros da Corte. Isto pode levar ao questionamento quanto à uniformidade das decisões e, até mesmo, quanto a constitucionalidade da modulação. Afinal, esses conceitos abertos podem dar ampla liberdade ao intérprete, a menos que sejam obedecidos alguns parâmetros.

Nesse contexto, a pesquisa pretende responder se as decisões do STF mantêm coerência interpretativa e se tal coerência está em consonância com a Constituição Federal de 1988. Com isto, espera-se trazer contribuições para a discussão sobre a aplicabilidade do instituto da modulação de efeitos em matéria tributária, investigando a seara argumentativa da Corte para fundamentar a modulação.

Esta discussão é de grande relevância, haja vista o impacto das decisões do STF sobre os demais órgãos do Poder Judiciário, sobre a Administração Pública e sobre a sociedade em geral, com destaque particular, no presente trabalho, para a esfera privada do contribuinte, visto que o campo de pesquisa da presente dissertação se dedica às decisões em matéria tributária.

O modelo adotado no presente trabalho foi qualitativo e, em última instância, visa investigar como se fundamenta uma decisão judicial. Em especial, busca-se entender como tem sido decidida a modulação de efeitos em matéria tributária pelo STF. Nesse contexto, como ressaltam Henriques e Medeiros (2017), trata-se de pesquisa de abordagem interpretativa, focando no universo de significados, e não em exaurir os casos levantados.

O método de abordagem utilizado foi o hipotético-dedutivo<sup>1</sup>, que submete uma hipótese a testes dedutivos. Ou seja, em lugar de se tentar comprovar a verdade a partir da análise de todos os casos que se encaixem na categoria do presente trabalho, buscou-se testar uma hipótese construída a partir da doutrina. Visto que não se consegue certeza na busca de casos que apoiem a teoria, o critério de cientificidade passa a ser o falseamento da proposição, no sentido de que a teoria é científica provisoriamente, enquanto não se encontram casos que a contrariem. Ressalta-se que bastaria a presença de um único fato negativo para expressar que determinada teoria não é verdadeira, seja no todo, seja em parte (HENRIQUES; MEDEIROS, 2017).

Assim, buscou-se localizar pelo menos um caso julgado pelo STF que infirme ou contrarie a seguinte hipótese levantada: existe um parâmetro decisório em relação ao alcance e sentido das expressões “segurança jurídica” e “excepcional interesse social” para a modulação de efeitos e esse parâmetro é constitucional. Ressalta-se que a modulação é aplicada por tutelar valores da Constituição, por se tratar da interpretação mais harmônica com os princípios constitucionais (SILVA, 2020a). Nesse sentido, critérios de ordem econômica ou política até podem ser utilizados na motivação da decisão da Corte, mas como argumento de reforço aos princípios constitucionais, visto que a Lei Maior deve ser o parâmetro fundamental da decisão (SILVA, 2020b). A hipótese construída permanece verdadeira se não for encontrada na jurisprudência evidência que a contrarie.

Como método de interpretação, utilizou-se o tópico-sistemático, que se preocupa em ter a melhor solução possível para o caso julgado, mas também para o sistema. Frisa-se que a interpretação sistemática em direito tributário parte da interpretação sistemática em direito constitucional. Haja vista que o Estado constitucional reconhece uma base fática plural e conflituosa, também a interpretação sistemática em direito tributário deve levar em conta dois grandes princípios – o pluralismo de valores e o seu confronto leal (CALIENDO, 2009).

Nesse cenário, o sistema jurídico nem se desloca da realidade, nem prescinde de uma base normativa, se estruturando como um todo organizado em regras,

---

<sup>1</sup> Este método critica o salto típico do modelo indutivo, que diante da impossibilidade de comprovar a verdade a partir de uma infinidade de casos, porque seria impossível verificar todos, generaliza. Em outras palavras, aceita algo sem necessidade de demonstrá-lo, concluindo o todo a partir de uma amostra (LAKATOS; MARKONI, 2017).

princípios e valores, dando destaque para os princípios, haja vista sua importância axiológica, como uma ponte entre o sistema e a realidade. Portanto, os princípios possuem “forma jurídica e conteúdo moral”, servindo de respaldo para a análise da realidade, ao mesmo tempo que servem de fundamento, direto ou indireto, para as regras. Desse modo, nota-se uma superação da teoria positivista que divide direito e moral (CALIENDO, 2009, p. 351).

O tipo de pesquisa adotado foi a bibliográfica-documental. Logo, utilizou-se material já elaborado, a exemplo de livros e artigos, bem como material sem tratamento analítico, como leis e jurisprudência (FINCATO; GILLET, 2018). Frisa-se que, quanto aos resultados, o foco da pesquisa foi justamente a jurisprudência localizada no *site* do STF. Nesse contexto, as categorias pesquisadas foram: modulação, tributário e inconstitucionalidade. A última categoria foi incluída na intenção de excluir dos resultados as modulações de efeitos realizadas diante de superação de precedente.

Como resultado preliminar, apareceram 147 acórdãos e, destes, 93 foram do Tribunal Pleno. A data da pesquisa foi realizada no dia 04 de setembro de 2022. Não foram analisadas as decisões monocráticas (1.700), nem as das turmas (primeira turma – 17 e segunda turma – 37). O requisito formal da modulação no controle de constitucionalidade é o *quorum* qualificado para modular e, por isso, a pesquisa se centrou nas decisões do Pleno. Ademais, é do Pleno que partem as decisões que afetam de maneira mais ampla e contundente a sociedade brasileira. Foram selecionadas 43 ações para auxiliar na discussão. A maior parte obedecia aos critérios para o presente trabalho, isto é, houve modulação (ou proposta) em controle de constitucionalidade no âmbito tributário. Contudo, algumas fugiram desse contorno estrito, mas foram mantidas por sua relevância didática, que ensejou reflexão sobre algum ponto abordado, ou porque possuíam relação com uma das ações em que houve a modulação de efeitos. Filtrou-se, como já mencionado, as decisões mais recentes, dos últimos cinco anos, aproximadamente, ou seja, cujas datas de julgamento se deram a partir de 2017, tentando-se, na medida do possível, agrupar as decisões por temas. Optou-se por este recorte temporal com o objetivo de permitir uma análise sobre as tendências mais recentes do STF sobre a modulação.

Quanto aos capítulos deste trabalho, estão divididos em três seções principais. Na primeira parte, são apresentadas as matrizes do controle de constitucionalidade, bem como a forma como elas influenciaram o sistema jurídico brasileiro e, em

especial, como os seus aspectos se inseriram no contexto do controle de constitucionalidade exercido pelo STF.

No segundo tópico, passou-se para a fundamentação teórica do tema principal, que é a modulação de efeitos, trazendo o processo evolutivo desse instituto nos sistemas matrizes de controle, bem como no sistema jurídico brasileiro. Neste âmbito, em especial, o instituto foi abordado como etapa posterior em um processo bifásico de controle, no qual primeiro se declara a inconstitucionalidade da norma, para, posteriormente, se analisar a possibilidade de modulação.

Por fim, no terceiro capítulo, foi apresentado o resultado da pesquisa, analisando os vários aspectos da modulação de efeitos a partir dos julgados do STF, mas investigando, principalmente, os fundamentos apontados para a sua aplicação.

Como resultado, constatou-se que a Suprema Corte lança mão de algumas estratégias a favor da uniformização da jurisprudência e da isonomia, mas estas estratégias de padronização de âmbito mais formalista não foram observadas em todas as situações. Constatou-se, ainda, que, em geral, os ministros não fazem diferenciação entre excepcional interesse social e excepcional interesse público. Esta falta de distinção entre conceitos configurou-se numa problemática, pois a expressão “interesse público” frequentemente está atravessada pelos interesses do Estado-administrador, que nem sempre coincidem com os interesses sociais. Entendeu-se que esta fusão entre conceitos possibilita, por vezes, que a decisão do STF favoreça interesses orçamentários do Estado.

Percebeu-se, ainda, que a falta de contornos conceitual atinge, também, a expressão segurança jurídica, não causando surpresa que segurança jurídica e segurança fiscal, eventualmente, sejam tomadas como sinônimas. Ademais, frisa-se que o STF, não raramente, aplica a vertente subjetiva da segurança jurídica (confiança legítima) em defesa do Estado. O que significa que o ente pode produzir lei contrária à Constituição e depois alegar a seu favor a observância de um princípio constitucional (confiança legítima), para manter os efeitos de norma inconstitucional que lhe beneficia.

## 2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O objetivo da presente seção é abordar a temática controle de constitucionalidade das leis, situando o controle jurisdicional como antecedente lógico ao estudo do instituto da modulação de efeitos. Como será observado nas próximas linhas, nem sempre o controle de constitucionalidade é exercido pelo Poder Judiciário, ainda que este seja o foco de interesse desta pesquisa.

### 2.1 SISTEMAS MATRIZES DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Passa-se, agora, ao estudo dos sistemas de controle de constitucionalidade. Ressalta-se que, no constitucionalismo moderno, aponta-se, normalmente, três grandes matrizes de controle que influenciaram os ordenamentos jurídicos de diversos países pelo mundo. São elas: a matriz americana (ou norte-americana), a matriz austríaca (ou europeia) e a matriz francesa (BARROSO, 2019).

A despeito das nítidas linhas que diferenciam esses sistemas ou matrizes, não se pode deixar de reconhecer evidente dicotomia, ensejada a partir da natureza do órgão que exerce o controle. Assim, observa-se os sistemas americano e austríaco como típicos representantes do controle de constitucionalidade judicial, em oposição ao sistema político, característica do modelo francês (CAPPELLETTI, 1999).

Iniciando a análise pelo último sistema citado, sabe-se que o modelo político francês tem suas raízes na ideologia da Revolução Francesa, que projetava no Poder Judiciário grande desconfiança. Desse modo, este Poder era limitado em sua atuação a um mero reproduzidor da letra da lei, além de apartado das discussões do Parlamento e do controle de constitucionalidade (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2022). Cabia ao Poder Legislativo a expressão da vontade democrática, sendo este insuscetível de controle jurisdicional (GEBRAN, 2015).

Nesse espírito, a Constituição francesa de 1958 instituiu o Conselho Constitucional (*Conseil Constitutionnel*), cujas cadeiras eram ocupadas por ex-Presidentes da República, estes de forma permanente, além de outros nove membros. Destes, três eram escolhidos pelo Presidente da República, três pelo Presidente da Assembleia Nacional e três pelo Presidente do Senado. Dentre outras funções<sup>2</sup>, o

---

<sup>2</sup> Cabe ao Conselho Constitucional diversas atribuições, além do controle de constitucionalidade: “o contencioso eleitoral, o contencioso das relações entre os poderes públicos nacionais, a manutenção do equilíbrio entre o Estado e as coletividades integrantes, o controle da recepção das normas internacionais na ordem jurídica interna” (GEBRAN, 2015, p. 3).



*Conseil Constitutionnel* era responsável justamente pelo controle de constitucionalidade das leis. Assim, após elaborada uma norma, mas antes de sua promulgação, o Presidente da República, o Primeiro-Ministro, o Presidente da Assembleia Nacional ou do Senado poderiam encaminhá-la ao Conselho Constitucional para a verificação de sua constitucionalidade. Este encaminhamento, em regra, opcional, tornava-se obrigatório para alguns tipos de leis que tratassem, em especial, da organização dos poderes (*lois organiques*) (CAPPELLETTI, 1999).

Após recebida a norma pelo *Conseil*, o prazo para a decisão poderia variar entre oito dias e um mês e o pronunciamento deveria ser feito por maioria de votos. Enquanto isso, a promulgação da norma ficaria suspensa. Caso o *Conseil Constitutionnel* decidisse pela inconstitucionalidade da lei, esta não poderia ser promulgada, a menos que passasse antes por revisão (CAPPELLETTI, 1999).

Assim, o parecer do Conselho seria vinculatório, equiparando-se a um “parecer jurídico (de constitucionalidade)”, ainda que não chegasse a assumir índole de “verdadeiro julgamento em sentido jurisdicional”. Tal fator implica dizer que o controle de constitucionalidade francês seria preponderantemente político, *status* que se revelaria pela escolha dos membros que o compõe, pelas diversas competências que exerce (além do controle), pelo seu parecer obrigatório no que tange às leis orgânicas que impõe um controle sem “verdadeiro recurso ou impugnação da parte”<sup>3</sup> e por seu aspecto preventivo.

Nesse sentido, não se trataria propriamente de controle de constitucionalidade, quer dizer, de fiscalização de validade *a posteriori* de uma norma, mas sim de “[...] um ato (e precisamente um parecer vinculatório)” que seria inserido “[...] *no próprio processo de formação da lei* – e deste processo [...] [assumiria], portanto, a mesma natureza” (CAPPELLETTI, 1999, p.29-30, grifo do autor).

Não obstante a análise realizada por Cappelletti (1999) sobre o sistema francês ser ainda perfeitamente adequada, não se pode deixar de mencionar uma alteração relevante nesse sistema, que passou a permitir ao *Conseil Constitutionnel*, em caráter excepcional, a partir da reforma constitucional de 2008, o controle de lei vigente (BARROSO, 2019). Trata-se de relevante alteração, que estabeleceu, conforme artigo 61-1 da *Constitution du 4 octobre 1958*, que:

---

<sup>3</sup> Esta impossibilidade de impugnação da parte é algo contrário à noção de atividade jurisdicional, que estaria sujeita à iniciativa da parte por meio de ajuizamento de uma ação (*ubi non est actio, ibi non est jurisdictio*) (CAPPELLETTI, 1999, p. 29; CARNEIRO, 1980, p. 7).

Quando, no decurso de um processo em tribunal, se argumentar que uma disposição legislativa viola os direitos e liberdades que a Constituição garante, o Conselho Constitucional pode ser submetido a esta questão mediante remessa do Conselho de Estado ou do Tribunal de Cassação, que se pronuncia num prazo determinado<sup>4</sup> (FRANCE, 1958, n. p.).

Desse modo, manteve-se, conforme estipula o artigo 62 da Constituição francesa, o controle de constitucionalidade prévio, que poderia impedir que a lei em formação fosse promulgada. Contudo, ao lado do controle prévio, introduziu-se o controle *a posteriori* ou controle propriamente dito, diante do qual a lei inconstitucional seria revogada. Importante destacar que esta revogação poderia ser realizada a partir da data da publicação da decisão do Conselho ou de uma data posterior, definida na decisão. Os limites e as condições relativas aos efeitos da revogação seriam determinados pelo próprio Conselho (FRANCE, 1958). Sinaliza-se, assim, para uma interessante possibilidade de modulação de efeitos da decisão no controle de constitucionalidade francês (GEBRAN, 2015).

Com essa alteração de 2008, que introduz o controle de lei vigente, há quem questione se o Conselho passaria agora a ter índole mais jurisdicional do que política. Com isto, não se estaria dizendo que este órgão passaria a ser “dotado de jurisdicionalidade plena”. Contudo, essa alteração já evidencia um “processo de gradativa jurisdicionalização” (GEBRAN, 2015, p. 6).

No Brasil, como se verá mais à frente, o controle de constitucionalidade realizado por órgão político é exercido principalmente de forma prévia, como uma etapa na própria elaboração da norma. Entretanto, o que realmente interessa ao sistema de controle de constitucionalidade brasileiro e, em especial, ao presente trabalho, são os sistemas judiciais de controle.

Dois modelos polarizaram o sistema de controle jurídico, o modelo americano e o austríaco (ou europeu) (GEBRAN, 2015). Todavia, a origem do controle de constitucionalidade judicial é atribuída ao sistema norte-americano e, principalmente, a um caso da Suprema Corte de 1803 (*Marbury v. Madison*), que será analisado mais à frente (BARROSO, 2019).

Apesar de frequentemente ser atribuída a origem do controle judicial a esse julgado, frisa-se, com Cappelletti (1999, p. 63), que o caminho para esse modelo já

---

<sup>4</sup> Texto original: *Article 61-1 Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé* (FRANCE, 1958, n. p.).

vinha sendo pavimentado “[...] através de séculos de história: [...] não apenas americana, mas universal”. A semente desse sistema já podia ser observada na antiga civilização ateniense, com os *nómoi*, que se aproximavam das modernas leis constitucionais, e que só podiam ser modificadas por meio de procedimento especial, até precedentes mais próximos ao julgamento da Suprema Corte na própria história americana. Recordar-se que “[...] um dos primeiros atos de independência [das ex-colônias inglesas] foi o de substituir as velhas ‘Cartas’ pelas novas Constituições, entendidas como as *Leis fundamentais* dos novos Estados independentes” (CAPPELLETTI, 1999, p. 62). A fim de reforçar esse ato de independência, não era de surpreender que a própria Constituição americana afirmasse sua supremacia, dispondo, assim, em seu artigo VI:

Esta Constituição e as Leis dos Estados Unidos que serão feitas de acordo com aquela; e todos os Tratados feitos, ou que venham a ser feitos, sob a Autoridade dos Estados Unidos, serão a *Lei suprema da Terra*; e os Juizes de cada Estado estarão vinculados a ela, não obstante qualquer Coisa em Contrário na Constituição ou nas Leis de qualquer Estado<sup>5</sup> (UNITED STATES, 1787, n.p., grifo nosso).

Pode-se dizer, portanto, que três ideias relevantes seriam retiradas desse texto. Primeiro, que a Constituição é a Lei suprema dos Estados Unidos. Segundo, que as leis infraconstitucionais devem ser elaboradas em conformidade com a Constituição. Terceiro, que os juizes estão obrigados a obedecê-la.

Ao examinar a primeira ideia, isto é, a de que a Constituição é a Lei suprema do país, pode-se dizer que, a fim de se projetar como Lei fundamental, acima das outras, a Constituição americana não poderia ser facilmente suplantada, tampouco moldável ao alvedrio do legislador ordinário. Assim, com o intuito de garantir sua supremacia, a Constituição não poderia ser facilmente alterável. Então, no lugar da flexibilidade, encontrou-se, na Constituição americana, o arquétipo de Constituição rígida. Isto não implicava imutabilidade, apenas significava que eventual alteração constitucional deveria ser realizada por meio de procedimentos especiais. Hoje, quase todos os sistemas jurídicos ocidentais tendem a afirmar a rigidez constitucional, incluindo o sistema brasileiro (CAPPELLETTI, 1999).

---

<sup>5</sup> Texto original: *Article VI [...] This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any state to the Contrary notwithstanding* (UNITED STATES, 1787, n. p.).

Ao analisar a segunda ideia, isto é, a de que as leis infraconstitucionais devem ser elaboradas em conformidade com a Constituição, observa-se que o Parlamento, ao elaborar as leis, estaria limitado pela moldura constitucional, não podendo criar normas incompatíveis com a Lei suprema. Caso contrário, isto é, se o Congresso pudesse alterar a Lei fundamental conforme seu desejo, através de lei ordinária, a Constituição seria apenas uma tentativa lamentável de impor limites a um poder que, em verdade, seria ilimitável. Esta segunda ideia significa, também, que se, mesmo diante dessa limitação, houver produção de uma norma incompatível com a Constituição, esta última deverá prevalecer, em detrimento da lei ordinária que, aliás, nem lei seria. Conforme concluiu a Suprema Corte norte-americana, em 1803, “[...] um ato da legislatura, repugnante à constituição, é nulo”<sup>6</sup> (UNITED STATES, 1803, n.p.).

Ao se investigar a terceira ideia, isto é, a de que também os juízes devem obediência à Constituição, nota-se que, nesse caso, se está colocando o judiciário na função de órgão responsável por analisar possível incompatibilidade entre uma lei ordinária e a Constituição. Ou seja, os atos do Parlamento são passíveis de revisão pelo judiciário. Afinal, se a função dos juízes é a interpretação das leis nos julgamentos dos casos concretos, logicamente que confrontados com duas normas antagônicas, aplica-se a prevalente. Então, diante de antinomia entre leis de mesma força normativa, aplicam-se os critérios tradicionais, prevalecendo a lei mais recente sobre a mais antiga ou a lei especial em detrimento da geral. De outra banda, em se tratando de normas de diferente força normativa, a lei superior se sobrepõe à inferior

---

<sup>6</sup> Texto original: *Between these alternatives there is no middle ground. The constitution is either a superior, paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and, like other acts, is alterable when the legislature shall please to alter it. If the former part of the alternative be true, then a legislative act contrary to the constitution is not law: if the latter part be true, then written constitutions are absurd attempts, on the part of the people, to limit a power in its own nature illimitable. Certainly all those who have framed written constitutions contemplate them as forming the fundamental and paramount law of the nation, and consequently, the theory of every such government must be, that an act of the legislature, repugnant to the constitution, is void. This theory is essentially attached to a written constitution, and is, consequently, to be considered, by this court, as one of the fundamental principles of our society.* Tradução livre: Entre essas alternativas não há meio termo. A constituição ou é uma lei superior, suprema, imutável por meios ordinários, ou está no mesmo nível dos atos legislativos ordinários e, como outros atos, é alterável quando o legislador desejar alterá-la. Se a primeira parte da alternativa for verdadeira, então um ato legislativo contrário à constituição não é lei. Se a última parte for verdadeira, então as constituições escritas são tentativas absurdas, por parte do povo, de limitar um poder em sua própria natureza ilimitável. Certamente, todos aqueles que formularam constituições escritas as contemplam como formando a lei fundamental e suprema da nação e, conseqüentemente, a teoria de cada governo desse tipo deve ser a de que um ato da legislatura, repugnante à constituição, é nulo. Esta teoria está essencialmente ligada a uma constituição escrita, devendo, por conseguinte, ser considerada, por este tribunal, como um dos princípios fundamentais da nossa sociedade (UNITED STATES, 1803, n.p.).

(CAPPELLETTI, 1999). Há, desse modo, como assevera Cappelletti (1999, p. 47), um poder e dever do juiz “[...] de negar aplicação às leis contrárias à Constituição”. Com essas três ideias, estava plantada na própria Constituição norte-americana a semente do controle judicial de constitucionalidade.

Todavia, como já apontado, essa tese só veio ganhar o mundo a partir de um julgamento da Suprema Corte americana, de 1803 (*Marbury v. Madison*) (BARROSO, 2019). O fato histórico tinha como pano de fundo a intenção de evitar um conflito entre poderes. A origem foi a recusa, por parte do partido republicano de *Thomas Jefferson*, presidente recém-eleito, de empossar alguns juízes de paz que tinham sido nomeados pelo governo antecedente – o do ex-presidente, *John Adams* (federalista). Dada a origem das nomeações, o recém-eleito certamente não poderia deixar de considerar a existência de antagônicas tendências políticas. Nesse contexto, Madison, secretário de Estado do recém-eleito presidente *Jefferson*, foi acionado perante a Suprema Corte por um dos juízes nomeados, mas não empossados (*William Marbury*). Tal contexto gerou uma situação potencialmente problemática para a Corte, pois um de seus membros (*John Marshall*) havia sido o secretário de Estado responsável pelas nomeações (COELHO, 2016).

A solução encontrada foi uma retirada estratégica da Suprema Corte, que alegou incompetência para decidir o caso. Isto porque a norma em que se baseou o recorrente para acionar diretamente o Tribunal de Cúpula entrava em conflito com a Constituição, haja vista que esta, diferentemente da lei infraconstitucional, colocava a Suprema Corte como jurisdição de apelação. Ou seja, *Marbury* e outros eventuais prejudicados pela negativa do novo governo “[...] deveriam postular seu direito perante uma das Cortes de Distrito, para, em grau de recurso, se cabível, submeter o caso à apreciação da Suprema Corte” (COELHO, 2016, p. 48).

Nesse julgamento icônico, foi decidido que, apesar de não haver “norma expressa na Constituição Americana” autorizando “[...] a revisão judicial (*judicial review*) dos atos do Legislativo”, a própria supremacia constitucional obrigava juízes e tribunais a deixar de aplicar a lei inconstitucional. Ou seja, não apenas a Suprema Corte, mas todos os juízes, por obediência à Constituição, deveriam deixar de aplicar lei que a confrontasse. Trata-se, assim, de um controle de constitucionalidade difuso, feito por todo e qualquer juiz ou tribunal (MENDES; CAVALCANTE FILHO, 2021, p. 310, grifo do autor).

Apesar dessa amplitude de julgadores sobre a questão constitucional, os efeitos da decisão judicial, no sistema norte-americano, seriam apenas *inter partes*, não atingindo terceiros. Isto porque se partiria de um processo específico, de um caso concreto, no qual o interessado alegava a inconstitucionalidade da norma de maneira incidental. Assim, se nota que os tribunais no *judicial review* enfrentariam a discussão sobre a inconstitucionalidade das leis apenas no âmbito de um caso concreto, incidentalmente, em processos de qualquer natureza (criminal, civil etc.), e apenas na medida em que essa discussão fosse essencial para a decisão do caso (CAPPELLETTI, 1999).

Por sua vez, o *sistema austríaco*, idealizado por Hans Kelsen, surgiu a partir de reflexões à edição da Constituição Austríaca de 1920. Kelsen considerou que o sistema difuso norte-americano tinha potencial para gerar grande insegurança jurídica, haja vista que qualquer juiz ou tribunal poderia deixar de aplicar norma que considerasse inconstitucional (MENDES; CAVALCANTE FILHO, 2021).

Afinal, no sistema difuso, qualquer juiz estaria autorizado a não aplicar uma lei inconstitucional a um caso concreto sob julgamento, mas a norma enquanto tal continuaria válida e aplicável a outras situações. Isto poderia gerar um grande inconveniente, pois diferentes órgãos poderiam ter diferentes posições sobre a inconstitucionalidade de uma determinada norma. Desse modo, enquanto um juiz poderia aplicar a lei num caso, por considerá-la constitucional, o outro poderia não a aplicar por considerá-la inconstitucional (KELSEN, 2003).

Igualmente, um mesmo órgão poderia, ainda, mudar de posição, aplicando a lei a um caso, mas não a outro. A falta de uniformidade sobre a análise de constitucionalidade de determinada lei, quer dizer, se há ou não ofensa à norma Constitucional, seria uma afronta à própria autoridade ou superioridade da Constituição (KELSEN, 2003).

No entanto, este não seria o único inconveniente do sistema norte-americano. Como a lei só deixaria de ser aplicada incidentalmente num caso concreto, os indivíduos que não entrassem com uma ação continuariam a sofrer a incidência de uma lei inconstitucional. Assim, um tributo criado por lei inconstitucional só deixaria de incidir sobre aqueles que acionassem o judiciário (CAPPELLETTI, 1999).

Todos esses problemas atribuídos ao sistema difuso, todavia, eram grandemente evitados no sistema norte-americano, bem como em outros países do *common law* (CAPPELLETTI, 1999). Isto porque este modelo se firmava a cada caso

julgado, em parte, devido a analogias, numa crescente ampliação do direito a cada julgamento realizado. As fórmulas, a princípio, se limitariam aos casos. Contudo, por meio dos motivos determinantes para decidir, seriam expandidas para casos semelhantes<sup>7</sup> (JOBIM; OLIVEIRA JÚNIOR, 2022).

No *common law*, a estabilidade e a legitimidade das decisões do Poder Judiciário ocorreriam justamente a partir dessa lógica. Trata-se da aplicação da regra do *stare decisis*, cuja “[...] expressão latina completa é *stare decisis et non quieta movere*”<sup>8</sup>. Esta regra estabelece que se deve respeitar as decisões judiciais anteriores quando os mesmos pontos aparecerem em casos subsequentes<sup>9</sup> (DUXBURY, 2008, p. 30). Nesse contexto, o precedente seria “[...] visto como consequência do *stare decisis*, uma expressão abreviada dele” (JOBIM; OLIVEIRA JÚNIOR, 2022, p. 41).

Nessa dinâmica, a decisão de um tribunal superior vincularia os órgãos inferiores na mesma jurisdição. Assim, em caso de divergência sobre a constitucionalidade de uma lei, isto seria decidido por órgãos judiciários superiores, em especial, pela Suprema Corte. Esta decisão teria caráter obrigatório, vinculante para os demais órgãos do Poder Judiciário, assumindo verdadeira eficácia *erga omnes*. Ou seja, na prática, teria efeito semelhante à anulação geral da lei (CAPPELLETTI, 1999; KELSEN, 2003). Ademais, frisa-se que os juízes e os tribunais, além de deverem obediência aos precedentes das Cortes Superiores (*stare decisis vertical*), também estavam obrigados a seguirem os próprios precedentes (*stare decisis horizontal*) (MITIDIERO, 2021).

Nota-se, com isto, um forte vínculo aos precedentes. Assim, a lei, uma vez não aplicada pela Suprema Corte, torna-se lei morta. Então, mais do que simples não aplicação da lei ao caso concreto, como parecia sugerir a decisão de *Marshall*, o

---

<sup>7</sup> Isto não significa que no *common law* não exista direito legislado, este apenas assumiria uma posição secundária no sistema. Aliás, mesmo nessa tradição, se amplia a influência do direito legislado, o que sugere uma aproximação entre o *common law* e a *civil law* (JOBIM; OLIVEIRA JÚNIOR, 2022, p. 40).

<sup>8</sup> Texto original: *The full Latin expression is stare decisis et non quieta movere (abide by earlier decisions and do not disturb settled points)* (DUXBURY, 2008, p. 30).

<sup>9</sup> Como ressalta Duxbury (2008), se os tribunais pudessem escolher não seguir os precedentes sempre que fosse interessante ou conveniente, a doutrina do *stare decisis* deixaria de existir. Todavia, a sociedade muda e o precedente talvez não mais responda às novas convenções. Assim, o precedente não pode ser imutável e, de fato, existem técnicas utilizadas pelos tribunais para contornar um precedente, como o *distinguishing* e o *overruling*. Nessas situações, no entanto, é preciso que a Corte se justifique. No primeiro caso, a explicação pode ser até um pouco simplista: não se seguiu o precedente porque seus fatos eram distintos, materialmente diferentes, dos fatos do caso posterior. O *overruling* já seria uma ação mais ousada, pois implicaria em anulação de um precedente. O fato de os tribunais terem algum poder de anulação, no entanto, é algo que preocupa muitos juristas. Afinal, perguntam-se: qual seria o limite desse poder?

princípio do *stare decisis*, próprio ao *common law*, acabaria por fulminar a lei e, além disso, com efeitos *ex tunc* (CAPPELLETTI, 1999). Já que o estatuto contrário à Constituição não seria lei de forma alguma, a decisão de inconstitucionalidade seria uma decisão de caráter declaratório, na qual operar-se-iam efeitos retroativos (MENDES, 2012)<sup>10</sup>.

Contudo, se o perigo de decisões contraditórias não seria tão grande em países do *common law*, o modelo difuso poderia não ter uma aplicação tão exitosa nos países da Europa continental adeptos da *civil law* (direito legislado)<sup>11</sup>, já que, nestes países, não haveria uma obrigatoriedade da jurisprudência, o que poderia acabar implicando num “caos jurídico”, com os juízes decidindo de forma diferente “nas mesmas situações” (MENDES; CAVALCANTE FILHO, 2021, p. 311).

Foi nesse espírito que a impossibilidade de se atacar a lei diretamente, própria do sistema difuso, foi criticada por Kelsen. Conforme ressaltou o doutrinador, nesse sistema, *a priori*, apenas a ofensa a um direito de particular é apta a “[...] colocar em movimento o procedimento de revisão judicial da legislação”. Todavia, o “[...] interesse na constitucionalidade da legislação [...] é um interesse público que não necessariamente coincide com o interesse privativo das partes envolvidas”. Nesse contexto, trata-se de interesse “[...] que merece ser protegido por um processo correspondente à sua condição especial” (KELSEN, 2003, p. 311-312).

Por esta razão, Kelsen propôs “[...] uma centralização da revisão judicial da legislação”, colocada em prática ao reservar referida revisão “[...] a uma corte especial, a assim chamada Corte Constitucional” (ou Tribunal Constitucional), a quem, ao mesmo tempo, permitiu-se “[...] o poder de anular a lei que considerasse inconstitucional” (KELSEN, 2003, p. 304-305).

---

<sup>10</sup>Como se verá à frente, essa ideia estendeu sua influência também no direito brasileiro, a ponto de os defensores dela entenderem que romper com o dogma da nulidade de lei inconstitucional violaria a própria supremacia da Constituição (ÁVILA, 2009).

<sup>11</sup>A *Civil Law* calca-se no primado da lei, cabendo ao juiz transpor o comando abstrato proveniente do Poder Legislativo para os casos a serem julgados. Como a legislação se desenvolve num ritmo mais lento do que a sociedade, as crescentes demandas sociais acentuam o *déficit* entre as normas e os casos a serem decididos pelos tribunais. Dessa forma, exigem-se outras formas de integração do direito, como a aplicação de princípios, analogias etc. Isto pode implicar em interpretações diferentes para casos semelhantes. Contudo, cada vez mais, se percebe a importância em garantir um mesmo padrão decisório para casos semelhantes. Assim, mesmo num sistema pautado no direito positivo, os precedentes, bem como os enunciados de súmulas e a jurisprudência, passaram a ter um importante papel na uniformização das decisões judiciais, em favor da isonomia e da segurança jurídica. Com isto, novamente, sugere-se uma aproximação entre os sistemas (JOBIM; OLIVEIRA JÚNIOR, 2022).



No sistema austríaco, além da competência para exercer o controle ser atribuída a um único órgão, este exercício só poderia ser realizado por meio de um requerimento especial, no bojo de uma ação especial, “[...] por parte de alguns órgãos políticos”. O “Governo Federal” requeria o controle das leis estaduais “(*Landesgesetze*)” e os Governos estaduais “(*Landesregierungen*)” requeriam “[...] o controle de leis federais”. Assim, o controle de constitucionalidade era completamente desvinculado de processos comuns, concretos (CAPPELLETTI, 1999, p. 104-105). No modelo kelseniano, as ações apenas questionavam “[...] como objeto principal e único, a constitucionalidade da lei (controle principal)” (MENDES; CAVALCANTE FILHO, 2021, p. 311).

Caminhava-se, desse modo, numa direção completamente oposta ao modelo americano, pois, no sistema de Kelsen, os juízes em geral, exceto a Corte Constitucional, não tinham qualquer possibilidade de exercer o controle de constitucionalidade. Ademais, ainda que entendessem que determinada lei era inconstitucional, não podiam deixar de aplicá-la. Aliás, na formulação originária do sistema (Constituição de 1920), não era permitido ao Judiciário nem mesmo requerer ao Tribunal Constitucional que exercesse o controle que lhes era proibido (CAPPELLETTI, 1999).

Este rol reduzido de legitimados, no entanto, gerava uma grave problemática, sobretudo, porque os Governos Federal e Estaduais não tinham obrigação de impugnar uma norma inconstitucional, mas apenas a faculdade que, aliás, era exercida apenas excepcionalmente. Nesse contexto, muitas leis acabavam fugindo do controle de constitucionalidade. E, mais grave, mesmo manifestamente inconstitucionais, deviam ser aplicadas, já que os juízes não podiam exercer o controle diretamente e nem acionar o Tribunal (CAPPELLETTI, 1999).

A fim de contornar essa problemática, a Constituição austríaca sofreu revisão em 1929, alterando-se parcialmente o sistema de controle de constitucionalidade. O art. 140 da Lei fundamental ampliou o rol de legitimados para instaurar o processo de controle, passando a incluir dois órgãos judiciários ordinários: a “Corte Suprema para as causas civis e penais” e a “Corte Suprema para as causas administrativas”. Contudo, diferentemente dos órgãos políticos que instauravam a ação pela via principal, atacando a lei em abstrato, os órgãos judiciários instauravam a ação perante a Corte Constitucional pela via incidental. Isto é, “[...] apenas no curso e por ocasião de um ordinário processo (civil, penal ou administrativo) desenvolvendo-se perante

eles e para a decisão do qual a lei, federal ou estadual, cuja constitucionalidade foi posta em questão, seja relevante” (CAPPELLETTI, 1999, p. 106, grifo do autor).

Desse modo, o judiciário, com exceção da Corte Constitucional, continuou a não poder exercer diretamente o controle de constitucionalidade. Todavia, dois de seus órgãos passaram a ser legitimados para requerer ao Tribunal Constitucional que exercesse em seu lugar o controle daquelas leis que regiam o caso concreto que estavam julgando. Nessa situação, as Cortes Suprema e Administrativa deveriam deixar de aplicar a lei imputada de inconstitucional, enquanto aguardavam o pronunciamento da Corte Constitucional sobre a validade da norma (CAPPELLETTI, 1999). Aliás, além da legitimação, havia um caráter obrigatório ligado a esse requerimento, conforme comentam Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2022, p. 464): “[...] em caso de dúvida acerca da constitucionalidade de lei prejudicial ao julgamento de caso conflitivo [...]”, ambos os órgãos judiciários “[...] passaram a ser obrigados a requerer à Corte Constitucional a definição da sua constitucionalidade, vinculando-se ao seu pronunciamento”.

Assim, nota-se que as alterações realizadas no sistema austríaco passaram a permitir não somente “[...] que o controle da constitucionalidade seja requerido de forma direta”, mas também oportunizaram “[...] o controle incidental aos casos concretos, permitindo que se peça à Corte Constitucional a análise de lei cuja constitucionalidade seja duvidosa”. Com isto, percebe-se que, mesmo num sistema que concentra em um órgão o controle de constitucionalidade, pode haver controle “[...] incidental ao julgamento de um litígio e, assim, ter natureza concreta” (SARLET, MARINONI; MITIDIERO, 2022, p. 464). Isto porque, conforme ressaltam Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2022, p. 464):

[...] embora sejam separados dois juízos – um em que se faz apenas a análise da constitucionalidade e outro em que se aprecia o caso concreto a partir da definição acerca da questão constitucional –, o caso concreto, de onde brotou a arguição da questão, exerce influência sobre o juízo da Corte Constitucional, que definirá a legitimidade constitucional da norma (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2022, p. 464).

Outra questão a ser melhor explorada é quanto aos efeitos da decisão. Sabe-se que, como já mencionado, a decisão de inconstitucionalidade anulava a lei. Isto era aplicado não apenas numa situação concreta, mas para todas as situações futuras. Assim, no instante em que a decisão passasse a vigorar, a lei anulada era eliminada, deixando de existir. Essa decisão, diferentemente do que ocorria no sistema

americano, que tinha efeitos retroativos, era, em regra, *ex nunc*. Isto ocorria porque a decisão judicial dizia respeito a um ato do Legislativo, Poder que estava também autorizado a interpretar a Constituição. Quer dizer, por mais que essa interpretação também estivesse sujeita ao controle pelo Poder Judiciário, enquanto o Tribunal não houvesse decidido pela inconstitucionalidade da norma, o posicionamento do legislador, expresso no ato legislativo, deveria vigorar. Então, a anulabilidade, em lugar da nulidade, honraria o posicionamento do Parlamento sobre a norma impugnada (KELSEN, 2003).

Outro ponto importante no sistema austríaco, relativo aos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, além da eficácia *ex nunc*, é que ele teria ainda um “caráter ‘geral’”. Quer dizer, a decisão originaria uma anulação com eficácia *erga omnes*. Assim, diante do pronunciamento de inconstitucionalidade, a norma se tornaria ineficaz para todos (CAPPELLETTI, 1999, p. 118). A decisão de anulação, então, teria “[...] o mesmo caráter de uma lei ab-rogatória”, quer dizer, “um ato negativo de legislação” (KELSEN, 2003, p. 305-306).

Esclarecidos os aspectos principais dos dois sistemas, passa-se agora para a sistematização desses pontos, a fim de possibilitar uma classificação do controle de constitucionalidade.

## 2.2 CLASSIFICAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Frisa-se que, a partir dos sistemas matrizes de controle de constitucionalidade (francês, americano e austríaco), outros modelos foram se desenvolvendo, adaptando-se à sistemática constitucional de outros países. Como sugere Barroso (2019), analisando aspectos subjetivos, objetivos e processuais, é possível sintetizar as características dos modelos derivados e propor uma classificação do controle de constitucionalidade. Como o Brasil também sofreu influência dos modelos matrizes, esta classificação irá facilitar a compreensão do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro.

### 2.2.1 Quanto ao momento

De acordo com o momento do controle de constitucionalidade, o sistema pode ser classificado como preventivo ou repressivo. O divisor de águas que distingue um modelo do outro seria a publicação do ato legislativo. O controle será preventivo se realizado antes de aperfeiçoado o ato normativo (recaindo sobre lei em formação) e repressivo ou sucessivo se realizado depois, recaindo, neste caso, sobre a lei vigente (NOVELINO, 2021; MENDES; BRANCO, 2021).

O controle preventivo evitaria que um ato inconstitucional entrasse em vigor. Não haveria, nesta situação, declaração de nulidade (ou decisão de anulabilidade), mas exclusão de possíveis inconstitucionalidades antes do surgimento da lei. É, como já mencionado, um controle típico do sistema francês. Contudo, também vem sendo oportunizado no Brasil, em regra, por meio de atuação do Poder Legislativo e do Poder Executivo (BARROSO, 2019).

No âmbito do Poder Legislativo, o controle é exercido, costumeiramente, por meio das suas comissões de constituição e justiça, sem prejuízo de controle posterior, a ser realizado pelo plenário de cada Casa Legislativa. Ressalta-se que as comissões, normalmente, se manifestam quanto à constitucionalidade da norma em tramitação ainda no começo do procedimento legislativo. Já no âmbito do Poder Executivo, esse controle é materializado através do veto ao projeto de lei aprovado pelo Poder Legislativo. Trata-se de controle prévio, já que, para o nascimento da lei, é necessário que haja sanção do presidente (NOVELINO, 2021; BARROSO, 2019).

Assim, nota-se que, quando se trata de controle prévio, normalmente, este se confunde com controle político, haja vista que se configura como fase do

procedimento legislativo. A dúvida que se impõe a partir daí é se há possibilidade de controle prévio a ser exercido pelo Poder Judiciário (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2022).

Em regra, o modelo judicial brasileiro é repressivo, mas também pode ser realizado, excepcionalmente, em caráter preventivo, quando um parlamentar impetra mandado de segurança no STF, por considerar que houve violação das regras do processo legislativo. Isto é possível diante do direito público subjetivo do Parlamentar ao devido processo legislativo constitucional. E é o que ocorre no caso de processamento de projeto de Emenda Constitucional que contraria cláusula pétrea (art. 60, § 4º, CF/88). Este é o posicionamento de Mendes e Branco (2021), Barroso (2019) e Novelino (2021).

Entretanto, importante esclarecer que, neste caso, entendem Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2022, p. 464) que não se trata de controle preventivo de constitucionalidade, mas repressivo, por meio de mandado de segurança. Conforme esclarecem os autores:

[...] não existe previsão, na ordem jurídica brasileira, de tal forma de controle de constitucionalidade. O STF admite o controle judicial do processo legislativo em nome do direito subjetivo do parlamentar de impedir que a elaboração dos atos normativos incida em desvios inconstitucionais. Entende-se caber mandado de segurança – portanto controle incidental – quando ‘a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou da emenda’ (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2022, p. 464).

Nesse caso, o Poder Judiciário não estaria fazendo um controle de constitucionalidade de projeto de lei, o que é julgado é a constitucionalidade do andamento do processo legislativo. Independentemente de se entender esse modo de controle como preventivo ou repressivo, a declaração de inconstitucionalidade do processo legislativo pelo Poder Judiciário ocorre em caráter excepcional. Com intenções didáticas, no presente trabalho, aponta-se que tudo o que implicar em controle constitucional a ato legislativo ainda em trâmite é controle prévio e tudo o que implicar em controle constitucional de lei vigente (lei em sentido amplo) é controle repressivo. Frisa-se que isto independe do Poder que exerça o Controle. Considera-se, assim, como “marco distintivo entre as duas modalidades” de controle, conforme aponta Novelino (2021, p. 199, grifo do autor) “[...] a data da *publicação* da lei ou ato normativo, quando o processo legislativo é definitivamente concluído”.

Esclarecido esse ponto, passa-se agora para algumas considerações sobre o controle repressivo. Essa forma de controle, também conhecido como sucessivo ou a

*posteriori*, refere-se, como já se pontuou no parágrafo anterior, àquele exercido diante de ato normativo vigente. Seu objetivo é parar a eficácia do ato legislativo inconstitucional (BARROSO, 2019).

No Brasil, o protagonismo desse tipo de controle é do Poder Judiciário, que, influenciado pelos sistemas americano e austríaco, pode atuar tanto no controle incidental quanto principal, como se verá de forma mais detalhada, oportunamente, em tópico próprio (NOVELINO, 2021). Todavia, não é apenas o Judiciário que exerce controle *a posteriori*, pois, como apontam Barroso (2019) e Novelino (2021), esse tipo de controle também pode ser desempenhado pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo.

No âmbito do Poder Legislativo, pode-se citar a sustação realizada pelo Congresso Nacional no que tange a atos do Presidente que excedam os limites do poder regulamentar ou da delegação legislativa, conforme previsto no art. 49, V da Constituição Federal de 1988. Outro exemplo é a possibilidade de rejeição de medida provisória, por inexistência dos requisitos de relevância e urgência ou por trazerem matéria em descompasso com a Constituição Federal de 1988 ou que seja vedado por ela (NOVELINO, 2021).

No âmbito do Poder Executivo, pode-se citar a recusa do Chefe do Executivo em cumprir ato legislativo considerado inconstitucional. Apesar de que, com o advento da Constituição Federal de 1988 e a legitimidade concedida ao Presidente da República e aos governadores para proporem ação direta de inconstitucionalidade, essa recusa passou a ser razoavelmente questionada, ainda que não possa ser totalmente descartada, haja vista a inexistência de hierarquia entre Poderes e a submissão de todos à Constituição Federal de 1988. Ademais, a fim de se evitar responsabilizações e com o intuito de legitimar a recusa de aplicação do ato normativo, deve haver justificativa por escrito e publicidade da negativa (NOVELINO, 2021). De toda forma, diante de controvérsia sobre interpretação de norma, “[...] a última palavra é do Judiciário” (BARROSO, 2019, p. 69).

### **2.2.2 Quanto à natureza do órgão**

A depender da natureza do órgão encarregado de exercer o controle de constitucionalidade, existem dois tipos de controle – o político e o jurisdicional (NOVELINO, 2021). Como já esclarecido anteriormente, o controle político é, muitas vezes, associado ao controle prévio exercido por órgão não jurisdicional. Igualá-los,

entretanto, pode acarretar algumas imprecisões, já que os parâmetros classificatórios são diferentes.

Conforme já se demarcou, seguindo posicionamento de Novelino (2021), os controles prévio e repressivo possuem como divisor de águas a publicação da lei. Assim, todo controle constitucional que incidir sobre lei em formação (projeto de lei) é controle prévio e todo controle que recair sobre a norma em vigor é controle sucessivo. Isto independe da natureza do órgão que exerça o controle. Todavia, não se pode deixar de notar que, em regra, tipicamente, ao Poder Judiciário confere-se o exercício do controle repressivo. Assim, associa-se a ideia de controle preventivo a órgãos políticos, a exemplo do Conselho Constitucional Francês (BARROSO, 2019).

Desse modo, ressalta-se que o controle jurisdicional de constitucionalidade é aquele exercido pelo Poder Judiciário e remonta à matriz norte-americana. Já a ideia de instituir um controle de constitucionalidade por meio de órgão político remete à experiência constitucional francesa, que, por questões históricas e ideológicas, rejeitou a fórmula jurisdicional de controle (BARROSO, 2019). Conforme esclarece Novelino (2021, p. 202):

O controle político é o realizado por órgãos sem poder jurisdicional. Denomina-se sistema político de controle o adotado por países nos quais o exercício é atribuído ao Legislativo ou a órgãos criados especificamente para esse fim como, por exemplo, o *Conseil Constitutionnel* francês (NOVELINO, 2021, p. 202).

Diante da possibilidade de adoção simultânea dessas duas formas de controle (Político e Jurisdicional), o sistema pode ainda ser considerado como um modelo misto. Na Suíça, por exemplo, o controle de constitucionalidade pode ser realizado por órgãos distintos a depender do tipo de lei. Desse modo, se for lei local, cabe ao Poder Judiciário o controle de constitucionalidade. Se for lei nacional, o controle é feito pela Assembleia Nacional (NOVELINO, 2021).

No Brasil, como já mencionado, cabe ao Poder Judiciário a última palavra quanto à interpretação acerca da constitucionalidade da lei. Todavia, não se pode desconsiderar que também existe o controle de constitucionalidade realizado pelos Poderes Legislativo e Executivo. Por esta razão, apesar de Barroso (2019) ressaltar o protagonismo do Judiciário no que concerne ao controle de constitucionalidade, não deixa de atribuir ecletismo ao sistema brasileiro.

Historicamente, apenas a Constituição imperial brasileira (1824), por influência francesa, sugeria prevalência do Poder Legislativo sobre o Judiciário. O dogma da

soberania do Parlamento não deixava qualquer espaço para “[...] o mais incipiente modelo de controle judicial de constitucionalidade”, que só veio a inserir-se no sistema pátrio com o início do regime republicano (MENDES, 2012, p. 22).

Entretanto, apesar de a Carta Constitucional atribuir competência exclusiva ao Parlamento para editar, interpretar, suspender e revogar as leis, bem como zelar pela própria Constituição, Mendes (2012, p. 22) não chegou a identificar nessa época “[...] qualquer sistema assemelhado aos modelos hodiernos de controle de constitucionalidade”. Nesse período, o Poder Moderador, ocupado pelo Chefe de Estado, tinha autoridade para intervir nos demais poderes e deveria garantir a harmonia e o equilíbrio entre eles.

### **2.2.3 Quanto à competência**

Essa classificação representa uma derivação de uma das categorias anteriores. Quando se pensa numa diferenciação do controle quanto à natureza do órgão que o exerce, viu-se que este pode ser político ou jurisdicional. Quando se analisa a competência para o exercício do controle, como aponta Novelino (2021), está sendo averiguado como ela é distribuída dentro do Poder Judiciário, se de maneira difusa ou concentrada.

Nesse cenário, se num determinado sistema, a competência para o exercício do controle de constitucionalidade é partilhada por todo e qualquer juiz ou tribunal, isto significa que o controle é difuso. Nas palavras de Barroso (2019, p. 69):

Do ponto de vista subjetivo ou orgânico, o controle judicial de constitucionalidade poderá ser, em primeiro lugar, difuso. Diz-se que o controle é difuso quando se permite a todo e qualquer juiz ou tribunal o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma e, conseqüentemente, sua não aplicação ao caso concreto levado ao conhecimento da corte (BARROSO, 2019, p. 69).

Como já se mencionou anteriormente, esse sistema de controle originou-se da matriz norte-americana, a partir do caso *Marbury v. Madison*, apreciado em 1803 pela Suprema Corte. Importante destacar que, nesse julgado, ficou demarcada a competência do Poder Judiciário como um todo em dizer o direito e firmar o sentido das leis, inclusive, da Lei Maior. Conforme esclarece Barroso (2019, p. 69):

De fato, naquela decisão considerou-se competência própria do Judiciário dizer o Direito, estabelecendo o sentido das leis. Sendo a Constituição uma lei, e uma lei dotada de supremacia, cabe a todos os juízes interpretá-la, inclusive negando aplicação às normas infraconstitucionais que com ela



conflitem. Assim, na modalidade de controle difuso, também chamado sistema americano, todos os órgãos judiciários, inferiores ou superiores, estaduais ou federais, têm o poder e o dever de não aplicar as leis inconstitucionais nos casos levados a seu julgamento (BARROSO, 2019, p. 69).

No Brasil, a influência do modelo difuso vem mostrando sua face desde 1890, com a chamada Constituição provisória do ainda incipiente regime republicano (MENDES, 2012). Destaca-se que é tipo de controle que se mantém até hoje, visto que do “[...] juiz estadual recém-concursado até o Presidente do Supremo Tribunal Federal, todos os órgãos judiciários têm o dever de recusar aplicação às leis incompatíveis com a Constituição” (BARROSO, 2019, p. 69).

Quanto ao sistema concentrado que, como visto, tem suas raízes na matriz austríaca, a competência para o exercício do controle de constitucionalidade se centraliza num determinado tribunal, em lugar de se espriar por diversos órgãos do Poder Judiciário. Nas palavras de Mendes e Branco (2021, p. 564), o “[...] controle concentrado de constitucionalidade (austríaco ou europeu) defere a atribuição para o julgamento das questões constitucionais a um órgão jurisdicional superior ou a uma Corte Constitucional”.

Ressaltam Trindade (2015) e Barroso (2019) que o modelo concentrado foi introduzido no Brasil em 1965, perante o STF, por meio da Emenda Constitucional nº 16, sinalizando, com isto, para a existência de um sistema misto de controle. Também apontam para o modelo misto os doutrinadores Mendes e Branco (2021) e Novelino (2021). Nesse contexto, para esses autores, o sistema brasileiro congrega tanto características do modelo difuso quanto do concentrado porque:

Em geral, nos modelos mistos defere-se aos órgãos ordinários do Poder Judiciário o poder-dever de afastar a aplicação da lei nas ações e processos judiciais, mas se reconhece a determinado órgão de cúpula – Tribunal Supremo ou Corte Constitucional – a competência para proferir decisões em determinadas ações *de perfil abstrato ou concentrado* (MENDES; BRANCO, 2021, p. 564, grifo nosso).

Assim, observa-se que, quando esses autores sugerem que o sistema pátrio tem características do controle concentrado, estão, na verdade, apontando que apenas ao órgão de cúpula do Poder Judiciário é dada a competência para julgar os atos legislativos inconstitucionais na sua *forma abstrata*, isto é, por meio de ação direta (MENDES; BRANCO, 2021). Seguindo esse mesmo raciocínio, Trindade (2015, p. 22, grifo nosso) ressalta que:

O controle concentrado de constitucionalidade tem por objetivo a *invalidação de lei ou ato normativo em abstrato*. Não existe um caso concreto que suscite inconstitucionalidade nem interesse pessoais envolvidos em direito subjetivo, mas apenas o interesse do judiciário em expurgar do ordenamento jurídico a norma contrária à constituição (TRINDADE, 2015, p. 22, grifo nosso).

Não deixa de ser verdade, conforme esclarecem Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2022, p. 464, grifo nosso) que “[...] nos sistemas em que o controle da constitucionalidade é feito por uma Corte Constitucional, encarregada de julgar as *ações diretas*, o controle é concentrado”<sup>12</sup>. Todavia, o critério de classificação do sistema, em controle concentrado ou difuso, refere-se, respectivamente, à existência de monopólio ou concorrência da competência para julgar a inconstitucionalidade de um ato legislativo num dado ordenamento jurídico. Então, não é relevante para essa classificação a natureza da ação recebida pelo juiz ou tribunal para cumprir esse objetivo. Quer dizer, não está em exame se a inconstitucionalidade será investigada como um incidente numa ação concreta ou se é o motivo primordial da ação. Assim, segue-se escólio de Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2022, p. 466), ao afirmarem que:

[...] nos sistemas em que os juízes exercem o controle de constitucionalidade diante de qualquer caso, e, ao lado disso, este controle também é deferido à Suprema Corte mediante a via direta, há, na realidade, controle difuso decorrente das formas incidental e principal (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2022, p. 466).

Desse modo, nota-se que entender a classificação por estes moldes implica perceber os sistemas difuso e concentrado como dois conjuntos independentes, sem qualquer possibilidade de interseção. Quer dizer, ou o sistema é de um tipo ou de outro, mas não os dois ao mesmo tempo. Nessa dinâmica, o posicionamento dos autores retrocitados, de que o sistema brasileiro é difuso, por ser exercido não apenas pelo STF, mas também por qualquer juiz ou tribunal do país, parece mais adequado.

A hibridez do sistema, decorrente da influência das matrizes austríaca e americana, se daria por conta das vias de ação eleita ou mesmo da natureza da ação. Todavia, não se pode deixar de ressaltar que boa parte da doutrina comunga com a

---

<sup>12</sup>Ressalta-se que, no modelo austríaco, mesmo após a alteração constitucional de 1929, conforme o tópico anterior, o controle de constitucionalidade continuou a se concentrar no Tribunal Constitucional. As Cortes Suprema e Administrativa apenas passaram a compor o rol de legitimados para suscitar a inconstitucionalidade da lei perante a Corte Constitucional. Frisa-se, ainda, que, diferentemente dos órgãos políticos que entravam com ações por via direta (ações abstratas), os órgãos judiciários só poderiam arguir a inconstitucionalidade da lei por via incidental, partindo de um caso concreto sob seu julgamento. Essa alteração posterior da Constituição austríaca representa mais uma razão para não condicionar o modelo concentrado ao tipo de ação empregada no controle.

ideia de um sistema misto, com base nos controles difuso e concentrado, tratando-se de dicotomia amplamente divulgada.

De toda sorte, independentemente do posicionamento adotado, não se pode deixar de reconhecer que o fato de qualquer juiz ou tribunal do Brasil, o que inclui, logicamente, o STF, poder exercer o controle de constitucionalidade das leis, concede ao judiciário nacional um lugar de relevo na *civil law*. Ao contrário do direito austríaco e, aliás, de boa parte do direito da Europa continental, em que o controle não é concedido ao juiz ordinário, no Brasil, qualquer juiz ou tribunal pode e deve efetivar o controle de constitucionalidade pela via incidental nos casos concretos que chegam ao seu julgamento (MARINONI, 2022).

Isto é uma grande peculiaridade do sistema jurídico brasileiro, haja vista que, mesmo o juiz de primeiro grau, ao julgar as ações concretas, tem o poder-dever de negar aplicação da norma em descompasso com a Lei fundamental do país, bem como de conferir sentido à norma por meio de técnicas interpretativas conforme a Constituição e de declaração parcial de nulidade<sup>13</sup>, além de poder corrigir omissões legislativas perante os direitos fundamentais. É um poder amplo, que faz do judiciário brasileiro um poder distinto do judiciário da tradição da *civil law* (MARINONI, 2022).

#### **2.2.4 Quanto à natureza da ação e a via eleita**

Como já mencionado, no Brasil, qualquer juiz ou tribunal tem competência para exercer o controle de constitucionalidade dos atos legislativos. A questão que se delinea a partir daí é quanto à natureza das ações (se concreta ou abstrata) recebidas pelo Poder Judiciário com a finalidade de realizar esse controle, ou a via eleita para empreender essas ações (se por via principal ou incidental).

---

<sup>13</sup>Sabe-se que a declaração de nulidade de uma lei pode implicar em várias extensões: nulidade total da norma (quando não se vê possibilidade de desmembramento da norma em partes constitucionais e inconstitucionais, seja por conta da interdependência entre estas ou por defeitos formais relativos à iniciativa da lei ou competência); nulidade parcial (na qual se profere nulidade apenas das normas viciadas, mantendo-se as disposições constitucionais); nulidade parcial sem redução de texto (quando a decisão de inconstitucionalidade não leva, impreterivelmente, à exclusão da norma, já que ela ainda poderia ser aplicada de uma determinada maneira. Assim, uma norma tributária que não observa o princípio da anterioridade, ainda poderia ser aplicada no próximo exercício financeiro). Já a interpretação conforme a Constituição leva em consideração o caráter plurissignificativo do direito. Assim, em caso de mais de uma interpretação da lei, prefere-se aquela compatível com a Constituição (MENDES, 2012). Frisa-se que a “[...] interpretação conforme a Constituição levava sempre, no direito brasileiro, à declaração de constitucionalidade da lei. Porém, [...] há hipóteses em que esse tipo de interpretação pode levar a uma declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto” (MENDES; BRANCO, 2021, p.713).

Como já se apontou, não é raro associar o modelo difuso a ações de natureza concreta e por via incidental, ou, por outro lado, estabelecer relações entre o modelo concentrado e as ações de natureza abstrata e por via principal. Isto acontece porque estas conjugações advêm das próprias matrizes do controle de constitucionalidade.

Nesse cenário, como sintetiza Coêlho (2016, p. 78, grifo do autor), no sistema difuso de matriz americana, “[...] o poder de controlar as leis em face da Constituição pertence a todos os órgãos judiciários, isto é, a todos os juízes de um dado ordenamento jurídico, por ocasião do exame dos casos concretos (*incidenter tantum*)”. Quer dizer, em causas que envolvem situações concretas, a discussão da constitucionalidade da lei é um elemento analisado, por qualquer juiz, incidentalmente à questão principal. Assim, “[...] tendo em vista a forma processual própria desse modelo derivado do sistema americano”, em regra, “[...] associa-se o controle incidental ao modelo difuso” (MENDES; BRANCO, 2021, p. 563).

Em contrapartida, o controle por via principal decorre da matriz austríaca (ou de vertente europeia) e seus tribunais constitucionais, tendo por discussão a constitucionalidade da lei em si, numa ação de natureza abstrata. Nas palavras de Barroso (2019, p. 72-73):

[...] o controle por via *principal* é decorrente do modelo instituído na Europa, com os tribunais constitucionais. Trata-se de controle exercido fora de um caso concreto, independente de uma disputa entre partes, tendo por objeto a discussão acerca da validade da lei em si. Não se cuida de mecanismo de tutela de direitos subjetivos, mas de preservação da harmonia do sistema jurídico, do qual deverá ser eliminada qualquer norma incompatível com a Constituição (BARROSO, 2019, p. 72-73, grifo do autor).

Assim, a reprodução dessas interconexões dentro dos sistemas derivados, ou mesmo na doutrina, espelhando-se na sistemática das matrizes, não é exatamente algo inesperado, tampouco parece implicar numa obrigatoriedade. Como já mencionado, conforme Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2022), ao se estabelecer critérios diferenciadores entre os controles difuso e concentrado, não se analisa a natureza da ação do controle nem a via eleita, ao se protocolar o processo. O que se observa é se a competência para o controle é exercida de maneira centralizada ou difusa.

A análise que se fará a partir de agora é se também é possível delinear critérios específicos, no intuito de distinguir os controles concreto e abstrato, incidental e principal. Começando pelas distinções quanto à natureza da ação, pode-se esclarecer que o controle é concreto quando “[...] a questão de constitucionalidade é relacionada

com uma situação pessoal e concreta” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2022, p. 465).

Esclarecendo melhor, é aquele controle em que o exame da constitucionalidade da lei é condição indispensável a ser definida, antes da análise do direito subjetivo da parte. Ou seja, aferir a validade da norma não é a razão principal da ação proposta, mas é requisito para se alcançar a resolução do conflito entre as partes. Nas palavras de Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2022, p. 464):

No controle concreto, a análise da constitucionalidade da norma – que é pressuposto à resolução da demanda – se apresenta conjugada à aferição de direito subjetivo ou interesse legítimo, cuja tutela jurisdicional dela depende. A constitucionalidade da norma, em outras palavras, não é o objeto ou mesmo o fim do processo. Ou seja, o processo não é instaurado em virtude de dúvida acerca da legitimidade da norma nem objetiva definir a sua constitucionalidade, declarando-se a sua inconstitucionalidade ou constitucionalidade (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2022, p. 464).

Nesse cenário, o controle incidental está estreitamente relacionado ao controle concreto, já que é no bojo de um processo que envolve a resolução de um conflito real que é levantada a questão incidental sobre a constitucionalidade da norma. Quando se pensa no controle concreto, com aferição da constitucionalidade da lei como pressuposto para resolução da demanda subjetiva, percebe-se a inconstitucionalidade como uma situação incidental ou prejudicial à resolução do litígio. Como ressaltam Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2022, p. 465), o “[...] controle incidental sempre é de natureza concreta”.

Detalhando um pouco mais o controle incidental, ressalta-se que este pode ser exercido processualmente tanto no pedido da parte autora quanto na defesa da parte ré. No primeiro caso, pode-se citar o mandado de segurança, no qual a parte impetrante alega inconstitucionalidade de lei tributária como questão prejudicial a ser analisada, para contestar a exigência, por determinada autoridade, relativa a pagamento de imposto (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2022).

No segundo caso, a parte demandada invoca o incidente de inconstitucionalidade de lei, a fim de se desobrigar de seu cumprimento. Esta é a situação mais comum, razão pela qual o controle incidental e o controle por via de defesa são, muitas vezes, equiparados. Conforme assevera Barroso (2019, p. 71-72, grifo do autor):

O controle incidental é por vezes referido, também, como controle por *via de exceção ou defesa*, porque normalmente a inconstitucionalidade era invocada pela parte demandada, para escusar-se do cumprimento da norma

que reputava inválida. Todavia, a inconstitucionalidade pode ser suscitada não apenas como tese de defesa, mas também como fundamento da pretensão do autor, o que se tornou mais frequente com a ampliação das ações de natureza constitucional, inclusive e notadamente pelo emprego do mandado de segurança, tanto individual como coletivo (BARROSO, 2019, p. 71-72, grifo do autor).

Esclarecidos os pontos essenciais sobre os controles concreto e por via incidental, não se pode deixar de mencioná-los como formas de controle relacionadas à face mais cotidiana do Poder Judiciário, uma vez que este possui relevante função de solucionar conflitos entre partes. Diferindo, o controle abstrato e o controle por via principal, a despeito de também comporem importante exercício jurisdicional, atrelam-se a uma feição mais atípica do Judiciário, visto que não há situação concreta a ser solucionada. Neste caso, objetiva-se a proteção do próprio ordenamento jurídico com a retirada do elemento incompatível com a Constituição (BARROSO, 2019). Isto porque, no controle abstrato, o que se busca analisar é a constitucionalidade de lei ou ato normativo em tese, não sendo, pois, esta avaliação pano de fundo de uma situação conflitiva concreta, mas o motivo que originou a demanda. Conforme esclarecem Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2022, p. 464):

O controle abstrato [...] considera a norma em si, desvinculada de direito subjetivo e de situação conflitiva concreta. Busca-se, no controle abstrato, apenas analisar a validade constitucional da norma, independentemente de ser ela imprescindível, ou não, à tutela jurisdicional de um direito. O controle abstrato ocorre em processo voltado unicamente à análise da constitucionalidade da norma, fazendo surgir, neste sentido, um processo autônomo para o controle de constitucionalidade. Este processo, por não dizer respeito à solução de litígio, não possui partes, que, antes da sua instauração, estavam envolvidas num conflito de interesses (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2022, p. 464).

Esclarecida a essencialidade do que significa controle abstrato, passa-se agora à análise do controle por via principal. Este tipo de controle se dá, justamente, quando “[...] o objeto do processo é a própria questão constitucional”, sendo exercido diante de ação direta endereçada ao órgão de cúpula do Poder Judiciário, que no Brasil é o STF (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2022, p. 465).

Assim, não se pode deixar de notar certa proximidade conceitual entre controle abstrato e controle principal. Então, visto que o controle abstrato é realizado por via principal, pergunta-se: todo controle por via principal tem natureza abstrata? O fato é que não se pode deixar de realizar certo paralelo com o binômio anteriormente explorado (controle concreto-incidental).

Todavia, para Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2022, p. 465), essa análise não possui configurações idênticas. Isto porque, para os autores, enquanto o controle incidental tem sempre natureza concreta, já que representa justamente um incidente de inconstitucionalidade a ser analisado como questão prejudicial à resolução de um conflito entre partes, o controle principal nem sempre será abstrato, ainda que, em regra, o seja. Como os autores esclarecem:

O controle por via de ação direta, dito controle direto, viabiliza o controle abstrato da norma impugnada. Porém, *há casos excepcionais em que se permite*, mediante ação direta à Corte Constitucional ou ao STF, *alegação de inconstitucionalidade que leva em conta situação pessoal*, de direito substancial, afetada pela norma reclamada (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2022, p. 465, grifo nosso).

Os mesmos autores citam como exemplo de controle por via principal de natureza concreta o recurso constitucional alemão, endereçado à Corte Constitucional, protocolado por titular de direito fundamental que seja atingido por ação ou omissão do Poder Público (podendo ser ato legislativo). No Brasil, ilustram a situação a partir do mandado de injunção dirigido originariamente ao STF. Isto porque, na referida ação, objetiva-se, “[...] mediante a impugnação de inconstitucionalidade por omissão, tutelar direito constitucional relacionado à situação pessoal e concreta deduzida em juízo pelo demandante” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2022, p. 465).

Para os autores, a inconstitucionalidade por omissão, nesse caso, não estaria sendo discutida como questão incidental, mas seria o próprio objeto da ação, ainda que lamentada em juízo a partir de situação pessoal (concreta) do demandante. Em outras palavras, seria a omissão de lei inconstitucional – que inviabiliza o exercício de direitos fundamentais – que o mandado visa resolver em primeira mão. Por fim, frisa-se que a omissão pode ser suprida, não necessariamente, pela elaboração de nova lei. Visto que dar ciência ao Legislativo sobre a omissão não o obriga a legislar, a omissão pode ser solucionada por outras vias, como por meio de aplicação de outra norma que regule situação similar (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2022).

Exposta a importância e as formas de controle de constitucionalidade dos atos do poder público, em especial, no direito brasileiro, passa-se agora a analisar o controle de constitucionalidade exercido pelo STF, a quem compete, de forma precípua, “a guarda da Constituição” (art. 102, Constituição de 1988.) (BARROSO, 2019, p. 145).

### 2.3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE REALIZADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O STF, órgão de cúpula do Judiciário, realiza o controle de constitucionalidade no Brasil tanto pela via direta quanto pela via incidental. Isso significa que, influenciado pelo modelo europeu, o STF realiza o controle das ações em abstrato. Mas também, inspirado pelo modelo norte-americano, realiza o controle de ações concretas, paralelamente aos demais órgãos do Poder Judiciário (BARROSO, 2019).

Esse controle de leis pelo STF pode ser realizado tanto no âmbito de sua competência originária quanto no âmbito de sua competência recursal. No primeiro caso, o Tribunal decide “a questão em única instância”, enquanto, no segundo caso, a analisa “em última instância” (MORAES, 2022, p. 642).

No âmbito de sua competência originária, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu uma série de ações a serem apreciadas pela Corte. Desse modo, incumbiria ao STF processar e julgar originariamente: infrações penais comuns de determinadas autoridades; mandados de segurança e *habeas corpus* quando a autoridade coatora ou paciente tiver prerrogativa de foro; conflitos entre os entes federados ou mesmo entre os entes federados e um Estado estrangeiro; entre outras situações previstas no art. 102, I da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988).

Todavia, para o presente trabalho, no que tange à competência originária da Corte, interessa o estudo das ações abstratas, que possuem estrita relação com a função primordial do STF, que é a de Corte Constitucional (MORAES, 2022). Cabe salientar que somente ao STF é dada, na esfera federal, a competência originária de julgar e processar ações ajuizadas de forma direta, isto é, demandas que carregam “[...] um questionamento em abstrato sobre a constitucionalidade de uma lei (lei em tese)” (MENDES; CAVALCANTE FILHO, 2021, p. 312).

Já no âmbito de sua competência recursal, conforme preceitua o art. 102, II e III, da Carta fundamental, o STF pode julgar os Recursos Ordinário<sup>14</sup> e Extraordinário. O Recurso Ordinário é limitado a algumas situações: processos relativos a crimes políticos, além de *habeas corpus*, mandado de segurança, *habeas data* e mandado de injunção, todos “[...] decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se

---

<sup>14</sup>Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...] II - julgar, em recurso ordinário: a) o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão; b) o crime político (BRASIL, 1988, n.p., grifo do autor).



denegatória a decisão” (BRASIL, 1988, n. p.). Contudo, é o Recurso Extraordinário (RE) “[...] o principal meio de acesso à jurisdição constitucional do STF”, viabilizando-se, por meio dele, a impugnação das “decisões das instâncias inferiores” (MENDES; BRANCO, 2021, p. 617).

Esclarecidas essas questões introdutórias, nos próximos parágrafos será apresentado o estudo do RE e, posteriormente, será investigado como se dá o controle abstrato pelo STF.

### **2.3.1 Controle de constitucionalidade concreto e Recurso Extraordinário**

Como já esclarecido, o RE é um instrumento de grande relevância dentro da jurisdição constitucional do país. Isto porque, sendo o principal meio de acesso a essa jurisdição, possibilita assegurar a supremacia e a uniformidade da Constituição. Esse recurso surgiu no sistema jurídico brasileiro através do Decreto nº 848, de 1980, inspirado no *writ of error* do sistema americano, instrumento que permitia à Suprema Corte americana a ampla revisão dos casos julgados pelos tribunais inferiores (MENDES; BRANCO, 2021).

No contexto brasileiro, o RE foi idealizado como instrumento apto a viabilizar “revisão extraordinária de julgados de última instância”, nas situações em que teria ocorrido ofensa à lei federal ou à Constituição. Isto foi parcialmente alterado a partir da Constituição Federal de 1988, que instituiu o Superior Tribunal de Justiça (STJ), atribuindo-lhe competência para julgar os casos de violação à lei federal. Assim, o RE passou a se restringir à “reapreciação de matéria constitucional”. Frisa-se que, ao seccionar essa competência, a Constituição Federal de 1988 acabou conferindo ao STF uma feição maior de Tribunal Constitucional, pois, quando era cabível RE perante o STF, também nas hipóteses de violação ao direito federal, sua índole era mais propriamente de corte revisional (MENDES; BRANCO, 2021, p. 618).

Atualmente, como já mencionado, o RE está previsto no art. 102, III da Constituição Federal de 1988, dispositivo que traz a disciplina geral do instituto, ao determinar que incumbe ao STF decidir, por meio dele, as causas julgadas em única instância ou última, quando a decisão a que se pretende recorrer:

[...] a) contrariar dispositivo da Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição; e d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal (MENDES; BRANCO, 2021, p. 618).

Das quatro hipóteses no âmbito das quais cabe RE, apenas a última não parece ofender de forma explícita a Constituição Federal de 1988. Afinal, a decisão recorrida entendeu pela validade de uma lei local quando confrontada com uma lei federal. Todavia, como é a Constituição Federal de 1988 que regula a competência legislativa dos entes políticos, o RE se justificaria diante da desobediência ao disciplinado pela Constituição quanto a essa competência (MENDES; BRANCO, 2021).

Assim se observa que o objeto do RE é questão constitucional suscitada pelas partes do processo e, mais especificamente, reapreciação de matéria constitucional, que já havia sido levantada na instância de origem. Em outras palavras, que já tenha sido objeto de prequestionamento. Não se trata de um “terceiro grau” de jurisdição, com reexame de provas ou com o propósito de se rediscutir fatos (BARROSO, 2019, p. 150).

Outro ponto interessante, quanto ao RE, é que existem duas formas de ele chegar ao STF. A primeira é de forma direta, quando o recurso é admitido na origem. A segunda é de forma indireta, quando não é admitido, havendo a necessidade de interposição de agravo. Ressalta-se que o juízo de admissibilidade do RE, a fim de se verificar a existência dos pressupostos recursais, é realizado tanto pelo Tribunal *a quo* quanto pelo STF (MENDES; BRANCO, 2021).

Esse juízo de admissibilidade foi utilizado frequentemente como barreira diante do enorme volume de processos recebidos todos os anos pelo STF, invocando, assim, uma jurisprudência defensiva. A crise numérica gerou a necessidade de racionalização dos procedimentos. Foi nesse contexto, e com o intuito de reassegurar o RE como instrumento de uniformização, que a Emenda Constitucional nº 45 criou a Repercussão Geral (MENDES; BRANCO, 2021).

A Repercussão Geral era a prova de que a questão constitucional suscitada no RE transcendia o interesse das partes, alcançando abrangência a partir de alguma perspectiva relevante, fosse ela econômica, política, social ou jurídica (MENDES; CAVALCANTE FILHO, 2021). Ademais, vale ressaltar que o art. 1.035, § 3º, I e III do Código de Processo Civil (CPC) esclarece que é presumida a Repercussão Geral quando o RE impugnar decisão: que “[...] contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal” ou que “[...] tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal” (BRASIL, 2015b, n.p.).

A Repercussão Geral deve constar como preliminar do RE, para averiguação exclusiva do STF. Deve haver “[...] manifestação expressa da maioria absoluta dos

membros da Corte”, primeiro em relação à análise quanto ao tipo de matéria, se é ou não constitucional, para, em seguida, proceder-se à votação sobre a Repercussão Geral (MENDES; BRANCO, 2021, p. 619).

Assim, se não foi totalmente resolvida, pelo menos foi amenizada, a partir desse filtro de admissibilidade, a questão da enxurrada de processos encaminhados todos os anos ao STF, o que abriu espaço para que a Corte se concentrasse em temas de maior impacto social (MENDES, 2012).

Frisa-se, contudo, que a “[...] introdução dos mecanismos de filtro de admissibilidade em sede de repercussão geral do recurso extraordinário não pode ser vista como a introdução de um mecanismo artificial” (REICHELDT, 2011, p. 4). É verdade que a crise numérica exigiu a racionalização dos procedimentos, mas a Repercussão Geral também foi necessária para assegurar o papel do RE como instrumento de uniformização (MENDES; BRANCO, 2021). É preciso preocupar-se com uma padronização das decisões diante de situações análogas “*no contexto da sociedade de massas*”<sup>15</sup> (REICHELDT, 2011, p. 3, grifo do autor). A “teia de relações sociais no mundo contemporâneo” favorece “a padronização de vínculos sociais”, a título ilustrativo, cita-se a aplicação de contratos de adesão cuja litigiosidade relativa a um contrato, implica na mesma litigiosidade dos demais (REICHELDT, 2011, p. 4).

Outra problemática antiga, já ventilada em outro momento do texto, foi quanto ao alcance social e à reverberação no ordenamento jurídico da decisão de inconstitucionalidade no âmbito de ações concretas, como é o caso do RE. Ou seja, no bojo dos processos em que a inconstitucionalidade foi levantada incidentalmente como questão prejudicial ao julgamento do interesse subjetivo da parte. Como Kelsen (2003) já havia alertado, o controle difuso, que permitiria a qualquer juiz ou tribunal a possibilidade de deixar de aplicar uma lei com pecha de inconstitucional, poderia gerar grande instabilidade nas decisões e consequente insegurança jurídica<sup>16</sup>. Frisa-se que,

---

<sup>15</sup>Na sociedade contemporânea observa-se diversos problemas que se repetem, em massa, atingindo uma enorme quantidade de pessoas, que, por sua vez, entram com processos na busca por seus direitos, o que acaba ocasionando muitas ações que abordam o mesmo tema. Isto exige procedimentos que contendam “soluções de massa”, possibilitando tratamento uniforme (REICHELDT, 2011, p. 11). É o caso da Repercussão Geral, mas não apenas dela, pois pode-se citar também algumas estratégias utilizadas pelo STF, a exemplo do julgamento conjunto, ou da escolha de um caso paradigma para orientar os julgamentos de mesma temática.

<sup>16</sup>O jurista é um artífice que lida com uma matéria, até certo ponto, maleável, ainda que, como se verá mais à frente, existam alguns limites dentro da seara interpretativa, já que o direito é norma centrada em valores constitucionais, em especial, nos direitos fundamentais (CALIENDO, 2009). Todavia, não se pode deixar de alertar sobre o caráter plurissignificativo do direito, bem como sobre a possibilidade de decisões conflitantes.

no que tange ao RE, a inconstitucionalidade proferida, ainda que vincule os demais órgãos do Poder Judiciário, não exclui a norma do sistema, que se mantém em estado latente. Então, ainda que não seja recomendado, “[...] é possível que decisão que reconheceu a inconstitucionalidade de determinada norma um dia venha a ser contrariada”<sup>17</sup> (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2022, p. 542).

Assim, o que seria contornado no *common law* por meio da aplicação da regra do *stare decisis*, que emprestaria efeitos vinculantes às decisões das Cortes Superiores, poderia ser um grande fator de instabilidade na *civil law*. Por esta razão, em 1934, foi instituído, no ordenamento jurídico brasileiro, um mecanismo de suspensão da execução do ato legislativo declarado inconstitucional pela Corte Excelsa, que tinha por finalidade conceder-lhe eficácia geral (*erga omnes*) (MENDES; BRANCO, 2021).

Esse mecanismo de suspensão, reproduzido nas constituições posteriores, inclusive, na de 1988 (art. 52, X), era um ato político facultado ao Senado Federal. Assim, não constituiria qualquer tipo de omissão a recusa do Senado em proceder à suspensão. Contudo, se decidisse prosseguir com ela, estaria limitado ao conteúdo do julgado, não podendo analisar o mérito da decisão, a fim de restringi-la ou ampliá-la (MENDES; BRANCO, 2021). Pode-se perceber que, apesar das boas intenções do constituinte, esse mecanismo não parecia ter a mesma expressividade que o *stare decisis*.

É claro que, hoje, outros mecanismos para a maximização de efeitos foram inseridos no ordenamento jurídico pátrio, notando-se, no Brasil, uma propensão à “abstrativização’ do controle difuso”, o que pode ter ocasionado certa obsolescência<sup>18</sup> do art. 52, X da Constituição Federal de 1988. Nesse contexto, pode-se citar o caso da súmula de efeitos vinculantes, que estenderia “[...] esses efeitos de maneira *erga omnes* e com efeitos vinculantes” (MENDES; CAVALCANTE FILHO, 2021, p. 326).

Quanto aos efeitos temporais relativos à suspensão da execução da lei pelo Senado, é algo a ser discutido. Sabe-se que, no Brasil, as decisões de inconstitucionalidade possuem, tanto no controle concreto quanto no abstrato, em

---

<sup>17</sup>Isto acontece até mesmo nos EUA apesar da regra do *stare decisis* “quando se diz que a Suprema Corte ‘ressuscita’ a lei que era vista como *dead law*, por já ter sido declarada inconstitucional” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2022, p. 542).

<sup>18</sup>Frisa-se que essa obsolescência fica ainda mais evidente diante da abrangência dada ao controle abstrato de constitucionalidade, no qual se permite em medida cautelar a suspensão, com eficácia geral, de lei impugnada. O tema das ações diretas será abordado no próximo tópico (MENDES; BRANCO, 2021).

regra, eficácia retroativa. Esta concepção começa a se mostrar ainda no regime republicano (1890), com a introdução do sistema difuso no país e sua ampla divulgação pela pena do eminente Ruy Barbosa (MENDES, 2012).

Entretanto, a eficácia temporal relativa à suspensão da execução da lei pelo Senado divide opiniões. Alguns autores vão defender a eficácia *ex tunc*, seguindo a mesma regra das decisões judiciais. Já outros vão defender a eficácia *ex nunc*, entendendo que a suspensão da lei corresponderia à sua revogação (MENDES; BRANCO, 2021).

Questiona-se ainda se o STF também se sujeitaria à aplicação da regra da reserva de plenário prevista no art. 97 da Constituição Federal de 1988. A resposta é afirmativa tanto no âmbito do controle concreto quanto no âmbito do controle abstrato. Desse modo, também o STF precisa de voto de maioria absoluta de seus membros para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público. Nesse contexto, o *quorum* necessário para discutir matéria constitucional e submetê-la à votação é de oito ministros e, destes, pelo menos seis devem se manifestar a favor ou contra a constitucionalidade, a fim de decidirem o caso, em um sentido ou em outro, conforme dispõem os artigos 143 e 173 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF) (BARROSO, 2019; MENDES; BRANCO, 2021).

Faz-se, por fim, uma ressalva para uma reforma importante realizada em dezembro de 2022 pelo STF, ao aprovar a Emenda Regimental 58/2022. A reforma aponta justamente para um reforço da colegialidade da Corte, embora não se tenha ainda a verdadeira dimensão do impacto da alteração. Isto porque, no que concerne às cautelares decididas monocraticamente e, portanto, pendentes de ratificação pelo plenário, passa-se a prever que a medida será incluída automaticamente para análise na sessão seguinte. A problemática que surge com a alteração do art. 21, IV do Regimento Interno do STF, é que se interpretado de forma restritiva, poder-se-ia entender que o dispositivo não alcançaria ações do controle abstrato, bem como determinadas matérias (MEDINA, 2022).

Todavia, se a intenção da Emenda é o reforço à colegialidade, seria inadequado que tal alteração se aplicasse apenas a uma modalidade de processo e a algumas matérias. Além disso, como se verá no capítulo dos resultados, não é incomum que o STF venha a julgar ações do controle concreto e abstrato simultaneamente, o que significa que, uma interpretação restritiva, poderia ser, na prática, algo desastroso (MEDINA, 2022).

Outra relevante alteração da Emenda é quanto ao tempo e consequências para o pedido de vista pelos ministros no julgamento do colegiado, após voto do relator. Sabe-se que a regra anterior concedia o prazo de 30 dias para o ministro que pedia vista dos autos. Contudo, na prática não havia consequências quando o ministro não devolvia os autos no referido prazo. Nesse contexto, o pedido de vista poderia durar anos. Com a alteração, o prazo é ampliado para 90 dias, mas se os autos não forem devolvidos no referido prazo, eles voltarão automaticamente para que o julgamento prossiga (MEDINA, 2022).

Frisa-se, por fim, quanto à alteração, que com o maior relevo das decisões colegiadas, e menor espaço para as monocráticas, espera-se um fortalecimento do STF institucionalmente. Mas ainda é cedo para concluir sobre o real impacto dessa alteração. A forma como o STF aplicará a Emenda é algo que caberá a pesquisas futuras (MEDINA, 2022).

### **2.3.2 Controle de constitucionalidade abstrato**

Ao contrário do controle concreto de constitucionalidade, de influência norte-americana, que se enraizou no sistema jurídico brasileiro a partir do início do regime republicano, o controle abstrato de normas, característico do modelo austríaco, adentrou o sistema jurídico pátrio de maneira inexpressiva. Como ressalta Barroso (2019, p. 220), o controle de constitucionalidade por via principal “[...] tem como antecedente, embora de alcance limitado, a denominada representação interventiva, criada pela Constituição de 1934”.

Essa representação, confiada ao Procurador-Geral da República, em caso de ofensa a determinados princípios sensíveis (art. 7º, I, “a” a “h”, Constituição de 1934) e de iminente intervenção federal nos Estados-membros, figurava como pressuposto, condicionando a eficácia da lei interventiva editada pelo Senado, à declaração de sua constitucionalidade pelo STF. Essa manifestação da Corte sobre a lei do Senado também resvalava na análise sobre a validade ou invalidade do ato estadual acusado de ilegítimo. Observa-se que não se tratava, nesse caso, de uma função típica do judiciário como solucionador de litígio entre partes, como se vê no controle incidental (BARROSO, 2019; MENDES; BRANCO, 2021).

Foi apenas com a Emenda Constitucional nº 16 de 1965, que introduziu a ação genérica de inconstitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, que o controle abstrato sofreu uma ampliação do seu objeto. A Emenda teria instituído “[...] ao lado

da representação interventiva, e nos mesmos moldes, o controle abstrato de normas estaduais e federais”. Contudo, ainda se tratava de um controle abstrato bem restrito, até mesmo quanto à legitimação para a representação de inconstitucionalidade, que cabia apenas ao Procurador-Geral da República. Isto se agravava ainda mais diante da discussão sobre eventual discricionariedade desse legitimado para a propositura da ação (BARROSO, 2019; MENDES; BRANCO, 2021, p. 601-602). Nota-se que se trata de problema similar ao que ocorria no controle de constitucionalidade austríaco antes de revisão constitucional de 1929 (CAPPELLETTI, 1999).

Esse monopólio outorgado ao Procurador impediu qualquer alteração significativa no modelo incidental brasileiro, que continuou predominante, visto que o controle direto era quase episódico. Foi apenas com o advento da Constituição Federal de 1988, que ampliou de forma significativa o quadro de legitimados para propositura da ação direta, que o controle principal passou a se destacar no cenário pátrio (MENDES; BRANCO, 2021).

Essa nova configuração procedimental do modelo abstrato, que passou a permitir, inclusive, a possibilidade de suspensão da eficácia da lei impugnada por meio de liminar, acabou gerando uma preferência para que controvérsias de maior amplitude e impacto fossem resolvidas por meio das ações diretas. Assim, num movimento quase oposto ao anterior, notou-se significativa restrição ao controle incidental. Frisa-se que, até o advento da Constituição Federal de 1988, o mais expressivo processo do STF era o RE (MENDES; BRANCO, 2021).

Assim, com mais propriedade, passou-se a conferir ao STF a função precípua de Corte Constitucional, única responsável, na esfera federal, por exercer a competência originária de julgar e processar as seguintes ações do controle abstrato: Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)<sup>19</sup> (MENDES; CAVALCANTE FILHO, 2021).

Essas ações, apesar de bastante próximas em termos de procedimentos, se diferenciam de maneira evidente quanto ao objeto impugnado. Mesmo a ADI e a ADC,

---

<sup>19</sup>Ressalta-se que, apesar de a Constituição de 1988 ter preservado a representação interventiva no ordenamento pátrio, ação considerada predecessora do controle abstrato, ainda que de alcance limitado, como ela corresponde a instrumento mais relacionado à temática da intervenção federal do que propriamente do controle de constitucionalidade, não será incluída nesse rol. Segue-se aqui orientação de Mendes e Cavalcante Filho (2021).

que se comportam como números simétricos numa reta, com a decisão de procedência em uma, implicando improcedência na outra e vice-versa, possuem uma diferenciação quanto ao objeto. Enquanto a ADC só é cabível contra leis ou atos normativos federais, a ADI é admissível para impugnar leis e atos normativos federais e estaduais, incluindo quaisquer dos atos normativos primários do art. 59 da Constituição Federal de 1988<sup>20</sup>. Contudo, o STF tem aceitado, excepcionalmente, ações diretas contra atos infralegais quando estes violarem diretamente a Constituição (ANDRADE, 2011; MENDES; CAVALCANTE FILHO, 2021).

Como se observa a partir das ações diretas anteriores, a inconstitucionalidade é facilmente relacionada com um agir do legislador, afinal, impugna-se uma norma que foi editada. Nesse contexto, a ADO revela, de certo modo, uma novidade, que é a omissão inconstitucional, que tanto pode advir de comandos expressos da Constituição, determinando a criação de lei, quanto ser resultado de um processo interpretativo. Trata-se, contudo, de determinação constitucional e, portanto, não estaria dentro do âmbito de discricionariedade do legislador produzir, ou não, a norma (MENDES; BRANCO, 2021).

Assim, a ADO é cabível justamente porque a lei exigida pelo texto constitucional não foi editada pelo Parlamento, ou até foi editada, mas imputada de insuficiente (omissão parcial). Nesse cenário, a ADO é admissível quando houver “[...] omissão na regulamentação administrativa ou legislativa de qualquer norma constitucional” (MENDES; CAVALCANTE FILHO, 2021, p. 325). A discussão sobre a inconstitucionalidade por omissão é bastante tormentosa, tanto do ponto de vista da concretização e eficácia do texto constitucional quanto da necessidade de astúcia para enfrentamento do problema na perspectiva do processo constitucional. Afinal, o STF não pode resolver a omissão editando, ele próprio, a norma, já que essa função cabe a outro Poder (MENDES; BRANCO, 2021).

Já a ADPF veio para ampliar o sentido do controle abstrato de constitucionalidade, pois passou a “[...] abranger também o direito pré-constitucional, as normas revogadas e o direito municipal” (MENDES; BRANCO, 2021, p. 606). Assim, se um ato normativo ameaçar ou causar lesão a um preceito fundamental protegido pela Constituição Federal de 1988, admite-se a ADPF. Nesse contexto,

---

<sup>20</sup>Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: I - emendas à Constituição; II - leis complementares; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas; V - medidas provisórias; VI - decretos legislativos; VII - resoluções” (BRASIL, 1988, n.p.).



entre os atos do Poder Público que podem ser impugnados, esta ação, entre todas do controle direto, é a que possui maior amplitude quanto ao cabimento. Em regra, pode-se dizer que ela veio preencher as lacunas no controle abstrato. Portanto, seria uma ação subsidiária, utilizada quando as demais – ADI, ADC e ADO – não são cabíveis (MENDES; CAVALCANTE FILHO, 2021).

Saber exatamente o que é um preceito fundamental, sobretudo, diante da ausência de antecedente histórico da ADPF, causou um desacordo doutrinário, desencadeando a formação de duas correntes. A tese minoritária limitou os preceitos aos artigos 1º à 17 da Constituição Federal de 1988. A segunda corrente, adotada pelo STF, estabeleceu que tais preceitos estariam espalhados pela Carta Magna, cabendo a análise caso a caso (MENDES; CAVALCANTE FILHO, 2021).

Como já apresentado anteriormente, a legitimidade para a propositura da ação abstrata que era outorgada ao Procurador-Geral da República foi resignificada com o advento da Constituição Cidadã. Sua inclusão no rol do art. 103 da Constituição Federal de 1988 foi mantida, mas foram acrescentados, ao lado dela, outros legitimados. De toda sorte, assim como no modelo austríaco, o questionamento da constitucionalidade de lei em abstrato é limitado a um rol taxativo. Assim, nos termos do texto constitucional, podem propor a ADI e a ADC, além do Procurador-Geral da República, as seguintes entidades: o Presidente da República, as Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), qualquer partido político com representação no Congresso Nacional e as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional (BRASIL, 1988; MENDES; BRANCO, 2021). Frisa-se que esse mesmo rol é aplicado, conforme o art. 12-A da Lei nº 9.868/1999 e do art. 2º, I da Lei nº 9.882/1999, respectivamente, à ADO e à ADPF (BRASIL, 1999a; 1999b).

Apesar de a Constituição Federal de 1988 ter autorizado todas essas entidades a proporem ações do controle abstrato, existe uma evidente restrição a esse direito em relação a determinados legitimados, que precisariam comprovar pertinência temática entre o objeto da ação e a atividade ou função por eles exercida. Assim, há uma divisão no catálogo acima apresentado, entre legitimados universais e especiais. Desse modo, apenas são obrigados a comprovar interesse na declaração de inconstitucionalidade os seguintes legitimados: Mesa de Assembleia Legislativa estadual ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; Governador de Estado ou do

DF; confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (MENDES; BRANCO, 2021).

Para Mendes e Branco (2021, p. 638), a legitimação especial – aceita pelo STF – destoaria da natureza objetiva da ação abstrata. Isto porque o legitimado para a ação direta atuaria em defesa do ordenamento jurídico e não de interesse subjetivo. Nesse contexto, a pertinência temática se pareceria muito com o estabelecimento [...] “de uma condição de ação – análoga, talvez, ao interesse de agir do processo civil”. Dessa forma, além de se tratar de restrição não expressamente demarcada pela Constituição de 1988, destaca-se como algo estranho “[...] à natureza do sistema de fiscalização abstrata de normas”.

No que concerne ao *quórum* de votação, a fim de se decidir sobre a validade da norma, conforme já mencionado no tópico anterior, também o STF se submete à regra da reserva de plenário, só podendo prosseguir no julgamento se, pelo menos, oito ministros dos onze estiverem na sessão, sendo que a declaração de (in)constitucionalidade só poderá ser determinada se, pelo menos, seis ministros se manifestarem, em um sentido ou em outro. Assim, as Leis nº 9.868/1999 e nº 9.882/1999 apenas mantiveram o que já constava no RISTF, apesar de que, em relação à lei da ADPF, essa conclusão se dê através de lógica interpretativa. Isto porque, como para o deferimento de medida liminar se exige maioria absoluta, não se poderia “[...] adotar para a decisão definitiva critério menos rigoroso”. Frisa-se, ainda, que se a maioria necessária para a deliberação não for alcançada, o julgamento será suspenso (MENDES, 2012, p. 510).

Quanto à possibilidade de recurso no controle abstrato, estabelece o art. 26 da Lei nº 9.868/1999 que, diante de decisão que declara a inconstitucionalidade ou constitucionalidade da lei, não caberia recurso, exceto embargos declaratórios. Também não seria admissível a ação rescisória, o que homenagearia a segurança jurídica e a economia processual, evitando recursos meramente protelatórios (MENDES, 2012; BARROSO, 2019).

Frisa-se que, mesmo que legitimado para ação, apenas quem consta como requerente ou requerido pode interpor os embargos, no prazo de cinco dias, não cabendo prazo em dobro no controle abstrato de normas. Quanto à ADPF, estabelece o art. 12 da Lei nº 9.882/1999 que a decisão que julgar o pedido procedente ou improcedente é irrecorrível, tampouco caberia ação rescisória (MENDES, 2012; BARROSO, 2019).

Uma questão sensível é quanto à possibilidade de efeitos modificativos da decisão, haja vista que a norma expressamente permite apenas embargos declaratórios. Nesse sentido, pode-se entender que os embargos de declaração terão apenas função esclarecedora relativa à omissão, contradição ou obscuridade, e não de modificação do julgado. Todavia, diante de erro material evidente, se este for retificado, poderia ocasionar revisão da decisão (MENDES, 2012).

Em relação aos efeitos da decisão de inconstitucionalidade no controle abstrato, é preciso diferenciar efeitos temporais (isto é, a partir de quando os efeitos da lei inconstitucional são desconstituídos), subjetivos (quem a decisão atinge) e objetivos (isto é, se vinculantes ou não). Quanto aos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade, como já foi esclarecido no tópico anterior, seguindo matriz norte-americana, são normalmente *ex tunc*. Contudo, eles devem respeitar as fórmulas de preclusão, de modo que decisões com trânsito em julgado “[...] não serão em regra afetadas pela declaração de inconstitucionalidade da lei em que se basearam” (MENDES; CAVALCANTE FILHO, 2021, p. 325).

Nesse cenário, fica evidente que o controle abstrato brasileiro não se assemelha, quanto aos efeitos temporais, ao modelo europeu, cuja regra é a eficácia *ex nunc*. De toda sorte, como se verá mais à frente, os efeitos da decisão podem ser mitigados a partir do instituto da modulação, tanto num caso como no outro.

No que tange aos efeitos subjetivos e objetivos, conforme preceitua o art. 102, § 2º, da Constituição Federal de 1988, são, respectivamente, *erga omnes* e vinculantes. Assim, a decisão de inconstitucionalidade atingiria a todos, ainda que não integrantes do processo, porque a decisão que reconhece a inconstitucionalidade de uma lei em tese, teria por finalidade retirá-la do ordenamento jurídico. No que concerne à eficácia vinculante, esta se dá em relação à administração direta e indireta, estadual, federal e municipal e em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário, que estão impedidos de desconsiderar a decisão de inconstitucionalidade do STF, sob pena de ofensa à coisa julgada (BARROSO, 2019; MENDES; CAVALCANTE FILHO, 2021).

Ainda no âmbito dos efeitos objetivos da norma, Barroso (2019) afirma que o ato normativo inconstitucional seria nulo de pleno direito (nulidade *ipso jure*). Assim, a declaração de inconstitucionalidade atingiria o plano de validade da norma, o que repercutiria no âmbito da sua eficácia (paralisando os seus efeitos). Nesse cenário, como a lei inconstitucional não deve mais produzir efeitos válidos, questiona-se se a

norma anterior a ela e que por ela fora revogada voltaria a seu *status quo ante*. A Lei nº 9.868/1999 aponta para uma restauração de vigência da lei previamente existente, podendo o STF excepcioná-la.

Essa concepção de que a declaração de inconstitucionalidade gera nulidade *ipso jure* carrega uma grande influência do início do sistema de controle norte-americano, segundo o qual, numa concepção mais tradicional, “[...] a lei inconstitucional, porque contrária a uma *norma superior*, é considerada *absolutamente nula* (‘null and void’) e, por isto, ineficaz”. Nesse contexto, “[...] o juiz, que exerce o poder de controle, não anula, mas, meramente, *declara uma (pré-existe) nulidade* da lei inconstitucional” (CAPPELLETTI, 1999, p. 115-116, grifo do autor).

Inspirados em Ruy Barbosa, vários doutrinadores brasileiros aderiram a essa concepção de invalidade da norma, convertendo a nulidade da lei declarada inconstitucional num dogma. De fato, a atribuição de efeitos a uma norma inconstitucional, se realizada sem observância de certos parâmetros, rompe com a supremacia constitucional. Isto, entretanto, não necessariamente acontecerá, como se verá no próximo capítulo (ÁVILA, 2009).

Por fim, uma questão interessante, ainda que não tão relevante para o presente trabalho, é se, em caso de decisão pela constitucionalidade da norma, o STF estaria impedido de reapreciar a questão. Sabe-se que a decisão de inconstitucionalidade da lei em tese atingiria a própria norma, que não mais poderia ser aplicada. Todavia, no caso de o STF considerar a norma constitucional, nada aconteceria a ela. Assim, para Barroso (2019), seria inadequado impedir o STF de reapreciar a questão quando se apresentarem novos fatos, novas argumentações, quando houver mudanças formais do sistema, ou mesmo alterações informais que impactem na percepção da norma. Nesse contexto, entende o doutrinador que a decisão da Corte não se revestiria da coisa julgada material.

Esclarecidas as questões fundamentais relativas ao tema controle de constitucionalidade, passar-se-á agora para ao próximo capítulo do trabalho, que é a fundamentação teórica do tema principal, que é a modulação de efeitos no controle de constitucionalidade.

### 3 MODULAÇÃO DE EFEITOS

Na presente seção será investigado o processo evolutivo do instituto da modulação de efeitos tanto nos sistemas matrizes de controle quanto no sistema jurídico brasileiro. Neste âmbito, em especial, o instituto foi abordado como etapa posterior em um processo bifásico de controle de constitucionalidade, no qual primeiro se declara a inconstitucionalidade da norma, para, posteriormente, se analisar a possibilidade de modulação. Todavia, analisar-se-á também a modulação diante da alteração de precedentes a fim de facilitar a distinção entre os dois modelos de modulação.

#### 3.1 A INSUBSISTÊNCIA DO DOGMA DA NULIDADE NO BRASIL E O PROBLEMA DA VISÃO MANIQUEÍSTA SOBRE AS TEORIAS DA NULIDADE E DA ANULABILIDADE

No Brasil, inicialmente foi a teoria da nulidade absoluta de ato legislativo inconstitucional que adentrou o sistema jurídico a partir da doutrina de Ruy Barbosa, inspirada na tese norte-americana. Naquela época, pouco antes da promulgação da Constituição republicana de 1891, essa teoria representava uma novidade, pela falta de familiaridade que os magistrados brasileiros tinham com discussões sobre o modelo difuso americano (FERNANDES, 2018; MENDES, 2012).

Tratou-se do primeiro sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil e trouxe a ideia de que o ato legislativo inconstitucional era nulo de pleno direito. Por este motivo, não teria efeitos válidos (*'actus, a principio nullus, nullum producit effectum'*<sup>21</sup>), nem convalidaria jamais (*'actus, ipso jure nullus, convalidare non potest'*<sup>22</sup>) (FERNANDES, 2018, p. 21). Assim, boa parte da doutrina brasileira passou a equiparar inconstitucionalidade e nulidade, tornando a referida teoria um dogma pertencente à tradição do direito brasileiro. Em favor dessa tese, argumentava-se “[...] que o reconhecimento de qualquer efeito a uma lei inconstitucional importaria na suspensão provisória ou parcial da Constituição” (MENDES, 2012, p. 605-606).

Mesmo que, como se verá mais à frente, o próprio sistema de controle de constitucionalidade norte-americano tenha sofrido mitigações a partir da década de 1960, este dogma impôs-se com forte apelo no Brasil, tendo a jurisprudência relevante

---

<sup>21</sup> Tradução livre: O ato nulo desde o princípio não produz nenhum efeito.

<sup>22</sup> Tradução livre: O ato nulo de pleno direito não pode convalidar.

papel nesse sentido, já que o próprio STF pacificou a necessidade de retroatividade, tratando-se de orientação que prevaleceu na Corte por décadas (ÁVILA, 2009).

Apesar disso, a tese da nulidade, por muito tempo, reclamou substância no ordenamento jurídico brasileiro. Isto porque, enquanto no sistema norte-americano havia o *stare decisis*, que vinculava as decisões dos tribunais superiores, fazendo com que a decisão de inconstitucionalidade de uma lei se reproduzisse por respeito aos precedentes, no Brasil, faltava garantia equivalente de que nenhum juiz ou tribunal iria conceder eficácia ao ato normativo objeto de censura (MENDES, 2012).

Portanto, não havia no país mecanismo semelhante que garantisse caráter vinculante às decisões do STF, apesar de o controle concreto e seus efeitos *inter partes* terem vigorado com predominância no país por um longo tempo. Assim, a doutrina brasileira contentava-se “[...] em ressaltar a evidência da nulidade da lei inconstitucional e a obrigação dos órgãos estatais de se absterem de aplicar disposição que teve a sua inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal” (MENDES, 2012, p. 608-611).

Foi apenas em 1934, como já se viu, que o constituinte brasileiro introduziu a suspensão de execução da lei por meio da atuação do Senado Federal, com o intuito de impor – às decisões de inconstitucionalidade do STF declaradas de forma incidental – força normativa. Essa intervenção do Senado impunha eficácia *erga omnes* e vinculativa à decisão de inconstitucionalidade que, inicialmente, atingia apenas os litigantes. Contudo, esse ato do Senado parecia ser mais desfavorável do que favorável à tese da nulidade. Afinal, subordinava-se à boa vontade de um órgão político a decisão de suspender, ou não, de forma geral, a lei declarada inconstitucional. Assim, tratava-se de solução ainda inexpressiva se comparada ao *stare decisis* desenvolvido no *common law* (MENDES, 2012).

Foi apenas com a Emenda Constitucional nº 16/1965<sup>23</sup> que se introduziu no sistema jurídico brasileiro “[...] o controle abstrato de normas, sob a forma da representação de inconstitucionalidade”, mas este modelo não chegou, à princípio, a ser uma efetiva base normativa para a antiga tese da nulidade. No início do instituto, o STF continuou agindo como fazia no controle incidental de normas, encaminhando para o Senado a informação sobre a decisão de inconstitucionalidade, deixando para este a decisão sobre a suspensão da aplicação da norma (MENDES, 2012, p. 617).

---

<sup>23</sup>Lembrando que a representação interventiva, criada pela Constituição de 1934, era um instituto antecedente, mas de alcance bastante limitado.

Foi apenas em 1977, após 12 anos da emenda, que o STF reconheceu a “eficácia *erga omnes* à decisão proferida na representação”. Nesse contexto, a conciliação entre teoria da nulidade “[...] e a dogmática constitucional somente veio a se realizar em fins da década de 1970, quase um século após a afirmação inicial da teoria da nulidade entre nós” (MENDES, 2012, p. 624-625).

Como se percebe, a forma como a tese da nulidade arrolou-se no papel de dogma na tradição jurídica brasileira é bastante singular. Não apenas porque lhe faltava, na prática, certa substância, mas também porque, posteriormente, veio a se instalar no país o modelo abstrato de controle que, em seu nascedouro, sua matriz, determinava efeitos prospectivos, em lugar de retroativos (MENDES, 2012; ÁVILA, 2009).

Entretanto, apesar de, no país, ter se mantido a regra da retroatividade, não se pode deixar de considerar que ambos os sistemas tinham bons argumentos para a determinação de efeitos. Ao passo que, no modelo difuso, a decisão judicial era declaratória em defesa da supremacia constitucional, no modelo concentrado, a decisão era de cunho constitutivo, visto que entender que o ato inconstitucional era nulo de pleno direito seria admitir que qualquer pessoa poderia deixar de cumprir a lei mesmo antes de ingressar em juízo, o que acarretaria grande insegurança jurídica (FERNANDES, 2018).

Essa distinção sobre atribuição de efeitos nas matrizes tornou bastante problemático negar de forma decisiva validade a um sistema ou outro. Nesse contexto, ter uma visão maniqueísta das teorias da nulidade e da anulabilidade, apostando em teses rígidas, como comenta Ávila (2009), não parece ser o melhor caminho.

No caso da teoria da nulidade *ipso jure*, por exemplo, nota-se um problema evidente quando está “[...] em jogo um regime exclusivo de desfazimento de efeitos contraposto à segurança jurídica” (ÁVILA, 2009, p. 45). Isto porque quando a lei inconstitucional perdurou por um longo tempo, diversas relações jurídicas foram construídas a partir dela e a retroatividade imposta pela teoria da nulidade incidiria na desconstituição dessas relações (BRASIL, 2010; DIMOULIS; LUNARDI, 2016).

Tratando-se de uma lei que dispusesse sobre educação, ela poderia invalidar diversos diplomas concedidos. Na hipótese de norma eleitoral que serviu de base para uma eleição, a imposição da nulidade poderia destituir todo o Parlamento. Nesse caso, não haveria ninguém para editar a nova lei, uma incoerência que resultaria no próprio “suicídio democrático” do país, como lembrou o ministro Gilmar Mendes. E o

que dizer da nulidade de uma lei que criou um município? Quantas relações criadas a partir dessa decisão seriam desconstituídas? (BRASIL, 2010, p. 57; DIMOULIS; LUNARDI, 2016).

Assim, a aplicação indiscriminada da tese da nulidade poderia ocasionar violação aos direitos individuais e aos ditames da justiça, bem como situações de insegurança jurídica. Lembrando que a lei invalidada tinha presunção de constitucionalidade e deu origem a diversas situações jurídicas sob seu amparo, criando expectativa legítima de que sua pauta de conduta seria cumprida (ÁVILA, 2009).

No que concerne à teoria da anulabilidade, também se avista uma grande problemática, que é o incentivo à elaboração de leis inconstitucionais. Isto porque o Estado poderia considerar vantajosa, por exemplo, a criação de uma lei tributária que onerasse o contribuinte, sem que viesse a sofrer qualquer risco de devolução dos valores indevidamente recolhidos, apostando, nesse caso, na morosidade da justiça. Afinal, a decisão pela inconstitucionalidade não retroagiria à criação da norma, visto seu caráter constitutivo e não declaratório (DIMOULIS; LUNARDI, 2016).

Desse modo, se, por um lado, “[...] a opção pela retroatividade sempre recomendaria isentar de efeitos determinadas situações passadas”, por outro lado, “[...] a admissão de que a decisão não [...] [retroagiria] sempre faria escapar situações em que a retroatividade seria vantajosa”. Em outras palavras, independentemente da teoria adotada, sempre haverá necessidade, diante do caso analisado, de certa calibração de efeitos, fazendo-os avançar ou retroagir (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2021, p. 529).

Assim, a rigidez dessa decisão pode trazer problemas ainda maiores do que a possibilidade de modulação, ao ponto de pesar na decisão do magistrado, ao qualificar a norma como constitucional ou inconstitucional (DIMOULIS; LUNARDI, 2016).

### 3.2 A MITIGAÇÃO DE EFEITOS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NAS MATRIZES JUDICIAIS DE CONTROLE E A QUESTÃO DA PREFERÊNCIA DO LEGISLADOR

Na origem, nem o sistema americano e nem o austríaco tinham soluções totalmente satisfatórias diante de todos os casos que apareciam para julgamento. Desse modo, mesmo o sistema norte-americano, “[...] tradicionalmente inflexível



quanto à regra da nulidade dos atos declarados inconstitucionais”, começa a tomar novo direcionamento em sua jurisprudência a partir do julgado *Linkletter versus Walker* (381 U.S. 618), de 1965 (ÁVILA, 2009).

Esse caso, levado a Suprema Corte, se resumia da seguinte maneira: *Linkletter* havia sido condenado por um tribunal de Louisiana pelo crime de roubo, tendo sua condenação confirmada em 1960 pela mais elevada Corte estadual, apesar de as provas contra ele terem sido obtidas sem respeito ao devido processo legal. No ano seguinte, no caso *Mapp versus Ohio*, 367 US 643, de 1961, a Suprema Corte vedou o uso, em processos criminais, de provas levantadas de forma ilícita, decidindo “[...] pela exclusão das evidências obtidas em violação às disposições relacionadas a busca e apreensão previstas na Quarta Emenda”<sup>24</sup>. Assim, os Estados tinham a obrigação de respeitar o devido processo legal da Emenda Quatorze<sup>25</sup>. Esta decisão da Suprema Corte implicou numa mudança de precedente, “[...] na medida em que [antes] não se aplicava a regra de exclusão (*exclusionary rule*) aos Estados” (ANDRADE, 2011, p. 220-221).

Diante da decisão da Suprema Corte em *Mapp versus Ohio*, *Linkletter* impetrou *habeas corpus*. O pedido foi negado pela Corte Distrital, pela Corte de Apelações e pela Suprema Corte. Entendeu-se que a regra de exclusão do caso *Mapp* não era retrospectiva, não se aplicando às condenações judiciais que se tornaram definitivas antes do julgamento do novo precedente. Na ementa do caso, apontou-se que a Constituição não exige efeito retroativo, nem veda o prospectivo. Esta é uma análise que precisa ser feita em cada caso, sendo necessário levar em conta questões como direito adquirido e decisões já julgadas de forma definitiva (UNITED STATES, 1965, p. 618). Conforme trecho da ementa:

O efeito de uma decisão posterior de nulidade sobre julgamentos finais anteriores quando atacados colateralmente não implica invalidez retroativa automática, mas depende de uma consideração de relações particulares e conduta, ou direitos alegadamente adquiridos, de situação jurídica, de determinações prévias consideradas definitivas, e de política judicial à luz da natureza do estatuto e da sua anterior aplicação. [...] *A Constituição não proíbe nem exige efeito retroativo e em cada caso o Tribunal determina se a*

<sup>24</sup>Texto original: *Amendment IV (1791). The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated [...]*. Tradução livre: Emenda IV (1791). O direito do povo de estar seguro em suas posses, casas, papéis e bens, contra buscas e apreensões injustificadas, não será violado [...] (UNITED STATES, 1787, n.p.).

<sup>25</sup>Texto original: *Amendment XIV (1868). Section 1. [...] nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law [...]*. Tradução livre: Emenda XIV (1868). Seção 1. [...] nem qualquer Estado privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal [...] (UNITED STATES, 1787, n.p.).

*aplicação retroativa ou prospectiva é apropriada.* Esta abordagem é particularmente correta com referência à busca e apreensão desarrazoadas proibidas pela Quarta Emenda<sup>26</sup> (UNITED STATES, 1965, p. 618, grifo nosso).

Se, conforme o caso *Linkletter versus Walker*, a Constituição norte-americana silencia sobre a regra da retroatividade, devendo a aplicação dos efeitos (retroativos ou prospectivos) ser analisada caso a caso pelo juiz, a ausência de limitação constitucional, nesse âmbito, vem alimentar a nova tese que vai se desenvolvendo a partir da construção jurisprudencial, diante das alterações de precedentes (ÁVILA, 2009).

Cabe ressaltar que, apesar de terem nascido no âmbito das mudanças “[...] de precedentes, as *prospectivity* têm integral aplicação às hipóteses de mudança de orientação que leve à declaração de inconstitucionalidade de uma lei antes considerada constitucional” (MENDES, 2012, p. 643). Assim, passa-se a entender que a declaração de inconstitucionalidade seria algo apartado da decisão sobre os efeitos (se *ex tunc* ou *ex nunc*), tratando-se de política judicial (*judicial policy*) (ÁVILA, 2009).

Observa-se que a possibilidade de aplicação de efeitos prospectivos começou a difundir-se nos Estados Unidos a partir da década de 1960 em casos relativos ao direito criminal. Todavia, o que se iniciou nesse âmbito estendeu-se a outras esferas do direito. No campo cível, reproduziu-se, em certa medida, o que aconteceu na esfera criminal. Então, a formação de novo direito, fosse ou não devido à superação de precedentes, poderia resultar não apenas na retroatividade, mas também na prospectividade (ANDRADE, 2011).

No campo tributário, todavia, observou-se maior resistência no que concerne à modulação de efeitos, conforme se observa no caso *Harper versus Virginia Department of Taxation*, 509 US 86, de 1993. O caso discutia a tributação e isenção dos aposentados. A lei do Estado de Virgínia isentava aposentadorias estaduais e locais e tributava aposentadorias federais, violando a “doutrina da imunidade tributária intergovernamental”. Essa imposição de uma tributação maior sobre benefícios

---

<sup>26</sup> Texto original: *The effect of a subsequent ruling of invalidity on prior final judgments when collaterally attacked is not automatic retroactive invalidity but depends upon a consideration of particular relations and conduct, or rights claimed to have become vested, of status, of prior determinations deemed to have finality, and of public policy in the light of the nature of the statute and its previous application. [...] The Constitution neither prohibits nor requires retroactive effect and in each case the Court determines whether retroactive or prospective application is appropriate. This approach is particularly correct with reference to the unreasonable search and seizure proscription of the Fourth Amendment* (UNITED STATES, 1965, p. 618).

federais do que sobre locais e estaduais também ofendia o princípio da não discriminação e, com esse fundamento, 421 aposentados federais buscaram o direito à restituição dos tributos pagos com base no esquema fiscal inválido (ANDRADE, 2011, p. 224-225). Afastando a questão de fundo, interessa saber a decisão desse caso quanto aos efeitos temporais. Em tradução livre, assevera trecho da ementa do supracitado caso:

1. Quando esta Corte aplicar uma regra de lei federal às partes, esta regra está controlando a interpretação da lei federal e *deve ser dado a ela efeito retroativo total* em todos os casos ainda em aberto e em todos os eventos, independentemente de tais eventos serem anteriores ou posteriores ao anúncio da regra (UNITED STATES, 1993, p. 86-87, grifo nosso)<sup>27</sup>.

Assim, com o intuito de conceder tratamento isonômico aos contribuintes, a Suprema Corte manteve, no referido caso, a regra da retroatividade, que, na seara tributária, ao que parece, é o que tem prevalecido (ANDRADE, 2011). Apesar dessa aparente resistência na aplicação de efeitos prospectivos no que tange ao direito tributário, não se pode negar que a tese da nulidade tem sofrido diversas mitigações no direito norte-americano. Assim, nota-se que

A jurisprudência americana evoluiu para admitir, ao lado da decisão de inconstitucionalidade com efeitos retroativos amplos ou limitados (*limited retrospectivity*), a superação prospectiva (*prospective overruling*), que tanto pode ser limitada (*limited prospectivity*), aplicável aos processos iniciados após a decisão, inclusive ao processo originário, como ilimitada (*pure prospectivity*), que nem sequer se aplica ao processo que lhe deu origem. O sistema difuso ou incidental mais tradicional do mundo passou a admitir a mitigação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade e, em casos determinados, acolheu até mesmo a pura declaração de inconstitucionalidade com efeito exclusivamente *pro futuro* (MENDES; BRANCO, 2021, p. 630, grifo do autor)<sup>28</sup>.

Então, mesmo no berço do sistema do controle difuso, no qual se entendia que uma lei inconstitucional era *null and void*, nota-se a nítida aplicação do instituto da modulação de efeitos. A prática da *prospectivity* no sistema norte-americano prova que não existe incompatibilidade entre o controle incidental e a ideia de limitação de efeitos diante da declaração de inconstitucionalidade (MENDES, 2012).

Em contraposição à teoria da nulidade, de origem norte-americana, que, como se observou, tem sofrido mitigações, destaca-se a teoria da anulabilidade de influência

<sup>27</sup> Texto original: *1. When this Court applies a rule of federal law to the parties before it, that rule is the controlling interpretation of federal law and must be given full retroactive effect in all cases still open on direct review and as to all events, regardless of whether such events predate or postdate the announcement of the rule* (UNITED STATES, 1993, p. 86-87).

<sup>28</sup> Os tipos de modulação diante de superação de precedentes serão abordados em tópico próprio.

austríaca, defendida por Hans Kelsen. Já apontava o eminente jurista que, enquanto o ato legislativo não for anulado por uma autoridade pública qualificada para tal, o ato deve ser obedecido, “[...] senão qualquer um poderia se dispensar de obedecer às leis, alegando simplesmente que não são leis”. Por esta razão, a decisão que determine a inconstitucionalidade da lei é de natureza constitutiva e não declaratória e, portanto, sua eficácia seria *ex nunc* (KELSEN, 2003, p. 143).

Contudo, a regra da não retroatividade no sistema austríaco, ao contrário do que talvez se cogite, não era absoluta. De fato, normalmente, a decisão de inconstitucionalidade passaria a ter efeitos na data da sua publicação. Entretanto, o Tribunal Constitucional poderia também propor um adiamento, que não poderia ultrapassar 18 meses, conforme estabelece o artigo 140, (5), da Constituição da Áustria<sup>29</sup>. Frisa-se que o prazo anterior era de um ano (KELSEN, 2003; AUSTRIA, 1930). A decisão, nesse caso, seria diferida ou *pro futuro*. Esse prazo tinha um propósito relevante, que era permitir ao Poder Legislativo fazer a substituição da lei inconstitucional por uma lei nova, antes que a anulação se efetivasse. Tentar-se-ia, com isto, evitar um vácuo legislativo (KELSEN, 2003). Ou seja, a lei inconstitucional durante esse período continuaria a produzir efeitos. Sendo assim, a lei deveria “[...] ser aplicada a todos os factos ocorridos até ao termo desse prazo, com exceção do caso pretexto [...]” (MENDES, 2012, p. 578).

Frisa-se que, mesmo diante da aplicação da regra geral (efeitos *ex nunc*) ou da modulação *pro futuro*, os efeitos serão retroativos em relação ao caso pretexto, ou seja, aquele que deu ensejo à decisão de inconstitucionalidade. Assim, a lei que fora anulada não poderia ser aplicada ao caso que ocasionara a sua anulação. Haja vista que o caso ocorrera antes de a lei ser anulada, “[...] esta era, em relação ao referido caso, retroativa em sua eficácia” (KELSEN, 2003, p. 305).

Assim, para Kelsen, nada há mais do que anulabilidade, porque é uma instância qualificada que decide sobre a inconstitucionalidade e a constitui. Deste modo,

---

<sup>29</sup> Texto original: Article 140. (5) *The judgment by the Constitutional Court which rescinds a law as unconstitutional imposes on the Federal Chancellor or the competent Governor the obligation to publish the rescission without delay. This applies analogously in the case of a pronouncement pursuant to para 4 above. The rescission enters into force upon expiry of the day of publication if the Constitutional Court does not set a deadline for the rescission. This deadline may not exceed eighteen months.* Tradução livre: Artigo 140, (5): A sentença do Tribunal Constitucional que rescindir uma lei por inconstitucionalidade impõe ao Chanceler Federal ou ao Governador competente a obrigação de publicar a rescisão sem demora. Isso se aplica de forma análoga ao caso de um pronunciamento, de acordo com o parágrafo 4, acima. A rescisão entra em vigor no termo do dia da publicação se o Tribunal Constitucional não fixar um prazo para a rescisão. Este prazo não pode exceder dezoito meses (AUSTRIA, 1930, n.p., grifo nosso).

diferentemente do sistema americano, ela não é uma invalidade pré-existente a ser declarada. Não é, portanto, tão inarredável a ligação entre os planos de validade e eficácia, o que possibilita que também se decida mais tranquilamente sobre a produção, ou não, de determinados efeitos (KELSEN, 2003; ÁVILA, 2009).

Afinal, como frisa Kelsen (2003, p. 145), esta anulabilidade comporta vários graus no que concerne aos seus efeitos no tempo. Assim, “[...] a anulação pode se limitar ao futuro ou, ao contrário, também se estender ao passado, isto é, ocorrer com ou sem efeito retroativo”. Todavia, insiste o doutrinador que o ideal para proteger a segurança jurídica é que os efeitos da anulação sejam, em regra, a partir da decisão de inconstitucionalidade, ainda que, em algumas situações, os efeitos devam vir depois de “expirado certo prazo a partir da sentença de anulação”. No entanto, apesar de não ser o mais recomendável, reconhece o jurista a possibilidade de efeitos retroativos da decisão de anulação, ainda que apenas em caráter excepcional.

Assim, fica evidente que as regras gerais de eficácia, diante de decisão de inconstitucionalidade de lei, têm sofrido mitigações tanto no controle austríaco quanto no americano. Poder-se-ia, então, apontar para certa convergência entre as teorias da nulidade e da anulabilidade, fazendo nascer um terceiro modelo, que permite a modulação temporal de efeitos da decisão de inconstitucionalidade, levando em conta as características de cada caso. Nesse sentido, frisa-se que a norma que admite a modulação funcionaria tal qual uma válvula de segurança, permitindo o ajuste dos efeitos da decisão a uma situação real (DIMOULIS; LUNARDI, 2016).

Esse modelo misto apresentaria vantagens técnicas e sociais, permitindo, inclusive, que o julgador decida sobre a inconstitucionalidade da norma, sem a pressão no que tange ao peso que sua decisão teria sobre as relações jurídicas firmadas sob a égide da lei inconstitucional (DIMOULIS; LUNARDI, 2016). Como ressalta Mendes (2012, p. 571):

A falta de um instituto que permita estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade acaba por obrigar os tribunais, muitas vezes, a se abster de emitir um juízo de censura, declarando a constitucionalidade de leis manifestamente inconstitucionais (MENDES, 2012, p. 571).

Nesse contexto, entre se abster de declarar a inconstitucionalidade por conta dos efeitos e declará-la mitigando seus efeitos, a segunda opção parece mais razoável (ÁVILA, 2009). Assim, permite-se que as motivações do magistrado, para a qualificação da norma (se inconstitucional ou não), estejam, de fato, alinhadas com a

Constituição, e não com questões outras de um mundo que se desconstitui. Não por acaso, a modulação de efeitos é instituto presente em diversos ordenamentos jurídicos (DIMOULIS; LUNARDI, 2016).

Essa irradiação da ideia de mitigação de efeitos em diversos ordenamentos apenas parece reforçar o posicionamento de Ávila (2009), que percebe a nulidade e a anulabilidade como questões de preferência do ordenamento jurídico, e não como qualidades intrínsecas aos atos existentes. Numa breve visita ao direito privado, a autora aponta os diversos argumentos levantados para diferenciar esses dois tipos de invalidade, apontando o fator intensidade como ponto de partida para essa diferenciação.

Assim, os atos nulos teriam uma gravidade maior, violando a ordem pública e, por esta razão, seriam insanáveis, não produzindo, ou pelo menos, não devendo produzir, em regra, quaisquer efeitos. Já os atos anuláveis, por serem menos graves, seriam passíveis de retificação e convalidação, podendo, se não forem levantados pela parte, produzir todos os seus efeitos normais. Outras diferenciações apontadas: o ato nulo seria imprescritível, o anulável não, o ato nulo poderia ser decretado de ofício, o anulável não, entre outras (ÁVILA, 2009).

No entanto, essa caracterização construída a partir da oposição entre as invalidades sempre parece remeter a fatores externos a elas. Nisso consistiria a dificuldade em diferenciá-las de forma segura. Então, como não existiriam defeitos intrínsecos ao ato, uma decisão de inconstitucionalidade poderia implicar tanto em nulidade quanto anulabilidade, a depender da escolha legislativa. Assim, nulidade e anulabilidade teriam a mesma natureza, ambas seriam defeitos, apenas variando de intensidade (ÁVILA, 2009).

Nesse contexto, abraçar como um critério de diferenciação entre as invalidades a produção de efeitos seria se fundamentar num aspecto que transcende o defeito do ato. Atos e efeitos seriam coisas distintas, motivo pelo qual não faria sentido uma imposição rígida de efeitos num ou noutro caso. Por esse motivo, a liberdade do legislador em optar pelo tipo de invalidade se estenderia também à atribuição de efeitos relativos aos atos, “[...] podendo haver flexibilidade na modulação desses efeitos no caso de desfazimento do ato” (ÁVILA, 2009, p. 32).

Não se pode perder de vista, contudo, o objeto estudado no presente trabalho, que é a modulação de efeitos no controle de constitucionalidade. Assim, faz-se uma ressalva quanto à discricionariedade do legislador. Essa liberdade para fixação de

critérios não seria irrestrita, ela tem como limite “a sua compatibilidade em face da Constituição” (ÁVILA, 2009, p. 35, grifo nosso).

Em conclusão, entender que não existe diferença intrínseca entre ato nulo e anulável parece dar robustez ao processo de calibração de efeitos que já vem se observando nas matrizes judiciais de controle de constitucionalidade. Ademais, “[...] justifica o abandono da dicotomia *ex tunc/ex nunc* em favor de uma ponderação que leve em consideração as normas constitucionais afetadas pela norma inconstitucional e as normas constitucionais afetadas pelos efeitos por ela produzidos” (ÁVILA, 2009, p. 46). No próximo tópico, será apresentado como a modulação de efeitos foi se consolidando dentro do sistema jurídico brasileiro.

### 3.3 MODULAÇÕES DE EFEITOS DIANTE DAS DECISÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A aplicação da modulação de efeitos no Brasil pelo STF sempre teve um grande obstáculo a ser superado – o dogma da nulidade *ipso jure*, sempre muito prestigiado pela doutrina e pela jurisprudência. Contudo, já se observa há algum tempo, mesmo antes de qualquer regulamentação sobre o tema, algumas vozes divergentes dentro da própria Corte, seja através de propostas em votos isolados, seja como raríssimas decisões de julgados que privilegiavam algum tipo de mitigação de efeitos, mesmo que desprovidas de qualquer padrão (ÁVILA, 2009).

Nos REs nº 79.343/BA (1977) e nº 93.356/MT (1981), o relator, o ministro Leitão de Abreu, trouxe à lume sua afinidade com a ideia da modulação de efeitos, ao ressaltar que, “[...] a declaração de inconstitucionalidade de lei comporta, quanto aos efeitos *ex tunc*, que se lhe atribuem, certos temperamentos” (BRASIL, 1977; 1981, p. 6). Sua aceitação do instituto em muito se devia aos fundamentos da teoria da anulabilidade. Ele destacou, em seu voto, que a lei é um fato eficaz enquanto não houver decisão determinando sua inconstitucionalidade. Isto porque a presunção de validade da norma significa que esta poderá ter consequências que não podem ser ignoradas. Frisa-se que, nos referidos julgados, não houve modulação de efeitos, apenas se trouxe à baila a possibilidade (ÁVILA, 2009; JOBIM; OLIVEIRA JÚNIOR, 2022; BRASIL, 1977; 1981).

Outro julgado interessante apontado pela doutrina, apesar de controvertido, mas talvez, por isso mesmo, interessante, é o RE nº 78.594/SP (BRASIL, 1974c). No julgado, o STF discutia se seriam válidos os atos praticados por oficial de justiça, cuja

investidura fora realizada com base em lei declarada, posteriormente, inconstitucional. O recorrente queria que fosse declarada nula uma penhora realizada por um desses servidores. Alvim (2021) e Ávila (2009)<sup>30</sup> entendem este caso como sendo de modulação de efeitos, já que alguns efeitos, isto é, os atos dos oficiais de justiça, subsistiram mesmo após a declaração de inconstitucionalidade da lei. Jobim e Oliveira Júnior (2022) discordam, visto que a discussão do julgado girou mais em torno dos atos terem sido praticados por funcionário de fato do que propriamente sobre modulação de efeitos.

Quem traz uma luz melhor sobre a questão é Ávila (2021), ao analisar o RE nº 78.209/SP (BRASIL, 1974a), que tinha por base a mesma situação jurídica, com a recorrente também inconformada por sofrer penhora realizada por funcionário investido com base na mesma lei estadual paulista sem número (s/n), de 3.12.71. Como ressalta o doutrinador, se a Corte declarar a inconstitucionalidade da lei e depois calibrar seus efeitos, houve modulação. Contudo, não foi o que aconteceu no caso, pois quando a referida lei paulista foi declarada inconstitucional pelo STF, não houve qualquer tipo de mitigação de efeitos. O que aconteceu é que o STF, ao ser questionado em um novo processo sobre a validade dos atos praticados por um funcionário de fato, concluiu que tais atos eram perfeitamente válidos/constitucionais, mesmo que sua investidura tenha tido por base lei inconstitucional. Isto porque, conforme esclarece a ementa do caso:

Se o Direito reconhece a validade dos atos até de funcionários de fato, *estranhos aos quadros do pessoal público*, com maior razão há de reconhecê-la se praticados por agentes do Estado no exercício daquelas atribuições por força de lei, que veio a ser declarada inconstitucional (BRASIL, 1974a, p. 1, grifo nosso).

Assim, concluiu o doutrinador que “[...] a segurança jurídica funcionou como critério para configurar o *conteúdo da decisão*, e não para conformar os *efeitos da decisão* proferida no controle de constitucionalidade” (ÁVILA, 2021, p. 556, grifo do autor).

---

<sup>30</sup>A descrição do caso apresentada no livro de Ana Paula Ávila (2009) é justamente a desse julgado. É pouco provável que a autora tenha de fato se referido ao RE nº 78.549/SP (BRASIL, 1974b), que trata de apelação numa ação penal.



Outro caso citado pela doutrina é o RE nº 122.202/MG (BRASIL, 1994)<sup>31</sup>, de relatoria do ministro Francisco Rezek, caso em que foi vislumbrada uma espécie de mitigação de efeitos, ainda que não realizada no processo em que fora decidida a inconstitucionalidade da norma. Tratava-se de um RE que discutia os efeitos da declaração de inconstitucionalidade relativos à Representação de Inconstitucionalidade (RP) nº 1.379/MG (BRASIL, 1987)<sup>32</sup> que, como já esclarecido alhures, era uma ação do controle abstrato (ÁVILA, 2009; ALVIM, 2021).

No referido caso, o acórdão recorrido havia prestigiado uma lei estadual mineira, à “[...] revelia da declaração de inconstitucionalidade desta última pelo Supremo” (BRASIL, 1994, p. 945), mantendo o pagamento da gratificação de magistrados após a decisão *erga omnes* da Corte. Para tanto, fundamentava-se no princípio da irredutibilidade de vencimentos. No voto do RE, o Relator até reconheceu que a jurisprudência da Corte podia caminhar no sentido de prestigiar a irredutibilidade de vencimentos, poupando o assalariado à restituição ao Erário de um valor que já havia sido incorporado ao seu patrimônio e, provavelmente, sido gasto (BRASIL, 1994). Contudo, disse o ministro:

*Esta ideia, provavelmente erigida sobre pilares como a da boa-fé e o da estabilidade das relações jurídicas, só se vê justificar enquanto se supõe válida a lei determinante de tais benefícios, porque ainda não apreciada em juízo de constitucionalidade pelo Supremo. Pretender vê-la subsistir mesmo após a declaração de inconstitucionalidade da lei por esta Casa é um despropósito. [...] [Nesse contexto], o acórdão recorrido expôs-se à correção extraordinária, no sentido de limitar seus efeitos ao período anterior à declaração de inconstitucionalidade da Lei estadual 9262 – portanto, ao período de validade inquestionada desta última (BRASIL, 1994, p. 962, grifo nosso).*

Algumas observações interessantes podem ser apreendidas do referido caso. Primeiro que o STF, como já se mencionou, aproveitou o RE de modo a limitar os efeitos relativos à decisão tomada numa Representação de Inconstitucionalidade. Ou seja, num processo se determinou a inconstitucionalidade da norma e no outro se aplicou a modulação de efeitos. Ainda que não se discuta a questão de haver ou não

---

<sup>31</sup>O RE interposto teve diversos problemas, a começar pelo parâmetro utilizado, que foi a Constituição anterior, quando já estava vigente, ainda que recém promulgada, a Constituição de 1988, razão pela qual já se depreende o motivo, se era caso de ofensa à autoridade de uma decisão do STF, de não se ter entrado com uma Reclamação Constitucional (art. 102, I, “I”, CF/88) (BRASIL, 1988; 1994).

<sup>32</sup>Interessante que a decisão de inconstitucionalidade do plenário na Representação de Inconstitucionalidade é de agosto de 1987 e “a lei fulminada foi revogada pela Lei nº 9.416, editada um mês antes – julho de 1987”. Ou seja, o STF declarou a inconstitucionalidade de uma lei que já havia sido revogada. Se “tivesse conhecimento da revogação teria declarado a insubsistência da representação de 87” e não a inconstitucionalidade da lei (BRASIL, 1987; 1994, p. 978).

necessidade de mitigar efeitos nesse caso, questiona-se o fato de a modulação ter sido realizada posteriormente, no bojo de outra ação. Ademais, a RP havia sido julgada pelo Pleno, enquanto a modulação fora realizada pela Segunda Turma (ALVIM, 2021; BRASIL, 1994). Um segundo ponto interessante fica à cargo da fundamentação utilizada para calibrar os efeitos da decisão, pois, apesar de o Relator, ao final do seu voto, fazer menção à boa-fé e à estabilidade das relações jurídicas, parece situá-las quase como figurantes do motivo principal, a “irredutibilidade dos vencimentos”. Por fim, quando ele expressa que “esta ideia”, no caso, se referindo a irredutibilidade dos vencimentos, “[...] só se vê justificar enquanto se supõe válida a lei determinante de tais benefícios, porque ainda não apreciada em juízo de constitucionalidade pelo Supremo”, parece estar mais inclinado à teoria da anulabilidade, na qual a inconstitucionalidade da norma é constituída por órgão competente, do que à tese da nulidade (ÁVILA, 2009; BRASIL, 1994, p. 962).

Os casos citados são apenas ilustrativos, mas já demonstram que se, por um lado, a modulação de efeitos carecia de procedimentos mais estáveis, por outro, mesmo sem autorização expressa da lei, já havia mais do que apenas um flerte com a ideia da modulação, em grande parte, possivelmente, por influência da teoria kelseniana. É claro que, com a edição da legislação específica, a possibilidade de modulação de efeitos fica oficializada (ÁVILA, 2009; BRASIL, 1981; 1977).

Ademais, como se verá adiante, a lei vem também restringir o regime de atribuições de efeitos diante de decisão de inconstitucionalidade, haja vista que existem determinados requisitos formais e materiais que devem ser, necessariamente, cumpridos, para que seja aplicada a modulação. Nem é preciso dizer que essa exigência de que se cumpram determinadas condições vem, em muito, proporcionar algum tipo de moldura necessária, sobretudo, diante da completa falta de padrão anterior (ÁVILA, 2009; BRASIL, 1974a; 1977; 1981; 1994).

Todavia, houve um longo percurso até haver qualquer menção normativa sobre o instituto. Como descreve Andrade (2011), as tentativas de introduzir algum tipo de dispositivo que, de maneira clara, concedesse ao STF a possibilidade de limitação de efeitos de uma decisão de inconstitucionalidade, foram derrotadas tanto na Assembleia Constituinte (1987/1988) quanto na Revisão Constitucional (1994).

As preocupações quanto ao instituto giravam em torno do tipo de poder que se estaria concedendo ao STF, ao permitir que este modulasse efeitos de decisões de inconstitucionalidade no controle abstrato. Para o parlamentar Bonifácio de Andrada,

nessa situação, se estaria inserindo a Corte nas disputas políticas em torno de matéria legislativa, sugerindo que o STF estaria invadindo competência do Parlamento, assumindo o papel de legislador. A preocupação se ampliou diante de uma das propostas feitas em favor da extinção do mecanismo de suspensão da execução da lei pelo Senado, mecanismo que vinha se perpetuando no ordenamento pátrio desde a Constituição de 1934 (ANDRADE, 2011).

Apesar das duas derrotas, a ideia subsistiu e, em 1997, encaminhou-se ao Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 2.960, que trazia permissivo legal à modulação de efeitos. Na exposição de motivos do projeto, alegou-se a evolução observada no direito constitucional comparado; sugeriu-se a insuficiência de técnicas decisórias no âmbito do controle de constitucionalidade no país e apontou-se a necessidade de se ponderar o princípio da nulidade de lei inconstitucional com os postulados de segurança jurídica e interesse social, já que, em determinadas situações, a aplicação da nulidade ensejaria um afastamento ainda mais grave da vontade constitucional. Nesse âmbito, destacou-se a hipótese de lacuna legislativa decorrente da declaração de inconstitucionalidade. Argumentou-se que a vigência temporária da norma inconstitucional poderia vir a ser “um ‘mal menor’ do que o reconhecimento pleno da nulidade *ab initio* do dispositivo legal ou normativo (que é a situação tradicional)” (ANDRADE, 2011, p. 247).

O referido projeto foi, enfim, convertido na Lei ordinária nº 9.868<sup>33</sup>, de 10 de novembro de 1999. Esta norma estabelecia as diretrizes relativas à ADI e à ADC, além de prever, de maneira expressa, em seu art. 27, a possibilidade da modulação de efeitos de decisão de inconstitucionalidade no âmbito do controle abstrato. No mês seguinte, entrou em vigor a Lei nº 9.882, que regulava a ADPF e, em seu art. 11, também previa o instituto da modulação (SILVA, 2020a; BRASIL, 1999a; 1999b).

Nota-se que, apesar de toda essa discussão na esfera legislativa, os dispositivos legais não eram uma condição *sine qua non* para que o STF procedesse com a modulação, visto que, antes mesmo da edição das normas, a Corte já mitigava os efeitos de suas decisões. Esse entendimento tem uma repercussão prática importante, pois, ainda que se entenda que tal normativa “[...] se aplica apenas ao controle concentrado, não haveria como negar a possibilidade de se modular os

---

<sup>33</sup>Apenas em 2009, por meio da Lei nº 12.063, de 27 de outubro, incluiu-se na Lei nº 9.868 um capítulo estabelecendo a disciplina processual da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) (BRASIL, 1999a).

efeitos da decisão proferida em recurso extraordinário” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2021, p. 530). Assim, “[...] excepcionalmente, em face do princípio da segurança jurídica, o STF entende possível a ‘modulação dos efeitos’ [...] no controle difuso” (MORAES, 2022, p. 860).

Nesse contexto, a norma apenas vem explicitar e estruturar o que a Corte pode fazer a partir do que estabelece a Constituição. Isto porque o que ocasiona a necessidade de superação da regra da retroatividade “[...] são as normas constitucionais que tutelam a manutenção das situações geradas pela norma inconstitucional, protegendo situações deduzidas em juízo tanto pelo controle concreto como pelo abstrato” (ÁVILA, 2009, p. 60). Assim, o que, de fato, autoriza ou desautoriza a modulação é o primado da segurança jurídica, fundamento do Estado de Direito (BRASIL, 2010).

Após tais considerações, passa-se agora ao desenho do procedimento da modulação de efeitos, conforme estabelecem os artigos retrocitados. O primeiro ponto a ser frisado é que só haverá modulação de efeitos se houver a declaração de inconstitucionalidade da norma (MORAES, 2022). Afinal, se a lei for constitucional, como visto antes, com Barroso (2019), nada aconteceu com ela e, então, não haveria o que modular.

Aponta-se, assim, para um modelo bifásico – primeiro se declara a inconstitucionalidade da lei, depois se considera a possibilidade de modulação dos efeitos dessa decisão, o que sinaliza para duas etapas num mesmo processo, com a segunda decisão subordinada à primeira (MORAES, 2022; BRASIL, 2010). Nesse cenário, seria difícil conseguir justificar o que ocorreu no RE nº 122.202/MG, que aplicou a modulação de efeitos relativa à inconstitucionalidade declarada em outra ação, desrespeitando, inclusive, fórmulas de preclusão: a Representação de Inconstitucionalidade já havia transitado em julgado (BRASIL, 1994). Situação distinta seria a suspensão do julgamento para posterior colheita de votos referente à modulação de efeitos, conforme ocorreu no RE nº 714.139/SC (BRASIL, 2021j). Ou, ainda, utilizar o mesmo marco temporal e os mesmos fundamentos para modular, em favor da isonomia e da uniformidade da jurisprudência, em ações análogas que declarem inconstitucionalidade de norma, a exemplo das ADIs nº 7.117/SC e nº 7.123/DF que mantiveram os termos do RE nº 714.139/SC, como se verá no capítulo dos resultados (BRASIL, 2021j; 2022p; 2022q).

Além de se tratar de modelo bifásico, os dispositivos legais preveem determinados requisitos para a consecução da modulação, divididos em requisitos de âmbito material e formal. No que concerne ao primeiro caso, a norma aponta para a existência de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social<sup>34</sup>. Todavia, haja vista se tratar de ponto essencial para a presente pesquisa e diante da complexidade em discutir conceitos indeterminados, tais requisitos serão estudados, mais à frente, em tópico próprio (MORAES, 2022).

Assim, inicia-se o estudo pelo requisito formal. Estabelece a lei que, para que haja modulação, é preciso voto favorável de maioria de dois terços dos membros do STF. Caso contrário, não há modulação e mantém-se a regra geral da retroatividade (MORAES, 2022). Ou seja, é necessário ter maioria qualificada de ministros para a aplicação do instituto: oito dos onze ministros precisam concordar sobre a calibração de efeitos. Assim, trata-se de julgamento a ser realizado pelo Plenário da Corte e não pelas Turmas. Esta exigência vem dificultar o que antes da lei era uma faculdade que a Corte exercia por meio de mera interpretação do caso, sem necessidade de *quorum* mínimo para a modulação (ÁVILA, 2009).

Relevante, ainda, ressaltar que, conforme se observa, o número de votos exigido para a modulação é maior do que o número necessário para a declaração de inconstitucionalidade, que, como se viu no capítulo sobre controle de constitucionalidade, é de seis ministros. Esta diferença de *quorum* é possível pois, como já pontuado, trata-se de modelo bifásico. A modulação é uma etapa lógica posterior à declaração de inconstitucionalidade e a exigência de *quorum* qualificado funciona como reforço formal, a fim de que se supere a regra de preferência adotada no sistema brasileiro, que é a de retroatividade (ÁVILA, 2009).

Uma questão interessante a ser colocada é como ficaria a questão do número de votos para modulação em controle de constitucionalidade incidental, quer dizer, nos casos como o de RE. Para Ávila (2009), o *quorum* legal de dois terços deve, também, ser obedecido no controle incidental. Este posicionamento foi seguido pelo STF no julgamento do RE nº 586.453/SE (2013), em que o Pleno decidiu a favor do *quorum* qualificado de dois terços (BRASIL, 2013). Em embargos de declaração do

---

<sup>34</sup>Nota-se que são requisitos alternativos, ainda que, como se verá em resultados, não é incomum fazer menção aos dois conceitos na fundamentação da modulação de efeitos, ou mesmo situar excepcional interesse social como tese de reforço.

RE nº 377.457 ED/PR, a ministra Rosa Weber esclarece a razão de o Plenário ter decidido dessa forma no RE nº 586.453/SE:

[...] mesmo no julgamento de recursos extraordinários em regime de repercussão geral, incidirá o art. 27 da Lei nº 9.868/1999 sempre que a decisão a ser modulada tiver declarado a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo. E não se trata de mera analogia, e sim interpretação extensiva reclamada pela tendência de objetivação do controle difuso operada pela repercussão geral do recurso extraordinário (BRASIL, 2013, p. 7).

Essa questão voltou a ser discutida no RE nº 638.115/CE (BRASIL, 2015c), em embargos nos embargos de declaração julgado pelo Plenário, em 18/12/2019. Nesse julgamento, o STF decidiu que, no âmbito do RE bastaria o *quorum* de maioria absoluta (6 votos) para a modulação de efeitos. A peculiaridade do caso, entretanto, é que o *quorum* se aplicaria “[...] em julgamento de recursos extraordinários repetitivos, com repercussão geral, nos quais *não tenha havido declaração de inconstitucionalidade de ato normativo*” (MENDES; BRANCO, 2021; BRASIL, 2015c, p. 3, grifo nosso)<sup>35</sup>.

A despeito da peculiaridade do caso, abordou-se justamente a questão do *quorum* necessário para modulação no RE. No julgamento dos embargos, questionou-se a obrigatoriedade de *quorum* qualificado em modulação realizada no controle concreto. Fundamentou-se a crítica nas supostas razões do legislador para ter exigido *quorum* qualificado no controle abstrato, que seriam: (i) “o experimentalismo institucional da técnica de modulação”, porque se tratava à época de inovação na tradição jurídica brasileira, mas visto que a técnica teria se provado um sucesso no ordenamento jurídico pátrio, o legislador teria expressado, recentemente, eloquente silêncio a respeito do *quorum* para modulação no CPC de 2015; e (ii) a “eficácia vinculativa da decisão em relação à Administração Pública”, quer dizer, além de vincular o Poder Judiciário, a decisão vincularia outro Poder e a própria sociedade

---

<sup>35</sup>Nesse caso havia uma discussão se uma Medida Provisória havia restituído o direito à incorporação de quintos por servidores, ou seja, se havia tido reprecinação de uma lei de 1990. “O tema referente à incorporação de quintos, por suscitar a interpretação da legislação aplicável a essa matéria costuma ser tratado como de índole estritamente infraconstitucional” (BRASIL, 2015c, p. 15). Mas nesse recurso o tema foi enfrentado sob o enfoque constitucional. Nesse contexto, concluiu-se que a MP “não repristinou expressamente as normas que previam a incorporação de quintos”, quer dizer, não havia “no ordenamento jurídico norma que [...] [permitisse] essa ‘ressurreição’ dos quintos/décimos levada a efeito pela decisão recorrida”. Então, fixou-se a tese de que violaria o princípio da legalidade decisão que concedesse a incorporação de quintos, justamente porque não havia lei que a amparasse. Ou seja, não houve determinação de inconstitucionalidade de norma e, por esta razão, o ministro Marco Aurélio destacou que não era caso de modulação (BRASIL, 2015c, p. 25). A modulação nessa hipótese será um pouco mais aprofundada no capítulo de resultados.

como um todo. Este não seria o caso do controle incidental, haja vista que o caráter vinculante dessa decisão atingiria apenas o sistema de justiça (BRASIL, 2015c, p. 31).

A despeito das justificativas citadas, discordando quanto à questão do *quorum* no debate, o ministro Roberto Barroso ressaltou que existiria uma diferença entre a modulação no controle de constitucionalidade e diante da alteração de jurisprudência. Para o ministro, sempre que houver declaração de inconstitucionalidade, seja na ação direta, seja em repercussão geral, exigir-se-ia *quorum* de dois terços, porque se estaria excepcionando a teoria da nulidade (BRASIL, 2015c). Já na mudança de jurisprudência, bastaria a maioria absoluta, porque, conforme esclarece o ministro:

A mudança de jurisprudência, no mundo atual, equivale à criação de uma nova norma e, portanto, só deveria valer prospectivamente. E para tanto, como não se está excepcionando teoria de nulidade alguma, bastaria a maioria absoluta para modular em caso de mudança de jurisprudência (BRASIL, 2015c, p. 42-43).

Nesse mesmo sentido, Mitidiero (2021) ressalta que, como o que se pretende com a modulação no controle de constitucionalidade é manter efeitos de um ato já decretado como inconstitucional e, portanto, contrário ao sistema jurídico vigente, é necessário ter *quorum* diferenciado. A fim de reforçar esse posicionamento, o autor também faz um contraponto com a modulação do CPC que ele prefere denominar de superação para frente do precedente, em que não se exige o *quorum* qualificado, visto que o que se pretende com a decisão é o respeito a atos que foram praticados em consonância com o entendimento jurídico vigente das Cortes Superiores.

Contudo, em que pese os posicionamentos contrários, no referido processo, foi vitoriosa a regra do *quorum* de maioria absoluta, cabendo ressaltar que o impasse desse julgamento se deu justamente em relação ao alcance do *quorum* para a modulação dos efeitos da decisão. Dois ministros declararam suspeição e restaram nove para votar a proposta. Chegou-se a sugerir como solução para situações de suspeição e impedimento que “[...] a contabilização do *quorum* [...] [deveria] observar o número de ministros aptos a votar em relação à proposta de modulação”, ou seja, o

cálculo de dois terços incidiria sobre os nove ministros aptos para votação (BRASIL, 2015c, p. 35) <sup>36-37</sup>.

Outro ponto interessante a ser debatido gira em torno da exigência, ou não, de requerimento expresso do interessado para que a Corte proceda à votação da modulação de efeitos. Afinal, é pressuposto da modulação o requerimento do interessado na Exordial ou é possível requerer a modulação em embargos de declaração? Perguntando de outro modo: se a Inicial não tratar do tema modulação, é possível, em sede de embargos declaratórios, identificar omissão?

Apontam Dimoulis e Lunardi (2016, p. 213) que, conjugado aos requisitos legais, “[...] o STF considera pressuposto da modulação o requerimento expresso do interessado”, conforme decidido em sede de Embargos de Declaração na ADI nº 2.791/PR, de relatoria originária do ministro Gilmar Mendes. O entendimento majoritário nesse julgado, ainda que não unânime, foi o de que, se a matéria não foi abordada na Inicial e se o Plenário, que tinha a possibilidade de fazê-lo, calou-se, não é possível inovação em sede de embargos (DIMOULIS; LUNARDI, 2016, p. 213; BRASIL, 2006).

Alexandre de Moraes (2022) reconhece que, como regra, o acolhimento dos embargos para fins de modulação fica condicionado à existência do requerimento na Exordial. Todavia, ressalta também o doutrinador que, excepcionalmente, o STF já admitiu embargos declaratórios para modulação, mesmo sem pedido na Inicial, conforme ADI nº 3.601 ED/DF (BRASIL, 2009). Contudo, mais do que excepcionar uma regra, o acórdão já parece sinalizar uma mudança mais profunda de entendimento, conforme literalidade da Ementa:

Presentes as condições necessárias à modulação dos efeitos da decisão que proclama a inconstitucionalidade de determinado ato normativo, esta Suprema Corte *tem o dever constitucional* de, independentemente de pedidos das partes, aplicar o art. 27 da Le nº 9.868/99 (BRASIL, 2009, p. 1, grifo nosso).

---

<sup>36</sup>Como ressalta Alvim (2021) na modulação do CPC, a calibração de efeitos não se dá devido à decisão de inconstitucionalidade de uma lei, mas devido à mudança de jurisprudência dominante dos tribunais superiores. Nesse caso, o precedente – e eventual superação para frente dele – revela-se como imprescindível para combater os efeitos negativos da mudança de orientação do Judiciário quando essa alteração ocorre de forma abrupta contrariando orientação firme anterior. Essa modulação se faz ainda mais necessária quando a alteração se dá em campos nos quais não deveria ter ocorrido (como em áreas rígidas do direito, a exemplo do direito tributário) e, mais ainda, quando essa alteração causa prejuízo ao particular. Quer dizer, o Judiciário altera as regras de forma inesperada, incorrendo em conduta caracterizada como má-fé objetiva: agindo contra os seus próprios atos (*venire contra factum proprium*) e, ainda por cima, a nova regra causa prejuízo ao particular.

<sup>37</sup>A modulação de efeitos diante da superação de precedentes será abordada no presente trabalho em tópico próprio, com intenções de auxiliar numa melhor diferenciação dos institutos.



Assim, a Corte revela que se trata de um dever constitucional de modular se estiverem contemplados os requisitos no caso, em favor da preservação da própria supremacia constitucional. É o que sugerem também Mendes e Branco (2021, p. 631), ao dizerem que “[...] a limitação de efeito é decorrência do controle judicial de constitucionalidade”. Assim, se o Tribunal tem o poder de declarar a inconstitucionalidade da lei, também tem o dever de modular os efeitos de sua decisão.

Comparando os dois embargos, apesar de ambos fazerem alusão à supremacia constitucional, nota-se que trazem perspectivas distintas em sua fundamentação (BRASIL, 2006; 2009). No primeiro caso, o fundamento da decisão pautou-se no dogma da nulidade. Assim, diante do silêncio sobre restrição de efeitos da decisão, incide o princípio da nulidade *ipso jure*. Este é o entendimento tradicional, no qual está enraizada a concepção de que conceder efeitos a uma lei inconstitucional, como sugeria Cappelletti (1999), ao tratar da doutrina americana em suas origens, era ferir a própria supremacia da Constituição. Já no segundo julgado, o entendimento é o de que a modulação tem seu fundamento em princípios constitucionais, ou seja, modula-se em defesa dos valores constitucionais que seriam atingidos pela nulidade *ipso jure*. Por isto, se presentes os requisitos materiais e formais, a modulação deveria ser aplicada em favor da própria supremacia constitucional.

Um argumento contra essa segunda concepção é a própria literalidade da norma, pois tanto no art. 27 da Lei nº 9.868/1999 quanto no art. 11 da Lei nº 9.882/1999, quando tratam da restrição de efeitos de declaração de inconstitucionalidade, estabelecem que o STF poderá, e não que deverá restringi-los. Para Andrade (2011), isso demarcaria uma clara diferença entre faculdade e dever, ressaltando o autor que se trata de óbvia faculdade concedida ao STF.

Apesar disso, parece problemático impor o requerimento como condição para modular quando a modulação for necessária à preservação de valores constitucionais. Dimoulis e Lunardi (2016) concordam que, como a decisão de inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc* pode gerar consequências calamitosas para a sociedade, não é razoável condicionar ao capricho do requerente o pedido de modulação, pois uma mera omissão dele impediria a aplicação do instituto pelo STF.

No mesmo sentido, Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2021, p. 532) apontam que a modulação de efeitos é dever implícito ao poder de controlar a constitucionalidade das normas. Nas palavras dos autores:

É irracional supor que o STF, tendo poder para declarar a inconstitucionalidade, necessita de requerimento para prestar a tutela jurisdicional que lhe compete de modo adequado, e, assim, para isentar determinadas situações consolidadas dos prejuízos decorrentes dos efeitos das suas próprias decisões. Tal dever é instituído com a propositura da ação de inconstitucionalidade, uma vez que é esta que lhe impõe o dever de controlar a constitucionalidade da norma impugnada. Aliás, se o Tribunal não tivesse este dever implícito ao poder de controlar a constitucionalidade, a lei teria de ter imposto a alguém o ônus de requerer a modulação (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2021, p. 532).

Tessari (2022, p. 165) caminha pelo mesmo entendimento, ao argumentar que a modulação de efeitos é questão de ordem pública, “[...] por atender a interesses públicos e sociais, o que, por si justifica, inclusive, a oposição de embargos de declaração por omissão”, podendo ser levantada de ofício pelos ministros, “[...] em sede de sustentação oral, por memorial ou via embargos de declaração”.

Severino (2022, p. 114) também abraça o mesmo posicionamento, “[...] tendo em vista o exercício da jurisdição constitucional e do dever de proteção e guarda da Constituição”. Contudo, a autora alerta para o fato de que a modulação é instituto a ser utilizado excepcionalmente. Assim, seria preciso ter certos critérios ao aplicá-la, além de cautela para que a exceção não se torne a regra.

De toda forma, acatada a modulação de efeitos pelo STF, após cumprimento dos requisitos legais, passa-se agora a questionar quais os limites temporais diante da decisão de inconstitucionalidade. Conforme já amplamente esclarecido, a decisão de inconstitucionalidade pelo STF, haja vista a adoção pelo ordenamento jurídico brasileiro da teoria da nulidade, gera, em regra, efeitos retroativos, pois a lei seria inconstitucional desde a sua entrada em vigor.

Todavia, os dispositivos legais que determinam a modulação de efeitos apontam que a Corte pode definir que a decisão de inconstitucionalidade só terá eficácia a partir do seu trânsito em julgado ou de outro momento fixado pelo Tribunal. No primeiro caso, a decisão adquire efeitos prospectivos na modalidade *ex nunc*. Portanto, o STF pode entender pela inconstitucionalidade da norma, determinando que os efeitos dessa declaração ocorram a partir do trânsito em julgado da decisão de inconstitucionalidade. Assim, a partir desse momento, a lei seria excluída do sistema jurídico (MENDES, 2012; DIMOULIS; LUNARDI, 2016).

No segundo caso, a Corte pode determinar outro momento, outro marco inicial para que os efeitos da decisão comecem a ocorrer, podendo desencadear efeitos retroativos limitados ou mitigados ou mesmo prospectivos na modalidade *pro futuro*. Na hipótese de efeitos *ex tunc* mitigados, a retroatividade não chega a atingir a edição da norma, ou seja, a decisão retroage, mas não todo o percurso até o início da vigência da lei, situando-se entre a sua promulgação e a decisão de inconstitucionalidade (ANDRADE, 2011).

O STF pode também determinar efeitos diferidos ou *pro futuro*, entendendo pela inconstitucionalidade da lei, mas suspendendo os efeitos da declaração de inconstitucionalidade por um período, haja vista fortes razões de interesse social ou segurança jurídica. Este lapso de tempo é estabelecido na própria sentença pelo STF que, diferentemente do que ocorre no ordenamento austríaco, não possui qualquer limitação máxima quanto ao prazo. Todavia, frisa-se que a razão por trás desse intervalo é permitir ao legislador “[...] um período adequado para a superação do modelo jurídico-legislativo considerado inconstitucional”, e então, o Tribunal terá que levar em conta esse motivo ao fixar o prazo. Assim, entende-se a prospectividade como “apelo ao legislador” para que ele edite nova norma, que venha substituir a inconstitucional (MENDES, 2012, p. 649; MORAES, 2022).

Frisa-se que não há apenas modulação da eficácia temporal da declaração de inconstitucionalidade, ainda que seja a mais comumente mencionada pela doutrina. Assim, poder-se-ia entender a modulação como gênero do qual advém outras espécies, além da eficácia temporal. Alexandre de Moraes (2022, p. 860, grifo do autor) ressalta que seria possível, por exemplo, restringir a eficácia *erga omnes*, afastando “[...] a incidência de sua decisão em relação a algumas situações já consolidadas” ou, ainda, retirar os “efeitos *represtinatórios* da decisão”, contrariando a regra no controle abstrato, em que a norma que tinha sido revogada retorna a seu *status quo ante*.

Andrade (2011) também aponta outros tipos de modulação citados pela doutrina, mencionando, igualmente, a possibilidade de restrição da eficácia *erga omnes*, que seria uma limitação quanto à eficácia subjetiva, haja vista que ela se remeteria ao universo de pessoas afetadas pela decisão. O autor também menciona a modulação quanto à eficácia vinculante e à eficácia material. A primeira diria respeito ao âmbito de órgãos aplicadores do direito afetados pela decisão, enquanto a segunda

se referiria ao alcance do conteúdo da decisão. Todavia, ressalta que não existe uma classificação uníssona na doutrina.

Ainda tratando da questão dos efeitos da decisão, relevante falar sobre a possibilidade de modulação prevista no art. 11, § 1º da Lei nº 9.868/1999, que trata da possibilidade de o STF, em sede de medida cautelar<sup>38</sup> na ADI, aplicar a modulação de efeitos. A regra é que a medida cautelar tenha eficácia *ex nunc*. Todavia, o STF poderá, caso assim entenda necessário, conceder efeitos retroativos à decisão (BRASIL, 1999a). Andrade (2011) levanta preocupação quanto à modulação de efeitos nesse caso, sobretudo, porque a lei não estabelece qualquer baliza quanto ao lapso temporal na cautelar, ficando subentendido que ela pode comportar qualquer período entre a promulgação da lei e a decisão. Tampouco se observa alguma delimitação relativa a requisitos de âmbito material.

Por fim, vale discutir uma modalidade atípica de modulação de efeitos, diante de questões consolidadas, a exemplo da coisa julgada. Como já ressaltado no tópico sobre controle de constitucionalidade, a declaração de inconstitucionalidade deverá respeitar as fórmulas de preclusão. Quer dizer, alterações no campo normativo ou hermenêutico não justificariam o afastamento automático de decisões transitadas em julgado, conforme expressão da intangibilidade da coisa julgada prevista no art. 5º, XXXVI da Constituição Federal de 1988. Isto porque “[...] a coisa julgada é instituto imprescindível à afirmação do Poder Judiciário e do Estado de Direito, além de garantia do cidadão à estabilidade da tutela jurisdicional, corolário do direito fundamental de ação e do princípio da proteção da confiança” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2022, p. 562).

Em outras palavras, se fosse uma consequência automática da decisão de inconstitucionalidade a retroatividade sobre a coisa julgada, estaria se concedendo ao jurisdicionado uma coisa julgada condicionada à não declaração de inconstitucionalidade pelo STF da lei que fundou a decisão, o que incidiria ofensa ao próprio direito de ação, que tem como base a obtenção de decisão definitiva sobre a causa (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2022).

Nesse contexto, não é preciso que, a cada decisão de inconstitucionalidade, se estabeleça de forma expressa essa intangibilidade. Isto não quer dizer, contudo, que a coisa julgada jamais será atingida por efeitos retroativos, mas para que a coisa

---

<sup>38</sup>Concedida a cautelar, conforme estabelece o § 2º do art. 11, torna-se “aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário” (BRASIL, 1999a, n.p.).

julgada seja alcançada, é preciso que sua solidez seja rejeitada em prol de outro valor imprescindível ao Estado constitucional. Assim, se aventa essa possibilidade, mas apenas em caráter excepcional. Todavia, é preciso que o STF estabeleça em sua decisão de forma expressa e embasada que a declaração de inconstitucionalidade atingirá a coisa julgada (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2022).

Nesse cenário, modular não estaria num sentido restritivo de efeitos, mas num sentido potencializador de efeitos<sup>39</sup>, porque iria além do que em regra é permitido, vulnerando o que deveria ser intangível. Tratar-se-ia de caso atípico, mas seria “[...] possível usar a oportunidade conferida pela técnica da ‘modulação de efeitos’ para, em casos excepcionalíssimos, extrair da decisão de inconstitucionalidade o efeito de atingir a coisa julgada”. Nesse caso, entretanto, não se estaria “[...] regulando os efeitos da decisão de inconstitucionalidade no tempo, mas conferindo-se determinada qualidade a esses efeitos” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2022, p. 562).

#### 3.4 MODULAÇÃO DE EFEITOS DIANTE DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E DIANTE DE SUPERAÇÃO DE PRECEDENTE

Para fins desse estudo, importante, ainda, diferenciar modulação de efeitos diante de declaração de inconstitucionalidade e diante de superação de precedente. Frisa-se que o motivo da modulação de efeitos, excepcionando a regra da retroatividade, no caso da decisão de inconstitucionalidade, não se confunde com a modulação de efeitos diante da decisão que revoga precedentes, mesmo que estes sejam de índole constitucional. Num caso, são mantidas as relações jurídicas pautadas na lei invalidada e, no outro, são preservadas as situações que se basearam no precedente. Numa situação, a regra é a aplicação da teoria da nulidade dos atos inconstitucionais, que pode ser excepcionada em função da segurança jurídica ou de excepcional interesse social. Na outra, é a confiança justificada do jurisdicionado no precedente que salvaguarda os efeitos deste (MARINONI, 2022).

Observa-se, assim, que uma Corte Superior deve se responsabilizar pela expectativa que gera nos jurisdicionados. Por isto, a pauta de conduta seguida pela sociedade, com fundamento em precedente que se disseminou por determinado lapso de tempo, deve ser algo considerado diante de decisão que o revoga. Caso contrário,

---

<sup>39</sup>Ressalta-se que esse posicionamento diverge do empregado por Andrade (2011), que indica que a modulação de efeitos autorizada pela norma seria apenas a restrição de efeitos da decisão de inconstitucionalidade e não a ampliação de efeitos. Todavia, novamente, aponta-se que a modulação seria dever implícito do STF, em controlar e responsabilizar-se pelos efeitos das próprias decisões.

observar-se-ia evidente ofensa à segurança jurídica, em especial, à sua face subjetiva – a proteção à confiança nos atos do Estado (MARINONI, 2022). Como ressalta Alvim (2021, p.43), a “[...] modulação é, sem dúvida, figura jurídica cujo objetivo é criar segurança jurídica, sob o prisma subjetivo, i. e., protegendo a boa-fé e a confiança”.

Esclarecendo melhor, pode-se dizer que, quando há uma orientação pacificada ou predominante num tribunal superior e esta orientação é alterada, os efeitos dessa mudança são retroativos. Ou seja, o tribunal vai passar a decidir com base na orientação mais recente, o que implica dizer que os casos ocorridos antes da alteração, ao chegarem ao tribunal, também serão decididos com base nessa nova orientação. Quer dizer, o jurisdicionado agiu com base na pauta de conduta antiga, que era a orientação que regia seu caso à época em que agiu, mas será julgado com base em novo posicionamento do tribunal. A menos, é lógico, que haja modulação limitando os efeitos da decisão, para que a nova pauta de conduta tenha aplicação apenas a partir da data da decisão, ou de outra data que venha a estabelecer o tribunal (ALVIM, 2021).

Alvim (2021, p. 181) vai mencionar que, também, na modulação relativa à mudança de precedente, o tipo mais comum é a temporal. Nesse caso, normalmente se retira “a retroatividade da eficácia da decisão”, quer dizer, “a força para alcançar o passado” em favor da confiança justificada nos precedentes. Contudo, não haveria uniformidade quanto à terminologia utilizada para designar os tipos de modulação.

Nesse contexto, Alvim (2021, p. 182) denomina de “prospectiva-prospectiva” a modulação aplicada “quando o tribunal afasta o precedente, enunciando uma regra nova, dizendo que esta só se aplicará aos casos que ocorrerão depois deste ‘anúncio’”, ou seja, não se aplicaria a nova regra a nenhum caso anterior a este marco, nem mesmo ao caso julgado. Frisa-se que a autora inclui nessa categoria a modulação *pro futuro*, quando ressalta que, nessa situação, “[...] pode-se estabelecer uma data a partir da qual a nova orientação ou o novo precedente passaria a ser eficaz” (ALVIM, 2021, p. 182). Esse tipo de modulação parece se assemelhar à *pure prospectivity*, apontada por Mendes e Branco (2021), ainda que estes autores incorram em certa dubiedade, ao mencionarem a modulação *pro futuro*, sugerindo a existência de uma categoria apartada.

Sesma (1995) vai propor justamente uma separação na sua classificação entre a modulação *ex nunc* e a modulação *pro futuro*. Nesse contexto, denomina aplicação “prospectiva” quando a decisão de revogação não se aplica às partes do caso

concreto nem aos negócios praticados por outras pessoas antes da decisão, ressaltando a autora que esta modulação se justificaria quando a parte agiu com base na confiança justificada no precedente anterior à mudança dele.

Já a modulação “prospectiva-prospectiva”, apontada por Sesma (1995), ocorreria quando o Tribunal adia o efeito da nova regra para uma data futura. Neste caso, além de se privilegiar a confiança dos jurisdicionados que seguiam a orientação anterior, também daria aos afetados pela mudança a possibilidade de se prepararem para a nova regra.

Por fim, Sesma (1995) e Alvim (2021) denominam de modulação “quase-prospectiva” quando se aplica a nova regra para as situações após a data da decisão, com o objetivo de privilegiar a confiança justificada. Todavia, também se aplica às partes do processo, como forma de recompensá-las e dar-lhes um incentivo para promover alterações em regras que precisam ser mudadas. Assemelha-se à *limited prospectivity* mencionada por Mendes e Branco (2021).

Com isto, observa-se que, também na modulação diante de superação de precedentes, existem formas variadas de limitações de efeitos da decisão. A importância do tema, materializado no art. 927, § 3º do CPC, decorre do entendimento, cada vez mais presente nos juristas, de que as decisões judiciais, possuem, em intensidades diferentes, força normativa. Dessa forma, se, até certo ponto, as decisões dos juízes são consideradas normas jurídicas difundindo seus efeitos além da situação jurídica concreta, nada mais justo do que preocupar-se com esses efeitos; não apenas para exigir uniformidade, em favor da isonomia, mas também para limitar os efeitos da decisão, caso necessário, visto que, em alguns casos, essa carga normativa não deve incidir de forma retroativa (ALVIM, 2021).

Nesse contexto, observa-se que a modulação de efeitos diante de declaração de inconstitucionalidade é apenas uma das modalidades em que se faz necessária a proteção da segurança jurídica, mas não algo exclusivamente seu. Isto significa que, assim como não era essencial lei permitindo a modulação no controle de constitucionalidade, também não é fundamental lei permitindo a modulação diante de superação de precedente, pois o que autoriza a modulação, num caso e no outro, é justamente o princípio da segurança jurídica (MARINONI, 2022).

Isto implica dizer que a possibilidade de restringir efeitos retroativos das decisões é intrínseca ao próprio exercício jurisdicional confiado aos tribunais superiores. Afinal, se tais Cortes têm o poder de interpretar o direito, dando-lhe

sentido, regulando a sociedade e gerando expectativa no jurisdicionado a partir de suas decisões, também têm o dever de proteger a confiança do jurisdicionado criada a partir de seus atos (MARINONI, 2022). É claro que, a partir da regulamentação em lei, a possibilidade de modular efeitos, diante de decisão de inconstitucionalidade ou de alteração de precedentes, fica oficializada, não pairando mais dúvidas sobre sua aplicabilidade.

Esclarecidas as questões mais gerais de ordem processual, passar-se-á para o próximo tópico, considerado parte essencial no presente trabalho. Visto que se pretende analisar no capítulo dos resultados a forma como o STF tem fundamentado a modulação de efeitos no controle de constitucionalidade, em especial, em matéria tributária, a partir dos requisitos materiais (“segurança jurídica” e “excepcional interesse social”), traçar-se-á, a partir de agora, alguns fundamentos que permitam a reflexão sobre o trabalho hermenêutico, a fim de alcançar o objetivo principal do trabalho.

### 3.5 SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO E O QUE É SUSCETÍVEL À PONDERAÇÃO NUMA INTERPRETAÇÃO TÓPICO-SISTEMÁTICA

Os artigos 27 da Lei nº 9.868/1999 e 11 da Lei nº 9.882/1999 introduziram expressamente uma nova, mas como se viu nem tão nova assim, modalidade de decisão no sistema jurídico brasileiro. Tal modelo manteve a regra da nulidade, mas excepcionalmente restringível (ou ainda mais excepcionalmente ampliável) diante do cumprimento de determinados requisitos, de ordem formal e material (MENDES; BRANCO, 2021).

É justamente no âmbito material que reside a maior dificuldade em relação à decisão da modulação, visto que se impõe ao intérprete o desafio de lidar com os conceitos vagos de segurança jurídica e excepcional interesse social. Deixa-se ao STF, nessa seara, grande margem de conjectura, o que pode levar a desvios arbitrários, decisões abusivas e desuniformidade. Corre-se o risco de, sob o pretexto de proteção à segurança jurídica, implementar-se, ao contrário, seu aniquilamento (ÁVILA, 2009).

A fim de evitar esse resultado, deve-se impor, diante da abertura normativa, certas limitações, de modo que a interpretação dos conceitos indeterminados se coadune ao próprio texto constitucional. Nesse cenário, ressalta-se que não existiria



impedimento em relativizar a tese da nulidade, o problema residiria na maneira como isso será realizado (ÁVILA, 2009).

Ainda que, em uma análise inicial, pareça temerária a manutenção de efeitos de uma lei declarada inconstitucional, é preciso levar em consideração que diversas relações jurídicas foram construídas sob o manto dessa norma. Assim, dizimar tudo o que ela fundamentou, a depender do caso *sub judice*, poderia vir a ferir valores constitucionais mais fortemente do que a manutenção de certos efeitos (SILVA, 2020a).

Conforme se notará, a aplicação da modulação impõe um jogo de ponderação realizado dentro daquilo que a Constituição abriga. Frisa-se, com Ávila (2009, p. 66), que o ponderável são os valores que a Constituição protege e não a Constituição em si. Como a supremacia constitucional é a pedra angular sobre a qual se assenta toda a ordem jurídica, sua relativização colapsaria o próprio Estado Democrático de Direito. Em outras palavras, como “[...] a ordem constitucional pressupõe a superioridade hierárquica da Constituição”, “uma inversão nesse pressuposto” implicaria numa “ruptura institucional” com o próprio fundamento do Estado. A supremacia constitucional, portanto, é imponderável (ÁVILA, 2009, p. 66).

Nesse caso, quando se aplica a modulação de efeitos, a ponderação a ser realizada é entre duas (ou mais) normas de hierarquia constitucional. De um lado, o valor constitucional que foi desobedecido pela lei infraconstitucional invalidada, e de outro, o valor que ampara as situações criadas com fundamento na lei cassada. Se pesar mais no caso julgado a norma constitucional desobedecida, mantém-se a regra de preferência no sistema brasileiro, que é a de nulidade (efeitos *ex tunc*). Se pesar mais a norma constitucional que protege as situações geradas pela lei declarada inconstitucional, modula-se. Ressalta-se que, neste caso, como ocorre com toda exceção, é necessário o emprego de “[...] uma argumentação qualificada para superar a regra” (ÁVILA, 2009, p. 69).

Como a ponderação é realizada entre normas de mesma hierarquia constitucional, o postulado da supremacia está sendo respeitado. Tudo isso mostra que a teoria da nulidade, embora seja uma tese que argumenta a favor da supremacia constitucional, já que reforça a ideia de que norma que viola a Constituição é nula, não se confunde com a própria supremacia da Constituição. E nesse sentido ela é uma teoria que pode deixar de ser aplicada ao se considerar outros valores de índole constitucional (ÁVILA, 2009).

Isto mostra que a modulação de efeitos pode vir a assegurar melhor, em determinadas situações, a normatividade da Constituição do que a manutenção da regra de preferência (tese da nulidade). Nesse contexto, observa-se que a constitucionalidade da modulação está pautada nos limites da interpretação dos conceitos indeterminados aplicados ao caso concreto. Em outras palavras, a grande questão é atestar em que situações a manutenção dos efeitos de uma lei declarada inconstitucional é também a maneira de tutelar a supremacia da Constituição (ÁVILA, 2009). Assim, observa-se que a supremacia constitucional, como aponta Ávila (2009, p. 70):

[...] exige que se ultrapasse a análise unidirecional entre norma legal inferior e norma constitucional superior violada em favor de uma análise multidirecional entre a norma legal inferior, os efeitos por ela produzidos, e várias normas constitucionais superiores. Parte-se, assim, da análise da norma isolada para contemplar também a análise de seus efeitos, que são protegidos por outras normas. O processo de ponderação resulta do agrupamento de todas essas normas e razões de decidir, para, obedecendo ao critério da coerência, orientar o intérprete sobre a direção a ser tomada na decisão (ÁVILA, 2009, p. 70).

Essa mudança no foco interpretativo está em consonância com o pensamento constitucional contemporâneo do neoconstitucionalismo, num movimento de superação de um modelo positivista pautado em regras, por um modelo orientado pelos direitos fundamentais, que se funda no conceito de dignidade da pessoa humana. Quer dizer, abandona-se a ideia de um sistema vazio de valores, perfeitamente ordenado no seu formalismo normativo, mas que não conseguia uma solução adequada para as lacunas normativas. Isto porque, ao não ser capaz de dialogar com valores que considerava pré-jurídicos, tirando sua importância em sua ânsia de cientificidade, as solucionava com o irracionalismo da decisão judicial, que se sentia livre para preenchê-las com seus valores subjetivos (CALIENDO, 2009).

Essa solução subjetiva desconsiderava o conflito inerente às sociedades democráticas perpassadas pelo pluralismo axiológico, que reconhece uma gama de direitos fundamentais (dos clássicos aos sociais, econômicos, de solidariedade etc.). Assim, se pode entender, a título de ilustração, que existe uma grande diferença entre analisar o conceito de família a partir de uma perspectiva heteronormativa e patriarcal e entender família a partir de uma perspectiva democrática, plural e em defesa dos direitos humanos. Afinal, a despeito das posições mais conservadoras, não existe um conceito único de vida boa, nem ideais fechados de vida, e cabe ao Estado constitucional, frisando que é nesse ponto que reside sua legitimidade, reconhecer

essa diversidade de valores e de direitos fundamentais e tutelá-los por meio do ordenamento jurídico (CALIENDO, 2009; SARLET, 2015).

Importante ressaltar que os direitos fundamentais passam a integrar – juntamente com a forma de Estado, a organização de poder e o sistema de governo – a medula do Estado constitucional, compondo o núcleo da Constituição formal, mas também o cerne da Constituição material (SARLET, 2015). Nesse cenário, entende-se os direitos fundamentais como meios de incorporar os direitos humanos num determinado sistema jurídico, reconhecendo-os, dentro de sua complexidade, como direitos que se fundam em bases filosóficas diversas. É essa diversidade que permite que eles colidam entre si, devendo ser harmonizados de forma coerente por meio de ponderação. É o sistema que deve possibilitar um confronto justo e leal, de forma a amenizar o choque entre direitos, bem como resguardar a dignidade deles. Se não for assim, será negada a pluralidade própria à democracia e defendida a prevalência de determinados valores e a anulação de outros (CALIENDO, 2009).

Por isto, para o presente trabalho, propõe-se a interpretação tópico-sistemática, que se caracteriza por “[...] hierarquizar prudencialmente princípios, regras e valores”, redimensionando o “[...] problema das antinomias entre princípios e regras”, de forma “[...] que os princípios ocupam o papel de cúpula do sistema”. Nessa proposta de interpretação, o direito não está apartado do mundo em sua pirâmide normativa, tampouco a concepção de pessoa humana é obra de especulação teórica ou compreensão individual. Em outras palavras, a concepção sistemática preocupa-se em encontrar a melhor solução possível para o caso concreto e para o sistema jurídico. Propõe-se, assim, uma interpretação aberta, que saia do caso concreto e se dirija para reencontrar seu significado no sistema organizado por princípios, regras e valores (CALIENDO, 2009, p. 351).

É justamente essa a direção que deve orientar a decisão quanto aos efeitos diante da declaração de inconstitucionalidade. Quer dizer, frente as opções que se mostram ao intérprete, deve-se aderir àquela em que os conceitos de segurança jurídica e excepcional interesse social estejam mais consentâneos com a “[...] fundamentalidade normativa-axiológica” dos direitos fundamentais que “[...] governam a Constituição” (ÁVILA, 2009; CALIENDO, 2009, p. 270).

Assim, nota-se que a aplicação da modulação exige uma justificativa que envolve a identificação de quais direitos fundamentais conflitantes fundamentam a invalidação ou a manutenção dos efeitos da lei inconstitucional. Pressupõe, portanto,

“[...] a identificação das razões que levam o intérprete a atribuir maior peso a uma ou outra norma” (ÁVILA, 2009, p. 74).

A fim de saber se a interpretação está respeitando essa ponderação justa e leal dos direitos fundamentais própria à democracia constitucional, é preciso possibilitar um desenho do que se entende por segurança jurídica e excepcional interesse social, averiguando que elementos integram o núcleo desses conceitos e que fundamentos devem ser utilizados para a concretização deles. Assim, no próximo tópico, será analisada a primeira expressão, isto é, a segurança jurídica, aproveitando para investigar de que forma ela se relaciona com o direito tributário, haja vista as intenções da presente pesquisa.

### 3.6 RAZÕES DE SEGURANÇA JURÍDICA E AS PECULIARIDADES DO DIREITO TRIBUTÁRIO

Como argumenta Alvim (2021, p. 41) à “[...] segurança tem-se dado importância extrema no mundo de hoje, justamente como reação à profunda insegurança em que vivemos”. Assim, com o intuito de analisar o que é segurança jurídica, é oportuno partir do seu contravalor – a insegurança, que assumiu um nível nunca alcançado como na atual sociedade informacional, com o crescimento da complexidade das relações a partir dos avanços tecnológicos (ÁVILA, 2021; ALVIM, 2021, p. 41).

Apesar do muito que se possa discutir sobre as causas dessa insegurança, aponta-se, entre uma das principais razões, o excesso de informação. Se, por um lado, notou-se um aumento da compreensão sobre o mundo e da previsibilidade sobre o futuro, por outro, gerou-se incerteza, tornando mais difícil analisar tudo aquilo que precisa ser previamente considerado antes de uma tomada de decisão. Muita informação, paradoxalmente, gera desinformação (ÁVILA, 2021; ALVIM, 2021).

Nessa sociedade informacional há uma pluralidade de interesses e, como já mencionado, eles podem ser colidentes (consumidores-empresários, conservadores-liberais, cidadãos-Estado etc.), buscando, cada um deles, amparo nas normas jurídicas. Isto acaba por repercutir numa inflação legislativa, com a formação de normas quantitativa e qualitativamente mais complexas (ÁVILA, 2021).

Nessa sociedade plural, na qual tudo precisa ser produzido rapidamente, inclusive, a edição das leis e as decisões judiciais, o excesso de regramento e a preocupação em assegurar direitos ocasiona um problema central – que é saber exatamente o que é o direito. Trata-se do já mencionado paradoxo – excesso de

informação gera desinformação, ou ainda, atualizando o sentido, o excesso de preocupação com a segurança jurídica, tentando fazer com que o direito dê conta de tudo, acaba por ocasionar a insegurança (ÁVILA, 2021).

O jurista, nesse contexto, longe “[...] de mero intérprete, transforma-se em uma espécie de detetive, tamanha a dificuldade de identificar qual é a norma aplicável”. Não à toa são perceptíveis distintas interpretações de diferentes tribunais e, ainda, de um mesmo tribunal. Nesse contexto, a lei e a sua interpretação tornam-se oscilantes, instáveis (ÁVILA, 2021, p. 63).

Esse excesso de leis e essa instabilidade são problemáticos, porque o cidadão, em geral, e o contribuinte, em particular, baseiam suas liberdades de escolhas, suas ações, inações e planejamentos justamente nas normas, no direito. Contudo, para que eles possam fazer isso de maneira adequada, primeiro precisam identificar que regra é válida em meio à poluição legislativa e sua interpretação pelos tribunais. Todavia, a tarefa não se encerra aí, pois, após identificar a norma adequada, o indivíduo precisa saber se a regra válida é confiável e se continuará válida e efetivamente aplicável ao seu caso. Por fim, após aferir sobre sua validade e efetividade, ele precisa ter a possibilidade de calcular como o direito será futuramente decidido (ÁVILA, 2021).

Isto é importante porque as leis e a sua interpretação criam uma expectativa para o destinatário. Trata-se, aqui, da aplicação do princípio da boa-fé objetiva exigível ao Estado, boa-fé que não se pauta em intenções ou motivos, mas em atuação coerente, harmônica, não contraditória, não abusiva. Refere-se, portanto, a uma atuação estatal que gere confiança e sirva como pauta de conduta<sup>40</sup>, para que o jurisdicionado se organize e se planeje, por confiar na sua vinculatividade, permanência e previsibilidade (ou calculabilidade). Assim, para que haja segurança jurídica, é preciso que o direito seja cognoscível (inteligível, claro), confiável e calculável (ÁVILA, 2021; ALVIM, 2021). Como ressalta Alvim (2021, p. 45) o “[...] fato de o homem poder viver segundo regras preestabelecidas e por ele conhecidas pode ser considerado uma conquista da civilização”. Sem esse mínimo de segurança, não há direito, apenas caos.

Nesse contexto, nota-se que, para haver segurança jurídica, é necessária a concretização de seus elementos, razão pela qual se mostra importante esclarecer

---

<sup>40</sup> “A pauta de conduta do jurisdicionado nasce de uma combinação entre esses três elementos”: “lei, doutrina e jurisprudência”. Trata-se da “lei interpretada pelos tribunais, de acordo com a doutrina” (ALVIM, 2021, p. 21).

minimamente o sentido e alcance de cada um deles. Assim, ao se exigir que o direito seja cognoscível, a fim de proporcionar segurança jurídica, o que se está buscando é uma precisão relativa e uma capacidade de compreensão sobre os possíveis sentidos da norma. A segurança jurídica não significa entendimento exato, nem univocidade. Trata-se, então, de certeza relativa do direito, por meio de sua cognoscibilidade. Este termo é amplo e abrange tanto os aspectos relacionados à acessibilidade da norma (como publicação ou intimação), quanto à sua inteligibilidade (ÁVILA, 2021).

Já ao dizer que o direito deve ser confiável para propiciar segurança jurídica, o que está sendo enfrentado é o direito com vistas ao passado, colocando-o como um sistema protetor de expectativas. Isto não implica entender a segurança jurídica como um ideal de imutabilidade de normas, visto que isto poderia causar estagnação do direito, o que é indesejável, já que a sociedade é um organismo vivo, em contínua e lenta mudança. O que se pretende é a realização de um ideal de confiabilidade, que permita mudanças suaves, realizadas com estabilidade, evitando-se, portanto, alterações repentinas e frequentes. É justamente nesse ponto que vai residir uma óbvia dificuldade, porque é preciso conciliar a necessidade de adaptação da norma às alterações sociais com a necessidade de estabilidade do direito, tratando-se, portanto, de um “delicado equilíbrio” (ÁVILA, 2021; ALVIM, 2021, p. 43).

Ao afirmar que o direito deve ser calculável para promover a segurança jurídica, o direito está sendo encarado quanto à eficácia futura. Isto não significa sustentar uma capacidade de prever hoje com exatidão o direito de amanhã, “[...] antecipando o conteúdo da decisão futura que irá qualificar juridicamente o ato hoje praticado”. A segurança jurídica nessa esfera centra-se na calculabilidade, quer dizer, na capacidade de o indivíduo antever relativamente bem os limites da intervenção estatal na sua esfera particular, antecipando, também, o campo de discricionariedade estatal. Frisa-se que essa calculabilidade deve ser em grau considerável (ÁVILA, 2021, p. 143; ALVIM, 2021).

Assim, pode-se concluir que a segurança jurídica, por mais que o termo leve a se pensar o contrário, não se mede por valores absolutos, o que faz sentido diante da atual configuração social, atravessada por excesso de informação e valores plurais. Nesse contexto, em lugar de certeza e univocidade, a fim de se promover a segurança jurídica, se prefere a cognoscibilidade; em lugar da imutabilidade, é preferível a confiabilidade; e, por fim, em lugar da previsibilidade, é mais aconselhada a calculabilidade (ÁVILA, 2021).

Abandona-se, assim, uma lógica dual do tudo ou nada, em que a segurança jurídica se atrela à certeza jurídica, fundada num “[...] ideal de determinação absoluta do conteúdo das normas jurídicas”, ou recai na incerteza, no seu contravalor. É mais efetivo, diante da sociedade complexa atual, que se busque uma previsibilidade relativa (ou calculabilidade) para os cidadãos, em geral, e para os contribuintes, em particular (ÁVILA, 2021, p. 88).

Por este motivo, para fundamentar uma decisão com base na segurança jurídica, não é preciso buscar um ideal de “previsibilidade total” das normas jurídicas. Todavia, é necessário que seus vários aspectos (cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade) possuam um mínimo de efetividade e sejam, conjuntamente, “[...] mais promovidos do que restringidos” (ÁVILA, 2021, p. 88-93).

Assim, em lugar de se entender a segurança jurídica como fato, como uma realidade passível de constatação, como capacidade de previsão exata do que poderá acontecer no plano concreto, analisa-se a segurança jurídica como “[...] um estado de fato mais ou menos atingível”, melhor explicando, “[...] como dever geral de observância de um conjunto de regras para um campo normativo determinado” (ÁVILA, 2021, p. 135).

Essas considerações são ainda mais relevantes quando se adentra no campo do direito tributário, por conta de suas particularidades de índole oneratória e coercitiva. Como a constatar, a própria história da tributação já é atravessada por um movimento dialético: de um lado, o Poder estatal procurando legitimar a coerção em prol de obtenção de financiamento de suas atividades por meio de recursos privados e, de outro, o contribuinte num processo de resistência não apenas à instituição de novos tributos, mas também à própria carga fiscal já existente (CALIENDO, 2009).

Essa dialética se mantém, apesar da evolução<sup>41</sup> da finalidade do tributo, que de meio para aumentar as riquezas do soberano, passou para meio de financiamento estatal para custear as políticas públicas e os direitos fundamentais<sup>42</sup>. Isto porque, ao

---

<sup>41</sup>Ressalta-se que quando se menciona processo evolutivo, não se quer dizer que se trata de um movimento linear e, nem mesmo, que as conquistas efetuadas não possam ser perdidas (CALIENDO, 2009). Ao se considerar os direitos fundamentais e suas várias dimensões, é preciso perceber seu cunho dialético e dinâmico, atravessado por avanços, contradições e retrocessos (SARLET, 2015).

<sup>42</sup>Frisa-se que, mesmo os direitos fundamentais “negativos”, chamados por Sarlet de direitos de defesa, exigem uma ação estatal para proteção das liberdades, o que é realizado por vários meios, tais como o Judiciário, o Ministério Público, o Executivo etc. Desse modo, também esses direitos possuem um custo. Indo além, para Sarlet, os direitos fundamentais, em geral, possuem dupla função (negativa e positiva): “um direito de defesa (negativo) pode ter uma dimensão positiva correlata, assim como aos direitos prestacionais (positivos) corresponde uma dimensão negativa” (CALIENDO, 2009; SARLET, 2015, n.p.).

contrário do que ocorre no direito privado, campo no qual impera a autonomia privada e as autorrestrições ao patrimônio e à liberdade, no direito tributário, as limitações aos direitos fundamentais vêm de outra instância, do Estado, configurando-se, portanto, como heterorrestrição (CALIENDO, 2009; ÁVILA, 2021).

Nota-se, então, que graças à índole coercitiva e oneratória do tributo, os direitos fundamentais de liberdade, propriedade, igualdade, dignidade, entre outros, são atingidos, requerendo, portanto, particular proteção do princípio da segurança jurídica. É por isso que existem tantas limitações ao Poder de tributar<sup>43</sup>. Observe-se a importância do princípio anterioridade (art. 150, III, 'b', CF/88), da legalidade (art. 150, I, CF/88), da irretroatividade (art. 150, III, 'a', CF/88), para citar alguns, no que concerne à proteção ao contribuinte, estando todos estes princípios ligados à segurança jurídica (ÁVILA, 2021; ALVIM, 2021; BRASIL, 1988).

Trata-se, portanto, de área do direito em que o Poder Judiciário deveria ter menor margem de manobra, configurando-se, como afirma Alvim (2021), num ambiente decisório rígido e, portanto, alterável por meio do Poder Legislativo, e não do Judiciário (ALVIM, 2021)<sup>44</sup>. Nesse contexto, o controle de constitucionalidade e eventual modulação de efeitos pode se apresentar como uma faca de dois gumes, tanto promovendo quanto violando o princípio da segurança jurídica, haja vista suas várias dimensões (ÁVILA, 2021).

Explicando melhor, em eventual declaração de inconstitucionalidade de norma, se aplicada a tese da nulidade, retirar-se-ia do ordenamento jurídico a norma incompatível com a Constituição *ab initio*. Nesse caso, estar-se-ia tutelando a segurança jurídica futura, pois o Judiciário estaria emitindo a mensagem de que lei

---

<sup>43</sup>A segurança jurídica se configura como tema complexo, possuindo várias dimensões. Apesar das discussões a respeito do seu sentido, fundamento e eficácia, é uma preferência normativa da própria Constituição de 1988, aparecendo direta ou indiretamente em diversos dos seus dispositivos. Trata-se de ideal particularmente acentuado no direito tributário, externado por meio de garantias ao contribuinte e de limitações ao exercício do Poder. Apresenta-se, ainda, como um dos pilares do próprio Estado Democrático de Direito (art. 1º, CF/88) (ÁVILA, 2021; ÁVILA, 2009).

<sup>44</sup>Alvim (2021) entende que o Poder Judiciário pode ser protagonista na evolução do direito, mas que existiriam alguns limites a esse poder criativo. Nesse contexto, o Judiciário não poderia inovar: (i) por simples mudança de composição da Corte; (ii) por mera mudança de opinião dos mesmos julgadores; (iii) em ambientes decisórios rígidos. Por outro lado, o Judiciário poderia inovar: (i) para corrigir erros; (ii) por ter havido mudança de elementos do sistema, como revogação de lei; (iii) por necessidade de que o direito se adapte às mudanças sociais. Nesse caso, além de considerar que a sociedade muda lentamente, tal qual um organismo vivo, essa inovação só seria bem-vinda em ambientes decisórios flexíveis. Estes ambientes referem-se àquelas áreas do direito relacionadas a padrões morais, que se refletem nos costumes sociais e nas noções de "certo" ou "errado", a exemplo do direito de família. Nesses casos, a segurança jurídica continua sendo relevante, mas o "acerto" da decisão relativo àquilo que a sociedade necessita pode pesar mais.



inconstitucional não deve ter efeitos. Com isto, evitar-se-ia o incentivo à produção de novas leis inconstitucionais, em especial, aquelas instituidoras de tributos ilegítimos (ÁVILA, 2009; ÁVILA, 2021).

Todavia, poder-se-ia estar violando a confiança legítima dos cidadãos que pautaram sua conduta na norma invalidada. Lembrando que a lei, ao ser editada, tem presunção de validade e, conseqüentemente, seu comando deve ser cumprido e seus efeitos produzidos. Em outras palavras, estaria em risco, nessa situação, a face subjetiva da segurança jurídica – a proteção da confiança (ÁVILA, 2009; ÁVILA, 2021).

Em eventual possibilidade de modulação de efeitos (*ex nunc* ou *pro futuro*) da decisão de inconstitucionalidade, estar-se-ia tutelando a segurança jurídica do passado, ou seja, as relações jurídicas que se consolidaram sob o manto da norma posteriormente invalidada. Nesse caso, a confiança legítima do jurisdicionado poderia estar sendo preservada, mas talvez se gerasse um problema de segurança jurídica quanto ao presente e ao futuro (ÁVILA, 2009; ÁVILA, 2021).

O problema que causaria no presente seria em relação à falta de clareza para o cidadão sobre as normas que, de fato, devem ser seguidas, já que uma norma que invadiu de forma ilegítima o sistema jurídico também teve seus efeitos preservados. O problema quanto ao futuro seria a insegurança quanto a calculabilidade do direito, pela mesma razão. Além disso, a modulação de efeitos poderia acabar servindo de incentivo à produção de leis inconstitucionais, ficando o Poder Legislativo “[...] tentado a financiar receitas públicas com tributos inconstitucionais”, haja vista a “[...] ausência de consequências negativas atribuídas pelo Poder Judiciário à violação da Constituição” (ÁVILA, 2021, p. 181).

Portanto, é importante observar que a aplicação da segurança jurídica num determinado período pode vir a significar a sua restrição em outro período. Assim, fracionar passado, presente e futuro, em lugar de se perceber a dimensão temporal de forma global, pode também implicar em insegurança jurídica. Em outras palavras, é preciso ponderar a segurança jurídica (se for o caso, em sua feição subjetiva) com “[...] a norma que justifica a declaração de inconstitucionalidade” *ab initio*, verificando-se que lado da balança pesa mais a favor dos direitos fundamentais (ÁVILA, 2009, p. 151; ÁVILA, 2021).

Por fim, uma questão relevante é saber se o Estado também deve ser beneficiário da segurança jurídica. Nesse caso, depende da perspectiva em que se analisa esse princípio. Se for a partir de uma perspectiva objetiva, a resposta é

afirmativa. Afinal, a cognoscibilidade, a confiabilidade e a calculabilidade das normas também são essenciais para o funcionamento do Estado (ÁVILA, 2021).

Mas se a perspectiva analisada for a subjetiva, observa-se, nesse caso, sérios obstáculos. Isto porque a eficácia subjetiva, como proteção à confiança, é construída sob afluência dos direitos fundamentais, e não propriamente visando a proteção ao princípio do Estado de Direito. Cabe salientar que os direitos fundamentais, em sua feição protetiva, estão postos pelo ordenamento em favor do cidadão, e não do ente estatal. Afinal, o Estado é uma instituição objetiva, não um ser humano detentor de direitos fundamentais, como liberdade ou dignidade humana (ÁVILA, 2021).

Além disso, ressalta-se que o Estado é justamente o ente que exerce competência e poder, sendo o editor e não o destinatário das normas. Nesse caso, se o Estado pudesse invocar a segurança jurídica para manter as situações que a norma constitucional gerou em seu benefício, estar-se-ia permitindo que o editor do ato inválido lograsse proveito por meio dele (ÁVILA, 2009; ÁVILA, 2021). Conforme ressalta Ávila (2009, p. 155):

[...] seria incongruente com os ditames da boa-fé (objetiva, salienta-se), a mais não poder, a solução que permitisse ao Estado usar (no caso, abusar) do poder de legislar em desrespeito à Constituição – ou seja, *inconstitucionalissimamente* –, e, como prêmio, ainda dispor da possibilidade de ver mantido o proveito que tenha logrado em virtude da lei inconstitucional, muito especialmente se esse proveito se dá em detrimento dos direitos individuais (ÁVILA, 2009, p. 155, grifo do autor).

Assim, não pode o Estado basear-se na “[...] proteção da confiança para tornar intangíveis determinados efeitos passados sob o argumento de que teria atuado confiando na permanência da norma posteriormente declarada inconstitucional”, não apenas porque o próprio Estado editou a lei e a declarou inconstitucional, mas também porque a proteção à confiança é reconstruída “[...] com base nos direitos fundamentais de liberdade e propriedade”, referindo-se, portanto, a direitos dos cidadãos (ÁVILA, 2021, p. 174).

Frisa-se, por fim, que se o princípio da proteção à confiança tem forte índole protetiva aos direitos fundamentais, ela é ainda mais relevante no âmbito do direito tributário, visto ser campo jurídico no qual os direitos e garantias constitucionais se impõem, ainda mais fortemente, como limites ao exercício do Poder estatal (legalidade, anterioridade etc.) (ÁVILA, 2021).

Esclarecidos os pontos essenciais sobre as peculiaridades do direito tributário e sobre o conceito de segurança jurídica, delimitando este último com intenção de se

reduzir a vagueza da expressão, para que ela não seja utilizada como ferramenta moldável às conveniências de ocasião, passa-se agora à discussão em torno do excepcional interesse social, pelo mesmo motivo. Diante da necessidade de estabelecer os contornos dessa expressão, será preciso investigar, também, o que é interesse público e consequencialismo – teoria cada vez mais utilizada a favor do suposto equilíbrio financeiro do Estado.

### 3.7 EXCEPCIONAL INTERESSE SOCIAL, INTERESSE PÚBLICO E CONSEQUENCIALISMO

A expressão excepcional interesse social padece de mal similar ao da expressão segurança jurídica, haja vista sua abrangência e indeterminação (SEVERINO, 2022). O risco, como já se pontuou, é que sua abstração é ampla o suficiente para que se faça com ela aquilo que for conveniente para uma decisão. Apesar disso, o esforço de impor algumas balizas ou critérios para esse conceito parece ter sido menos significativo do que o empreendido no caso da segurança jurídica. Como comenta Andrade (2011, p. 291), trata-se de requisito material ainda mais ambíguo que seu antecessor “[...] e a doutrina não tem se dedicado a densificar o seu conteúdo de modo a esclarecê-lo”.

A falta de balizas claras para a aplicação desse requisito coloca em risco a própria segurança jurídica, pois pode tornar “[...] o preenchimento do conceito um processo cujo resultado é ‘imprevisível’”, o que contrasta de forma evidente com a necessidade de previsibilidade, ainda que relativa, para a tutela da ordem jurídica, o que pode redundar em decisões arbitrárias e abusivas (ÁVILA, 2009, p. 166; ANDRADE, 2011).

A primeira tentativa de delimitação do conceito de excepcional interesse social está, muitas vezes, ligada àquilo que ele não é, ou seja, sinônimo de interesse público. Não é difícil perceber que se houvesse uma total correspondência entre esses conceitos, isto poderia implicar que “[...] qualquer direito fundamental individual poderia ser afastado por meio de uma modulação de efeitos em que se invocasse um interesse público qualquer, rotulado como ‘excepcional’” (FERNANDES, 2018, p. 180). Quer dizer, bastaria que o Estado afirmasse que tal afastamento beneficiaria a coletividade, que a modulação estaria justificada, deixando, convenientemente, de mencionar que ele próprio se beneficiaria das leis inconstitucionais que editou (ABBOUD, 2021).

Isto ocorre porque o interesse público tem uma face instrumental, a fim de alcançar sua finalidade precípua, que é o bem-estar social alicerçado no art. 3º da Constituição de Federal 1988. Ou seja, o Estado deve promover a segurança e o bem-estar social como um todo, erradicar a pobreza, construir uma sociedade justa, livre, solidária etc., mas, para isto, ele se organiza enquanto pessoa jurídica gestora de seu equilíbrio financeiro, o que significa redução de despesas e maximização de receitas (BARROSO, 2022; TESSARI, 2022).

Quer dizer, para o Estado custear as despesas referentes à sua finalidade precípua, ele precisa de meios adequados. A questão é que, em favor da manutenção de suas questões orçamentárias, suas ações nem sempre vão coincidir com o interesse social, sobretudo, se o ente estatal perder de vista que sua função secundária deve servir à primária e não o contrário. Como bem ressalta Tessari (2022), é justamente pelo caráter instrumental do interesse público secundário que o Estado não pode ofender interesse público primário, quer dizer, na ânsia de arrecadar mais, não pode o Estado privilegiar o instrumental em detrimento de sua finalidade principal.

Assim, fica clara uma primeira delimitação em torno do conceito de excepcional interesse social – este não coincide com o interesse público, que possui uma dupla face, e, aliás, pode, até mesmo, divergir completamente dele. Isto porque o interesse público liga-se à concepção de Estado-administrador. Por isto, o ente irá se preocupar com questões pragmáticas como seu equilíbrio financeiro (art. 201, CF/88) e se norteará através dos princípios da boa administração pública: legalidade, moralidade, publicidade, eficiência, impessoalidade (art. 37, CF/88) (TESSARI, 2022).

Então, o interesse público sempre irá possuir – subjacente, dissimulado, oculto – interesse do Estado, que se organizará em torno de princípios da boa administração pública. Já os interesses sociais se apoiam nos direitos fundamentais sociais, cuja titularidade é, em última instância, individual, visto que são direitos que se consolidam “[...] na concretude da experiência de cada indivíduo” (TESSARI, 2022; CALIENDO, 2009, p. 267).

Nesse contexto, é interessante se questionar por que, frequentemente, a expressão interesse social é utilizada como sinônimo de interesse público. Uma das razões é que, no interesse público, como já se mencionou, existe uma preocupação em atingir o interesse primário, quer dizer, atuar em favor da sociedade. Com isto, logo se supõe que uma expressão corresponda à outra. Contudo, como já se

demonstrou, diferentemente do interesse social, o interesse público sempre vai considerar implicitamente o interesse do Estado-administrador (a vontade do príncipe)<sup>45</sup>. Em outras palavras, as questões orçamentárias sempre vão se fazer presentes.

Ademais, é preciso reconhecer que a própria expressão escolhida pelo legislador não foi das mais afortunadas. O termo “interesse”, quando analisado sozinho, pressupõe certa dimensão de utilidade. Trata-se de um proveito que se deseja atingir e, como tal, pode ser facilmente negociável a partir de outros interesses e sua importância se condiciona à proporção de sua utilidade. Quando os interesses, ou talvez se possa utilizar aqui o termo direitos, se resumem à sua utilidade, eles ganham conotação de mercadoria, passam a ser negociáveis, porque não são um valor em si mesmo<sup>46</sup>. O que ameniza o impacto da expressão é o termo social, que, pelo menos, afasta um pouco certo apelo individualista, já que um interesse social, pelo menos, parece levar o intérprete a uma preocupação com uma esfera de proteção coletiva, mas ainda é um termo bastante vago.

Ávila (2009), inclusive, o considera como um requisito material inconstitucional da modulação, justamente porque possui esse campo de ambiguidade, que causa incerteza sobre o espectro da decisão judicial, abalando a segurança jurídica. Como prudentemente ressalta a autora:

[...] se essa expressão contrasta com a segurança jurídica, contrasta também com o próprio princípio do Estado de Direito, ao qual a segurança serve de suporte. A conclusão parece lógica e insofismável, razão por que há de levar a sério o argumento no sentido de que a utilização do art. 27, esteada no excepcional interesse social, é inconstitucional por desconformidade aos princípios fundamentais da Constituição (ÁVILA, 2009, p. 166).

---

<sup>45</sup>Como comenta Caliendo (2009, p. 108, grifo do autor): “Historicamente a luta contra a opressão fiscal tem sido uma luta pela ampliação da cidadania e das liberdades, e o direito tributário tem sido visto *ex parte populus* como uma forma de redução do arbítrio no poder de tributar ou como *ex parte principis* como uma forma de custear o Estado vigente”. No presente trabalho, seguindo linha do autor, adota-se “uma perspectiva *ex parte populus* em oposição à visão *ex parte principis*, ou seja, no conflito entre a ordem e a luta por liberdade iremos procurar conciliar ordem e liberdade com prevalência para este último valor”. Lembrando que, “a história do direito tributário é a história da luta contra a opressão fiscal e pela restrição ao poder do Estado de cobrar tributos sem limites e sem explicações para as suas despesas”.

<sup>46</sup>O utilitarismo se tornou uma doutrina de filosofia moral, predominante nos países de tradição anglo-saxônica, especialmente com o intuito de contrapor-se à teoria dos direitos naturais ou inatos defendidos pela Revolução Francesa e pela Independência Norte-Americana. Posteriormente, houve uma ampliação de sua utilização pela teoria econômica, como uma ferramenta de análise do comportamento dos agentes econômicos racionais que calculam uma decisão com base no resultado entre as vantagens (prazer) e desvantagens (desprazer) de determinada conduta (CALIENDO, 2009, p. 44).

De fato, os três elementos da segurança jurídica, nesse âmbito, parecem ser fortemente abalados. A cognoscibilidade porque o nível de vagueza do termo é, de fato, enorme, o que o torna difícil de definir; a confiabilidade porque nunca se tem a certeza do que o juiz vai interpretar como sendo interesse social; e a calculabilidade porque, diante da indeterminação, torna-se difícil calcular o direito futuro.

Todavia, atribuir inconstitucionalidade devido à vagueza terminológica da expressão parece ser algo problemático. Afinal, qual seria o limite disso? Como bem coloca Abboud (2021, p. 1), provavelmente, “[...] teríamos que considerar inconstitucional a modulação de efeitos fundada na preservação da boa-fé objetiva, confiança legítima e até mesmo na segurança jurídica”. Então, em lugar de considerar a expressão inconstitucional, julga-se “[...] mais adequado interpretá-lo conforme a Constituição a fim de corroborar a utilização da modulação de efeitos como instrumento para preservação de direitos fundamentais do cidadão” (ABBOUD, 2021, p. 1). Os direitos fundamentais, por sua vez, como ressalta Caliendo (2009, p. 273-274):

[...] devem ser protegidos não porque são úteis, mas porque possuem um valor em si. A vida não deve ser protegida porque é útil para alguém, alguns ou para a maioria, mas porque possui um valor em si. A arte não é arte porque é útil para as vendas, para as emoções ou para o prazer, mas porque é uma manifestação sobre o sublime da condição humana (CALIENDO, 2009, p. 273-274).

Assim, fica claro que, apesar das dificuldades relativas à nomenclatura, “[...] os interesses sociais e os públicos têm objetivos distintos, têm traços próprios e não se reduzem um ao outro”. A própria Constituição irá organizá-los em lugares diferentes, concedendo “[...] capítulo específico aos direitos sociais (arts. 6º a 11) e à ordem social (arts. 193 a 232), diferentemente dos direitos e obrigações da organização do Estado, enquanto ente público (arts. 18 a 43)” (TESSARI, 2022, p. 240).

Então, quando o Estado alega interesse social e supostas consequências ao Erário para justificar a modulação de efeitos, está agindo, na verdade, com base no interesse público. Assim, sob a alcunha de interesse social, o interesse público tenta apoderar-se de um espaço que não é seu, o que jamais deve acontecer. “Eis a razão para que a excepcionalidade seja requisito indispensável à defesa dos interesses sociais, particularmente em matéria tributária”, haja vista as limitações constitucionais ao poder de tributar e a vedação ao confisco da propriedade privada pelo ente estatal (TESSARI, 2022, p. 246).

Nesse contexto, fica claro que não cabe modulação de efeitos com base em interesse público, isto é, em defesa dos interesses do Estado-arrecadador, em posição de evidente heterorrestrrição aos direitos dos indivíduos. Ao contrário, a modulação deve servir de instrumento de proteção aos direitos fundamentais, conferindo maior amparo à sociedade civil. Apenas nessa situação, e após severo juízo de ponderação, pode-se mitigar o princípio da nulidade. Isto porque os direitos fundamentais são limites ao poder estatal (ABBOUD, 2021).

Esse posicionamento de que a modulação não pode ser aplicada para beneficiar os interesses de cunho econômico estatal desabona fundamentação consequencialista<sup>47</sup> do Estado, contexto no qual ele produz lei inconstitucional tributária e, simultaneamente, se beneficia do seu produto. Isto não quer dizer que o STF não deva se preocupar com as consequências de suas decisões, sejam elas sociais ou econômicas. O que essa preocupação não pode é ser o motivo por trás da modulação, o subterfúgio para afastamento da questão jurídico-constitucional que recairia sobre o caso. Quer dizer, dificuldades de caixa não autorizam atuação judicial contra a Constituição (ABBOUD, 2021; ALVIM, 2021). Reforçando esse posicionamento, ressalta Lisboa da Silva (2020b, p. 10) que:

[...] o argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico não pode, por si só, fundamentar uma modulação temporal de efeitos, porquanto não existem normas constitucionais que garantam que o Estado possa invocar motivos de ordem econômica para não devolver valores indevidamente arrecadados (SILVA, 2020b, p. 10).

Assim, fica claro que a aplicação de cunho econômico como critério único para a modulação contraria a própria Constituição, o que é reforçado por duas grandes problemáticas. A primeira é a dificuldade de manter uma previsibilidade ou calculabilidade das decisões, pois, como ressalta Lisboa da Silva (2020b, p. 6), “[...] a consideração das consequências fáticas de uma decisão judicial pode ser influenciada pela educação, pelo ambiente familiar e pela visão de mundo”. Assim, diferentes juízes podem avaliar as consequências práticas da decisão de forma distinta. Isto significa que estabelecer as consequências como única condição para a modulação é ter que

---

<sup>47</sup>O Pragmatismo filosófico surgiu nos Estados Unidos da América entre o final do século XIX e início do século XX, prelecionando que a averiguação das ideias e das ações seriam por meio de suas consequências, estas capazes de conceituar o seu efetivo significado, havendo um vínculo necessário e indissociável com a experiência do mundo real e as suas consequências práticas (MENEGON, 2021, p. 23). Frisa-se que o pragmatismo se aproxima da família do utilitarismo (MENEGON, 2021).

lidar com falta de confiabilidade e calculabilidade do próprio direito, ou seja, abala-se a própria segurança jurídica.

Aliás, é justamente essa arbitrariedade e pessoalidade do argumento pragmático que dificulta, até mesmo, sustentar um consequencialismo de mão dupla, isto é, que consideraria não só o lado do Fisco, mas também do contribuinte. Isto porque, se o julgador alegar que considerou todos os lados da equação, qual o grau de certeza em relação a essa afirmação? Como avaliar qual o parâmetro utilizado por ele para isto? (ABBOUD, 2021).

A segunda problemática é que, facilmente, se observa que sempre que forem implicadas, de algum modo, as finanças estatais no julgamento, os argumentos consequencialistas podem aparecer como razões da decisão. Isto abre espaço para que a aplicação da modulação de efeitos deixe o campo da excepcionalidade e passe a se tornar a regra, sobretudo, na área tributária (SILVA, 2020b).

Assim, pode-se apontar que, como toda e qualquer decisão judicial, na modulação, também se deve levar em consideração as consequências da decisão judicial, mas estas consequências não podem prescindir do direito, muito menos dos valores constitucionais. São, aliás, os princípios constitucionais que devem orientar sobre a avaliação dessas consequências e se são, de fato, pertinentes ou não. Em outros termos, o consequencialismo pode ser empregado como tese de reforço dos valores constitucionais ou como argumento cumulativo, a fim de maximizar (e não minimizar) os valores em questão. Esses argumentos só poderão ser aplicados se fluírem na mesma direção dos argumentos constitucionais (SILVA, 2020b).

A aplicação do consequencialismo como razão única da decisão desemboca na própria arbitrariedade da decisão, permitindo sua manipulação conforme os interesses do caso, porque será a própria percepção de mundo do julgador que embasará a modulação, isto é, sua própria preferência pessoal e política (SILVA, 2020b). Por este motivo, como comenta Lisboa da Silva (2020b, p. 9), de forma alguma, estará o julgador:

[...] livre para decidir, baseando-se tão somente na avaliação das melhores consequências, sem qualquer compromisso com os valores constitucionais – especialmente quando as consequências desconsideram os bens jurídicos neles tutelados, como são os direitos dos contribuintes em face da modulação em matéria tributária (SILVA, 2020b).

Por fim, frisa-se que a consequência da decisão não se configura como requisito da modulação de efeitos. Para aplicar este instituto, o STF deve ponderar



valores constitucionais – de um lado, a segurança jurídica ou outro valor constitucional sob a forma de excepcional interesse social; e, de outro lado, as razões que levaram à inconstitucionalidade da lei. O consequencialismo da decisão, sem ter existido essa ponderação entre valores constitucionais, é um desrespeito à própria supremacia constitucional.

#### 4 MODULAÇÃO DE EFEITOS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Sabe-se que o instituto da modulação de efeitos era aplicado pelo STF, mesmo antes da edição das Leis nº 9.868/1999 e nº 9.882/1999. A razão da modulação não é o permissivo legal, ainda que ele tenha sido importante para consolidar o instituto, mas é a proteção aos próprios valores abrigados pela Constituição Federal de 1988. Todavia, além de se observar, à época, um grande apego ao dogma da nulidade, ao ponto de se sobressaírem vozes isoladas, como a do ministro Leitão de Abreu, não se conseguia entrever qualquer tipo de padrão na modulação, nem quanto à fundamentação, nem quanto aos seus limites. Levando isso em consideração, passar-se-á a analisar, agora, se a legislação, ao estabelecer alguns requisitos de ordem material e formal, conseguiu proporcionar padrões mais definidos à jurisprudência da Corte.

Como já foi colocado anteriormente, antes da edição legislativa não havia *quorum* mínimo a ser respeitado, tanto que se chegou a observar modulação realizada por Turma do STF, em lugar do Pleno. As Leis nº 9.868/1999 e nº 9.882/1999, entretanto, passaram a prever, no controle abstrato, como requisito formal, *quorum* qualificado, mais difícil de ser atingindo. A questão é saber se, no âmbito tributário, esse *quorum* mais rigoroso também tem sido aplicado no controle concreto.

A amostra de casos, que perdurou após a filtragem, pareceu insuficiente para se chegar a uma análise definitiva a respeito. Foram selecionadas 43 ações para auxiliar na discussão. A maior parte obedecia aos critérios para o presente trabalho, isto é, houve modulação (ou proposta) em controle de constitucionalidade no âmbito tributário. Contudo, algumas delas fugiram desse contorno estrito, mas foram mantidas por sua relevância didática, que ensejou reflexão sobre algum ponto abordado, ou porque possuíam relação com uma das ações em que houve a modulação de efeitos. Desses julgados, apenas cinco eram ações do controle concreto.

Isto vem corroborar a teoria apresentada, isto é, de que a ampliação de legitimados para as ações do controle abstrato, de fato, tem tirado certo protagonismo do RE. Afinal, é mais efetivo atacar a lei inconstitucional de forma direta, retirando-a do ordenamento jurídico e evitando que ela seja aplicada em outras situações, do que atacar a lei em caráter incidental. Assim, ainda que se perceba certa “objetivação” do controle concreto, com a instituição da Repercussão Geral, a afirmação se mantém.

Aliás, somada à ampliação de legitimados, a própria Repercussão Geral deve ser elencada como outra razão para o número reduzido de casos de RE no levantamento realizado, já que esta passou a filtrar criteriosamente os casos do controle concreto, deixando ao Pleno a análise dos temas mais relevantes.

Todavia, se não se pode chegar a uma análise definitiva sobre qual o *quorum* necessário. De fato, no caso do RE, em especial no direito tributário, pode-se afirmar que, dos cinco julgados analisados (RE nº 669.196 ED/DF, RE nº 714.139/SC, RE nº 851.108/SP, RE nº 1.287.019/DF, RE nº 1.331.245 ED/SP), todos obedeceram ao proposto no art. 27 da Lei nº 9.868/1999. Diante desses casos, pode-se destacar o voto do ministro Dias Toffoli, no RE nº 1.331.245/SP, contexto no qual ele menciona claramente a necessidade de *quorum* diferenciado para a modulação no RE: “Afetei o julgamento do presente recurso ao Tribunal Pleno em razão da necessidade de *maioria qualificada* para se modularem os efeitos de decisão em que se declara a inconstitucionalidade de lei”. Nos demais casos, não se mencionou claramente a exigência de *quorum* qualificado, mas foi obedecido, como já mencionado, o *quorum* de dois terços (BRASIL, 2020e; 2021j; 2021k; 2021l; 2021m, p. 14, grifo nosso).

Entretanto, pode-se dizer, também, que, nesses casos em que houve modulação por maioria qualificada, ou mesmo unanimidade de votos, como no RE nº 1.331.245 ED/SP<sup>48</sup>, falou-se menos do que num único caso em que esse *quorum* se mostrou um problema. Se o *quorum* não é uma questão no julgamento, a discussão em torno da possibilidade de se modular com maioria absoluta acaba nem sendo levantada. Como se viu anteriormente, no RE nº 638.115 ED-ED/CE, dois ministros haviam declarado suspeição, dificultando a modulação nos termos do art. 27 da Lei nº 9.868/1999. Nesse caso, em especial, o Pleno decidiu modular com base na maioria absoluta. Como não existe dispositivo que trata diretamente do *quorum* mínimo para a modulação no controle de constitucionalidade concreto, ele parece suscetível à discussão e, talvez, corra o risco de acabar se moldando às necessidades do julgamento (BRASIL, 2021m; 2015c)<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup>Cabe ressaltar que, na composição da Corte, já havia assumido o cargo o sucessor do ministro Marco Aurélio, que é o ministro André Mendonça.

<sup>49</sup>Conforme disse o ministro Alexandre de Moraes, no debate do RE nº 638.115 ED-ED/CE: Vossa Excelência propôs, anteriormente, questão mais ampla: se, nos recursos extraordinários, é possível maioria absoluta - seis votos. Apesar de essa questão não ter regulamentação maior, entendo que é possível, Presidente, porque não há previsão expressa de modulação, para recurso extraordinário, de maioria qualificada de dois terços, como há para súmula vinculante, como há para controle concentrado (BRASIL, 2015c, p. 38).

Essa discussão em torno do *quorum* mínimo, isto é, se o número de votos vier, eventualmente, a se tornar um problema no julgado, ainda pode ser contornada. Observa-se a aplicação, pela Corte, de um procedimento que pode vir a interferir no *quorum* para modulação. Nota-se a alusão ao procedimento de suspensão que ocorreu no RE nº 714.139/SC, tema nº 745<sup>50</sup>. Nesse caso, após a decisão sobre o mérito, com a declaração de inconstitucionalidade da norma, o julgamento foi suspenso para a colheita posterior dos votos referentes apenas à proposta de modulação. Esse procedimento concede mais tempo para se maturar a análise com relação aos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, bem como fortalecer os argumentos contrários e a favor da modulação, ainda que, no presente RE, tenha acabado servindo principalmente à mudança da proposta original de modulação, como se verá mais à frente (BRASIL, 2021j).

A suspensão acaba encontrando respaldo dentro da ideia de processo bifásico, ainda que não seja totalmente incontroversa. Foi, inclusive, causa para um dos fundamentos utilizados pela parte recorrente requerer nulidade da modulação em embargos de declaração. A embargante argumentou que o julgamento havia finalizado com a declaração de inconstitucionalidade sem que se houvesse alcançado *quorum* suficiente para a modulação. O Tribunal rebateu que teria apenas ocorrido a suspensão do processo, para posterior decisão sobre a proposta de modulação, que teria sido acolhida com o *quorum* necessário (BRASIL, 2021j).

Nota-se que, no RE nº 714.139/SC, a ação não teria se encerrado depois da declaração de inconstitucionalidade e da realização da primeira proposta de modulação. Não se trata, então, da mesma situação ocorrida no RE nº 122.202/MG, em que se modulou efeitos relativos à decisão de inconstitucionalidade de outra ação que já havia transitado em julgado. Frisa-se que a decisão em torno da modulação depende de ter ocorrido declaração anterior de inconstitucionalidade no mesmo processo. Na suspensão há, então, apenas uma postergação do voto relativo à segunda etapa da ação (BRASIL, 1994; 2021j).

Ademais, como já se mencionou anteriormente, se houver decisão de constitucionalidade, não há o que modular, pois apenas está sendo reforçada a

---

<sup>50</sup>Fixou-se a seguinte tese: "Adotada, pelo legislador estadual, a técnica da seletividade em relação ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, discrepam do figurino constitucional alíquotas sobre as operações de energia elétrica e serviços de telecomunicação em patamar superior ao das operações em geral, considerada a essencialidade dos bens e serviços" (BRASIL, 2021j, p. 5).

constitucionalidade de lei produzida pelo Parlamento e, portanto, a norma continuará vigente. Se houver decisão de inconstitucionalidade sem que se tenha conseguido *quorum* suficiente para modulação e o processo transitar em julgado, deve ser mantida a regra da retroatividade, a exemplo do que houve na ADI nº 3.779/PA, na ADI nº 4.985/PB e na ADI nº 5.882/SC (BRASIL, 2019c; 2019f; 2022b).

Duas dúvidas podem persistir, entretanto: uma é como interpretar o completo silêncio sobre a modulação numa ação; a outra questão, suscitada a partir do RE nº 638.115/CE, já mencionado anteriormente, e das ADIs nº 5.576/SP e nº 5.659/MG, levantadas na pesquisa dos resultados, é sobre a possibilidade de modulação quando a inconstitucionalidade declarada não for da norma em si, mas de um dos possíveis sentidos atribuídos a ela (BRASIL, 2015c; 2021f; 2021g).

A discussão iniciará a partir da segunda situação, isto é, questiona-se a possibilidade de modular os efeitos de uma decisão quando não se declarar a inconstitucionalidade da lei, mas apenas de uma forma de interpretação da norma. Sabe-se que a interpretação conforme a Constituição leva em consideração o caráter plurissignificativo do direito. Assim, em caso de haver mais de uma interpretação da lei, prefere-se aquela mais condizente com a Constituição (MENDES, 2012). Entretanto, a interpretação conforme, eventualmente, pode levar à inconstitucionalidade sem redução de texto (MENDES; BRANCO, 2021). Nesse caso, a decisão de inconstitucionalidade não levaria impreterivelmente à exclusão do dispositivo impugnado, que ainda poderia ser aplicado de uma determinada maneira (MENDES, 2012).

E o que se observou no RE nº 638.115/CE e nas ADIs nº 5.576/SP e nº 5.659/MG? Justamente a interpretação conforme que desencadeou, também, uma exclusão de sentido entendido como inconstitucional, mas sem eliminação de dispositivos legais. Apesar da manutenção dos dispositivos, aplicou-se a modulação de efeitos (BRASIL, 2015c; 2021f; 2021g). No RE, o ministro Marco Aurélio claramente critica a modulação nessa hipótese:

No caso, não há, nem sequer, discussão sobre inconstitucionalidade de ato normativo, quando se poderia cogitar de um direito posto, muito embora conflitante com a Constituição Federal. O caso não é de molde a caminhar-se para o temperamento da decisão (BRASIL, 2015c, p.72).

Esse entendimento do ministro estaria alinhado com o art. 27 da Lei nº 9.868/1999, que estabelece que a modulação seria cabível diante de

“inconstitucionalidade de lei ou ato normativo” e não da inconstitucionalidade de um dos sentidos de uma norma (BRASIL, 1999a, n.p.). Apesar disso, levando em conta os requisitos de segurança jurídica ou excepcional interesse social, é possível cogitar a modulação nessa hipótese? Em outras palavras, estando presentes os requisitos materiais diante de decisão de inconstitucionalidade de um sentido de determinado dispositivo, poder-se-ia cogitar a modulação?

Na decisão do RE nº 638.115 ED-ED/CE, a princípio, poder-se-ia especular que se trataria de um caso de modulação atípico. Afinal, modulou-se diante de decisão de inconstitucionalidade de um sentido do texto, mas sem exclusão de dispositivo. Seria um caso *sui generis* se não fosse pelo fato de que, com a decisão, alterou-se entendimento relativo às “decisões reiteradas dos tribunais”, conforme elucidou fala do ministro Ricardo Lewandowski. Assim, no referido RE, sugere-se mudança de jurisprudência reiterada, fundamentando-se a modulação na confiança legítima dos servidores que já haviam recebido determinados valores (quintos), com base em lei interpretada erroneamente por órgãos da Administração e pelo próprio Judiciário (BRASIL, 2015c, p. 53).

A semelhança entre o RE e as ADIs nº 5.576/SP e nº 5.659/MG não foi apenas aparente, pois, ao se caminhar um pouco além das Ementas dos acórdãos, notou-se que, no caso das duas ações diretas<sup>51</sup>, como ficou evidenciado no próprio julgamento, a modulação teria ocorrido devido à mudança de orientação da Corte. Conforme clarificou o ministro Roberto Barroso na ADI nº 5.576/SP, demonstra-se a “[...] necessidade de modulação dos efeitos desta decisão, considerando a modificação substancial da jurisprudência desta Corte sobre o tema e o elevado risco à segurança jurídica” (BRASIL, 2021g; 2021f, p. 14).

Todavia, essas ações, em especial o RE, por conta de sua longa discussão sobre o *quorum* mínimo para modulação, suscitaram uma possibilidade não discutida ainda no trabalho. Afinal, se a decisão do julgamento não implicar em mudança de jurisprudência reiterada e a inconstitucionalidade decidida for apenas de uma interpretação da norma, é possível cogitar a modulação? Se houver entendimento da modulação de efeitos como instituto ínsito ao próprio controle de constitucionalidade, a resposta seria afirmativa, mesmo sem norma específica a regulamentar a hipótese.

---

<sup>51</sup>A questão central das ações diretas de inconstitucionalidade estaria em discutir se seria constitucional ou não “a incidência de ICMS sobre o licenciamento e cessão do direito de uso de programas de computador (*softwares*)” (BRASIL; 2021g; 2021f, p. 14, grifo do autor).

Afinal, entende-se que as Leis nº 9.868/1999 e nº 9.882/1999 não teriam vindo autorizar a modulação, mas proporcionar certos contornos ao instituto, visto que a modulação já era aplicada pelo STF.

Passar-se-á, agora, à discussão sobre a primeira situação, visto que se inverteu a ordem das problemáticas analisadas. Isto é, será discutido o silêncio sobre a modulação numa ação do controle. Afinal, quando não se discutiu a questão da modulação nem em sede de sustentação oral, nem em Exordial, nem mesmo em embargos declaratórios, interpreta-se o silêncio da Corte como esquecimento? Frisa-se que a regra, no Brasil, continua a ser a aplicação do princípio da nulidade. Então, se nada vier a contrabalancear essa aplicação, subtende-se que os efeitos da decisão de inconstitucionalidade são retroativos. Lembrando que o princípio da nulidade, ainda que não seja absoluto, é utilizado a favor da supremacia constitucional.

Como frisou o ministro Alexandre de Moraes, na ADI nº 6.479 ED-segundos/PA, é essencial “[...] a presença de elementos excepcionais que justifiquem a retração, no tempo, dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, que de regra operam *ex tunc*” (BRASIL, 2021i, p. 13, grifo do autor). Se a regra do sistema continua a mesma, talvez fosse um excesso de zelo exigir que o STF sempre venha a se manifestar sobre tais efeitos. Por outro lado, sempre que houver modulação, ela precisa ser expressamente descrita e fundamentada.

No campo tributário, no qual, frequentemente, afeta-se aspecto financeiro tanto do contribuinte quanto do Estado, esse silêncio não parece ser uma questão reiterada e a possibilidade de modulação é levantada tanto pelas partes, inclusive, em embargos de declaração, quanto pelo próprio STF, o que não significa, obviamente, que ela será acatada. Na ADI nº 4.480 ED/DF, por exemplo, seguiu-se posicionamento conhecido do ministro Marco Aurélio, firme adepto da teoria da nulidade clássica, conforme seu voto:

Não cabe, uma vez proclamado o descompasso com a Carta da República, projetar o surgimento dos efeitos da constatação, sob pena de inobservância, sob o ângulo da higidez, da Lei Maior, como se até então não tivesse vigorado. Norma inconstitucional é natimorta (BRASIL, 2020b, p. 12).

Todavia, esse posicionamento mais tradicional, ligado às origens do controle difuso norte-americano, tem sido cada vez mais relativizado. Assim, essa perspectiva do ministro Marco Aurélio foi se mostrando cada vez mais isolada, quase tanto quanto antes era a voz do ministro Leitão de Abreu, a favor da modulação. Outro caso em

que se observou rejeição ao pedido de modulação em embargos de declaração foi na ADI nº 2.908 ED/SE. O fundamento da rejeição foi o fato de que o acatamento da modulação de efeitos nos embargos implicaria em converter, “[...] nessa parte, voto vencido em vencedor”, pois a proposta já teria sido lançada no julgamento da ação pelo ministro Dias Toffoli e não teria prosperado (BRASIL, 2019a, p. 7).

Percebe-se que as negativas em sede de embargos declaratórios não tinham qualquer relação com a ausência de requerimento da parte na Inicial. Na segunda hipótese, claro, isto nem poderia ter sido alegado, visto que já se havia discutido a modulação no julgamento da ação. Por outro lado, a modulação foi realizada justamente após interposição de embargos de declaração, nos seguintes casos: ADI nº 6.222 ED/CE, RE nº 1.331.245 ED/SP, RE nº 669.196 ED/DF, ADI nº 3.111 ED/RJ e ADI nº 6.479 ED-segundos/PA. Frisa-se que, nestes dois últimos processos, citou-se como precedente, para admitir embargos de declaração para fins de modulação, a ADI nº 3.601 ED/DF, já mencionada anteriormente no trabalho (BRASIL, 2020d; 2021m; 2020e; 2017a; 2021i; 2009).

Essa aceitação da modulação em embargos declaratórios, tanto quanto os fundamentos apontados acima para negativa da modulação, são evidências de que o STF tem relativizado a necessidade de requerimento expresso na Exordial também no direito tributário. A modulação, quando encarada sob essa ótica, configura-se como matéria de ordem pública que pode, inclusive, ser suscitada de ofício, sendo análise atrelada ao próprio controle de constitucionalidade. Na ADI nº 6.479 ED-segundos/PA, o ministro Alexandre de Moraes fala claramente sobre isso:

Nos termos do art. 27 da Lei 9.868/99, compete ao SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, decidir a respeito da modulação dos efeitos da decisão, fugindo da regra da teoria da nulidade dos atos inconstitucionais, que reza pela aplicação de efeitos *ex tunc* ao *decisium*. Assim, o dispositivo legal permite à CORTE adotar efeitos prospectivos à declaração de inconstitucionalidade, para garantia da segurança jurídica ou de excepcional interesse social. Quando assim não o faz, a jurisprudência do TRIBUNAL ainda reconhece o cabimento de embargos declaratórios para a finalidade de apurar a necessidade de modular a eficácia das decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade (ADI 3.601 ED, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJe de 15/12/2010) (BRASIL, 2021i, p. 13, grifo do autor).

Ressalta-se que o ministro foi voto vencido, defendendo a manutenção da regra da retroatividade nesse caso. Todavia, seu argumento contrário à modulação não teve relação com a falta de requerimento na Inicial, pois reconheceu que a jurisprudência do STF tem aceitado a possibilidade de modulação requerida em embargos de



declaração. Seus motivos para não modular foram: ausência de preenchimento dos requisitos materiais, flagrante desrespeito ao texto constitucional e à jurisprudência pacificada do STF (BRASIL, 2021i).

Contudo, a modulação parece estar sendo aplicada, mais frequentemente, após a declaração de inconstitucionalidade, no máximo, como se viu, postergando-se, excepcionalmente, a votação da proposta de modulação para outra sessão. Nesse contexto, destacam-se as seguintes ações em que se observou modulação ainda no acórdão do julgamento: ADI nº 3.550/RJ, ADI nº 4.281/SP, ADI nº 6.074/RR, ADI nº 1.945/MT, ADI nº 5.288/PR, ADI nº 6.144/AM. Destacam-se, ainda, as ações dos seguintes temas: *tema nº 745* (RE nº 714.139/SC, ADI nº 7.117/SC, ADI nº 7.123/DF); *tema nº 1.093* (RE nº 1.287.019/DF, ADI nº 5.469/DF); *tema nº 825* (ADI nº 6.836/AM, ADI nº 6.824/RO, ADI nº 6.825/RS, ADI nº 6.826/RJ, ADI nº 6.819/PA, ADI nº 6.821/MA, ADI nº 6.834/CE, ADI nº 6.818/PR, ADI nº 6.820/TO, ADI nº 6.833/DF, ADI nº 6.822/PB, ADI nº 6.817/PE) (BRASIL, 2019b; 2020a; 2020c; 2021a; 2021b; 2021h; 2021j; 2022p; 2022q; 2021l; 2021e; 2022n; 2022i; 2022j; 2022k; 2022e; 2022g; 2022m; 2022d; 2022f; 2022l; 2022h; 2022c).

Como se percebe, diversos julgados acima se reportam a discussões em torno de mesmo tema. Foi a partir da organização desses casos que se percebeu um padrão de julgamento do STF em favor da uniformidade da jurisprudência e da isonomia. O Tribunal tem aplicado o mesmo marco temporal e os mesmos fundamentos a partir de um caso paradigma. Foi o que ocorreu em relação ao já citado RE nº 714.139/SC, tema nº 745, julgado em 18/12/2021 e publicado em 15/03/2022. Essa ação definiu que a alíquota majorada de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), aplicada aos bens essenciais energia elétrica e serviços de telecomunicação, feria o núcleo base do princípio da seletividade. Nesse contexto, determinou-se a inconstitucionalidade de dispositivo de lei estadual de Santa Catarina, que previa a alíquota agravada. Após decisão de mérito, lançou-se proposta de modulação *pro futuro*, a fim de coincidir com a vigência do Plano Plurianual (PPA) do Estado<sup>52</sup> (BRASIL, 2021j, p. 4).

No dia 25/03/2022, foram ajuizadas pelo Procurador-Geral da República a ADI nº 7.117/SC e a ADI nº 7.123/DF. A primeira ação atacou, por via direta, o mesmo

---

<sup>52</sup> Essa modulação será abordada com mais detalhes à frente.

artigo impugnado no RE nº 714.139/SC, enquanto a segunda impugnou dispositivo de lei distrital com vício similar de inconstitucionalidade (BRASIL, 2022p; 2022q; 2021j).

Adotou-se o procedimento abreviado do art. 12 da Lei nº 9.868/99 para se definir o mérito das ações e, já na sessão virtual de 17/06/2022 a 24/06/2022, houve julgamento das duas causas<sup>53</sup> pelo Pleno, com observância da tese firmada no tema nº 745. Quer dizer, houve decisão de procedência do pedido e consequente declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados. Houve, ainda, modulação da decisão de inconstitucionalidade, para que ela produzisse efeitos a partir do exercício financeiro de 2024, resguardando-se as ações ajuizadas até 05/02/2021, mantendo-se os termos estabelecidos no RE nº 714.139/SC. A justificativa para isto foi a necessidade de se adotar tratamento uniforme a todos os estados (BRASIL, 2022p; 2022q; 2021j).

Nota-se que, diferentemente do que ocorreu no RE nº 122.202/MG, em que se modulou efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade realizada em outro processo, nos dois julgados, houve decisão de inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados, apenas manteve-se o marco temporal e os fundamentos do caso paradigma (BRASIL, 1994; 2022p; 2022q).

Outro caso semelhante no que tange à definição do marco para a modulação, mas que guarda uma distinção relevante em relação ao julgado anterior, é o RE nº 851.108/SP, tema nº 825<sup>54</sup>, no qual o Pleno discutiu se ensejaria conflito federativo a utilização da competência concorrente exercida pelos estados, na hipótese de instituição de Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doações (ITCMD), quando a transmissão *causa mortis* ou doação possui relevante elemento de conexão com outros países (art. 155, § 1º, III, “a” e “b”, CF/88)<sup>55</sup> (BRASIL, 2021k).

Entendeu a maioria da Corte que a edição de lei complementar nacional seria obrigatória nessa hipótese, pois estaria exercendo não apenas sua função de instituidora de normas gerais, mas também de regulamentadora de competência,

---

<sup>53</sup>Julgar causas análogas em mesma sessão também tem sido uma estratégia utilizada pelo STF em prol da uniformidade das decisões, conforme se discorrerá mais à frente.

<sup>54</sup>Tese de repercussão geral fixada: “É vedado aos estados e ao Distrito Federal instituir o ITCMD nas hipóteses referidas no art. 155, § 1º, III, da Constituição Federal sem a edição da lei complementar exigida pelo referido dispositivo constitucional” (BRASIL, 2021k, p. 3).

<sup>55</sup>Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: [...] I - transmissão *causa mortis* e doação, de quaisquer bens ou direitos [...] § 1º O imposto previsto no inciso I: [...] III - terá competência para sua instituição regulada por lei complementar: a) se o doador tiver domicílio ou residência no exterior; b) se o *de cuius* possuía bens, era residente ou domiciliado ou teve o seu inventário processado no exterior (BRASIL, 1988, n.p., grifo nosso).

prevenindo conflito federativo nesse âmbito em matéria tributária e evitando-se risco de bitributação (BRASIL, 2021k).

O ponto fundamental quanto à decisão que negou provimento ao RE, e aqui reside uma distinção fundamental em relação ao julgado anterior, é que, em lugar de afirmar a inconstitucionalidade do art. 4º da lei paulista que previa o tributo nessa hipótese, definiu-se que o dispositivo seria norma de eficácia contida, pendente de lei complementar nacional para gerar efeitos (BRASIL, 2021k).

Sobre essa questão, manifestou-se o ministro Marco Aurélio, de forma bastante lógica, que se deve afastar do sistema jurídico brasileiro a ideia de constitucionalidade superveniente. Trata-se de equívoco entender que a norma estadual foi editada precocemente, podendo vir a ter validade, *a posteriori*, quando editada a lei complementar. Para o ministro a lei paulista, não seria norma de eficácia contida, mas inconstitucional, por dois motivos: (i) usurpação de competência da União; e (ii) inadequação do instrumento legislativo, já que a Constituição exigiria lei complementar (BRASIL, 2021k).

Nota-se que, nesse julgamento, não houve decisão de inconstitucionalidade, nem mesmo de sentido interpretativo, o que poderia gerar o questionamento sobre a modulação e quanto ao *quorum* a ser aplicado. Frisa-se que, neste caso, assim como ocorreu nas ADIs nº 5.576/SP e nº 5.659/MG, a modulação de efeitos<sup>56</sup> foi aplicada sob o fundamento de superação de precedente, o que implica em exigência de *quorum* menos rigoroso. Entretanto, apesar de não ter havido decisão de inconstitucionalidade no RE, em todas as ações diretas que enfrentaram o tema nº 825 houve decisão de inconstitucionalidade. Ou seja, a decisão de mérito no controle abstrato coadunou-se ao entendimento defendido pelo ministro Marco Aurélio no RE (BRASIL, 2015c; 2021f; 2021g; 2021k).

A partir desses casos, frisa-se uma distinção já esclarecida anteriormente nessa pesquisa, isto é, entre a modulação prevista no art. 27 da Lei nº 9.868/1999 e a regulada no art. 927, § 3º do CPC. No primeiro caso, a modulação implica em manutenção de efeitos de uma lei declarada inconstitucional e, portanto, contrária ao

---

<sup>56</sup>Neste caso, modulou-se “[...] os efeitos da decisão, atribuindo-lhes eficácia *ex nunc*, a contar da publicação do acórdão em questão, *ressalvando* as ações judiciais pendentes de conclusão até o mesmo momento, nas quais se discuta: (1) a qual Estado o contribuinte deve efetuar o pagamento do ITCMD, considerando a ocorrência de bitributação; e (2) a validade da cobrança desse imposto, não tendo sido pago anteriormente” (BRASIL, 2021k, p. 82, grifo nosso). Observa-se de interessante na presente modulação a ressalva de algumas situações, o que tem sido medida bastante aplicada pelo STF em julgados recentes. Sobre esse ponto se discorrerá melhor, um pouco mais à frente.

ordenamento jurídico. No segundo caso, a modulação significa a preservação de efeitos de pacificada orientação anterior dos tribunais superiores, que foi firmada como pauta de conduta para o jurisdicionado. Por este motivo a modulação em controle de constitucionalidade exige *quorum* de dois terços, enquanto a modulação diante de superação de precedentes requer *quorum* de maioria absoluta.

Assim, decidir que a norma estadual era de eficácia contida, em lugar de inconstitucional, implicou numa grande diferença quanto à exigência do *quorum* para modulação no RE nº 851.108/SP. Afinal, visto que a proposição da modulação foi feita com base em superação de precedente, caberia aplicação do instituto apenas com votação de maioria absoluta. No presente julgado, entretanto, satisfiz-se o *quorum* de dois terços, com nove votos favoráveis à proposta (BRASIL, 2021k).

Foram vários os julgados que enfrentaram o tema nº 825, pois a inércia de mais de 30 anos do Congresso Nacional para a elaboração da lei complementar possibilitou que vários estados se antecipassem na regulamentação da matéria. Assim, a partir da decisão do caso paradigma, a Procuradoria-Geral da República ajuizou diversas ações diretas para questionar lei em tese de vários estados brasileiros e do DF que tratassem do tema. Foram identificadas as seguintes ações: ADI nº 6.836/AM, ADI nº 6.824/RO, ADI nº 6.826/RJ, ADI nº 6.818/PR, ADI nº 6.820/TO, ADI nº 6.833/DF, ADI nº 6.819/PA, ADI nº 6.821/MA, ADI nº 6.822/PB, ADI nº 6.817/PE, ADI nº 6.825/RS, ADI nº 6.834/CE, ADI nº 6.839/MG (BRASIL, 2022n; 2022i; 2022k; 2022d; 2022f; 2022l; 2022e; 2022g; 2022h; 2022c; 2022j; 2022m; 2022o).

Em todos os casos citados, a Corte, a despeito dos posicionamentos individuais contrários, por unanimidade, seguindo a tese fixada no RE e em prol da uniformidade, julgou procedente o pedido formulado nas ações diretas para declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos e expressões impugnados nas leis estaduais e distrital (BRASIL, 2022n; 2022i; 2022k; 2022d; 2022f; 2022l; 2022e; 2022g; 2022h; 2022c; 2022j; 2022m; 2022o).

Quanto à modulação de efeitos, também em respeito à coerência com o que ficou decidido e no espírito de uniformizar o entendimento da matéria, determinou-se que a modulação observaria os parâmetros do RE nº 851.108/SP. Nesse contexto, todas as decisões de inconstitucionalidade nas supracitadas ações diretas tiveram seus efeitos modulados para que sua eficácia fosse definida a partir da publicação do acórdão do RE nº 851.108/SP, ou seja, a partir de 20/04/2021, mantendo-se também

as ressalvas estipuladas no RE (BRASIL, 2022n; 2022i; 2022k; 2022d; 2022f; 2022l; 2022e; 2022g; 2022h; 2022c; 2022j; 2022m; 2022o; 2021k).

Outra estratégia utilizada a favor da uniformidade da jurisprudência é o julgamento conjunto, como ocorreu no caso do RE nº 1.287.019/DF, tema nº 1.093 e da ADI nº 5.469/DF. Esse julgamento é particularmente interessante em relação aos efeitos temporais estabelecidos na modulação. A questão em comum nesses julgados era saber se o convênio ICMS nº 93/2015<sup>57</sup> do Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz) supria a ausência de lei complementar referente a regulamentação da Emenda Constitucional nº 87/2015<sup>58</sup> (BRASIL, 2021l; 2021e).

A ADI nº 5.469/DF, em especial, atacou diretamente diversas cláusulas do convênio: a cláusula 1ª porque tratava de fato gerador; as cláusulas 2ª e 6ª porque tratavam de base de cálculo, todas matérias reservadas à lei complementar; a cláusula 3ª foi impugnada porque ofendia a não cumulatividade prevista no art. 155, § 2º, I, da Constituição Federal de 1988, visto que previa que apenas o tributo recolhido na origem seria compensado; e a cláusula 9ª foi questionada por violar formal e materialmente o tratamento diferenciado que a Constituição de 1988 concedia às microempresas e empresas de pequeno porte (BRASIL, 2021e).

A decisão do Pleno foi pela inconstitucionalidade de todas as cláusulas impugnadas, fixando-se a seguinte tese: “A cobrança do diferencial de alíquota alusivo ao ICMS, conforme introduzido pela Emenda Constitucional nº 87/2015, pressupõe edição de lei complementar veiculando normas gerais” (BRASIL, 2021l, p. 4).

Após decidida a inconstitucionalidade, passou-se à proposta de modulação. Foi votada a proposição do ministro Dias Toffoli, que lançou uma primeira sugestão, reajustando-a posteriormente apenas quanto ao período, sendo esta última proposta a votada pelo Pleno. Em sua primeira ideia, ele propunha que a decisão de

---

<sup>57</sup>Firmado em 17 de setembro de 2015, o Convênio ICMS nº 93, editado pelo Confaz, visava apresentar o procedimento a ser empregado para as operações e prestações que destinavam serviços e bens para o consumidor final não contribuinte do ICMS, que estivesse situado em outra unidade da federação. O objetivo da norma era disciplinar a aplicação da EC nº 87/2015 (BRASIL, 2021l; 2021e).

<sup>58</sup>A EC nº 87/2015 criou uma segunda hipótese de diferencial de alíquota do ICMS (Difal ICMS), a fim de promover uma repartição do tributo entre o Estado remetente da mercadoria e o de destino. Antes da emenda, o ICMS aplicado às compras interestaduais realizadas pelo consumidor final ficava apenas para o Estado que realizou a venda do produto, o que criou uma distorção no recolhimento do tributo com o avanço do comércio eletrônico. Consumidores que antes realizavam a compra no seu Estado, gerando o recolhimento do ICMS internamente, passaram a comprar mais pela internet, gerando o recolhimento do tributo para outro ente federativo. Isto privilegiava os estados onde estavam situados os Centros de Distribuição das empresas de *e-commerce*. A EC nº 87 veio tentar resolver este desequilíbrio tributário e pôr fim à guerra fiscal no que tange ao comércio eletrônico (BRASIL, 2021l; 2021e).

inconstitucionalidade produzisse efeitos: (i) quanto à cláusula 9ª, desde que ela foi suspensa, ou seja, a partir da medida cautelar concedida na ADI nº 5.464/DF<sup>59</sup>, em 17/02/2016; (ii) quanto às demais cláusulas questionadas, a partir do exercício financeiro seguinte à conclusão do julgamento, isto é, 2021. O reajuste do voto foi apenas quanto ao exercício financeiro que mudou para 2022, já que a apreciação do mérito só terminou em 2021. Então, as cláusulas continuariam valendo durante o exercício fiscal de 2021, deixando de ter vigência em 2022 (BRASIL, 2021i; 2021e).

Observa-se, nesse caso, que o STF, numa mesma decisão de inconstitucionalidade, estabeleceu modulação *pro futuro* e *ex tunc* mitigada, esta última discutível enquanto verdadeira modulação. A decisão de inconstitucionalidade das cláusulas 1ª, 2ª, 3ª e 6ª foi calibrada para surtir efeitos a partir de 2022, quer dizer, as cláusulas continuariam a surtir efeitos por todo o exercício fiscal de 2021.

Já em relação à cláusula 9ª do convênio, poder-se-ia especular que a modulação, contando da data da decisão na ADI nº 5.469, em 24/02/2021, que a declarou inconstitucional, seria retroativa mitigada, pois se determinou que a decisão de inconstitucionalidade surtiria efeitos a partir da medida cautelar concedida na ADI nº 5.464/DF, deferida em 17/02/2016. Como o convênio ICMS nº 93 é de 2015, não houve retroatividade até o início da norma (BRASIL, 2021e; 2021d). Sabe-se, contudo, que, no caso da cláusula 9ª, seria uma modulação apenas *pro forma*, quer dizer, levando em conta somente o marco temporal, porque, na prática, a cláusula 9ª já estava suspensa desde o deferimento da medida cautelar na ADI nº 5.464/DF. Então, não houve desfazimento de efeitos, apenas confirmação da inconstitucionalidade da norma, a questão é que isto se deu numa outra ação.

Poder-se-ia especular que, em lugar de modulação *ex tunc mitigada*, em realidade, essa demarcação temporal a partir do deferimento da medida cautelar seria uma modulação *ex nunc*, entendendo-se que a decisão de inconstitucionalidade passaria a surtir efeitos da decisão da cautelar em diante. Essa modulação também não implicaria em desfazimento de efeitos, pois a cláusula já estava suspensa.

---

<sup>59</sup>A ADI nº 5.464/DF foi protocolada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB em 29/01/2016, com pedido de concessão de medida cautelar, que foi deferida em 17/02/2016, suspendendo a eficácia da cláusula 9ª do Convênio ICMS nº 93/2015, única cláusula impugnada. Todavia, diante da decisão na ADI nº 5.469, que atacava, entre outras cláusulas, a 9ª, esta ADI restou prejudicada por perda de objeto (art. 21, IX do RISTF) (BRASIL, 2021d). A ADI nº 5.439/DF-AgR proposta em 17/12/2015 pela Associação Brasileira dos Distribuidores de Medicamentos Especiais e Excepcionais – ABRADIMEX impugnava apenas a cláusula 2ª do Convênio ICMS nº 93 e restou prejudicada pelo mesmo motivo (BRASIL, 2021c).

Ademais, situar o referido caso como modulação *ex nunc* implicaria numa inconsistência com o referido trabalho, fugindo da orientação da presente pesquisa, que enquadrou a hipótese de modulação *ex nunc* como ocorrendo a partir do trânsito em julgado da decisão de inconstitucionalidade definitiva. Frisa-se que a regra na cautelar é a aplicação de efeitos *ex nunc* e a modulação, nesse caso, que implicaria em eficácia retroativa.

Outro julgado interessante quanto aos efeitos, porque a modulação foi realizada na decisão da medida cautelar, foi a ADI nº 4.705/DF. O referido julgado discutia “[...] a possibilidade de o Estado de destino cobrar ICMS nos casos em que a mercadoria é adquirida de forma não presencial em outra unidade federativa por consumidor final não contribuinte do imposto” (BRASIL, 2019e, p. 1). Foi um caso anterior a EC nº 87, em que o Estado da Paraíba, através da Lei nº 9.582, tentou unilateralmente resolver o desequilíbrio tributário no que tange a compras que ocorriam de forma não presencial (*e-commerce*, *telemarketing* ou *showroom*) (BRASIL, 2019e).

A lei estadual era de 12 de dezembro de 2011, a ADI foi distribuída no dia 16 de dezembro do mesmo ano para o ministro Joaquim Barbosa e no dia 19 de dezembro o ministro já concedeu, *ad referendum* do Plenário, a medida cautelar com efeitos *ex tunc*. As razões que penderam a favor da modulação, nesse caso, foram: (i) a lei tinha poucos dias de editada, tendo produzido poucos ou nenhum efeito; (ii) como justificou o ministro Joaquim Barbosa, ao decidir pela cautelar e pela modulação, havia uma densa probabilidade de procedência da ação, com precedentes na matéria que amparavam sua decisão. De fato, em 23 de fevereiro de 2012 o Tribunal, por unanimidade, referendou a cautelar. Em 03 de outubro de 2019, a ação foi julgada procedente. Nesse caso, como a lei foi suspensa desde seu início, não produzindo efeitos, não havia o que discutir em termos de modulação na decisão definitiva (BRASIL, 2019e).

Recordando as preocupações de Andrade (2011), sobre a lei ter concedido ampla liberdade ao STF, no que tange à modulação na decisão cautelar, nota-se, a partir da decisão acima, um limite antes não considerado. As próprias peculiaridades da medida cautelar parecem, de certo modo, servir de borda à modulação. Afinal, para que a liminar seja concedida, é preciso que estejam presentes o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*. Ou seja, a inconstitucionalidade provavelmente estará bem evidenciada. Ademais, como no caso referido, precedentes podem reforçar a decisão. Assim, quanto maior a probabilidade do direito, mais se justificaria uma modulação na

cautelar, considerando que a regra no ordenamento jurídico brasileiro continua sendo a retroatividade da decisão. Por outro lado, como a decisão na medida cautelar continua a ser à título precário, precisando ser ainda confirmada pela decisão definitiva, o mais seguro, de fato, é a suspensão da norma com efeitos *ex nunc*. A preferência do STF parece pender para este último caso, frisando-se que a ADI acima mencionada foi a única ação, entre os julgados selecionados na presente pesquisa, que determinava modulação na cautelar.

Os maiores problemas em termos de modulação pelo STF parecem se referir mesmo às modulações diante de decisão definitiva. Chamam atenção, em especial, as decisões *pro futuro*. Como já visto anteriormente, a justificativa da modulação diferida é evitar o vácuo legislativo, pois concede-se tempo ao legislador, para que ele elabore lei nova, sem o vício de inconstitucionalidade da lei anterior.

Lembra-se que, no Brasil, diante da decisão de inconstitucionalidade, pode ou não ocorrer esse vácuo legislativo. A regra é que haja repristinação da norma que fora revogada pela lei declarada inconstitucional e, nesse caso, passa a regular a matéria essa lei mais antiga (BARROSO, 2019). Todavia, pode não existir lei anterior revogada (como na ADI nº 5.469/DF) ou o STF pode entender que tampouco a lei que fora revogada se coadune ao ordenamento constitucional. Nestas hipóteses, pode haver vácuo legislativo, a menos que a Corte decida manter a lei inconstitucional por um determinado período, concedendo tempo para que o legislador venha a produzir lei nova.

Sabe-se que, no ordenamento austríaco, o Tribunal Constitucional possui um prazo máximo para a duração dos efeitos da modulação *pro futuro*. A princípio, era de um ano, mas, posteriormente, esse tempo foi ampliado para dezoito meses. No Brasil, o legislador não estabeleceu prazo máximo para a modulação diferida e o STF tem ampla liberdade nesse sentido. Espera-se, contudo, que este prazo seja razoável para que o legislador possa vir a produzir a nova lei.

Diante dessas considerações, pertinente se faz questionar as razões para que o STF tenha estabelecido, por exemplo, uma modulação *pro futuro* coincidente com a vigência dos Planos Plurianuais (PPA) dos estados nas ações relativas ao tema nº 745. Sabe-se que, quando a Corte decidiu pela inconstitucionalidade de alíquota majorada referente à energia elétrica e aos serviços de telecomunicação, frisou que a alíquota adequada para bens essenciais era a alíquota geral do Estado. Assim, apesar da declaração de inconstitucionalidade, não houve necessidade de averiguar



represtinação de lei, pois não houve vácuo legislativo. No entanto, a modulação da decisão de inconstitucionalidade prevista no RE nº 714.139/SC, este julgado em 2021, foi replicada na ADI nº 7.117/SC e na ADI nº 7.123/DF, ambas julgadas em 2022, para que a modulação produzisse efeitos a partir do exercício financeiro de 2024 (BRASIL, 2021j; 2022p; 2022q).

Quatro argumentos principais foram apresentados no RE pelo ministro Dias Toffoli a favor da modulação: (i) o primeiro argumento foi que a lei questionada continuou a ser aplicada com presunção de constitucionalidade, gerando receitas e expectativas de receitas para o Estado de Santa Catarina; (ii) outro ponto destacado foi que a tese de inconstitucionalidade, haja vista ter repercussão geral, impactaria de maneira relevante as finanças de diversos estados em situação semelhante ao de Santa Catarina – estados que também geraram receitas e expectativas de receita com base em leis do ICMS que padeciam de mesmo vício de inconstitucionalidade; (iii) ademais, foi apontado pelo ministro uma análise do impacto anual da decisão sobre as unidades da federação em números, o que se modificava conforme o estado, mas implicaria para todos numa perda de arrecadação elevada. Esta perda variava de R\$ 19 milhões (Estado de Roraima) a R\$ 3,59 bilhões (Estado de São Paulo). Reforçou o ministro que isto, ainda por cima, viria a ocorrer em tempos difíceis e atingiria estados cujas economias já estavam combalidas, haja vista o quadro de pandemia do coronavírus; (iv) um último ponto destacado pelo ministro para a modulação, dessa vez apenas quanto à alíquota do ICMS sobre telecomunicações, foi que ela teria se tornado gradativamente inconstitucional, pois nem sempre esse serviço teve a importância que tem hoje na sociedade da informação. Nesse sentido, a lei de Santa Catarina apenas não teria acompanhado a evolução econômico-social e tornou-se, eventualmente, inconstitucional. Contudo, não seria possível precisar exatamente quando isso ocorreu (BRASIL, 2021j).

Percebe-se, de imediato, que o quarto argumento para modulação, sobre inconstitucionalidade gradativa, desponta, principalmente, como tese de reforço, pois é um argumento que, sozinho, não justificaria uma modulação *pro futuro*. Quiçá se sugerisse, nessa hipótese, modulação *ex tunc* mitigada ou mesmo *ex nunc*, mas certamente não há como justificar uma modulação *pro futuro*, sobretudo, diante do prazo alargado (2024). Desse modo, conclui-se que a base principal de fundamento da decisão de modulação do STF está centrada nos demais argumentos.

O primeiro argumento, ao destacar a expectativa de receita para o Estado, haja vista a presunção de constitucionalidade da lei, estaria aplicando a segurança jurídica em sua vertente subjetiva. Assim, protege-se a confiança do Estado numa lei inconstitucional que ele mesmo produziu. Em outras palavras, o Estado comete o ilícito, abusa de sua competência legislativa, infringe os limites constitucionais, ao criar tributo inconstitucional, fere direitos fundamentais do contribuinte e ainda é premiado, não apenas porque manteve proveito daquilo que já angariou, mas, nesse caso, também porque, por um período considerável, continuará a receber o tributo majorado. Quanto à segunda justificativa para a modulação, nota-se que é apenas uma ampliação da primeira, pois continua-se a defender a confiança legítima do Estado. Contudo, esse argumento é reforçado pelo fato de que a decisão atingirá diversos estados que produziram o mesmo tipo de lei inconstitucional, haja vista a Repercussão Geral do RE.

Conforme visto anteriormente, essas argumentações do ministro Dias Toffoli divergem da doutrina defendida no presente trabalho. Lembra-se, aqui, que Humberto Ávila (2021) considera que o Estado se pauta na segurança jurídica em sua esfera objetiva, mas não pode alegá-la a seu favor em sua vertente subjetiva. O motivo, como já se pontuou, é que a proteção à confiança é princípio apto a proteger os direitos fundamentais do cidadão, se elevando enquanto princípio limitador diante do Estado (ente objetivo editor das normas). Tal fator é ainda mais acentuado quando se trata de matéria tributária, haja vista todas as garantias que se impõem como segurança jurídica diante do Poder coercitivo estatal em sua função de heterorrestrrição (legalidade, anterioridade etc.).

Ana Paula Ávila (2009) também vem criticar essa argumentação, ao ensinar que, quando o Estado alega a proteção à confiança para preservar vantagens de lei inconstitucional, está agindo contra a boa-fé objetiva, o que implica dizer que o Estado estaria atuando de forma incoerente, abusiva, contraditória. Em outros termos, o Estado está produzindo norma inconstitucional e, depois, apelando para um princípio constitucional (segurança jurídica em sua vertente subjetiva) para manter efeitos de uma lei inconstitucional que lhe beneficia. Como ressalta Alvim (2021), esse tipo de atuação diverge da legalidade, da moralidade e da própria segurança jurídica, princípios que legitimam o Estado. Por esse motivo, a vedação ao *venire contra factum proprium*, apesar de ter surgido no direito privado, também deve ser respeitada pelo Estado, por decorrer da própria Constituição.

Quanto ao terceiro argumento do ministro, fica evidenciada a intenção de se dar algum tipo de respaldo a uma decisão, que, de outro modo, ficaria na esfera intuitiva. Ou seja, tenta-se, com este argumento, reduzir a esfera de subjetividade/arbitrariedade própria à fundamentação de âmbito consequencialista. Quer dizer, deixa-se a lógica ordinária na qual se conclui que haverá uma redução de arrecadação estatal que impactará o Estado-administrador, mas não se sabe o real valor desse impacto, para uma lógica de caráter técnico, na qual se aponta de forma “objetiva” de quanto será esse impacto. Todavia, como ressalta Tessari (2022), é o tipo de conhecimento técnico que ultrapassa os muros jurídicos, difícil de ser avaliado em toda a sua dimensão pelo Judiciário, o que dificulta a avaliação das premissas utilizadas para o cálculo e a transparência. Em outras palavras, continua-se com um déficit de certeza sobre os parâmetros utilizados para se fundamentar a decisão.

No entanto, foram justamente os relatórios apresentados pelos estados com estimativas de valores que ocasionaram uma mudança na proposta de modulação. Saiu-se da ideia original, na qual a decisão de inconstitucionalidade passaria a ter efeitos no próximo exercício financeiro (2022), para a segunda proposta mencionada, isto é, a partir de 2024. O intuito da nova proposta era que a modulação coincidisse com a vigência dos Planos Plurianuais (PPA) dos estados. Nesse caso, justificou-se que o PPA seria instrumento fundamental de planejamento de médio prazo (pensado para um período de 4 anos), no qual seriam estimados os programas e as metas a serem cumpridos neste período (BRASIL, 2021j).

A avaliação sobre o impacto econômico, no entanto, se restringiu aos relatórios estatais. Não houve relatório similar a fim de analisar as repercussões econômicas da tributação majorada sobre a economia de maneira geral, nem sobre os rendimentos de empresas, muito menos sobre os rendimentos do contribuinte pessoa-física. Haja vista que a crise econômica e o quadro pandêmico afetaram a sociedade em geral, poder-se-ia questionar a análise tendenciosa realizada no julgamento do RE e aventar a possibilidade de um resultado diferente se a investigação dos impactos da decisão privilegiasse todos os atores envolvidos.

No geral, em síntese, conforme alegou o próprio ministro Dias Toffoli, o objetivo principal da modulação no referido RE<sup>60</sup> foi amenizar, em certa medida e num espaço

---

<sup>60</sup>Na ADI nº 6.144/AM, julgada em 03/08/2021, o relator, o ministro Dias Toffoli, também propôs modulação *pro futuro*, nesse caso, para que a decisão passasse a fazer “efeitos a partir do início do

de tempo que ele considerou adequado, os impactos da decisão do Tribunal nas contas das unidades federadas (BRASIL, 2021j). Assim, observa-se que o ministro, ainda que não tenha dito isso de maneira expressa, teria aplicado como requisitos para a modulação: o princípio da confiança em favor do Estado (princípio da segurança jurídica em sua faceta subjetiva) e o interesse público orçamentário.

O ministro Gilmar Mendes, em seu voto, se preocupou em fundamentar de maneira mais direta a modulação com base nos requisitos materiais, mas, apesar dos esforços empreendidos, é perceptível o motivo implícito para modular. Argumentou o ministro que a segurança jurídica estaria plasmada na formação do planejamento fiscal dos estados a partir da expectativa que tinham de arrecadação, enquanto o interesse social estaria materializado nas prestações estatais dependentes dos recursos estimados na sistemática tributária (BRASIL, 2021j). Com isto, observa-se que a segurança jurídica se converteu em segurança fiscal e o interesse social subverteu-se em interesse público, com este claramente sequestrando espaço que não lhe pertence.

Como já visto anteriormente com Tessari (2022), em favor do seu caráter arrecadatório (interesse público secundário), não pode o Estado ofender interesse público primário. Sabe-se que é importante que o Estado tenha recursos para a educação, saúde e políticas públicas de maneira geral, mas ele não deve alcançar esses objetivos por meios ilícitos, às custas dos direitos fundamentais do contribuinte. Existem maneiras legítimas para que o Estado crie tributos, estando seus limites exaustivamente descritos na Constituição Federal de 1988. Em suma, defende-se a tese de que os fins não justificam os meios. Como aponta Abboud (2021), este tipo de modulação está apenas conferindo salvo conduto para que o Estado possa agir de maneira inconstitucional.

Ademais, a fundamentação para modulação do STF, nesse RE, esbarra num problema já abordado nessa dissertação, que é o equívoco de se entender interesse público como sinônimo de interesse social. Quando isto ocorre, como fica evidenciado pelo referido julgado, corre-se o risco de que qualquer direito fundamental possa ser afastado por uma modulação de efeitos em que se alegue um interesse público qualquer (inclusive secundário) (FERNANDES, 2018). Em outras palavras, enquanto

---

exercício financeiro seguinte ao da conclusão do presente julgamento (2022)". A fundamentação do ministro para preservar o exercício financeiro em andamento também foi a preocupação com os impactos da decisão nas contas públicas (BRASIL, 2021h, p. 28).

se considerar interesse social como sinônimo de interesse público, sempre se corre o risco de submeter o interesse geral ao interesse do Estado-administrador, sacrificando-se direitos fundamentais.

No entanto, o STF realmente não parece fazer distinção entre uma e outra expressão, ao ponto de, em alguns casos, como na ADI nº 6.479 ED-segundos e, inclusive, no próprio RE, utilizar a expressão excepcional interesse público, em lugar de excepcional interesse social (BRASIL, 2021i; 2021j).

Há mais um ponto interessante a ser analisado em relação à modulação de efeitos nas ações relativas ao tema nº 745, procedimento que tem sido observado em outros julgados do STF<sup>61</sup> (BRASIL, 2021j). Trata-se da ressalva à aplicação do instituto da modulação, isto é, situações em que a modulação de efeitos não se aplica. Deixa-se aqui o campo da modulação estritamente temporal, para considerar o universo de pessoas afetadas pela decisão. Como se viu anteriormente, com Alexandre de Moraes (2022), é possível restringir a eficácia *erga omnes* da decisão de inconstitucionalidade para que ela não atinja algumas situações consolidadas. Foi o que Andrade (2011) apontou como modulação quanto à eficácia subjetiva, visto que a calibração de efeitos, neste caso, estaria ligada às pessoas afetadas pela decisão.

No RE nº 714.139/SC, o STF, tanto na primeira proposta de modulação quanto na segunda, que foi, de fato, votada, ressaltou da modulação as ações ajuizadas até a véspera da publicação da ata do julgamento do mérito, que foi quando o ministro Marco Aurélio proferiu seu voto, em 05/02/2021. Para o ministro Dias Toffoli, essa ressalva, por um lado, prestigiaria os contribuintes que já haviam entrado com ações até essa data e, por outro lado, impediria que novas ações fossem ajuizadas depois desse marco. A intenção com a modulação, ressaltou o ministro, era evitar uma corrida ao Judiciário que, aliás, já teria se intensificado nos últimos dias do julgamento, o que poderia ser prejudicial ao país, considerando as particularidades do tema e o contexto social e econômico dos estados (BRASIL, 2021j).

Assim, nota-se que, para os contribuintes que entraram com processos até 05/02/2021, aplica-se a tese definida no RE sem limitações temporais. Nesse contexto, subtende-se que, se a ação judicial do contribuinte for procedente, além do direito ao indébito, a parte deixará de pagar o tributo com alíquota majorada. Por outro

---

<sup>61</sup>Como ressaltou o próprio ministro Dias Toffoli no RE nº 714.139, “[...] medida como essa tem sido muito utilizada pela Corte” (vide, v.g., os julgamentos da ADI nº 5.469/DF-ED e do RE nº 574.706/PR-ED). Cita-se, ainda, o “RE nº 605.552-ED-segundos” (BRASIL, 2021j, p. 80, p. 87).

lado, os contribuintes que não entraram com processo, ou que o fizeram após essa data, continuarão a pagar o tributo com alíquota inconstitucional até o final de 2023. Isto sugere uma diferenciação entre contribuintes, sendo necessário questionar se é distinção que ofende o princípio da isonomia tributária. O fato é que foi motivo o suficiente para que os Estados opusessem embargos declaratórios<sup>62</sup> para que a ressalva fosse afastada. Frisa-se que as preocupações dos embargantes, sobre ofensa ao princípio da isonomia tributária e até à livre concorrência, não deixaram de evidenciar as vantagens financeiras que a exclusão da ressalva traria ao orçamento estatal. Os embargos, contudo, foram rejeitados (BRASIL, 2021j).

No RE nº 1.287.019/DF e na ADI nº 5.469/DF, referentes ao tema nº 1.093, também se utilizou como argumentos, entre outros, para modulação de efeitos, como se verá mais à frente, a confiança legítima do Estado e o agravamento da situação financeira dos entes federados (BRASIL, 2021i; 2021e). Todavia, a análise desse julgamento conjunto será iniciada a partir da defesa contrária à aplicação da modulação. Não houve unanimidade de votos para modulação, foram vencidos “[...] o Ministro Edson Fachin, que aderiu à proposta original de modulação dos efeitos, e o Ministro Marco Aurélio, que não modulava os efeitos da decisão” (BRASIL, 2021i; 2021e, p. 5). Nesse contexto, é importante fazer destaque para o voto do ministro Marco Aurélio, contra a modulação. O ministro, como já se comentou, possui afinidade com a teoria da nulidade tradicional, que remonta às origens do controle difuso norte-americano, possuindo sobre esse tema, em especial, uma posição consistente, que se observa em diversos julgados. Conforme esclarece na ADI nº 5.469/DF:

[...] ato normativo conflitante com a Constituição Federal é natimorto. Penso que toda vez que se modula, estimulam-se, no cenário jurídico, atos normativos conflitantes com a Lei Maior, surgindo, ante a passagem do tempo, a denominada, como costume rotular, inconstitucionalidade útil<sup>63</sup> (BRASIL, 2021e, p. 38).

A linha do presente trabalho não foi favorável à teoria da nulidade clássica e, como se viu, mesmo no berço do modelo difuso, a modulação vem sendo aplicada

---

<sup>62</sup>Foram opostos embargos pelo Estado de Santa Catarina (recorrido) e pelos Estados do Acre, Alagoas, Amapá, Amazonas, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará, Paraíba, Paraná, Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Rondônia, Roraima, São Paulo, Sergipe, Tocantins e pelo Distrito Federal, estes na qualidade de *amici curiae*. Frisa-se que também foram opostos embargos pela parte recorrente, questionando a própria modulação (BRASIL, 2021j).

<sup>63</sup>A ideia de inconstitucionalidade útil já foi trabalhada por Ávila (2021) e Dimoulis e Lunardi (2016). Essa ideia afirma que se o Estado não precisa devolver o tributo que criou fora da esfera constitucional, pode ficar tentado a produzir leis inconstitucionais.

pela Suprema Corte americana desde a década de 1960. Ainda que, é preciso frisar, notou-se uma resistência maior de aplicação do instituto em matéria tributária (ANDRADE, 2011).

Então, no presente trabalho, adotou-se entendimento de que a modulação é instituto ínsito ao próprio controle de constitucionalidade. Ademais, o princípio da nulidade, ainda que sirva à defesa da supremacia constitucional, não é absoluto, pois ele pode ser ponderado em função de valores constitucionais que tutelem os efeitos produzidos por uma lei que foi declarada inconstitucional. Desse modo, como o princípio da nulidade não é a própria supremacia constitucional, mas um dos princípios que lhe regem, a modulação de efeitos é possível, ainda que em caráter excepcional (ÁVILA, 2009).

Nesse contexto, entende-se que o fato de a lei ser inconstitucional não é, em si, empecilho para que ela venha a surtir efeitos. O que vem se opor à inconstitucionalidade útil é o respeito aos requisitos materiais, conforme suas limitações conceituais, requisitos que devem ser observados em todos os casos de modulação. Desenhou-se, no presente trabalho, o que se entende pelos conceitos de segurança jurídica e excepcional interesse social. Isto foi feito porque, haja vista a vagueza desses requisitos, é bastante fácil ultrapassar seus contornos com o fim de adaptá-los à necessidade do julgado. E qual o ponto vital que delimita esses conceitos? Chegou-se à tese de que seria a harmonização desses conceitos com o núcleo da Constituição, isto é, com os direitos fundamentais. Adota-se, aqui, o entendimento de que os direitos fundamentais são direitos dos cidadãos e, nesse contexto, o Estado é instrumento pelo qual esses direitos são protegidos. Mais um motivo pelo qual se entende que é incongruente que o Estado, sob a escusa de estar arrecadando para proteger direitos fundamentais, venha ofender direitos fundamentais, ao utilizar norma inconstitucional para arrecadar tributos ilegítimos.

A questão que se coloca é se os requisitos, nos moldes esclarecidos, foram ou não utilizados para aplicar o instituto da modulação nas ações do tema nº 1.093 (RE nº 1.287.019/DF e ADI nº 5.469/DF). Conforme já se apontou em linhas anteriores, as principais fundamentações do ministro Dias Toffoli para modular, nesse caso, foram: (i) a confiança legítima do Estado, pois, haja vista a pretensão de constitucionalidade das normas, diversas operações já haviam sido tributadas com base no convênio e na lei distrital; e (ii) a situação financeira dos entes federados que, com a decisão de

inconstitucionalidade do convênio, teriam uma enorme perda de receita (BRASIL, 2021i; 2021e).

Esse posicionamento do ministro é similar ao já apresentado anteriormente em relação às ações do tema nº 745 (RE nº 714.139/SC, ADI nº 7.117/SC e ADI nº 7.123/DF). Quer dizer, o ministro entende que a segurança jurídica na sua feição subjetiva (confiança legítima) pode ser utilizada a favor do Estado e que excepcional interesse público e excepcional interesse social são sinônimos, haja vista que modulou para que a decisão de inconstitucionalidade não atingisse as receitas estatais (BRASIL, 2021j; 2022p; 2022q; 2021i; 2021e). Conforme o entendimento desenvolvido no presente trabalho, essas justificativas não são fundamentos adequados para a modulação, porque fogem dos contornos estabelecidos para os requisitos materiais.

Resta avaliar os outros argumentos utilizados em favor da modulação. Lembre-se que, nesse caso, não existia lei anterior regulando a EC nº 87. Assim, poder-se-ia alegar, como o fez o ministro Dias Toffoli, em favor da modulação *pro futuro* (estabelecida para as cláusulas 1ª, 2ª, 3ª e 6ª do convênio), que ficaria um vácuo legislativo no que tange à regulamentação da emenda. Nesse caso, uma das expectativas em relação à modulação era justamente que o Congresso Nacional viesse a editar a lei complementar, regulamentando a matéria<sup>64</sup> (BRASIL, 2021i; 2021e).

De fato, o vácuo legislativo pode ocasionar uma grande insegurança jurídica, mas insegurança jurídica e suposta insegurança fiscal do Estado não são a mesma coisa. Apesar da ausência de lei complementar para regular a recente emenda constitucional, a sistemática anterior, amparada pela Constituição, poderia continuar a ser aplicada, dando tempo para que o Poder Legislativo produzisse a lei complementar. Um ato administrativo (convênio) não supre ausência de lei complementar. Desse modo, a insegurança que se observou pendeu mais para o aspecto financeiro do que jurídico. Como ressalta Alvim (2021, p. 211), “[...] nenhuma decisão judicial pode ter por base única: o perigo de esvaziamento dos cofres públicos, a iminência da quebra do erário, prováveis dificuldades de caixa etc.”. Assim, este tampouco seria fundamento para a modulação.

---

<sup>64</sup>A Lei Complementar nº 190/2022, de 04 de janeiro de 2022, veio regulamentar a EC nº 87, alterando a Lei Complementar nº 87 (BRASIL, 2022a).



Por fim, aponta-se um argumento observado para justificar a proposta de modulação, que, na verdade, não foi base retórica utilizada pelo ministro Dias Toffoli. Seria uma motivação para aplicação do instituto, a qual não havia sido considerada, mas que tem interessantes implicações práticas. Viu-se, com Dimoulis e Lunardi (2016), que teria ocorrido certa convergência entre as teorias da nulidade e da anulabilidade, criando-se, com a modulação, uma espécie de terceiro modelo, que permitiria a calibração dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade num caso real. Não havia sido cogitado, entretanto, que a modulação de efeitos pudesse vir a ser percebida como uma espécie de posição intermediária entre duas correntes fortes dentro do julgamento de mérito, uma a favor da constitucionalidade da norma e outra em prol da inconstitucionalidade.

Como disse em seu voto o ministro Roberto Barroso, a “[...] modulação é quase que uma posição intermediária entre as duas correntes que se formaram e, a meu ver, um argumento a mais que me leva a endossá-la” (BRASIL, 2021e, p. 169; 2021I, p. 192). Essa análise é interessante porque, para os ministros que entenderam que a norma é constitucional, diante de uma proposta de modulação prospectiva, que irá amenizar os impactos da decisão sobre o sucumbente, no caso em questão, o Estado, terão por motivação mais do que os requisitos legais para modular. Este, contudo, também não se encaixa como requisito para modulação.

Em conclusão, nas ações do tema nº 1.093 (RE nº 1.287.019/DF e ADI nº 5.469/DF) não se aplicaria modulação, porque os requisitos em seus contornos conceituais não foram obedecidos. Para que haja modulação, é preciso respeito à segurança jurídica, se necessário, em sua feição subjetiva, mas em prol dos direitos fundamentais, ou seja, contra o Estado e não a favor do Estado; e respeito ao excepcional interesse social, que é fundado nos direitos fundamentais, não sendo, portanto, sinônimo de interesse público, visto que este último sempre estará atravessado pelos interesses do Estado-administrador.

Existe outro grupo de ações que foge da lógica anterior, isto é, um caso paradigma cuja modulação é reaplicada em casos semelhantes, mas que também puderam ser agrupadas porque tratam de uma mesma temática. As próximas linhas cingem-se à discussão sobre a constitucionalidade, ou não, de normas estaduais que concedem de forma unilateral benefícios fiscais no ICMS. Na pesquisa levantada, foram encontradas oito ações diretas que tratavam dessa temática, são elas: ADI nº 3.779/PA, 3.796/PR, ADI nº 3.984/SC, ADI nº 4.985/PB, ADI nº 5.467/MA, ADI

nº 5.882/SC, ADI nº 6.222/CE, ADI nº 6.479/PA (BRASIL, 2019c; 2017b; 2019d; 2019f; 2019g; 2022b; 2020d; 2021i).

Sabe-se que a regra geral de que quem pode tributar pode isentar sofreria uma restrição no que concerne ao ICMS. Os entes federativos podem instituir esse imposto, mas não podem conceder benefícios fiscais ao seu alvedrio de forma unilateral (BRASIL, 2019g). Determina a Constituição Federal de 1988 que cabe à lei complementar regular como os benefícios fiscais de ICMS serão concedidos ou revogados. Esta exigência satisfiz-se com a recepção da Lei Complementar nº 24/1975, que exige autorização prévia em convênio ratificado pelos estados e pelo DF, o que há de vir a ser editado no âmbito do Confaz. Desconsiderar o disposto na lei complementar implicaria em evidente ofensa à Constituição (BRASIL, 2019f).

Nesse contexto, ressalta-se que a tendência jurisprudencial do STF sobre a sistemática a ser observada para a concessão de benefícios fiscais no âmbito do ICMS é bastante conhecida. Quer dizer, quando a norma estadual confere favores fiscais, apesar da ausência de convênio interestadual, converge para a declaração de inconstitucionalidade. Trata-se de posicionamento de longa data, identificado tanto em ações mais antigas, a exemplo da ADI nº 1.247-MC julgada em 1995, quanto nas mais recentes (BRASIL, 2019f, 2019g).

Diante disso, não é de se surpreender que todas as ações acima referidas tenham desaguado na inconstitucionalidade (BRASIL, 2019c; 2017b; 2019d; 2019f; 2019g; 2022b; 2020d; 2021i). Ademais, sugere o ministro Gilmar Mendes que também se mantinha uma uniformidade quanto à decisão de modulação. Nas palavras do ministro na ADI nº 3.796/PR: a “[...] orientação desta Corte a respeito do tema sempre foi taxativamente contra a modulação de efeitos nas ações diretas que versassem tema da guerra fiscal” (BRASIL, 2017b, p.26). Sugere-se, com isto, que, para além dos requisitos materiais, existiria outra razão para que o Pleno decida não modular.

Na ADI nº 6.479 ED-segundos, já citada anteriormente, o ministro Alexandre de Moraes votou contra aplicação da modulação de efeitos requerida em embargos declaratórios. Frisa-se que uma das razões que fundamentou seu voto foi justamente “[...] a reiterada jurisprudência da CORTE no sentido da necessidade de prévia autorização do conjunto dos Estados e do Distrito Federal para a instituição de isenções, incentivos e benefícios fiscais relativos ao ICMS”. Ademais, como bem frisou o ministro, observar-se-ia, no presente caso, uma evidente ofensa à Constituição, bem como ausência dos requisitos “[...] de segurança jurídica ou de

excepcional interesse público”. Frisa-se, novamente, o emprego da expressão excepcional interesse público, em lugar de excepcional interesse social. Finaliza o ministro com um argumento frequentemente empregado pelo ministro Marco Aurélio, de que a modulação nessa situação “[...] representaria estímulo à reiteração de práticas inconstitucionais pelos Estados-Membros em relação à matéria versada nos autos”. Como já se mencionou anteriormente, entretanto, o ministro foi voto vencido na decisão dos embargos (BRASIL, 2021i, p. 13-14). Foram atribuídos efeitos prospectivos, a partir da data do julgamento do mérito, à decisão de inconstitucionalidade nos termos do voto da relatora, a Ministra Carmén Lúcia, que modulou com base nos “[...] princípios da boa-fé, da segurança jurídica e do excepcional interesse público” (BRASIL, 2021i, p. 6).

Assim, se observa que, apesar da jurisprudência pacificada sobre a questão de mérito pela inconstitucionalidade da norma, houve modulação porque a maioria do Tribunal entendeu que estariam preenchidos os requisitos materiais para a modulação. Isto indica que o fato de haver jurisprudência pacificada pode servir como tese de reforço para não se modular, como se observa pelos argumentos levantados pelo ministro Alexandre de Moraes, mas não é algo determinante para a decisão, visto que a maioria do Tribunal pode aplicar a modulação se entender que os requisitos foram cumpridos (BRASIL, 2021i).

Resta agora discutir se os requisitos materiais foram ou não preenchidos utilizando os parâmetros desenhados nesse trabalho. O ministro Alexandre de Moraes foi contra a modulação, porque os requisitos materiais não teriam sido satisfeitos no referido julgado. Já a relatora, a ministra Carmén Lúcia, argumentou que esse caso deveria ser modulado porque avistar-se-ia a aplicação dos requisitos materiais. Infelizmente, não há como analisar detidamente os argumentos do ministro Alexandre de Moraes, porque ele teria se limitado a argumentar sobre a ausência de requisitos, sem desenvolver sua tese (BRASIL, 2021i).

Sua argumentação girou em torno, sobretudo, da evidente inconstitucionalidade da norma, que ofenderia frontalmente a Constituição, motivo pelo qual existiria jurisprudência reiterada do STF pela inconstitucionalidade. Ou seja, a orientação do Tribunal sobre esse tema era mais do que conhecida. Se a orientação do Tribunal pela inconstitucionalidade de norma com esse tipo de vício era mais do que conhecida, poder-se-ia questionar: é possível atribuir ao contribuinte confiança legítima na lei nessa hipótese? (BRASIL, 2021i). Frisa-se que foi justamente o que

afirmou a ministra Cármen Lúcia em seu voto, motivo pelo qual entendeu a favor da modulação de efeitos. Nas palavras da ministra:

Demonstrou-se nos presentes embargos poder se suscitar a necessidade de recolhimento de tributos não exigidos por longo período de tempo, com prejuízo direto a produtores, *que depositaram a confiança no regime de incentivo fiscal vigente*, e reflexos negativos à economia paraense (BRASIL, 2021i, p. 8, grifo nosso).

Ainda que se saiba que o poder econômico não é algo a se desprezar em termos de influência na produção normativa, não se pode deixar de notar uma diferença crucial entre o presente julgado e outros anteriormente analisados: não foi o contribuinte o produtor da norma. Uma das críticas lançadas por Kelsen (2003) ao sistema difuso norte-americano era quanto à atribuição de efeitos declaratórios à norma inconstitucional. Nesse contexto, questiona-se com o autor: qualquer pessoa pode deixar de obedecer à lei por considerá-la inconstitucional? Se a lei criar um tributo, qualquer pessoa pode decidir sobre a inconstitucionalidade deste e, assim, não o pagar? Quem interpreta se a lei está em conformidade ou não com a Constituição? Quem decide se uma lei está ou não de acordo com a orientação dos tribunais superiores? Qualquer um pode interpretar? E se, em lugar de criar um tributo, a norma inconstitucional instituir um benefício?

As normas possuem presunção de constitucionalidade para o destinatário da norma e, conseqüentemente, expectativa de que elas sejam cumpridas (ÁVILA, 2021). Isto significa que sua vigência gera confiança nos destinatários. Se não fosse assim, de fato, como apontava Kelsen (2003), qualquer pessoa poderia, a partir de interpretação individual, deixar de obedecer à lei que considerasse inconstitucional. Nesse caso, facilmente se observaria a gravidade da insegurança jurídica gerada numa sociedade que permitisse, corriqueiramente, a desobediência às normas jurídicas.

Nesse contexto, o fato de a decisão de inconstitucionalidade ter efeitos declaratórios ou constitutivos tem maior repercussão quanto aos efeitos da decisão, do que, propriamente, na flexibilidade de escolha em se cumprir, ou não, determinada norma. Frisa-se que isto é ainda mais evidente nos sistemas, como o brasileiro, em que vigora o peso do direito legislado. Ainda que alguns autores, como Jobim e Oliveira Júnior (2022), apontem para uma aproximação entre os sistemas *civil law* e *common law*, isto não converteu as leis em regras facultativas. Nesse cenário, nota-se, claramente, a possibilidade de aplicação do princípio da confiança legítima em

favor do contribuinte que confiou no benefício concedido pela lei estatal. Nesse caso, não incidiria contradição, não se trataria de um *venire contra factum proprium*, porque o contribuinte é o destinatário da norma e não o editor. Frisa-se que a segurança jurídica, em sua face subjetiva, é utilizada a favor do contribuinte e não do Estado. E, nesse contexto, é uma camada protetiva que preserva diversos direitos fundamentais a exemplo dos direitos de liberdade, dignidade e propriedade.

Esse caso de benefício fiscal concedido unilateralmente é particularmente interessante, pois observa-se que, nessa situação, a ânsia arrecadatória do Estado se inverte, porque ele não intenta receber o tributo, seu objetivo é desenvolver a economia local por meio da empresa beneficiada. O contribuinte também não espera pagar o tributo. Contudo, se cada ente pudesse instituir benefícios fiscais de forma independente, isto engendraria risco ao pacto federativo. Tender-se-ia à promoção da guerra fiscal, em que cada Estado concorreria, em prejuízo dos demais, para atrair empreendimentos e capital, mesmo que em detrimento das consequências fiscais. E é justamente em função do argumento de estímulo à guerra fiscal que, como apontou o ministro Gilmar Mendes na ADI nº 3.796/PR, se desencorajou frequentemente a modulação em ações desse tema. Isto, contudo, não foi empecilho para que ele próprio propusesse uma mudança de posicionamento, citando um precedente que fugia dessa regra (BRASIL, 2017b).

Trata-se da ADI nº 4.481/PR, de relatoria do ministro Roberto Barroso (BRASIL, 2015a). A modulação, nesse precedente, foi fundamentada no escólio de Ávila (2009, p. 46), que propõe, como já visto anteriormente, “[...] ponderação que leve em consideração as normas constitucionais afetadas pela norma inconstitucional e as normas constitucionais afetadas pelos efeitos por ela produzidos” (ÁVILA, 2009, p. 46). O ponto fundamental para a aprovação da modulação nesse precedente foi o argumento, do ministro Barroso, de que a norma declarada inconstitucional vigorou por muitos anos com presunção de constitucionalidade, sem que o STF houvesse determinado sua suspensão, porque a cautelar não fora apreciada. Então, apesar da jurisprudência pacificada da Corte quanto ao mérito, caberia a modulação com base nos princípios de segurança jurídica e boa-fé (BRASIL, 2015a). Aceitou-se esse precedente na ADI nº 3.796/PR e modulou-se com eficácia *ex nunc* (BRASIL, 2017b).

Todavia, o precedente que foi aceito nesse julgado não foi tão persuasivo na ADI nº 4.985/PB e na ADI nº 3.779/PA, pois a proposta de modulação não prosperou nesses casos (BRASIL, 2019f; 2019c). Tampouco a proposta de modulação foi aceita

na ADI nº 5.882/SC (BRASIL, 2022b). Quanto às demais ações diretas supracitadas, houve modulação na ADI nº 5.467/MA (com eficácia a partir da data do deferimento da cautelar)<sup>65</sup>, na ADI nº 3.984/SC (com eficácia a partir da publicação da ata do julgamento) e na ADI nº 6.222 ED/CE (com eficácia a partir da data do julgamento), sendo que, nesta última ação, a modulação foi realizada em embargos de declaração (BRASIL, 2019g; 2019d, 2020d).

Assim, observa-se que a principal justificativa para não modular, nesse caso, é evitar o estímulo à guerra fiscal, visto que o Estado editou norma que concedeu benefício fiscal de ICMS de forma unilateral, contrariando a Constituição e a jurisprudência pacificada do STF. De outra banda, a principal fundamentação para a modulação, nessa hipótese, é favorecer a confiança legítima que o contribuinte depositou na lei posteriormente declarada inconstitucional, argumentação que pode vir a ser reforçada quando a norma vigorou por muitos anos sem que se houvesse declarado a inconstitucionalidade dela, o que seria ainda mais grave quando o STF não aprecia o pedido de medida cautelar. Falta, contudo, uniformidade quanto à decisão de modulação no que concerne a esse tema.

Frisa-se que, até o momento, as ações apresentadas apontam para uma repercussão de âmbito nacional. Sabe-se que, se a inconstitucionalidade for de lei federal, lida-se com uma repercussão possivelmente generalizada. Situação similar se observa se a lei estadual declarada inconstitucional possuir vício que se repete em leis de outros estados da federação. Todavia, nem sempre as ações que chegam ao STF vão impugnar norma federal ou realidades amplamente repetidas por diversos entes políticos.

Todavia, são circunstâncias igualmente relevantes, haja vista os valores que protegem. Lembrando-se que os direitos fundamentais são importantes enquanto valor em si e não por conta de sua utilidade ou, poder-se-ia complementar, por causa de sua repercussão por diversos estados federados. Em outras palavras, é possível que o STF também receba ações que tratem de realidades locais. Cabe lembrar que leis municipais podem ser impugnadas a partir da ADPF e do RE.

Cita-se o caso do RE nº 1.331.245 ED/SP, em que a Lei nº 5.989, de 18 de maio de 2020, do município de Valinhos, foi declarada inconstitucional por ofender o

---

<sup>65</sup>Visto que a decisão definitiva apenas reafirmou a decisão cautelar, que suspendeu a norma com eficácia *ex nunc*, novamente questiona-se a natureza de verdadeira modulação de efeitos no que tange à decisão definitiva.

art. 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Estabelece o art. 113 que norma que crie ou altere renúncia de receita ou despesa obrigatória precisa, necessariamente, ser seguida de estimativa relativa ao seu impacto no orçamento. Isto, contudo, não teria sido observado na edição da lei de Valinhos. Frisa-se que, no final de 2020, na ADI nº 6.102/RR, o Pleno teria determinado que o referido artigo do ADCT deveria ser observado também pelos municípios, DF e estados, e não apenas pela União. Ou seja, tratar-se-ia de dispositivo de caráter nacional, irradiando obrigação a ser observada por todos os entes federativos (BRASIL, 2021m).

A referida lei concedia isenção e remissão do Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) como forma de amenizar danos sofridos, pelos beneficiados, referentes a enchentes ocasionadas por chuvas. Os alagamentos, apesar de não terem ocasionado mortes, afetaram a estrutura predial, a rede elétrica, os móveis e os alimentos de residentes e comerciantes que viviam em determinada área do município (BRASIL, 2021m).

Em casos como estes, em que o motivo por trás da edição da lei declarada inconstitucional foi para amenizar os danos sofridos por contribuintes cuja realidade foi atravessada por intempéries, calamidades, força maior, facilmente se observa a necessidade de modulação de efeitos. Nessa hipótese, os alagamentos interferiram diretamente na própria subsistência econômica, na possibilidade de moradia e dignidade de uma parcela da população (BRASIL, 2021m). Nota-se, nesse caso, que a avaliação das consequências da decisão viria a reforçar os requisitos materiais e não os contrariar.

Decidiu a Corte, nesse julgado, acolher os embargos para aplicar a modulação de efeitos, “[...] estabelecendo que ficam mantidas, conforme se verifique a ocorrência das enchentes ou alagamentos no tempo, as isenções de IPTU do ano de 2021 e anteriores, bem como as remissões de IPTU do ano de 2020 e anteriores” (BRASIL, 2021m, p. 16).

O relator, o ministro Dias Toffoli, reconheceu razões de segurança jurídica e excepcional interesse social que exigiriam modulação. No primeiro caso, ressaltou o relator que a lei, antes da declaração de inconstitucionalidade, tinha presunção de constitucionalidade, tendo produzido efeitos e sido recebida com boa-fé pelos contribuintes beneficiados. A declaração de inconstitucionalidade com efeitos retroativos, isto é, sem modulação, implicaria desconstituição dessas realidades já consolidadas no tempo. Em suma, percebe-se, nesse caso, a confiança legítima como

fundamento para a modulação. Apesar de ter mencionado razões de excepcional interesse social, o relator não desenvolveu a fundamentação, mas claramente, como já mencionado, estão em jogo, nesse caso, direitos fundamentais afetados pelas enchentes. Como a lei municipal veio em socorro a esses direitos, a retroatividade devido à declaração de inconstitucionalidade afetaria os valores protegidos pela norma local. Ademais, claramente casos de força maior implicam em situações excepcionais (BRASIL, 2021m).

Por fim, não há como fechar esse tópico sem antes fazer menção a um fato que chamou a atenção diante dos casos levantados na pesquisa, que foi o aumento na quantidade de casos de modulação que apareceram entre 2021 e 2022 (29 casos), se comparado ao período entre 2017 e 2020 (14 casos). Entre esses julgados, como já se comentou, nem todos apresentaram modulações no controle de constitucionalidade. Foram analisadas três modulações de precedentes por questões didáticas e, além disso, a ADI nº 5.464/DF e a ADI nº 5.439/DF (ações em que houve perda de objeto) foram mantidas no trabalho para auxílio da análise dos resultados, por sua relação estreita com as ações do tema nº 1.093 (RE nº 1.287.019/DF e ADI nº 5.469/DF). Ainda assim, é interessante o contraste analisado, porque, no último um ano e nove meses (01/2021 até 09/2022), lembrando que a pesquisa foi realizada no dia 04 de setembro de 2022, o número de resultados mais que dobrou.

Questiona-se as razões desse aumento de casos. Poder-se-ia especular que a crise econômica, amplificada pela pandemia do coronavírus, seja um motivo, visto que uma das fundamentações mais marcantes para se modular a favor do Estado foi justamente a crise econômica. Em que pese a gravidade do quadro, sobretudo, o enfrentamento de uma pandemia de proporções globais, esta não foi a primeira crise financeira enfrentada no país ao longo dos anos. Assim, ainda que se possa atribuir influência à recessão econômica, este não poderia ser o único fator para o aumento de modulações.

Poder-se-ia especular que talvez a estratégia de replicação de modulação a partir de um caso paradigma possa ter pesado no resultado. De fato, quando se pensa em dar tratamento isonômico através da uniformidade da decisão, não apenas quanto ao mérito, mas à própria modulação, esta é uma maneira bem efetiva de aumentar rapidamente o número de julgados em que houve modulação, se no caso paradigma se houver modulado.



Nesse caso, estar-se-ia a implicar que a decisão do caso paradigma seria, na verdade, um caso isolado, que, por acaso, foi replicado em outros julgados de mesma temática. Mas não é possível deixar de considerar que mesmo nos casos nos quais, segundo frisou o próprio ministro Gilmar Mendes, não se modulava tradicionalmente – no caso da guerra fiscal ensejada pela concessão unilateral de benefício fiscal de ICMS – passou-se a pensar na possibilidade de modulação. Ainda que falte certa uniformidade quanto à questão da modulação nessa hipótese, é inegável que o instituto tem sofrido, paulatinamente, ampliações. O fato de haver uma jurisprudência firme quanto ao mérito ainda é argumento contrário à decisão, mas não o suficiente para barrar a modulação em todos os casos.

Assim, não se pode deixar de perceber a mudança de mentalidade da própria Corte quanto ao instituto. Muita coisa se alterou desde o início da República, quando se introduziu no país, com o controle de constitucionalidade difuso, a ideia de que o ato legislativo inconstitucional era nulo de pleno direito, o que veio a redundar no dogma da nulidade. Pareceu-se, entretanto, sair de um extremo a outro, isto é, de uma resistência muito grande em aplicar o instituto da modulação de efeitos, para modular-se sem todos os cuidados quanto à fundamentação do instituto, ressaltando-se que, em vários julgados, notou-se falta de alinhamento dos requisitos materiais com os direitos fundamentais dos cidadãos.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma das principais preocupações do presente trabalho sempre foi tentar compreender em que circunstâncias, e com que base, o STF tem decidido aplicar a modulação de efeitos, instituto a ser utilizado de modo excepcional, porque mitiga a aplicação do princípio da nulidade de lei inconstitucional, que é a regra no ordenamento jurídico brasileiro e que atua a favor da supremacia constitucional. Ou seja, para que esse princípio não seja adotado, é necessário que a modulação de efeitos seja muito bem fundamentada nos requisitos de segurança jurídica e de excepcional interesse social.

Essa preocupação se torna ainda mais premente em matéria tributária que, como se sabe, é área que interfere no campo de liberdade, dignidade e propriedade dos indivíduos. A atuação do Estado é essencialmente coercitiva e a defesa do contribuinte, nesse âmbito, está pautada nos direitos e garantias estabelecidos na Constituição Federal de 1988. Ainda que se tenha observado uma importante mudança e o Estado não seja mais a figura do soberano que toma tudo aquilo que queira, irresponsavelmente, para ampliar sua fortuna, sem se preocupar se sua usurpação está desapropriando o indivíduo de uma vida digna, de uma maior liberdade de escolha, ou mesmo de seu desenvolvimento econômico, há sempre uma delicada dialética em jogo e, por esta razão, a esfera protetiva em matéria tributária é tão acentuada e atravessada por uma rigidez necessária. É preciso sempre cuidado para evitar retrocessos. Nesse contexto, a resistência observada no sistema norte-americano em modular no campo tributário é, de certo modo, justificada.

A matéria tributária remete à área rígida do direito, na qual o ideal de segurança jurídica é particularmente acentuado e externado por meio de limitações ao exercício do Poder. Observa-se a importância de princípios limitadores, tais como o da legalidade, da anterioridade e da irretroatividade, todos relacionados ao ideal de segurança jurídica desse campo. Trata-se de fundamentos essenciais para a esfera protetiva do contribuinte, que tem o direito e o dever de basear suas liberdades de escolhas, seus planejamentos, suas ações e inações a partir das normas que o Estado lhe impõe. Frisa-se que, para que o contribuinte faça isso de maneira adequada, ele necessita que o Estado atue orientado pela boa-fé objetiva, ou seja, de forma harmônica, coerente, não contraditória, não abusiva.

Justamente por conta desse ideal de segurança jurídica do campo tributário, com mais razão, não se pode olvidar que modular significa favorecer mais a Constituição e os direitos fundamentais por ela protegidos, do que não modular. Em outras palavras, como toda exceção, a modulação de efeitos no controle de constitucionalidade necessita de uma argumentação qualificada, e não apenas de *quorum* qualificado, a fim de suplantar a regra.

A razão da modulação é a defesa da própria Constituição Federal e dos valores ali protegidos, tanto que o STF já discutia o instituto em seus julgados e o aplicava antes de qualquer permissivo legal, ainda que de maneira eventual e sem quaisquer padrões, nem quanto à fundamentação, nem quanto aos seus limites. Faltava ao instituto certa consistência, certas características que lhe dessem contorno mais definido, para que, quando aplicado, fossem seguidas as mesmas regras e as mesmas razões de decidir para todos os casos. Este, claro, é um ideal e, como todo ideal, uma meta, que, muitas vezes, contrasta com a realidade.

Contudo, é fato que fazia falta a discussão de limites metodológicos, procedimentais, tais como *quorum* mínimo, limitações relativas à coisa julgada, os tipos e duração dos efeitos e a obrigatoriedade ou não de requerimento na Inicial. Sabe-se, claro, que os tipos de modulação e a duração dos efeitos não chegaram a se impor no Brasil como limitação. Frisa-se que, diferentemente do sistema austríaco, que impõe prazo máximo de modulação *pro futuro*, o ordenamento brasileiro deu ampla liberdade ao STF para definir não apenas a direção da modulação (presente, passado, futuro), mas também sua duração.

Nesse contexto, tem particular destaque a modulação *pro futuro*, decidida pelo Tribunal. Sabe-se que a justificativa em torno da modulação diferida é evitar o vácuo legislativo, dando-se tempo para que o legislador possa se organizar e editar uma nova lei, a fim de substituir a norma declarada inconstitucional. Esta razão, entretanto, não parece orientar o STF em todos os casos. Citam-se as ações do tema nº 745, ações cuja modulação foi realizada com o fim de coincidir com a vigência dos PPAs dos estados. Este exemplo claramente ultrapassa a lógica estabelecida pela teoria, sobretudo, porque a decisão de inconstitucionalidade, nessa hipótese, não ocasionou vácuo legislativo.

Dessas preocupações de âmbito mais formalista, apenas o *quorum* e a coisa julgada parecem ter se erguido mais firmes dentro do contexto brasileiro. No entanto, mesmo o *quorum* de dois terços, que, no controle abstrato, é determinado pela própria

legislação, no controle concreto dá margens para discussões. Abre-se, nesse âmbito, a contraposição de dois posicionamentos.

Por um lado, pode-se defender *quorum* de maioria absoluta, visto que não subsistiriam os motivos para a manutenção do *quorum* qualificado. Primeiro porque ele teria sido apenas cautela do legislador da década de 1990, desnecessário na atual conjuntura. Segundo porque o controle concreto possuiria um raio de vinculação menos abrangente do que o controle abstrato, visto que este, além de vincular o Poder Judiciário, também atingiria a Administração Pública.

Por outro lado, e se forem levados em conta os resultados encontrados na presente pesquisa, este é o posicionamento que parece estar prevalecendo, pode-se defender o *quorum* qualificado, porque a modulação no controle de constitucionalidade, concreto ou abstrato, está mantendo efeitos de uma decisão que foi declarada inconstitucional e, portanto, é contrária ao ordenamento jurídico pátrio. Isto é bem diferente da modulação diante de superação de precedente, porque, neste caso, estar-se-ia mantendo efeitos relativos a atos praticados com base em orientação dos tribunais superiores, quer dizer, orientação legítima e não lei inconstitucional. Por esta razão bastaria um *quorum* de maioria absoluta para a modulação.

Quanto ao respeito à coisa julgada, notou-se que não foi em todos os casos que ela foi observada, lembrando a modulação do RE nº 122.202/MG, anterior a edição das Leis nº 9.868/1999 e nº 9.882/1999, que ultrapassou os limites de um processo. Todavia, o levantamento dos últimos cinco anos, realizado no *site* do STF, indica que a modulação tem sido vista como uma fase posterior dentro de um mesmo processo bifásico, com a decisão de modulação subordinada à decisão de mérito.

Isto não significa, entretanto, que não se avistou certa elasticidade quanto ao processo bifásico. Cita-se o procedimento de suspensão, que proporciona um pouco mais de tempo para que os ministros reflitam sobre os efeitos da decisão de inconstitucionalidade, o que pode, inclusive, suscitar nova proposta de modulação, ou ainda, a partir do fortalecimento de argumentos contrários e favoráveis, influenciar no *quorum* para a modulação de efeitos.

Outro procedimento que indica certa plasticidade da modulação é a repetição de marco temporal da decisão de modulação de efeitos a julgados de mesma temática, a partir de um caso paradigma. Verificam-se vantagens e desvantagens nesse caso. Por um lado, isto favorece a uniformidade e a isonomia e, por outro lado, equívocos referentes ao caso líder seriam repetidos nos demais processos em que se

lhe assemelharem o vício de inconstitucionalidade. Todavia, não se pode negar que é uma estratégia válida para a manutenção de uniformidade da jurisprudência. Outra estratégia que tem sido utilizada em favor da uniformização é o julgamento conjunto, que permite à Corte o enriquecimento das discussões em torno da temática e evita os riscos de julgamentos contraditórios. Frisa-se que tais procedimentos a favor de uma padronização de âmbito mais formalista não são, contudo, observados em todos os casos, quer dizer, nem sempre processos de mesmo tema vão ter padronização e uniformidade.

Outro ponto relevante a se discutir quanto à estrutura do processo bifásico é a necessidade de decisão de mérito anterior à modulação, que deveria ser, conforme estabelecem as Leis nº 9.868/1999 e nº 9.882/1999, de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, lembrando que, se a norma for constitucional, não há o que modular. Foram observadas duas problemáticas em torno dessa questão. Uma é em relação a influência da decisão de mérito no tipo de modulação a ser aplicada ao caso, com o *quorum* correspondente; a outra é quanto à dúvida sobre a possibilidade de modulação diante de inconstitucionalidade não de norma, mas de um sentido interpretativo.

Analisando a primeira problemática, sabe-se que a mudança de precedente também pode provocar a necessidade de aplicação da modulação de efeitos. Contudo, neste caso, o *quorum* aplicado é o de maioria absoluta. Já na modulação realizada diante de decisão de inconstitucionalidade, porque mantém efeitos de uma norma que contraria o ordenamento jurídico, exige-se *quorum* diferenciado. Assim, a decisão de mérito importa na análise do tipo de modulação. No caso do RE nº 851.108/SP, foi observado que o Pleno havia decidido que a lei paulista impugnada não era inconstitucional, mas norma de eficácia contida.

A ausência de decisão de inconstitucionalidade nesse RE, somada ao fato de ter ocorrido mudança de orientação da Corte, aponta para a possibilidade de modulação de efeitos com base no art. 927, § 3º do CPC, exigindo, para esse caso, apenas *quorum* de maioria absoluta. Essa distinção de *quorum* pode fazer uma grande diferença entre modular e não modular uma decisão, visto que o *quorum* de dois terços é mais difícil de ser alcançado, justamente porque mais ministros precisam estar convictos de que a exceção deve ser aplicada em lugar da regra. Nesse julgado, em especial, o *quorum* teria atendido à exigência de dois terços, mas caso não houvesse atendido, visto que esse RE foi colocado como caso paradigma, diversas

ações diretas protocoladas *a posteriori*, que se orientaram por ele, teriam se baseado em modulação realizada com *quorum* menos rigoroso.

É verdade que tais ações são independentes e que, se, formalmente, fosse alcançado o *quorum* necessário em cada uma delas, o requisito formal estaria preenchido. Todavia, também é inegável a influência que o julgado paradigma tem em orientar os casos posteriores, tanto é que alguns ministros abandonaram seus posicionamentos pessoais quanto ao tema, em favor da manutenção do que havia sido decidido no caso paradigma. Assim, nota-se a necessidade de se ter cuidado desde a decisão de mérito, para que a modulação aplicada para o julgado seja realizada com base no *quorum* adequado.

A segunda problemática observada foi quanto à dúvida sobre a possibilidade de modulação diante de decisão de inconstitucionalidade, não da norma impugnada que permanece no mundo jurídico, mas de um sentido interpretativo. Sabe-se que a modulação de efeitos é instituto ínsito ao próprio controle de constitucionalidade, as Leis nº 9.868/1999 e nº 9.882/1999 vieram proporcionar certos contornos ao instituto, e não autorizar a modulação. Isto tanto é verdade que se aplica modulação de efeitos no controle concreto mesmo sem qualquer norma autorizando a modulação nesses casos. Ou seja, o fato de não haver uma norma que trate diretamente da hipótese mencionada não seria empecilho para a modulação de efeitos.

Outra questão procedimental interessante, que tem sido relativizada, foi quanto à exigência de requerimento da modulação pela parte na Inicial. Como se sabe, a legislação não estabeleceu o requerimento como condição para modular. Todavia, o STF tinha o entendimento de que o requerimento era condição essencial, ao lado dos requisitos legais. Entendia-se que, se a parte nada argumentasse na Inicial, não haveria omissão a ser arguida em embargos de declaração, ou seja, mantinha-se a regra da retroatividade. O instituto, sob essa perspectiva, era facultativo, estava atrelado ao campo de discricionariedade e era encarado como política judicial (*judicial policy*), como manifestou a Suprema Corte norte-americana, na década de 1960.

Importante destacar que há uma grande diferença entre faculdade e dever. No primeiro caso, se tira importância do instituto e, no segundo caso, se percebe que ele é necessário à própria manutenção da ordem jurídica. No primeiro caso, se analisa conveniência e oportunidade e, no segundo caso, se modula porque os valores atingidos pelos efeitos da decisão são uma afronta à Constituição. No primeiro caso, a própria subjetividade pode vir a intervir, pois é a parte que decide se faz ou não o

requerimento, e, no segundo caso, a fundamentação da modulação e seus limites são de âmbito axiológico e normativo, fundando-se na própria Constituição. Esta segunda perspectiva, isto é, de que modular é dever implícito ao próprio controle de constitucionalidade, tem sido detectada em julgados mais recentes, inclusive, no âmbito do direito tributário.

Nesse segundo cenário, nota-se a importância dos limites axiológicos por trás da modulação. Um limite inquestionável que deve permanecer quando se decide pela modulação, sobretudo, quando se trata de uma relação desigual entre Estado e contribuinte, é a obediência aos requisitos materiais dentro de seus contornos conceituais. Impõe-se, assim, o respeito à segurança jurídica que, em sua vertente subjetiva, é oponível ao Estado, em defesa dos direitos fundamentais do cidadão, mas não o inverso, além do respeito ao excepcional interesse social, que, como observado, se funda nos direitos fundamentais, não confundindo-se com excepcional interesse público.

Todavia, é interessante destacar que, em geral, os ministros não fazem distinção entre excepcional interesse social e excepcional interesse público. Esta ausência de diferenciação entre conceitos configurou-se numa problemática, pois a expressão “interesse público” frequentemente é atravessada pelos interesses do Estado-administrador, e tais interesses nem sempre se coadunam com os sociais.

Entendeu-se que esta fusão entre conceitos está por trás da fundamentação, por vezes, favorável aos interesses orçamentários do Estado. Quer dizer, coloca-se a modulação de efeitos a serviço de interesses secundários (orçamentários) do Estado, sob a escusa de que o Estado precisa de orçamento x para atingir seus objetivos primários. Contudo, para isto, se atropelam os objetivos primários, já que são sacrificados direitos fundamentais do contribuinte.

Em outras palavras, a análise do impacto da decisão de inconstitucionalidade, não raramente, leva em conta apenas um dos atores envolvidos no processo, a parte sucumbente, que é o ente estatal. Não se nota análise igualmente preocupada sobre consequências da decisão de modulação sobre a parte vencedora, no caso, os cidadãos e a sociedade com um todo. Como frequentemente menciona o ministro Marco Aurélio em seus votos, encara-se, nesse caso, uma vitória com ares de derrota, na qual a parte ganha, mas não leva. Com isto, questiona-se até que ponto se pode denominar a postura do STF como consequencialista, já que a análise das consequências tem se limitado às preocupações orçamentárias do Estado, em lugar

de se ponderar as consequências do impacto da decisão amplamente sobre todos os atores envolvidos na equação. Frisa-se que, nos embargos declaratórios do RE nº 714.139/SC, a Corte ressaltou que considerou todos os atores envolvidos na decisão de modulação. Todavia, a apresentação de relatórios de impactos financeiros só foi observada a favor do Estado. Novamente, ressalta-se a dificuldade de contrapor-se a decisões que se fundam unicamente em supostas consequências da decisão, visto que, nesse caso, sempre existe uma arbitrariedade à qual faltam parâmetros objetivos.

Outra crítica que se pode lançar quanto à fundamentação para a modulação de efeitos é quanto à falta de contorno conceitual da expressão segurança jurídica, que pode vir a ser, por esta razão, compreendida como sinônimo de segurança fiscal. Quando o ministro Gilmar Mendes comenta que a segurança jurídica estaria plasmada na formação do planejamento fiscal dos estados a partir da expectativa que tinham de arrecadação, nota-se, claramente, que um conceito é tomado por outro.

Ademais, frisa-se que a Corte, não raramente, aplica a vertente subjetiva da segurança jurídica (confiança legítima) em defesa do Estado, o que significa que o ente pode produzir lei contrária à Constituição e depois alegar a seu favor a observância de um princípio constitucional (confiança legítima), para manter os efeitos de norma inconstitucional que lhe beneficia. Isto abala as próprias bases principiológicas que fundamentam o Estado, tais como a legalidade, a moralidade e a própria segurança jurídica, configurando-se num *venire contra factum proprium*.

Ressalta-se, por fim, que se notou um aumento de julgados nos quais foi aplicado o instituto da modulação de efeitos, acentuando-se este aumento a partir de 2021. Frisa-se que é relevante questionar o motivo. Nas fundamentações utilizadas para a aplicação do instituto, nesses julgados, é marcante o apontamento da crise econômica, amplificada pela pandemia. Este argumento, em particular, tem sido utilizado em favor do Estado. Entretanto, apesar da gravidade do quadro observado, principalmente devido ao enfrentamento de uma pandemia de proporções globais, é preciso reconhecer que esta não é a primeira crise econômica enfrentada pelo Brasil. Assim, ainda que se possa atribuir influência à recessão econômica, ela não poderia ser entendida como único fator.

Poder-se-ia pensar que talvez a estratégia de replicação de modulação a partir de um caso paradigma tenha pesado no resultado encontrado. E, realmente, quando se concede tratamento isonômico através da uniformidade da decisão, não apenas



quanto ao mérito, mas quanto à própria modulação, esta é uma maneira bem efetiva de se aumentar rapidamente o número de julgados em que houve modulação, isto, claro, se no caso paradigma se houver modulado.

Contudo, neste caso, estar-se-ia a insinuar que a decisão do caso paradigma seria um caso isolado, que, por acaso, foi repetido em outros julgados de mesma temática. Mas não é possível deixar de considerar que, mesmo em casos nos quais, segundo frisou o próprio ministro Gilmar Mendes, não se modulava tradicionalmente – no caso da guerra fiscal ensejada pela concessão unilateral de benefício fiscal de ICMS – passou-se a pensar na possibilidade de modulação. Ainda que falte certa uniformidade quanto à questão da modulação nessa hipótese, é inegável que o instituto tem sofrido, paulatinamente, ampliações. O fato de haver uma jurisprudência firme quanto ao mérito ainda é argumento contrário à decisão, mas não o suficiente para barrar a modulação em todos os casos.

Assim, não se pode deixar de perceber a mudança de mentalidade da própria Corte quanto ao instituto. Passou-se de uma concepção em que modular implicaria ofensa à própria Constituição, pautando-se, neste caso, no dogma da nulidade, para outra posição bem distinta, em que modular também poderia favorecer a tutela da própria Constituição.

Para isto, foi necessário sair de uma análise unidirecional entre norma infraconstitucional (inferior) e norma constitucional (superior) para uma análise multidirecional entre norma infraconstitucional, as relações ou efeitos gerados por ela, e as diversas normas constitucionais que orquestram tudo isso. Em outros termos, houve uma mudança no foco interpretativo, que passaria a estar mais harmônico com o pensamento contemporâneo do neoconstitucionalismo, num movimento de superação do modelo positivista. Ou seja, deixa-se um modelo basicamente formalista, orientado por regras, mas que desconsiderava valores, por um modelo orientado por normas e valores constitucionais.

Um dos principais pilares da Constituição são os direitos fundamentais, orientados pela dignidade da pessoa humana, o que implica dizer que também os requisitos para modular devem obedecer a essa essência. O que se observou a partir dos resultados encontrados na pesquisa é a necessidade de o STF estabelecer contornos mais definidos em torno dos conceitos de segurança jurídica e excepcional interesse social, para que estes estejam mais alinhados com o espírito da Constituição, cujo núcleo base são os direitos fundamentais.

Como se alertou desde o início do trabalho, a abertura desses conceitos indeterminados implicaria no risco de que os julgadores façam com eles o que quiserem, inclusive, o que não deveriam. Assim, para que o instituto da modulação de efeitos seja aplicado conforme à Constituição, a exceção à regra precisa ser qualificada, não apenas quanto ao número de votos, como já se mencionou, mas também em relação à fundamentação.

O que tem se observado é que a modulação tem sido frequentemente aplicada com base em interesse público, e não interesse social, e com base na segurança fiscal do Estado, pois é justamente isto que fica caracterizado quando se modula com base na expectativa que o Estado tinha em termos de arrecadação. Em outras palavras, a modulação tem sido, muitas vezes, utilizada como instrumento de proteção ao próprio Estado-administrador, em lugar de proteção aos direitos fundamentais. Nesse contexto, os supostos argumentos consequencialistas, que como já mencionado, são mais tendenciosos do que consequencialistas, têm servido de escusa para o favorecimento de questões orçamentárias. Assim, conclui-se que há necessidade de que seja feito pela Corte um maior alinhamento entre os requisitos materiais para a modulação de efeitos e os direitos fundamentais tutelados pela Constituição. Fora desse âmbito, corre-se o risco de ofensa à própria supremacia Constitucional.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. *E-book*.

ALVIM, Teresa Arruda. **Modulação**: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. *E-book*.

ANDRADE, Fabio Martins de. **Modulação em matéria tributária**: o argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico e as decisões do STF. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

AUSTRIA. [Constitution (1930)]. **Federal Constitutional Law - B-VG**. Disponível em: <https://www.parlament.gv.at/ENGL/PERK/RGES/>. Acesso em: 3 ago. 2022.

ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **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 9868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança jurídica**. 6. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. *E-book*.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 10. Ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. *E-book*.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 78.209/SP – São Paulo**. Oficiais de justiça - exercício de suas funções por agentes do executivo [...]. Recorrente: Comercial e industrial Domus. Recorrido: Estado de São Paulo. Relator: Min. Aliomar Baleeiro, 04 de junho de 1974a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=173630>. Acesso em: 08 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário Criminal 78.549/SP – São Paulo**. Prescrição pela pena concretizada na sentença. [...] Recorrente: Ministério Público. Recorrido: Plínio Barbosa Gonçalves. Relator: Min. Oswaldo Trigueiro, 30 de abril de 1974b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=173953>. Acesso em: 08 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 78.594/SP – São Paulo**. Funcionário público. Exercício da função de oficial validade do ato praticado por funcionário de fato [...]. Recorrente: João Duarte & Cia. LTDA. Recorrido: Estado de São Paulo. Relator: Min. Bilac Pinto, 07 de junho de 1974c. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=173998>. Acesso em: 08 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 79.343/BA – Bahia**. Declaração, pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, da inconstitucionalidade do Dec.-Lei n. 322 [...]. Recorrente: José Pereira Cesar. Recorrido: Aurélio Paz Boulhosa. Relator: Min. Leitaó De Abreu, 02 de setembro de 1977. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=174730>. Acesso em: 08 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 93.356/MT – Mato Grosso**. Declaração de inconstitucionalidade em ação direta [...]. Recorrente: Pantaleão Blanc Rinaldi. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso. Relator: Min. Leitaó de Abreu, 23 de março de 1981. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=186863>. Acesso em: 08 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Representação de Inconstitucionalidade 1.379/MG – Minas Gerais**. Representação de Inconstitucionalidade [...]. Representante: Procurador-Geral da República. Representados: Governador e Assembleia Legislativa do Estado do Minas Gerais. Relator: Min. Moreira Alves, 12 de agosto de 1987. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=264098>. Acesso em: 08 ago. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 03 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 122.202/MG – Minas Gerais**. Ementa: - Recurso Extraordinário. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade em tese pelo Supremo Tribunal Federal [...]. Recorrente: Estado de Minas Gerais. Recorridos: Emerson Tardieu de Aguiar Pereira e outros. Relator: Min. Francisco Rezek, 08 de abril de 1994. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=207468>. Acesso em: 08 ago. 2022.

BRASIL. **Lei 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. Brasília, DF: Presidência da República, [1999a]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm). Acesso em: 21 ago. 2022.

BRASIL. **Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, [1999b]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm). Acesso em: 21 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.791/PR - Paraná**. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Art. 34, §1º, da Lei Estadual do Paraná nº 12.398/98, com redação dada pela Lei Estadual nº 12.607/99. [...]. Requerente: Governador do Estado do Paraná. Requerido: Assembleia Legislativa do Estado do Paraná. Relator: Min. Gilmar Mendes, 16 de agosto de 2006. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2081587>. Acesso em: 08 ago. 2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 377.457/PR – Paraná**. Contribuição social sobre o faturamento - COFINS (CF, art. 195, I) [...]. Recorrente: Antônio Glênio F. Albuquerque & Advogados. Recorrido: União. Relator: Min. Gilmar Mendes, 17 de setembro de 2008. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2102312>. Acesso em: 08 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.601/DF – Distrito Federal**. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei Distrital nº 3.642/05 [...]. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Câmara Legislativa do Distrito Federal. Relator: Min. Menezes Direito, 15 de abril de 2009. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5606>. Acesso em: 08 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.462/PA – Pará**. Ação direta de inconstitucionalidade. Direito tributário. Lei paraense nº 6.489/2002 [...]. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Governador do Estado do Pará. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 15 de setembro de 2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=618979>. Acesso em: 21 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 586.453/SE – Sergipe**. Recurso extraordinário – Direito Previdenciário e Processual Civil [...]. Recorrente: Fundação Petrobrás de Seguridade Social. Recorrido: Petróleo Brasileiro S.A. Relator: Min. Ellen Gracie, 20 de fevereiro de 2013. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630014>. Acesso em: 08 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.481/PR – Paraná**. I. Tributário. Lei estadual que institui benefícios fiscais relativos ao ICMS [...]. Requerente: Confederação Nacional da Indústria. Requerido: Governador do Estado do Paraná e Assembleia Legislativa. Relator: Min. Roberto Barroso, 11 de março de 2015a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8494796>. Acesso em: 08 ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2015b]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 03 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 638.115/CE – Ceará**. Recurso extraordinário. 2. Administrativo. 3. Servidor público [...]. Recorrente: União. Recorrido: Francisco Ricardo Lopes Matias e outro. Relator: Min. Gilmar Mendes, 19 de março de 2015c. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9016170>. Acesso em: 08 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.111/RJ – Rio de Janeiro**. Constitucional. ADI [...]. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Governador do Estado do Rio de Janeiro e Assembleia Legislativa. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 30 de junho de 2017a. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2194134>. Acesso em: 04 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.796/PR – Paraná**. Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Lei n. 15.054/2006 do Estado do Paraná [...]. Requerente: Governador do Estado do Paraná. Requerido: Assembleia Legislativa do Estado do Paraná. Relator: Min. Gilmar Mendes, 08 de março de 2017b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13194050>. Acesso em: 04 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.908/SE – Sergipe**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Tributário. Lei sergipana n. 4.184/1999 [...]. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Requeridos: Governador do Estado de Sergipe e Assembleia Legislativa. Relator: Min. Cármen Lúcia, 11 de outubro de 2019a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751318187>. Acesso em: 04 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.550/RJ – Rio de Janeiro**. Ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 12 da Lei nº 4.546/2005 [...]. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Governador do Estado do Rio de Janeiro e Assembleia Legislativa. Relator: Min. Dias Toffoli, 18 de dezembro de 2019b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752158083>. Acesso em: 04 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.779/PA – Pará**. Constitucional e tributário. Limitações ao poder de tributar [...]. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Assembleia Legislativa do Estado do Pará e Governador. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 30 de agosto de 2019c. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751544351>. Acesso em: 04 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.984/SC – Santa Catarina**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Direito tributário [...]. Requerente: Governador do Estado do Paraná. Requeridos: Governador do

Estado do Estado de Santa Catarina e Assembleia Legislativa. Relator: Min. Luiz Fux, 30 de agosto de 2019d. Disponível em:  
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750922213>.  
Acesso em: 04 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.705/DF – Distrito Federal**. Direito constitucional e tributário. [...]. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Requeridos: Governador do Estado da Paraíba e Assembleia Legislativa. Relator: Min. Roberto Barroso, 03 de outubro de 2019e. Disponível em:  
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751245338>.  
Acesso em: 04 set. 2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.985/PB – Paraíba**. Constitucional e tributário. Limitações ao poder de tributar. ICMS [...]. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Governador do Estado da Paraíba. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 30 de agosto de 2019f. Disponível em:  
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751580085>.  
Acesso em: 04 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.467/MA – Maranhão**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Direito tributário [...]. Requerente: Solidariedade. Requeridos: Governador do Estado do Maranhão e Assembleia Legislativa. Relator: Min. Luiz Fux, 30 de agosto de 2019g. Disponível em:  
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750833031>.  
Acesso em: 04 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.281/SP – São Paulo**. Ação Direta de Inconstitucionalidade [...]. Requerente: Associação Brasileira dos Agentes Comercializadores de Energia Elétrica. Requerido: Governador do Estado de São Paulo. Relator: Min. Rosa Weber, 13 de outubro de 2020a. Disponível em:  
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754716128>.  
Acesso em: 04 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.480/DF – Distrito Federal**. Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Direito Tributário [...]. Requerente: Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes, 27 de março de 2020b. Disponível em:  
<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3979672>. Acesso em: 04 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.074/RR – Roraima**. Ação Direta de Inconstitucionalidade [...]. Requerente: Estado de Roraima. Requerido: Assembleia Legislativa do Estado de Roraima. Relator: Min. Rosa Weber, 21 de dezembro de 2020c. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755255404>. Acesso em: 04 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.222/CE – Ceará**. Ação direta de inconstitucionalidade [...]. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Governador do Estado do Ceará. Relator: Min. Gilmar Mendes, 20 de abril de 2020d. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5766724>. Acesso em: 04 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 669.196/DF – Distrito Federal**. Recurso extraordinário. Repercussão geral [...]. Recorrente: União. Recorrido: Bônus Indústria e Comércio de Confecções Ltda. Relator: Min. Dias Toffoli, 26 de outubro de 2020e. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4189391>. Acesso em: 04 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.945/MT – Mato Grosso**. Ação direta de inconstitucionalidade [...]. Requerente: Partido do Movimento Democrático Brasileiro. Requeridos: Governador do Estado de Mato Grosso e Assembleia Legislativa. Relator: Min. Cármen Lúcia, 24 de fevereiro de 2021a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755910765>. Acesso em: 04 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.288/PR – Paraná**. Ação direta de inconstitucionalidade [...]. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Governador do Estado do Paraná e Assembleia Legislativa. Relator: Min. Rosa Weber, 23 de novembro de 2021b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=758462257>. Acesso em: 04 set. 2022.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.439/ DF – Distrito Federal**. Agravo regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade. Tributário [...]. Requerente: Associação Brasileira dos Distribuidores de Medicamentos Especiais e Excepcionais. Requerido: Presidente do Conselho Nacional de Política Fazendária. Relator: Min. Cármen Lúcia, 13 de abril de 2021c. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4906822>. Acesso em: 04 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.464/DF – Distrito Federal**. Ação direta de inconstitucionalidade [...]. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Requerido: Conselho Nacional de Política Fazendária. Relator: Min. Dias Toffoli, 12 de maio de 2021d. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4918380>. Acesso em: 04 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.469/ DF – Distrito Federal**. Ação direta de inconstitucionalidade [...]. Requerente:



Associação Brasileira de Comércio Eletrônico. Requerido: Presidente do Conselho Nacional de Política Fazendária. Relator: Min. Dias Toffoli, 24 de fevereiro de 2021e. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4922493>. Acesso em: 04 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.576/SP – São Paulo**. Direito constitucional e tributário [...]. Requerente: Confederação Nacional de Serviços. Requeridos: Governador do Estado de São Paulo e Assembleia Legislativa. Relator: Min. Roberto Barroso, 03 de agosto de 2021f. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=757197027>. Acesso em: 04 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.659/MG – Minas Gerais**. Ação direta de inconstitucionalidade. Direito Tributário [...]. Requerente: Confederação Nacional de Serviços. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Dias Toffoli, 24 fevereiro de 2021g. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755910810>. Acesso em: 04 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.144/AM – Amazonas**. Ação direta de inconstitucionalidade. Perda de objeto [...]. Requerente: Partido da República. Requerido: Governador do Estado do Amazonas. Relator: Min. Dias Toffoli, 03 de agosto de 2021h. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=757121626>. Acesso em: 04 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.479/PA – Pará**. Ação direta de inconstitucionalidade [...]. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Governador do Estado do Pará. Relator: Min. Cármen Lúcia, 21 de junho de 2021i. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756349194>. Acesso em: 04 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 714.139/ SC – Santa Catarina**. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Tema nº 745 [...]. Recorrente: Lojas Americanas S.A. Recorrido: Estado de Santa Catarina. Relator: Min. Marco Aurélio, 18 de dezembro de 2021j. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4307031>. Acesso em: 04 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 851.108/SP – São Paulo**. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Tributário [...]. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorrido: Vanessa Regina Andreatta. Relator: Min. Dias Toffoli, 01 de março de 2021k. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4667945>. Acesso em: 04 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 1.287.019/DF – Distrito Federal**. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Direito tributário [...]. Recorrente: Madeiramadeira Comercio Eletrônico S/A e outros. Recorrido: Distrito Federal. Relator: Min. Marco Aurélio, 24 de fevereiro de 2021I. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5994076>. Acesso em: 04 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 1.331.245/SP – São Paulo**. Requerentes: Prefeitura do Município de Valinhos e Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo. Requerido: Câmara Municipal de Valinhos. Relator: Min. Dias Toffoli, 16 de setembro de 2021m. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6194786>. Acesso em: 04 set. 2022.

BRASIL. **Lei complementar nº 190, 4 de janeiro de 2022**. Altera a Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996 (Lei Kandir), para regulamentar a cobrança do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) nas operações e prestações interestaduais destinadas a consumidor final não contribuinte do imposto. Brasília, DF: Presidência da República, [2022a]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp190.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp190.htm). Acesso em 04 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.882/SC – Santa Catarina**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Referendo medida cautelar [...]. Requerente: Governador do Estado de Santa Catarina. Requerido: Presidente da Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina. Relator: Min. Gilmar Mendes, 16 de maio de 2022b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=761096637>. Acesso em: 04 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.817/PE – Pernambuco**. Ação Direta de Inconstitucionalidade com pedido de medida cautelar [...]. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Assembleia Legislativa do Estado de Pernambuco. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 21 de fevereiro de 2022c. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=759622415>. Acesso em: 04 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.818/PR - Paraná**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Constitucional e tributário [...]. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Governador do Estado do Paraná e Assembleia Legislativa. Relator: Min. Rosa Weber, 21 de março de 2022d. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=760597713>. Acesso em: 04 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.819/PA – Pará**. Ação direta de inconstitucionalidade. Direito tributário. ITCMD [...]. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Assembleia Legislativa do

Estado do Pará e Governador. Relator: Min. Dias Toffoli, 04 de abril de 2022e.

Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=760597714>.

Acesso em: 04 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.820/TO – Tocantins**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Constitucional e tributário [...]. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Assembleia Legislativa do Estado de Tocantins e Governador do Estado. Relator: Min. Rosa Weber, 21 de março de 2022f. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=760597715>.

Acesso em: 04 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.821/MA – Maranhão**. Constitucional e tributário [...]. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Assembleia Legislativa do Estado do Maranhão. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 21 de fevereiro de 2022g. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=759723718>.

Acesso em: 04 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.822/PB – Paraíba**. Direito Constitucional e Tributário. Ação Direta de

Inconstitucionalidade. ITCMD [...]. Requerente: Procurador-Geral da República.

Requerido: Governador do Estado da Paraíba e Assembleia Legislativa. Relator:

Min. Roberto Barroso, 21 fevereiro 2022h. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=759622416>.

Acesso em: 04 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.824/RO – Rondônia**. Constitucional e tributário [...]. Requerente: Procurador-Geral Da República. Requerido: Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia e Governador do Estado. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 21 de fevereiro 2022i.

Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=759622417>.

Acesso em: 04 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.825/RS – Rio Grande do Sul**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Direito

constitucional [...]. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido:

Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul e Governador do Estado.

Relator: Min. Edson Fachin, 21 de fevereiro 2022j. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=759942262>.

Acesso em: 04 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.826/RJ – Rio de Janeiro**. Constitucional e tributário [...]. Requerente: Procurador-

Geral da República. Requeridos: Governador do Estado do Rio de Janeiro e

Assembleia Legislativa. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 09 de março de 2022k.

Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=760597718>.  
Acesso em: 04 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.833/DF – Distrito Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Constitucional e tributário [...]. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Governador do Distrito Federal e Câmara Legislativa. Relator: Min. Rosa Weber, 21 de março de 2022l. Disponível em:  
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=759903458>.  
Acesso em: 04 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.834/CE – Ceará**. Ação direta de inconstitucionalidade. Direito constitucional [...]. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Governador do Estado do Ceará e Assembleia Legislativa. Relator: Min. Edson Fachin, 21 de fevereiro de 2022m. Disponível em:  
<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6168165>. Acesso em: 04 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.836/AM – Amazonas**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Tributário [...]. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Governador do Estado do Amazonas e Assembleia Legislativa. Relator: Min. Cármen Lúcia, 21 de fevereiro de 2022n. Disponível em:  
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=759581533>.  
Acesso em: 04 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.839/MG – Minas Gerais**. Medida cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade [...]. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Governador do Estado de Minas Gerais e Assembleia Legislativa. Relator: Min. Cármen Lúcia, 21 de fevereiro de 2022o. Disponível em:  
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=759581534>.  
Acesso em: 04 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 7.117/SC – Santa Catarina**. Ação direta de inconstitucionalidade. Direito tributário. ICMS [...]. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Governador do Estado de Santa Catarina e Assembleia Legislativa. Relator: Min. Dias Toffoli, 27 de junho de 2022p. Disponível em:  
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=762161021>.  
Acesso em: 04 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 7.123/DF – Distrito Federal**. Ação direta de inconstitucionalidade. Direito tributário. ICMS [...]. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Governador do Distrito Federal e Câmara Legislativa. Relator: Min. Dias Toffoli, 27 de junho de 2022q. Disponível em:  
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=762161022>.  
Acesso em: 04 set. 2022.

CALIENDO, Paulo. **Direito Tributário**: Três modos de pensar a tributação. Elementos para uma teoria sistemática do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. *E-book*.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Tradução de Araldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1999.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **O controle de constitucionalidade das leis e o poder de tributar na Constituição de 1988**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. *E-book*.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional**: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. *E-book*.

DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. *E-book*.

FERNANDES, André Dias. **Modulação de efeitos e decisões manipulativas no controle de constitucionalidade brasileiro**: possibilidades, limites e parâmetros. Salvador: Editora JusPodivim, 2018.

FINCATO, Denise Pires; GILLET, Sérgio Augusto da Costa. **A Pesquisa Jurídica sem Mistérios**: do Projeto de Pesquisa à Banca. 3. ed. rev. atual. Porto Alegre: Editora Fi, 2018. Disponível em: <http://www.editorafi.org>. Acesso em: 30 ago. 2021. *E-book*.

FRANCE. [Constitution (1958)]. **Constitution du 4 octobre 1958**. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000571356/2019-07-01/>. Acesso em: 27 jul. 2022.

GEBRAN, João Guilherme Rache. O novo controle de constitucionalidade francês: la question prioritaire de constitutionnalité. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 68, out. 2015. Disponível em: [https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/97614/novo\\_controle\\_constitucionalidade\\_gebran.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/97614/novo_controle_constitucionalidade_gebran.pdf). Acesso em: 27 jul. 2022.

HENRIQUES, Antonio; MEDEIROS, João Bosco. **Metodologia científica na pesquisa jurídica**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017. *E-book*.

JOBIM, Marco Félix; OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. **Súmula, Jurisprudência e Precedente**: da Distinção à Superação. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia científica**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2017. *E-book*.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. *E-book*.

MEDINA, José Miguel Garcia. No apagar de 2022, uma impactante reforma acaba de ser realizada no STF. **Consultor Jurídico**, São Paulo, dez. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-dez-28/processo-novo-stf-impactante-reforma-acaba-realizada-corte>. Acesso em: 23 jan. 2023.

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

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. *E-book*.

MENDES, Gilmar Ferreira; CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Manual didático de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. *E-book*.

MENEGON, Francys Ricardo. **Modulação dos efeitos das decisões proferidas em matéria tributária frente aos direitos fundamentais do contribuinte**. São Paulo: Editora Dialética, 2021. *E-book*.

MITIDIERO, Daniel. **Superação para frente e modulação de efeitos: precedente e controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. *E-book*.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 38. ed. Barueri [SP]: Atlas, 2022. *E-book*.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2021.

REICHELTE, Luis Alberto. A duração do processo, o julgamento do recurso extraordinário dotado de repercussão geral e a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. **Revista de Processo**. São Paulo, v.193, p. 131-150, mar. 2011. Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 03 out. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12 ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. *E-book*.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. *E-book*.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. *E-book*.

SESMA, Victoria Iturralde. **El precedente em el common law**. Madrid: Civitas, 1995.

SEVERINO, Fernanda Resende. **Modulação de efeitos em sede de controle concentrado de constitucionalidade**. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2022. *E-book*.

SILVA, Guilherme Villas Bôas e. **O argumento financeiro e a modulação de efeitos no STF** 1. ed. São Paulo: Almedina, 2020a. *E-book*.

SILVA, Maceno Lisboa da. O pragmatismo ou consequencialismo econômico e a modulação temporal de efeitos das decisões judiciais do STF em matéria tributária. **Revista de Direito Tributário Contemporâneo**, v. 24, p. 225-243, maio/jun. 2020b. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/authentication/formLogin>. Acesso em: 30 ago. 2021.

TESSARI, Cláudio. **Modulação dos efeitos no STF: parâmetros para definição do excepcional interesse social**. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

TRINDADE, André Fernando dos Reis. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. *E-book*.

UNITED STATES. [Constitution (1787)]. **Constitution of the United States**. 1787. Disponível em: [https://www.senate.gov/civics/constitution\\_item/constitution.htm#a6](https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#a6). Acesso em: 28 jul. 2022.

UNITED STATES. The U.S. National archives and records administration. **Marbury v. Madison**, 5 U.S. 137 (1803). Disponível em: <https://www.archives.gov/milestone-documents/marbury-v-madison#:~:text=Between%20these%20alternatives%20there%20is,shall%20please%20to%20alter%20it>. Acesso em: 06 ago. 2022.

UNITED STATES. Library of Congress. U.S. Reports. **Linkletter v. Walker**, 381 U.S. 618 (1965). Disponível em: <https://www.loc.gov/item/usrep381618/>. Acesso em: 19 ago. 2022.

UNITED STATES. Library of Congress. U.S. Reports. **Harper v. Virginia Dep't of Taxation**, 509 U.S. 86 (1993). Disponível em: <https://www.loc.gov/item/usrep509086/>. Acesso em: 19 ago. 2022.



Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul  
Pró-Reitoria de Graduação  
Av. Ipiranga, 6681 - Prédio 1 - 3º. andar  
Porto Alegre - RS - Brasil  
Fone: (51) 3320-3500 - Fax: (51) 3339-1564  
E-mail: [prograd@pucrs.br](mailto:prograd@pucrs.br)  
Site: [www.pucrs.br](http://www.pucrs.br)