

MODULAÇÃO DE EFEITOS EM SEDE DE CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

Demetrius Almeida Leão*
Soraya Ferreira Costa**

RESUMO

Os efeitos operados pela decisão proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade são, via de regra, *ex tunc* e *inter partes*. Todavia, excepcionalmente, por relevante interesse social e razões de segurança jurídica, admite-se a modulação dos efeitos dessa decisão, permitindo-se que a mesma tenha efeitos prospectivos e/ou *erga omnes*. Objetiva-se, pois, analisar as implicações advindas da possibilidade de utilização dessa técnica em fiscalização incidental, à luz da legislação pertinente e da jurisprudência pátria.

Palavras-chave: Controle difuso de constitucionalidade. Modulação de efeitos. Efeitos prospectivos e/ou *erga omnes*.

MODULATION EFFECTS IN CONTROL OF HEADQUARTERS DIFFUSE CONSTITUTIONALITY

ABSTRACT

The effects operated by the diffuse control of constitutionality decision are, as a rule, *ex tunc* and *inter partes*. Nevertheless, exceptionally, in view of weighty social interest and juridical security reasons, the modulation of effects of this decision is accepted, allowing that it has prospective and/or *erga omnes* effects. Thus, it aims to analyze the implications arising from this technique use possibility in the diffuse surveillance, on the torch of the pertinent legislation and the native jurisprudence.

Keywords: Diffuse control of constitutionality. Modulation of effects. Prospective and/or *erga omnes* effects.

*Artigo recebido em 28/04/2012 e aceito para publicação em 20/06/2012

*Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba – UFPB. Prof. de Direito Constitucional da União de Ensino Superior de Campina Grande-PB (UNESC) e do Centro de Educação Superior Reinaldo Ramos (CESREI).

**Bacharela em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba – UEPB.

INTRODUÇÃO

Com o advento do constitucionalismo, entre os séculos XVIII e XIX, movimento cuja principal ideia era a de que deveriam existir constituições escritas reguladoras do exercício do poder e privilegiadoras das liberdades públicas, atribuiu-se maior força normativa à Constituição.

Por conseguinte, passou-se a compreendê-la como norma fundamental e suprema, porquanto além de estabelecer a estrutura e organização dos Estados, diferenciando-os, expressa a própria vontade social nela insculpida; de modo que as demais leis devem com ela guardar compatibilidade. Portanto, a Constituição exerce função preponderante no Estado Democrático de Direito, tendo em vista que objetiva traçar os princípios ideológicos, políticos, jurídicos e legislativos informadores da atuação estatal e limitadores do poder, bem como expressar a vontade social.

Assim, no afã de resguardar a sua autoridade normativa e supremacia constitucional, faz-se necessária a existência de um sistema que possibilite a fiscalização da compatibilidade das demais leis com a Carta Magna, de modo a preservar não somente a harmonia da ordem jurídica, mas também o próprio Estado de Direito, sendo isso o que se denomina controle de constitucionalidade.

No Brasil, a verificação da compatibilidade das leis com a Constituição é realizada eminentemente pelo Poder Judiciário, admitindo-se a fiscalização concentrada/abstrata, realizada pelo Supremo Tribunal Federal e Tribunais de Justiça estaduais; e a difusa/incidental, oportunizada a qualquer juiz ou tribunal. Logo, adota-se um sistema misto de controle de constitucionalidade.

Nesse diapasão, questão relevante diz respeito aos efeitos produzidos pela decisão que declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, já que produzem implicações na ordem jurídica. Via de regra, a declaração de inconstitucionalidade em sede de fiscalização concentrada reveste-se de efeitos retroativos à edição da lei (*ex tunc*) e vincula a todos (*erga omnes*).

No tocante ao controle difuso, a regra geral é que os efeitos sejam *inter partes* (apenas entre as partes do processo) e *ex tunc* (retroativos), considerando-se a lei nula desde a sua origem (princípio da nulidade). Contudo, há situações em que a aplicação de efeitos retroativos à declaração de inconstitucionalidade culminaria em grave ameaça à

segurança jurídica do ordenamento, na medida em que relações celebradas de boa-fé sob a égide da lei anterior também seriam nulas, provocando instabilidade na ordem jurídica.

Destarte, nessas situações excepcionais, que envolvem razões de segurança jurídica e relevante interesse social, permite-se a modulação dos efeitos da decisão. Em outros termos, flexibilizam-se seus efeitos para se determinar que a declaração de inconstitucionalidade seja considerada apenas a partir da publicação do julgado ou de outro momento fixado.

O presente artigo cingir-se-á, portanto, na análise dessa técnica de decisão especificamente em sede de controle difuso/incidental, no tocante às implicações advindas da possibilidade de modulação de efeitos nesse âmbito.

Assim sendo, temos como objetivos: dispor sobre as linhas gerais da técnica da modulação de efeitos, bem como as principais consequências de sua aplicação em sede de controle difuso de constitucionalidade; e analisar os posicionamentos jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal (STF) no tocante à possibilidade da modulação dos efeitos da decisão exarada por esta corte em sede de controle difuso de constitucionalidade, expondo as implicações de tal entendimento.

De modo que buscar-se-á responder a seguinte pergunta: quais as implicações mais patentes da possibilidade de modulação dos efeitos da decisão proferida em sede de controle difuso realizado pelo Supremo Tribunal Federal, em face da legislação pátria pertinente à matéria e da jurisprudência desse tribunal?

Sem dúvida, temos como preocupação uma temática de relevância incontestável nos dias atuais, mormente por vir sendo objeto de debates doutrinários fervorosos e de farta apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, cuja aplicação tem influenciado sobremaneira na transformação do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro.

1. MODULAÇÃO DE EFEITOS: ASPECTOS GERAIS E LEGAIS

Como cediço, a decisão proferida em sede de controle difuso opera, via de regra, efeitos *inter partes* e *ex tunc*, ou seja, é dizer que tendo em vista que a inconstitucionalidade é declarada incidentalmente no bojo de uma demanda concreta, a eficácia do julgamento produz efeitos para as partes que figuraram no processo.

Ademais, gera efeitos temporais retroativos (*ex tunc*), atingindo a lei desde a sua edição, considerando-a nula desde a sua origem (princípio da nulidade) (LENZA, 2008).

Ocorre, entretanto, que em situações excepcionais, que ponham em risco a própria segurança jurídica e a harmonia da ordem constitucional, pode o Supremo Tribunal Federal, mediante o voto da maioria de dois terços de seus membros, conferir efeitos temporais *ex nunc* ou prospectivos à decisão; isso porque nessas hipóteses a declaração da nulidade da lei seria inadequada, implicando em um afastamento da própria vontade constitucional (MENDES, 2002).

Assim sendo, possibilita-se a limitação dos efeitos da decisão proferida em sede de controle difuso, declarando-se a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo a partir da data da publicação do julgado ou de outra data futura, não retroagindo à edição do ato.

Portanto, a modulação de efeitos consiste na possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, mediante o voto da maioria de 2/3 (dois terços) dos seus membros e diante de excepcional interesse público e por motivos de segurança jurídica, definir se os efeitos da declaração de inconstitucionalidade serão *ex tunc*, *ex nunc* ou *pro futuro*, manipulando, dessa forma, os efeitos da decisão (AGRA, 2008).

Nesse diapasão, dispõem os arts. 27 da Lei nº 9.868/99 e 11 da Lei nº 9.882/99, diplomas legais atinentes à ação direta de inconstitucionalidade/ação declaratória de constitucionalidade e à arguição de descumprimento de preceito fundamental, respectivamente, que, em vislumbrando razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, pode o Supremo Tribunal Federal restringir os efeitos da declaração de (in)constitucionalidade ou determinar que a mesma produza efeitos a partir da sua publicação ou de outro momento fixado (CUNHA JR., 2007).

Registre-se, por necessário, que os referidos dispositivos legais dizem respeito ao controle concentrado de constitucionalidade; contudo, existem posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários pela admissibilidade de sua aplicação, por analogia, em se tratando de controle difuso.¹

Assim, a modulação de efeitos configura, pois, mecanismo que possibilita a restrição dos efeitos temporais da decisão que declara a inconstitucionalidade de lei ou ato

1. A partir da bibliografia consultada, se posicionam a favor da possibilidade de modulação de efeitos em sede de controle difuso: MENDES, 2004; CUNHA JR., 2007; AGRA, 2008; FERREIRA, 2007. Ao revés, entendem incabível o mecanismo em epígrafe: BULOS, 2007; STRECK et al., 2007. Os seguintes julgados do Supremo Tribunal Federal se mostram favoráveis à modulação de efeitos em sede de controle difuso de constitucionalidade: RE 197.917; RE 266.994; HC 82.959; RE 401.953; RE 556.664; RE 559.882; RE 560.626.

normativo pelo Supremo Tribunal Federal, reclamando, para tanto, que haja quorum mínimo de 2/3 (dois terços) dos membros desta Corte; e razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público (BULOS, 2007).

Importa acrescentar, por oportuno, que o Supremo Tribunal Federal, por ocasião de julgamento de embargos declaratórios na ADI 3756/DF, em 23/11/2007, entendendo pela constitucionalidade dos dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000) que impõem ao Distrito Federal a observância das regras relativas aos Estados no tocante ao percentual destinado às despesas com pessoal, determinou que a decisão somente produziria eficácia a partir da sua publicação, abrindo-se, a partir daí, prazo para adaptação mediante redução de despesas previsto no art. 23 da referida lei (quadrimestres seguintes), aplicando-se a modulação de efeitos invertida (BARBOSA, 2008).

Logo, essa Excelsa Corte declarou a constitucionalidade da referida lei, fazendo a ressalva de que deveriam ser considerados válidos os atos praticados pelo requerente que, de boa-fé, supunha inconstitucional a lei impugnada, aplicando ao Distrito Federal o percentual relativo às despesas com pessoal concernente aos municípios.

Desse modo, limitou os efeitos retroativos da declaração de constitucionalidade, devendo os atos praticados contrariamente a essa lei serem preservados, porquanto as despesas com pessoal já haviam efetivamente sido praticadas, sendo isso o que a doutrina vem denominando de modulação invertida.

Mas, anote-se que, na modulação invertida, ao contrário da modulação simples, declara-se a constitucionalidade da lei, que continua, portanto, a compor o ordenamento jurídico, permitindo-se que atos praticados em dissonância com a mesma sejam resguardados, posto que perpetrados de boa-fé com base em lei supostamente inconstitucional. Ademais, não vemos óbice à aplicação da modulação invertida em sede de controle difuso de constitucionalidade.

De modo que, não obstante a jurisprudência e a doutrina se posicionarem no sentido de que a modulação de efeitos concerne apenas à limitação dos efeitos temporais da decisão declaratória de inconstitucionalidade, entendemos que a técnica em epígrafe pode ser estendida aos efeitos subjetivos produzidos. Com efeito, expliquemos tal situação: tendo em vista a tendência do Supremo Tribunal Federal em conferir eficácia *erga omnes* às decisões proferidas em fiscalização difusa de constitucionalidade, independentemente

da resolução senatorial; logo, vislumbramos então uma verdadeira modulação dos efeitos da decisão. Contudo, seria uma flexibilização de efeitos para ampliar a sua eficácia, configurando, por isso mesmo, uma mitigação ampliativa, na medida em que estaria aplicando eficácia geral ao julgado quando seria *inter partes*, a partir da invocação da teoria da transcendência dos motivos determinantes da decisão.

Outra questão que merece destaque diz respeito à possibilidade, ou não, dos tribunais ordinários, e mesmo dos juízos monocráticos, restringirem os efeitos da decisão proferida em sede de fiscalização difusa de constitucionalidade por eles realizadas. Nessa hipótese, a possibilidade da modulação dos efeitos seria mera consequência da essência do controle difuso, configurando verdadeiro contrassenso que fosse possível o juiz declarar a inconstitucionalidade no âmbito da demanda concreta, e esse não pudesse, em vislumbrando os requisitos da segurança jurídica e relevante interesse social, determinar a partir de quando a decisão passaria a produzir efeitos (FERREIRA, 2007).

De fato, trata-se de uma questão bastante delicada, que, no nosso entender, deve ser apreciada com parcimônia. Portanto, vejamos os seguintes aspectos: é indubitável que, em face da nulidade da lei inconstitucional, qualquer órgão do Poder Judiciário pode deixar de aplicá-la ao caso concreto, uma vez que o reconhecimento da inconstitucionalidade independe da atuação exclusiva do Supremo Tribunal Federal (TAVARES, 2006); de outro modo, é de se ponderar que a Excelsa Corte realiza o controle difuso de constitucionalidade, mormente em sede de competência recursal (AGRA, 2008).

Então, o Recurso Extraordinário figura como importante instrumento de sua realização, sendo a repercussão geral, entendida como questão que transcende o caso concreto e também interessando à coletividade, um dos seus requisitos de admissibilidade.

Desse modo, em se vislumbrando a existência dessa condição, afigura-se mais palpável aferir a existência dos requisitos da modulação de efeitos (excepcional interesse público e razões de segurança jurídica), já que a questão posta à apreciação do Pretório Excelso ultrapassa o interesse da lide em si mesma, provocando uma repercussão para além das partes envolvidas.

Além do mais, é de ver-se que o Supremo Tribunal Federal, ao se pronunciar acerca do que considera ou não repercussão geral, restringe paulatinamente os casos de sua atuação e prima por uma uniformização jurisprudencial, mesmo em fiscalização difusa, impedindo os recursos repetitivos e as demandas em massa, no afã de propiciar uma

prestação jurisdicional efetiva e primar pela segurança jurídica (MORAIS, 2008).

Não se está a afirmar, ressalte-se, que as demandas postas à análise do juiz singular não teriam essa carga de relevância.

De fato, parece-nos um tanto quanto imprópria a aplicação dessa técnica por juízes singulares em face da exigência legal de quorum diferenciado e mesmo da própria essência da modulação de efeitos.

Nessa esteira de pensamento, é forçoso reconhecer que a possibilidade de aplicação, por analogia, do art. 27 da Lei nº 9.868/99 ao controle difuso, é autorizada apenas quando da sua realização pelo Supremo Tribunal Federal, mesmo em se tratando da fiscalização incidental de constitucionalidade.

Portanto, não se deve olvidar, pois, que a modulação de efeitos é uma exceção no nosso sistema de controle de constitucionalidade, e por isso mesmo exige uma maior deliberação.

Destarte, entendemos que possibilitar a sua aplicação por qualquer órgão jurisdicional alteraria a *mens legis* do dispositivo legal embaçador da modulação de efeitos. Mas, sem dúvida, a modulação de efeitos cinge-se em um importante instrumento, pautado na discricionariedade e razoabilidade, visando resguardar a força normativa da Constituição, na medida em que, mediante um juízo de ponderação de interesses, permite limitar a retroatividade da decisão ou ampliar seus efeitos em relação àqueles alheios à lide concreta apreciada, de modo a resguardar a segurança jurídica do ordenamento e preservar a própria vontade constitucional.

1. TEORIA DA NULIDADE DOS ATOS DECLARADOS INCONSTITUCIONAIS

Em face da supremacia e rigidez da Constituição, devem as demais leis com ela guardar consonância, de modo que a inconstitucionalidade resume-se na incompatibilidade do ato legislativo com a Lei Maior, já que esta é o parâmetro de validade das leis (TAVARES, 2006). Assim, em se tratando de conflito entre estas e a Constituição, deve o juiz ou tribunal aplicar esta última, por ser fundamento de validade, existência e eficácia das mesmas (MARSHALL, 1803 *apud* CAMPOS, 2004).

Nesse contexto, a doutrina americana sempre preceituou que a lei declarada inconstitucional, por ser posterior à Constituição, não se trataria propriamente de uma lei ², porquanto, em sendo com aquela incompatível, nunca haveria produzido efeitos (WILLOUGHBY, 1878 *apud* MENDES, 1998).

Impende salientar, por oportuno, que compete ao Poder Judiciário expulsar da ordem jurídica o ato normativo incompatível com a Constituição mediante o controle jurisdicional de constitucionalidade, de modo a preservar a força normativa da Lei Magna, sendo isso o que se denomina sanção de inconstitucionalidade (BULOS, 2007), estando dividida em dois regimes, quais sejam: o que considera nula a lei inconstitucional e o que a concebe como anulável; em outros termos, é dizer, a depender do regime adotado, o provimento jurisdicional poderá ser declaratório ou constitutivo (AGRA, 2008).

De acordo com a teoria da anulabilidade, da qual Hans Kelsen era partidário, a lei inconstitucional é considerada anulável, dada a sua presunção de constitucionalidade e efeitos já produzidos (MENDES, 1998).

Desse modo, a declaração de constitucionalidade detém caráter constitutivo, uma vez que estabelece como válidas as relações jurídicas e atos praticados em consonância com a lei, considerando-se os efeitos por ela até então produzidos (AGRA, 2008). Já a teoria da nulidade, por sua vez, surgiu sob os auspícios dos movimentos pela independência das treze colônias norte-americanas em relação à Inglaterra, reclamando um afastamento da influência inglesa da supremacia do parlamento.

Por conseguinte, conferiu-se ao Judiciário, a partir de então, a prerrogativa de declarar a nulidade de atos normativos inconstitucionais emanados do Poder Legislativo, culminando na instituição do sistema difuso de controle de constitucionalidade das leis, no bojo do qual figurava a teoria da nulidade (FERREIRA, 2007).

Nesse diapasão, o Poder Judiciário passou a ser o curador da supremacia constitucional, cabendo-lhe negar aplicação à lei contrária à Constituição quando da apreciação de um caso concreto, declarando-lhe a nulidade e negando-lhe a produção de efeitos desde a sua origem (CAMPOS, 2004).

Em suma, a teoria da nulidade se compatibiliza, pois, com o controle difuso de constitucionalidade, na medida em que, a partir da própria declaração de nulidade e, por óbvio, da sua ineficácia, depende o deslinde do litígio (FERREIRA, 2007). Logo, em se

2. *"The unconstitutional statute is not law at all"*.

considerando a lei declarada inconstitucional como nula, o tipo de provimento jurisdicional exarado é de cunho declaratório, porquanto o juiz estaria declarando uma situação que já existia, qual seja, a incompatibilidade da lei com a Constituição, expurgando da ordem jurídica qualquer efeito por ela produzido (AGRA, 2008).

Com efeito, de acordo com a teoria da nulidade, a declaração de inconstitucionalidade atinge a lei desde a sua origem, tornando-a ineficaz, haja vista a sua dissonância com Lei determinante da própria essência estatal e da sociedade, não se devendo permitir que a vontade dos representantes se sobreponha à vontade do povo que os escolheu (FERREIRA, 2007).

Portanto, a atribuição de efeitos *ex tunc* à decisão declaratória de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo implica na nulidade da lei desde a sua origem, obstaculizando a eficácia de relações jurídicas sob sua égide (BARBOSA, 2008). Então, a lei declarada inconstitucional é considerada nula, proclamando-se a sua ineficácia desde o início, porquanto padece de vício tão grave que a sua manutenção na ordem jurídica debilitaria a própria consistência do sistema (AGRA, 2008).

No Brasil, consagrou-se a sanção de nulidade como regra, em se tratando de regime sancionatório de inconstitucionalidade, com base na tradicional doutrina americana de que *“the unconstitutional statute is not law at all”*, equiparando-se, portanto, inconstitucionalidade e nulidade (MENDES, 1998). Nesse sentido, saliente-se que na ordem jurídica pátria a noção de inconstitucionalidade da lei está completamente imbricada com a ideia de nulidade da mesma, haja vista a instabilidade criada com a convivência de espécies normativas inconstitucionais e constitucionais em um mesmo espaço, contribuindo sobremaneira para o enfraquecimento da força normativa da Constituição.

Não obstante, admitem-se temperamentos à teoria da nulidade, permitindo-se a limitação temporal dos efeitos da decisão, com fundamento no art. 27 da Lei nº 9.868/99 (BULOS, 2007). Assim sendo, consoante explanado alhures, admite-se a modulação temporal dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade, como forma de evitar que danos maiores que a declaração de nulidade acometam a ordem jurídico-constitucional.

Sem dúvida, o princípio da nulidade da lei inconstitucional ostenta um *status* constitucional, na medida em que a Lei Magna permite que qualquer juiz ou tribunal declare

a inconstitucionalidade da lei e deixe de aplicá-la ao caso concreto (cf. arts. 97 e 102, inciso III, alíneas a, b e c, ambos da Constituição Federal) (TAVARES, 2006).

Então, o reconhecimento da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo implica, portanto, na declaração de sua nulidade, que, por sua vez, pode sofrer variações (MENDES, 1998), tratando-se assim de técnicas de decisão próprias das cortes constitucionais, diferenciadoras das situações que reclamam o rito da jurisdição constitucional (TAVARES, 2006).

Em resumo, a declaração de nulidade pode ser: (i) *total*, quando vícios formais inquinam o ato normativo; (ii) *parcial*, em face da teoria da divisibilidade da lei, em que os dispositivos não declarados inconstitucionais podem conservar autonomamente sua força normativa; e (iii) *parcial sem redução de texto*, tendo em vista a restrição do âmbito de aplicação da lei inconstitucional, possibilitando sua incidência em determinadas situações (TAVARES, 2006).

Outrossim, outra técnica de decisão que merece destaque é a interpretação conforme a Constituição, mediante a qual o Tribunal determina a interpretação que deve ser dada à lei para que esta seja compatível com a Constituição Federal. Assim, tendo em vista as várias interpretações autorizáveis, evita-se a declaração de inconstitucionalidade da lei, porquanto se vislumbra a sua constitucionalidade desde que interpretada de determinada maneira, que guarda conformidade com a Lei Magna (MORAES, 2005).

Ademais, saliente-se que a decisão que declara a inconstitucionalidade da lei deve obedecer à cláusula de reserva de plenário ou *full bench*, prevista no art. 97 da Constituição Federal, segundo a qual a declaração de inconstitucionalidade está condicionada ao voto da maioria de seus membros ou do órgão especial, de cujo cumprimento depende a eficácia da decisão (AGRA, 2008).

Todavia, o Supremo Tribunal Federal tem esposado entendimento mediante o qual se admite a desnecessidade da reserva de plenário, desde que turmas ou câmaras de tribunais declarem a inconstitucionalidade da lei amparadas em anterior pronunciamento do pleno ou órgão especial a respeito. Nesse sentido, dispõe o Agravo de Instrumento no Agravo Regimental nº 522330/PR, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa e julgado pela Segunda Turma (Dje: 19/12/2008), segundo o qual acórdão prolatado por órgão fracionário em que há declaração de inconstitucionalidade, sem amparo em anterior decisão proferida por Órgão Especial ou Plenário, viola o art. 97 da Constituição Federal.

Em outras palavras, interpretando-se o julgado em sentido contrário temos que a Excelsa Corte admite declaração de inconstitucionalidade por turma ou câmara de tribunal, desde que haja anterior decisão nesse sentido prolatada pelo Tribunal Pleno ou por Órgão Especial.

A declaração de nulidade é, pois, a regra no ordenamento pátrio, possuindo, como regime de sanção de inconstitucionalidade, o mister de proteger a própria ordem jurídica das instabilidades provocadas por atos normativos afrontosos à Constituição, fulminando de ineficácia os efeitos produzidos desde a sua origem.

2. MODULAÇÃO DE EFEITOS E RELATIVIZAÇÃO DA TEORIA DA NULIDADE

Consoante exarado alhures, a modulação de efeitos consiste em técnica que permite a limitação dos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade de lei, de modo que esta só produzirá efeitos a partir da sua publicação ou de outro momento que venha a ser fixado. Entretanto, faz-se necessário o voto de, no mínimo, 2/3 (dois terços) dos ministros da Excelsa Corte, em tendo estes vislumbrado hipótese de excepcional interesse social e segurança jurídica (AGRA, 2008).

Nesse diapasão, em sendo possível a declaração de inconstitucionalidade pro futuro, não retroagindo à origem do ato normativo, é de se ressaltar que o mesmo conserva seus efeitos produzidos até a sua admissão como inconstitucional. Por conseguinte, a nulidade da lei é também reconhecida a partir da decisão, não sendo ela considerada nula desde a sua origem, resguardando-se os seus efeitos até então produzidos. Então, a modulação de efeitos não visa, pois, a declarar a nulidade da lei *ab initio*, e sim a impedir a sua aplicação para o futuro ou a partir de outro momento fixado.

Destarte, resta inconteste a mitigação da teoria da nulidade dos atos declarados inconstitucionais quando se aplica a técnica da modulação de efeitos, afigurando-se esta como situação excepcional (LENZA, 2008). Em situações como esta, a declaração de nulidade da lei, que culmina na sua ineficácia desde a origem, seria mais perniciosa, em face da insegurança jurídica proporcionada, do que a admissão de efeitos da mesma durante determinado período de tempo.

Desse modo, a modulação de efeitos visa a manter a sintonia entre a necessidade de se afastar do ordenamento a lei eivada de inconstitucionalidade e a segurança jurídica que o norteia (AGRA, 2008).

Assim sendo, a decisão só produzirá efeitos a partir de sua publicação, sem retroagir à edição da lei, ocorrendo a relativização do princípio da nulidade, segundo o qual a lei inconstitucional é considerada nula; devendo-se, pois, afastar a aplicação desse princípio quando a declaração de nulidade se distanciar mais ainda da vontade constitucional (MENDES, 2002). Portanto, a técnica de que ora se trata possibilita que se atribuam alguns efeitos à norma declarada inconstitucional, em incontestável flexibilização do dogma da nulidade, diminuindo a incerteza e a insegurança que a declaração de nulidade pode causar em determinados casos (CAMPOS, 2004).

Avulta de importância esclarecer, nesse ponto, que não se está a permitir que leis inconstitucionais permaneçam no sistema jurídico como se constitucionais fossem, tendo em vista que trata-se de situações excepcionais, em que o interesse social de preservar a segurança jurídica do ordenamento se apresenta mais razoável do que a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc*, porquanto estar-se-ia fazendo desaparecer a segurança jurídica do ordenamento (FERREIRA, 2007). Ora, se a lei declarada inconstitucional é nula desde a sua origem, assim também o serão todos os atos dela derivados, dando azo à criação de eventuais graves situações daí advindas (SOUZA, 2006).

Outrossim, tampouco implica a modulação de efeitos na substituição da teoria da nulidade pela teoria da anulabilidade, impondo-se a aplicação daquela como regra no ordenamento pátrio. Em verdade, tem-se a aplicação da sanção de nulidade com temperamentos, admitindo-se, em situações excepcionais, a sua relativização em prol da segurança jurídica do ordenamento (BULOS, 2007). É dizer, a ordem jurídica possibilita uma declaração de inconstitucionalidade alternativa, em que não são atribuídos efeitos retroativos à decisão, mas a limitação dos mesmos, no afã de resguardar a segurança jurídica do ordenamento (MENDES, 2006).

Com efeito, a segurança jurídica traduz a ideia de previsibilidade e estabilidade das relações jurídicas pautadas em leis supostamente em consonância com a Lei Magna, espelhando, concomitantemente, a confiança do cidadão na estabilidade da ordem jurídica e o desejo por leis claras, que não ponham em dúvida ações nela baseadas (DELGADO, 2005). Assim, é cediço que o princípio da segurança jurídica tem caráter constitucional, apresentando-se como princípio, como valor e como direito fundamental: revela-se como princípio no preâmbulo e também no *caput* do art. 5º, na medida em que norteia a atuação

estatal no sentido de garantir a segurança em suas diversas nuances (segurança pública, segurança jurídica, segurança aos direitos e garantias individuais e sociais); já o valor da segurança jurídica está indubitavelmente estampado na Lei Magna, de modo que se complementa à justiça e visa a concretizá-la; demais disso, ostenta a condição de direito fundamental, porquanto reiterado por todos os outros a fim de resguardá-los (DELGADO, 2005).

De fato, a segurança jurídica está intimamente relacionada com os direitos e garantias fundamentais, porquanto trazem em seu bojo esse desiderato (BORGES, 2002); de modo que vislumbra-se como manifestação desse princípio garantias constitucionais como a legalidade, a igualdade, a irretroatividade das leis, dentre outras. Logo, o princípio da segurança jurídica é, por assim dizer, um sobreprincípio, na medida em que figura como objetivo de todos os outros preceitos basilares da ordem jurídico-normativa (DELGADO, 2005).

Posta assim a questão, cumpre assinalar que tal princípio é inerente ao Estado Democrático de Direito. Ora, na medida em que a atuação do Poder Público se baseia na legalidade, de modo que este só pode fazer o que a lei manda, busca-se propiciar a previsibilidade dessa atuação, também em respeito às relações já constituídas, oferecendo respaldo à ordem jurídica.

Nessa ótica, situações há em que a declaração de inconstitucionalidade implicaria no desfazimento da previsibilidade das relações jurídicas, de modo que a lacuna daí advinda ocasionaria um dano maior ao sistema do que a própria declaração de nulidade da lei, porquanto colocaria em dúvida o próprio direito e não apenas a Constituição. Bem por isso, não se deve olvidar, nessas situações, da boa-fé dos indivíduos que estabeleceram relações jurídicas baseadas em leis presumivelmente constitucionais (FERREIRA, 2007).

Desse modo, a aplicação irrestrita da teoria da nulidade a todas as situações indistintamente poderia causar um enorme vazio na ordem jurídica, haja vista a desconstituição de relações pautadas na boa-fé, dada a presunção de constitucionalidade das leis (BULOS, 2007).

Nesse sentido, o ordenamento apresentaria zonas cinzentas, em que o próprio sistema não seria capaz de assegurar o direito pleiteado, desafiando a segurança jurídica.

Realmente, seria desarrazoado desconsiderar essa circunstância, onerando tais pessoas e apagando irresponsavelmente os efeitos produzidos até a declaração de inconstitucionalidade da lei. É indubitável que a incompatibilidade da lei com a Constituição se apresenta como sério vício, haja vista contrariar a própria vontade social nela consubstanciada; mas, repise-se, não se está a defender que o princípio da segurança jurídica se sobreponha à mácula da inconstitucionalidade.

Entretanto, é de se reconhecer que a manipulação de efeitos visa a preservar a própria vontade constitucional, na medida em que se está a evitar o menoscabo daquele princípio basilar do Direito.

Assim, nesses casos, há que se fazer uma cuidadosa ponderação entre o princípio da nulidade e o da segurança jurídica, ambos constitucionalmente assegurados, de modo a preservar a estabilidade do ordenamento.

Nesse contexto, não há que se falar em hierarquia entre as normas constitucionais, e, com fulcro no princípio da unidade da Constituição, deve-se buscar a harmonização dos princípios conflitantes.

Enfim, cuida-se, pois, da ponderação de valores, ou seja, em se tratando de conflito entre princípios constitucionais, cumpre enaltecer que não se exclui um em detrimento do outro; isto é, tendo em vista que os princípios dão o mote de atuação do Estado, possuindo cada um valor ímpar, não há que se falar em exclusão de um da ordem jurídica para a aplicação do outro.

Em síntese, busca-se, à luz de um juízo de razoabilidade/proporcionalidade, e, considerando-se o caso concreto, ponderar, dentre os valores envolvidos, qual deles se impõe aplicar (ALEXY *apud* CARVALHO FILHO, 2006).

Portanto, na técnica da modulação de efeitos, em face de situações excepcionais, em que há conflito entre os princípios da nulidade e da segurança jurídica, mediante cuidadosa ponderação, declara-se prospectivamente a inconstitucionalidade da lei, evitando-se, assim, que a declaração de sua nulidade provoque situações fugidias ao controle estatal, criando um vácuo no sistema (MENDES, 2002). Nessa perspectiva de pensamento, a modulação de efeitos estaria criando uma nova técnica de decisão no que concerne à declaração de nulidade, qual seja, a declaração de inconstitucionalidade sem declaração de nulidade, impondo-se a mitigação desse dogma como forma de garantir a

segurança do ordenamento jurídico.

Mas, cumpre registrar, por oportuno, que a possibilidade de modulação de efeitos provoca calorosos debates entre os doutrinadores: de um lado, sob o argumento de que a referida técnica implicaria em verdadeira equiparação entre a atividade jurisdicional e a legislativa, bem como de que se estaria conferindo muitos poderes ao Supremo Tribunal Federal, enfraquecendo-se a força normativa da Constituição, alguns doutrinadores deitam severas críticas à referida técnica (FERREIRA, 2007); já por outro lado, há entendimentos no sentido de se considerar perfeitamente legítima e necessária, em situações excepcionais, a utilização da modulação de efeitos, uma vez que, não obstante o cunho notadamente interpretativo do art. 27 da Lei nº 9.868/99, posto que utiliza conceitos jurídicos indeterminados, quais sejam, segurança jurídica e relevante interesse social, estes são constitucionalmente assegurados (MENDES, 2006).

Feitas essas considerações, entendemos que a relativização da teoria da nulidade apresenta-se como uma das principais implicações da modulação de efeitos. Realmente, em se tratando de sua aplicação em controle difuso, cerne do presente trabalho como já oportunamente exarado, a técnica em epígrafe afigura-se de extrema relevância, porquanto revela um dos fatores que ensejam a aproximação da fiscalização incidental com a concentrada, imprimindo adaptações à jurisdição constitucional brasileira.

2. A MODULAÇÃO DE EFEITOS EM SEDE DE CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE: A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em conformidade com o que já foi anteriormente explanado, a manipulação de efeitos permite a declaração de inconstitucionalidade pro futuro, ou seja, sem que haja a retroatividade da decisão, sendo a relativização da teoria da nulidade dos atos declarados inconstitucionais uma de suas implicações mais patentes.

Nessa linha de compreensão, a técnica em apreço foi criada para ser aplicada no bojo do controle concentrado de constitucionalidade, posto que sua previsão legal resta abarcada pelo art. 27 da Lei nº 9.868/99 c/c art. 11 da Lei 9.882/99, ambas atinentes a esse tipo de controle. Entretanto, como também já foi oportunamente aventado, admite-se a aplicação da modulação de efeitos em sede de controle difuso, utilizando-se como supedâneo, por analogia, esses dispositivos legais (CUNHA JR., 2007).

Destarte, em se aplicando institutos próprios da fiscalização concentrada, incorre-se em flagrante abstrativização ou objetivização do controle difuso (DIDIER, 2007).

Assim sendo, é indubitável que esta também é elencada como relevante consequência da limitação de efeitos. Em outros termos, observa-se uma aproximação cada vez mais forte entre os dois modelos de controle de constitucionalidade, de modo que é cada vez mais evidente a interferência do controle abstrato no controle difuso, emprestando-se características daquele a este.

Nesse sentido, igualmente se tem admitido, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a atribuição de efeitos vinculantes às decisões proferidas no bojo da fiscalização incidental de constitucionalidade, independentemente da resolução senatorial prevista no art. 52, inciso X da Constituição Federal, que teria tão somente a função de dar publicidade à decisão (AGRA, 2008).

Tomemos como exemplificação referencial a Reclamação nº 4335/AC, julgada procedente, em que se pleiteou a preservação da autoridade da decisão proferida no HC 82.959/SP (caso da progressão de regime em crimes hediondos), no bojo da qual se impugnavam decisões do Juízo das Execuções Penais da Comarca de Rio Branco-AC, que indeferira pedido de progressão de regimes de apenados pela prática de crimes hediondos. Nessa ocasião, estabeleceu-se que mesmo as decisões proferidas em controle incidental gozam de efeitos vinculantes, porquanto se afigura anacrônico que as decisões proferidas em sede de ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade ou arguição de descumprimento de preceito fundamental tenham efeitos *erga omnes* e o contrário se dê com aquelas atinentes ao controle concreto.

Assim sendo, e muito embora ainda pendente de julgamento, o referido julgado sinaliza a forte tendência da Corte Suprema de fortalecer a eficácia de suas decisões, mormente porque, à medida que se restringem as hipóteses de atuação do Supremo Tribunal Federal, as decisões por ele proferidas devem guardar eficácia mais ampla, posto que deverão ser observadas por todos os outros órgãos do Poder Judiciário e pela Administração Pública.

Por isso mesmo, a caracterização de um controle difuso abstrato de constitucionalidade surge como forma eficaz de amparar a Lei Maior, resguardando-se a segurança jurídica, assim como a celeridade e a economia processuais por ela asseguradas (MORAIS, 2008).

Saliente-se, nesse contexto, a presença de inegável influência do *stare decisis* norte-americano em nosso ordenamento, impedindo-se que a lei seja inconstitucional para

uns e constitucional para outros, projetando seus efeitos indistintamente a todas as pessoas (CUNHA JR., 2007).

Em sendo assim, atribuir caráter vinculante e, por conseguinte *erga omnes*, aos julgados emanados do controle difuso de constitucionalidade indiscutivelmente também se afigura como causa de sua dessubjetivização, principalmente porque entendemos que a ampliação de eficácia subjetiva à essas decisões também deve ser compreendida como modulação de efeitos.

Ante o exposto, a abstrativização do controle incidental, também chamada de objetivização ou dessubjetivização, consiste na implementação neste de características próprias do controle concentrado ou abstrato, culminando em verdadeiro sincretismo dos modelos de controle de constitucionalidade observados no Brasil.

De fato, trata-se, pois, de intensa aproximação entre os mesmos, observando-se significativa transformação do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro.

No tocante à aplicação da técnica da modulação de efeitos em sede de controle difuso, cumpre rememorar que esta se afigura plenamente possível, em face do emprego, por analogia, do art. 27 da Lei nº 9.868/99 c/c art. 11 da Lei nº 9.882/99 (CUNHA JR., 2007).

Nessa discussão, lembremos do julgamento do caso *Linkletter x Walker (381 U.S. 616)*³, no ano de 1965, em que a jurisprudência norte-americana passou a admitir a atribuição de efeitos prospectivos às decisões declaratórias de inconstitucionalidade, sob o argumento de que aquela Constituição, ao tempo em que não exige o efeito *ex tunc*, não vedando a sua limitação; de modo que permitiu-se a limitação de efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade (MENDES, 2004).

Dessa maneira, a jurisprudência norte-americana passou a admitir a declaração de inconstitucionalidade sem eficácia retroativa (*prospective overruling*), bem como a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade que, em alguns casos, pode ser aplicada aos processos pendentes (*limited prospectivity*) ou excluindo-se totalmente a força retroativa da decisão (*pure prospectivity*) (MENDES, 2006).

3. Linkletter requereu à Suprema Corte norte-americana a revisão do seu caso, haja vista ter sido condenado com base em um sistema de provas que a mesma corte considerou, posteriormente, em desacordo com o *due process of law*. Não obstante tenha invocado a teoria da nulidade dos atos declarados inconstitucionais, aduzindo que condenações baseadas em lei inconstitucional deveriam ser consideradas ilegítimas, obteve como resposta que a sua pretensão não tinha fundamento constitucional, já que a questão dos efeitos não estava definida na Lei Magna, pois esta, ao tempo em que não exige o efeito retroativo, não veda a sua limitação (MENDES, 2004).

Como podemos observar, o modelo norte-americano, base para outros tantos modelos de fiscalização incidental de constitucionalidade no mundo, admite a limitação de efeitos, sendo um exemplo de que a técnica da manipulação de efeitos guarda compatibilidade com o controle difuso de constitucionalidade (MENDES, 2004).

Assim, outras Cortes Supremas também se utilizam da referida técnica, a exemplo das Cortes Constitucionais alemã, austríaca, espanhola, portuguesa, do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (MENDES, 2006).

Desse modo, não há que se falar em incompatibilidade entre a fiscalização difusa e a modulação de efeitos. Isso porque a limitação de efeitos apresenta base constitucional, porquanto reclama a ponderação de interesses entre o princípio da nulidade e o da segurança jurídica, ambos constitucionalmente assegurados, o que propõe a sua utilização no modelo de jurisdição constitucional em sua totalidade (MENDES, 2004).

Ora, a segurança jurídica, principal mote da mitigação de efeitos, deve ser resguardada em ambos os modelos de controle de constitucionalidade; logo, não permitir a utilização dessa técnica em sede de fiscalização incidental é desconsiderar a existência em nosso país de um controle misto de constitucionalidade. Portanto, embora autônomos, não se deve olvidar a crescente intersecção que se tem verificado ultimamente entre os controles concentrado e difuso no Brasil.

No direito pátrio, desde 1949, mormente pela abalizada doutrina de Lúcio Bittencourt, vem se reconhecendo a atenuação da teoria da nulidade dos atos declarados inconstitucionais, sob o fundamento de que, antes de declarada a sua inconstitucionalidade, os efeitos por eles produzidos baseavam-se na presunção de constitucionalidade que ostentavam (FERREIRA, 2007).

Atualmente, não pairam dúvidas acerca da possibilidade de modulação de efeitos em se tratando de controle difuso de constitucionalidade, dada a previsão legal (art. 27 da Lei nº 9.868/99), mediante o uso de analogia e da jurisprudência do Pretório Excelso.

Com efeito, no direito brasileiro, o *leading case* foi o Recurso Extraordinário nº 197.917/SP, mediante o qual se pleiteava a redução do número de vereadores do Município de Mira Estrela-SP, por estar em desconformidade com o número proporcional de vereadores previsto no art. 29, inciso IV, alínea a, da Constituição Federal (LENZA, 2008). Em sede de ação civil pública, o Ministério Público do Estado de São Paulo pleiteou

a redução do número de vereadores, de onze para nove, do município de Mira Estrela, com 2.651 habitantes à época, sob a alegação de que a Lei Orgânica Municipal desrespeitara a Constituição Federal, no dispositivo mencionado, culminando em prejuízo ao erário daquela edilidade.

Contudo, o Recurso Extraordinário em testilha resultou da irresignação do Ministério Público em relação ao acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que proveu o recurso da Câmara de Vereadores e do Município, vislumbrando, na oportunidade, ausência de ofensa a preceito constitucional.

Desse modo, o Supremo Tribunal Federal, entendendo pela desproporcionalidade entre o número de habitantes e o número de vereadores, bem como pela necessidade de modulação temporal dos efeitos da decisão, em face da excepcional situação que se apresentava, deu parcial provimento ao recurso, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade do dispositivo da Lei Orgânica do município de Mira Estrela.

Em suma, nesse caso concreto, a declaração de inconstitucionalidade com efeitos retroativos (*ex tunc*) implicaria em grave ofensa à estabilidade municipal, haja vista que legislaturas anteriores também seriam atingidas, culminando na nulidade de todos os atos outrora praticados, colocando em questão a própria segurança jurídica das relações.

Destarte, em homenagem ao interesse social de ver a segurança da ordem jurídica resguardada, limitou-se os efeitos da decisão proferida no bojo de fiscalização incidental de constitucionalidade, com a produção de efeitos apenas para o futuro. Realmente, não seria razoável apagar os efeitos até então produzidos por atos praticados por vereadores que julgavam estar legitimamente ocupando seus cargos, ferindo-se, por conseguinte, o princípio da boa-fé.

Além do julgado de que ora se tratou, outras decisões foram proferidas pelo Pretório Excelso em sede de fiscalização incidental de constitucionalidade, nas quais se aplicou a técnica da modulação de efeitos. Eis os principais e mais recentes julgados: RE 266.994/SP (proporcionalidade do número de vereadores); HC 82.959/SP (progressão de regime em crimes hediondos); RE 401.953/RJ (caso da partilha do ICMS); RE 556.664/RS, RE 559.882/RS e RE 560.626/RS (casos da decadência e prescrição das contribuições sociais) (BARBOSA, 2008).

Poupemo-nos de tecer comentários acerca do RE 266.994/SP, atinente à proporcionalidade do número de vereadores do município de Teodoro Sampaio-SP, tendo

em vista tratar da mesma matéria e ter idênticos fundamentos do RE 197.917/SP, *leading case* da modulação de efeitos em controle incidental de normas e já pormenorizadamente explanado.

Mediante o HC 82.959/SP, pleiteava-se a declaração incidental do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, para possibilitar a progressão de regimes em se tratando de crimes hediondos.

Assim sendo, em vislumbrando ofensa ao princípio da individualização da pena, assegurado constitucionalmente, o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o referido dispositivo, atribuindo efeitos prospectivos à decisão, não gerando consequências jurídicas para as penas já extintas na data do julgamento em tela.

Desse modo, entendeu-se que a declaração de inconstitucionalidade com efeitos retroativos afetaria a segurança jurídica do sistema, já que não teria como o Estado voltar no tempo e beneficiar aqueles que cumpriram pena durante todo o período em que se supunha constitucional a Lei de Crimes Hediondos; contudo, cumpre salientar que, mesmo em se tratando de declaração incidental de inconstitucionalidade, a Excelsa Corte sinalizou que a mesma tem carga vinculante e, por isso mesmo, deveriam seus efeitos ser limitados.

No RE 401.953/RJ, o Pretório Excelso reconheceu a inconstitucionalidade da lei fluminense que excluía o município do Rio de Janeiro do produto da arrecadação do ICMS, em face da flagrante ofensa ao art. 158, inciso IV, parágrafo único, incisos I e II da Constituição Federal.

Nessa situação, aplicou-se a técnica da modulação de efeitos, determinando-se que o Estado do Rio de Janeiro, mediante nova lei, recalculasse o novo percentual da partilha tributária, que passaria a valer a partir de então, de modo a não inviabilizar os municípios pequenos. De fato, é patente a insegurança jurídica gerada caso não fosse aplicada a técnica em comento, já que poderia causar sérias complicações financeiras aos municípios que certamente já utilizaram os valores anteriormente repassados.

Os Recursos Extraordinários nº 556.664, 559.882 e 560.626, todos do Rio Grande do Sul, foram interpostos pela Procuradoria da Fazenda Nacional naquele Estado contra acórdãos do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que declararam incidentalmente a inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei nº 8.212/91 e do art. 5º do Decreto-Lei 1.569/77, reconhecendo a prescrição dos créditos tributários em execução fiscal. Nesses casos, o Supremo Tribunal Federal, também entendendo pela inconstitucionalidade dos

dispositivos legais da Lei 8.212/91, os quais determinavam como sendo de dez anos o prazo prescricional das contribuições sociais, por violarem o art. 146, inciso III, alínea b da Constituição Federal, negou provimento aos referidos recursos, atribuindo efeitos *ex nunc* à decisão. Impediu, portanto, pedidos de restituição de valores concernentes às contribuições sociais, pagas com base na lei declarada inconstitucional, ajuizados após a data do julgamento (BARBOSA, 2008).

Ressalte-se, que nesses julgados a Excelsa Corte se valeu da ponderação entre o princípio da nulidade da norma declarada inconstitucional e a segurança jurídica ou excepcional interesse social, utilizando-se da técnica da limitação de efeitos para, com base no princípio da razoabilidade, impedir que a segurança jurídica restasse esvaziada (BARBOSA, 2008).

Outrossim, saliente-se que em todos os julgados trazidos à colação ocorreu a relativização da teoria da nulidade e a abstrativização do controle difuso, na medida em que (i) os efeitos da declaração de inconstitucionalidade foram considerados somente a partir da decisão, ou seja, pro futuro, e (ii) está se aplicando uma técnica de decisão própria do controle abstrato de constitucionalidade.

Portanto, observa-se que a modulação de efeitos em sede de controle difuso, quando presentes os requisitos previstos em lei, não se trata de matéria que tem sabor de novidade no âmbito do Supremo Tribunal Federal, ratificando a sua possibilidade de aplicação nesse âmbito como instrumento legalmente amparado e com farto arrimo jurisprudencial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

À vista do exposto, compreendemos que a supremacia e rigidez constitucionais são requisitos indispensáveis à existência do controle de constitucionalidade. Assim, em conformidade com a teoria kelseniana do escalonamento das espécies normativas, estas estariam dispostas em forma de pirâmide, em que a Constituição estaria no topo, devendo as demais normas com ela guardar compatibilidade.

Desse modo, o controle de constitucionalidade tem por escopo proteger a Lei Maior, na medida em que visa a expurgar da ordem jurídica lei ou ato normativo a ela contrário, a fim de resguardar a harmonia do sistema, salvaguardar os direitos fundamentais e preservar a vontade social nela insculpida. Com efeito, o controle difuso de

constitucionalidade se apresenta como meio de garantir a supremacia constitucional e os direitos fundamentais nela previstos; logo, cuida-se da verificação de compatibilidade das normas infraconstitucionais com a Lei Magna realizada por qualquer juiz ou tribunal quando da apreciação de determinado caso concreto, considerando-se a declaração de inconstitucionalidade como questão prejudicial de mérito.

Outrossim, é relevante ratificar que a decisão por meio da qual se declara a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo em sede de controle difuso opera efeitos *ex tunc* (retroativos à edição da lei) e *inter partes* (apenas entre as partes do processo).

Em outras palavras, a lei inconstitucional, porquanto incompatível com a Lei Magna, é considerada nula desde a sua origem, refletindo nos atos nela baseados, que também passam a ser ineficazes; por conseguinte, observou-se que vige no ordenamento pátrio a teoria da nulidade das leis declaradas inconstitucionais.

Já no que se refere aos efeitos subjetivos *inter partes*, oportuno se torna dizer que a fiscalização incidental é concretizada mediante um processo subjetivo, em que se observa um contraditório de partes, podendo ser suscitado por qualquer tipo de ação. É de se verificar, pois, que se trata de uma demanda concreta, no bojo da qual a inconstitucionalidade é ventilada como questão prejudicial.

Portanto, inferiu-se que a sentença ou acórdão que declara a inconstitucionalidade de determinada lei produz, via de regra, efeitos apenas entre as partes, não vinculando terceiros.

Não obstante, verificou-se que em situações excepcionais, em que se fazem presentes relevante interesse social e razões de segurança jurídica, admite-se a modulação dos efeitos da decisão proferida quando da realização do controle difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, nos moldes do art. 27 da Lei nº 9.868/99 c/c art. 11 da Lei nº 9.882/99, ambos atinentes ao controle concentrado de constitucionalidade.

Desse modo, mediante voto da maioria de dois terços dos ministros da Excelsa Corte, manipulam-se os efeitos do julgado para que a lei seja considerada inconstitucional apenas para o futuro, considerando-se os atos praticados de boa-fé nela baseados, a fim de se evitar um dano maior ao sistema do que a permanência da mácula da inconstitucionalidade no ordenamento poderia provocar.

Realmente, constatou-se a existência de situações em que se afigura mais razoável a flexibilização dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade, em face da segurança jurídica e do relevante interesse social que permeiam o caso concreto, atribuindo-lhe eficácia prospectiva para que sejam considerados os efeitos anteriormente produzidos.

Nesse diapasão, cumpre assinalar primeiramente que é possível o emprego dessa técnica em sede de controle difuso de constitucionalidade, embora a sua base legal diga respeito apenas à fiscalização abstrata. Então, cuida-se de instituto criado para ser aplicado neste último âmbito; porém, a doutrina e a jurisprudência não vislumbram óbices à sua utilização no primeiro caso.

Por conseguinte, não há que se falar em incompatibilidade entre a técnica da modulação de efeitos e o controle incidental, porquanto a utilização dessa técnica possui fundamento constitucional, na medida em que há um outro princípio constitucional a ser invocado que justifique o afastamento do princípio da nulidade, qual seja, o da segurança jurídica, que traduz a ideia de previsibilidade e estabilidade das relações jurídicas.

Logo, concluímos que a modulação de efeitos, indiscutivelmente, provoca relevantes consequências no controle difuso de constitucionalidade, bem como no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. A primeira delas é a relativização da teoria da nulidade no direito pátrio; ou seja, é de se dizer que se permite a aplicação da teoria da nulidade com temperamentos, em face dos requisitos ora citados, caracterizadores de situações excepcionais.

Destarte, embora seja possível a sua relativização, é indubitável que o princípio da nulidade continua sendo a regra no Brasil. Mas, mediante cuidadosa ponderação de valores, considerando-se as particularidades de cada caso concreto, a segurança jurídica se sobrepõe à nulidade, para evitar que se afaste ainda mais da vontade constitucional.

Dessa forma, buscou-se demonstrar que a teoria da nulidade não é absoluta no direito brasileiro, conseqüentemente, observou-se que a técnica da modulação de efeitos nos relembra esse mote, porquanto nem sempre a atribuição de efeitos retroativos às decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade é a melhor solução.

Nesse contexto, saliente-se que a flexibilização de efeitos traz a lume a noção de equidade, um dos princípios gerais do direito; sendo que a imprudência, nesses casos, fere a própria vontade constitucional originária.

Com relação a segunda implicação verificada, entendemos que a mesma consiste na abstrativização do controle difuso; assim sendo, conquanto se emprestam características do controle abstrato ao incidental, tais como a aplicação da modulação de efeitos e a atribuição de efeitos vinculantes às decisões, incorre-se em flagrante aproximação entre os dois sistemas.

Devido a isso, não é exagero afirmar que se observa atualmente no Brasil um sincretismo dos modelos de controle de constitucionalidade, já que ambos continuam a existir, guardando algumas idiossincrasias, porém com a fusão de algumas características inicialmente antagônicas; logo, estaríamos tratando, pois, de um controle difuso abstrato.

Finalizando, concluímos enfatizando que a modulação de efeitos sobreleva o papel do Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional, reforçando o sistema de defesa da Constituição, ao tempo em que, paulatinamente, provoca uma transformação do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade**. Salvador: Podivm, 2008.

BARBOSA, Daniel Marchionatti. Quando o Supremo Tribunal Federal Opta pela Eficácia Prospectiva das Decisões de Inconstitucionalidade? In: **Revista CEJ**, Brasília, Ano XII, n. 43, p. 4-11, out./dez. 2008. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/view/1067/1209>>. Acesso em: 03 mar. 2009.

BORGES, José Souto Maior. O princípio da segurança jurídica na criação e aplicação do tributo. In: **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n. 11, fevereiro, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 17 mar. 2009.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao_Compilado.htm>. Acesso em: 25 jan. 2009.

_____. **Lei nº 8.072 de 25 de julho de 1990.** Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Brasília, DF: Senado, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm>. Acesso em: 10 fev. 2009.

_____. **Lei nº 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: Senado, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9868.htm>. Acesso em: 14 jun. 2008.

_____. **Lei nº 9.882 de 03 de dezembro de 1999.** Dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Brasília, DF: Senado, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm>. Acesso em: 14 jun. 2008.

_____. **Lei Complementar nº 101 de 04 de maio de 2000.** Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília, DF: Senado, 2000. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/LCP/Lcp101.htm>>. Acesso em: 16 mar. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). **Recurso Extraordinário nº 197.917/ SP.** Recorrente: Ministério Público Federal. Recorridos: câmara Municipal de Mira Estrela e Outros. Rel. Min. Maurício Corrêa. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. DJ: 07/05/2004. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(RE\\$.SCLA.%20E%20197917.NUME.\)%20OU%20\(RE.ACMS.%20ADJ2%20197917.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(RE$.SCLA.%20E%20197917.NUME.)%20OU%20(RE.ACMS.%20ADJ2%20197917.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 15 set. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). **Habeas Corpus nº 82.959-7/SP.** Paciente: Oseas de Campos. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. Marco Aurélio. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgado em: 23/02/06. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(HC\\$.SCLA.%20E%2082959.NUME.\)%20OU%20\(HC.ACMS.%20ADJ2%2082959.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(HC$.SCLA.%20E%2082959.NUME.)%20OU%20(HC.ACMS.%20ADJ2%2082959.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 10 jan. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 4.335-5/AC.** Reclamante: Defensoria Pública da União. Reclamado: Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco (Processos NºS 00102017345-9, 00105012072-8, 00105017431-3, 00104000312-5, 00105015656-2, 00105013247-5, 00102007288-1, 00106003977-0, 00105014278-0 E 00105007298-7). Rel. Min. Gilmar Mendes. Informativo nº 463. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo463.htm>>. Acesso em: 06 fev. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). **Embragos Declaratórios na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3756/DF.** Requerente: Mesa Diretora da Câmara Legislativa do Distrito Federal. Requerido: Congresso Nacional e Presidente da República. Rel. Min. Carlos Britto. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. DJ: 23/11/2007. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(ADI\\$.SCLA.%20E%203756.NUME.\)%20OU%20\(ADI.ACMS.%20ADJ2%203756.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(ADI$.SCLA.%20E%203756.NUME.)%20OU%20(ADI.ACMS.%20ADJ2%203756.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 15 mar. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). **Agravo de Instrumento no Agravo Regimental nº 522330/PR.** Agravante: União. Agravado: Escritório Augusto Prolik Advogados Associados s/c Ltda. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Órgão Julgador: Segunda Turma. Dje: 19/12/2008. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(AI\\$.SCLA.%20E%20522330.NUME.\)%20OU%20\(AI.ACMS.%20ADJ2%20522330.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(AI$.SCLA.%20E%20522330.NUME.)%20OU%20(AI.ACMS.%20ADJ2%20522330.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 15 mar. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). **Recurso Extraordinário nº 266.994/SP.** Recorrente: Câmara Municipal de Teodoro Sampaio. Recorrido: Ministério Público Estadual. Rel. Min. Maurício Corrêa. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. DJ: 21/05/2004. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(AI\\$.SCLA.%20E%20522330.NUME.\)%20OU%20\(AI.ACMS.%20ADJ2%20522330.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(AI$.SCLA.%20E%20522330.NUME.)%20OU%20(AI.ACMS.%20ADJ2%20522330.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 15 mar. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). **Recurso Extraordinário nº 401.953/RJ.** Recorrente: Município do Rio de Janeiro. Recorrido: Estado do Rio de Janeiro. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. DJ: 21/09/2007. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(AI\\$.SCLA.%20E%20522330.NUME.\)%20OU%20\(AI.ACMS.%20ADJ2%20522330.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(AI$.SCLA.%20E%20522330.NUME.)%20OU%20(AI.ACMS.%20ADJ2%20522330.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 15 mar. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). **Recurso Extraordinário nº 556.664/RS.** Recorrente: União. Recorrido: Novoquim Indústrias Químicas Ltda. Rel. Min. Gilmar Mendes. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Dje: 13/11/2008. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(AI\\$.SCLA.%20E%20522330.NUME.\)%20OU%20\(AI.ACMS.%20ADJ2%20522330.ACMS.\)&base=baseAcorda](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(AI$.SCLA.%20E%20522330.NUME.)%20OU%20(AI.ACMS.%20ADJ2%20522330.ACMS.)&base=baseAcorda)>

os>. Acesso em: 15 mar. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). **Recurso Extraordinário nº 559.882/RS**. Recorrente: União. Recorrido: Confecções Três e Um Ltda e Outro. Rel. Min. Gilmar Mendes. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Dje: 13/11/2008. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(AI\\$.SCLA.%20E%20522330.NUME.\)%20OU%20\(AI.ACMS.%20ADJ2%20522330.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(AI$.SCLA.%20E%20522330.NUME.)%20OU%20(AI.ACMS.%20ADJ2%20522330.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 15 mar. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). **Recurso Extraordinário nº 560.626/RS**. Recorrente: União. Recorrido: REDG Consultoria Tributária Sociedade Civil Ltda. Rel. Min. Gilmar Mendes. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Dje: 04/12/2008. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(AI\\$.SCLA.%20E%20522330.NUME.\)%20OU%20\(AI.ACMS.%20ADJ2%20522330.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(AI$.SCLA.%20E%20522330.NUME.)%20OU%20(AI.ACMS.%20ADJ2%20522330.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 15 mar. 2009.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAMPOS, Ricardo Ribeiro. Leis Inconstitucionais ainda Constitucionais? In: **Revista CEJ**, Brasília, n. 25, p. 85/96, abr/jun 2004. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/view/610/790>>. Acesso em: 05 mar. 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CUNHA JR., Dirley da. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. 2. ed. Salvador: Podivm, 2007.

_____. O Princípio do “Stare Decisis” e a Decisão do Supremo Tribunal Federal no Controle Difuso de Constitucionalidade. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). **Leituras Complementares de Constitucional: controle de constitucionalidade**. Salvador: Podivm, 2007.

DELGADO. José Augusto Delgado. **O Princípio da Segurança Jurídica. Supremacia Constitucional**. Disponível em: <[http://bdjur.stj.gov.br/jspui/bitstream/2011/448/4/O Princípio da Segurança Jurídica.pdf](http://bdjur.stj.gov.br/jspui/bitstream/2011/448/4/O%20Princ%C3%ADpio%20da%20Seguran%C3%A7a%20Jur%C3%ADdica.pdf)>. Acesso em: 17 mar. 2009.

DIDIER JR., Fredie. O Recurso Extraordinário e a Transformação do Controle Difuso de

Constitucionalidade no Direito Brasileiro. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). **Leituras Complementares de Constitucional: controle de constitucionalidade**. Salvador: Podivm, 2007.

FERREIRA, Carlos Wagner Dias. Modulação dos Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade no Controle Difuso. In: **REVISTA ESMAFE: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região**, Recife: TRF 5ª Região, nº 12. Março 2007. Disponível em: <<http://www.trf5.jus.br/content/view/41/162/>>. Acesso em: 02 mar. 2009.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Jurisdição Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

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

MORAIS, Dalton Santos. **Abstrativização do Controle Difuso de Constitucionalidade no Brasil e a Participação do Amicus Curiae em seu Processo**. Disponível em: <http://www.escola.agu.gov.br/revista/2008/Ano_VIII_junho_2008/AbstrativizaC3%A7%C3%A3o%20do%20controle%20-%20Dalton.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2008.

SOUZA, Nelson Oscar de. **Manual de Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.