

A MODULAÇÃO DE EFEITOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: UMA ANÁLISE COMPARADA NO SISTEMA JURÍDICO LUSO-BRASILEIRO E SUAS REPERCUSSÕES EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA*

THE MODULATION OF EFFECTS IN THE CONTROL OF CONSTITUTIONALITY: A COMPARATIVE ANALYSIS IN THE LUSO-BRAZILIAN LEGAL SYSTEM AND ITS REPERCUSSIONS IN TAX MATTERS

Denise Magalhães Quirino**

Hadassah Laís Santana***

Liziane Angelotti Meira****

RESUMO: O presente artigo aborda aspectos práticos do Direito Constitucional Comparado demonstrando repercussões em um campo específico: o Direito Tributário e Financeiro. O artigo utiliza o Direito comparado como instrumento para aprofundar a análise da aplicação do controle de constitucionalidade na ocorrência de modulação de efeitos e as repercussões especificamente na esfera do direito tributário.

PALAVRAS-CHAVE: Modulação de efeitos. Direito Constitucional. Direito Tributário.

ABSTRACT: This article deals with practical aspects of Comparative Constitutional Law, demonstrating repercussions in a specific field: Tax and Financial Law. The article uses comparative law as a tool to deepen the analysis of the application of constitutionality control in the occurrence of modulation of effects and the repercussions specifically in the sphere of tax law.

KEY WORDS: Modulation of effects. Constitutional right. Tax law.

* Recebido em 28.11.17

Aceito em: 13.12.17

** Advogada e Orientadora do Núcleo de Prática Jurídica da Universidade Católica de Brasília, unidade do Juizado Especial Federal. Pós-graduada em Direito Público. Mestranda em Direito Tributário na Universidade Católica de Brasília. Professora de Metodologia de Pesquisa e Orientadora de trabalhos de conclusão de curso na Pós-Graduação em instituições de Direito Público e Privado na Unijur (Instituição Certificadora/Faculdade de Araraquara/SP). Professora de Direito Previdenciário de curso de extensão ministrado na Universidade de Brasília (UNB). **E-mail: denisem@ucb.br**

*** Doutoranda em Educação e Mestre em Direito tributário (Universidade Católica de Brasília. Assessora Legislativa. Professora em cursos de graduação e pós-graduação. **E-mail: hadassah.santana@gmail.com**

**** Doutora e Mestre em Direito Tributário (PUC/SP). Mestre em Direito (Universidade de Harvard). Auditora-Fiscal da Receita Federal do Brasil. Conselheira do CARF. Professor e Pesquisador do Curso de Mestrado Direito da Universidade Católica de Brasília (UCB). Professora e Coordenadora do Curso de Pós-Graduação em Direito Tributário do Instituto Brasiliense de Direito Público. **E-mail: lizianemeira@gmail.com**

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda aspectos práticos do Direito Constitucional Comparado demonstrando repercussões em um campo específico: o Direito Tributário e Financeiro. O artigo utiliza o Direito comparado como instrumento para aprofundar a análise da aplicação do controle de constitucionalidade na ocorrência de modulação de efeitos e as repercussões especificamente na esfera do direito tributário

O direito comparado permite uma compreensão dialógica de dois sistemas jurídicos, o que no caso entre Brasil e Portugal se perfaz no laço histórico e no enriquecimento de tradições culturais adquiridas, modificadas e remodeladas ao longo do tempo.

O presente estudo reconhece elementos que ressaltam os efeitos decorrentes do controle de constitucionalidade concentrado, especificamente a modulação de efeitos, no fortalecimento da democracia e no papel precípua das duas ordens constitucionais, objeto da presente análise, com objetivo precípua de preservar direitos dos cidadãos em um escopo de cidadania que transcende o nível nacional e garante uma perspectiva sobre a mudança a ser considerada nos dois países no que se refere ao controle constitucional da norma.

A partir desse diálogo no estudo comparativo entre as duas cortes perquiriu-se no presente trabalho sobre os efeitos na modulação de efeitos no controle de constitucionalidade lusitano e depois sobre a mesma situação jurídica no direito brasileiro, e, por fim um estudo de tal efeito tendo por consequência a repercussão na matéria tributária.

2 RELEVÂNCIA DO ESTUDO DO DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO

O Direito Comparado é um estudo cuja utilidade é afirmada desde 1860, conforme a obra de Marc Ancel: *Utilidade e Métodos do Direito Comparado*, quando pontua que, a cooperação jurídica internacional, decorrente da 2ª Guerra Mundial, trouxe um aspecto de cientificidade ao Direito Comparado em dois pontos importantes: a dimensão geográfica e utilização sistemática do método¹.

¹ ANCEL, Marc. **Utilidade e Métodos do Direito Comparado**. Tradução de Sérgio José Porto: Porto Alegre, Fabris, 1980. p. 22

O primeiro ponto a demonstrar o caráter científico do direito comparado é a dimensão geográfica (geografia jurídica). Já o segundo ponto a evidenciar essa índole de ciência está na utilização sistemática, não eventual, e particular do método comparativo, o que, ao fim do trabalho, leva a um produto que pode ser qualificado como objeto de uma ciência específica. Nesse ponto, a utilização sistemática do método comparativo como instrumento para estudar institutos de determinada ordem jurídica em comparação com outra levaria o pesquisador a um resultado (objeto do conhecimento) diferente daquele que se obteria quando se estuda os mesmos institutos de forma isolada, imiscuído em suas ordens internas².

Embora o direito comparado também seja a arte de aproximação, da harmonização e do aperfeiçoamento das instituições jurídicas vigentes, o seu caráter científico se mostra inegável. Em verdade o estudo comparativo do direito, em especial do direito constitucional, tem relevância inegável à medida que permite não só o conhecimento quanto a um sistema jurídico diverso, mas um aprofundamento em questões cada vez mais presentes com o avanço proporcionado pela globalização, avanço científico e tecnológico.

Na lição de Orione Dantas de Medeiros o direito comparativo permite a extensão do conhecimento através do espaço. Ao passo que a história proporciona o enriquecimento da cultura em relação ao tempo o estudo comparado proporciona a melhor compreensão de diferentes sistemas jurídicos, o entendimento de bases fundamentais de direitos contemporâneos ou de determinadas épocas históricas. Proporciona a descoberta de relações existentes entre as normas jurídicas e realidades sociais problemáticas. O estudo comparado confere a possibilidade de explicar o próprio sistema jurídico a um jurista estrangeiro, mas fundamentalmente faz compreender o próprio direito³.

Nessa esteira a mera descrição de um sistema jurídico diverso não é suficiente. Nem tampouco a análise pura e restrita da legislação. É indispensável que haja a inclusão de aspectos doutrinários e jurisprudenciais e mais o confronto desse sistema com o nacional⁴.

² ANCEL, Marc. **Utilidade e Métodos do Direito Comparado**. Tradução de Sérgio José Porto: Porto Alegre, Fabris, 1980. p. 29

³ MEDEIROS, Orione Dantas de. **Direito Constitucional Comparado**: breves aspectos epistemológicos. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198727/000901857.pdf?sequence=1>>. Acesso em 19 de março de 2017.

⁴ MEDEIROS, Orione Dantas de. **Direito Constitucional Comparado**: breves aspectos epistemológicos. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198727/000901857.pdf?sequence=1>>. Acesso em 19 de março de 2017. p. 315.

Por seu turno Jorge Miranda discorre que o interesse pelo direito estrangeiro tem como finalidade evidenciar a procedência da modulação de efeitos frente a forte influência do direito alienígena para a positivação do instituto no direito brasileiro e verificar como outros sistemas jurídicos se posicionam quanto às problemáticas decorrentes da prospecção de efeitos temporais na pronuncia de inconstitucionalidade das normas⁵.

Diversos juristas se limitam a construção de uma formação científica limitada ao prospecto histórico nacional sendo submetidos a uma visão de direito limitada ao estudo interno. O estudo do direito constitucional comparado vem auxiliar na compreensão da complexidade de uma realidade dinâmica no contexto de evolução científica e tecnológica⁶.

É preciso identificar afinidades e divergências entre os sistemas jurídicos apontados de modo a contribuir na compreensão da complexidade do sistema jurídico elegido pelo constituinte e das implicações dessa escolha.

Há outro ponto que merece detida análise. Trata-se do crescente aumento no emprego do direito comparado nas decisões das cortes constitucionais dos mais diversos países dos quais não se excluem Portugal e o Brasil.

No que concerne a realidade portuguesa o Tribunal Constitucional Português, assim considerado desde a sua institucionalização formal, sempre tendeu de modo favorável ao uso da argumentação comparada, ainda que não houvesse dispositivo legal no ordenamento jurídico português⁷.

É bem verdade que em um primeiro momento o estudo jurisprudencial permite inferir que as menções comparadas são aplicadas mais em caráter secundário do que como fundamentação das decisões, mas observa-se a utilização do comparativo até na parte conclusiva das sentenças portuguesas⁸.

⁵ MIRANDA, Jorge. Sobre o direito constitucional comparado. **Revista de Direito Constitucional e internacional**. São Paulo: RT-IBDC, v.55, p. 243-260, abr./jun. 2006. p. 252-253.

⁶ MEDEIROS, Orione Dantas de. **Direito Constitucional Comparado: breves aspectos epistemológicos**. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198727/000901857.pdf?sequence=1>>. Acesso em 19 de março de 2017. p. 314-315.

⁷ CARDOSO, Gustavo Vitorino. **O direito comparado na jurisdição constitucional**. Rev. Direito GV, v.6, n.2, São Paulo, dez 2010.

⁸ CARDOSO, Gustavo Vitorino. **O direito comparado na jurisdição constitucional**. Rev. Direito GV, v.6, n.2, São Paulo, dez 2010.

Portugal concede preferência em especial aos sistemas jurídicos alemão, espanhol, italiano e norte-americano, todavia o francês, belga, austríaco, inglês igualmente figuram nas decisões do Tribunal Constitucional Português. Presença acentuada tem do mesmo modo o sistema jurídico brasileiro por causas de ordem histórica e cultural⁹.

O Supremo Tribunal Federal por sua vez tem feito uso da doutrina e jurisprudência estrangeiras e ministros como Gilmar Ferreira Mendes, Celso de Mello, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie e Eros Grau em seus votos engradem o debate aprofundando as argumentações dos julgamentos e se abstendo do emprego do direito comparado como simples citação ornamentativa¹⁰.

Com efeito, existe uma disposição natural ao uso do direito comparado como método interpretativo, verdadeiro elemento de interpretação-concretização constitucional no pensamento de Harbele. Tratar-se-ia de um procedimento mais complexo de propagação de sistemas jurídicos constitucionais, demonstrando que a simples comparação não é eficaz, devendo-se alcançar uma fase posterior que compreende os contextos culturais¹¹.

Sopesadas as considerações sobre a relevância do estudo do direito constitucional comparado, bem como acerca da comparação de sistemas jurídicos distintos como método interpretativo no direito constitucional há que se falar a respeito do controle de constitucionalidade e mais detidamente sobre a modulação de efeitos no direito constitucional português.

3 A MODULAÇÃO DE EFEITOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE LUSITANO

Em se tratando de decisões manipulativas conceito em que se inclui a modulação de efeitos o estudo da doutrina portuguesa é preferencial, uma vez que se trata da mais próxima do sistema jurídico brasileiro, o que ocorre em virtude do enorme câmbio doutrinário entre Brasil e

⁹ ORRÚ, Romano. La giustizia costituzionale e il paradigma comparato: l'esperienza portoghese. In: FERRARI, Giuseppe Franco; GAMBARO, Antonio (Orgs.). **Corti nazionali e comparazione giuridica**. Roma: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006.

¹⁰ CARDOSO, Gustavo Vitorino. **O direito comparado na jurisdição constitucional**. Rev. Direito GV, v.6, n.2, São Paulo, dez 2010.

¹¹ HABERLE, Peter. **El estado constitucional**. Tradução de Hector Fix-Fierro. México: Universidade Nacional Autónoma de México, 2003.

Portugal, mas também em razão da grande influência portuguesa no ordenamento jurídico brasileiro e mais, os autores portugueses refletem uma preocupação jurídica global, que não se restringe apenas ao quadro português¹².

A república portuguesa optou pela adoção de um controle judicial das normas jurídicas. O ordenamento jurídico constitucional tem influência do *judicial review*, modelo judicialista norte americano, e de um parâmetro de fiscalização concentrada oriundo da Áustria. Ainda que haja um Tribunal Constitucional em Portugal os outros tribunais tem o poder e o dever de apreciar a constitucionalidade das normas e também de recusar a aplicação de normas inconstitucionais (Art. 204 e 277 CRP)¹³.

O sistema jurídico português elegeu a eficácia retroativa do provimento jurisdicional que reconhece a nulidade da norma. Como regra os efeitos retroagem a contar da vigência da norma ou na situação em que houver inconstitucionalidade superveniente a partir da caracterização da inconformidade¹⁴.

Prefacialmente, a Constituição de 1933 discorreu acerca da atribuição de efeitos a declaração de inconstitucionalidade, contudo essa imputação dar-se-ia de modo incondicionado, cabendo essa faculdade à Assembleia Nacional, Art. 123, § 2º. O texto permitia inferir que a determinação de efeitos estava atrelada tão somente à inconstitucionalidade orgânica e formal, sendo revestida, ao menos aparentemente de qualquer alcance¹⁵.

Com a revisão do sistema constitucional português ocorrida em 1982 o art. 282, n.4 da Constituição da República Portuguesa mais uma vez permitiu-se a fuga a regra geral ao dispor que a eficácia retroativa pode ceder lugar à atribuição de efeitos prospectivos em razão de segurança jurídica, equidade ou interesse público de excepcional relevo. Permitiu-se a restrição do alcance dos efeitos previstos como regra geral.

¹² BEZERRA, José Antônio Lira. **Das decisões manipulativas do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária**. 2012. 136 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2012.

¹³ GUERRA, Rosa Maria Fernandes. O sistema português de fiscalização concreta da constitucionalidade: um estudo para a sua avaliação. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**. Belo Horizonte. n. 26. maio/ago. 2015. p. 8-19.

¹⁴ PEREZ, Carlos Alberto Navarro. **Declaração de inconstitucionalidade: a modulação dos efeitos temporais**. Teoria Constitucional e aplicação. Curitiba: Juruá, 2014. p. 170.

¹⁵ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional: inconstitucionalidade e garantia da constituição**. 3.ed. Coimbra: Coimbra, 2008. p. 298-299.

Como se observa o novo texto atribuiu ao Tribunal Constitucional a missão, sendo certo que o novo dispositivo permite a prospecção para qualquer tipo de inconstitucionalidade e ilegalidade, com alcance mais restrito e notadamente condicionado¹⁶.

Na opinião de Jorge Miranda ainda que segurança jurídica e equidade constituam conceitos indeterminados não levantam maiores questionamentos, tem-se em consideração a preocupação com a constância dos atos jurídicos e a confiança dos cidadãos com ponderações de justiça frente à mutabilidade da vida em sociedade. Contudo o interesse público de excepcional relevo dá margem a questionamentos e deverá ser bem fundamentado¹⁷.

Carlos Blanco de Moraes evidencia uma preocupação salutar com o que nomina de mutações constitucionais implícitas, bem como com seus limites jurídicos e, conseqüentemente, constitucionais.

Ao dissecar o acórdão 353/2012, sentença aditiva de revisão constitucional, que discutiu a constitucionalidade de norma orçamentária do Estado que determinava a suspensão para o ano de 2012 de dois elementos da remuneração dos servidores públicos e pensionistas, quais sejam o subsídio de férias e o de natal, suspensão esta que deveria permanecer enquanto subsistisse e permanecesse o programa internacional de assistência a Portugal. A medida austera justificava-se, uma vez que objetivava garantir o equilíbrio financeiro¹⁸.

A argumentação pela inconstitucionalidade teve quatro pilares. Primeiramente os subsídios compunham a remuneração salarial¹⁹ e sendo esta um direito análogo aos direitos, liberdades e garantias o extermínio dessas componentes violaria o princípio da intangibilidade salarial. Em segunda análise a medida com característica suspensiva paralisa a eficácia de um direito análogo aos direitos, liberdades e garantias por meio de um ato legislativo, sendo que a CRP disciplina que a suspensão desses direitos só pode ocorrer por meio do estado de sítio e do estado de defesa previstos no art. 19 da CRP, cujos pressupostos não prevêm situações de emergência financeira. Em terceira posição a suspensão, manifesta supressão, desses direitos aos pensionistas

¹⁶ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**: inconstitucionalidade e garantia da constituição. 3.ed. Coimbra: Coimbra, 2008. p. 298-299.

¹⁷ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**: inconstitucionalidade e garantia da constituição. 3.ed. Coimbra: Coimbra, 2008. p. 300.

¹⁸ MORAIS, Carlos Blanco. As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de um Acórdão controverso. **JURISMAT**, Portimão, n.º 3, 2013, p. 56.

¹⁹ Cf. art.º 70.º, n.º 3, da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro e Alínea a do n.º 1 do art.º 59.º da CRP.

violaria o princípio da proteção da confiança no que diz respeito à fruição do direito às prestações devidas atreladas as contribuições do passado²⁰, atingindo a legítima e fundada expectativa de seu pagamento. Por fim, não se observou medida idêntica de supressão na remuneração de trabalhadores do setor privado, caracterizando manifesta afronta ao princípio da igualdade, art. 13 da CRP²¹.

Com efeito, a inconstitucionalidade do dispositivo não demandou maiores digressões, uma vez que os fundamentos constitucionais violados além de variados constavam expressamente na Constituição da República Portuguesa e o ato normativo violava de forma manifesta os preceitos constitucionais invocados. Tema que mereceu destaque foi a modulação de efeitos efetuada pela Corte Constitucional.

O Tribunal Constitucional declarou a inconstitucionalidade com efeitos *erga omnes* com fulcro na violação ao princípio da igualdade e sob a premissa de interesse público de excepcional relevo limitou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade com base no n.º 2 do art. 282 da CRP, conservando os efeitos inconstitucionais advindos da norma, bem como os efeitos prospectivos até o final do mesmo ano. Ora para Carlos Blanco de Moraes “a declaração de inconstitucionalidade operou, desta forma, como uma decisão de acolhimento fictício, associada a uma advertência para que, no próximo orçamento, não se repita a solução que adotou para o ano de 2012”. No pensamento do autor o Tribunal Constitucional Português proferiu uma sentença nitidamente manipulativa que permitiu que uma norma inconstitucional com efeito *erga omnes* produzisse efeitos futuros até o final do ano de 2012.²²

Para o jurista português²³ não houve subsunção ao n.º 2 do art. 282 da CRP, a Corte Constitucional praticou um exercício de criação de um precedente jurisprudencial incerto e impreciso, verdadeira alteração constitucional por meio da via jurisprudencial:

²⁰ Cf. n.º 4 do art.º 63.º da CRP.

²¹ MORAIS, Carlos Blanco. As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de um Acórdão controverso. **JURISMAT**, Portimão, n.º 3, 2013, p. 56-57.

²² MORAIS, Carlos Blanco. As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de um Acórdão controverso. **JURISMAT**, Portimão, n.º 3, 2013, p. 58.

²³ MORAIS, Carlos Blanco. As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de um Acórdão controverso. **JURISMAT**, Portimão, n.º 3, 2013, p. 59-61.

Quatro razões fundamentais de ordem jurídica e constitucional tornam insubsistente essa componente manipulativa dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 353/2012.

Em primeiro lugar, a norma constante do n.º 4 do art.º 282.º da CRP delimita à partida o espectro temporal do alcance da eficácia jurídica da decisão de inconstitucionalidade. No caso de inconstitucionalidade originária, à qual se reporta a situação em análise, a mencionada norma, quando determina que o Tribunal Constitucional possa fixar efeitos da declaração e inconstitucionalidade com alcance mais restrito do que o previsto no disposto no n.º 1 do artigo, projeta-se exclusivamente sobre efeitos da declaração de inconstitucionalidade previstos neste preceito, ou seja: a declaração, desde a data da sua publicação (alínea g) do n.º 1 do art.º 119.º da CRP), produz efeitos retroativos de carácter repressivo (que envolvem a eliminação de consequências jurídicas póstumas produzidas pela norma inválida até à entrada em vigor desta última, eliminando os seus atos de aplicação, salvo os casos transitados em julgado e, segundo alguns, os atos administrativos inimpugnáveis). Isto significa que o Tribunal pode apenas conferir à sua decisão de inconstitucionalidade eficácia “*ex nunc*” preservando atos passados inconstitucionais.

Nestes exatos termos, encontra-se coberta pela Constituição, a salvaguarda do ato inconstitucional passado de suspensão do 13.º mês, determinada pelo Ac. n.º 353/2012.

Contudo, da conjugação dos dois preceitos mencionados não resulta a possibilidade de o Tribunal salvaguardar a aplicação da norma inconstitucional para o futuro, pois o n.º 1 do art.º 282.º da CRP convocado pelo n.º 4 do mesmo artigo só alude a efeitos passados, não havendo cobertura constitucional para a decisão que foi tomada no aresto em exame.⁵

Em segundo lugar, no plano lógico e dogmático, a maioria da doutrina converge no sentido de considerar nula, a norma declarada inconstitucional com eficácia “*erga omnes*”⁶. Ora, uma norma nula, depois de publicada a declaração da nulidade, é expulsa do ordenamento jurídico e não pode produzir qualquer efeito. Assim sendo, como permitir que uma norma nula se aplique transitoriamente no futuro como se fosse válida, depois de ter deixado de permanecer na ordem jurídica? Gilmar Mendes foi a este propósito cuidadoso ao afirmar que no Brasil, quando se permite a continuidade da produção dos efeitos da norma inconstitucional para o futuro, não se pode falar em nulidade.⁷

Em terceiro lugar, o Tribunal não fundamentou a sua decisão no sentido da manutenção dos efeitos da norma inválida para o futuro nem invocou um dos poucos autores (Rui Medeiros) que sustenta esse entendimento (ou sustentava, pois veio recentemente, numa entrevista a um jornal a propósito deste caso, rever a sua posição anterior). O Tribunal, ao decidir deste modo, demonstrou ter escassa memória da sua própria jurisprudência pois não convocou o expediente que antes usara (Ac. n.º 866/96-Lei da Caça), inspirado na prática jurisprudencial italiana,⁸ no sentido de declarar no próprio Acórdão que, por razões presas ao n.º 4 do art.º 282.º da CRP, salvaguardava efeitos passados e retinha a publicação da decisão durante um determinado período de tempo, dando espaço ao legislador para intervir, já que é apenas a partir do momento dessa publicação, não sujeita a prazo, que a decisão produz os seus efeitos. Pese o carácter malabar deste expediente, ele não contrariaria a Constituição ou a lei e permitiria um efeito análogo ao diferimento da eficácia da norma julgada inconstitucional para data futura. (grifo nosso)

Carlos Blanco de Moraes avalia que essas decisões manipulativas corriqueiras em ordenamentos jurídicos distintos e que provocam inovações legislativas em Portugal apresentam constitucionalidade questionável²⁴.

²⁴ MORAIS, Carlos Blanco. **Justiça Constitucional**. Tomo II. 2. ed. Lisboa: Coimbra Editora, 2011. p. 262.

No aspecto da modulação verifica-se de pronto a semelhança com o sistema jurídico brasileiro no que atine a segurança jurídica, todavia o sistema constitucional português denota maior amplitude ao estabelecer a equidade como apta a justificar a modulação.

De fato ao avaliar a Constituição Portuguesa, no que toca as decisões manipulativas, Canotilho conclui que a modificação pelo Tribunal Constitucional dos efeitos das sentenças que declaram a inconstitucionalidade ascendem a oportunidade de exercício de poderes que tendem a ser normativos²⁵.

Em Portugal a atribuição de efeitos prospectivos na declaração de inconstitucionalidade da norma tributária está sendo feita de modo reiterado, tanto é que o primeiro acórdão que fez uso do instituto tratou de matéria desta natureza. O acórdão 24/83 do Tribunal Constitucional de Portugal entendeu pela inadequação ao texto constitucional quanto às taxas moderadoras sobre consumo de medicamentos, entretanto a decisão só teria efeitos após a publicação da decisão com o intuito de evitar a perturbação financeira e o bom funcionamento dos serviços²⁶.

Como se observa a responsabilidade interpretativa dos membros das Cortes Constitucionais é dantesca e traz consequências jurídicas incomensuráveis, colocando em discussão a própria supremacia constitucional, a separação de poderes e quiçá trazendo a baila discussões que envolvem o poder criador dos tribunais constitucionais com base interpretativa e, portanto, o ativismo judicial.

4 A MODULAÇÃO DE EFEITOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

No direito brasileiro a modulação de efeitos segue prevista no art. 27²⁷ da Lei n. 9868/1999 que estabelece como condições razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social, somados a maioria de 2/3 dos componentes do Superior Tribunal Federal.

²⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1017.

²⁶ MARCÍLIO, Carlos Flávio Venâncio. **Limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade**: repercussão para os contribuintes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2010. p. 172.

²⁷ BRASIL. Lei n°. 9868 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 22 maio 2017.

A corte constitucional brasileira, de fato, já praticava a imputação de efeitos prospectivos sendo o dispositivo legal um balizador que endureceu o regime de atribuição de efeitos. De certa feita notou-se uma ressalva a recursos que o Supremo Tribunal Federal já tinha o costume de empregar em seus julgados²⁸.

A certeza e a estabilidade são noções indispensáveis para a compreensão do conceito de segurança jurídica. Ao se avaliar a certeza depreende-se pelo imperativo de conhecimento quanto à norma jurídica a ser aplicada, bem como quanto à previsibilidade das implicações atreladas a ocorrência da hipótese normativa. No que se refere à estabilidade verifica-se a imprescindibilidade do ordenamento jurídico manifestar continuidade ao decorrer do tempo, sem alterações injustificadas ou previstas. Sendo assim, frente a cogente precisão de alteração das normas, atos já praticados devem ser resguardados²⁹.

A natureza da segurança jurídica assume caráter principiológico. Trata-se de norma-princípio implícita, o que na lição de Carlos Alberto Navarro Perez³⁰ não afeta a sua validade jurídica ou a sua aplicabilidade. Ademais tem escora e se desdobra do princípio do Estado de Direito previsto no art. 1º da Carta Magna brasileira.

Carlos Alberto Navarro Perez³¹ discorre:

Sob o aspecto da proteção da confiança alguns doutrinadores sustentam que a segurança jurídica não poderia ser invocada em favor do Estado. **Com efeito, como responsável pela edição de atos normativos e prática dos atos de aplicação, com base nos quais os indivíduos depositam a expectativa, seria inviável logicamente a frustração da confiança com base em comportamento próprio.** Segundo esta concepção, a frustração e a confiança pressuporiam ato alheio, de terceiro, estranho à esfera subjetiva de confiança.[grifo nosso]

Ana Paula Ávila é contundente ao concluir que o Estado não pode valer-se da segurança jurídica para beneficiar-se dos efeitos da modulação. Justifica que há necessidade de prevalência dos direitos fundamentais e a segurança jurídica constitui um direito fundamental oponível ao

²⁸ ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade:** ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a constituição do art. 27 da Lei nº 9868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 57.

²⁹ PEREZ, Carlos Alberto Navarro. **Declaração de inconstitucionalidade:** a modulação dos efeitos temporais. Teoria Constitucional e aplicação. Curitiba: Juruá, 2014. p. 253-254.

³⁰ PEREZ, Carlos Alberto Navarro. **Declaração de inconstitucionalidade:** a modulação dos efeitos temporais. Teoria Constitucional e aplicação. Curitiba: Juruá, 2014. p. 254-255.

³¹ PEREZ, Carlos Alberto Navarro. **Declaração de inconstitucionalidade:** a modulação dos efeitos temporais. Teoria Constitucional e aplicação. Curitiba: Juruá, 2014. p. 263.

Estado. Acrescenta que não se poderia permitir que o autor de um ato inválido pudesse obter proveito próprio, tudo em atenção ao princípio da boa fé e da proteção da confiança que complementa a noção de segurança jurídica³².

Nada obstante em situações excepcionais José Carlos Francisco aceita a modulação em favor de pessoas jurídicas de direito público incluindo até mesmo seu perfil subjetivo³³.

A atribuição de efeitos prospectivos em favor do próprio Estado seria aceitável ainda na ocasião em que houvesse a inversão da jurisprudência consolidada acerca da constitucionalidade de lei ou qualquer outro ato normativo já repetidamente aplicado³⁴.

Posto isso, em matéria tributária, é notório que o argumento mais utilizado para justificar a modulação de efeitos é o que tem espeque na segurança jurídica seja ele pró-contribuinte ou pró-estado. Não se pode olvidar que a justificativa está fundamentalmente no fato de que se trata de um conceito com escore constitucional. Em uma segunda análise é conceito que permite maior lastro interpretativo e a doutrina reflete essa constatação.

Neste lance convém apontar duas situações com implicação mais presente no controle de constitucionalidade da norma tributária que a doutrina tem aceito para justificar a modulação de efeitos com fulcro na segurança jurídica. A primeira é a modificação da jurisprudência firmada que compreendia como constitucional lei declarada posteriormente inconstitucional e a segunda ocorre quando a declaração de inconstitucionalidade leva a um regime jurídico tributário mais severo e desvantajoso para o contribuinte. Em verdade decisões que impliquem em majoração da base de cálculos ou alíquotas, afastamento de benefícios fiscais, entre outros³⁵.

O legislador optou pela escolha do termo excepcional interesse *social*, sendo conceito vinculado as pretensões da sociedade e não da administração ou do Estado.³⁶

³² ÁVILA, Ana Paula. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**: Ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p.151-152.

³³ FRANCISCO, José Carlos. IN: PEREZ, Carlos Alberto Navarro. **Declaração de inconstitucionalidade**: a modulação dos efeitos temporais. Teoria Constitucional e aplicação. Curitiba: Juruá, 2014. p. 264.

³⁴ PEREZ, Carlos Alberto Navarro. **Declaração de inconstitucionalidade**: a modulação dos efeitos temporais. Teoria Constitucional e aplicação. Curitiba: Juruá, 2014. p. 265.

³⁵ PEREZ, Carlos Alberto Navarro. **Declaração de inconstitucionalidade**: a modulação dos efeitos temporais. Teoria Constitucional e aplicação. Curitiba: Juruá, 2014. p. 268/276.

³⁶ ÁVILA, Ana Paula. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**: Ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 164-166.

O legislador poderia ter feito uso da expressão excepcional interesse público, mas assim não o fez, o que demonstra o apreço pelos interesses e aspirações da coletividade como um todo e não pela prevalência pura e simples do interesse e, consequentemente, poder estatal.

A manifesta ausência conceitual da expressão excepcional interesse social na doutrina e sua não aparição no texto constitucional em referência ao controle de constitucionalidade exige maior responsabilidade e rigor quanto à argumentação empregada por ocasião da atribuição de efeitos prospectivos na declaração de inconstitucionalidade da norma tributária sob este fundamento.

A Constituição Federal de 1988 se refere a interesse social em seu artigo 184, entretanto aborda a justificativa para desapropriação para fins de reforma agrária. A expressão interesse social teve origem no Brasil na área das desapropriações e é nessa matéria que a jurisprudência costuma empregar-lhe³⁷.

A expressão *excepcional interesse social* atrelada ao controle de constitucionalidade teve sua aparição no art. 27 da Lei nº 9868/1999, tendo os doutrinadores pouco escrito sobre tal conceito. Não se pode olvidar que certamente seu surgimento teve como parâmetro e influência o Direito Português, considerando que o art. 282, nº4 da Constituição Portuguesa de 1976 fez uso de expressão semelhante, interesse público de excepcional relevo³⁸.

Neste passo, o texto constitucional português dispôs ao tratar dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade:

Artigo 282.º

Efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade

1. A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado.
2. Tratando-se, porém, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infracção de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última.
3. Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido.

³⁷ ÁVILA, Ana Paula. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**: Ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 163.

³⁸ ÁVILA, Ana Paula. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**: Ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 164.

4. Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n.os 1 e 2.(grifo nosso)³⁹

Carlos Alberto Navarro Perez faz alusão ao conceito de excepcional interesse social como análogo ao conceito de interesse público e argumenta pela existência de uma aproximação conceitual fundamentada em exposições de autores como Cândido Rangel Dinamarco e Rodolfo de Camargo Mancuso⁴⁰

O autor supracitado justifica então o conceito de interesse público em sentido amplo excluindo os interesses sem respaldo no ordenamento jurídico e em contrassenso ao direito positivo. Desse modo interesses exclusivamente do Estado, secundários e não fundados no ordenamento jurídico não constituiriam interesse público e não se adequariam a expressão criada pela lei e apta a justificar a modulação temporal. Os interesses exclusivamente estatais que não se acomodam aos interesses da coletividade como um todo e que não tem previsão jurídica não são passíveis de justificar a modulação⁴¹.

A doutrina aponta algumas situações em que se tem permitido a utilização da justificativa do excepcional interesse público para modular. A primeira e, certamente, a mais controvertida é o desequilíbrio orçamentário severo em situações adversas e extremadas em que a restituição tributária implicará no colapso financeiro do Estado. Outra circunstância é para se proteger a continuidade da prestação de serviços públicos; para preservar a livre concorrência e o mercado nacional e, por fim como impedimento ao caos administrativo, legislativo ou judicial⁴².

No que se relaciona à matéria tributária a questão mais controvertida é a que envolve a quebra financeira do Estado, uma vez que essa justificativa se confunde com as controvertidas razões de ordem financeira ou econômica para justificar a modulação.

³⁹ Constituição da República Portuguesa. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 12 de março de 2017.

⁴⁰ PEREZ, Carlos Alberto Navarro. **Declaração de inconstitucionalidade:** a modulação dos efeitos temporais – teoria constitucional e aplicação. Curitiba: Juruá, 2014.p. 280-281.

⁴¹ PEREZ, Carlos Alberto Navarro. **Declaração de inconstitucionalidade:** a modulação dos efeitos temporais – teoria constitucional e aplicação. Curitiba: Juruá, 2014.p. 288-289.

⁴² PEREZ, Carlos Alberto Navarro. **Declaração de inconstitucionalidade:** a modulação dos efeitos temporais – teoria constitucional e aplicação. Curitiba: Juruá, 2014.p. 292.

A ausência de presciência constitucional do termo excepcional interesse social permite-se que se discuta a constitucionalidade da modulação com fulcro neste fundamento, o que não ocorre com a segurança jurídica que tem amplo respaldo constitucional. Por outro enfoque a ausência de previsão confronta com a própria noção de segurança jurídica, uma vez que dela decorre a requisição de mecanismos que dispensem previsibilidade e certeza a ordem jurídica⁴³.

Certo é que a intenção do legislador ao disciplinar a modulação foi a edificação de um mecanismo de moderação para se evitar a manutenção de decisões ainda mais em contrasenso ao texto constitucional.

5 ANÁLISE COMPARADA DA MODULAÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO LUSITANO E NO BRASILEIRO

A Constituição Portuguesa de 1933 já definia uma possibilidade de deliberação quanto aos efeitos da inconstitucionalidade. Nada obstante, os moldes em muito dissentiam do texto em vigor atualmente. Por ocasião da vigência da supramencionada constituição a faculdade competia à Assembleia Nacional (por derradeiro Art. 123, §2º) e não ao Tribunal Constitucional Português; a estipulação dos efeitos era limitada à inconstitucionalidade orgânica e formal e não a todo tipo de inconstitucionalidade; o alcance parecia indeterminável, sendo hodiernamente mais restrito e, por fim, os efeitos cominados eram incondicionados, o que não se observa no texto constitucional atual⁴⁴.

Para o jurista Português Jorge Miranda a deliberação com fulcro no art. 282.º, n.º4 deve atender a um princípio de proporcionalidade em suas vertentes de necessidade, adequação e racionalidade⁴⁵.

⁴³ ÁVILA, Ana Paula. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**: Ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 166.

⁴⁴ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**: inconstitucionalidade e garantia da constituição. 3.ed. Coimbra: Coimbra, 2008. p. 298-299.

⁴⁵ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**: inconstitucionalidade e garantia da constituição. 3.ed. Coimbra: Coimbra, 2008. p. 301.

A proporcionalidade tem obtido ultimamente um reconhecimento internacional cada vez mais expressivo na prática e na teoria da jurisdição constitucional. Os Estados Unidos da América, do mesmo modo, têm se interessado pela proporcionalidade, o que é uma tendência universal⁴⁶.

Robert Alexy ao discorrer acerca da proporcionalidade revela a necessidade do emprego da ponderação em casos de colisão de princípios. Destaca suas máximas de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Em sua ótica “a ponderação é o objeto da terceira máxima da proporcionalidade, a saber, a máxima da proporcionalidade em sentido estrito”⁴⁷.

A proporcionalidade em sentido estrito se assemelha a uma regra que pode receber segundo o jurista alemão o nome de lei da ponderação “Quanto maior o grau de não cumprimento ou de restrição de um princípio, maior deve ser a importância do cumprimento do outro”⁴⁸.

A modulação de efeitos no controle de constitucionalidade imporá as cortes constitucionais a utilização do princípio da proporcionalidade e suas máximas, bem como da ponderação no exercício do controle de constitucionalidade e defesa das constituições.

No Brasil a modulação de efeitos só foi positivada com o art. 27 da Lei nº. 9868/1999, todavia o Supremo Tribunal Federal já costumava atribuir efeitos prospectivos em suas decisões. O dispositivo legal trouxe requisitos específicos, ainda que o conceito de excepcional interesse social seja carregado de certa imprecisão.

O sistema jurídico português, quanto à atribuição de efeitos prospectivos serviu igualmente de parâmetro e inspiração para o direito brasileiro. De certo, o modelo lusitano demonstra maiores possibilidades, uma vez que, além de segurança jurídica e interesse público de excepcional relevo tem como requisito a equidade. Tratam-se, igualmente de conceitos indeterminados, mas a jurisprudência tem cumprido seu papel elucidador, ainda que provoque discussões doutrinárias.

No que tangencia ao poder geral de cautela de forma distinta do arquétipo brasileiro, o regime português não o prevê. Deste feita, o Tribunal Constitucional Português não detém a

⁴⁶ ALEXY, Robert. **The fundamental Rights in the World: Their Absolute and their Relative Dimension**. Aula Magna. V Semana Acadêmica de Direito. Direitos Fundamentais e Argumentação Jurídica. Universidade Católica de Brasília. 25 maio 2017.

⁴⁷ ALEXY, Robert. **Princípios formais**: e outros aspectos da teoria discursiva do Direito. Organização Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, Azis Tuffi Saliba e Mônica Sette Lopes. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 5-6.

⁴⁸ ALEXY, Robert. **A theory of constitutional rights**. Julian Rivers. (trad.). Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 102.

prerrogativa de deliberar de forma cautelar com o intuito de interromper efeitos jurídicos de norma com inconstitucionalidade apontada no processo. Em verdade, a Corte constitucional portuguesa no acórdão de nº. 151/85 de 31 de dezembro de 1985 já decidiu ser pela impossibilidade de apreciação da inconstitucionalidade em processo cautelar⁴⁹.

Em contrapartida no Brasil os artigos 10 e 11 da Lei 9868/1999 dispõem acerca da medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade estabelecendo as condições e efeitos. Cumpre trazer a reflexão o que disciplina o art. 11, 1º, da Lei nº. 9.868/99 que prevê a eficácia contra todos e a atribuição de efeitos *ex nunc*, ou seja, prospectivos, salvo se o tribunal lhe conceder a eficácia retroativa nos casos em que houver o deferimento da cautelar.

Segue o texto legal:

Art. 11. Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União e do Diário da Justiça da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo solicitar as informações à autoridade da qual tiver emanado o ato, observando-se, no que couber, o procedimento estabelecido na Seção I deste Capítulo.

§ 1º A medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeito *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa. (grifo nosso)

Ora aos ministros do Supremo Tribunal Federal cabe decidir e optar pela atribuição de efeitos retroativos na decisão cautelar. Trata-se de opção pela modulação ao reverso que manifestamente apresenta um caráter pedagógico que evita coibir ações contrárias ao texto constitucional.

Na ADI 4628/DF⁵⁰ de relatoria do Min. Luiz Fux e que teve como data de julgamento 17/09/2014 o caso em exame consistiu em ação direta de inconstitucionalidade com rogativa liminar ajuizada pela Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo (CNC) em face do Protocolo ICMS nº. 21 do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ). A normativa dispõe acerca da tributação por ICMS de operações entre os Estados em que o

⁴⁹ SANTIAGO, Marta Cristina Jesus. A harmonia do controle de constitucionalidade misto português: o recurso obrigatório do Ministério Público e o Processo de Generalização. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, n. 14, abril/maio/junho de 2008, Salvador – Bahia – Brasil – ISSN 1981-187X. p. 8.

⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4628/DF**. Relator: Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2014. Processo eletrônico DJe – 230. Publicação em 24/11/2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000254292&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

consumidor final adquire mercadoria ou bem de maneira não presencial por intermédio da internet, telemarketing ou showroom.

O protocolo em sua cláusula primeira estabelece a exigência a favor do estado de destino da mercadoria ou bem da parcela de ICMS devida na operação interestadual em que o consumidor final adquire-as de modo não presencial por meio das modalidades supramencionadas.

Pleiteou-se a suspensão cautelar do protocolo com fulcro na ofensa a diversos dispositivos constitucionais, quais sejam: art. 155, § 2º, inciso VII, alínea b, da CRFB/88, o preceito dispõe acerca da adoção de alíquota interna na hipótese de o destinatário não ser contribuinte do ICMS, sendo o tributo devido ao estado de origem, além de implicar bitributação, uma vez que os signatários do protocolo invadiriam competência própria dos estados de origem da mercadoria ou bem; art. 150, inciso IV, da CF/88, caracterizada pela utilização do tributo com efeito confiscatório, uma vez que a dupla aplicação do tributo, na origem e no destino, quando o destinatário não for contribuinte implicariam acréscimo grave e insuportável nos casos envolvendo pequenos e médios empresários, o que poderia até mesmo ocasionar o encerramento de suas atividades; art. 150, inciso V, da CF/88, posto que a exigência imposta no protocolo importa manifesto obstáculo ao tráfego de pessoas e bens entre os Estados; art. 150, § 7º, da CF/88, haja vista que ao estabelecer que o estabelecimento remetente será o responsável pela retenção e recolhimento do ICMS em favor do estado destinatário institui-se a substituição tributária para frente, o que somente poderia ser feito por meio de lei complementar, conforme o art. 155, § 2º, XII, alínea b, da CF/88.

Fundamentou-se pela presença do *fumus boni iuris* frente a violação aos dispositivos constitucionais e do *periculum in mora* face a probabilidade concreta de retenção das mercadorias em barreiras fiscais argumentando-se pelo deferimento da liminar.

A Advocacia-Geral da União e o Ministério Público Federal manifestaram-se pelo deferimento da medida cautelar que de fato ocorreu em 19 de fevereiro de 2014.

No que toca a concessão da medida cautelar o relator entendeu pela necessidade de tratamento diverso a regra geral determinando efeitos *ex tunc*. Fundamentou a modulação no art. 27 do mencionado diploma legal em virtude de razões de segurança jurídica e excepcional interesse social. Argumentou pela imperiosa ponderação entre os efeitos produzidos pela norma declarada inconstitucional, no caso em análise o Protocolo ICMS Nº. 21/2011, e os valores abarcados pelas normas constitucionais afrontadas, art. 155, VII, alínea b, art. 150, IV e V e art. 150, § 7º.

A esse respeito o relator arguiu que a modulação deve deter uma espécie de extensão pedagógica, com o intuito de restringir práticas inconstitucionais advindas dos órgãos estatais em todos os domínios da federação. Restou claro que para o ministro que a modulação deve obstar e não instigar atos normativos inconstitucionais deve-se transmitir a mensagem de que além de inválidos, não compensam.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em Portugal, assim como no Brasil a atribuição de efeitos prospectivos em matéria tributária tem sido feita de modo reiterado. No Brasil o argumento fundado na segurança jurídica tem sido referência com frequência como se nota da ADI 4481/PR⁵¹. Este julgado declarou inconstitucional lei estadual que instituiu benefícios fiscais relativos ao ICMS havendo ofensa ao art. 155, § 2º, XII, g, da CF/88, uma vez que havia ausência de convênio estadual prévio. No caso em apreço a modulação ocorreu *pro contribuinte* com fulcro em razões de segurança jurídica e boa fé.

Em verdade, a modulação é medida extraordinária que quando tomada leva a implicações impactantes para ambas as partes envolvidas na relação jurídica e tributária. A modulação é realidade presente nas decisões do Supremo Tribunal Federal e ainda que sua previsão legal se refira tão somente a ação declaratória de inconstitucionalidade a Corte vem admitindo sua prevalência pela via incidental nos recursos extraordinários com repercussão geral.

O Tribunal Constitucional Português tem enfrentado duras críticas ao aplicar a modulação e Carlos Blanco de Moraes, não raras vezes, demonstra preocupação com o que, reitere-se, denomina de mutações constitucionais implícitas. O mesmo raciocínio como já visto é presente no pensamento de Canotilho.

De modo geral o STF tem aplicado o instituto em conformidade com os ditames legais, entretanto ao se tratar de modulação em qualquer sistema de controle de constitucionalidade conclui-se pela grandiosa responsabilidade no exercício da interpretação pelos membros das cortes

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4481/PR**. Relator: Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 11/03/2015. Processo eletrônico DJe – 092. Publicação em 19/05/2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000271618&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 26 jun. 2016.

constitucionais, de modo que, utilizando-se de princípios como o da proporcionalidade e da ponderação apliquem o melhor direito ao caso concreto resguardando o texto constitucional de maiores avarias interpretativas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **The fundamental Rights in the World: Their Absolute and their Relative Dimension**. Aula Magna. V Semana Acadêmica de Direito. Direitos Fundamentais e Argumentação Jurídica. Universidade Católica de Brasília. 25 maio 2017.

ALEXY, Robert. **A theory of constitutional rights**. Julian Rivers. (trad.). Oxford: Oxford University Press, 2002.

ALEXY, Robert. **Princípios formais: e outros aspectos da teoria discursiva do Direito**. Organização Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, Azis Tuffi Saliba e Mônica Sette Lopes. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ÁVILA, Ana Paula. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**: Ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ANCEL, Marc. Utilidade e métodos do Direito Comparado. (S. J. Porto, Trad.) Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1980.

BEZERRA, José Antônio Lira. **Das decisões manipulativas do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária**. 2012. 136 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4481/PR**. Relator: Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 11/03/2015. Processo eletrônico DJe – 092. Publicação em 19/05/2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000271618&base=baseAcordaos> >. Acesso em: 26 jun. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4628/DF**. Relator: Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2014. Processo eletrônico DJe – 230. Publicação em 24/11/2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000254292&base=baseAcordaos> >. Acesso em: 10 jun. 2016.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARDOSO, Gustavo Vitorino. **O direito comparado na jurisdição constitucional**. Rev. Direito GV, v.6, n.2, São Paulo, dez 2010.

Constituição da República Portuguesa. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx> >. Acesso em: 12 de março de 2017.

FRANCISCO, José Carlos. IN: PEREZ, Carlos Alberto Navarro. **Declaração de inconstitucionalidade**: a modulação dos efeitos temporais. Teoria Constitucional e aplicação. Curitiba: Juruá, 2014.

GUERRA, Rosa Maria Fernandes. O sistema português de fiscalização concreta da constitucionalidade: um estudo para a sua avaliação. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**. Belo Horizonte. n. 26. maio/ago. 2015.

HABERLE, Peter. **El estado constitucional**. Tradução de Hector Fix-Fierro. México: Universidade Nacional Autónoma de México, 2003.

MARCÍLIO, Carlos Flávio Venâncio. **Limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade**: repercussão para os contribuintes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2010.

MEDEIROS, Orione Dantas de. **Direito Constitucional Comparado**: breves aspectos epistemológicos. Disponível em: <
<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198727/000901857.pdf?sequence=1>>.
 Acesso em 19 de março de 2017.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**: inconstitucionalidade e garantia da constituição. 3.ed. Coimbra: Coimbra, 2008.

MIRANDA, Jorge. Sobre o direito constitucional comparado. **Revista de Direito Constitucional e internacional**. São Paulo: RT-IBDC, v.55, p. 243-260, abr./jun. 2006.

MORAIS, Carlos Blanco. As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de um Acórdão controverso. **JURISMAT**, Portimão, n.º 3, 2013.

MORAIS, Carlos Blanco. **Justiça Constitucional**. Tomo II. 2. ed. Lisboa: Coimbra Editora, 2011.

ORRÚ, Romano. La giustizia costituzionale e il paradigma comparato: l'esperienza portoghese. In: FERRARI, Giuseppe Franco; GAMBARO, Antonio (Orgs.). **Corti nazionali e comparazione giuridica**. Roma: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006.

PEREZ, Carlos Alberto Navarro. **Declaração de inconstitucionalidade**: a modulação dos efeitos temporais. Teoria Constitucional e aplicação. Curitiba: Juruá, 2014.

SANTIAGO, Marta Cristina Jesus. A harmonia do controle de constitucionalidade misto português: o recurso obrigatório do Ministério Público e o Processo de Generalização. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, n. 14, abril/maio/junho de 2008, Salvador – Bahia – Brasil – ISSN 1981-187X.