

MODULAÇÃO DA EFICÁCIA DA DECISÃO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E NA ALTERAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Liliana de Almeida Ferreira da Silva Marçal

Ao meu eterno Professor José Rogério Cruz e Tucci que com o interesse do verdadeiro estudioso, a paciência do verdadeiro Mestre e o espírito inovador do verdadeiro criador do Direito, sempre me orientou no exame de questões intrigantes do Direito do Processo Civil.

I- Breves considerações sobre o controle de constitucionalidade

Dentre as competências constitucionais do Supremo Tribunal Federal está o processamento e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e da Ação Declaratória de Constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, nos termos do que dispõe o inciso I, do art. 102, da Constituição Federal. Esse controle jurisdicional *a posteriori*, que ocorre após a edição do texto normativo, tem gerado, em muitos casos, conflitos com o Poder Legislativo e o Poder Executivo, competentes para promover o controle preventivo da constitucionalidade.

Esse controle preventivo, reconhecido pelo ordenamento jurídico brasileiro, integra o próprio *iter* de elaboração do texto normativo. Conforme bem esclarece José Rogério Cruz e Tucci, “dentre as atribuições da Comissão de Constituição e Justiça, pela qual, em ambas as casas do Congresso Nacional, passa o texto legal projetado, está aquela de examinar a sua adequação aos postulados ditados pela Carta Magna. O veto, igualmente, constitui inegável mecanismo de controle preventivo da constitucionalidade.”¹

Em alguns países, em especial na Europa Ocidental, essa fiscalização preventiva é exercida pelos Tribunais Constitucionais. A Constituição portuguesa de

¹ Aspectos processuais da denominada ação declaratória de constitucionalidade, in *Ação Declaratória de Constitucionalidade* (obra coletiva) São Paulo, Saraiva, 1994, p. 141

1976, adotando sistemática semelhante ao do ordenamento constitucional francês de 1958, prevê o controle abstrato preventivo de certos atos pelo Tribunal Constitucional, mediante requerimento do Presidente da República ou dos Ministros da República. A decisão daquele Tribunal vincula as autoridades requerentes da fiscalização que “devem vetar os diplomas que preventivamente foram considerados inconstitucionais – **veto por inconstitucionalidade** – e devolvê-los (reenvio) ao órgão que os tiver aprovado (Assembleia da República, Governo, Assembleias Regionais), nos termos do art. 279/1.”² O referido veto pode ser superado com a expurgação da norma, por meio de alterações que a harmonizem com as regras constitucionais, ou pela confirmação, por maioria qualificada de dois terços dos deputados presentes na Assembleia da República. Se não houver a confirmação, é vedado à Assembleia aprovar mais uma vez o texto normativo sem antes expurgá-lo.

O controle preventivo da constitucionalidade de normas exercido pelo Tribunal Constitucional está respaldado na sua competência de defesa e cumprimento da Constituição para garantir o “Estado Constitucional de Direito”. Tema polêmico na doutrina envolve a definição da natureza dessa função do Tribunal Constitucional: a maioria dos autores defende a natureza jurisdicional, que não se confunde com a função exercida pelo Poder Judiciário; outros sustentam que se trata de função legislativa negativa ou positiva e, por fim, alguns afirmam que se trata de função política. Com efeito, o Tribunal Constitucional exerce as três funções apontadas no exercício de sua competência, caracterizando-se como um Poder autônomo e distinto da clássica tripartição dos poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário).

Considerando sua natureza de Poder autônomo, as decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional são objeto de execução nos seguintes moldes apresentados por J.J. Gomes Canotilho: “no caso de fiscalização preventiva, a execução de sentença do Tribunal Constitucional implicaria, em rigor, o expurgo da norma considerada inconstitucional com a consequente inadmissibilidade da superação do veto. No caso de fiscalização por omissão, a execução postularia a emissão obrigatória, por parte do legislador, das medidas legislativas necessárias (...) Na hipótese de fiscalização abstracta sucessiva, a execução das decisões do TC reconduz-se, no que respeita ao legislador, à

² Direito constitucional e teoria da constituição, p. 1029.

proibição de repetição de norma declarada inconstitucional”.³Por fim, no processo de fiscalização concreta, a execução enseja a reforma pelos tribunais de decisões que contrariem a determinação traçada.

No Brasil, conforme já dito, o controle preventivo de normas e atos normativos é executado pelas Comissões de Constituição e Justiça da Câmara Federal e do Senado, e, também, pelo veto do Presidente da República. Nos demais entes da federação, o controle é exercido pelas Comissões de Constituição e Justiça das Assembleias Estaduais e Câmaras de Vereadores, bem como pelo veto de Governadores e Prefeitos. Promulgado o texto normativo, o Poder Judiciário pode ser provocado a se manifestar sobre a sua constitucionalidade.

A estrutura constitucional brasileira prevê dois controles da constitucionalidade de leis e atos normativos distintos: o político, exercido pelo Legislativo e Executivo (veto), e o judicial, exercido de forma exclusiva pelo Poder Judiciário.

Destaca José Rogério Cruz e Tucci que desde a Constituição de 1934, incluindo o atual texto constitucional (artigos 102, I, *a* e 125, § 2º), foi adotado o modelo misto de controle judicial, que pode ser concentrado ou difuso, incidental ou principal, diferenciados pelo critério subjetivo ou orgânico e pelo critério formal.⁴ Adotando-se o critério subjetivo, tem-se o (i) controle difuso que autoriza a todos os órgãos jurisdicionais exercer a fiscalização da constitucionalidade dos textos normativos, por meio do Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade disciplinado nos arts. 948 a 950 do CPC e o (ii) controle concentrado que é exercido por um único órgão judicial, previsto nos arts.102, I, *a* e 103 da C.F. e nas Constituições Estaduais, objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade ou Ação Declaratória de Constitucionalidade. Decorrem desses sistemas, sob o aspecto formal, o (i) controle incidental no qual a constitucionalidade do texto normativo é apreciada *incidenter tantum*, e o (ii) controle principal em que a constitucionalidade é o objeto do litígio.

O controle concentrado e principal, na esfera federal, “ é realizado mediante um instrumento que, certamente, ostenta natureza de ação, de competência originária do Supremo Tribunal Federal assegurando-se aos mais variados estratos

³ Op. Cit., p. 1050

⁴ Constituição de 1988 e processo. Regrimentos e garantas constitucionais do processo, p. 102 e segs.

sociais, por meio de seus representantes, o acesso àquele, e em cujo processo garante-se a bilateralidade da audiência, o tratamento paritário dos sujeitos parciais, a publicidade dos atos processuais e a motivação dos atos decisórios, ou seja, o devido processo legal”.⁵

O procedimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade -ADIN e Ação Declaratória de Constitucionalidade- ADC está regulamentado na Lei Federal nº 9.868/1999, com destaque para a eficácia vinculante dos precedentes de controle de constitucionalidade de lei ou ato normativo, proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, que o legislador impôs ao prever a (i) irrecorribilidade do acórdão; (ii) vedação de ação rescisória e (iii) concessão à declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade efeito *erga omnes* e vinculante em relação ao Poder Judiciário e à Administração Pública, em todas as esferas. Assim, o acórdão que julga o pedido formulado na ADIN ou ADC produz coisa julgada formal e material, vinculando todas as autoridades aplicadoras do texto normativo que não mais poderão executá-lo, sob pena de violar a *res iudicata*.⁶

Essa regulamentação da eficácia vinculante abriu “a passos largos, o caminho de adoção, no Brasil, do precedente judicial com força vinculante em situações nas quais se encontram em jogo importantes *quaestiones iuris*, de inequívoco peso político jurídico”.⁷

II- A constitucionalidade do dispositivo legal que autoriza a modulação temporal da declaração de inconstitucionalidade

O procedimento e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade, instrumento do controle concentrado, conforme já dito, está disciplinado na Lei Federal nº 9.868/1999, que se encontra em vigor há mais de 20 anos. Dentre os seus dispositivos, um dos mais inovadores é o artigo 27 que autoriza o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir ou postergar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, conferindo de

⁵ Cruz e Tucci, José Rogério, Aspectos processuais da denominada ação declaratória de constitucionalidade, p. 146.

⁶ Cruz e Tucci, José Rogério. Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil, p. 232

⁷ Cruz e Tucci, José Rogério. Precedente judicial como fonte do direito., p. 271

forma excepcional eficácia *ex nunc* ou *ad futurum*, por razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social.

Por ironia jurídica, o referido artigo foi objeto de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade. A primeira proposta pela Confederação Nacional das Profissões Liberais – CNPL e a segunda pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, entidades legitimadas nos termos do art. 103 da C.F. e art. 2º da Lei Federal nº 9.868/1999, respectivamente ADIN 2154 e ADIN 2258, que foram apensadas para julgamento conjunto.

As referidas entidades alegaram que a modulação temporal da decisão que declara a inconstitucionalidade (i) afrontaria o princípio constitucional da legalidade, na medida em que ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, que se pressupõe ser constitucional (CF, art. 5º); (ii) violaria a igualdade formal pois a postergação dos efeitos da decisão de declaração de inconstitucionalidade poderia beneficiar alguns em detrimento de outros (CF, art. 5º) e (iii) desrespeitaria o princípio do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º).

Sustentaram, ainda, que a modulação temporal envolveria valoração dos Julgadores em cada caso concreto, que por sua vez, estaria sujeita à política judicial vigente naquele momento, gerando insegurança jurídica.

O Ministro Sepúlveda Pertence, então relator das referidas ADINs, concluiu pela inconstitucionalidade do art. 27, citando decisões do STF que reconheciam o caráter retroativo das declarações de inconstitucionalidade, baseadas na da teoria da nulidade *ab origine*, adotada também pela Suprema Corte norte-americana.

Na mesma linha, o Ministro Celso de Mello apontou que postergar os efeitos da decisão que reconhece a desarmonia da norma com a Constituição Federal, “acaba por incentivar, nas casas legislativas, atuação à margem da Carta da República, para que subsistam, com a passagem do tempo, situações constituídas- que, sob o ângulo do aperfeiçoamento, assim não se mostram – as quais, posteriormente, serão endossadas, muito embora no campo indireto, pela presente modulação.”⁸

Contrariando os votos precedentes, a Ministra Carmem Lúcia abriu a divergência ao enfatizar que a teoria da nulidade *ab origine*, ao longo do tempo, foi

⁸ ADIN 2154/DF – Acórdão publicado DJE 20/06/2023

flexibilizada tanto pelos tribunais constitucionais dos Estados Unidos e da Europa, que reconhecem os efeitos produzidos por normas declaradas inconstitucionais, em determinadas situações, quanto pelo próprio Supremo Tribunal Federal que, antes mesmo do advento do art. 27, da Lei Federal nº 9868/1999, já declarava a validade de atos produzidos na vigência de norma declarada inconstitucional, por entender que se tratava de função jurisdicional daquela Corte prevista na própria Constituição Federal.

Nesse sentido, citou as decisões proferidas nos Recursos Extraordinários nº 105.789, DJ 09.05.1986 e 78.533, DJ 26.02.1982, em datas anteriores a 1999, concluindo que “julgados nos quais alguns dos efeitos produzidos pela norma declarada inconstitucional foram preservados é suficiente para demonstrar que, ao proceder à modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade, este Supremo Tribunal não está aplicando o art. 27 da lei n. 9.868/1999 em detrimento do postulado da nulidade da lei inconstitucional ou da supremacia da Constituição, mas sim procedendo à ponderação entre preceitos constitucionais, já que a lacuna resultante da declaração de nulidade pode “dar ensejo ao surgimento de uma situação ainda mais afastada da vontade constitucional” (MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 375)”⁹

Ao acompanhar o voto da Ministra Carmem Lúcia, o Ministro Edson Fachin destacou que o artigo 27 não afronta, mas concretiza os princípios da legalidade e da igualdade ao autorizar a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão de controle abstrato da constitucionalidade. Anotou, ainda, que determinar o desfazimento de tudo que foi produzido na vigência de norma declarada inconstitucional sem o juízo de ponderação entre os princípios da segurança jurídica e da confiança no sistema jurídico, bem como dos prejuízos decorrentes da lacuna normativa, pode gerar consequência mais danosa à sociedade por retroagir a situações pretéritas.

Na mesma linha, os Ministros César Peluso, Ricardo Lewandowski e Alexandre de Moraes reforçaram que a modulação dos efeitos da decisão está condicionada a razões de segurança jurídica e de excepcional interesse social. Concedeu-se, assim, ao STF a competência para determinar se a declaração de inconstitucionalidade de certa norma terá efeito *ex tunc*, *ex nunc* ou *ad futurum*, desde que devidamente

⁹ ADIN 2154/DF – Acórdão publicado DJE 20/06/2023

justificado e com aprovação da maioria de dois terços dos seus membros, afastando a teoria até então vigente de que a lei ou ato normativo inconstitucional nunca produz efeito.

Por fim, o Ministro Gilmar Mendes acrescentou que “quando a Lei 9.868/99 enumera técnicas decisórias como a declaração de nulidade sem redução de texto, a interpretação conforme à Constituição, a nulidade com eficácia a partir da decisão (ex nunc) ou de outro momento a ser definido na decisão do Tribunal Constitucional (caso do art. 27, ora impugnado), a utilização de tais modalidades decisórias, pelo Supremo Tribunal, “não decorre da disposição legislativa contida no art. 27, mas da própria aplicação sistemática do texto constitucional.” (Gilmar Ferreira MENDES; Ives Gandra da Silva MARTINS. Controle Concentrado de Constitucionalidade – Comentários à Lei n. 9.868, de 10-11- 1999. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 497). Igualmente imerso nessa senda, averbei, em meu voto na ADIN 1.987/DF (de minha relatoria, Pleno, DJe 76, de 29.4.2010), que “fica evidente que a norma contida no art. 27 da Lei n. 9.868/99 tem caráter fundamentalmente interpretativo, desde que se entenda que os conceitos jurídicos indeterminados utilizados – segurança jurídica e excepcional interesse social – revestem-se de base constitucional” (fls. 46-47 do meu voto).”¹⁰

Nesse cenário, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADINs 2154 e 2258, concluído em abril de 2023, reconheceu por maioria de votos, a constitucionalidade do art. 27 da Lei Federal nº 9868/1999 que autoriza a modulação temporal dos efeitos da decisão de controle de constitucionalidade, julgando improcedentes os pedidos formulados nas referidas ADINs.

III. Aspectos da inconstitucionalidade e a aplicação da modulação temporal

A decisão que retira a validade ou eficácia de uma norma, proferida no âmbito da ADIN, exige segurança, certeza do direito e solução definitiva de controvérsia. Por essa razão, o artigo 26 da Lei Federal nº 9.868/99 estabeleceu que a decisão que declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo é irrecorrível e não

¹⁰ ADI 2154/DF – Acórdão publicado DJE 20/06/2023

pode ser objeto de ação rescisória, consagrando a sua imutabilidade de tal modo a inviabilizar a rediscussão da matéria no mesmo ou em outro processo. Em outros termos, a decisão que declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo faz coisa julgada formal e material, com efeito *erga omnes*.

Justificando o teor daquele dispositivo legal, Teori Zavascki assinalou que “uma vez extirpada a norma do muno jurídico mediante sentença com eficácia vinculante e *erga omnes*, é recomendável, em nome da segurança das relações de direito, que se confira a essa sentença o grau máximo de estabilidade.”¹¹ Acrescente-se, ainda, o argumento que uma lei não pode, de tempo em tempo, ser declarada ora inconstitucional e ora constitucional, gerando insegurança jurídica aos jurisdicionados.

Por essa razão, na hipótese de eliminação ou alteração superveniente do preceito constitucional que fundamentou a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, é imprescindível a promulgação de novo texto legal, pois não vigora no nosso sistema jurídico o instituto da repristinação.

Outra consequência da imutabilidade da sentença, que impede a reapreciação da constitucionalidade da mesma lei ou do mesmo ato normativo, é a abrangência do controle exercido pelo Supremo Tribunal Federal. No julgamento da ADIn deve ser considerado todo o ordenamento constitucional, não se limitando os Julgadores aos fundamentos jurídicos apresentados na petição inicial. A decisão proferida pode apontar violação de preceito constitucional não questionado, tendo em vista que a ADIN tem causa de pedir aberta.

Tema interessante envolve a “inconstitucionalidade superveniente” de lei ou ato normativo. Se a norma é incompatível com a nova Carta Constitucional não se trata de “inconstitucionalidade superveniente” a ser declarada pelo STF, mas de revogação. O Ministro Paulo Brossard, em seu voto na ADIN nº2-1 - DF¹², expôs com clareza que “sobrevindo uma Constituição, a legislação existente (a) ou com ela é compatível e continuará em vigor ou (b) com ela é incompatível e por ela será revogada. No primeiro caso, a legislação continua em vigor, sem exigir cláusula expressa. No segundo caso, em havendo incompatibilidade entre a legislação preexistente e a

¹¹ Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional, p.103.

¹² ADIN nº2-1 - DF

Constituição superveniente, quer dizer, quando a Constituição sucede à lei, não se pode falar em inconstitucionalidade desta, mas em sua revogação.”

Não há, portanto, fundamento lógico-jurídico para o ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade de lei ou ato normativo por força de incompatibilidade decorrente das novas regras de Constituição sobrevinda. O Supremo Tribunal Federal acolheu a tese da revogação automática de normas infraconstitucionais anteriores que não estejam em harmonia com a nova ordem constitucional. Verifica-se, assim, que a incompatibilidade com o novo texto constitucional acarreta a não recepção por revogação, que pode ser expressa ou não.

Em situação diversa, a recepção de lei ou ato normativo anterior pela nova ordem constitucional, considerando-o harmonizado com os princípios da vigente Constituição, pode ser objeto de Ação Declaratória de Constitucionalidade, nos termos do inciso III, do art. 14, da Lei Federal nº 9.868/99, especialmente na hipótese de o texto legal recepcionado ser materialmente compatível com a nova Constituição, mas não atender formalmente aos requisitos para sua edição. Nesse caso, aplica-se a regra *tempus regit actum*, ou seja, se foram observados os requisitos formais previstos na Constituição em vigor à época do seu processo de elaboração, a norma pode ser revalidada pelo novo sistema constitucional.

A norma recepcionada pode ser objeto, também, de Ação Direta de Inconstitucionalidade por força da mudança no estado de fato ou no estado de direito que ensejou violação superveniente do texto constitucional. Nesse caso, pressupõe-se fato superveniente que altere substancialmente a realidade social em que opera (mudança de estado de fato) ou modifique as regras constitucionais (p.ex. emenda constitucional que torne a norma incompatível). Daí, “o direito positivo brasileiro, atento a essas circunstâncias, prever que o Supremo Tribunal Federal realize, mesmo no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade das normas, diligências destinadas a obter esclarecimentos de matéria ou circunstância de fato (lei 9.868, de 10.11.1999, art. 8º, §1º).”¹³

Outra situação interessante que permeia a relação de direito intertemporal entre a nova ordem constitucional e as normas jurídicas infraconstitucionais preexistentes trata de lei ou ato normativo anteriormente declarado constitucional pelo

¹³ Zavascki, Teori Albino, in op. cit., p. 114

Poder Judiciário e recepcionado pela nova ordem constitucional, mas, na sequência, no âmbito de Ação Direta de Inconstitucionalidade, em razão de evento superveniente, é reconhecida a sua incompatibilidade com o texto constitucional. Nesse caso específico, não haveria violação da coisa julgada ou da vedação de ação rescisória, pois as sentenças “contraditórias” têm eficácia temporal distintas. A decisão que declarou a constitucionalidade baseou-se na ordem constitucional anterior, em vigor à época, e a recepção da lei ou do ato normativo fundamentou-se na nova ordem constitucional. Posteriormente, por meio de nova decisão, proferida na vigência da nova Constituição, houve a revogação superveniente da lei ou ato normativo recepcionado, por mudança no estado de fato ou de direito, com efeito vinculante a partir da declaração da inconstitucionalidade. “Tratando-se de ação fundada em fato novo, posterior à sentença confirmatória da constitucionalidade, não haverá ofensa à coisa julgada. Por igual razão, não se tratará de ação rescisória. Representará, simplesmente, o exercício normal do mecanismo de controle de constitucionalidade, reconhecido também no direito comparado.”¹⁴

Por outro lado, se a lei ou o ato normativo foi anteriormente declarado inconstitucional, mas a causa de nulidade foi afastada diante da nova ordem constitucional, não poderá haver o fenômeno da recepção, visto que é requisito para sua aplicação tratar-se de norma válida na sistemática constitucional anterior. Assim, o fenômeno da recepção somente permite que leis e atos normativos válidos na antiga Carta sejam recebidos pela nova, desde que compatíveis com seu regramento.

Aspecto relevante a ser analisado diz respeito à distinção doutrinária entre efeitos executivo e normativo da decisão declaratória de inconstitucionalidade. Esclarece Teresa Arruda Alvim¹⁵ que o efeito normativo é a invalidade da lei ou do ato normativo por ser incompatível com a Constituição Federal, o que implica a exclusão do ordenamento jurídico. Já o efeito executivo é a consequência concreta da decisão, impactando a vida das pessoas. Esse efeito executivo é o passível de modulação temporal por meio de decisão judicial, para postergar a outro momento os efeitos práticos, em razão de outros valores constitucionais, como segurança jurídica e interesse social.

¹⁴ Zavascki, Teori Albino, op. cit., p. 118.

¹⁵ Arruda Alvim, Teresa. Modulação na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes, p. 37/38

Por esse motivo, a decisão que declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo pode ter os seguintes efeitos temporais:

- (i) efeito *ex tunc*: declara a inconstitucionalidade com efeito retroativo, atingindo situações pretéritas pendentes (regra geral);
- (ii) efeito *ex nunc*: declara a inconstitucionalidade sem efeito retroativo, ou seja, a partir do trânsito em julgado da decisão, atingindo as situações formalizadas a partir daquela data;
- (iii) efeito *ad futurum*: declara a inconstitucionalidade, mas os efeitos práticos ficam suspensos pelo tempo determinado na decisão, autorizando que a lei ou o ato normativo declarado inconstitucional permaneça em vigor até certa data;
- (iv) declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade: suspende a aplicação da lei e dos processos em curso, até que o legislador, dentro de prazo razoável, apresente manifestação a respeito da situação inconstitucional.

As hipóteses previstas nos itens (i) e (ii) exigem a modulação temporal da eficácia da decisão pelos Julgadores.

Humberto Ávila¹⁶, analisando esta temática, afirma que a modulação da eficácia temporal das decisões de inconstitucionalidade visa moderar os efeitos da anulação, por meio de “contraordem” emitida pelo STF de manter os efeitos produzidos por atos contrários ao Direito.

A análise e definição da eficácia temporal pode ser objeto de requerimento das partes ou determinação *ex officio*, mas sempre proferida pelo próprio Tribunal que declarou a inconstitucionalidade. Segundo magistério de Fabiano Carvalho, havendo ou não requerimento das partes, é necessário o contraditório, “vale dizer: antes de tomada a decisão de modular os efeitos da decisão, torna-se necessário ouvir os interessados e levar em consideração todos os argumentos que possam justificar ou não a aplicação da referida técnica”.¹⁷

¹⁶ Teoria da segurança jurídica, p.534/535.

¹⁷ Comentários ao código de processo civil, tomo XIX, p 64.

A clareza dos efeitos da decisão deve ser desde logo deliberada, sob pena de paralisar os julgamentos nas instâncias inferiores e até mesmo no Tribunal de origem. Não se trata de julgamento em duas etapas, tanto a decisão de mérito, quanto a definição da modulação devem ocorrer de preferência no mesmo momento. Em caso de omissão, as partes por meio dos embargos de declaração, devem requerer manifestação expressa do Tribunal sobre o efeito temporal da decisão de modo a evitar dúvidas se a declaração de inconstitucionalidade é aplicável ou não às situações pretéritas pendentes.¹⁸

Ao modular os efeitos, o Tribunal deve realizar o equilibrado juízo de ponderação de dois princípios constitucionais que conflitam: legalidade x segurança jurídica e interesse social.

Importante notar que o Supremo Tribunal Federal tem aplicado a regra do art. 27, da Lei Federal nº 9.868/99, de forma analógica e extensiva, às decisões proferidas no âmbito de controle difuso de constitucionalidade, por reconhecer que em determinadas situações a declaração de inconstitucionalidade com efeito retroativo e imediato pode causar consequências danosas aos jurisdicionados de boa-fé.

Por mais paradoxal que possa parecer, é possível a modulação dos efeitos temporais da decisão que declara a constitucionalidade de lei ou ato normativo, a denominada “modulação invertida”. Nesse caso, a declaração tem efeitos prospectivos e, assim, apesar de a lei ou ato normativo estar em perfeita conformidade com a Constituição, concede-se prazo razoável para que os jurisdicionados passem a cumpri-la, por implicar mudança expressiva de conduta, que exige tempo para as devidas adaptações. A “modulação invertida”, assim como a modulação da decisão que declara a inconstitucionalidade, precisa estar justificada dado o caráter excepcional de sua aplicação.

IV. Modulação temporal na alteração de jurisprudência

¹⁸ Nos Embargos de Declaração na ADI 2797, o STF conheceu e acolheu os embargos para que a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002, que acrescentou os §§ 1º e 2º ao artigo 84 do Código de Processo Penal, tivesse eficácia a partir de 15 de setembro de 2005, modulando seus efeitos.

O instituto da modulação temporal previsto no art. 27, da Lei Federal nº 9.868/99, específico para as decisões proferidas no âmbito da ADIN, inspirou o Código de Processo Civil em vigor a estabelecer a possibilidade de tornar irretroativos os efeitos da alteração de jurisprudência, desde que presentes o interesse social e a segurança jurídica. (art. 927, § 3º, do CPC)

O estudo da modulação dos efeitos da alteração de orientação sedimentada de Tribunais exige a análise conjunta dos artigos 926 e 927, §3º do CPC.

A disposição contida no artigo 926 do CPC determina que os Tribunais devem unificar a sua jurisprudência, mantendo-a firme e coerente, de forma a preservar os princípios constitucionais da segurança jurídica e da isonomia, respectivamente previstos no inciso XXXVI e *caput* do art. 5º da C.F., evitando decisões divergentes proferidas pelo mesmo Tribunal ou decisões contrárias ao entendimento cristalizado dos Tribunais Superiores. Em outros termos, esse dispositivo impõe aos Tribunais o dever de aplicar os mesmos preceitos para casos idênticos, afastando a discricionariedade, sem, contudo, impor a imutabilidade da jurisprudência.

Aliás, nesse particular, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery destacam que “o sentido de estabilidade pretendido pela lei é o de que a jurisprudência uniforme não deverá ser alterada sem propósito – ou, ao menos, se espera que seja este, pois não se pode pensar em entendimentos que não sejam passíveis de alteração, tendo em vista as transformações sociais e econômicas inerentes à sociedade moderna (...)”¹⁹E, prosseguem na análise do art. 926, criticando os mecanismos utilizados pelo CPC para impor as decisões dos tribunais superiores aos demais tribunais e juízos de primeiro grau dada a sua flagrante inconstitucionalidade, por que tribunais não criam teses, salvo o Supremo Tribunal Federal ao editar súmula vinculante com fundamento no art. 103-A da C.F. Portanto, os institutos de Recurso Extraordinário Repetitivo, Recurso Especial Repetitivo, Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)²⁰ e Incidente de Assunção de Competência (IAC)²¹ seriam relevantes para a uniformização

¹⁹ Código de processo civil comentado, p. 22.

²⁰ O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas está regulamentado nos arts. 976 e segs do CPC e tem por objetivo aplicar a mesma tese jurídica a todos os processos individuais ou coletivos que tratam da mesma questão de direito e tramitam na circunscrição da jurisdição do tribunal que julgou o incidente.

²¹ O Incidente de Assunção de Competência, previsto no art. 947 do CPC, visa o deslocamento de competência funcional do órgão fracionário para órgão colegiado de maior composição em julgamento de recursos, de remessa necessária ou de processo de competência originária, que envolvam questão de direito com repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.

de jurisprudência interna dos próprios tribunais que os julgam, mas “não se prestam para vincular e impor suas decisões aos juízos hierarquicamente inferiores, tampouco para resolver questões em série ou fixar teses jurídicas, pois essas atribuições objetivas, como mister dos órgãos do Poder Judiciário, não estão autorizados pela CF.”²²

A despeito de eventuais críticas aos limites dos institutos de uniformização de jurisprudência previstos no CPC, é medida salutar e essencial que os tribunais fiquem vinculados à sua própria jurisprudência que há de ser estável, íntegra e coerente, para fortalecer a segurança jurídica e preservar a isonomia. Do contrário, permaneceria o cenário de decisões contraditórias dos Tribunais a respeito do mesmo tema jurídico, quebrando a unidade necessária para a pacificação social.

Pode-se afirmar, assim, que a uniformização é um dever institucional dos Tribunais. Porém, pode ocorrer, e não raro acontece, alteração de entendimento dos Tribunais. Nesse cenário de alteração da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, os Julgadores podem modular os efeitos do novo entendimento, postergando sua aplicação para além do trânsito em julgado ou restringindo sua aplicação para não atingir situações pretéritas pendentes, mas anteriores ao marco temporal fixado pelo próprio Tribunal, presentes o interesse social e a segurança jurídica, que buscam, em última análise, manter a unidade social, nos termos do que dispõe o art. 927, §3º do CPC.

A ideia de interesse social está vinculada ao bem-estar da coletividade e à estabilidade das relações sociais. Por sua vez, a segurança jurídica está atrelada à definição de condutas alinhadas e conformes ao ordenamento jurídico, que geram confiança no jurisdicionado de boa-fé para adotá-las. Tanto o interesse social como a segurança jurídica são requisitos do Estado de Direito e da proteção da dignidade humana. (art. 5º, da C.F.)

A jurisprudência deve adaptar-se às demandas e alterações sociais e o efeito prático dessa mudança de entendimento deve envolver, desde que presentes o interesse social e a segurança jurídica, a fixação de regime de transição para tornar obrigatória essa nova jurisprudência, objetivando conciliar estabilidade e evolução.²³

²² Código de processo civil comentado, p. 24.

²³ Arruda Alvim, Teresa. Op. cit. p. 55: *É relevante que se frise, novamente, que a alteração da jurisprudência, em casos assim, nos ambientes decisórios frouxos, pode ser extremamente benéfica. Deve*

O equilíbrio entre estabilidade e inovação deve ser mantido, cabendo aos Tribunais proceder às alterações com cautela e mediante robusta fundamentação, evitando modificações decorrentes de simples entendimentos pessoais de juízes que passam a compor os órgãos colegiados e, assim, desestabilizar a jurisprudência.

O efeito vinculante da jurisprudência dos Tribunais nas decisões dos órgãos jurisdicionais inferiores exige que a mudança de entendimento seja devidamente motivada, com exame de eventual modulação dos seus efeitos.

Isso porque, como já se disse, a despeito do CPC ter consagrado a regra da jurisprudência estável, íntegra e coerente, não passou despercebido ao legislador que os fatos da vida são dinâmicos, impulsionando ajustes no entendimento pretoriano que, por sua vez, têm efeito direto nos atos do jurisdicionado. Esse efeito deve ser sopesado pelo Poder Judiciário que tem a obrigação de atuar com boa-fé e sem arbitrariedade, preservando a confiança do jurisdicionado no sistema jurídico, ao analisar a aplicação do instituto da modulação da eficácia temporal dessa alteração de entendimento. Verifica-se, assim, que determinada tese sedimentada pelo Tribunal pode ser modificada, passando por novo processo de “normatização pretoriana” para atender às necessidades da realidade social vigente e realizar justiça, o que inclui a eventual modulação dos seus efeitos.²⁴

A alteração ou superação de jurisprudência pode decorrer da edição de novo ato normativo ou de novo pronunciamento jurisdicional. Nesse último caso, a doutrina admite a alteração explícita (*express overruling*) que torna inequívoca a mudança de jurisprudência e a implícita (*implied overruling*) que não deixa claro que o entendimento anterior foi superado, mas a nova decisão daquele Tribunal sobre o mesmo tema é incompatível com a precedente *ratio decidendi*, o que se equipara à ab-rogação indireta de uma lei.

Nesse cenário de alteração de jurisprudência, se a revogação operar com efeito *ex tunc* (*retrospective overruling*), o precedente vinculante revogado não pode ser fundamento para julgamento de casos pendentes.

ser não simples alteração do direito, mas evolução do direito. É o direito se transmudando, para atender, de forma mais veemente, ao princípio da dignidade humana.

²⁴ Cruz e Tucci, José Rogério. Direito processual civil entre comparação e harmonização, p. 271

Diante da regra geral do efeito *ex tunc*, o CPC, sensível aos efeitos danosos de mudança com efeito imediato, definiu regra expressa a respeito da possibilidade de modulação temporal dos efeitos da alteração de jurisprudência, instituto antes previsto apenas para as decisões proferidas na Ação Direta de Inconstitucionalidade - art. 27, da Lei Federal nº 9.868/99, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental se houver declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo – art. 11, da Lei Federal nº 9.882/99 e nos procedimentos de edição de enunciado de súmula vinculante pelo STF – art. 4º, da Lei Federal nº 11.417/06. Os dois primeiros textos normativos autorizam o Supremo Tribunal Federal, ao exercer o controle concentrado de constitucionalidade, fixar a eficácia de seu comando (*ex tunc*, *ex nunc* ou *ad futurum*), mesmo tratando-se de decisão declaratória de inconstitucionalidade que, por regra, tem eficácia retroativa.

À mingua de previsão legal específica, o Supremo Tribunal Federal já estendia a aplicação da modulação temporal nos casos de alteração de entendimento da Corte, em respeito aos postulados da segurança jurídica e proteção da confiança.

Desse modo, o legislador normatizou no § 3º, do art. 927, do CPC o entendimento consolidado dos Tribunais de proteger as pessoas que agiram norteadas pela jurisprudência dominante ou pelos julgamentos repetitivos e poderiam ser prejudicadas pela modificação do entendimento até então vigente. Enfim, a lei processual exige jurisprudência dominante a justificar a confiança do jurisdicionado na credibilidade do entendimento vigente à época dos fatos.

Além da exigência de entendimento jurisprudencial qualificado, o legislador impôs, ainda, como requisitos da modulação o interesse social e a segurança jurídica. Isso porque, em regra, não se aplica a regra da irretroatividade da lei ao direito jurisprudencial e, portanto, o efeito declaratório da decisão judicial que muda o entendimento sedimentado do Tribunal produz efeito *ex tunc*, alcançando situações pretéritas pendentes.

A autorização legal para modular os efeitos declaratórios da mudança de jurisprudência, concedendo-lhe eficácia *ex nunc* ou *ad futurum*, está em harmonia com o princípio constitucional da segurança jurídica e do interesse social, por força da (1) boa-fé objetiva do jurisdicionado que praticou atos baseados em interpretação consolidada dos Tribunais e (2) irretroatividade do direito, mais abrangente do que a irretroatividade

da lei, posto que se o direito pudesse retroagir, estariam sendo desrespeitados a segurança jurídica, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.²⁵

A modulação deve levar em consideração que a conduta do jurisdicionado foi pautada na orientação vigente do Tribunal à época, ou seja, “o instituto deve ser abordado a partir de uma ótica voltada para o presente, que diz respeito à necessidade de se saber qual é a *pauta da conduta* (= o que é o direito) a que deve conformar minha ação e ao *futuro*: alterada a pauta de conduta, minha ação deve ser avaliada, lá na frente, não a partir da nova pauta, *mas* daquela que havia antes, a que me submeti, de boa-fé, porque confiei.”²⁶

Ora, a alteração de entendimento dos Tribunais decorre do reconhecimento da ilegalidade da orientação antiga e da legalidade da nova interpretação, que deveria ser aplicada de imediato, inclusive às situações passadas constituídas ao arrepio da lei. Porém, os jurisdicionados que praticaram atos jurídicos com fundamento na orientação jurisprudencial até então vigente, agiram de boa-fé e não podem ser prejudicados. Daí, a modulação ser medida excepcional que deve estar bem justificada, em especial no que se refere ao equacionamento da colisão entre os princípios constitucionais de legalidade x segurança jurídica e interesse social.

V. Modulação temporal e trânsito em julgado

Tema interessante que merece exame é a possibilidade de a modulação ocorrer após o trânsito em julgado da decisão proferida pelo Tribunal que declarou a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

A respeito desta temática, o Supremo Tribunal Federal nos Embargos de Declaração na ADIN 2797 deliberou que se não houver pronunciamento daquela Corte Constitucional a respeito da modulação temporal, presume-se que a declaração de inconstitucionalidade tenha efeitos *ex tunc* (regra geral) e o trânsito em julgado da decisão é óbice a posterior requerimento de modulação.

²⁵ Nery Junior, Nelson e Nery, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado, Livro III, Título I, Capítulo I, p. 22/23.

²⁶ Arruda Alvim, Teresa. Op. cit., p. 36.

Não se pode desprezar que em muitas situações é impossível ao Supremo Tribunal Federal e demais Tribunais vislumbrarem a repercussão da decisão com eficácia imediata e retroativa aplicável às situações pretéritas pendentes, formalizadas com fundamento na lei invalidada. Assim, parte da doutrina defende ser possível rediscutir, em caráter excepcional, os efeitos da decisão, diante de circunstâncias não cogitadas no momento do julgamento, em processos incidentais, cabendo à parte prejudicada requerer a revisão da eficácia, com fundamento na segurança jurídica e no interesse social. Tal entendimento pode afetar os resultados mais almejados pela modulação temporal: confiança jurídica e igualdade de tratamento. Se cada jurisdicionado for questionar em processo incidental o efeito da decisão de controle de constitucionalidade, com base em sua situação específica, pode gerar decisões divergentes decorrentes de análises subjetivas dos Julgadores.

Por outro lado, se houver ausência de manifestação do Supremo Tribunal Federal e demais Tribunais a respeito da eficácia relativizada da decisão e, após o trânsito em julgado, o jurisdicionado requerer ao Tribunal o pronunciamento, de forma extraordinária, considerando, para tanto, a repercussão que estaria comprometendo o interesse social e a segurança jurídica, seria justificável o pronunciamento, embora haja precedente específico a respeito da inviabilidade de rediscutir o efeito da declaração de inconstitucionalidade.

O CPC não previu norma preclusiva na hipótese de alteração de jurisprudência e, assim, permitiu que a modulação da alteração de entendimento pudesse ocorrer após o trânsito em julgado. Elucidativo é o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, no âmbito do julgamento do Recurso Especial nº 1.721.716-PR, que enfrentou a questão de mudança de jurisprudência e sua aplicação aos litígios surgidos na vigência do entendimento anterior e já submetidos ao Poder Judiciário. Invocando a teoria da superação prospectiva (*prospective overruling*), a Ministra Nancy Andrichi reconheceu que no caso específico da contratação de seguro de vida, em que a mudança de entendimento passou a considerar o suicídio como causa excludente do pagamento do benefício securitário, a modulação dos efeitos deveria ser aplicada, porque a tese

reformada havia gerado legítima expectativa no jurisdicionado, afastando, assim, a aplicação retroativa do novo entendimento jurisprudencial daquela Corte.²⁷

Esse precedente do STJ bem demonstra a importância da norma contida no § 3º, art. 927, do CPC e a necessidade dos Tribunais, ao alterarem o entendimento jurisprudencial, definirem, desde logo, se haverá regime de transição ou não na aplicação do novo posicionamento, evitando decisões contraditórias dos tribunais inferiores e dos Juízos de 1ª instância.

VI. Considerações conclusivas

A aplicação indistinta da doutrina da nulidade absoluta de leis e atos normativos inconstitucionais, com efeito imediato e retroativo, gera injustiças e impede a adoção de soluções equânimes para os jurisdicionados. O Supremo Tribunal Federal, mesmo antes de qualquer regulamentação expressa, à semelhança das Cortes Constitucionais europeias, relativizou a teoria da nulidade *ab origine* e modulou a eficácia temporal das decisões declaratórias de inconstitucionalidade, sem com isso afrontar os princípios da supremacia da Constituição e da legalidade. Fundamentou-se sempre no juízo da proporcionalidade, decorrente da ponderação entre os princípios constitucionais da legalidade, segurança jurídica e interesse social.

Dessa forma, o art. 27, da Lei Federal nº 9.868/99 veio institucionalizar a prática já adotada pelo Supremo Tribunal Federal, disciplinando a flexibilização dos efeitos temporais da decisão de declaração de inconstitucionalidade,

²⁷ *Dessa forma, é possível verificar que, nos mesmos autos, foram invocados precedentes do STJ tanto a favor quanto contrários ao pleito da recorrente. Na hipótese, assim, é inegável a ocorrência de traumática alteração de entendimento desta Corte Superior, o que não pode ocasionar prejuízos para a recorrente, cuja demanda já havia sido julgada procedente em 1º grau de jurisdição de acordo com a jurisprudência anterior do STJ.*

(...)

Assim, como meio de proteção da segurança jurídica e do interesse social contido na situação em discussão, impõe-se reconhecer que, para a hipótese em julgamento, a aplicação do entendimento anterior do STJ, que está refletido na Súmula 105/STF.

De fato, essa é a medida que se impõe, pois, mesmo se houve alteração legislativa, que alterasse todo o arcabouço regulatório dos seguros de vida, mesmo em situação de suicídio, a hipótese da recorrente não seria afetada pela irretroatividade das leis, com mais razão não se poderia aplicar retroativamente – nos autos que já contava com sentença favorável – o novo entendimento jurisprudencial. (REsp 1.721.716-PR)

com o objetivo de resguardar situações pretéritas ainda pendentes. Conquanto, o referido dispositivo seja restrito ao juízo abstrato de declaração de inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal tem aplicado essa técnica no controle difuso de constitucionalidade e nos casos de interpretação do texto constitucional.

Esse mesmo embasamento que permite ao STF restringir a eficácia de suas decisões, justifica que os Tribunais inferiores, no controle da legalidade de seu entendimento, modulem os impactos de suas decisões, com vistas a resguardar o interesse social e a segurança jurídica.

Essa técnica processual de ajustamento da eficácia decisória está prevista de forma expressa no atual CPC para as hipóteses de alteração de jurisprudência dominante do STF, dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, desde que presentes os requisitos do interesse social e da segurança jurídica (art. 927, §3º), representando grande avanço legislativo ao estendê-la à jurisdição infraconstitucional. Isso porque, se por um lado, a jurisprudência deve manter-se estável e coerente, de outro, não pode ficar estagnada, devendo ser atualizada à nova realidade social, como expressão do Estado de Direito.

O legislador ao autorizar a modulação da eficácia das decisões proferidas nas Ações Direta de Inconstitucionalidade - art. 27, da Lei Federal nº 9.868/99, nas Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental se houver declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo – art. 11, da Lei Federal nº 9.882/99; nos procedimentos de edição de enunciado de súmula vinculante pelo STF – art. 4º, da Lei Federal nº 11.417/06 e na alteração de jurisprudência – art. 927, §3º do CPC teve o intuito, em todos esses casos, de afastar o efeito surpresa decorrente de norma declarada inconstitucional ou alteração de jurisprudência, resguardando a confiança dos jurisdicionados no Poder Judiciário.

É de curial importância destacar que o instituto da modulação não implica violação à Constituição ou às leis, apenas flexibiliza os efeitos da decisão com vistas a evitar situações indesejadas de insegurança jurídica e injustiça.

Bibliografia

Arruda Alvim, Teresa. *Modulação na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes*, 2ª ed., São Paulo: Thomson Reuters/ RT, 2021.

Ávila, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*, 6ª ed., São Paulo: Ed Jus PODVN e Malheiros Editores, 2021.

Canotilho, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7ªed, Coimbra: Ed Almedina, 2003.

Carvalho, Fabiano. *Comentários ao código de processo civil*, vol. XIX, São Paulo: Ed. Saraiva jur, 2022.

Cruz e Tucci, José Rogério, *Aspectos processuais da denominada ação declaratória de constitucionalidade, in Ação Declaratória de Constitucionalidade* (obra coletiva) São Paulo: Ed. Saraiva, 1994.

Cruz e Tucci, José Rogério. *Comentários ao código de processo civil*, 2ª ed., São Paulo: Ed. Saraiva jur, 2017.

Cruz e Tucci, José Rogério. *Constituição de 1988 e processo. Regramentos e garantas constitucionais do processo*, São Paulo: Ed. Saraiva, 1989.

Cruz e Tucci, José Rogério. *Direito processual civil entre comparação e harmonização*, Salvador: Ed. JusPodivn, 2021.

Cruz e Tucci, José Rogério. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*, 2ª ed., São Paulo:Ed Marcial Pons,2021.

Cruz e Tucci, José Rogério. *Lineamentos da nova reforma do CPC*, 2ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2002.

Cruz e Tucci, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*, São Paulo: Ed. RT, 2004.

Dinamarco, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. I, São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

Mendes, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

Moraes, Alexandre. *Direito constitucional*, 26ªed., São Paulo: Ed. Atlas, 2010.

Nery Junior, Nelson e Nery, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*, São Paulo: ed. RT, 2023.

Silva, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*, 6ª ed., São Paulo: Ed. RT, 1990.

Zavascky, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, 4ª ed., São Paulo: Ed. RT, 2001.