

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

**MODULAÇÃO DE EFEITOS COMO ATO POLÍTICO: A RELEVÂNCIA DO
CONTEXTO HISTÓRICO-SOCIAL NA PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS EM
MATÉRIA TRIBUTÁRIA**

LARYSSA GONÇALVES BRUM

RIO DE JANEIRO

2021

LARYSSA GONÇALVES BRUM

**MODULAÇÃO DE EFEITOS COMO ATO POLÍTICO: A RELEVÂNCIA DO
CONTEXTO HISTÓRICO-SOCIAL NA PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS EM
MATÉRIA TRIBUTÁRIA**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha**.

RIO DE JANEIRO

2021

CIP – Catalogação na
Publicação

GL336m Gonçalves Brum, Laryssa
MODULAÇÃO DE EFEITOS COMO ATO POLÍTICO: A
RELEVÂNCIA DO CONTEXTO HISTÓRICO-SOCIAL NA
PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA /
Laryssa Gonçalves Brum. -- Rio de Janeiro, 2021.
63 f.

Orientador: Carlos Alberto Pereira das Neves
Bolonha.

Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2021.

1. Modulação de efeitos. 2. Controle de
Constitucionalidade. 3. Supremo Tribunal Federal.
4. Matéria Tributária. I. Pereira das Neves
Bolonha, Carlos Alberto, orient. II. Título.

LARYSSA GONÇALVES BRUM

**MODULAÇÃO DE EFEITOS COMO ATO POLÍTICO: A RELEVÂNCIA DO
CONTEXTO HISTÓRICO-SOCIAL NA PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS EM
MATÉRIA TRIBUTÁRIA**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha**.

Data da Aprovação: 07/06/2021.

Banca Examinadora:

Orientador Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha

Membro da Banca Eduardo Maneira

Membro da Banca Pedro Fortes

RIO DE JANEIRO

2021

*E os homens combatem pelo que julgam saber.
E eu, que estudo tanto, inclino a cabeça sem
ilusões, e a minha ignorância enche-me de
lagrimas as mãos.*

Cecília Meireles

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço ao meu Criador que sempre teve planos para a minha vida maiores do que eu sempre sonhei, bem como cuidou de mim para que seus planos se concretizarem.

Agradeço aos meus pais que desde sempre me ensinaram que a vida é feita de escolhas e, certamente, a busca pelo conhecimento deve sempre fazer parte da minha trajetória. Com amor e muita dedicação, renunciaram a muitas coisas na vida para me educar e me proporcionar o acesso à educação que não tiveram.

Em especial, dedico esse trabalho à minha avó Janete que sempre foi meu porto seguro e, infelizmente, não conseguiu se fazer presente no fechamento desse ciclo/sonho. No entanto, tenho certeza de que seu amor incondicional por mim me ajudou até agora, e continuará me ajudando, a conquistar todos os meus objetivos.

Agradeço à minha família que sempre me incentivou com muito amor, carinho e orgulho.

Aos meus amigos de infância, amigas do CPII, amigos da FND e do Mattos Filho meu profundo respeito e agradecimento por compartilharem comigo todos os momentos de tristeza, ansiedade, alegria e realizações.

Ao meu gigante orientador Carlos Bolonha por todo carinho e dedicação desde o 1º período. Certamente, sem o seu apoio, incentivo e conselhos jamais teria aproveitado tão sabiamente esse ciclo que foi a Faculdade Nacional de Direito.

Por fim, meu muito obrigada a todos os profissionais da FND que trabalharam diariamente para fazer o sonho de milhares de jovens realidade!

RESUMO

Este trabalho busca analisar, por meio do desenvolvimento de pesquisa teórica e análise de casos, os impactos do contexto histórico-social na prática da técnica de modulação de efeitos pelo Supremo Tribunal Federal nos julgamentos de matéria tributária. Para tanto, preliminarmente, foram delineados o surgimento do mecanismo denominado Controle de Constitucionalidade e a sua introdução no direito brasileiro, assim como a sua influência no direito norte-americano e a evolução em um contexto de supremacia constitucional. Em análise posterior, serão apresentados os princípios que norteiam os efeitos das decisões de Controle de Constitucionalidade e como a necessidade de um equilíbrio fez surgir a denominada técnica de modulação de efeitos. Em adição, sendo comprovada a inexistência de um método vinculante para ponderação de princípios em modulação de efeitos, conclui-se que a atuação do Supremo Tribunal Federal pode se basear em fatores determinantes selecionados pela própria Corte. E, portanto, diante desse “poder” implícito que o Supremo possui, conseqüente de uma lacuna do próprio ordenamento, as decisões em sede de Controle de Constitucionalidade tornam-se atos políticos.

Palavras-chave: Modulação de efeitos; Controle de Constitucionalidade; Supremo Tribunal Federal; Matéria tributária.

ABSTRACT

This final paper seeks to analyze, through the development of theoretical research and case analysis, the impacts of the social-historical context on the practice of effects modulation technique by the Federal Supreme Court in the judgements of tax matters. For that, preliminarily, outlines of the emergence of the mechanism called Constitutional Review and its introduction into brazilian law were made, as well as its influence on American law and the evolution in a context of constitutional supremacy. In a later analysis, the principles that guide the effects of the Constitutional Review decisions will be presented, as well as how the need for balance gave emergence to the so-called modulation technique of effects. In addition, as it is proven that there is no binding method for weighing principles in the modulation of effects, it is concluded that the action of the Supreme Federal Court may be based on determining factors selected by the Court itself. And, therefore, in sight of this implicit "power" that the Supreme Court possesses, as a result of a gap in the law itself, decisions regarding Constitutional Review become political acts.

Keywords: Modulation of Effects; Constitutional Review; Federal Supreme Court; Tax matters.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO	12
1.1. A introdução do Controle de Constitucionalidade no Brasil.....	14
1.2. De 1891 a 1969: como o Controle de Constitucionalidade evoluiu nas constituições brasileiras.....	17
1.3. O Controle de Constitucionalidade na Constituição Federal de 1988	20
1.4. Os efeitos das decisões proferidas em sede de Controle de Constitucionalidade.....	23
2. A MODULAÇÃO DE EFEITOS DA DECISÃO PROFERIDA EM SEDE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	28
2.1. O conceito de modulação de efeitos e a previsão no ordenamento jurídico	30
2.2. Os requisitos justificadores da modulação de efeitos de decisões	33
2.3. A colisão e ponderação de princípios constitucionais.....	35
3. A MODULAÇÃO DE EFEITOS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA – APLICAÇÃO PELO CONTEXTO HISTÓRICO-POLÍTICO?	38
3.1. Uma análise da modulação de efeitos pelo Supremo Tribunal Federal em matéria tributária: Como o contexto de pandemia alterou numericamente a aplicação da modulação de efeitos?	40
3.2. Recentes casos tributários em que o Supremo Tribunal Federal modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade	43
3.3. PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS OU ATO POLÍTICO?.....	52
CONSIDERAÇÕES FINAIS	58
REFERÊNCIAS	61

INTRODUÇÃO

Com o advento da chamada reconstitucionalização, o Direito Constitucional brasileiro passou por diversas alterações profundas e importantes, tanto do ponto de vista prático como teórico. O reconhecimento da Constituição Federal como norma jurídica dotada de imperatividade foi fundamental para garantia e efetividade dos direitos constitucionalmente previstos.

Neste esteio, inspirado no direito norte-americano, o direito brasileiro incorporou o chamado Controle de Constitucionalidade como um mecanismo para compatibilização entre as normas e o texto constitucional. Tal prática concedeu à Constituição Federal o status de norma responsável pela unicidade do sistema jurídico, funcionando como um filtro validador das demais normas.

Para aplicabilidade do Controle de Constitucionalidade, as Constituições brasileiras, ao longo dos anos, foram incorporando meios de ampliar o debate sobre a constitucionalidade das normas, concedendo a legitimidade para propositura das ações à representantes dos Poderes Executivo e Legislativo, bem como da sociedade.

Neste contexto, para interpretação dos efeitos das decisões, foi adotado pela doutrina e jurisprudência o princípio da nulidade que concede às decisões proferidas em sede de Controle de Constitucionalidade efeito *ex tunc*, retroagindo a sua declaração para invalidar todos os efeitos da norma considerada inconstitucional. Isto é, se uma norma não é compatível com a Constituição, esta é inválida e, portanto, jamais poderia ser dotada de eficácia e, conseqüentemente, produzir efeitos.

Ocorre que, com o passar dos anos, observou-se que, na prática, a retroação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de uma norma poderia ferir princípios basilares do ordenamento jurídico como a segurança jurídica. Deste modo, fez-se necessária a adoção da técnica de modulação de efeitos que, ao analisar as situações fáticas e conseqüências jurídicas das decisões de Controle de Constitucionalidade, garante a efetividade das decisões, mas sem causar grandes prejuízos sociais.

Objetiva-se, através deste trabalho, analisar a técnica da modulação de efeitos, introduzida no direito brasileiro através do artigo 27 da Lei nº 9.868/99, e como o Supremo Tribunal Federal tem a aplicado em matéria tributária, considerando o contexto histórico-social dos julgamentos. Para o alcance dos objetivos delineados, este trabalho foi dividido em três capítulos.

No primeiro capítulo, será feita uma análise teórica sobre o Controle de Constitucionalidade e sua incorporação no direito brasileiro, bem como a necessidade de aplicação do referido mecanismo em um contexto de supremacia constitucional. Por sua vez, o segundo capítulo contribuirá à compreensão da modulação de efeitos que surgiu a partir da necessidade de um equilíbrio entre os princípios de nulidade e anulabilidade que baseiam os efeitos das declarações de inconstitucionalidade. Em um primeiro momento será analisada a previsão legal da técnica e posteriormente será debatida a problemática que envolve a ponderação de princípios na modulação de efeitos.

Em um último momento, no terceiro capítulo, serão apontadas as alterações de entendimento do Supremo Tribunal Federal para aplicação da modulação de efeitos em matéria tributária durante o período de pandemia do novo Coronavírus e exemplificados casos de grande impacto financeiro. Neste esteio, será feita uma análise e reflexão sobre a possibilidade da modulação de efeitos nos referidos casos ter sido pautada em possíveis impactos econômicos.

Por fim, busca-se concluir que a inexistência de uma metodologia obrigatória para valoração dos princípios na técnica de ponderação, deu origem a faculdade do Supremo Tribunal Federal decidir quais são os fatores determinantes para modulação de efeitos. E, diante dessa possibilidade consequente de uma lacuna normativa, o Supremo Tribunal Federal entende que os impactos econômicos são fundamentos para a modulação de efeitos em matéria tributária, principalmente considerando o contexto histórico-social. Neste esteio, as decisões em sede de controle de constitucionalidade em matéria tributária acabam por se roupar de um ato político. No entanto, um ato político legal e decorrente da própria atuação do Supremo.

1. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

O processo de redemocratização e de promulgação da Constituição de 1988 marcou o início de um “novo” direito constitucional. A chamada reconstitucionalização fundou um período de atribuição do status de norma jurídica à Constituição, isto é, considerando a imperatividade das normas jurídicas, a Constituição dotou-se de um mecanismo próprio de cumprimento, servindo como base para a harmonia entre as normas do ordenamento jurídico.

Na prática, para que houvesse a materialização dessa nova forma imperativa da Constituição, o chamado Controle de Constitucionalidade, existente no Brasil desde a Constituição de 1891, deveria expandir-se para ganhar força. Por isso, ao longo dos anos, as Constituições brasileiras foram fundando novos mecanismos para viabilização do controle, até chegarmos na Constituição de 1988 que fundou importantes instrumentos de debate sobre a constitucionalidade de normas como a Ação Declaratória e a Arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Com efeito, o Controle de Constitucionalidade nada mais é do que adequar as demais normas do ordenamento jurídico ao texto constitucional, ou seja, conferir uma interpretação constitucional a cada lei, de modo que a sua validade dependa da harmonia com a Carta Maior. Nesse contexto, destaca-se a relevância do método de interpretação Constitucional como uma consequência lógica e fundamental para um contexto de supremacia constitucional.¹

¹ O Autor Luís Roberto Barroso destaca que a interpretação constitucional é uma consequência do reconhecimento da constituição como norma jurídica e da sua imperatividade “A interpretação constitucional é uma modalidade de interpretação jurídica. Tal circunstância é uma decorrência natural da força normativa da Constituição. isto é, do reconhecimento de que as normas constitucionais são normas jurídicas, compartilhando de seus atributos. Porque assim é, aplicam-se à interpretação constitucional os elementos tradicionais de interpretação do Direito, de longa data definidos como o gramatical, o histórico, o sistemático e o teleológico. Cabe anotar, neste passo, para adiante voltar-se ao tema, que os critérios tradicionais de solução de eventuais conflitos normativos são o hierárquico (lei superior prevalece sobre a inferior), o temporal (lei posterior prevalece sobre a anterior) e o especial (lei especial prevalece sobre a geral).” BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional do Brasil)**. 2005. P. 8

A supremacia constitucional nada mais é do que elevar a Constituição dentro do sistema, de modo que esteja no topo da estrutura escalonada, como um filtro de eficácia das normas.² Ao considerarmos o ordenamento jurídico como um sistema, ainda que escalonado, decerta a necessidade de unicidade e correlação entre os elementos que o compõem. Isto posto, o Controle de Constitucionalidade, além de funcionar como um “validador” dos elementos, destaca-se como um “restaurador” em caso de quebra da unicidade.

Cumprido destacar que para além da busca da harmonia no ordenamento, o Controle de Constitucionalidade é um mecanismo de garantia de aplicabilidade dos princípios e direitos constitucionalmente previstos. Isto porque, a Constituição é composta de (i) normas de eficácia plena, (ii) normas de eficácia contida e (iii) normas de eficácia limitada.

As normas de eficácia plena possuem imediata aplicação, ou seja, não necessitam de qualquer complementação para que produzam efeitos, seus comandos são claros e suficientes para materialização. Segundo José Afonso da Silva, as normas de eficácia plena:

Incidem diretamente sobre os interesses a que o constituinte quis dar expressão normativa”³ e “desde a entrada em vigor da constituição, produzem, ou têm a possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular.”⁴

As normas de eficácia contidas possuem aplicabilidade direta e imediata, no entanto, preveem meios para que o legislador ordinário possa impor-lhes limites, contendo a sua eficácia em determinadas circunstâncias.⁵

² BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**: Exposição Sistemática da Doutrina e Análise Crítica da Jurisprudência. 4ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva. 2009. P. 01.

³ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 101.

⁴ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 101.

⁵ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 116. “Normas de eficácia contida, portanto, são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados.”

Por fim, as normas de eficácia limitada necessitam de complementação para aplicabilidade e produção de efeitos, sendo divididas em duas classificações: *(i)* normas constitucionais de princípio institutivo e *(ii)* normas constitucionais de princípio programático.

As normas constitucionais de princípio institutivo traçam as diretrizes ou princípios estruturais de instituições, órgãos ou entidades, permitindo que o legislador ordinário as estruture para efetiva aplicação. Já as normas de princípio programático são, segundo José Afonso da Silva:

Normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado.⁶

E é justamente devido à eficácia das normas e a necessidade de complementação para produção de efeitos que a adequação das normas do ordenamento jurídico ao texto constitucional é fundamental para garantia de direitos fundamentais, por exemplo. Neste esteio, para além do propósito de unicidade do sistema jurídico, o Controle de Constitucionalidade denota-se como um garantidor e fiscalizador da materialização de direitos, regras e princípios constitucionais.

Isto posto, considerando a importância do referido mecanismo, discutir-se-á no presente capítulo sua introdução e aplicabilidade no direito brasileiro, com uma análise das alterações previstas pelas Constituições de 1891 a 1988, destacando a atuação do Supremo Tribunal Federal como intérprete da Constituição.

1.1. A introdução do Controle de Constitucionalidade no Brasil

Inicialmente, deve-se destacar que a discussão sobre Controle de Constitucionalidade, principalmente no Brasil, perpassa obrigatoriamente pela análise do primeiro precedente norte-americano: *Marbury vs. Madison*.

⁶ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, pp. 138.

A Suprema Corte dos Estados Unidos, ao analisar o referido caso, diante do manifesto conflito entre a legislação interna e a Constituição Federal, concluiu que o crivo de validade de uma norma é o texto constitucional.⁷ Neste esteio, a Suprema Corte, sem ao menos existir previsão expressa no Constituição Federal dos Estados Unidos, assumiu um papel de órgão responsável pela análise da compatibilidade entre a legislação interna e a Constituição Federal, isto é, responsável pelo Controle de Constitucionalidade.

Ao utilizar-se de argumentos como a supremacia da Constituição, a nulidade de leis que contrariem o Texto Maior e o papel do poder judiciário com intérprete final da Constituição, *Marbury vs Madison* inaugurou o Controle de Constitucionalidade moderno. No entanto, as ideias que fundamentaram os argumentos da Suprema Corte no caso já foram utilizadas em diversos momentos, inclusive nos Estados Unidos.

Já no artigo *Federalista n. 78*, escrito por Alexander Hamilton, foram registradas ideias sobre a invalidade de atos contrários à Constituição e o papel do Poder Judiciário como responsável pela intermediação entre as leis e o povo, determinando o sentido da Constituição e das normas infraconstitucionais.⁸

⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**: Exposição Sistemática da Doutrina e Análise Crítica da Jurisprudência. 4ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 8. “Ao expor suas razões, Marshall enunciou os três grandes fundamentos que justificam o controle judicial de constitucionalidade. Em primeiro lugar, a *supremacia da Constituição*: “Todos aqueles que elaboraram constituições escritas encaram-na como a lei fundamental e suprema da nação”. Em segundo lugar, e como consequência natural da premissa estabelecida, afirmou a *nulidade da lei que contrarie a Constituição*: “Um ato do Poder Legislativo contrário à Constituição é nulo”. E, por fim, o ponto mais controvertido de sua decisão, ao afirmar que *é o Poder Judiciário o intérprete final da Constituição*: “É enfaticamente da competência do Poder Judiciário dizer o Direito, o sentido das leis. Se a lei estiver em oposição à constituição a corte terá de determinar qual dessas normas conflitantes regerá a hipótese. E se a constituição é superior a qualquer ato ordinário emanado do legislativo, a constituição, e não o ato ordinário, deve reger o caso ao qual ambos se aplicam.”

⁸ Sobre a supremacia constitucional, ressalta Alexander Hamilton, em *O Federalista*, que: “Todo ato de uma autoridade delegada contrário aos termos da comissão é nulo. Esse princípio é indubitável; e, portanto, todo o ato do corpo legislativo, contrário à Constituição, não pode ter validade. Negar isso seria o mesmo que dizer que o delegado é superior ao constituinte, o criado ao amo, os representantes do povo ao povo que o representam; ou que aqueles que obram em virtude de poderes delegados, tanta autoridade têm para o que esses poderes autorizam, como para o que eles proibem”. Já sobre o Judiciário como intérprete último da Constituição: “Muito mais razoável é a suposição de que a Constituição quis colocar os tribunais judiciários entre o povo e a legislatura, principalmente para conter essa última nos limites de suas atribuições. A Constituição é e deve ser considerada pelos juízes como lei fundamenta; e como a interpretação das leis é a função especial dos tribunais judiciários, a eles pertence determinar o sentido da Constituição, assim como de todos os outros atos do corpo legislativo. Se entre essas leis se encontrarem algumas contraditórias, deve preferir aquela cuja observância é um dever mais sagrado; que é o mesmo que dizer que a Constituição deve ser preterida a um simples estatuto; ou a intenção do povo à dos seus agentes” HAMILTON, Alexander, MADISON, James e JAY, John. **O Federalista**. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira, Belo Horizonte: Líder, 2003. p. 459-460.

Com efeito, o caso *Marbury vs Madison* inaugurou o chamado sistema difuso de controle, em que o poder judiciário analisa, conforme a Constituição, uma situação concreta, com a possibilidade do juízo de compatibilidade esvaziar atos já praticados.

Nesse contexto, restou-se reconhecido que, por pronunciar-se sobre uma situação já existente, produzindo inclusive efeitos retroativos, isto é, se uma norma é considerada inválida todos os efeitos anteriormente produzidos são esvaziados, a decisão proferida em sede de Controle de Constitucionalidade possui natureza declaratória.

Em que pese a existência do referido precedente já em 1803, no Brasil, a primeira Constituição, outorgada em 1824, devido à sua influência francesa, não previa qualquer análise ou sistema semelhante ao modelo de controle inaugurado nos Estados Unidos. No referido texto constitucional brasileiro era atribuído ao Legislativo o poder de fazer as leis e de interpretá-las, sendo o Parlamento soberano. O Poder Moderador foi instituído para assegurar ao Chefe de Estado somente a função de manter a independência, equilíbrio e harmonia dos demais poderes, sendo inexistente a ideia de um poder judiciário capaz de interpretar as leis.

Tais ideais foram modificados com a instituição do regime republicano. Devido à influência do direito norte-americano, foi inaugurado no Brasil, com a Constituição provisória de 1890, o modelo difuso de Controle de Constitucionalidade. Já no início da República, Rui Barbosa, importante figura do Direito brasileiro, afirmava que a essência de qualquer medida legal que desrespeite precedentes constitucionais é essencialmente nula.⁹

Conforme se demonstrará a seguir, o mecanismo de Controle de Constitucionalidade sofreu alterações nas Constituições Brasileiras, sob grande influência dos contextos em que as constituições foram promulgadas. Neste esteio, somente com a promulgação da Constituição de 1988 e com a chamada reconstitucionalização do direito, que o Controle de Constitucionalidade foi efetivamente ampliado e ganhou força como um importante e necessário mecanismo de manutenção da ordem e materialização de direitos.

⁹ BARBOSA, Ruy. *Os Actos Inconstitucionaes do Congresso e do Executivo Ante a Justiça Federal*. Rio de Janeiro: Companhia Impressora, 1893. p. 47 apud BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., p. 18.

1.2. De 1891 a 1969: como o Controle de Constitucionalidade evoluiu nas constituições brasileiras

Com o advento do regime Republicano, o direito brasileiro foi diretamente influenciado pelo direito norte-americano, tendo, inclusive, internalizado interpretações e mecanismos. Neste esteio, a ideia da existência de um controle por parte do poder judiciário capaz de validar a aplicabilidade de normas através de uma interpretação constitucional, inaugurada nos Estados Unidos, ganhou força e previsão na Constituição Federal Brasileira de 1891.

Conforme se insere do artigo 59, parágrafo 1º, alíneas “a” e “b”, da Constituição Federal de 1891 foi atribuída ao Supremo Tribunal Federal a competência para analisar, em última instância, decisões sobre a validade de leis, tratados e atos dos governos em face do texto constitucional:

§ 1o Das sentenças das justiças dos Estados em ultima instancia haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade, ou a applicação de tratados e leis federaes, e a decisão do tribunal do Estado for contra ella; b) quando se contestar a validade de leis ou de actos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federaes, e a decisão do tribunal do Estado considerar validos esses actos, ou essas leis impugnadas.¹⁰

Em consonância com a possibilidade de existir um órgão capaz de validar a compatibilidade entre as normas e a Carta Magna, foi editada a lei nº 221/1894 que previa, em seu artigo 13, parágrafo 10, a impossibilidade de aplicação de leis manifestamente inconstitucionais, ou seja, incompatíveis com a Constituição, deixando ainda mais evidente o sistema judicial de Controle de Constitucionalidade. Vejamos:

Os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente

¹⁰ BRASIL. [Constituição (1891)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, [2021]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Consultado em: 10 de maio de 2021.

inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição.¹¹

Da análise do texto constitucional e das normas infraconstitucionais extrai-se que, com pequenas alterações, o Brasil passou a adotar o modelo de Controle de Constitucionalidade incidental e difuso. Isto porque, com a possibilidade de revisão pelo Supremo Tribunal Federal em última instância, qualquer juiz ou tribunal poderia, ao analisar um caso concreto, manifestar-se sobre a compatibilidade com a Carta Magna.

A Constituição Federal de 1934 veio para expandir as possibilidades de exercício de Controle de Constitucionalidade, introduzindo o chamado controle concentrado. Nessa modalidade, foi atribuído ao Supremo Tribunal Federal o efeito *erga omnes*¹² às suas decisões quanto a declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou ato, nos termos dos Artigos 91, IV e 96:

Artigo. 91: Compete ao Senado Federal:

IV - suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário;

Artigo 96: Quando a Corte Suprema declarar inconstitucional qualquer dispositivo de lei ou ato governamental, o Procurado Geral da República comunicará a decisão ao Senado Federal para os fins do art. 91, nº IV, e bem assim à autoridade legislativa ou executiva, de que tenha emanado a lei ou o ato.¹³

Outrossim, em relação ao controle difuso, a Constituição de 1934 passou a prever a necessidade de maioria absoluta de membros dos tribunais para declaração de inconstitucionalidade de uma norma. Tal previsão, com um incontestável caráter mais rígido, objetivava afastar a insegurança jurídica decorrente dos diversos entendimentos nos tribunais¹⁴.

¹¹ BRASIL. **Lei nº 221 de 20 de novembro de 1894**. Completa a organização da Justiça Federal da Republica. Distrito Federal, Brasília: Senado Federal, [2021]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1851-1900/L0221-1894.htm>. Consultado em: 10 de maio de 2021

¹² eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.

¹³ BRASIL. [Constituição (1891)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, [2021]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Consultado em: 10 de maio de 2021

¹⁴ MANGABEIRA, João. **Em torno da Constituição**, São Paulo: Ed. Nacional, 1934, p. 115-117; ARANHA BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo. **Teoria das Constituições rígidas**, cit., p. 159-165.

A Constituição Federal de 1937 não introduziu qualquer inovação ou modificação no que tange ao mecanismo de Controle de Constitucionalidade difuso, no entanto, criou uma modalidade de revisão constitucional. No novo texto constitucional, restou-se previsto que em casos de declaração de inconstitucionalidade de uma lei que seja considerada necessária ao bem-estar social e a defesa de interesse nacional, a mesma pode ser submetida novamente ao Parlamento. Neste esteio, caso confirmada a sua validade pelo quórum de 2/3 em cada uma das casas legislativas, a decisão do Parlamento seria final, sendo inválida a decisão do tribunal.

Tal modalidade denota-se um retrocesso no sistema constitucional e principalmente para o mecanismo de controle. Isto porque, a análise de importância e necessidade da lei que justificasse a nova submissão seria feita pelo Presidente da República. Nesse sentido, é incontestável que o viés político se sobressaía ao jurídico, existindo, portanto, uma ameaça a garantia de direitos constitucionais.

Em contrapartida, a Constituição de 1946 inovou o sistema de Controle ao instituir a chamada “Ação Genérica de Inconstitucionalidade”¹⁵ que conferia ao Procurador Geral da República a possibilidade de formular representação de inconstitucionalidade encaminhada diretamente ao Supremo Tribunal Federal para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato federal. Com tal mecanismo, introduziu-se no Brasil uma modalidade de controle abstrato e concentrado mediante ação direta, com o Supremo Tribunal Federal como “árbitro final do contencioso da inconstitucionalidade”.¹⁶

A Constituição de 1967 não inovou, mantendo o controle difuso e a ação direta de inconstitucionalidade prevista na Constituição de 1946.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**: Exposição Sistemática da Doutrina e Análise Crítica da Jurisprudência. 4ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 63.

¹⁶ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012. P. 1480 “ O Supremo Tribunal Federal exercia, pois, a função de “árbitro final do contencioso da inconstitucionalidade”. Não se tratava, porém, de afastar, simplesmente, a aplicação da lei inconstitucional. A pronúncia da inconstitucionalidade, nesse processo, tinha dimensão diferenciada, como se pode ler no magnífico voto de Castro Nunes, ao enfatizar que “atribuição nova, que o Supremo Tribunal é chamado a exercer pela primeira vez e cuja eficácia está confiada, pela Constituição, em primeira mão, ao patriotismo do próprio legislador estadual no cumprir, de pronto, a decisão e, se necessário, ao Congresso Nacional, na compreensão esclarecida da sua função coordenada com a do Tribunal, não será inútil o exame desses aspectos, visando delimitar a extensão, a executoriedade e a conclusividade do julgado”

Por sua vez, a Constituição de 1969 (Emenda Constitucional nº 1, de 17/10/1969) passou a prever o Controle de Constitucionalidade em âmbito estadual, isto é, a análise da constitucionalidade de leis municipais sob a ótica das constituições estaduais. Com isso, as ações diretas de inconstitucionalidade poderiam ser propostas em Tribunais Estaduais e não somente ao Supremo Tribunal Federal, expandindo as hipóteses de controle.

Por fim, a Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977, reconheceu expressamente a competência do Supremo Tribunal Federal para análise de liminar em representação de inconstitucionalidade, bem como instituiu a “representação para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual”, conferindo poderes ao Supremo Tribunal Federal para fixar o sentido de uma norma.¹⁷

Diante da análise das constituições brasileiras depreende-se a evolução do mecanismo do Controle de Constitucionalidade. Neste esteio, destaca-se a relevância dos contextos históricos em que as Constituições foram promulgadas para ampliação ou retrocesso do Controle de Constitucionalidade. Tais impactos, indubitavelmente, podem ser compreendidos sobre o viés da importância do mecanismo para garantia de direitos constitucionalmente previstos.

Outrossim, é inegável que o poder concedido ao Poder Judiciário para interpretação do texto constitucional, por muitas vezes, pode incomodar o poder político vigente, o que em contextos antidemocráticos gerou a intervenção do governo nos mecanismos de Controle de Constitucionalidade. Fato é que em nenhuma das Constituições brasileiras o Controle de Constitucionalidade foi tão ampliado e destacado como na Constituição de 1988, conforme se demonstrará a seguir.

1.3. O Controle de Constitucionalidade na Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 ampliou significativamente os mecanismos para realização do Controle de Constitucionalidade. Tal alargamento e valorização do

¹⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012. P. 1484

mecanismo de controle denota-se como uma consequência dos longos debates na Constituinte de 1987/1988 sobre as limitações do poder do Estado e o papel do Poder Judiciário.

O texto constitucional de 1988 manteve o sistema eclético, híbrido ou misto, combinando o controle por via incidental e difuso (sistema americano), que vinha desde o início da República, com o controle por via principal e concentrado, implantado com a EC n. 16/65 (sistema continental europeu).¹⁸

No entanto, em que pese a manutenção dos sistemas já vigentes, amplas e diversas inovações importantes foram introduzidas. Inicialmente, destaca-se a ampliação da legitimidade para propor Ação Direta de Inconstitucionalidade, passando o artigo 103, incisos I ao IV da Carta Magna¹⁹, com posteriores alterações pela Emenda Constitucional nº 45/2004, a listar diversos representantes dos Poderes Legislativo e Executivo, bem como representantes da população como legítimos para propositura da Ação:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

- I - o Presidente da República;
- II - a Mesa do Senado Federal;
- III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal
- V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
- VI - o Procurador-Geral da República;
- VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Tal alteração, característica de uma constituição nomeada de “cidadã”, concedeu uma dimensão social ao Controle de Constitucionalidade, com a possibilidade de outras figuras e representantes da sociedade iniciarem discussões que envolvem ofensa ou garantias de princípios e direitos constitucionalmente previstos.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**: Exposição Sistemática da Doutrina e Análise Crítica da Jurisprudência. 4ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 64.

¹⁹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Distrito Federal, Brasília: Presidência da República, [2021]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Consultado em: 10 de maio de 2021

Ainda, a Constituição de 1988 instituiu dois novos mecanismos de Controle de Constitucionalidade por omissão: a ação direta de inconstitucionalidade para supressão de omissões normativas, previstas pelo artigo 103, parágrafo 2º²⁰ e o mandado de injunção para controle de direitos fundamentais violados em razão de ausência de norma regulamentadora, previsto no artigo 5º, LXXI²¹. A previsão no artigo 102, parágrafo 1º²² da arguição de descumprimento de preceito fundamental, ainda, foi uma grande inovação da Constituição Federal de 1988. Isto porque, a criação do referido remédio constitucional acabou por preencher a lacuna do controle difuso no que tange às matérias não abrangidas pelo controle concentrado.

Cumprido destacar que o Controle de Constitucionalidade difuso permaneceu expressamente previsto, no entanto, foi expandido, consignando-se no texto constitucional a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade por juízes e tribunais.

Em 1993, a Ação Declaratória de Constitucionalidade foi instituída pela Emenda Constitucional nº 3, introduzindo no ordenamento jurídico a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal definir, com efeito vinculante, a compatibilidade de lei ou ato normativo federal com o texto constitucional. Desta maneira, o controle abstrato das normas passou

²⁰ “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: § 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.” BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Distrito Federal, Brasília: Presidência da República, [2021]. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Consultado em: 10 de maio de 2021

²¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;” BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Distrito Federal, Brasília: Presidência da República, [2021]. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Consultado em: 10 de maio de 2021

²² “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: § 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. “ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Distrito Federal, Brasília: Presidência da República, [2021]. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Consultado em: 10 de maio de 2021

a ser exercido pela Ação Direta de Inconstitucionalidade e pela Ação Declaratória de Inconstitucionalidade.

Por fim, destaca-se que foi mantida a ação direta interventiva, como mecanismo de fiscalização concreta da constitucionalidade.²³

Portanto, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Controle de Constitucionalidade consolidou-se como um importante mecanismo de garantia aos princípios e direitos constitucionalmente previstos, tendo o Supremo Tribunal Federal um destaque como principal órgão responsável pela aplicabilidade do mecanismo. Em síntese, com todas as inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988 coexistem no sistema brasileiro hoje o controle incidental difuso, exercido por todos os juízes e tribunais, e o controle principal concentrado, por via de ação direta, de competência do Supremo Tribunal Federal.

1.4. Os efeitos das decisões proferidas em sede de Controle de Constitucionalidade

O reconhecimento da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei possui o poder de declarar a validade ou invalidade da norma e, conseqüentemente, modificar os casos e interpretações decorrentes do texto normativo. Isto porque, se reconhecida a invalidade de uma norma, a sua eficácia é esvaziada e, conseqüentemente, todos os seus efeitos são nulos.

Neste esteio, para que se possa entender com precisão e técnica os efeitos das decisões proferidas em sede de Controle de Constitucionalidade é importante que se analise minuciosamente conceitos básicos e fundamentais aplicáveis às normas jurídicas. Para o presente caso a compreensão de três conceitos é indispensável. São eles: existência, validade e eficácia.

A existência de uma norma está diretamente ligada ao cumprimento de pressupostos materiais e a ocorrência de fatos cotidianos juridicamente tutelados, ou seja, quando um

²³ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**: Exposição Sistemática da Doutrina e Análise Crítica da Jurisprudência. 4ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 66

fato apresenta elementos constitutivos dos atos jurídicos. Para que uma norma exista no ordenamento jurídico é necessário que o legislador entenda a necessidade de editar diretrizes a serem seguidas que, em um contexto de supremacia da constituição, garantam direitos constitucionalmente previstos, mas também imponham deveres a serem seguidos.

Outrossim, o processo legislativo é fundamental para declaração da existência de uma norma. Isto porque, para que uma norma efetivamente exista no ordenamento jurídico é necessário o cumprimento de requisitos formais como rito de aprovação e publicação, por exemplo. No entanto, a simples existência de uma norma no ordenamento jurídico não pressupõe a sua validade, pois o Direito estabelece o cumprimento de diversos requisitos para que a norma seja considerada regular.

Para Kelsen, a declaração de validade de uma norma pressupõe sua conformidade com a norma fundamental.²⁴ Nesse contexto, a norma fundamental imperativa, que rege as demais e é capaz de determinar a validade ou invalidade de outras normas, funcionando como um verdadeiro filtro de compatibilidade do ordenamento, é a Constituição.

Ou seja, para o Autor uma norma somente é válida se estiver de acordo com o texto constitucional. E, portanto, o Controle de Constitucionalidade funciona, além de garantidor da unicidade do sistema, como um validador das normas do ordenamento jurídico.

Ademais, a validade de uma norma jurídica pode ser entendida como um vínculo entre o sistema de Direito e a forma como ela foi proposta, devendo ser observados dois aspectos como pressupostos de validade: adequação ao processo de criação e competência para criação.²⁵

²⁴ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 163

“O fundamento de validade de uma norma é uma pressuposição, uma norma pressuposta como sendo definitivamente válida, ou seja, uma norma fundamental”

²⁵ “A validade da norma jurídica pode ser vista como o vínculo estabelecido entre a proposição jurídica, considerada na sua totalidade lógico-sintática, e o sistema de Direito posto, de modo que ela é válida se pertencer ao sistema, mas, para pertencer a tal sistema, dois aspectos devem ser observados: a adequação aos processos anteriormente estabelecidos para a criação da proposição jurídica (exceto no caso da recepção pela Constituição) e a competência constitucional do órgão criador. Por isso, o jurista não tem o condão de criar uma norma jurídica válida.” COUTO, Reinaldo. **Considerações sobre a validade, vigência e eficácia das normas jurídicas**. Revista CEJ, 2014.

Ocorre que, a necessidade da validação da norma com o texto constitucional, bem como o vínculo entre sistema e forma, o que pode ser nomeado como uma “validade técnica”, não são os únicos requisitos a serem analisados para que a norma possa ser efetivamente considerada válida.

Segundo Kelsen, “uma norma jurídica deixará de ser considerada válida quando permanece duradouramente ineficaz. A eficácia (social) é, nessa medida, condição de vigência, visto ao estabelecimento de uma norma ter de seguir a sua eficácia (social) para que ela não perca a sua vigência.”²⁶

Nesse mesmo sentido é o entendimento de Miguel Reale: “não basta que uma regra jurídica se estruture, pois é indispensável que ela satisfaça os requisitos de validade, para que seja obrigatória. A validade de uma norma de direito pode ser vista sob três aspectos: o da validade formal, ou técnico-jurídica (vigência), o da validade social (eficácia ou efetividade) e o da validade ética (fundamento)”²⁷

Da análise do posicionamento dos referidos juristas, depreende-se que a declaração da validade da norma também está obrigatoriamente vinculada à materialização do texto normativo, isto é, a efetividade e aptidão da norma para produção de efeitos na sociedade. Portanto, além da inafastável necessidade de compatibilidade com a Constituição, o plano de validade de uma norma também está condicionado à sua aplicabilidade.

Em síntese, é necessária a análise e cumprimento de dois requisitos para que uma norma seja efetivamente válida: *(i)* a consonância com uma norma hierarquicamente superior que, inclusive, atribua competência à uma figura para emití-la, e *(ii)* a materialização e efetividade no ordenamento.

Por fim, o reconhecimento da eficácia de uma norma está vinculado a sua capacidade de produzir efeitos. Nesse sentido, a eficácia e aplicabilidade das normas podem ser contempladas como aspectos do direito em vigor, isto é, as normas somente

²⁶ KELSEN, Hans. Teoria pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 12.

²⁷ REALE, Miguel. Lições Preliminares do Direito. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1974, p. 115.

são eficazes e válidas se existir uma correspondência entre o seu texto e as ações humanas.²⁸

Fato é que os três conceitos acabam por se confundir, na medida em que dependem uns dos outros. No entanto, a interpretação individual é fundamental para o entendimento das teorias e efeitos das declarações de inconstitucionalidade no direito brasileiro.

Com efeito, embora as decisões proferidas em sede de Controle de Constitucionalidade não gozem de uma lei constitucional específica atribuindo-lhes efeitos *ex tunc*, a doutrina e jurisprudência reconhecem o caráter declaratório e retroativo das decisões, de modo que a decisão de inconstitucionalidade pronuncia a invalidade de uma norma.²⁹

Tal entendimento denota-se como uma herança do direito norte-americano, fruto da influência do mecanismo de Controle de Constitucionalidade inaugurado no caso *Marbury vs Madison* que, posteriormente, foi internalizado pelo direito brasileiro. Quando da resolução da controvérsia, restou-se entendido que:

A Constituição é a Lei suprema e a lei que a contraria é nula. Tal teoria está essencialmente ligada a uma Constituição escrita e, conseqüentemente, deve ser considerada por esta Corte como uma dos princípios fundamentais da nossa sociedade. Não deve, por isso, ser perdida de vista na ulterior consideração deste assunto. Se uma Lei do Congresso, contrária a Constituição, é nula, obriga, apesar de sua invalidade, os tribunais, e devem estes dar-Lhe efeito? Ou, em outras palavras, embora não seja Lei constitui regra operante, como se Lei fosse? Admiti-Lo corresponderia a negar, de fato, o estabelecido na teoria; e pareceria, ao primeiro golpe de vista, absurdo tão grosseiro que sobre o mesmo é desnecessário insistir.³⁰

²⁸ NAVARRO, Pablo Eugenio, and Josep-Joan Moreso. "**Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas.**" (1996), pg. 120. "La aplicabilidad y la eficacia de las normas jurídicas son habitualmente presupuestas por los juristas dogmáticos cuando formulan sus enunciados acerca de derechos y deberes jurídicos. De este modo, la eficacia y la aplicabilidad pueden ser contempladas como aspectos del derecho em vigr. Sin embargo, los juristas casi nunca ofrecen una explicación de estas asunciones básicas. Esta parece ser una tarea adecuada para los filósofos del derecho, puesto que ests pueden llevar a cabo um análisis lógico más detallado que el de la dogmática jurídica".

²⁹ SARMENTO, Daniel. Eficácia temporal do Controle de Constitucionalidade das leis. **Revista de Direito Administrativo**, v. 212, p. 27, 1998.

³⁰ RODRIGUES, Lêda Boechat, **A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano**, 2ied., Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 1992, p. 37.

Neste esteio, considerando como efeito da declaração de inconstitucionalidade a invalidação de uma norma e tendo a declaração efeitos retroativos, decerto que o impacto de tais decisões no ordenamento jurídico são imensos e podem, inevitavelmente, causar prejuízos.

Deste modo, visando preservar a segurança jurídica e diminuir os impactos das decisões, foi introduzido no direito brasileiro um mecanismo, em caráter de exceção, conforme se demonstrará detalhadamente a seguir.

2. A MODULAÇÃO DE EFEITOS DA DECISÃO PROFERIDA EM SEDE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

No Brasil, como anteriormente exposto, restou-se incorporada a premissa de que a lei inconstitucional é nula. Deste modo, podem se extrair duas conclusões importantes da referida premissa: *(i)* a decisão que reconhece a inconstitucionalidade de uma norma é declaratória, na medida em que analisa uma situação preexistente e estabelece uma certeza jurídica a partir de sua análise, e *(ii)* sendo a inconstitucionalidade um vício intrínseco a lei, os efeitos da decisão de inconstitucionalidade são *ex tunc*, ou seja, retroagem até o momento da existência da norma no ordenamento jurídico.³¹

Como efeito, tal entendimento do direito brasileiro sobre a natureza da decisão que analisa a constitucionalidade da norma, bem como o seu efeito *ex tunc*, conforme já explicitado, derivam do modelo norte-americano. Ocorre que, o modelo de declaração de nulidade norte-americano não é universalmente adotado.

Existe, também, a doutrina que atribui à lei inconstitucional a condição de norma anulável e à decisão natureza constitutiva.³² Referido modelo, adotado na Áustria, entende que a norma inconstitucional sofre de vício que a torna anulável, neste esteio, a norma é considerada válida até a declaração de inconstitucionalidade e, sendo a decisão de natureza constitutiva, os efeitos são *ex nunc*.

Ocorre que, em 1975, a Constituição Austríaca passou a adotar um modelo híbrido, em que se passou a permitir, como exceção, que a Corte atribísse efeitos retroativos às suas decisões mediante previsão explícita.

³¹ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**: Exposição Sistemática da Doutrina e Análise Crítica da Jurisprudência. 4ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 16.

³² BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**: Exposição Sistemática da Doutrina e Análise Crítica da Jurisprudência. 4ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 18

Cumpra esclarecer que os Estados Unidos, em 1965, no caso *Linkletter vs Walker*, também passou a admitir a flexibilização dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade.³³

Tais alterações demonstram a busca por um equilíbrio nas decisões, de modo que não causassem danos relevantes na sociedade e preservassem também um importante princípio que é a segurança jurídica. Diante dessa necessidade em inserir as decisões de Controle de Constitucionalidade no ordenamento de modo a preservar a supremacia constitucional, mas conferir menores impactos, criou-se a possibilidade de modulação dos efeitos das decisões.

A modulação de efeitos, sem dúvidas, concede grandes poderes aos julgadores. No entanto, existem critérios para que tal mecanismo seja utilizado, de modo que as decisões estejam efetivamente adequadas à realidade.

Decerto que o poder de analisar a compatibilidade das leis com o texto constitucional é concedido exclusivamente ao Poder Judiciário, mas tal possibilidade impacta os demais poderes e diretamente a sociedade. Portanto, a técnica de modulação de efeitos veio para dar maior segurança ao Poder Judiciário, que passa a atuar também como um moderador no momento de declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma, sem maiores preocupações com o impacto em situações já consolidadas.

Deste modo, considerando a importância desse mecanismo, será analisado nesse capítulo como foi a sua internalização no direito brasileiro, quais são os métodos utilizados para aplicação da técnica e, principalmente, como o Supremo Tribunal Federal, cujo papel é de guardião da Constituição e de seus princípios, modula os efeitos das decisões em sede de Controle de Constitucionalidade.

³³ LUNARDI, Soraya Gasparetto. **Modulação temporal dos efeitos no processo de Controle de Constitucionalidade e influência de argumentos econômicos.** Revista Brasileira de Estudos Constitucionais: RBEC, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 3-4, 2009.

2.1. O conceito de modulação de efeitos e a previsão no ordenamento jurídico

Como anteriormente pincelado, em que pese a ausência de previsão legal expressa na Constituição Federal, no Brasil, muito pela influência do direito norte-americano no que tange ao mecanismo de Controle de Constitucionalidade, adotou-se a teoria da nulidade das normas inconstitucionais. Nesse sentido, a análise da compatibilidade entre as normas infraconstitucionais e o texto constitucional perpassa também ela análise de validade e eficácia da norma.

A teoria da nulidade considera que uma norma inconstitucional, por ser nula, é ineficaz devido a nulidade já pré-existente. Com isso, concluiu-se que todo e qualquer efeito consequente da aplicação do texto normativo inconstitucional é inválido, posto que uma norma ineficaz nem deveria produzir efeitos.

Em contrapartida, a teoria da anulabilidade, adotada na Áustria inspirada na doutrina de Hans Kelsen, considera que a norma declarada inconstitucional, até o momento do pronunciamento da corte, é válida e produz efeitos.³⁴

No entanto, em que pese a adoção da teoria da nulidade, existem casos no direito brasileiro em que a declaração de nulidade *ipso jure e erga omnes* deixou de ser aplicada, devido ao entendimento de que não seria a maneira mais adequada de solucionar as controvérsias.³⁵ Neste esteio, a modulação de efeitos surgiu como uma possibilidade de afastar a aplicação do princípio da nulidade em casos de evidente ameaça à segurança jurídica ou inadequação a finalidade buscada.

³⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade no direito comparado**. Porto Alegre: Fabris, pag. 115-116, 1984. “No primeiro desses dois sistemas, segundo a concepção mais tradicional, a lei inconstitucional, porque contrária a uma norma superior, é considerada absolutamente nula (“null and void”) e, por isso, ineficaz, pelo que o juiz, que exerce o poder de controle, não anula, mas, meramente, declara uma (pré-existente) nulidade da lei inconstitucional. No sistema austríaco, ao contrário, a Corte Constitucional não declara uma nulidade, mas anula, cassa (aufhebt) uma lei que, até o momento em que o pronunciamento da Corte não seja publicado, é válida e eficaz, posto que inconstitucional.”

³⁵ DE MENEZES BEBER, Augusto Carlos; BUFFON, Marciano. **A modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade na jurisdição brasileiro: da teoria da nulidade da norma ao paradigma orientador no controle de constitucionalidade**. *Revista Paradigma*, v. 27, n. 3, pg. 116, 2018.

No direito brasileiro, tal possibilidade somente passou a ser prevista com a edição da Lei nº 9.868/99³⁶ que em seu artigo 27 permitiu ao Supremo Tribunal Federal alterar os efeitos temporais das decisões proferidas em sede de Controle de Constitucionalidade:

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

Nas palavras de Ana Paula Oliveira Ávila, o dispositivo em questão autoriza o Supremo Tribunal Federal a:

(a) restringir os efeitos da decisão (ex tunc parcial ou relativo), ou seja, estabelecer um termo inicial para a cassação de efeitos que seja posterior à publicação da norma e anterior à decisão declaratória de inconstitucionalidade; (b) determinar que a norma somente produza efeitos a partir do trânsito em julgado (ex nunc); e (c) determinar que ela produza efeitos a partir de outro momento que venha a ser determinado (termo diferido ou efeito pro futuro), hipótese que introduz situação semelhante à Appellentscheidung do direito constitucional alemão: ou seja, apesar de reconhecida a incompatibilidade da norma em face da Constituição, estabelece o Tribunal que ela permanecerá vigente e eficaz por certo período de tempo.³⁷

Destaca-se que, antes mesmo da possibilidade instituída por lei, o Supremo Tribunal Federal já modulava os efeitos de suas decisões, como, nos casos do RE 79.343, RE 93.356 e RE 78.209, deixando de aplicar o feito retroativa das decisões de controle em razão de suas consequências.³⁸

Com efeito, em 17 de março de 2015, com a publicação da Lei nº 13.105 (Código de Processo Civil), foram instituídas regras visando uniformizar a aplicação de decisões reiteradas de tribunais, para atribuir celeridade ao sistema processual brasileiro.

³⁶ BRASIL. **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.. Distrito Federal, Brasília: Presidência da República, [2021]. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm>. Consultado em: 10 de maio de 2021

³⁷ ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no Controle de Constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme e constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99**. p. 57-58

³⁸ DE MENEZES BEBER, Augusto Carlos; BUFFON, Marciano. **A modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade na jurisdição brasileiro: da teoria da nulidade da norma ao paradigma orientador no controle de constitucionalidade**. Revista Paradigma, v. 27, n. 3, pg. 116, 2018.

Desta maneira, visando amenizar o impacto social em caso de alterações de jurisprudência reiteradas pelo Supremo Tribunal Federal, foi editado o artigo 927, §3º³⁹ reafirmando a possibilidade de aplicação da técnica de modulação de efeitos. Vejamos:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

Como “jurisprudência dominante” citada no referido texto normativo deve-se interpretar como o entendimento predominante na orientação da Corte ainda que exista outra orientação igualmente ponderável em contrário⁴⁰.

No entanto, da análise dos referidos textos normativos extrai-se que a exigência do quórum de dois terços da Corte está prevista somente na Lei nº 9.868/99. Neste esteio, a necessidade do quórum qualificado tem sido discutida pela Corte constitucional, restando pendente a pacificação do entendimento sobre o tema.

Fato é que, incontestavelmente, para formalização da modulação dos efeitos existe uma ponderação entre o princípio da supremacia da constituição e a segurança jurídica ou interesse social. No entanto, como destaca Luis Roberto Barro⁴¹ sobre o tema:

O princípio da supremacia da Constituição é fundamento da própria existência do Controle de Constitucionalidade, uma de suas premissas lógicas (v., *supra*). Não pode, portanto, ser afastado ou ponderado sem comprometer a ordem e unidade do sistema. O que o Supremo Tribunal Federal poderá fazer ao dosar os efeitos retroativos da decisão é uma ponderação entre a norma violada e as normas constitucionais que protegem os efeitos produzidos pela lei inconstitucional.

³⁹ BRASIL. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil.. Distrito Federal, Brasília: Presidência da República, [2021]. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Consultado em: 10 de maio de 2021

⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo**. São Paulo: RT, 2009. Pg. 582

⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**: Exposição Sistemática da Doutrina e Análise Crítica da Jurisprudência. 4ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 210 e 211

Conforme se demonstrará a seguir, a legislação sobreveio para legitimar e estipular requisitos justificadores para modulação dos efeitos das decisões.

2.2. Os requisitos justificadores da modulação de efeitos de decisões

As Leis n^os 9.868 e 9.882, de 1999, foram promulgadas para disciplinarem importantes ações ajuizadas com o objetivo de discutirem a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de normas, são elas: a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Neste esteio, referidas normas evidenciam a necessidade de observância de requisitos para que o Supremo Tribunal Federal possa valer-se da modulação de efeitos no julgamento das ações, em dissonância a regra geral que seria a declaração de nulidade de lei inconstitucional com efeito retroativo.

Para Alexandre de Moraes, são dois os requisitos a serem cumpridos que podem ser divididos em formais e materiais:

para a manipulação dos efeitos temporais da pronúncia de inconstitucionalidade devem ser preenchidos dois requisitos constitucionais, os quais são divididos em formais e materiais, sendo certo que aquele diz respeito ao quórum de maioria de dois terços dos ministros do Supremo Tribunal Federal e este discorre acerca da presença de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social⁴².

Antes do detalhamento de quais são os requisitos formais e materiais, cumpre destacar que a legislação deixa evidente que a modulação de efeitos de uma decisão somente pode ser adotada durante o julgamento de mérito em ação direta de inconstitucionalidade ou arguição de descumprimento de preceito fundamental, após a declaração de incompatibilidade da lei com o texto constitucional.

⁴² MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23^a ed. São Paulo: Atlas, 2008. P. 756-757

O requisito formal destacado por Alexandre de Moraes refere-se ao quórum para a modulação temporal dos efeitos. Isto porque, para que sejam modulados os efeitos da decisão, exige-se a manifestação favorável, por maioria, de no mínimo dois terços dos membros do Supremo tribunal Federal.⁴³

Quanto aos requisitos materiais, estes referem-se aos fundamentos para aplicação da técnica. Para que o Tribunal module os efeitos da decisão, deve fundar-se em razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, princípios fundamentais do ordenamento jurídico.

A segurança jurídica está prevista no artigo 5º da Constituição Federal Brasileira de 1988 e abrange a interpretação das normas e a sua positivação no ordenamento. Tal princípio visa à uniformização de decisões de modo que não haja incerteza sobre as consequências de determinado ato jurídico.

Para José Afonso da Silva⁴⁴, a segurança jurídica é indissociável no direito, isto é, somente existe direito se há segurança jurídica:

Segurança jurídica é uma expressão que comporta vários sentidos. O adjetivo, entretanto, delimita o campo do substantivo, mostrando que a segurança de que se fala está relacionada com o direito, tomada esta palavra quer na acepção de direito objetivo, como conjunto de normas editadas ou reconhecidas pelo Estado para ordenar a vida em sociedade, quer como direito subjetivo, ou seja, como vantagem de que os indivíduos são titulares e que resultaram da ocorrência de fato jurídico, na compreensão mais ampla dessa locução, abrangendo, portanto também os atos jurídicos. (...) Bem se percebe, por estas resumidas observações, como é justificado o pensamento de tantos autores notáveis, desde os antigos até os contemporâneos – a ponto de se poder falar em uma opinião comum – quando asseveram que a noção de segurança jurídica é conatural e, pois, indissociável da própria noção de direito, só existindo direito onde existe segurança jurídica.

Com relação ao interesse social, ainda que subjetivo, pode ser conceituado como o resultado dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem⁴⁵.

⁴³ Conforme anteriormente explicitado, tal exigência encontra-se em discussão pendente de julgamento.

⁴⁴ SILVA, José Afonso da. Constituição e segurança jurídica. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004. Pgs. 15-30.

⁴⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 19ª edição. Editora Malheiros. São Paulo, 2005. Pg. 61.

Portanto, evidente que para modulação de efeitos, o Direito brasileiro exige o cumprimento de requisitos baseados em princípios e, considerando a infinitude de princípios existentes do ordenamento jurídico, decerto que a aplicação de um mecanismo de exceção como a modulação, perpassa pela chamada ponderação e colisão de princípios.

2.3. A colisão e ponderação de princípios constitucionais

Segundo Ronald Dworkin, as regras e princípios se assemelham por estabelecerem obrigações, mas se distanciam no modo de aplicação e no grau de abstração.

As regras têm estrutura de “tudo ou nada”, isto é, em uma situação fática, estando presentes os requisitos necessários à sua incidência, as regras são aplicadas, mas na ausência de satisfação, as regras são afastadas.⁴⁶ Já os princípios possuem a chamada dimensão do peso, não desencadeando automaticamente consequências jurídicas previstas no texto normativo somente pela ocorrência da situação descrita no texto.⁴⁷

Para o autor Robert Alexy, diferentemente do entendimento de Dworkin, os princípios são:

normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes⁴⁸.

Isto é, para que um princípio seja efetivamente cumprido duas dimensões devem ser analisadas: a possibilidade jurídica, que engloba a existência de outros princípio e regras opostos, e a possibilidade fática, que se refere a situação em que o princípio será aplicado.

⁴⁶ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1978, p. 24.

“se os fatos que uma regra estipula ocorrem, então ou a regra é válida, e a solução que dela resulta deve ser aceita, ou não é válida, e não contribuirá em nada para a decisão”.

⁴⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012. P. 110

⁴⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90

Neste esteio, da análise da conceituação de princípios e regras feitas pelos referidos Autores, conclui-se que há uma diferença na solução da colisão de regras e na solução da colisão de princípios.

Partindo-se do entendimento de que os princípios possuem pesos, em um caso de sobreposição de princípios, a solução perpassa pela ponderação desses pesos. Claro, em determinada situação fática, diversos princípios podem ser utilizados na resolução da controvérsia, no entanto, em alguns casos, a aplicação de determinado princípio ocasiona o afastamento de outro, sendo necessária a ponderação.

Com efeito, como já explicitado, no sistema de Controle de Constitucionalidade brasileiro a regra é a aplicação do princípio da nulidade das normas constitucionais. No entanto, tendo em vista a possibilidade de a declaração de inconstitucionalidade de uma norma ferir outros princípios constitucionais de grande relevância para a sociedade, legitimou-se a possibilidade da modulação de efeitos como uma exceção.

Desta maneira, evidente que tal situação configura clara ocorrência de colisão entre princípios, sendo necessária a realização da ponderação para determinação de quais princípios devem prevalecer. Isto porque, a interpretação constitucional deve levar em consideração a Constituição Federal como um todo, como um sistema que não pode deixar lacunas.

A modulação temporal dos efeitos, portanto, nada mais é do que uma ponderação de princípios que, a partir da análise do caso concreto e da vinculação obrigatória à segurança jurídica e interesse social, busca a solução mais eficaz da declaração de inconstitucionalidade.

Nesse sentido, destaca-se que na ponderação de princípios o resultado não é a invalidade do princípio que teve sua aplicação afastada, mas sim a definição de qual princípio possui mais peso para resolução mais justa e eficaz de determinando contexto fático.

Ocorre que, em que pese a aplicação da modulação de efeitos tenha requisitos para sua aplicabilidade, o conceito de ponderação de princípios não detalha como o método deve ser aplicado e, obviamente, quais princípios possuem maior peso.

Alguns autores como Robert Alexy, por exemplo, tentaram indicar um caminho para valoração desses pesos. A chamada “lei do sopesamento” determina que o grau de importância de um princípio será medida pelo grau de não-satisfação de outro princípio.

No entanto, apesar de indicar um “ponto de partida”, é difícil materializar tal premissa quando se está diante de uma sobreposição de diversos princípios. Deste modo, não existindo um critério material e efetivamente válido, não existe uma resposta correta na análise de ponderação de princípios e, conseqüentemente, na modulação de efeitos.

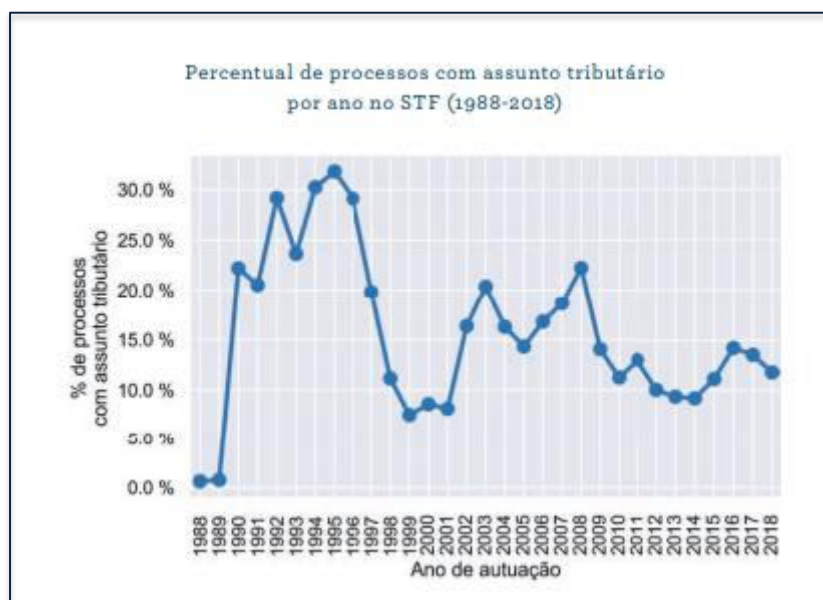
Portanto, essa “lacuna” existente no que tange à ponderação de princípios abre margem para que o Supremo Tribunal Federal selecione quais são os fatores determinantes no momento de decidir. Assim, dependendo de qual critério for escolhido, a modulação de efeitos que é uma exceção, acaba por virar uma regra.

3. A MODULAÇÃO DE EFEITOS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA – APLICAÇÃO PELO CONTEXTO HISTÓRICO-POLÍTICO?

O Direito Financeiro cujo objeto é a disciplina do orçamento público, das receitas públicas, das despesas públicas e da dívida pública, deu origem a um ramo autônomo da ciência jurídica denominado Direito Tributário.⁴⁹ Referido ramo do Direito, diante da preponderância do interesse coletivo no direito dos tributos, engloba-se no direito público.

Com efeito, as discussões que envolvem matéria tributária possuem um grande peso, pois acabam por impactar os cofres públicos e, conseqüentemente, influenciar na materialização de Direitos Fundamentais constitucionalmente previstos.

Segundo pesquisa “O Supremo Tributário” realizada pela Fundação Getúlio Vargas⁵⁰, logo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, denominada “Constituição cidadã”, os processos de matéria tributária representavam quase um terço dos julgados do Supremo Tribunal Federal. Vejamos:



Fonte: pesquisa “O Supremo Tributário”

⁴⁹ AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 23 ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019. P. 23

⁵⁰ FOSSATI, Gustavo; DE ANDRADE COSTA, Leonardo. **O Supremo tributário**. 1 ed. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2020, p. 33

A maior presença de processos tributários, logo após a promulgação da Constituição de 1988, justifica-se pela introdução de um novo Sistema Tributário Nacional com um maior fortalecimento dos direitos fundamentais do contribuinte.

Deste modo, evidente que sob a égide de uma Constituição Federal cujo sistema comporta diversos direitos fundamentais ao contribuinte, as decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária são ainda mais relevantes, pois constantemente são postos em conflitos dois interesses fundamentais no ordenamento jurídico: interesses sociais, que coincidem com interesse do Fisco, e os interesses individuais, que põem em pauta direitos como a liberdade e propriedade.

Nesse contexto, evidente que em algumas matérias, as consequências sociais da interpretação constitucional de uma norma são ainda mais graves, sendo a ponderação de princípios para modulação de efeitos uma técnica que, inevitavelmente, trará prejuízo a uma das partes.

Os impactos das decisões proferidas em sede de Controle de Constitucionalidade são incontestáveis, tanto que, visando amenizar as consequências no ordenamento jurídico, a técnica de modulação de efeitos foi criada.

Em matéria tributária, merece destaque o julgamento do RE nº 556.664/RS⁵¹ em que foi reconhecida a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/1991, que tratam da prescrição e decadência do crédito tributário. No referido julgamento, ao reconhecer as inconstitucionalidades das referidas normas, o Supremo Tribunal Federal decidiu por modular os efeitos da decisão, determinando serem legítimos os recolhimentos efetuados no prazo de 10 anos e que não foram objeto de discussão antes do término do julgamento da repercussão geral.

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 556.664/RS**. Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 12-06-2008, DJ em 14-11-2008. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=561617>>. Consultado em: 10 de maio de 2021

Na oportunidade, o relator do caso Ministro Gilmar Mendes, fundamentou a modulação de efeitos na possibilidade de “repercussão” e de “insegurança jurídica”:

Estou acolhendo parcialmente o pedido de modulação de efeitos, tendo em vista a repercussão e a insegurança jurídica que se pode ter na hipótese; mas estou delimitando esse quadro de modo a afastar a possibilidade de repetição de indébito de valores recolhidos nestas condições, com exceção das ações propostas antes da conclusão do julgamento.⁵²

Tal decisão, considerada um marco para o Direito Tributário que repercute até os dias atuais, sendo o primeiro caso tributário de destaque em que o Supremo Tribunal Federal modulou os efeitos de sua decisão, denota como a técnica de modulação de efeitos pode ser aplicada a partir de fatores determinantes pelos próprios julgadores, na medida em que o relator foi genérico ao justificar a sua decisão.

Deste modo, conforme se demonstrará no presente capítulo, a problemática da inexistência de um método de aplicação da ponderação de princípios e a vagueza na legislação que prevê a técnica de modulação de efeitos é ainda mais nítida.

Neste esteio, ao aplicar a modulação de efeitos em matéria tributária, o Supremo Tribunal Federal acaba por assumir um determinado posicionamento, que, como será explicitado, considera o contexto-político social tornando-se um ato político.

3.1. Uma análise da modulação de efeitos pelo Supremo Tribunal Federal em matéria tributária: Como o contexto de pandemia alterou numericamente a aplicação da modulação de efeitos?

O afastamento do princípio da nulidade das declarações de inconstitucionalidade é uma exceção e assim deve ser vista pela Corte.

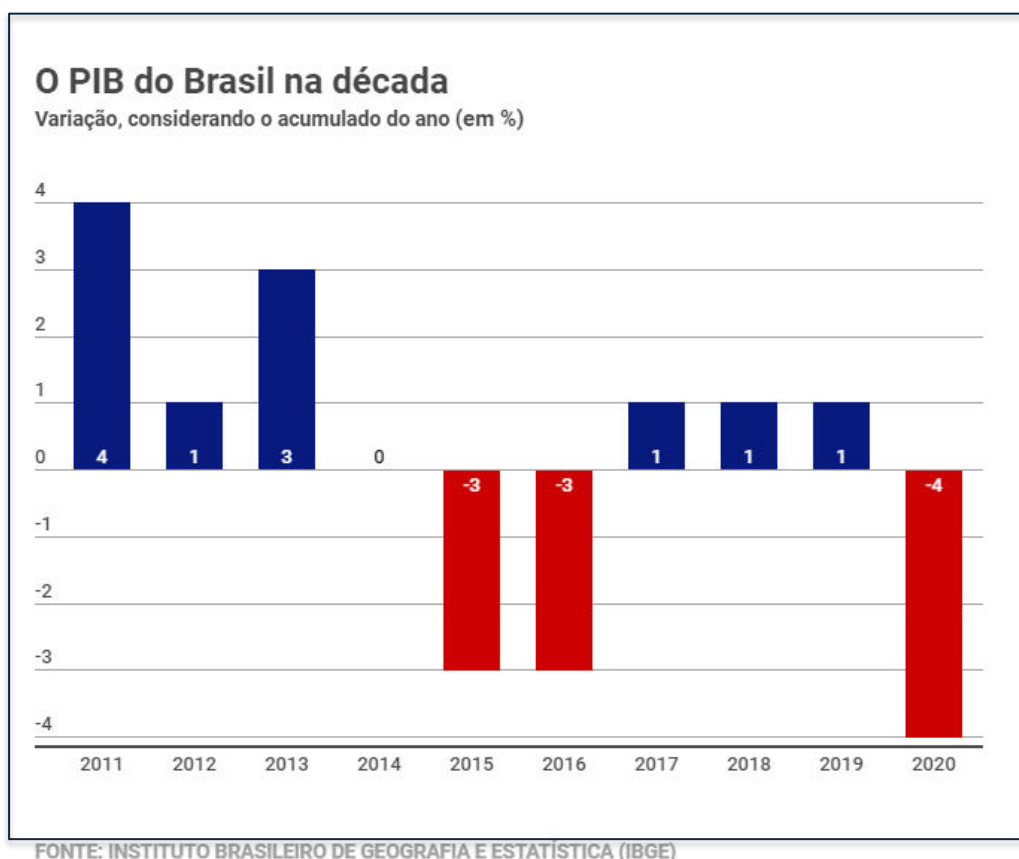
⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 556.664/RS**. Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 12-06-2008, DJ em 14-11-2008. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=561617>>. Consultado em: 10 de maio de 2021

No entanto, pesquisas revelam que durante o período de pandemia ocasionada pelo novo Coronavírus – COVID 19, o Supremo Tribunal Federal passou a propor com mais frequência a modulação de efeitos em casos tributários. Isto porque, desde 2006, os Ministros haviam modulado os efeitos de decisões em somente onze processos tributários, em cinco aqueles que já tinham ações em andamento também foram afetados.

Ocorre que, durante o ano de 2020, primeiro ano de pandemia, o Supremo Tribunal Federal já modulou os efeitos de três casos e não fez qualquer ressalva sobre aplicação da modulação às ações em andamento.

Isto posto, considerando os dados que demonstram o total desaquecimento e colapso da economia brasileira, é possível concluir que as consequências econômicas no contexto histórico-social vivenciado influenciam na ponderação de princípios para aplicação da técnica de modulação de efeitos.

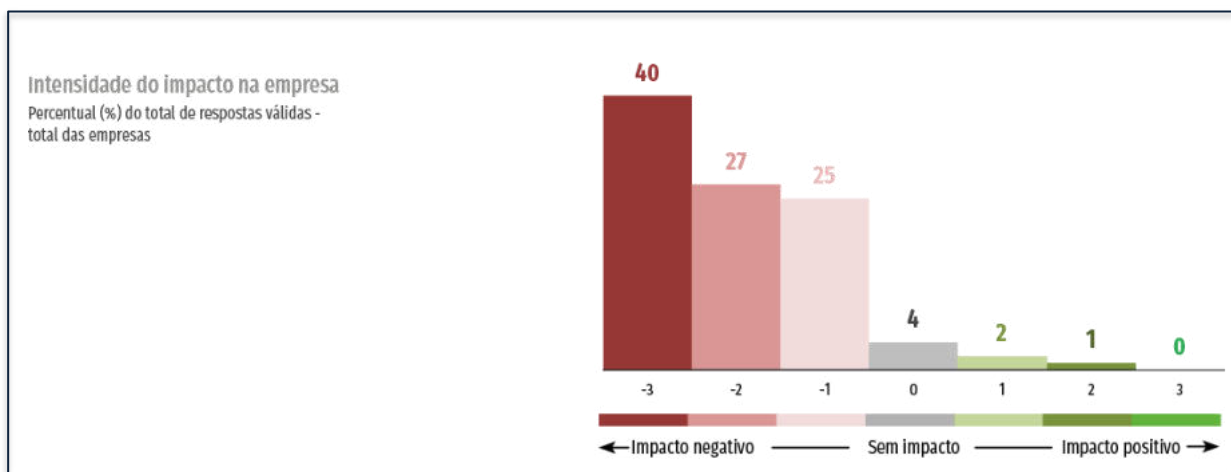
Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o Produto Interno Bruto (“PIB”) do Brasil, que é a soma de todos os bens e serviços finais produzidos no país, é o pior da década:



Deste modo, decerto que em um contexto de grave crise, perda de empregos e desvalorização da moeda, o julgamento de casos de grande impacto tributário pode afetar ainda mais os cofres públicos.

Isto porque, em caso de declaração de inconstitucionalidade de uma norma que institui a cobrança de um tributo, por exemplo, o contribuinte possui direito a repetição do indébito, isto é, ao ressarcimento do valor pago indevidamente nos últimos cinco anos ou a compensação do crédito com cobranças vincendas.

Ocorre que, conforme levantamento⁵³ realizado pela Confederação Nacional da Indústria (“CNI”), 92% das empresas consultadas foram afetadas negativamente pela epidemia do Coronavírus:



Fonte: Confederação Nacional da Indústria

Além disso, há a clara percepção acerca da forte queda pela demanda de produtos industriais:

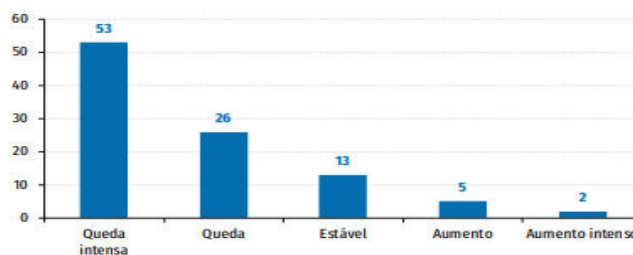
⁵³ Extraído no site <http://www.portaldaindustria.com.br/estatisticas/impactos-coronavirus/>

Demanda cai intensamente para mais da metade das empresas

A crise causada pela epidemia do novo coronavírus está reduzindo fortemente a demanda por produtos industriais. Praticamente oito em cada dez (79%) das empresas consultadas percebem queda na demanda. Mais da metade das empresas (53%) apontam que a queda foi intensa. Outros 7% das empresas percebem alta da demanda por seus produtos.

Impacto sobre a demanda

Percentual (%) do total de respostas válidas - total das empresas



Fonte: Confederação Nacional da Indústria

Neste esteio, a ponderação de princípios em casos tributários durante esse período, inevitavelmente, causa prejuízos a uma das partes, cabendo ao Supremo Tribunal Federal, quando da análise dos casos concretos, determinar quais princípios terão mais peso: o interesse público e social ou o interesse privado.

Com efeito, conforme será exemplificado a seguir, em que pese não exista um método específico que determine a priorização de determinados princípios e a vagueza nos requisitos elencados como fundamentais para aplicação da técnica de modulação, o Supremo Tribunal Federal tem reiterado o seu entendimento no sentido de que as decisões desfavoráveis ao Fisco, que acarretam em prejuízo a economia, não devem produzir efeitos retroativos.

3.2. Recentes casos tributários em que o Supremo Tribunal Federal modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade

Antes de adentrar nas situações fáticas de cada caso e nas soluções dadas pelo Supremo Tribunal Federal, cumpre destacar que todos os julgamentos foram finalizados esse ano, o que corrobora a interpretação de que desde o início da pandemia, em março de 2020, o Supremo Tribunal Federal tem sustentado uma postura mais conservadora visando amenizar os impactos das decisões favoráveis aos contribuintes nos cofres públicos.

3.2.1. Recurso Extraordinário (RE) 1287019 (Tema 1093), e Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5469: cobrança do Diferencial de Alíquota do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (Difal/ICMS), introduzida pela Emenda Constitucional (EC) 87/2015, sem a edição de lei complementar

Até o advento da Emenda Constitucional nº 87/2015, nos termos do artigo 155, vii e viii da Constituição Federal⁵⁴, a alíquota do ICMS incidente sobre **operações destinadas a consumidor final localizado em outro Estado variaria conforme a circunstância de ser o destinatário contribuinte ou não do imposto.**

Em 2015, com a edição da EC nº 87/2015, passou-se a prever a adoção da alíquota interestadual nas operações que destinem bens ou serviços a consumidor final localizado em outro Estado, independentemente de o destinatário ser ou não contribuinte do imposto.

Dessa forma, a Emenda Constitucional alterou significativamente a sistemática de incidência de ICMS sobre operações interestaduais destinadas ao consumidor final, passando a prever uma nova hipótese de recolhimento do tributo. No entanto, a legislação infraconstitucional que institui o ICMS não sofreu qualquer alteração para adaptar-se ao novo cenário constitucional.

Isto é, não foi editada qualquer Lei Complementar para a regulamentação da exigência do DIFAL instituída pela EC 87/15. Não obstante, foi celebrado entre os Estados o Convênio ICMS 93, de 17 de setembro de 2015 (“Convênio ICMS nº 93/2015”)⁵⁵, que prevê regras a respeito da cobrança do DIFAL.

⁵⁴ Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:
VII - em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á:

a) a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto;
b) a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele;

VIII - na hipótese da alínea a do inciso anterior, caberá ao Estado da localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual; BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Distrito Federal, Brasília: Presidência da República, [2021]. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Consultado em: 10 de maio de 2021

⁵⁵ Alterado pelo Convênio ICMS nº 152, de 11 de dezembro de 2015.

Neste esteio, foi ajuizada a ADI nº 5469 pela Associação Brasileira de Comércio Eletrônico contra cláusulas do Convênio ICMS 93/2015 do Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz).

Outrossim, foi interposto o Recurso Extraordinário nº 1.287.019 pela MadeiraMadeira Comércio Eletrônico S/A contra decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), que entendeu que a cobrança do ICMS-DIFAL não está condicionada à regulamentação de lei complementar.

Ao analisar os casos, o Supremo Tribunal Federal Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) fixou a seguinte tese de repercussão geral:

A cobrança do diferencial de alíquota alusiva ao ICMS, conforme introduzido pela emenda EC 87/2015, pressupõe a edição de lei complementar veiculando normas gerais.

Ademais, foi aprovada a modulação de efeitos para que a decisão, nos dois processos, produza efeitos a partir de 2022, exercício financeiro seguinte à data do julgamento, excetuadas da modulação as ações judiciais em curso sobre a questão.

Segundo o ministro Dias Toffoli, autor da proposta de modulação, a medida é necessária para evitar insegurança jurídica, em razão da ausência de norma que poderia gerar prejuízos aos estados.

Neste esteio, em que pese a declaração de inconstitucionalidade da norma tenha se dado por uma questão formal, isto é, não foram cumpridas as diretrizes legislativas, decerto que a modulação de efeitos levou em consideração o impacto financeiro da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, na medida em que desde 2015 os contribuintes vem recolhendo um tributo inconstitucional. Deste modo, a ausência de alteração da aplicação da decisão proferida em sede de controle de constitucionalidade poderia acarretar na obrigatoriedade da restituição desses valores indevidamente recolhidos.

3.2.2. RE nº 851.108/SP (tema 825): Competência legislativa dos estados e Distrito Federal para instituir a cobrança do Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos (ITCMD) nas hipóteses de doações e heranças instituídas no exterior

Nos autos do RE nº 851.108, o Estado de São Paulo questionou a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado que entendeu pela impossibilidade do governo estadual cobrar o ITCMD sobre doação testamentária instituída por cidadão italiano, domiciliado em seu país, em favor de brasileira, sob o fundamento de inconstitucionalidade do dispositivo da Lei estadual 10.705/2000 regulamentando a cobrança, diante da inexistência de lei complementar ao artigo 155, parágrafo 1º, inciso III, da Constituição Federal.⁵⁶

Ao analisar o caso, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, nos termos do voto do relator, fixou a tese:

É vedado aos estados e ao Distrito Federal instituir o ITCMD nas hipóteses referidas no art. 155, § 1º, III, da Constituição Federal sem a intervenção da lei complementar exigida pelo referido dispositivo constitucional

De acordo com a decisão, a Constituição Federal de 1988 estabelece que cabe a Lei Complementar Federal regular a competência e a instituição do ITCMD quando o doador tiver domicílio ou residência no exterior ou se a pessoa falecida possuir bens, tiver sido residente ou domiciliada ou tiver seu inventário processado no exterior. Isto é, a Lei Estadual que regulamentar tal cobrança, denota-se inconstitucional.

Diante do impacto da decisão favorável aos contribuintes, por maioria, foram modulados os efeitos da decisão para que passe a produzir efeitos a contar da publicação do acórdão, 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,

⁵⁶ “Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: § 1º O imposto previsto no inciso I: III - terá competência para sua instituição regulada por lei complementar.” BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Distrito Federal, Brasília: Presidência da República, [2021]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Consultado em: 10 de maio de 2021

considerando a ocorrência de bitributação; e (2) a validade da cobrança desse imposto, não tendo sido pago anteriormente.

3.2.3. ADI 5.481/RJ: Inconstitucionalidade da Lei 7.183/2015-RJ, que trata da instituição da cobrança de ICMS sobre a extração de petróleo e gás

Trata-se de Ação ajuizada pela Associação Brasileira de Empresas de Exploração e Produção de Petróleo e Gás (ABEP) visando à declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 7.183/15 do Estado do Rio de Janeiro, por ofensa aos arts. 20, V, VI, IX e § 1º; 146, I e III; 147; 150, VI, a; 152; 154, § 4º, I; 155, II e § 2º, XII, b e i; 176 e 177 da Constituição Federal.

Ao julgar a referida ação direta de inconstitucionalidade, a maioria dos ministros Supremo Tribunal Federal, acompanhando o voto do Ministro Relator, Dias Toffoli, entendeu que não há transferência de titularidade do petróleo, requisito essencial para a incidência do ICMS e que mesmo que se considerasse presente a transferência de propriedade, o tributo tampouco seria devido, tendo em vista que “o ente público ostentaria a condição de contribuinte de direito, atraindo a aplicação da imunidade tributária recíproca.”

Assim, por maioria, a Corte julgou procedente o pedido formulado na ação direta de inconstitucionalidade, assentando **a não incidência do ICMS sobre a extração de petróleo** e, conseqüentemente, declarando a inconstitucionalidade das Leis nºs 7.183, de 29 de dezembro de 2015, e 4.117, de 27 de junho de 2003, do Estado do Rio de Janeiro.

Os efeitos da decisão foram modulados, e somente poderão ser produzidos após a publicação da ata de julgamento do mérito, ficando ressalvadas:

- (i) as hipóteses em que o contribuinte não recolheu o ICMS;
- (ii) os créditos tributários atinentes à controvérsia e que foram objeto de processo administrativo, concluído ou não, até a véspera da publicação da ata de julgamento do mérito;
- (iii) as ações judiciais atinentes à controvérsia e pendentes de conclusão, até a véspera da publicação da ata de julgamento do mérito;

3.2.4. Tese do século - RE 574.706/PR - A exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS

A Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, alargou a base de cálculo possível das contribuições sociais, alterando o artigo 195, I da Constituição Federal Brasileira, ampliando a competência da União para tributar também a receita das pessoas jurídicas.

Artigo 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

[...] b) a **receita** ou o faturamento (g.n.)

Diante da alteração, foram editadas as Leis nºs 10.637/2002 e 10.833/2003, as quais, antes e depois da redação dada pela Lei nº 12.973/2014, dispõem que a base de cálculo das Contribuições PIS/COFINS com a incidência não cumulativa *o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil*.⁵⁷ Isto é, a incidência está vinculada ao auferimento de receitas.

⁵⁷ No entanto, após a edição da Lei nº 12.973/2014, a *receita bruta* passou a ser aquela constante do artigo 12 do Decreto-Lei nº 1.598/1977:

“Art. 12. A receita bruta compreende:

I - o produto da venda de bens nas operações de conta própria;

II - o preço da prestação de serviços em geral;

III - o resultado auferido nas operações de conta alheia; e

IV - as receitas da atividade ou objeto principal da pessoa jurídica não compreendidas nos incisos I a III.

§ 1º A receita líquida será a receita bruta diminuída de:

I - devoluções e vendas canceladas;

II - descontos concedidos incondicionalmente;

III - tributos sobre ela incidentes; e

IV - valores decorrentes do ajuste a valor presente, de que trata o inciso VIII do caput do art. 183 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, das operações vinculadas à receita bruta.

[...] § 5º Na receita bruta incluem-se os tributos sobre ela incidentes e os valores decorrentes do ajuste a valor presente, de que trata o inciso VIII do caput do art. 183 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, das operações previstas no caput, observado o disposto no § 4º.” BRASIL. **Decreto Lei nº 1.598 de 26 de dezembro de 1977**. Distrito Federal, Brasília: Presidência da República, [2021]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1598.htm>. Consultado em: 10 de maio de 2021

Dessa maneira, iniciou-se o debate no sentido de que considerando os pressupostos de aferição de receita, tal exigência contemplaria **os impostos incidentes sobre a circulação de mercadorias e sobre a prestação de serviços de transporte interestadual, intermunicipal e de comunicação (ICMS)**.

Segundo Geraldo Ataliba e Cleber Giardino⁵⁸ para que haja **receita**, deve haver “acréscimo patrimonial que adere definitivamente ao patrimônio do alienante. A ele – patrimônio -, portanto, não se podem considerar integradas importâncias que apenas ‘transitem’ em mãos do alienante, sem que, em verdade, lhes pertençam em caráter definitivo”.

Pautados nessa premissa, concluem que “meros ingressos, ou meras ‘entradas’ não compõem o faturamento, constituem singelos fluxos de recursos financeiros que, entretanto, não configuram receitas”.

Isto é, receita é “entrada” definitiva.

Sob tal lógica, considerando que o ICMS não se enquadra no conceito de receita jamais poderia integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS.

Após longos debates, o Supremo Tribunal Federal, em 15 de março de 2017, ao julgar a repercussão geral RE nº 574.706/PR entendeu que o PIS/COFINS não pode ter suas bases de cálculo compostas pelo ICMS:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao

⁵⁸ ATALIBA, Gerlado; GIARDINO Cléber – PIS – **EXCLUSÃO DO ICMS DE SUA BASE DE CÁLCULO** - Revista de Direito Tributário – CADERNOS DE DIREITO TRIBUTÁRIO – 35, Págs. 160 e seguintes.

ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. **O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS.**

4. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

5. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. (RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Isto porque, segundo a Ministra relatora Cármen Lúcia, a definição do conceito constitucional de faturamento/receita não abrange os tributos sobre ela incidentes:

[...] Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na “fatura” é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições.

Portanto, ainda que não no mesmo momento, o valor do ICMS tem como destinatário fiscal a Fazenda Pública, para a qual será transferido.

8. Por ser inviável a apuração do ICMS considerando cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, resolveu-se adotar o sistema de sua apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços. Esta é a chamada análise contábil ou escritural do ICMS. Essa forma escritural de cálculo do ICMS a recolher baseia-se na verdade matemática segundo a qual a ordem dos fatores não altera o resultado. É igualmente verdadeiro que também o momento das diferentes operações não pode alterar o regime de aplicação de tributação, num sistema que, quanto a esse caso, se caracteriza pela compensação para se chegar à inacumulatividade constitucionalmente qualificadora do tributo. 9. Toda essa digressão sobre a forma de apuração do ICMS devido pelo contribuinte demonstra que o regime da não cumulatividade impõe concluir, embora se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, todo ele, não se inclui na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal, pelo que não pode ele compor a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS. Enfatize-se que o ICMS incide sobre todo o valor da operação, pelo que

o regime de compensação importa na circunstância de, em algum momento da cadeia de operações, somente haver saldo a pagar do tributo se a venda for realizada em montante superior ao da aquisição e na medida dessa mais valia, ou seja, é indeterminável até se efetivar a operação, afastando-se, pois, da composição do custo, devendo ser excluído da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. Contudo, é inegável que o ICMS respeita a todo o processo e o contribuinte não inclui como receita ou faturamento o que ele haverá de repassar à Fazenda Pública. 10. Com esses fundamentos, concluo que o valor correspondente ao ICMS não pode ser validamente incluído na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

Com a disponibilização do acórdão sedimentando o entendimento do Supremo Tribunal Federal foram opostos embargos de declaração pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional requerendo a manifestação da Corte sobre a parcela do ICMS passível de ser excluída da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como que os efeitos da decisão somente passem a valer após o julgamento dos embargos.

Devido ao seu enorme impacto nos cofres públicos, bem como na receita das empresas, a tese de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS passou a ser conhecida como a “tese do século”.

Neste esteio, diante da importância econômica da tese, todos os olhares se voltaram para o julgamento dos embargos de declaração que foram incluídos na pauta da Suprema Corte neste ano, ou seja, em um período de crise econômica causada pelo Coronavírus. Para diversos profissionais do direito, não existira respaldo técnico para o Supremo Tribunal Federal modular os efeitos da decisão, na medida em que não houve alteração jurisprudencial.

Com efeito, em 13 de maio de 2021, o Supremo Tribunal Federal, por maioria dos votos, nos termos do voto da ministra relatora Cármen Lúcia, decidiu pela aplicação da tese a partir da decisão proferida em 2017, ressalvadas as ações ajuizadas até o julgamento do mérito da repercussão geral, bem como que ICMS a ser excluído da base de cálculo é o destacado na nota fiscal. Abaixo, ata de julgamento⁵⁹:

⁵⁹ decisão proferida no dia 13 e publicada na Ata de Julgamento DJE ATA Nº 13, de 12/5/2021, DJE nº 92.

Decisão: O Tribunal, por maioria, acolheu, em parte, os embargos de declaração, para modular os efeitos do julgado cuja produção haverá de se dar após 15.3.2017 — data em que julgado o RE nº 574.706 e fixada a tese com repercussão geral 'O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da Cofins' —, ressalvadas as ações judiciais e administrativas protocoladas até a data da sessão em que proferido o julgamento, vencidos os ministros Edson Fachin, Rosa Weber e Marco Aurélio. Por maioria, rejeitou os embargos quanto à alegação de omissão, obscuridade ou contradição e, no ponto relativo ao ICMS excluído da base de cálculo das contribuições PIS-Cofins, prevaleceu o entendimento de que se trata do ICMS destacado, vencidos os ministros Nunes Marques, Roberto Barroso e Gilmar Mendes. Tudo nos termos do voto da relatora. Presidência do ministro Luiz Fux. Plenário, 13.05.2021 (Sessão realizada por videoconferência — Resolução 672/2020/STF).

Neste esteio, nos termos do posicionamento que o Supremo Tribunal Federal já vem adotando, os efeitos da decisão foram modulados, restando evidente, mais uma vez, que a Suprema Corte tem levado em consideração os impactos econômicos de suas decisões, principalmente durante o atual período vivido pelo Brasil.

3.3. PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS OU ATO POLÍTICO?

Conforme anteriormente exemplificado, o Supremo Tribunal Federal, que sempre respeitou o caráter excepcional da modulação de efeitos, tem alterado o seu entendimento e aplicada a referida técnica em diversas decisões recentes de grande impacto.

Tal alteração vem sido evidenciada desde 2020, com o início da Pandemia do Coronavírus, que culminou em uma incontestável crise econômica e social no país e no mundo. Neste esteio, diante da alteração no posicionamento do Supremo Tribunal Federal, o contexto histórico-social pode ser levado em conta e até ser, implicitamente, a justificativa basilar para a modulação de efeitos de decisões proferidas em sede de Controle de Constitucionalidade?

Como detalhado nos tópicos 2.2 e 2.3 do presente trabalho, a regra no direito brasileiro é a de atribuição de efeito *ex tunc* às decisões que declaram a inconstitucionalidade de uma norma. Neste esteio, cumprindo o requisito material de respeito ao quórum de aprovação e o requisito formal de observância aos abstratos princípios da segurança jurídica ou interesse social, o Supremo Tribunal Federal possui respaldo legal para atribuição de efeito *ex nunc* às suas decisões.

Ocorre que, a decisão para afastamento da regra de nulidade comporta o juízo de ponderação entre princípios conflitantes. No entanto, inexiste um método constitucionalmente previsto para realização do juízo de ponderação, razão pela qual, o Supremo Tribunal Federal deve fixar os seus próprios critérios para solução da controvérsia, concedendo aos princípios os pesos que entenderem pertinentes.

Neste esteio, surge um questionamento bastante relevante principalmente se consideramos os julgamentos em matéria tributária. Quando o Supremo Tribunal Federal fixa como critério para ponderação de princípios o contexto histórico-social e decide de modo a amenizar os desdobramentos das suas decisões favoráveis aos contribuintes e, conseqüentemente, desfavoráveis aos entes públicos, age de acordo com a lacuna existente sobre o tema ou sua decisão pode ser considerada um ato político?

Conforme se insere dos casos exemplificados, o Supremo Tribunal Federal tem considerado o fator econômico como determinante para modulação dos efeitos das decisões.

Decerto que o fator econômico sempre foi considerado nas decisões na Corte, no entanto, durante o presente contexto histórico-social, constata-se que o Supremo Tribunal Federal tem valorado ainda mais esse fator quando da ponderação de princípios para aplicação de efeito *ex nunc* às decisões em matéria tributária.

Com efeito, em que pese, na teoria, a compatibilidade das normas com a Constituição seja uma questão puramente de direito, é evidente que a solução jurídica encontrada causa impactos sociais. Principalmente considerando-se que do momento da promulgação de uma norma até a efetiva declaração de sua inconstitucionalidade, podem se levar anos. E, durante esse intervalo entre a existência da norma e a compatibilidade com a Constituição, sendo válida, a norma produziu efeitos.

Some-se a isso o fato de as decisões de Controle de Constitucionalidade possuírem efeito vinculante, o que concede às decisões que seriam unicamente de direito um caráter social. Destaca-se que como a segurança jurídica e o interesse social são requisitos para

aplicação da modulação de efeitos, são também fatores determinantes na ponderação de princípios.

No entanto, em que pese não exista uma previsão legal expressa, considerar os impactos econômicos das decisões um fator determinante para modulação dos efeitos das decisões é problemático nos julgamentos de matéria tributária. Isto porque, deve-se lembrar que em matéria tributária a questão econômica sempre militará em favor dos entes públicos que figuram como parte em processos tributários.

Isto é, se considerado o impacto financeiro nas decisões de controle em matéria tributária, todas as decisões favoráveis aos contribuintes fugirão da regra de nulidade das normas e produzirão efeitos *ex nunc*.

Isso significa dizer que, além de afastar o caráter excepcional da modulação de efeitos, caso o fator econômico seja efetivamente determinante, “até ganhando, os contribuintes sempre sairão perdendo”.

É habitual que o Supremo Tribunal Federal somente excepcione a modulação de efeitos em casos onde o contribuinte possui ação judicial em curso sobre o tema. Neste esteio, ainda que o recolhimento de um tributo seja declarado inconstitucional, os contribuintes que fizeram o recolhimento indevido e não ajuizaram a ação, não terão direito a restituição do indébito, por exemplo.

Cumprir destacar que é de conhecimento geral que a carga tributária no Brasil é exorbitante. Desta maneira, qualquer declaração de inconstitucionalidade de um recolhimento impacta consideravelmente os cofres públicos.

Ocorre que, ainda que a determinação do fator econômico como um critério para modulação de efeitos seja extremamente prejudicial em matéria tributária, considerando a inexistência de critérios vinculantes para ponderação de princípios, não há que se afirmar que a seleção de tal fator é contrária à lei.

A seleção de critérios pelo Supremo Tribunal Federal decorre de uma autonomia que a própria lei que regula a modulação de efeitos concedeu à Corte. Neste esteio, a soma

da autonomia com a análise do contexto histórico-social culmina em um ato político decorrente da própria atuação judicial.

Isto porque, toda lei é uma escolha política. As leis são editadas por um Poder democraticamente eleito e independentemente do que se regula em uma lei, somente o ato de se regular já pressupõe uma discussão e decisão política anterior.

Desta maneira, considerando o ordenamento jurídico um sistema composto de leis, de certa forma, em essência, o Direito é resultado de uma atuação política.

Assim, se a técnica da modulação de efeitos comporta a escolha de fatores determinantes pela própria Corte, acaba, na prática, criando uma regra (ainda que uma nova regra de aplicação de antigas regras) e, conseqüentemente, sendo uma escolha política. No entanto, nesse caso, o ato político nada mais é do que a consequência da atuação judicial.

Segundo Rui Barbosa, os problemas jurídicos podem ser dotados de caráter político, mas *devem receber solução que esteja em consonância com o texto constitucional*. Outrossim, ainda que uma questão possa ser distintamente política, altamente política ou até puramente política, esta, devido à competência dos tribunais, deve ser analisada:

Quais as questões meramente, unicamente, exclusivamente políticas? Óbvio é que as relativas ao exercício de poderes mera, única e exclusivamente políticos. Quais são, porém, os poderes exclusivamente e meramente políticos? Evidentemente os que não são limitados por direitos correlativos, nas pessoas, individuais ou coletivas, sobre que tais poderes se exercem [...]. Eis o terreno meramente político, defeso como tal à ingerência dos tribunais. Contraposto a este se estende, com divisas claras e sensíveis, o terreno da justiça, assinalado exatamente pela característica oposta de que as questões da sua alçada, em vez de obedecerem à apreciação de conveniências, mais ou menos gerais, entendem com a aplicação do direito legal aos casos particulares, de ordem individual ou coletiva. Onde quer que surja um problema jurídico desta natureza, embora não seja estreme de elementos políticos, desde que exclusivamente político não é, tem de receber a solução legal do poder constituído para dar efeito às garantias constitucionais, e com elas valer a toda individualidade, natural ou moral, lesada no seu direito [...] Uma questão pode ser distintamente política, altamente política, segundo alguns, até puramente política fora dos domínios da justiça, e, contudo, em revestindo a forma de um pleito, estar na competência dos tribunais, desde que o ato, executivo, ou legislativo, contra o qual se

demande, fira a Constituição, lesando ou negando um direito nela consagrado.⁶⁰

Com efeito, a partir da problemática da lacuna existente em relação a modulação de efeitos e a caracterização das decisões da Suprema Corte como atos políticos, outros questionamentos importantes surgem: a atuação do Supremo Tribunal Federal é técnica? Seria melhor que o poder legislativo editasse uma lei com a determinação de quais princípios possuem maior peso em casos de colisão ou a análise pontual de cada caso pelo Supremo Tribunal Federal é ainda a melhor solução?

A atuação técnica do Poder Judiciário pressupõe a conformidade com a legislação vigente em correta consonância com o princípio da legalidade. Neste esteio, para que se classifique uma atuação como não técnica, é necessária que a decisão judicial não respeite as competências, diretrizes e determinações legais.

Neste esteio, ainda que a tomada de decisão da Suprema Corte ao aplicar a técnica de modulação seja política, como anteriormente esclarecido, tal ato político decorre da própria atuação judicial. Isto é, ao exercer a competência constitucionalmente prevista, existem situações em que a inexistência de diretrizes legais acarretará decisões que vão além do campo do Direito.

No presente caso analisado, especificamente, a influência o contexto histórico-social para modulação de efeitos é uma consequência direta da lacuna existente no ordenamento em relação à colisão de princípios inerente à técnica de modulação de efeitos. Diante da inexistência de um mecanismo pré-determinado por lei que indique os pesos e fatores determinantes para a decisão de se atribuir efeito *ex nunc* as decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade, o exercício da faculdade decorrente desse “vazio” normativo é, indubitavelmente, técnico.

Isto porque, ainda que exista um vácuo normativo, essa ausência faz por ampliar uma competência do Supremo Tribunal Federal de compatibilizar o sistema normativo com a Constituição. Neste esteio, denota-se equivocada afirmação de que a possibilidade

⁶⁰ BARBOSA, Rui apud MEDAUAR, 1993, p. 84

do Supremo decidir quais fatores são importantes no momento de se atribuir efeitos as decisões possuem um caráter não técnico.

Outrossim, ainda que o Poder Legislativo editasse uma norma determinando os fatores e pesos dos princípios para resolução da ponderação dos princípios em decisões judiciais, tal alternativa não se demonstraria a mais correta, pois para cada caso isolado existe uma decisão mais justa. Nesse sentido, pode-se interpretar que a inexistência de um critério específico para ponderação de princípio na modulação de efeitos é uma lacuna necessária.

Isto porque, entre existir uma norma geral com tamanha importância e possibilidade de decidir colisões importantes, e uma Corte técnica capaz de analisar caso a caso para que não se deixe de fora possibilidades justas, o mais correto é atribuir mais essa competência à Corte.

Por fim, diante de todo exposto, conclui-se que a escolha por modular os efeitos das decisões em matéria tributária, considerando o contexto histórico-social e os impactos econômicos da decisão é uma decisão técnica do Supremo Tribunal Federal, mas também um ato político. No entanto, por estar em consonância com a competência que o próprio legislador lhe concedeu, é um ato político consequente de uma competência constitucionalmente prevista.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho procedeu ao estudo da técnica de modulação de efeitos, com a aplicação pelo Supremo Tribunal Federal mediante o desenvolvimento de pesquisa teórica e casuística.

Inicialmente, foi possível observar, que as Constituições ganharam um destaque no direito, tornando-se uma norma fundamental para validação das demais leis no ordenamento jurídico. Neste esteio, com a atribuição dessa imperatividade e relevância, surgiu-se, no direito norte-americano, o chamado Controle de Constitucionalidade. Ainda que sem previsão legal, restou-se entendida a competência da Suprema Corte para exercício do Controle que consiste no exame de compatibilidade, tendo como base o texto constitucional.

Neste esteio, analisou-se como o Controle de Constitucionalidade foi internalizado no direito brasileiro e como evoluiu com a promulgação das constituições no passar dos anos. Destaca-se que o contexto de promulgação das constituições revelou-se relevante na ampliação do sistema de Controle, principalmente por conta do impacto e feitos das decisões proferida pelo Poder Judiciário

Feitas tais contextualizações, restou-se demonstrado que a modulação de efeitos surgiu como uma técnica para aprimoração dos efeitos das decisões proferidas em sede de Controle de Constitucionalidade. Isto porque, com o passar dos anos e da materialização das decisões, foi possível concluir que a regra de concessão de efeito *ex tunc* à todas as decisões, com a consequente invalidação da norma e esvaziamento dos seus efeitos devido a declaração de inconstitucionalidade, na prática, em alguns casos, poderiam violar a segurança jurídica.

No Brasil, a previsão da técnica de modulação de efeitos ganhou respaldo legal somente em 1999 com a edição da Lei nº 9.868 que concedeu ao Supremo Tribunal Federal a competência para alterar os efeitos temporais das decisões proferidas em sede de Controle de Constitucionalidade, respeitando os requisitos materiais e formais listados na lei.

Posteriormente, analisou-se que a modulação de efeitos, inevitavelmente, carece da realização da chamada ponderação de princípios para aplicabilidade. Isto porque, além da observância obrigatória à segurança jurídica e interesse social, em situações fáticas envolvendo o debate sobre a constitucionalidade de uma norma, a resolução da controvérsia esbarra a aplicação de diversos princípios constitucionais. Neste esteio, considerando que não existe um método vinculante, ou seja, a determinação pré-existente dos “pesos” dos princípios, a ponderação para aplicação da modulação de efeitos acaba por ser bastante subjetiva.

Dando seguimento, demonstrou-se que o Supremo Tribunal vinha reconhecendo que a modulação de efeitos não é uma regra. Isto porque, a doutrina e jurisprudência brasileira reconhecem que a regra é o princípio da nulidade, ou seja, as decisões devem produzir efeitos retroativos.

No entanto, em um contexto de grande impacto econômico e social como a pandemia no novo Coronavírus, o Supremo Tribunal Federal tem tratado a modulação de efeitos como uma regra e não uma exceção. Para exemplificação do afirmado, foram destacados o RE 1287019 (Tema 1093) e ADI 5469, por meio do qual o STF analisou a constitucionalidade da cobrança do Diferencial de Alíquota do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (Difal/ICMS), introduzida pela Emenda Constitucional (EC) 87/2015, sem a edição de lei complementar; a ADI 5.481/RJ, por meio da qual o STF analisou a inconstitucionalidade da Lei 7.183/2015-RJ, que trata da instituição da cobrança de ICMS sobre a extração de petróleo e gás; RE nº 851.108/SP (tema 825), por meio do qual o STF analisou a competência legislativa dos estados e Distrito Federal para instituir a cobrança do Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos (ITCMD) nas hipóteses de doações e heranças instituídas no exterior; e, por fim, o RE 574.706/PR sobre a constitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

Em todos os referidos casos, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão favorável aos contribuintes, mas modulou os seus efeitos. Nesse contexto, o impacto financeiro das decisões favoráveis em um contexto de grave crise econômica e social, indicam uma declinação da Corte a tentar evitar que as decisões acentuem esse momento de crise.

Por fim, a luz do entendimento recente do Supremo Tribunal Federal tentou-se analisar se a aplicação reiterada da exceção se justifica pelo método de ponderação de princípios, inerente a técnica da modulação de efeitos, ou trata-se de um ato político justificado pelo contexto histórico-social.

Da análise das situações fáticas e da pesquisa teórica realizada no presente trabalho, concluiu-se que se considerada a inexistência de um método vinculante na ponderação de princípios, que determine quais princípios são mais importantes no ordenamento jurídico e que devem prevalecer sobre os demais, para aplicação da modulação de efeitos não existem os conceitos de “certo” ou “errado”. Claro, ultrapassados os requisitos formais e materiais previstos em lei para aplicação da técnica.

Assim sendo, o reiterado posicionamento do Supremo Tribunal Federal ao modular os efeitos das decisões mais relevantes em matéria tributária proferidas durante esse período de exceção instaurado pela pandemia, revela a aplicação da modulação de efeitos como um ato político, mas decorrente da própria atuação judicial, na medida em que, repita-se, na ponderação de princípios, a Corte é literalmente suprema e livre para decidir como bem entender.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 23 ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

ATALIBA, Gerlado; GIARDINO Cléber– **PIS – Exclusão do icms de sua base de cálculo** - Revista de Direito Tributário – CADERNOS DE DIREITO TRIBUTÁRIO.

ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no Controle de Constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme e constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99**. p. 57-58

BARBOSA, Ruy. *Os Actos Inconstitucionales do Congresso e do Executivo Ante a Justiça Federal*. Rio de Janeiro: Companhia Imprensora, 1893. p. 47 apud BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., p. 18.

BARBOSA, Rui apud MEDAUAR, 1993.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional do Brasil)**. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito brasileiro: Exposição Sistemática da Doutrina e Análise Crítica da Jurisprudência**. 4ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva. 2009.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. [Constituição (1891)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, [2021]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Distrito Federal, Brasília: Presidência da República, [2021]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

BRASIL. **Decreto Lei nº 1.598 de 26 de dezembro de 1977**. Distrito Federal, Brasília: Presidência da República, [2021]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1598.htm>.

BRASIL. **Lei nº 221 de 20 de novembro de 1894**. Completa a organização da Justiça Federal da Republica. Distrito Federal, Brasília: Senado Federal, [2021]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1851-1900/L0221-1894.htm>.

BRASIL. **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.. Distrito Federal, Brasília: Presidência da República, [2021]. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm>.

BRASIL. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015.**Código de Processo Civil.. Distrito Federal, Brasília: Presidência da República, [2021]. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 556.664/RS.** Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 12-06-2008, DJ em 14-11-2008. Disponível em: < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=561617>>. Consultado em: 10 de maio de 2021

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade no direito comparado.** Porto Alegre: Fabris.

COUTO, Reinaldo. **Considerações sobre a validade, vigência e eficácia das normas jurídicas.** Revista CEJ, 2014.

DE MENEZES BEBER, Augusto Carlos; BUFFON, Marciano. **A modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade na jurisdição brasileiro: da teoria da nulidade da norma ao paradigma orientador no controle de constitucionalidade.** Revista Paradigma, v. 27, n. 3, pg. 116, 2018.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously.** Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1978.

FOSSATI, Gustavo; DE ANDRADE COSTA, Leonardo. **O Supremo tributário.** 1 ed. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2020.

HAMILTON, Alexander, MADISON, James e JAY, John. **O Federalista.** Tradução: Hiltomar Martins Oliveira, Belo Horizonte: Líder, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado.** São Paulo: Martins Fontes, 1999.
_____. **Teoria pura do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LUNARDI, Soraya Gasparetto. **Modulação temporal dos efeitos no processo de Controle de Constitucionalidade e influência de argumentos econômicos.** Revista Brasileira de Estudos Constitucionais: RBEC, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, 2009.

MANGABEIRA, João. **Em torno da Constituição,** São Paulo: Ed. Nacional,1934, p. 115-117; ARANHA BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo. **Teoria das Constituições rígidas,** cit.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo.** São Paulo: RT, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo.** 19º edição. Editora Malheiros. São Paulo, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NAVARRO, Pablo Eugenio, and Josep-Joan Moreso. "**Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas.**" (1996).

REALE, Miguel. Lições Preliminares do Direito. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1974.

RODRIGUES, Lêda Boechat, **A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano**, 2ª ed., Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 1992.

SARMENTO, Daniel. Eficácia temporal do Controle de Constitucionalidade das leis. **Revista de Direito Administrativo**, v. 212, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

_____. Constituição e segurança jurídica. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.