

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO

Mirela Machado Salvi

**A MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS NO CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE**

Porto Alegre

2016

MIRELA MACHADO SALVI

**A MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS NO CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, sob orientação da Professora Doutora Vivian Josete Pantaleão Caminha, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Porto Alegre

2016

MIRELA MACHADO SALVI

**A MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS NO CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, sob orientação da Professora Doutora Vivian Josete Pantaleão Caminha, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovado em: ____ de _____ de 2016.

BANCA EXAMINADORA:

Professora Doutora Vivian Josete Pantaleão Caminha
Orientadora

Professor

Professor

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus familiares, em especial aos meus pais Elisete e João, pelo incentivo e motivação que me foi dado em todas as jornadas que empreendi, inclusive nesta. Também devo agradecer a meu irmão, Maurício, por me servir de inspiração ao cursar graduação e mestrado também na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, e a João, meu mais fiel companheiro, pela paciência e auxílio nos momentos mais difíceis.

Imprescindível prestar meus agradecimentos aos amigos, antigos e recentes, que comigo vivenciaram as alegrias e aflições experienciadas durante o curso de graduação e em tantas outras oportunidades.

Agradeço a Professora Vivian Caminha, orientadora desta monografia, por ter aceitado acompanhar-me nesta pesquisa e pelo afincamento com que norteou a realização deste trabalho. Ainda, devo-lhe gratidão por ter despertado, em mim e em tantos colegas, o interesse pelo Direito Constitucional. Como diria Paulo Freire, ensinar não é apenas transferir conhecimento, mas criar as possibilidades para a sua própria construção. Outrossim, estendo este agradecimento a todos os professores da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, assim como aos mestres de outras instituições de ensino pelas quais passei, que insistem em instigar os alunos na busca pelo saber.

Apreço e gratidão também devo aos servidores e magistrados que contribuíram ao meu aprendizado nos estágios desempenhados junto à 4ª Vara Federal de Porto Alegre e ao Gabinete do Desembargador Ricardo Teixeira do Valle Pereira, no Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Por fim, agradeço aos brasileiros que financiaram minha formação jurídica, oportunizando-me o estudo em uma universidade pública de qualidade.

RESUMO

A modulação dos efeitos temporais é mecanismo que permite ao tribunal restringir a eficácia da sua decisão de inconstitucionalidade, a qual será eficaz a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento fixado. O art. 27 da Lei nº 9.868/99 trouxe expressamente esta possibilidade, desde que haja razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, assim como maioria de dois terços dos membros da corte. Assim, o ordenamento jurídico excepcionou a teoria da nulidade do ato inconstitucional, tradicionalmente adotada no Brasil, para nos aproximar da teoria da anulabilidade. Diante disso, a modulação foi objeto de várias discussões entre os especialistas do Direito Constitucional, que se questionaram a respeito da constitucionalidade, legitimidade, abrangência e modo de aplicabilidade desta norma. Dessa forma, neste trabalho, procuramos analisar a modulação dos efeitos temporais. Para tanto, contextualizamos-la historicamente no controle de constitucionalidade judicial brasileiro e estudamos ambas as teorias da nulidade e da anulabilidade. Em seguida, pesquisamos os seus fundamentos, origens e requisitos impostos pelo legislador, bem como o seu uso pelo STF no controle concentrado de constitucionalidade. Por fim, expusemos algumas hipóteses acerca da sua utilização no modelo difuso e debruçamo-nos, novamente, às decisões do STF. A cumprir este propósito, foram necessárias pesquisas na jurisprudência e nas lições doutrinárias. Ao final, chegamos à conclusão de que a modulação dos efeitos temporais é técnica legítima, porquanto é decorrência dos princípios constitucionais. Portanto, não faz sentido a restrição da sua aplicação ao modelo concentrado de controle de constitucionalidade, se os requisitos impostos pelo legislador tenham sido preenchidos no sistema difuso.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Controle de constitucionalidade. Modulação dos efeitos. Decisão de inconstitucionalidade. Art. 27 da Lei nº 9.868/99.

ABSTRACT

The timing effects modulation is a mechanism that allows a court to restrict the effectiveness of its unconstitutionality decision, which will be effective only after it becomes unappealable or after other moment chosen. The article n. 27 of the Law n. 9.868/99 brought expressly this possibility, if there are reasons of legal security or exceptional social interest, even as a two-thirds majority of the court. Thus, the legal system opened an exception to the nullity theory, traditionally adopted in Brazil, bringing us closer to the annullability theory. Thereat, the modulation was object of several discussions among the Constitutional Law specialists, that ask themselves about the constitutionality, legitimacy, purview and applicability of this rule. Therefore, in this work, we sought to analyze the timing effects modulation. For that, we contextualized it historically in the Brazilian judicial review of constitutionality and we studied both nullity and annullability theories. Following that, we researched its fundamentals, sources and requirements that were imposed by the legislator, as well as its adhibition by the Federal Supreme Court in the concentrated judicial review. Lastly, we presented some hypothesis about its use in the diffused judicial review, remarking again some precedents of the Federal Supreme Court. In order to accomplish that purpose, were necessary researches in the jurisprudence and in the doctrinaire lessons. At the end, we came to the conclusion that the timing effects modulation is a legitimate technique, since it is an outcome of the constitutional principles. Accordingly, there is no reason to restrain its application to the concentrated judicial review, if the requirements established by the legislator were met in the diffused system.

Key-words: Constitutional Law. Judicial review. Effects modulation. Unconstitutionality decision. Law n. 9.868/98, article n. 27.

SIGLAS E ABREVIATURAS

§ - Parágrafo

§§ - Parágrafos

AgRg – Agravo Regimental

Art. – Artigo

Arts. – Artigos

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CPC – Código de Processo Civil

FGTS – Fundo de Garantia do Tempo de Serviço

HC – *Habeas Corpus*

Ibidem – Do mesmo autor, na mesma obra

Idem – Do mesmo autor, em outra obra.

Nº - Número

MS – Mandado de Segurança

P. – Página

RE – Recurso Extraordinário

REsp – Recurso Especial

RISF – Regimento Interno do Senado Federal

RISTF – Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TST – Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
1. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE JUDICIAL NO BRASIL.....	12
1.1. Os sistemas de controle de constitucionalidade concentrado e difuso.....	12
1.2. Os efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade sob a ótica das teorias da nulidade e da anulabilidade.....	29
2. A MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DA DECISÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE.....	45
2.1. A modulação dos efeitos no controle concentrado de constitucionalidade.....	45
2.2. A modulação dos efeitos no controle difuso de constitucionalidade.....	59
CONCLUSÃO.....	75
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	78

INTRODUÇÃO

O controle de constitucionalidade é tema de grande relevância no âmbito do Direito, especialmente do Direito Constitucional, porquanto serve de instrumento à manutenção da superioridade da constituição, em especial àquelas rígidas, em um ordenamento jurídico. É a partir deste mecanismo que se repele o ato normativo que confronta as disposições constitucionais, garantindo-se, dessa maneira, que a constituição sirva de norte ao sistema normativo como um todo.

A história constitucional brasileira demonstra que nosso país foi influenciado por mais de uma fonte de direito comparado, reunindo teorias que, em alguns aspectos, são muito distintas e até contrapostas. Em um primeiro momento, o Constituinte brasileiro voltou sua atenção ao direito norte-americano, onde se firmou um controle de constitucionalidade realizado de modo incidental, em qualquer causa submetida ao Poder Judiciário, em todos os seus níveis. Naquela ordem jurídica, entendeu-se que a norma inconstitucional era nula desde a sua origem, sob o argumento de que é inadmissível que um ato inconstitucional produza efeitos válidos. Desse modo, a decisão de inconstitucionalidade é declaratória e tem eficácia retroativa.

Em contrapartida, aos poucos, a Constituição brasileira passou a introduzir novas técnicas típicas do direito austríaco. Na Áustria, o controle de constitucionalidade é exercido de maneira abstrata, apartado de qualquer caso concreto, e concentrada, isto é, por uma corte constitucional competente, quando esta for impulsionada por pessoa ou órgão especialmente legitimado. Como se presume legítima a lei até que a corte constitucional manifeste-se de modo contrário, a decisão de inconstitucionalidade tem caráter constitutivo e, em regra, eficácia prospectiva.

Dessa congregação de inspirações, redundou um sistema de controle de constitucionalidade que pode ser chamado de misto. Este cenário, como não poderia ser diferente, resultou inúmeros questionamentos e discussões entre os constitucionalistas. Entre eles, aquele acerca dos efeitos que são atribuídos à decisão de inconstitucionalidade.

Considerando que a jurisprudência e a doutrina brasileira tradicionalmente curvavam-se à teoria da nulidade do ato inconstitucional, conferindo efeitos retroativos à

decisão de inconstitucionalidade, evidente que a introdução de mecanismo que mitigasse esta regra causaria polêmicas. Afinal, o sistema jurídico estaria se aproximando da tese de anulabilidade do ato inconstitucional. Foi o que ocorreu quando o legislador brasileiro implantou a modulação dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade, por meio do art. 27 da Lei nº 9.868/99, que assim dispôs:

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

Tendo em conta que a técnica foi inserida no ordenamento jurídico por meio de lei, surgiu dúvida acerca da sua inconstitucionalidade. Em favor desta tese, afirma-se que a constituição consagra a teoria da nulidade, de maneira que somente ela poderia excepcioná-la, e não o legislador infraconstitucional. Em contrapartida, aqueles que a rechaçam arguem que a regra da nulidade é um princípio constitucional, que, quando em confronto com os seus pares, deve ser ponderado. Assim, como a ponderação de princípios decorre da própria interpretação constitucional, esta vertente entende que não há porque se dizer inconstitucional norma que tão somente deixou expresso o que já estava posto na ordem jurídica.

Ainda, questionou-se acerca da abrangência do dispositivo dentro do controle de constitucionalidade. Afinal, uma vez que foi introduzido no bojo de legislação que dispõe acerca do processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, possível imaginar que sua utilização seria restrita à via concentrada. No entanto, partindo do princípio que a modulação dos efeitos é decorrência da própria aplicação dos princípios constitucionais, igualmente concebível a tese de que não haveria razão de limitar a sua aplicabilidade.

Diante destas questões, este trabalho tem por objetivo a análise da modulação dos efeitos temporais no controle de constitucionalidade, como exceção à regra da nulidade do ato inconstitucional desde a sua origem. Para tanto, será imprescindível o estudo da gênese do controle de constitucionalidade no Direito brasileiro, bem como das teorias firmadas a respeito da eficácia da decisão de inconstitucionalidade. Indispensável, também,

que se observe a interpretação dada, pela doutrina e pela jurisprudência, ao art. 27 da Lei nº 9.868/99, nos âmbitos de controle concentrado e difuso.

O trabalho será dividido em duas partes, sendo a primeira geral e a segunda, especial.

A primeira parte, subdividida em dois capítulos, tratará sobre o controle de constitucionalidade judicial no Brasil. No primeiro capítulo, serão delineados os sistemas de controle de constitucionalidade concentrado e difuso, abrangendo também as razões em que se fundam estes modelos e a história do controle de constitucionalidade brasileiro. Em seguida, no segundo capítulo, proceder-se-á a um exame acerca dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, sob a ótica das teorias da nulidade e da anulabilidade.

Por sua vez, a segunda parte, também subdividida em dois capítulos, abordará a modulação dos efeitos temporais no controle de constitucionalidade. No primeiro capítulo, esta análise fica limitada ao controle realizado de forma concentrada, atentando-se à forma pela qual se introduziu a técnica no Direito brasileiro, à discussão a respeito da sua constitucionalidade, à interpretação do dispositivo pela doutrina e à aplicação dada pelo STF. No segundo capítulo, o estudo volta-se ao controle difuso, verificando a possibilidade de se restringir a eficácia da decisão de inconstitucionalidade neste modelo, bem como o seu emprego pelo STF.

A fim de que se alcance este propósito, recorreremos às lições da doutrina de estudiosos do Direito Constitucional, tal qual às decisões que compõe a jurisprudência do STF.

Estabelecidos os limites da pesquisa, apresentaremos o tema da modulação dos efeitos temporais no controle de constitucionalidade e assuntos pertinentes que, ao nosso ver, são indispensáveis à sua assimilação.

1. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE JUDICIAL NO BRASIL

1.1. OS SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONCENTRADO E DIFUSO

Os conflitos sociais da segunda metade do século XVIII, especialmente a Revolução Francesa e a independência dos Estados Unidos, impulsionaram o movimento constitucionalista, que propunha a elaboração de um documento, de forma solene, cujo intuito era institucionalizar um sistema jurídico. Esse documento foi denominado constituição.

Canotilho define a constituição como a lei fundamental de um Estado, porquanto trata de normas relativas à estrutura e à organização estatal, à formação dos poderes públicos, à forma de governo, à repartição de competências e aos direitos e às garantias dos indivíduos¹.

Inocêncio Mártires Coelho cita Konrad Hesse, afirmando que, para esse jurista alemão, a constituição é a ordem jurídica fundamental de uma comunidade ou o plano estrutural para a sua conformação jurídica, segundo certos princípios fundamentais².

Para José Afonso da Silva, a constituição é “um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado”³.

¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p. 41.

² MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Martires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 55.

³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 39 - 40.

A despeito da abundância de conceitos, existe em todos um núcleo comum: a ideia de um princípio supremo determinando integralmente o ordenamento jurídico e a essência da comunidade que por meio dele se organiza⁴.

A própria natureza jurídica da constituição confere-lhe um lugar de destaque dentro da ordem normativa, no topo da estrutura escalonada de normas jurídicas, constituindo o fundamento de validade de todas as demais.

Daí já se extrai a primeira premissa, na qual se funda o controle de constitucionalidade: a supremacia da constituição, que significa dizer que nenhum ato jurídico-normativo pode subsistir em desconformidade a seus preceitos. Vale dizer, nas palavras de José Afonso da Silva, que “o princípio da supremacia requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição”⁵. A ideia de compatibilidade vertical impõe que as normas de grau inferior estejam em consonância com as de grau superior para que as consideremos válidas. Dessa forma, considerando que a constituição é a ordem jurídica fundamental de uma comunidade, podemos afirmar que ela constitui fundamento de validade das demais disposições normativas do ordenamento jurídico, as quais, se em desacordo com as premissas constitucionais, estarão eivadas de inconstitucionalidade⁶.

Além dessa primeira, há uma segunda premissa sobre a qual o controle de constitucionalidade está sedimentado: a rigidez constitucional. A constituição distingue-se das demais normas jurídicas, formalmente, pelo seu processo de elaboração e modificação ser diferenciado, mais complexo e exigente⁷. Caso o processo legislativo fosse idêntico ao das demais leis, poder-se-ia dizer que, havendo contrariedade entre a constituição e uma lei, a mais recente revogaria a mais antiga. Materialmente, a constituição se distingue por dispor acerca das determinações mais importantes de um Estado⁸, as quais devem ser preservadas das intervenções políticas dos Poderes Legislativo e Executivo.

⁴ KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição, in *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 130.

⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 48.

⁶ *Ibidem*, p. 49.

⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 307.

⁸ *Ibidem*, p. 85.

Paulo Bonavides refere que as constituições rígidas assentam-se na diferenciação entre poder constituinte e poderes constituídos. O primeiro elabora a constituição, sem estar adstrito a limites formais, tendo a importante função de expressar a vontade soberana do povo. Por sua vez, o segundo é o responsável pela reforma da ordem jurídico-constitucional, estando nela inserido e sendo por ela limitado, tácita ou expressamente. Isto é, o poder constituído emana do constituinte, que o legitima e vincula. É dessa relação de vinculação que se extrai a superioridade constitucional em relação às leis⁹.

Ainda, o processo especial de revisão da constituição confere-lhe maior estabilidade e solidez, características que lhe põem no topo de uma hierarquia jurídica. Inadmissível, portanto, a criação de normas que a contrarie, tornando imprescindível algum controle que garanta a conformidade dessas com o ordenamento jurídico-constitucional¹⁰.

Tratando também sobre o tema, Manoel Gonçalves assevera que a distinção entre constituição rígida e flexível está no fato de que a primeira implica a adoção de um controle de constitucionalidade das leis e atos do Poder Público. De acordo com o autor, quando não há uma espécie de controle, o poder constituído perduraria ilimitado nas mãos do legislador infraconstitucional¹¹.

Para que a constituição seja rígida não é necessário que preveja expressamente um controle de constitucionalidade, bastando que ele deflua do sistema como tal. Foi tendo isso em vista que, em 1803, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América inaugurou, naquele país, um modelo de controle de constitucionalidade, no caso *Marbury versus Madison*. Na ocasião, o Juiz americano John Marshall sustentou que as leis que contrariassem a Constituição americana não eram verdadeiramente leis, porquanto aquela era a base do Direito e imutável por meios ordinários. Isto é, sem o controle da constitucionalidade dos atos normativos, a Constituição seria um ato legislativo ordinário, modificável ao arbítrio do Legislativo. Ainda, concluiu o Juiz americano que, sendo o

⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 152 - 159.

¹⁰ *Ibidem*, p. 307.

¹¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 37ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 60

Judiciário quem dá o Direito e decide o conflito entre as leis, também deveria ser o Poder competente para definir se aplicável a lei que aparentemente contraria a Constituição¹².

Disso se depreende que o controle de constitucionalidade constitui importante mecanismo de correção às possíveis quebras de harmonia do ordenamento jurídico e visa à garantia da supremacia da constituição. Kelsen, inclusive, afirma que a ordem constitucional que não assegura a existência de um instrumento de anulação de atos inconstitucionais não é, de fato, obrigatória¹³.

Na lição de Manoel Gonçalves, o controle de constitucionalidade consiste na verificação de um ato normativo - em particular a lei - à constituição. A norma que não passar ilesa por esse controle estará eivada de inconstitucionalidade, que pode ser definida como qualquer manifestação do Poder Público em desrespeito à constituição. Esse é um conceito restrito, pois exclui comportamentos e atos de particulares que a contrariem¹⁴. Como bem adverte Gilmar Mendes, a relação de inconstitucionalidade é uma relação de índole normativa, por isso os atos que não possuam essa natureza não são abarcados pelo controle¹⁵.

Saliente-se que, além da ação normativa inconstitucional, o controle de constitucionalidade busca eliminar do ordenamento jurídico também a omissão inconstitucional. Isto é, não são só as normas ou atos normativos já criados que podem estar contaminados por inconstitucionalidade, mas também a ausência desses, quando presente o dever constitucional de legislar, que pode advir tanto de comandos explícitos da constituição quanto da interpretação de dispositivos constitucionais¹⁶. Por essa razão, atos comissivos e omissivos¹⁷ do Poder Público podem ser controlados em face da ordem constitucional vigente.

¹² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 318.

¹³ KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição, in *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 139-140.

¹⁴ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Controle de constitucionalidade*. 9ª ed. São Paulo: Método, 2010. p. 5.

¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Martires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.155 - 1.1.56.

¹⁶ *Ibidem*, p. 1.185.

¹⁷ Não será uma omissão inconstitucional a inércia do Poder Público na realização de qualquer ato de sua competência, mas somente aqueles em que há dever constitucional de legislar. É o descumprimento a um mandamento positivo da constituição, tácito ou expresso, para que se crie determinada norma que será inconstitucional. Em regra, o legislador goza de liberdade para decidir editar ou não lei sobre dada matéria.

Nesse processo de verificação, são apreciados tanto os requisitos formais - os quais dizem respeito à competência, ao rito, aos prazos e a outras formalidades previstas constitucionalmente à formação do ato jurídico – como os requisitos materiais - que se referem aos limites estabelecidos para o conteúdo das normas (direitos, valores e princípios constitucionais)¹⁸. Com esse controle, expurga-se o ato ou a omissão inconstitucional do ordenamento jurídico.

A declaração de inconstitucionalidade tem por objetivo a paralisação da eficácia da norma inconstitucional (com maior ou menor abrangência, conforme o modelo de controle de constitucionalidade adotado) ou a sua própria exclusão do ordenamento, a fim de garantir a segurança jurídica e a proteção dos valores materiais socialmente relevantes – tão importantes que ostentam *status* constitucional. Ao declarar a inconstitucionalidade, pode-se dizer que se sanciona o ato jurídico ou a omissão inconstitucional.

De acordo com Rui Barbosa, a sanção à violação da constituição faz parte do próprio conceito de inconstitucionalidade¹⁹. Concorda com ele Gilmar Mendes, que afirma que a ausência de sanção, evidentemente, tornaria os preceitos constitucionais meramente sugestivos, sem os vincular à ideia de obrigatoriedade²⁰. Assim, o ato normativo inconstitucional é sancionado com a paralisação de sua eficácia - o que se dá em maior ou menos grau conforme o modelo adotado - ou com a sua própria retirada do ordenamento.

A sanção aplicável à omissão inconstitucional depende da sua abrangência. A omissão total ou absoluta ocorre quando o poder legislativo deixa de atuar integralmente quando tem o dever de fazê-lo. Diante disso, é possível: 1) reconhecer a autoaplicabilidade da norma constitucional, fazendo que ela produza seus efeitos diretamente; 2) constituir em mora o órgão competente para a edição daquela norma, apenas declarando a existência da

Contudo, em certos dispositivos, a constituição prevê a necessidade de que o poder legislativo crie normas integradoras da eficácia de seus comandos, que estará limitada até que sobrevenha a legislação prevista constitucionalmente. (BARROSO, Luiz Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 54 - 56.)

¹⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 37ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 61.

¹⁹ BARBOSA, Rui. Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo, in *Trabalhos Jurídicos*. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962. p. 46.

²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.156-1.157.

omissão; e 3) preencher o caso concreto com uma norma criada pela decisão, quando não se tratar de normas autoaplicáveis²¹.

A omissão parcial ocorre quando o legislador, muito embora tenha cumprido com seu dever constitucional de legislar acerca de determinada matéria, edita norma insuficiente a cumprir a obrigação que lhe foi imposta ou exclui do âmbito de aplicação da norma determinada categoria que, pelo princípio da isonomia, deveria estar abarcada. No primeiro caso, poderíamos citar a lei que fixa o salário mínimo em valor que não satisfaz as exigências constitucionais, questão essa que já foi apreciada pelo STF²². A segunda hipótese seria, por exemplo, uma lei que concedesse revisão remuneratória aos servidores militares, sem contemplar os servidores civis²³. Quando há ofensa a isonomia, é possível que se declare: 1) a inconstitucionalidade da lei que criou a desequiparação; 2) a inconstitucionalidade por omissão parcial da lei, dando ciência ao órgão competente para adotar as medidas cabíveis; e 3) a extensão da vantagem à categoria excluída²⁴.

O controle de constitucionalidade das leis e atos normativos do Poder Público pode ser exercido de duas formas distintas.

A primeira é de cunho político e exercida por órgão que não integra o Poder Judiciário. No Brasil, podemos mencionar o controle exercido pelas Casas Legislativas e respectivas comissões²⁵ e pelo chefe do Poder Executivo²⁶, ao vetar projeto de lei com

²¹ BARROSO, Luiz Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 57 - 58.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão da ADI nº 1.458-7/DF. Relator Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento de 23/05/1996. Publicado no Diário da Justiça em 20/09/1996. Disponível em <http://w.sbdp.org.br/arquivos/material/136_ADI-MC_1458.pdf>. Acesso em 10/05/2016.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão da ADI nº 529-4/DF. Relator Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento de 19/06/1991. Publicado no Diário da Justiça em 05/03/1993. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346443>>. Acesso em 10/05/2016.

²⁴ BARROSO, Luiz Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 59 - 60.

²⁵ Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação. (...)

§ 2º Às comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe:

I - discutir e votar projeto de lei que dispensar, na forma do regimento, a competência do Plenário, salvo se houver recurso de um décimo dos membros da Casa;

II - realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil;

III - convocar Ministros de Estado para prestar informações sobre assuntos inerentes a suas atribuições;

IV - receber petições, reclamações, representações ou queixas de qualquer pessoa contra atos ou omissões das autoridades ou entidades públicas;

V - solicitar depoimento de qualquer autoridade ou cidadão;

fundamento em inconstitucionalidade (o veto jurídico), ambos previstos constitucionalmente. Em regra, é feito preventivamente ou *a priori*, uma vez que é realizado antes do aperfeiçoamento do ato inconstitucional e sua entrada no ordenamento jurídico, salvo casos excepcionais, como o previsto no art. 49, inciso V da CRFB²⁷.

A segunda forma é a judicial, na qual a verificação de compatibilidade das normas é outorgada, pela constituição, ao Poder Judiciário²⁸ e é exercido, em regra, de modo repressivo ou *a posteriori*, isto é, após a incorporação da norma inconstitucional no ordenamento jurídico²⁹. Contudo, é possível que o controle judicial ocorra de maneira repressiva, como no caso de mandado de segurança impetrado contra ato da Mesa da Câmara ou do Senado Federal durante o processo legislativo³⁰.

O controle de constitucionalidade judicial, historicamente, desenvolveu-se em duas grandes vertentes ou sistemas.

A primeira vertente é a norte-americana, que assentou, no já mencionado caso *Marbury versus Madison*, a possibilidade de qualquer juiz verificar a compatibilidade do ato jurídico impugnado frente à constituição, porquanto tal atividade decorre de sua competência como julgador de conflitos entre normas³¹. Isto é, o controle de constitucionalidade é realizado de modo difuso por qualquer órgão do Poder Judiciário.

VI - apreciar programas de obras, planos nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento e sobre eles emitir parecer.

²⁶ Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará.

§ 1º Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.

²⁷ Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: (...)

V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;

²⁸ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Controle de constitucionalidade*. 9ª ed. São Paulo: Método, 2010. p. 17-18.

²⁹ *Ibidem*, p. 21.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão do Mandado de Segurança nº 20.257. Relator Min. Moreira Alves. Julgamento de 08/10/1980. Publicado no Diário da Justiça em 27/02/1981. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85046>>. Acesso em 09/05/2016.

³¹ BARROSO, Luiz Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 25-32.

Nesse sistema, a arguição da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo vem vinculada a um conflito de interesses e não é o principal objeto da demanda. Constitui questão prejudicial cuja análise é pressuposto lógico e necessário para solução daquele litígio. O reconhecimento ou não do direito da parte depende da consideração acerca da validade de certa norma, que surge incidentalmente no processo. Assim, diz-se que é um controle constitucional concreto ou incidental, realizado por via de exceção ou defesa, produzindo as decisões declaratórias de inconstitucionalidade efeitos *inter partes*³².

A segunda vertente é aquela defendida por Hans Kelsen, jurista que contribuiu para a elaboração da Constituição Austríaca de 1920. Em sua concepção, apenas as Cortes Supremas têm o poder de decidir sobre a inconstitucionalidade das leis, uma vez que essa questão é de interesse público e, em virtude disso, merece procedimento especial. Dessa forma, o controle de constitucionalidade é concentrado na competência de um tribunal constitucional³³.

No sistema concentrado de constitucionalidade, apenas pessoas legitimadas poderão, mediante procedimento especial, provocar o pronunciamento do tribunal sobre a inconstitucionalidade de uma norma, que, em regra, constituirá o próprio objeto da demanda, abstraído de relações jurídicas materiais³⁴. Por essa razão, é chamado controle constitucional abstrato, ou principal, realizado por via de ação, produzindo a decisão proferida pela corte constitucional efeitos *erga omnes*. Isto é, dela se aproveitará qualquer pessoa, independentemente de nova pronúncia judicial³⁵, já que se trata de uma decisão oponível contra todos. Contudo, nem sempre o controle concentrado será realizado de forma abstrata, como é o caso da ADPF, que pode ser proposta com o intuito de solver uma situação concreta, mas cuja decisão produzirá eficácia para todos por se tratar de processo objetivo³⁶.

³² *Ibidem*, p. 115.

³³ KELSEN, Hans. O Controle Judicial da Constitucionalidade (Um estudo comparado das Constituições austríacas e americana). In: _____. *Jurisdição Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013. p. 311-313.

³⁴ BARROSO, Luiz Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 287.

³⁵ *Idem*.

³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.249.

Paulo Bonavides assevera que alguns publicistas, como Rui Barbosa, preferem a via de exceção à de ação, quando se trata de controle de constitucionalidade. Isso porque a primeira é mais jurídica, porquanto suscitada dentro de um conflito concreto entre partes comuns, assim como as demais demandas levadas ao judiciário. De outra parte, a segunda tem um caráter político acentuado, já que a iniciativa para a propositura é limitada a algumas autoridades públicas, de modo que, em muitas vezes, destina-se a resolver conflitos entres poderes públicos. Sendo assim, a arguição da inconstitucionalidade como defesa seria mais acomodável ao sistema de Estado de Direito baseado na teoria clássica de Montesquieu, já que ao poder judiciário descabe apreciar questões políticas, de incumbência dos poderes legislativo e executivo³⁷. Além disso, a via de ação não é tão eficiente no resguardo dos direitos e garantias individuais, porque se dá de maneira abstrata, estando a vantagem deste modelo, no alcance *erga omnes* da decisão.

Em contrapartida, fato reconhecido é que o controle de constitucionalidade concreto e difuso possui uma grande inconveniência: a possibilidade de juízes apreciarem diferentemente a validade de uma lei, com a consequência de ser aplicada a uns e não a outros, o que certamente gera insegurança jurídica³⁸. Nesse aspecto, o controle principal e concentrado tem a vantagem de ter a questão da constitucionalidade definida por um tribunal superior em decisão com efeitos *erga omnes*, o que evita conflitos entre os julgadores singulares ou tribunais inferiores, que estão vinculados àquele.

Na realidade, ambos os sistemas possuem vantagens e desvantagens, o que explica o porquê de alguns países adotarem sistemas mistos, como é o caso do Brasil.

Inicialmente, no Brasil, por influência vertente norte-americana, foi editado o Decreto nº 848, de 11/10/1890 - a chamada Constituição provisória de 1890 -, que, em seu art. 9º, parágrafo único, “b” e “c”, estabeleceu o controle de constitucionalidade das leis estaduais e federais por via de exceção³⁹.

³⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 319-320; 330-332.

³⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 37ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 64.

³⁹ Art. 9º Compete ao Tribunal: (...)

Parapho unico. Haverá tambem recurso para o Supremo Tribunal Federal das sentenças definitivas proferidas pelos tribunaes e juizes dos Estados: (...)

A Constituição de 1891 incorporou tais dispositivos, no art. 59, § 1º, alíneas “a” e “b”, e atribuiu ao STF competência para rever as sentenças oriundas das Justiças dos Estados, em último grau de jurisdição⁴⁰.

A Lei nº 221, de 1894, que dispôs sobre a organização da Justiça Federal, deixou mais evidente a incorporação do sistema difuso, estipulando, no seu art. 13, § 10, que: “Os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição”⁴¹.

Daí se percebe que, em um primeiro momento, o sistema concentrado e abstrato não foi consagrado no Direito brasileiro. Revelando o pensamento jurídico da época, Rui Barbosa afirma que os tribunais não são órgãos consultivos para o legislador ou para a Administração Pública, sendo a *judicial review* um poder de hermenêutica, e não de legislação⁴².

Com o advento da Constituição de 1934, introduziu-se mudança significativa no sistema de controle de constitucionalidade nacional.

No art. 76, inciso III, alíneas “b” e “c”, foram previstas hipóteses de recurso extraordinário versando sobre matéria de inconstitucionalidade⁴³ e, no art. 176, foi

b) quando a validade de uma lei ou acto de qualquer Estado seja posta em questão como contrario á Constituição, aos tratados e ás leis federaes e a decisão tenha sido em favor da validade da lei ou acto;
c) quando a interpretação de um preceito constitucional ou de lei federal, ou da clausula de um tratado ou convenção, seja posta em questão, e a decisão final tenha sido contraria, á validade do titulo, direito e privilegio ou isenção, derivado do preceito ou clausula.

⁴⁰ Art 59 - Ao Supremo Tribunal Federal compete: (...)

§ 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;

b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.

⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.194-1.196.

⁴² BARBOSA, Rui. Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo, in *Trabalhos Jurídicos*. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962. p. 84

⁴³ Art 76 - A Corte Suprema compete :(...)

III - em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instância: (...)

estabelecido que a declaração de inconstitucionalidade dependia dos votos da maioria absoluta dos membros do tribunal⁴⁴. O objetivo era evitar as mudanças de entendimento constantes nos tribunais, o que em muito afeta à segurança jurídica. Tal regra é mantida até hoje no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro.

Os arts. 91, inciso IV, e 96 também inovaram, ao conferir ao Senado Federal a competência para suspender a execução de lei, ato, deliberação ou regulamento que tenha sido declarado inconstitucional pelo Poder Judiciário⁴⁵. Desse modo, o constituinte encontrou um meio de atribuir eficácia *erga omnes* às decisões proferidas pelo STF, resolvendo outro problema relacionado à segurança jurídica que vigia naquele tempo. Esse mecanismo permaneceu nos textos constitucionais posteriores, embora tenha sido reduzida a sua utilidade na atualidade.

A Constituição de 1934 introduziu a representação interventiva, cuja legitimação ativa era exclusiva do Procurador-Geral da República, para o caso de violação aos princípios consagrados no art. 7º, inciso I, alíneas “a” (forma republicana representativa) e “h” (representação das profissões)⁴⁶. Tal instrumento consistia em um meio de compor os conflitos federativos, condicionando a eficácia de lei que determinava a intervenção federal - de iniciativa do Senado - à declaração de sua constitucionalidade pelo STF (art. 12, § 2º)⁴⁷. Essa inovação representou, claramente, um primeiro passo ao desenvolvimento de um sistema de controle de constitucionalidade por via direta no Direito

b) quando se questionar sobre a vigência ou validade de lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada;

c) quando se contestar a validade de lei ou ato dos Governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do Tribunal local julgar válido o ato ou a lei impugnada;

⁴⁴Art 179 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público.

⁴⁵ Art 91 - Compete ao Senado Federal: (...)

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

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

⁴⁶Art 7º - Compete privativamente aos Estados:

I - decretar a Constituição e as leis por que se devam reger, respeitados os seguintes princípios: (...)

a) forma republicana representativa; (...)

h) representação das profissões;

⁴⁷ Art 12 - A União não intervirá em negócios peculiares aos Estados, salvo: (...)

§ 2º - Ocorrendo o primeiro caso do nº V, a intervenção só se efetuará depois que a Corte Suprema, mediante provocação do Procurador-Geral da República, tomar conhecimento da lei que a tenha decretado e lhe declarar a constitucionalidade.

brasileiro. Ressalte-se que, na Constituinte de 1934, foi apresentada uma proposta de criação de uma corte constitucional, inspirada no modelo austríaco, cuja fundamentação referia-se à conferência de Kelsen sobre a essência e o desenvolvimento da jurisdição constitucional⁴⁸.

A Constituição de 1937 manteve os artigos que consagravam o modelo difuso de controle constitucional (art. 101, III, "b" e "c") e a exigência de quórum especial para a declaração de inconstitucionalidade nos tribunais (art. 96). A despeito disso, significou um retrocesso para o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro. Isso porque instituiu que, caso a lei fosse considerada necessária ao bem estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, o Presidente da República poderia submetê-la ao Parlamento que, confirmando a sua validade por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, tornaria ineficaz a decisão do STF. Tal disposição bem reflete o momento político que se instaurou entre 1937 e 1945 no Brasil, o chamado “Estado Novo”.

Ao analisar esse dispositivo, Gilmar Mendes cita Castro Nunes, o qual ressaltou que, “podendo ser emendada a Constituição pelo voto da maioria nas duas casas do Parlamento (art. 174), estaria ao alcance deste elidir, por emenda constitucional, votada como qualquer lei ordinária, a controvérsia sobre a lei que se houvesse por indispensável”, quando, na verdade, o intuito da norma era puramente tornar válida a lei declarada inconstitucional e cassar o julgado⁴⁹. Foi o que ocorreu em 1939, quando o Presidente Getúlio Vargas editou o Decreto-Lei nº 1.564, o qual confirmou textos de lei declarados

⁴⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.198.

⁴⁹ Art 174 - A Constituição pode ser emendada, modificada ou reformada por iniciativa do Presidente da República ou da Câmara dos Deputados.

§ 1º - O projeto de iniciativa do Presidente da República será votado em bloco por maioria ordinária de votos da Câmara dos Deputados e do Conselho Federal, sem modificações ou com as propostas pelo Presidente da República, ou que tiverem a sua aquiescência, se sugeridas por qualquer das Câmaras.

§ 2º - O projeto de emenda, modificação ou reforma da Constituição de iniciativa da Câmara dos Deputados, exige para ser aprovado, o voto da maioria dos membros de uma e outra Câmara.

§ 3º - O projeto de emenda, modificação ou reforma da Constituição, quando de iniciativa da Câmara dos Deputados, uma vez aprovado mediante o voto da maioria dos membros de uma e outra Câmara, será enviado ao Presidente da República. Este, dentro do prazo de trinta dias, poderá devolver à Câmara dos Deputados o projeto, pedindo que o mesmo seja submetido a nova tramitação por ambas as Câmaras. A nova tramitação só poderá efetuar-se no curso da legislatura seguinte.

§ 4º - No caso de ser rejeitado o projeto de iniciativa do Presidente da República, ou no caso em que o Parlamento aprove definitivamente, apesar da oposição daquele, o projeto de iniciativa da Câmara dos Deputados, o Presidente da República poderá, dentro em trinta dias, resolver que um ou outro projeto seja submetido ao plebiscito nacional. O plebiscito realizar-se-á noventa dias depois de publicada a resolução presidencial. O projeto só se transformará em lei constitucional se lhe for favorável o plebiscito.

inconstitucionais pelo STF, tornando sem efeito a decisão daquela Corte e de qualquer outro tribunal ou juiz.

Importante mencionar, por último, o art. 94 que vedou a apreciação judicial de questões exclusivamente políticas⁵⁰. Esse mesmo norte foi seguido pelo art. 319 do Código de Processo Civil de 1939, o qual determinou que não cabe ao Judiciário analisar atos do presidente, dos ministros de estado, dos governadores e dos interventores dos Estados⁵¹.

Com o advento da Constituição de 1946, restaurou-se o modelo de controle judicial nos moldes anteriores a 1937. O texto constitucional disciplinou os recursos extraordinários de forma mais detalhada, mantendo o requisito da maioria absoluta dos votos para que o tribunal declarasse a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no art. 200, bem como a atribuição ao Senado Federal para suspender a execução de lei tida por inconstitucional pelo STF, no art. 64.

A representação interventiva, introduzida em 1934, foi ampliada em 1946, permanecendo o Procurador-Geral da República como titular quando o ato do ente federativo violasse os seguintes princípios: a) forma republicana representativa; b) independência e harmonia entre os Poderes; c) temporariedade das funções eletivas, limitada a duração destas à das funções federais correspondentes; d) proibição de reeleição de prefeitos e governadores para o período imediato; e) autonomia municipal; f) prestação de contas da Administração; g) garantias do Poder Judiciário (art. 7º, inciso VII)⁵². Nesses moldes, a intervenção federal estava subordinada à declaração de inconstitucionalidade do ato pelo STF (art. 8º, parágrafo único)⁵³.

⁵⁰ Art 94 - É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas.

⁵¹ Art. 319. Dar-se-á mandado de segurança para defesa e direito certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional, ou ilegal, de qualquer autoridade, salvo do Presidente da República, dos Ministros de Estado, Governadores e Interventores.

⁵² Art 7º - O Governo federal não intervirá nos Estados salvo para: (...)

VII - assegurar a observância dos seguintes princípios:

a) forma republicana representativa;
 b) independência e harmonia dos Poderes;
 c) temporariedade das funções eletivas, limitada a duração destas à das funções federais correspondentes;
 d) proibição da reeleição de Governadores e Prefeitos, para o período imediato;
 e) autonomia municipal;
 f) prestação de contas da Administração;
 g) garantias do Poder Judiciário.

⁵³ Art 8º - A intervenção será decretada por lei federal nos casos dos nº s VI e VII do artigo anterior.

A Constituição de 1946, por força da Emenda Constitucional nº 16 de 1965, consagrou definitivamente o controle de constitucionalidade concentrado no sistema jurídico brasileiro. Previu a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, a ser proposta pelo Procurador-Geral da República, cuja competência para processar e julgar foi atribuída ao STF (art. 101, inciso I, alínea “k”)⁵⁴. Além disso, o art. 124, inciso XIII⁵⁵, outorgou ao Tribunal de Justiça do Estado a competência originária para julgar a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato do município em conflito com a constituição do estado⁵⁶.

Finalmente, a Constituição de 1988 introduziu a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou federal (art. 102, inciso I, alínea a)⁵⁷, extinguindo o monopólio da ação direta (antes denominada representação de inconstitucionalidade) pelo Procurador-Geral da República e ampliando o rol de legitimados (art. 103) para abranger o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de uma Assembleia Legislativa, o Governador do Estado, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação do Congresso Nacional, as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional⁵⁸.

Parágrafo único - No caso do nº VII, o ato argüido de inconstitucionalidade será submetido pelo Procurador-Geral da República ao exame do Supremo Tribunal Federal, e, se este a declarar, será decretada a intervenção.

⁵⁴ Art 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

I - processar e julgar originariamente: (...)

k) a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 16, de 1965)

⁵⁵Art 124 - Os Estados organizarão a sua Justiça, com observância dos arts. 95 a 97 e também dos seguintes princípios:

XIII - a lei poderá estabelecer processo, de competência originária do Tribunal de Justiça, para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato de Município, em conflito com a Constituição do Estado. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 16, de 1965)

⁵⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.196-1.204.

⁵⁷ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

⁵⁸ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa;

Esse extenso rol deixa ainda mais clara a intenção do constituinte de fortalecer o controle concentrado de normas, permitindo a diferentes órgãos da sociedade a propositura de demanda perante o STF. Segundo Gilmar Mendes, a relevância dada a esse sistema, de forma reflexa, reduziu o papel do modelo difuso, porquanto todas as controvérsias relevantes acabam sendo submetidas ao STF para apreciação em abstrato, seja porque maior o número de legitimados, seja porque há um interesse em se obter uma decisão de alcance *erga omnes*, que confere maior segurança jurídica aos indivíduos⁵⁹.

Ainda, no art. 103, § 2º, a Constituição de 1988 introduziu a ação direta de inconstitucionalidade por omissão⁶⁰, com idêntico rol de legitimados, destinada à defesa de direitos subjetivos afetados pela omissão legislativa ou administrativa. Com este mesmo propósito, previu-se o mandado de injunção, no art. 5º, inciso LXXI, sempre que a falta de norma tornar inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania⁶¹.

Importante mencionar que houve uma restrição no âmbito de aplicação do recurso extraordinário, pois foi confiada ao STJ a apreciação dos casos em que há colisão direta entre ato de governo local e o direito federal ordinário, por meio de recurso especial

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

V - o Governador de Estado;

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

⁵⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.196-1.204.

⁶⁰ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (...)

§ 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

⁶¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

(art. 105, inciso III, alínea “b”)⁶², estipulando que a o conflito entre a lei local e o direito federal seja julgado pelo STF, em sede de recurso extraordinário (art. 102, inciso III, alínea “d”)⁶³. Saliente-se que a constituição definiu o papel do STJ dentro do sistema recursal, imputando-lhe a importante tarefa de processar e julgar os recursos de decisões que contestem, contrariem e deem interpretação divergente à lei federal, expurgando da competência do STF as matérias que não eram puramente constitucionais.

Em 1993, a Emenda Constitucional nº 3 atribuiu ao STF o julgamento de ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, cuja decisão, assim como aquela proferida em ADI, tem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante a todos os órgãos do Judiciário e do Executivo. Conforme explica Luís Roberto Barroso, em alguns países, como a França, o sistema constitucional impede que o legislador edite norma de conteúdo igual ou análogo ao que foi declarado inconstitucional. No Brasil, optou-se por preservar a liberdade do Legislativo no exercício de sua função, de modo que poderá prover acerca da mesma matéria. Caso haja interesse de se excluir também a nova lei do ordenamento jurídico, deverá ser ajuizada nova ação direta⁶⁴.

Ainda nesse ponto, salienta Alexandre de Moraes que o Legislativo só fica vinculado à decisão do STF para não editar normas derogatórias da decisão daquela corte e para não editar normas que convalidem os atos nulos praticados com base na lei declarada inconstitucional. Isso porque a vinculação do legislador ao mérito da matéria violaria a sua liberdade de criação legislativa, a qual garante o dinamismo interpretativo e a constante adaptação e mutação constitucional. Sendo assim, caso o Congresso Nacional edite nova norma com conteúdo conflituoso em relação à decisão do Supremo, cabe ao Supremo, caso

⁶² Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;

b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

⁶³ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...)

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: (...)

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

⁶⁴ BARROSO, Luiz Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 287.

provocado, reapreciar a matéria, possibilitando uma evolução ou adequação às novas condições jurídicas, sociais e políticas⁶⁵.

No que se refere à vinculação do próprio STF às suas decisões declaratórias de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, a nova composição plenária daquele tribunal entende que as decisões não o condicionam, mas que este deve motivar idoneamente a reapreciação de questão já decidida⁶⁶.

A introdução da ADC teve como um dos objetivos evitar a utilização da ação interventiva e da representação de inconstitucionalidade, com o propósito de dirimir dúvidas acerca da constitucionalidade de certa norma. Inicialmente, o seu rol de legitimados era reduzido: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados e o Procurador-Geral da República. Contudo, a Emenda Constitucional nº 45, de 2004 equiparou-a à ADI nesse aspecto.

A Constituição de 1988 também inovou ao dispor, no § 1º do art. 102, que “a arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo STF na forma da lei”. A lei mencionada foi editada somente em 1999 (Lei nº 9.882), referindo ser cabível a ADPF quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

⁶⁵ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 782.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 783.

1.2. OS EFEITOS DA DECISÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE SOB A ÓTICA DAS TEORIAS DA NULIDADE E DA ANULABILIDADE

Da análise feita no capítulo anterior, conclui-se que o ordenamento jurídico brasileiro reúne os mecanismos de controle de constitucionalidade difuso e concreto, inspirado no direito norte-americano e nas lições de John Marshall, e de controle concentrado e abstrato, influenciado pelo direito austríaco e pela obra de Hans Kelsen. Isto é, adotou-se um controle de constitucionalidade misto⁶⁷.

Explica Gilmar Mendes que, nos sistemas mistos, a prerrogativa de afastar a aplicação de lei nas demandas judiciais é deferida aos órgãos ordinários do poder judiciário. Entretanto, reconhece-se a um órgão de cúpula a competência para proferir decisões em ações abstratas⁶⁸. Além do Brasil, podemos citar Portugal, Peru, México, Venezuela, Colômbia, Nicarágua, República Dominicana, Guatemala e Equador como países que optaram por tal modelo⁶⁹. Ainda, percebe-se uma tendência gradual para concebe-lo na França - que criou um Conselho Constitucional -, na Bélgica e até no Reino Unido - que instituiu a sua Suprema Corte em 2005⁷⁰.

Não obstante, esses diferentes modelos congregados no controle de constitucionalidade misto são, em muitos aspectos, distintos, em especial no que tange aos efeitos que a decisão de inconstitucionalidade produz. Evidente que a combinação dos dois sistemas gera alguns problemas a serem enfrentados e resolvidos pelos juristas.

Um destes contratempos seria a relativização da coisa julgada, produzida no controle incidental, fundada em lei posteriormente declarada (in)constitucional em controle

⁶⁷ Muito embora grande parte dos autores prefira caracterizar o sistema de controle brasileiro como misto, Manoel Gonçalves Ferreira Filho defende o seu caráter difuso, uma vez que a questão da inconstitucionalidade pode ser suscitada incidentalmente perante qualquer juiz, apesar da previsão constitucional das ações diretas (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 37ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 66).

⁶⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.162-1.165.

⁶⁹ REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. *Jurisdição Constitucional na Ibero-América*. Porto Alegre: Brejo-bibliobureau, 2012. p. 11.

⁷⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.162-1.165.

abstrato. A maior parte da doutrina admite o ajuizamento de ação rescisória nestes casos, desde que não tenha se esgotado o prazo prescricional⁷¹. No entanto, uma vertente processualista liberal tem arguido que a coisa julgada inconstitucional é nula, não estando subordinada a qualquer prazo. Esse posicionamento é criticado por outros juristas, como Nelson Nery Jr. e Luiz Guilherme Marinoni, os quais asseveram que tal compreensão implica na possibilidade infinita de alteração do julgado (porque a interpretação constitucional pode ser alterada diversas vezes), de modo que o litígio jamais possuiria solução definitiva⁷².

De todo modo, para melhor compreensão do controle de constitucionalidade misto, faz-se necessário analisar mais atentamente as teorias da nulidade e da anulabilidade, adotadas, respectivamente, pelo direito norte-americano e pelo direito austríaco.

Como mencionado anteriormente, o caso *Marbury versus Madison* deu relevância jurídica ao sistema de controle de constitucionalidade nos Estados Unidos da América. William Marbury havia sido nomeado juiz de paz pelo ex-Presidente norte-americano, John Adams. No entanto, no governo do Presidente Thomas Jefferson, o Secretário de Estado James Madison recusou-se a entregar o ato de investidura para ele, que, irredimido, propôs ação judicial (*writ of mandamus*) em dezembro de 1801, formulando pedido com base na Lei Judiciária de 1789, que atribuía à Suprema Corte a competência originária para julgar demandas daquela natureza⁷³. Ao apreciá-la, o Juiz John Marshall reconheceu que o *writ of mandamus*, consistente em ordem para a prática de determinado ato, era via processual adequada, porém ressaltou que os atos do poder executivo de natureza política ou de competência discricionária conferida pela constituição não eram passíveis de revisão judicial. Em contrapartida, nas matérias em que o ordenamento jurídico impusesse-lhe um dever, caberia ao poder judiciário determinar o seu cumprimento, estipulando a regra de que os atos da administração pública são apreciáveis quanto a sua constitucionalidade e legalidade. Nada obstante, concluiu pela incompetência da Suprema Corte para processar a demanda. Isso porque a Lei Judiciária de 1789, no seu §

⁷¹ O CPC de 1973 estabelecia prazo de dois anos para ajuizamento de ação rescisória, contados do trânsito em julgado da decisão, para qualquer hipótese de cabimento da ação (art. 495). O CPC de 2015 alterou substancialmente a contagem do prazo, estipulando que este será contado do trânsito em julgado da decisão de inconstitucionalidade posteriormente proferida pelo STF (art. 525, §§ 12 e 15).

⁷² BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 262-273.

⁷³ *Ibidem*, p. 25-27.

13, atribuiu a Suprema Corte competência originária não prevista pela constituição, o que era inviável por se tratar de lei ordinária.

Diante disso, surgiu a questão: o poder judiciário está vinculado ao cumprimento de uma lei mesmo que seja inválida?⁷⁴. E a resposta a essa pergunta foi negativa. Seguindo o seu raciocínio, e considerando que o poder judiciário tinha a incumbência de declarar o Direito, competia-lhe também decidir as causas em que as leis e a constituição fossem contrapostas. Caso não fosse possível controlar as disposições legislativas que contrariassem a constituição, o poder legislativo poderia, de forma ordinária, modificar as disposições constitucionais. Importaria dizer que o controle da constitucionalidade desses atos fazia-se necessário à garantia de que a constituição não seria uma legislação ordinária, modificável ao arbítrio do legislador. Afirmou-se, portanto, a competência do poder judiciário para controlar a constitucionalidade das normas e, desse modo, assegurar a supremacia constitucional⁷⁵.

Impende destacar que já havia precedentes em sentido análogo na antiguidade e no período colonial norte-americano. Além disso, a obra doutrinária *Federalista*, de Alexandre Hamilton, expunha a mesma tese antes de proferido o julgado. Contudo, inegável que foi com o julgamento de *Marbury versus Madison* que ela ganhou repercussão dentro e fora dos Estados Unidos da América⁷⁶.

Fruto desses ensinamentos é a teoria da nulidade, segundo a qual o ato inconstitucional é nulo desde o princípio. Considerando que a constituição é fundamento de validade de todo ordenamento jurídico, o ato normativo que a contrarie será nulo de pleno direito. O termo nulidade remete-nos a um vício de origem e insanável, ou seja, não há meios de convalidar o ato nulo, por se tratar de nulidade absoluta⁷⁷. Luís Afonso Heck explica que a nulidade significa que um ato, embora se apresente com a pretensão de ser jurídico - e, no caso, especialmente estatal -, não o pode ser, porque não atende às

⁷⁴ *Ibidem*, p. 29-30.

⁷⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 318.

⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 27 - 28.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 38.

condições que uma norma jurídica de grau superior prescreve-lhe, sendo, desse modo, antijurídico⁷⁸.

Como os fundamentos de validade da lei encontravam-se na constituição quando da sua criação, pode-se dizer que a nulidade é anterior ao reconhecimento de sua inconstitucionalidade. Nesse sentido, o pronunciamento do juiz é de natureza meramente declaratória, pois se limita a constatar a incompatibilidade que preexiste à elaboração da norma⁷⁹.

A declaração de inconstitucionalidade, de regra, importa na exclusão do ato normativo do ordenamento jurídico no sistema de controle abstrato, ou na paralisação de sua eficácia no sistema de controle concreto, com a invalidação dos efeitos por ela produzidos e o retorno das relações jurídicas regidas pela lei inconstitucional ao *status quo ante*. Vale dizer, a decisão produz efeitos *ex tunc*, tendo em conta que retroagirá, alcançando todos os fatos ocorridos sob a égide da lei, desde a sua edição⁸⁰.

De acordo com essa linha de raciocínio, é inadmissível a consideração de que a norma tenha produzido efeitos válidos, pois implicaria o reconhecimento de que a constituição, por um lapso temporal, deixou de vigorar naquela específica matéria regida por lei incompatível, a qual prevaleceu diante da primeira. Entender o contrário, isto é, que esta legislação estava apta a produzir efeitos válidos, resultaria em uma grande contradição dentro da teoria constitucional: o texto constitucional, embora fundado no princípio de supremacia, conviveria com atos normativos conflitantes e eficazes⁸¹.

Com base na doutrina norte-americana, que assenta que "*the unconstitutional statute is not law at all*", grande parte dos especialistas brasileiros posicionou-se em favor da equiparação dos termos inconstitucionalidade e nulidade, sustentando que o reconhecimento de qualquer efeito a uma lei inconstitucional implicaria a suspensão provisória ou parcial da constituição. Foi assim que a teoria da nulidade firmou-se no

⁷⁸ HECK, Luís Afonso. *Jurisdição constitucional: teoria da nulidade versus teoria da nulificabilidade das leis*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 41.

⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 38.

⁸⁰ *Idem*.

⁸¹ *Idem*.

Brasil, contando com o apoio de inúmeros juristas⁸², dentre os quais Buzaid, que aduzia que toda lei contrária ao texto maior é absolutamente nula, e não anulável, e Ruy Barbosa, que defendia que a medida, seja legislativa seja executiva, que desrespeitasse os preceitos constitucionais seria, em sua essência, nula. Mais radical, Francisco Campos asseverava que o ato inconstitucional era inexistente⁸³.

Muitos constitucionalistas da atualidade seguem essa vertente tradicional, apesar de admitirem que ela comporta exceções. É o caso de Manoel Gonçalves Ferreira Filho que, embora reconheça que o Direito brasileiro afasta-se da teoria clássica de nulidade e aproxima-se da kelseniana, afirma que a norma inconstitucional é nula e írrita. Assim, ela não obriga e, mesmo que seja aplicada, essa aplicação é nula. O efeito da declaração de inconstitucionalidade - ou nulidade - retroage *ex tunc*, não sendo válidos os atos praticados sob o império daquela legislação. Conclui, a partir disso, que a declaração de inconstitucionalidade tem natureza declaratória, porquanto apenas reconhece a nulidade do ato normativo, desde sua existência⁸⁴.

Bonavides critica essa equiparação entre o que é inconstitucional e aquilo que é nulo, mencionando que alguns juristas alemães referem-se à incompatibilidade da lei com a constituição (*Unvereinbarkeit*), a qual é distinta da declaração de nulidade ou invalidade, mas ainda severa por operar efeitos *ex tunc*. Muitos tribunais daquele país têm acolhido essa orientação, de modo a evitar a declaração nulidade, concedendo ao legislador a possibilidade de, se juridicamente possível, remover a inconstitucionalidade. Desse modo, o poder judiciário dá a oportunidade de o poder legislativo, autor da lei inconstitucional, revogá-la, modificá-la ou completá-la. O termo incompatibilidade também é vantajoso, porque não fixa em definitivo uma situação jurídica, possibilitando que sobrevenha uma nova decisão frente a mudanças fáticas, alterando o posicionamento pela compatibilidade⁸⁵.

⁸² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.419-1.420.

⁸³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 55.

⁸⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 37ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 61-65.

⁸⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 352-355.

Em contraponto à teoria da nulidade, está a teoria da anulabilidade, defendida por Hans Kelsen. Segundo esse autor, dizer que um ato é nulo equivale a afirmar que ele inexistente legalmente. Contudo, é evidente que o ato precisa existir para que seja objeto de julgamento por uma autoridade. Logo, seria contraditório sustentar a nulidade de uma norma inconstitucional assim reconhecida por um juiz, pois, sendo ela nula, sequer existiria legalmente para ser apreciada. Aliás, dentro de um sistema de direito positivo, não existe nulidade absoluta, uma vez que não se pode caracterizar como nulo *ab initio* um ato que se apresenta como legal⁸⁶.

Nessa linha de argumentação, Kelsen afirma que as leis inconstitucionais são anuláveis pela corte constitucional competente. Portanto, a decisão de inconstitucionalidade tem caráter constitutivo, e não meramente declarativo. O jurista explica que, se um indivíduo recusa-se a obedecer à lei, por entender que ela confronta a constituição, assume o risco de que ela venha a ser reconhecida como válida. Isto é, só a opinião daquele tribunal é decisiva e a norma deve ser considerada plenamente aplicável até que seja declarada inconstitucional. Pode-se dizer, diante disso, que o poder judiciário atua como legislador negativo, porque sua decisão equipara-se a uma lei ab-rogatória, que nada mais é que um ato negativo de legislação⁸⁷.

Tendo em conta a natureza tipicamente normativa da decisão da corte, inadmissível que produza efeitos retroativos se a constituição consagra que nenhuma lei *ex post facto* pode ser aprovada. Além disso, a decisão de inconstitucionalidade tem por objeto um ato do legislador, que também está autorizado a interpretar a constituição, muito embora a norma que produz esteja sujeita a um controle judicial. Logo, enquanto não declarada a inconstitucionalidade, a opinião do legislador, expressa pelo ato legislativo, deve ser respeitada, produzindo a anulação da norma efeitos *ex nunc*, a exceção do caso que motiva a instauração de procedimento de revisão judicial, como se verá mais adiante⁸⁸.

Os efeitos da decisão anulatória, portanto, produzem-se a partir da data de sua publicação, a não ser que se estabeleça um adiamento de sua eficácia, que, no direito

⁸⁶ KELSEN, Hans. O Controle Judicial da Constitucionalidade (Um estudo comparado das Constituições austríacas e americana). In: _____. *Jurisdição Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013. p. 308-309.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 305-309.

⁸⁸ *Idem*.

austríaco, é limitado ao prazo de um ano. Esse prazo permite ao legislativo substituir a lei objurgada por outra que seja constitucional, antes que a anulação se efetive. Saliente-se que, se o caso que provocou a revisão judicial for decidido antes da entrada em vigor da anulação da lei, esta deverá lhe ser aplicada. Isto é, nem para aquela demanda a decisão gera efeitos retroativos⁸⁹. Luís Afonso Heck ilustra essa postergação da produção dos efeitos da anulação, comparando-a com o período de *vacatio legis* de uma norma geral introduzida no ordenamento jurídico⁹⁰.

A atribuição de eficácia retroativa à declaração de inconstitucionalidade é criticada por Kelsen, porque a instauração do processo, por si só, cria um período de dúvida e incerteza a respeito da validade da legislação e seus efeitos, enquanto este perdurar. Na prática, isto dá margem para que os particulares e, em certos casos, o próprio governo confiem em uma decisão de inconstitucionalidade com efeitos retroativos, que pode não vir a ser confirmada⁹¹. Tratando disso, Heck refere que, perante o ato nulo, a autoridade e o súdito estão autorizados a examiná-lo em sua juridicidade, reconhecendo-o como antijurídico e não vinculativo. Assim, não pode um ato valer como nulo *a priori*, mas somente como nulificável⁹², porquanto o ordenamento jurídico limita a decisão sobre a juridicidade de um ato normativo a determinadas instâncias e em determinadas consequências⁹³.

Isto foi o que ocorreu quando da discussão acerca constitucionalidade da lei de *holdings* dos serviços públicos norte-americanos, de 1935, quando as disposições daquele diploma legal foram ignoradas pelos particulares frente ao grande número de demandas impugnando a validade da norma. Nesse caso, o próprio Ministro da Justiça instruiu os

⁸⁹ *Ibidem*, p. 305.

⁹⁰ HECK, Luís Afonso. *Jurisdição constitucional: teoria da nulidade versus teoria da nulificabilidade das leis*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 61.

⁹¹ KELSEN, Hans. O Controle Judicial da Constitucionalidade (Um estudo comparado das Constituições austríacas e americana). In: _____. *Jurisdição Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013. p. 309-311.

⁹² O autor emprega como tradução de *Vernichtbarkeit*, palavra utilizada por Kelsen, a palavra nulificabilidade, a despeito de a grande maioria dos autores utilizarem a palavra anulabilidade que, para ele, representa um conceito geral que abarca a nulificabilidade, mas que com ela não se confunde (HECK, Luís Afonso. *Jurisdição constitucional: teoria da nulidade versus teoria da nulificabilidade das leis*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 34-35).

⁹³ HECK, Luís Afonso. *Jurisdição constitucional: teoria da nulidade versus teoria da nulificabilidade das leis*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 41.

Procuradores Federais de todo o país a não aplicarem as disposições penais da lei, até que sua constitucionalidade fosse confirmada pela Suprema Corte. Também o Diretor Geral dos Correios deixou de exigir os requisitos nela estabelecidos, sob o pretexto de reduzir a um mínimo as dificuldades provenientes do efeito retroativo de uma possível decisão final que declarasse a sua inconstitucionalidade⁹⁴.

Hans Kelsen explica que, quando inexistente uma disposição constitucional clara, todas as dúvidas acerca de uma lei inconstitucional podem receber respostas contraditórias⁹⁵. É um dos problemas atribuídos aos sistemas de controle de constitucionalidade difuso. A crítica é reproduzida por Heck, que assevera que a cassação da norma, nesse modelo, é insuficiente, porque lhe falta unidade e permite que um tribunal aplique determinada lei, enquanto outro a deixe de aplicar por entender ser antijurídica⁹⁶. Tendo isso em vista, o direito austríaco, inspirado nas lições kelsenianas, centralizou o sistema de controle de constitucionalidade, atribuindo à corte constitucional competência exclusiva para abolir a lei de forma geral e abstrata, e não apenas frente a um caso concreto.

Ao comparar as constituições austríaca e americana, Hans Kelsen ressalta que a maior diferença entre elas é o processo pelo qual se dá a declaração de inconstitucionalidade. Nos Estados Unidos da América, a revisão judicial da lei é realizada em uma demanda, envolvendo um conflito concreto *inter partes*, em que a constitucionalidade surge como questão incidental, quando uma das partes suscita a invalidade de lei que viola de modo inconstitucional seus interesses. Em contrapartida, na Áustria, o interesse na constitucionalidade da legislação não coincide necessariamente com o privado, devendo ser protegido por um procedimento especial. Por isso, a revisão da legislação é procedida por uma corte constitucional, de forma abstrata e geral⁹⁷.

⁹⁴ KELSEN, Hans. O Controle Judicial da Constitucionalidade (Um estudo comparado das Constituições austríacas e americana). In: _____. *Jurisdição Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013. p. 309-311.

⁹⁵ *Idem*.

⁹⁶ HECK, Luís Afonso. *Jurisdição constitucional: teoria da nulidade versus teoria da nulificabilidade das leis*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 46.

⁹⁷ KELSEN, Hans. O Controle Judicial da Constitucionalidade (Um estudo comparado das Constituições austríacas e americana). In: _____. *Jurisdição Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013. p. 311 - 313.

No sistema austríaco, a inconstitucionalidade dos atos normativos somente pode ser alegada perante a Suprema Corte ou a Corte Administrativa, porque apenas elas, caso entendam haver violação à constituição, podem interromper seus procedimentos e requerer a anulação da norma à Corte Constitucional, o que se dará em apartado. Se esta declara a inconstitucionalidade, a lei não será aplicada à hipótese concreta que motivou a sua anulação. Quer-se dizer com isso que a anulação possui força retroativa excepcional ao caso que lhe originou, pois, sem ele, não haveria a provocação daquele tribunal. Ainda, a constituição autoriza o governo federal e estadual a requererem, de forma direta, que a Corte anule uma lei ou decreto administrativo⁹⁸.

Como dito anteriormente, a teoria da nulidade foi tradicionalmente consagrada pelo Direito brasileiro, em detrimento da teoria da anulabilidade. Tanto em sede doutrinária quanto jurisprudencial, prevalece o entendimento de que é nula de pleno direito a lei inconstitucional e a decisão que reconhece a inconstitucionalidade tem caráter declaratório e eficácia retroativa, restando inválido qualquer ato praticado com base na legislação impugnada⁹⁹.

No entanto, percebe-se que sua aplicação pode não ser interessante em determinados casos, porque sacrifica outros valores jurídicos constitucionalmente consagrados. O principal deles é a segurança jurídica que, às vezes, torna necessário que a lei inconstitucional siga sendo aplicada e os efeitos produzidos em sua vigência sejam considerados válidos, tendo em vista que a supressão da norma ocasionaria uma situação ainda mais inconstitucional do que aquela já posta pela lei inconstitucional¹⁰⁰.

Esse é o motivo pelo qual o nosso ordenamento jurídico – que já havia adotado o modelo concentrado de controle de constitucionalidade, típico do direito austríaco – vem relativizando a teoria da nulidade, aproximando-se da teoria da anulabilidade¹⁰¹.

⁹⁸ *Ibidem*, 314-315.

⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 42.

¹⁰⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 352-355.

¹⁰¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 37ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 62.

Como metaforicamente afirma Barroso, a vida é mais rica e complexa que a melhor das teorias, tornando inevitável que, em situações excepcionais, admitam-se o temperamento da regra geral de nulidade, para suprimi-la ou atenuá-la, em nome de princípios como os da boa-fé, da justiça ou da segurança jurídica¹⁰².

Ao discorrer sobre a incorporação de ambas teorias em nosso ordenamento, Marinoni pontua que a admissão de que a decisão não retroage faz escapar situações em que a retroatividade seria vantajosa, e a opção pela retroatividade recomenda isentar de efeitos determinadas situações pretéritas. Vale dizer, consagrando-se uma ou outra teoria e admitindo-se a declaração da nulidade da norma ou a sua desconstitutividade, com efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*, é necessário, conforme as particularidades de cada caso, fazer avançar ou retroagir os efeitos da decisão de inconstitucionalidade¹⁰³.

Também o Ministro Gilmar Mendes, no julgamento da ADI nº 2.240/BA, assevera que a falta de um instituto capaz de estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade impõe aos tribunais, em diversas ocasiões, que se abstenham de emitir um juízo de censura, declarando a constitucionalidade de leis manifestamente inconstitucionais. Segundo o jurista, o perigo de uma atitude como essa existe justamente nos casos em que a nulidade da lei inconstitucional poderia causar uma verdadeira catástrofe do ponto de vista político, econômico e social¹⁰⁴.

No mesmo sentido, José Afonso da Silva defende que a teoria da nulidade, por transpor uma doutrina privatística de invalidade dos atos jurídicos para o campo da inconstitucionalidade, não cabe no sistema brasileiro, em que a declaração de inconstitucionalidade em nenhum momento tem efeitos tão radicais e, por si só, não importa na ineficácia da lei. De acordo com o autor, o nosso constitucionalismo estruturou uma técnica particular de controle, que não comporta a aplicação da teoria norte-americana. A fim de ilustrar essa particularidade, o jurista exemplifica que, em que pese no controle

¹⁰² BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 43.

¹⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 1.082.

¹⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto proferido pelo Min. Gilmar Mendes no julgamento da ADI nº 2.240-7/BA. Relator Min. Eros Grau. Julgamento de 09/05/2007. Publicado no Diário da Justiça em 03/08/2007. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=474616>>. Acesso em 15/05/2016.

concreto a decisão de inconstitucionalidade produza efeitos *ex tunc* para as partes, a lei segue sendo aplicável e eficaz, enquanto não for suspensa sua executoriedade pelo Senado Federal. Saliente-se, assim, que aquela Casa Legislativa não revoga nem anula a lei, pois, de regra, limita-se a retirar sua eficácia dali em diante, isto é, a suspensão tem efeitos *ex nunc*¹⁰⁵.

No entanto, é possível que, em certas hipóteses, atribua-se efeitos retroativos à resolução, conforme prevê expressamente o art. 1º, § 2º do Decreto nº 2.346/97¹⁰⁶. Alguns juristas, inclusive, entendem que o Senado deveria limitar-se a dar publicidade a decisão (de caráter *ex tunc*) proferida pelo STF, e que a resolução sempre teria eficácia retroativa, considerando-se também que a regra do nosso sistema jurídico é da nulidade *ab initio* do ato normativo inconstitucional¹⁰⁷.

Alexandre de Moraes destaca que o Senado Federal pode editar ou não a resolução, de acordo com a sua discricionariedade, não estando compilado a fazê-lo pela decisão do STF¹⁰⁸. Não é o que entende a jurisprudência mais atual daquele tribunal. A teor dos esclarecimentos feitos pelo Ministro Gilmar Mendes, a reforma que se procedeu no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro não sustenta mais esta tese, calcada na separação dos poderes. Segundo o jurista, a ampliação do controle abstrato e concentrado pelo STF denota a importância dada à jurisdição constitucional, de modo que as decisões proferidas por aquela Corte devem servir de norte à interpretação da ordem jurídica, mesmo que proclamadas em sede de controle difuso. Dessa forma, sendo o Senado Federal comunicado da decisão de inconstitucionalidade, deverá dar-lhe publicidade, na forma do

¹⁰⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 55-56.

¹⁰⁶ Art. 1º As decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional deverão ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta, obedecidos aos procedimentos estabelecidos neste Decreto.

§ 1º Transitada em julgado decisão do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, em ação direta, a decisão, dotada de eficácia *ex tunc*, produzirá efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional, salvo se o ato praticado com base na lei ou ato normativo inconstitucional não mais for suscetível de revisão administrativa ou judicial.

§ 2º O disposto no parágrafo anterior aplica-se, igualmente, à lei ou ao ato normativo que tenha sua inconstitucionalidade proferida, incidentalmente, pelo Supremo Tribunal Federal, após a suspensão de sua execução pelo Senado Federal.

(BRASIL, Decreto n. 2.346. Publicado em 10 de outubro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2346.htm>. Acesso em 31/05/2016.)

¹⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Min. Gilmar Mendes na Reclamação nº 4.335/AC. Relator Min. Gilmar Mendes. Julgamento de 20/03/14. Publicado no Diário da Justiça em 22/10/14. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>>. Acesso em 30/05/2016.

¹⁰⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 749 - 751.

art. 52, X da CRFB. Conclui Mendes, ainda, que é a própria decisão do STF que tem força normativa, e não a resolução do Senado, não havendo razão para deixar de reconhecer a inconstitucionalidade da norma, em casos análogos, pela inércia da casa legislativa em editá-la¹⁰⁹.

De qualquer modo, foi diante desses argumentos levantados pela doutrina que o legislador infraconstitucional consagrou forma alternativa à pura e simples declaração de nulidade, que correspondia à tradição brasileira. O dispositivo que introduziu essa inovação no ordenamento jurídico é o art. 27 da Lei nº 9.868¹¹⁰, de 1999, o qual será analisado na segunda parte do trabalho, e o seu teor foi reproduzido no art. 11 da Lei nº 9.882¹¹¹, também de 1999.

Além da produção de efeitos temporais, a abrangência da nulidade declarada adquiriu novos contornos com o passar dos anos, sofrendo certa flexibilização. Em um primeiro momento, pensava-se na inconstitucionalidade como uma nulidade absoluta, que fulminava na integralidade a lei ou o ato normativo invalidado pelo poder judiciário. É o típico caso de inobservância das disposições constitucionais referentes ao processo legislativo em matéria de competência legislativa. Nessa hipótese, o vício contamina o diploma legal como um todo e, por isso, é denominado nulidade total como expressão de unidade técnico-legislativa¹¹².

Há que se destacar que a nulidade total também pode ser declarada quando identificável uma relação de dependência ou interdependência entre as partes constitucionais e inconstitucionais da lei. No primeiro caso, existe um núcleo

¹⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inteiro teor da Reclamação nº 4.335/AC. Relator Min. Gilmar Mendes. Julgamento de 20/03/14. Publicado no Diário da Justiça em 22/10/14. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>>. Acesso em 30/05/2016.

¹¹⁰ Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

¹¹¹ Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

¹¹² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.420-1.421.

inconstitucional na legislação que se relaciona com as demais disposições, tornando inevitável a declaração de nulidade de sua integralidade. Por isso, diz-se que a declaração de inconstitucionalidade decorre de uma dependência unilateral. No segundo caso, as diferentes partes de uma lei integram-se de maneira intensa, declarando-se a inconstitucionalidade por dependência recíproca ou interdependência. Ressalta, Gilmar Mendes, que essa relação de dependência, unilateral ou recíproca, pode justificar a extensão da decisão final a outras disposições contidas na lei, mesmo que não tenham sido incluídas no pedido da demanda, o que a doutrina denomina declaração de inconstitucionalidade consequente ou por arrastamento¹¹³.

Ante a aceitação, pela doutrina e jurisprudência brasileira, da teoria da divisibilidade da lei, o poder judiciário deve reconhecer a inconstitucionalidade somente das normas viciadas, preservando as partes válidas e autônomas daquele diploma legal. Desse mesmo modo, procede-se no controle político preventivo, a teor do que se estabelece no art. 66, § 2º da CRFB¹¹⁴. Nessas hipóteses, é imprescindível a verificação da divisibilidade da legislação e o modo pelo qual se comunicam os dispositivos legais. Acrescente-se também que não se pode, com a nulidade parcial, interferir na vontade do legislador, de forma a substituí-la pela do poder judiciário¹¹⁵. Vale dizer, caso a declaração de inconstitucionalidade resulte na criação de uma lei praticamente nova, que não corresponda às intenções do poder legislativo, é inevitável a declaração de nulidade total. Em caso análogo, o STF reconheceu a carência da ação, por impossibilidade jurídica do pedido, porquanto dele surgiria normatização estranha ao crivo da Casa Legislativa¹¹⁶.

Cabe mencionar que a declaração de inconstitucionalidade parcial nem sempre redundará na cassação da lei. Isso porque o poder judiciário pode considerar inconstitucional

¹¹³ *Ibidem*, p. 21-22.

¹¹⁴ Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. § 1º - Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto. § 2º O veto parcial somente abrangerá texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea. (...)

¹¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.422-1.423.

¹¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão da ADI nº 3.459-6/RS. Relator Min. Marco Aurélio. Julgamento de 24/08/2005. Publicado no Diário da Justiça em 07/04/2006. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363383>>. Acesso em 15/05/2016.

uma específica hipótese de aplicação da lei, sem alterar ou reduzir seu texto¹¹⁷. É o caso, por exemplo, da inconstitucionalidade da cobrança de tributo sem a observância do princípio da anterioridade, que não impede que a legislação produza efeitos no exercício financeiro subsequente¹¹⁸.

É possível também que o âmbito de utilização da lei seja reduzido por interpretação conforme à constituição. Nessas situações, conclui-se que determinada interpretação dada à norma é inconstitucional, e outras não o são. Vale dizer, o juiz atribui à lei um significado conforme à constituição, a partir da premissa de que o legislador pretendeu introduzir no ordenamento um diploma normativo constitucional. O STF há muito utiliza essa técnica interpretativa, que, inicialmente, era aplicada a casos concretos e, posteriormente, foi adotada também no controle abstrato¹¹⁹.

Inicialmente, a jurisprudência daquela corte entendia que, quando dada a interpretação conforme, a declaração seria de constitucionalidade da lei, por isso a conclusão da arguição de inconstitucionalidade era de improcedência¹²⁰. Contudo, o STF passou a asseverar, em seus julgados, que a interpretação conforme se trata de modalidade de decisão do controle de normas, e não de um simples princípio interpretativo, estabelecendo uma equivalência com a inconstitucionalidade sem redução do texto¹²¹.

Em que pese este entendimento, há que se reconhecer a importância de distinguir tais categorias, levando-se em conta alguns problemas decorrentes da equiparação. Por exemplo, os casos que requeressem uma interpretação conforme à constituição deveriam ser submetidos ao pleno dos tribunais inferiores na forma do art. 97 da CRFB¹²². Acrescente-se que, nessa modalidade, declara-se a constitucionalidade de uma

¹¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.423-1.425.

¹¹⁸ Súmula nº 67 do STF: É inconstitucional a cobrança de tributo que houver sido criado ou aumentado no mesmo exercício financeiro.

¹¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.426-1.432.

¹²⁰ *Idem*.

¹²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão da Representação nº 1.417/DF. Relator Min. Moreira Alves. Julgamento de 09/12/87. Publicado no Diário da Justiça em 15/04/88. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=264125>>. Acesso em 01/06/2016.

¹²² Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

dada interpretação, excluindo expressa ou implicitamente outra, mas sem que se afirme que são inconstitucionais todas as compreensões possíveis e divergentes daquela fixada pela Corte. Por outro lado, na declaração de nulidade sem redução do texto, declara-se a inconstitucionalidade de determinada hipótese de aplicação¹²³.

Para Luís Roberto Barroso, a interpretação conforme a constituição é gênero do qual decorrem três variantes: 1) a hipótese em que o tribunal tão somente confere leitura da norma que melhore alcance o propósito constitucional; 2) a determinação de não incidência da norma a uma determinada situação fática; e 3) a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto, na qual se exclui determinada interpretação possível da norma (em geral, a mais latente), afirmando-se uma alternativa compatível¹²⁴.

Diante dessas questões, o STF vem revisando o posicionamento anterior, para conferir autonomia à interpretação conforme à constituição e à inconstitucionalidade parcial sem redução do texto¹²⁵. A Lei nº 9.868/99 também consagrou a diferenciação das técnicas, no parágrafo único do art. 28¹²⁶.

Por fim, ainda entre as técnicas de flexibilização da nulidade declarada pela decisão de inconstitucionalidade, impende destacar a possibilidade de o poder judiciário reconhecer que certa lei, embora ainda constitucional, possa vir a ser reconhecida inconstitucional no futuro, diante de mudanças fáticas¹²⁷. Foi como procedeu o STF no julgamento do HC nº 70.514, quando se questionou a constitucionalidade do § 5º do art. 5º da Lei nº 1.060, de 1950, com a redação dada pela Lei nº 7.871, de 1989, o qual concede prazo em dobro para recorrer às Defensorias Públicas. Naquela oportunidade, entendeu-se

¹²³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.426-1.432.

¹²⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 246 - 247.

¹²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão da ADI-MC nº1.045/DF. Relator Min. Marco Aurélio. Julgamento de 23/03/94. Publicado no Diário da Justiça em 06/05/94. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346785>>. Acesso em 01/06/2016.

¹²⁶ Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão.

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 1.435-1.436.

que não há como reconhecer a inconstitucionalidade do privilégio processual, enquanto a organização da instituição não alcançar o mesmo nível daquela que tem o Ministério Público, para que, frente a ele, possa atuar em posição de igualdade¹²⁸.

¹²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão do HC nº 70.514-6/RS. Relator Min. Sydney Sanches. Julgamento de 23/03/1994. Publicado no Diário da Justiça em 27/06/1997. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363383>>. Acesso em 15/05/2016.

2. A MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DA DECISÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE

2.1. A MODULAÇÃO DOS EFEITOS NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

Conforme mencionado na primeira parte deste trabalho, a teoria da nulidade - tradicionalmente adotada no Direito brasileiro - defende que é nula *ab initio* a lei inconstitucional, de modo que a decisão que reconhece a existência de tal vício tem caráter declaratório e eficácia retroativa, fulminando qualquer ato praticado com fundamento nela¹²⁹.

A aplicação irrestrita dessa teoria, contudo, pode dar azo a situações ainda mais inconstitucionais. Isso porque a retroação dos efeitos da decisão, em algumas hipóteses, sacrificará princípios constitucionais, como a segurança jurídica¹³⁰.

A doutrina já atentava a essa questão, antes de que se introduzissem dispositivos legais que temperassem a aplicação da teoria da nulidade. Era consenso entre os constitucionalistas que, em salvaguarda do princípio de proteção à coisa julgada, a ação rescisória era a única via processual adequada para desconstituir sentença transitada em julgado, fundamentada em lei posteriormente declarada inconstitucional, por decisão com efeitos *erga omnes*¹³¹.

Até mesmo na jurisprudência do STF já havia decisões admitindo a necessidade de relativizar a regra da nulidade. Podemos mencionar o RE nº 78.533, em que se discutiu a validade de penhora realizada por oficial de justiça, cuja nomeação fora feita com base em lei que foi declarada inconstitucional. Naquela oportunidade, a Corte deixou de invalidar os atos praticados pelo ex-servidor, tendo em conta a boa-fé de terceiros¹³². Em outra ocasião,

¹²⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 42.

¹³⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros. p. 352 - 355.

¹³¹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 43.

¹³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão do Recurso Extraordinário nº 78.533. Relator para Acórdão Min. Décio Miranda. Julgamento de 13/11/1981. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=173939>>. Acesso em 17/05/2016.

o Tribunal assentou que não deveria ser devolvida retribuição, percebida por servidor público, que veio a ser declarada inconstitucional, no período de tempo em que a invalidez da legislação instituidora ainda não havia sido reconhecida. Obviamente, após a declaração de inconstitucionalidade, a rubrica deixaria de ser paga¹³³.

Sendo assim, não é novidade, para os magistrados, situações de nítida ilegalidade ou inconstitucionalidade, cuja correção, com o retorno ao *status quo*, acarretaria danos fáticos ou jurídicos mais graves do que aqueles decorrentes da manutenção da invalidez posta.

Ao deparar-se com fatos consumados e irreversíveis ou, ainda, passíveis de reversão que causaria violação a preceitos constitucionais, a melhor alternativa ao julgador é ponderar os bens jurídicos em conflito, buscando adotar a solução menos gravosa para as partes, mesmo que implique a manutenção de situações antijurídicas¹³⁴.

Quando da Assembleia Constituinte que elaborou a Constituição Federal de 1988, apresentou-se proposta que facultaria ao STF estipular se a declaração de inconstitucionalidade, em ação direta, retroagiria ou não. A redação sugerida ao art. 127, § 2º era a seguinte: “Quando o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, determinará se eles perderão a eficácia desde a sua entrada em vigor, ou a partir da publicação da decisão declaratória”. Contudo, foi rejeitado o dispositivo¹³⁵.

Em 1994, no processo de revisão constitucional, foi novamente cogitada a possibilidade de inserir artigo similar na Constituição, com o seguinte teor: “Quando o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade, em tese, de lei ou ato normativo, poderá determinar, por maioria de dois terços de seus membros, a perda de sua

¹³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão do Recurso Extraordinário nº 122.202-6/MG. Relator para Acórdão Min. Francisco Rezek. Julgamento de 10/08/1993. Publicado no Diário da Justiça em 08/04/1994. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=207468>>. Acesso em 17/05/2016.

¹³⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 40-50.

¹³⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 45.

eficácia a partir do trânsito em julgado da decisão” (art. 103, § 5º). Mais uma vez, rechaçou-se a ideia¹³⁶.

Por fim, em 10 de novembro de 1999, logrou-se a inclusão expressa de norma, autorizando a limitação dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade, no bojo da Lei nº 9.868, a qual dispõe sobre o processo e julgamento de ação direta de inconstitucionalidade e ação direta de constitucionalidade perante o STF. No seu art. 27, à semelhança do art. 282 (4) da Constituição da República Portuguesa¹³⁷, estabeleceu-se que “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”. A disposição foi reproduzida também no art. 11 da Lei nº 9.882/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação de arguição de preceito fundamental¹³⁸. Mais recentemente, o Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015) também previu a modulação dos efeitos temporais do provimento judicial¹³⁹.

¹³⁶ *Idem*.

¹³⁷ 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.
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.

¹³⁸ Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

¹³⁹ Art. 525. Transcorrido o prazo previsto no art. 523 sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação. (...) § 12. Para efeito do disposto no inciso III do § 1º deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso. § 13. No caso do § 12, os

Na Exposição de Motivos nº 197 ao Projeto de Lei nº 2.960/97, que deu origem à Lei nº 9.868/99, asseverou-se que a introdução de tal norma era coerente com a evolução constatada no direito comparado. Ainda, sustentou-se que o afastamento da regra de nulidade somente se justificaria se, conforme entendimento de maioria qualificada dos membros do STF, a invalidação retroativa pudesse se distanciar ainda mais da vontade do Constituinte. Para tanto, o Tribunal deveria ponderar o princípio da nulidade da lei inconstitucional e os demais postulados constitucionais¹⁴⁰.

Ao discorrer sobre o art. 27 da Lei nº 9.868/99, Alexandre de Moraes ressalta que a legislação impôs um requisito formal e outro material à sua aplicação, quais sejam, a exigência de *quorum* de dois terços dos membros do STF e a necessidade de que a decisão esteja calcada em “razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”¹⁴¹, expressão esta que enfrenta críticas por parte da doutrina. Isso porque os termos empregados pela norma são indeterminados, conferindo uma margem de interpretação abrangente à Corte. Assim, a ausência de limites para a aferição desse requisito pode gerar insegurança ao jurisdicionado¹⁴². No entanto, é evidente que a previsão taxativa de todas hipóteses de modulação, além de ser impossível ao legislador, engessaria a atividade jurisdicional, que já teve sua atuação limitada com a introdução desses requisitos, os quais sequer existiam anteriormente, quando o STF já restringia a eficácia de suas decisões¹⁴³.

efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal poderão ser modulados no tempo, em atenção à segurança jurídica.

Art. 535. A Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, por carga, remessa ou meio eletrônico, para, querendo, no prazo de 30 (trinta) dias e nos próprios autos, impugnar a execução, podendo arguir: (...) § 5º Para efeito do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso. § 6º No caso do § 5º, os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal poderão ser modulados no tempo, de modo a favorecer a segurança jurídica.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: (...) § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

¹⁴⁰ Exposição de motivos nº 189, de 07/04/1997. ao Projeto de Lei nº 2.960 de 1997. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1999/lei-9868-10-novembro-1999-369587-exposicaodemotivos-150030-pl.html>>. Acesso em 17/05/2016.

¹⁴¹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 790.

¹⁴² CASTRO, João Bosco Marcial de. *O controle de constitucionalidade das leis: a legitimidade do Supremo Tribunal Federal para modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012. p. 201.

¹⁴³ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 42.

A segurança jurídica - princípio que norteia toda a ordem jurídica - encontra sentindo na concepção de Estado de Direito, traduzindo a ideia de que, em um determinado Estado, a lei submete a todos, inclusive o Poder Público, possibilitando uma convivência social organizada. Pode-se afirmar que há um mínimo de segurança jurídica quando as normas jurídicas: a) existam; b) regulem fatos posteriores à sua criação; c) sejam públicas, e d) tenham forma regular¹⁴⁴.

Quando fundada no excepcional interesse social, a modulação dos efeitos é justificada de modo não estritamente jurídico. Este termo representa o interesse prevalente na sociedade, não podendo ser confundido com o da pessoa jurídica estatal, porque é aquele do próprio conjunto social, não se confundindo com a soma de interesses individuais, mas um interesse dos indivíduos enquanto partícipes de uma coletividade¹⁴⁵.

De acordo com Gilmar Mendes, a limitação dos efeitos exige que se proceda a um juízo de ponderação do qual se conclua pela necessidade de proteção da segurança jurídica ou de outro princípio consagrado pela constituição, manifestado sob a forma de interesse social relevante. Para ele, a não aplicação da nulidade deve se basear em fundamento constitucional próprio, e não em consideração de política judiciária. Considera, portanto, que a modulação dos efeitos envolve a aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, como um instrumento de aferição da justeza da retroação dos efeitos, levando-se em conta o conflito entre os interesses atingidos pela norma e aqueles sacrificados pela decisão de inconstitucionalidade¹⁴⁶.

De todo modo, a imposição de requisitos formais e materiais pelo artigo denota que a regra geral, em nosso sistema jurídico, é de que os efeitos da decisão de inconstitucionalidade são *ex tunc*. Sendo assim, ausente manifestação expressa da Corte a respeito da eficácia do *decisum*, presume-se que este retroagirá. Contudo, há previsão de

¹⁴⁴ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 304-310.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 310-318.

¹⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.446.

exceções a essa regra geral: a produção de efeitos *ex nunc*, a partir do trânsito em julgado da decisão ou de qualquer outro momento fixado pelo STF¹⁴⁷.

Discorrendo a respeito dessa segunda hipótese, Alexandre de Moraes afirma que a data a ser escolhida deve estar compreendida no período entre a edição da norma e a publicação oficial da decisão, tendo em conta a regra geral de retroação. Contudo, o entendimento do STF é de que se admite a prospecção dos efeitos para data posterior à publicação, porquanto se trata de apelo ao legislador, o qual deverá editar norma nova, em determinado prazo, sem aquela inconstitucionalidade¹⁴⁸.

Acrescente-se que a limitação dos efeitos é aplicável também nos casos em que o STF reconhece a não recepção de um determinado ato normativo pela Constituição de 1988. Apesar de essa tese já ter encontrado resistência na jurisprudência tradicional, o Tribunal admiti-a em precedentes atuais¹⁴⁹.

Quanto à possibilidade de modular os efeitos da decisão sem que haja requerimento nesse sentido, entende Marinoni que seria irracional supor que o STF, tendo o poder para declarar inconstitucionalidade, necessitaria de pedido expresso para prestar a tutela jurisdicional que lhe compete de modo adequado, isentando certas situações consolidadas de possíveis prejuízos advindos de suas próprias decisões¹⁵⁰. Aquele Tribunal entende que, presentes as condições necessárias à modulação dos efeitos, há o dever de aplicá-la e, caso não o faça, são admissíveis embargos de declaração, mesmo que a parte não tenha pleiteado a limitação da eficácia¹⁵¹.

¹⁴⁷ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 791-792.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 792.

¹⁴⁹ Caso em que se reconheceu a não recepção da expressão “nos regulamentos do Exército, da Marinha e da Aeronáutica”, constante no art. 10 da Lei nº 6.880/80. Contudo, o STF manteve a validade dos limites de idade previstos em editais e regulamentos com base naquele dispositivo.

(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão do RE nº 600.885/RS. Relatora Min. Carmen Lúcia. Julgamento de 09/02/2011. Publicado no Diário da Justiça em 30/06/2011. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=624857>>. Acesso em 20/05/2016).

¹⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 1.091.

¹⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão dos Embargos de Declaração na ADI nº 3.601/DF. Relator Min. Dias Toffoli. Julgamento de 09/09/2010. Publicado no Diário da Justiça em 14/12/2010. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617937>>. Acesso em 20/05/2016.

No que se refere ao modo de aplicação do art. 27 da Lei nº 9.868/99, a Corte Suprema já assentou que o procedimento de modulação é bifásico, escalonado e progressivo. Isso porque, em um primeiro momento, procede-se ao julgamento a respeito do mérito da constitucionalidade e, em seguida, àquele referente à restrição dos efeitos. Dessa forma, ocorrem duas apreciações autônomas e distintas, sendo que a segunda tem como pressuposto a declaração prévia da inconstitucionalidade¹⁵².

Analisado o conteúdo do dispositivo que possibilitou, de modo expresso, a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade na ADI e na ADC, bem como a forma pela qual se dá a sua aplicação no bojo do processo, impende verificar em que situações este vem sendo utilizado pelo STF. Há que se dizer que a moderação e a prudência têm norteado a atuação da Corte, que excepciona a regra da nulidade em hipóteses muito específicas¹⁵³.

Para ilustrar, citemos a decisão proferida na ação, proposta pelo Procurador-Geral da República, que visava à declaração de inconstitucionalidade da Lei Distrital nº 3.642/05, que dispunha sobre a Comissão Permanente de Disciplina da Polícia Civil do Distrito Federal, ao argumento de que violava o art. 21, inciso XIV da CRFB¹⁵⁴. O diploma legal foi julgado inconstitucional pelo STF, porque tratou de forma indevida sobre o regime jurídico dos integrantes da Polícia Civil do Distrito Federal, o que cabe exclusivamente à União, a teor da Constituição¹⁵⁵ (Embargos de Declaração na ADI nº 3.601/DF).

O Governador do Distrito Federal interpôs embargos de declaração em face do acórdão, pleiteando a modulação dos efeitos da decisão. Na oportunidade, o STF assentou que tem o dever de modular os efeitos quando presentes os requisitos do art. 27 da Lei nº 9.868/99, independentemente de pedido da parte autora nesse sentido. Reconheceu-se, por

¹⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inteiro Teor da ADI nº 3.462/PA. Relatora Min. Carmen Lúcia. Julgamento de 15/09/2010. Publicado no Diário da Justiça em 14/02/2011. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=618979>>. Acesso em 17/05/2016.

¹⁵³ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 47.

¹⁵⁴ Art. 21. Compete à União: (...) XIV - organizar e manter a polícia civil, a polícia militar e o corpo de bombeiros militar do Distrito Federal, bem como prestar assistência financeira ao Distrito Federal para a execução de serviços públicos, por meio de fundo próprio; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (...).

¹⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão da ADI nº 3.601/DF. Relator Min. Dias Toffoli. Julgamento de 15/04/09. Publicado no Diário da Justiça em 20/08/2009. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=601135>>. Acesso em 20/05/2016.

maioria, que havia a necessidade de preservar os atos praticados pela Comissão Permanente durante os quatro anos de aplicação da legislação impugnada, levando-se em conta que diversos policiais já haviam sido processados, punidos e afastados por força da lei distrital¹⁵⁶.

Ainda elucidando a produção de efeitos *ex nunc*, relevante é mencionar o julgamento dos Embargos de Declaração na ADI nº 4.167/DF. A ação, proposta por Governadores de diversos Estados, foi julgada improcedente, confirmando-se assim a validade da Lei nº 11.738/08, que instituiu o piso nacional dos profissionais da educação básica. Ocorre que, durante a tramitação do feito, o STF havia deferido parcialmente a liminar, para estabelecer interpretação conforme a constituição, no sentido de que se considerasse como piso não o vencimento básico inicial, mas o total da remuneração¹⁵⁷. Dessa maneira, as administrações estaduais planejaram-se, em matéria orçamentária, de acordo com a decisão liminar proferida pela Corte e a sua revogação com efeitos *ex tunc* exigiria, nos termos do voto do Ministro Teori Zavascki, uma reprogramação também retroativa¹⁵⁸. Considerando isso, foram acolhidos os embargos declaratórios, para que os efeitos da constitucionalidade fossem *ex nunc*. Isto é, muito embora reconhecida a legitimidade da lei perante a constituição, fez-se necessária a limitação dos respectivos efeitos.

Como exemplo de decisão que determina que a inconstitucionalidade produzirá efeitos em um marco inicial dado pelo STF, temos aquela proferida na ADI nº 2.240/BA, ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores. Nessa demanda, apreciou-se a (in)constitucionalidade da Lei nº 7.619/00 do Estado da Bahia, da qual se originou o Município de Luís Eduardo Magalhães, em decorrência do desmembramento do Município de Barreiras¹⁵⁹. A parte autora asseverou que a criação daquele ente, um ano antes das eleições municipais, violou o texto constitucional, ante a ausência de legislação

¹⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão dos Embargos de Declaração na ADI nº 3.601/DF. Relator Min. Dias Toffoli. Julgamento de 09/09/2010. Publicado no Diário da Justiça em 14/12/2010. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617937>>. Acesso em 20/05/2016.

¹⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão dos Embargos de Declaração na ADI nº 4.167/DF. Relator Min. Joaquim Barbosa. Julgamento de 27/02/2013. Publicado no Diário da Justiça em 09/10/2013. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617937>>. Acesso em 21/05/2016.

¹⁵⁸ *Ibidem*, voto do Min. Teori Zavascki, p. 10 - 11.

¹⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inteiro Teor da ADI nº 2.240/BA. Relator Min. Eros Grau. Julgamento de 09/05/2007. Publicado no Diário da Justiça em 03/08/2007. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=474616>>. Acesso em 18/05/2016.

complementar federal que definisse o período em que novos municípios poderiam ser formados, exigida expressamente pela Constituição no art. 18, § 4º¹⁶⁰.

Inicialmente, o Ministro Eros Grau, Relator daquele feito, manifestou-se pela improcedência da ação. Seu voto foi fundamentado na realidade fática posta naquela municipalidade, existente já há sete anos quando do julgamento pelo STF. O magistrado considerou que, no seu território, foram praticados atos autônomos próprios de um ente federativo, tais como a edição de lei orgânica e outras leis de competência municipal, instituição e cobrança de tributos, prestações de serviços públicos, eleições de prefeito e vice-prefeito, bem como de vereadores. Teve em conta, também, que naquela localidade celebraram-se casamentos e foram registrados nascimentos e óbitos. Assim, apesar de expressamente reconhecer que sua gênese deu-se em arrepio à Constituição, primou por preservar a boa-fé dos indivíduos e julgar improcedente a ação¹⁶¹.

Em voto-vista, o Ministro Gilmar Mendes entendeu por dar solução diversa ao caso. Ao seu ver, o voto proferido pelo Relator colocava em primazia o princípio da segurança jurídica, em total detrimento do da nulidade do ato inconstitucional. A fim de otimizar a aplicação de ambos, deles extraíndo a máxima eficácia possível, concluiu ser hipótese de se declarar a inconstitucionalidade da lei que criou o Município, prevendo a modulação dos efeitos da decisão, que seriam produzidos vinte e quatro meses após a sua publicação. Argumentou que a adoção irrestrita da teoria da nulidade, em situações como aquela, faria com que o Tribunal deixasse de declarar a inconstitucionalidade, ainda quando ela estivesse evidente, ante os prejuízos que os efeitos retroativos provocariam¹⁶².

Feita essas digressões, o Ministro Eros Grau retificou seu voto para acompanhar o do Ministro Gilmar Mendes. Naquela oportunidade, então, o STF, por

¹⁶⁰ Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição. (...) § 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 15, de 1996)

¹⁶¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Min. Eros Grau na ADI nº 2.240/BA. Relator Min. Eros Grau. Julgamento de 09/05/2007. Publicado no Diário da Justiça em 03/08/2007. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=474616>>. Acesso em 18/05/2016.

¹⁶² *Ibidem*, voto do Min. Gilmar Mendes.

maioria, limitou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, concedendo vinte e quatro meses de sobrevida à legislação impugnada.

Apesar desses e de outros casos em que aplicada a técnica de modulação dos efeitos temporais, o art. 27 da Lei nº 9.868/99 segue sendo alvo de críticas por parte da doutrina. Contra ele, inclusive, foram propostas as ADI nº 2.154-2/DF e nº 2.258-0/DF, respectivamente pela Confederação Nacional das Profissões Liberais - CNPL e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, distribuídas inicialmente ao Min. Sepúlveda Pertence, que ainda não foram julgadas pelo STF.

Luís Roberto Barroso, que participou da comissão constituída para a elaboração do anteprojeto que deu origem à Lei nº 9.868/99, manifestou-se contra a inovação, sendo voto vencido. De acordo com ele, a providência exigia emenda constitucional, tendo em conta que o próprio STF atribuía hierarquia constitucional ao princípio da nulidade da lei inconstitucional. Tanto é que as duas tentativas anteriores de introduzir norma de conteúdo similar se deram por emenda constitucional¹⁶³.

Em defesa da constitucionalidade do dispositivo, Ives Gandra e Gilmar Mendes asseveraram que a autorização de restringir os efeitos da decisão não decorre do art. 27, mas sim da própria aplicação sistemática da Constituição. Referiram que, considerando que o texto constitucional deixou de dispor acerca da matéria, deveriam ser regulamentadas por lei as questões relativas à superação do estado de inconstitucionalidade¹⁶⁴.

No que concerne ao mérito do dispositivo, Barroso entendeu que a tese de que, em certas ocasiões, a produção de efeitos retroativos traz consequências indesejadas pela própria Constituição é respeitável. Entretanto, a jurisprudência do STF já tratava de tais situações com equilíbrio. Dessa forma, não se fazia necessário ato legislativo interferindo nesse ponto. Argumentou, ainda, que o Legislativo acabou por limitar a liberdade de ponderação do STF, ao exigir o *quorum* de dois terços de seus membros. Assim, questionou

¹⁶³ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 46-47.

¹⁶⁴ MARTINS. Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 497.

se poderia o legislador ordinário impor restrição como tal à ponderação de valores constitucionais¹⁶⁵.

Para Regina Maria Macedo Nery Ferrari, seria, de fato, diferente se a própria Constituição fosse quem determinasse a possibilidade de limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no tempo. Todavia, sustentou que só o poder constituinte originário, por ser ilimitado, poderia estipular tal determinação, ante a limitação prevista no art. 60, § 4º, da CRFB¹⁶⁶, ao poder reformador¹⁶⁷. Asseverou, ainda, que a postura da doutrina brasileira em aceitar a nulidade absoluta da lei inconstitucional foi consequência de posicionamentos jurisprudenciais nesse sentido, de modo que não lhe parecia ser inconstitucional a previsão legal da modulação dos efeitos. Para ela, não era caso de se rechaçar a utilização desse mecanismo, mas sim de perceber que a forma pela qual ele foi implantado na ordem normativa abriu margem para muitos questionamentos, os quais enfraquecem a segurança jurídica, justamente uma das finalidades precípua do Direito¹⁶⁸.

Por sua vez, Lênio Streck atribuiu à modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade os apelidos de “inconstitucionalidade por tempo certo” ou “inconstitucionalidade interrompida”, salientando que o uso do instituto, quando não preenchidos os requisitos de excepcional interesse social ou segurança jurídica, poderá acarretar muitos problemas, os quais considerou que já vêm ocorrendo¹⁶⁹. No entanto, o autor apontou que a modulação dos efeitos traz consigo a superação da dicotomia entre nulidade e anulabilidade, já insuficiente para explicar as decisões proferidas atualmente, que dão ênfase à análise da validade da lei. Assim, explicou que é a sentença que declara a inconstitucionalidade da norma que conecta os planos de validade e eficácia¹⁷⁰.

¹⁶⁵ *Idem*.

¹⁶⁶ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...) § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.

¹⁶⁷ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 300-301.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 301.

¹⁶⁹ STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 802.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 807.

Apesar de reconhecer a importância da técnica, Streck criticou a possibilidade de que a modulação dos efeitos torne-se uma tarefa arbitrária feita pelo julgador, que deve estar atrelado ao que denomina de “pesadas correntes hermenêuticas”, as quais, simultaneamente, autorizam e obrigam que os efeitos sejam modulados, a fim de preservar direitos e garantias. Vale dizer, o art. 27 da Lei nº 9.868/99 não pode ser usado com discricionariedade, exatamente porque foi inserido no ordenamento jurídico com o intuito de promover o Estado Democrático de Direito, assegurando-se direitos fundamentais¹⁷¹. O jurista ressaltou que a utilização desse mecanismo ganha força em razão da insuficiência do modelo da nulidade diante de constituições dirigentes¹⁷² como a nossa, que faz do controle de constitucionalidade garantidor não só de direitos fundamentais, mas também de prestações positivas do Estado. Entretanto, a modulação dos efeitos só poderia ser utilizada para proteger garantias fundamentais dos efeitos ordinários de uma decisão declaratória de inconstitucionalidade¹⁷³.

Concluiu Streck que o consequencialismo não pode servir de justificativa à aplicação da modulação dos efeitos, pois o julgamento seria fundamentado em política, e não em princípios constitucionais. Discordou dos autores que defendem a aplicação princípio da proporcionalidade, de forma a ponderar supremacia constitucional e razões de segurança jurídica ou excepcional interesse público, por entender que a proporcionalidade tornou-se álibi teórico para escolher entre uma das possibilidades e sustentar ações pragmaticistas. O jurista exemplificou essa assertiva, afirmando que o uso desse postulado torna possível justificar a desapropriação de bem de particular sem contrapartida econômica, já que é do interesse coletivo a incorporação de bem expropriado ao Estado e

¹⁷¹ *Idem.*

¹⁷² Canotilho refere que a constituição dirigente é um programa normativo do Estado e da sociedade, pelo qual se definem as tarefas econômicas e sociais estatais, a fim de que se alcance um plano constitucionalmente fixado. Explica o autor português que as leis constitucionais alteraram a sua própria função, buscando um sentido mais pragmático e introduzindo fins político-econômicos, o que se fez com o fito de reforçar a própria legitimidade constitucional. De forma mais simplificada, Pedro Lenza explica que a constituição dirigente traz normas programáticas de conteúdo social, estabelecendo metas a serem atingidas pelo Estado, indo além da constituição liberal ou constituição-garantia, que assegura direitos fundamentais e limita a ingerência estatal.

(CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 157 - 169; LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 59 - 97.).

¹⁷³ STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 808

que a indenização causa prejuízo indesejável aos cofres públicos. Dessa maneira, a proporcionalidade justifica raciocínios jurídicos incoerentes¹⁷⁴.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho também teceu alguns comentários ao analisar o art. 27 da Lei nº 9.868/99. O primeiro deles é de que, para ele, não é mais rígida a constituição brasileira, dado que, ao viabilizar a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, permitiu-se que sejam considerados válidos atos inconstitucionais. Isto é, a violação à Carta Maior será direito, mesmo depois de reconhecida a sua invalidade pelo STF. Logo, é como se o ato tivesse modificado a constituição pelo tempo que foi tolerado¹⁷⁵. No seu segundo comentário, o autor destacou que a ADI não tem mais natureza declaratória. Afinal, o ato será desconstituído, em maior ou menor grau, pela Corte Suprema, conforme este module os efeitos da decisão. Assevera, assim, que se trata de uma ação constitutiva negativa. Diante disso, suscitou questionamento a respeito da compatibilidade da inserção do palavra “declaratória” no nome da ADI¹⁷⁶. O terceiro destaque feito por Manoel Gonçalves é de que o artigo possibilitou uma atuação política do Tribunal. Isso porque os efeitos da decisão serão modulados quando os Ministros daquela Corte entenderem que há razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social para fazê-lo. Para o constitucionalista, esta é uma apreciação de conveniência e oportunidade e, portanto, tem caráter subjetivo. A exigência de *quorum*, ao seu ver, acentua a natureza política da técnica de modulação dos efeitos. Reforçou essa tese o art. 28, ao condicionar a produção de efeito vinculante e eficácia contra todos à publicação do dispositivo da decisão no diário oficial, do mesmo modo que ocorre no processo legislativo. Ao produzir efeitos vinculantes, é como se a decisão lei fosse. De forma um tanto quanto radical, o jurista concluiu que o STF torna-se ou, ao menos, tende a se tornar uma terceira câmara do Poder Legislativo¹⁷⁷.

A despeito de tais críticas, aquela Corte já decidiu que o sistema pátrio comporta a modulação de efeitos, sem que isso implique violação ao texto constitucional¹⁷⁸. Muito embora não tenham sido julgadas em definitivo as ADIs propostas em face do art. 27

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 809.

¹⁷⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 232.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 233.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 233 - 234.

¹⁷⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 790.

da Lei nº 9.868/99, em outras oportunidades, assentou-se que a ponderação entre o Estado de Direito na sua expressão legalidade e na sua vertente segurança jurídica respalda a adoção da técnica¹⁷⁹. Ademais, conforme os julgados analisados, percebe-se que o STF tem fundamentado devidamente a restrição da eficácia de suas decisões. Pode-se afirmar, portanto, que a moderação e a prudência têm norteado o uso do mecanismo, o qual foi aplicado em hipóteses excepcionais que não provocaram maiores reações¹⁸⁰.

¹⁷⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Informativo STF nº 600. Publicado em 17/09/2010. <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo600.htm>>. Acesso em 21/05/2016.

¹⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 47.

2.2. A MODULAÇÃO DOS EFEITOS NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

Anteriormente, analisamos a introdução da modulação dos efeitos de forma expressa no sistema jurídico brasileiro, por meio da Lei nº 9.868/99. O diploma legal em questão dispôs sobre o processo e julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade perante o STF, depreendendo-se de sua literalidade que a aplicação do art. 27 dar-se-ia apenas no bojo do controle concentrado de constitucionalidade.

A teor do que já observamos, a declaração de inconstitucionalidade no controle difuso, fulmina a lei ou ato normativo impugnado desde a sua origem, desfazendo todos os seus efeitos perante as partes. Essa conclusão é corolário da teoria da nulidade do ato normativo inconstitucional, consagrada tradicionalmente pela jurisprudência brasileira. Portanto, é decisão que produz efeitos *ex tunc*¹⁸¹.

Impende recordar que o controle difuso é exercido, em regra, de forma incidental, quando suscitada a questão da inconstitucionalidade em um conflito de interesses concreto. Assim, a coisa julgada produzida na demanda ficará limitada ao pedido deduzido na inicial, o qual, necessariamente, pretenderá a solução da controvérsia entre as partes¹⁸². Por isso, o efeito da decisão, a teor do que preconiza o CPC (Lei nº 13.105/15)¹⁸³, será tão somente *inter partes*.

Como a questão da inconstitucionalidade é prejudicial, e não objeto principal do feito, a coisa julgada formada, em tese, não versará sobre a declaração de inconstitucionalidade. É o que se extrai do diploma processual, que exclui a motivação do *decisum* e, em geral, as questões prejudiciais do âmbito de imutabilidade e indiscutibilidade¹⁸⁴.

¹⁸¹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 751-752.

¹⁸² BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 160-161.

¹⁸³ Art. 506. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros. (CPC/2015)

¹⁸⁴ Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida. § 1º O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentemente no processo, se: I - dessa resolução depender o julgamento do mérito; II -

A Constituição previu a possibilidade de se estender os efeitos produzidos no controle difuso, de modo que estes se tornem *erga omnes*. Para tanto, atribuiu ao Senado Federal a competência para suspender a execução no todo ou em parte da lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo STF, por decisão definitiva (art. 52, inciso X da CRFB)¹⁸⁵. De acordo com o Regimento Interno daquela Casa Legislativa, isso ocorrerá quando ela for comunicada pelo Presidente daquele Tribunal, quando o Procurador-Geral da República representar ou, ainda, quando houver projeto de resolução de iniciativa de Comissão de Constituição, Cidadania e Justiça¹⁸⁶.

Editada a resolução, a lei ou ato normativo perderá sua eficácia perante todos, porém, em regra, os efeitos produzidos serão *ex nunc*, porquanto não retirado do ordenamento jurídico, mas apenas suspenso¹⁸⁷. Assim pensa grande parte da doutrina, atribuindo à resolução um caráter constitutivo negativo¹⁸⁸.

No entanto, é possível que, em certas hipóteses, atribuam-se efeitos retroativos a essa ingerência do Senado Federal, conforme prevê expressamente o art. 1º, § 2º, do Decreto nº 2.346/97¹⁸⁹. Alguns juristas¹⁹⁰, inclusive, entendem que a resolução limita-se a

a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia; III - o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal. § 2º A hipótese do § 1º não se aplica se no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial.

Art. 504. Não fazem coisa julgada: (...) I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; (...) (CPC/2015)

¹⁸⁵ Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: (...) X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal; (...)

¹⁸⁶ Art. 386. O Senado conhecerá da declaração, proferida em decisão definitiva pelo Supremo Tribunal Federal, de inconstitucionalidade total ou parcial de lei mediante: I - comunicação do Presidente do Tribunal; II - representação do Procurador-Geral da República; III - projeto de resolução de iniciativa da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.

Art. 387. A comunicação, a representação e o projeto a que se refere o art. 386 deverão ser instruídos com o texto da lei cuja execução se deva suspender, do acórdão do Supremo Tribunal Federal, do parecer do Procurador-Geral da República e da versão do registro taquigráfico do julgamento.

Art. 388. Lida em plenário, a comunicação ou representação será encaminhada à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, que formulará projeto de resolução suspendendo a execução da lei, no todo ou em parte.

¹⁸⁷ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 749-751.

¹⁸⁸ Este é o entendimento de Themístocles Cavalcanti, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, José Afonso da Silva, Regina Maria Macedo Nery Ferrari e Alexandre de Moraes. (CLÈVE, Clèmerson Melin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 122).

¹⁸⁹ Art. 1º As decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional deverão ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta, obedecidos aos procedimentos estabelecidos neste Decreto. § 1º Transitada em julgado decisão do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, em

dar publicidade a decisão (de efeitos *ex tunc*) proferida pelo STF. Dessa maneira, para eles, ela é declaratória e deve sempre retroagir, considerando-se também que a regra do nosso sistema jurídico é da nulidade *ab initio* do ato normativo inconstitucional ¹⁹¹.

Saliente-se que a Constituição permitiu a suspensão da eficácia no todo ou em parte da lei declarada inconstitucional. Analisando este ponto, Clèmerson Merlin Clève assevera que é lícito àquela Câmara suspender apenas parte de lei cuja inconstitucionalidade tenha sido reconhecida em sua integralidade pelo STF¹⁹². É a mesma tese encampada por Michel Temer, para quem a expressão “no todo ou em parte” concede abertura ao Senado para dimensionar a suspensão dos efeitos, à semelhança do que faz o art. 66, § 1º, da CRFB¹⁹³ ao prever o veto presidencial¹⁹⁴.

Alexandre de Moraes destaca que o Senado Federal pode editar ou não a resolução, de acordo com a sua discricionariedade, não estando compelido a fazê-lo pela decisão do STF¹⁹⁵. Logo, esta seria uma atividade de natureza política, realizada conforme a conveniência e oportunidade de se suspender os efeitos do ato normativo objurgado¹⁹⁶. Não é o que entende a jurisprudência mais atual. Conforme explica o Ministro Gilmar Mendes, a reforma que se procedeu no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro não sustenta mais essa tese, calcada na separação dos poderes. Segundo o jurista, a

ação direta, a decisão, dotada de eficácia *ex tunc*, produzirá efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional, salvo se o ato praticado com base na lei ou ato normativo inconstitucional não mais for suscetível de revisão administrativa ou judicial. § 2º O disposto no parágrafo anterior aplica-se, igualmente, à lei ou ao ato normativo que tenha sua inconstitucionalidade proferida, incidentalmente, pelo Supremo Tribunal Federal, após a suspensão de sua execução pelo Senado Federal. (BRASIL, Decreto n. 2.346. Publicado em 10 de outubro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2346.htm>. Acesso em 31/05/2016.)

¹⁹⁰ Entre eles, Gilmar Mendes, Clèmerson Merlin Clève, Marcello Caetano e Paulo Napoleão Nogueira da Silva. (CLÈVE, Clèmerson Melin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 123).

¹⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Min. Gilmar Mendes na Reclamação nº 4.335/AC. Relator Min. Gilmar Mendes. Julgamento de 20/03/14. Publicado no Diário da Justiça em 22/10/14. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>>. Acesso em 30/05/2016.

¹⁹² CLÈVE, Clèmerson Melin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 120.

¹⁹³ Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. § 1º - Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto. (...)

¹⁹⁴ TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 48.

¹⁹⁵ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 749-751.

¹⁹⁶ CLÈVE, Clèmerson Melin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 121 - 122.

ampliação do controle abstrato e concentrado denota a importância dada à jurisdição constitucional, de modo que as decisões proferidas por aquela Corte devem servir de norte à interpretação da ordem jurídica, mesmo que proclamadas em sede de controle difuso. Dessa forma, sendo o Senado Federal comunicado da decisão de inconstitucionalidade, deverá dar-lhe publicidade, na forma do art. 52, X, da CRFB. E conclui que é a própria decisão do Tribunal que tem força normativa, e não a resolução, não havendo razão para deixar de reconhecer a inconstitucionalidade da norma, em casos análogos, pela inércia da Casa Legislativa em editá-la¹⁹⁷.

Incontestável, contudo, a imprescindibilidade de o Senado Federal ser impulsionado a editar a resolução. Uma vez suspensos os efeitos da lei ou do ato normativo, não é mais possível que aquela Câmara venha, autonomamente, a alterar seu entendimento, tornando o ato sem efeito ou mesmo modificando-o. Por isso, este instituto é muito pouco utilizado no país. Sua aplicação tornou-se ainda mais diminuta com a possibilidade de o STF editar súmula vinculante a respeito da validade, interpretação e eficácia das normas, o que evita que a controvérsia continue a causar insegurança jurídica¹⁹⁸.

De qualquer maneira, até que sobrevenha a resolução, suspendendo a execução da norma, as decisões proferidas no controle difuso têm, em regra, efeitos *inter partes* e *ex tunc*.

Entretanto, a aplicação irrestrita da regra de retroação implicaria, em determinada hipóteses, o sacrifício de outros princípios jurídicos constitucionalmente tutelados criando uma situação ainda mais inconstitucional do que aquela já posta pela lei declarada inconstitucional¹⁹⁹.

Nesse aspecto, não há razões para diferenciar os controles difuso e concentrado de constitucionalidade, já que a problemática pode-se apresentar em ambos os sistemas²⁰⁰.

¹⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inteiro teor da Reclamação nº 4.335/AC. Relator Min. Gilmar Mendes. Julgamento de 20/03/14. Publicado no Diário da Justiça em 22/10/14. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>>. Acesso em 30/05/2016.

¹⁹⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 749-751.

¹⁹⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros. p. 352-355.

²⁰⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.259.

A despeito disso, a modulação dos efeitos da decisão que reconhece a nulidade da lei ou ato normativo ingressou no ordenamento jurídico, por meio da Lei nº 9.868/99 e Lei nº 9.882/99, disciplinando expressamente o segundo.

Tendo em conta que o direito norte-americano é a matriz do sistema difuso brasileiro, imprescindível que analisemos como a questão foi solvida por aquela ordem jurídica. Naquele país, em que o controle é fundamentalmente incidental, diz-se que a lei inconstitucional sequer é lei. Ocorre que, passada a crise de 1929, tornou-se admissível a imposição de limites à declaração da inconstitucionalidade, diante do caos que os efeitos retroativos poderiam trazer²⁰¹.

Nos Estados Unidos da América, foi o caso *Linkletter versus Walker* que introduziu profundas mudanças na concepção de nulidade da norma inconstitucional. Linkletter foi processado por crime similar ao de invasão de domicílio, sendo condenado à pena de nove anos de trabalhos forçados em 28/05/1959. Ocorre que, em 19/06/1961, a Suprema Corte considerou inadmissíveis, em julgamentos criminais perante uma corte estadual, provas colhidas por meio de busca e apreensão, em contrariedade aos preceitos da Constituição federal norte-americana (caso *Mapp versus Ohio*). Atento a isso, Linkletter impetrou *habeas corpus*, o qual foi denegado. Por meio de recursos, o feito foi submetido à apreciação da Suprema Corte²⁰², que negou provimento ao *writ*, não concedendo a ordem e deixando de aplicar retroativamente, para aquele caso, o precedente de *Mapp versus Ohio*. Em sua fundamentação, a Suprema Corte definiu que não é automática a retroatividade da decisão de invalidade sobre julgamentos finais anteriores. Assim, a retroação depende de uma análise a respeito das relações jurídicas consolidadas e de direitos adquiridos. Ainda, assentou que a Constituição nem proíbe nem exige o efeito retroativo do *decisum* de inconstitucionalidade e cabe, em cada situação, à Corte determinar se é apropriada a eficácia retroativa ou prospectiva. Asseverou, por fim, que as regras fixadas no precedente de Ohio tinham o intuito de desestimular ações ilegais por parte da polícia e determinar que os órgãos federais e estaduais operassem naqueles mesmos padrões fixados. A atribuição de efeitos retroativos, de acordo com o Juiz Clark, quebrantaria a confiança que as instituições

²⁰¹ *Idem*.

²⁰² CINTRA, Fernando Vogel. *Modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade em controle difuso de constitucionalidade: contribuição para uma análise comparativa entre EUA e Brasil*. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2010, p. 23 - 39. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/27094/000763271.pdf?sequence=1>>. Acesso em 24/05/2016.

estaduais depositavam em precedentes decididos em sentido oposto, como *Wolf versus Colorado*, e imporia um trabalho desmedido à justiça²⁰³.

A partir daí, o sistema norte-americano passou a admitir a limitação dos efeitos da decisão tanto no que tange ao grau de sua retroação - que pode ser ampla ou limitada - como para torná-la prospectiva. Nessa última hipótese, permitiu-se uma prospecção limitada - na qual se aplica a decisão de inconstitucionalidade ao processo originário - ou uma puramente para o futuro, na qual não se aplica decisão sequer ao processo do qual se originou a controvérsia a respeito da constitucionalidade²⁰⁴.

Daí se percebe que o próprio sistema jurídico berço do controle de constitucionalidade difuso, desde 1965, demonstra que a modulação dos efeitos é nele aplicável. Diante disso, Lênio Streck aduz ser infundada a alegação de que o mecanismo não pode ser utilizado no sistema difuso brasileiro, sob o argumento de que a técnica está inserta na Lei nº 9.868/99, que dispõe sobre as ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade, porquanto as raízes históricas do nosso modelo de controle constitucional indicam o contrário²⁰⁵.

De acordo com Gilmar Mendes, os conceitos jurídicos indeterminados trazidos pelo art. 27 da Lei nº 9.868/99 - segurança jurídica e excepcional interesse social - tem base na própria lei fundamental. Logo, ainda que a legislação refira-se às ações diretas, a modulação faz-se possível em qualquer espécie de controle. Afinal, a utilização da técnica encontra fundamento na própria Constituição, porquanto essa assegura a proteção de outros princípios jurídicos, além do da nulidade. Portanto, a restrição dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade é uma possibilidade para o modelo de controle de constitucionalidade como um todo²⁰⁶.

Vale dizer que, se o sistema constitucional é quem legitima a modulação dos efeitos no controle concentrado, não faz sentido que não a legitime também no controle

²⁰³ *Idem*.

²⁰⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.259.

²⁰⁵ STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 810.

²⁰⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.260.

difuso, a teor do que já salientamos. Afinal, a decisão poderá ter efeitos indesejáveis em ambos. Do contrário, a limitação dos efeitos perderia seu significado²⁰⁷.

Esse mesmo entendimento é seguido por Alexandre de Moraes, que sustenta que, excepcionalmente, fundada nos princípios de segurança jurídica e de boa-fé, será possível, no caso concreto, a decisão de inconstitucionalidade incidental com efeitos *ex nunc*. Contudo, salienta que isso só deverá ser feito se houver razões de ordem pública ou social que exijam a restrição dos efeitos²⁰⁸.

Gilmar Mendes esclarece que a limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade se dá a partir de uma ponderação concreta, da qual se conclua que a retroação sacrificaria de modo excessivo a segurança jurídica ou outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social. Desta feita, o jurista explica que essa análise está condicionada ao princípio da proporcionalidade, o que implica avaliar o confronto entre a regra da nulidade do ato inconstitucional e os demais princípios constitucionais afetados pelos efeitos *ex tunc*. Isto é, a modulação não poderá ser proferida por decisão arbitrária, fundamentada em considerações de política judiciária, tomadas conforme conveniência e oportunidade²⁰⁹.

Ao analisar tais digressões, feitas pelo Ministro Gilmar Mendes, no bojo do julgamento de um recurso extraordinário, Lênio Streck reprova a posição adotada pelo julgador. A despeito de defender a possibilidade de modulação dos efeitos no controle difuso, ele tece críticas severas à ponderação de princípios e à utilização da proporcionalidade, que se tornou um alibi teórico para escolher qualquer uma das soluções possíveis e sustentar ações pragmaticistas e consequencialistas, isto é, fundadas em política judiciária. Ainda segundo ele, Mendes transformou a expressão “relevante interesse social” em um “superprincípio”, o qual abre margens à discricionariedades e decisionismos²¹⁰.

²⁰⁷ *Idem*.

²⁰⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 750.

²⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Min. Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário nº 197.917/SP. Relator Min. Maurício Corrêa. Julgamento de 06/06/02. Publicado no Diário da Justiça em 07/05/2004. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=235847>>. Acesso em 25/05/2016.

²¹⁰ STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 809-812.

Por sua vez, Luiz Guilherme Marinoni assenta que o poder de restringir a eficácia das decisões, em sede de controle difuso, é consequência da aplicação do princípio de proteção à confiança justificada, e não da necessidade de harmonizar o princípio da nulidade do ato inconstitucional com o da segurança jurídica. O autor segue explicando que a outorga de efeitos prospectivos à declaração de inconstitucionalidade, apesar de garantida pelo art. 27 da Lei nº 9.868/99, não decorre do dispositivo legal. O que fundamenta a técnica é a preocupação de não atingir situações consolidadas com base em precedentes, e não de proteger situações formadas com base em lei inconstitucional. Logo, não há como negar a possibilidade de modular os efeitos em sede de controle difuso²¹¹.

Marinoni aponta que, no Brasil, a modulação dos efeitos foi pensada para tutelar a segurança jurídica frente o princípio da nulidade dos atos inconstitucionais. Por isso, não se percebeu de imediato a necessidade de previsão desse mecanismo também para o modelo difuso, porquanto nesse não há nulidade pronunciada pelo juiz²¹².

Seguindo o mesmo norte da doutrina, o STF já admitiu em diversas oportunidades a possibilidade de limitação temporal dos efeitos no controle difuso. Antes mesmo do advento da Constituição de 1988, aquela Corte proferiu decisão nesse sentido. É o caso do RE nº 78.533/SP, já brevemente mencionado no capítulo anterior, o qual foi interposto em face de acórdão que reconheceu a validade de penhora realizada por oficial de justiça, cuja nomeação fora feita com base em lei que foi declarada inconstitucional. A parte recorrente alegava que a nulidade da nomeação implicaria também a nulidade do ato de penhora²¹³. O Ministro Firmino Paz, Relator, conheceu e proveu o recurso, sob o argumento de que a lei inconstitucional é nula e, portanto, embora dela possam decorrer fatos, esses fatos não serão jurídicos. Dessa forma, a penhora era fato juridicamente inexistente. O Ministro Décio Miranda divergiu, considerando que a nulidade deve ser decretada quando houver alguma finalidade prática, e não por simples apreço ao formalismo. Argumentou que o funcionário que realizou a penhora tinha, a seu favor, a presunção de legitimidade da função que exercia, porquanto existia disposição

²¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 1.086-1.087.

²¹² *Idem*.

²¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inteiro teor do Recurso Extraordinário nº 78.533/SP. Relator para Acórdão Min. Décio Miranda. Julgamento de 13/11/1981. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=173939>>. Acesso em 29/05/2016.

regulamentar estadual prevendo sua atuação naqueles moldes. Tanto é que o efeito obtido pela constrição judicial foi o mesmo que obteria funcionário legitimamente investido no cargo. Sob esses fundamentos, não conheceu do recurso, acompanhado pela maioria dos membros do STF, deixando de invalidar o ato praticado pelo ex-servidor, tendo em vista a boa-fé de terceiros²¹⁴.

Também foi o que ocorreu no julgamento do RE nº 122.202/MG, em que se discutia a devolução de retribuição, percebida por servidor público, posteriormente declarada inconstitucional. O Relator, Ministro Francisco Rezek, proveu em parte o recurso, acompanhado pelos demais membros. Para ele, o princípio da boa-fé e a estabilidade das relações jurídicas deveriam ser preservados frente aos efeitos da decisão de inconstitucionalidade. Dessa forma, não haveria necessidade de devolução das quantias percebidas no período de tempo em que a invalidade da legislação instituidora ainda não havia sido reconhecida pelo STF. Evidente, contudo, que, após a declaração de inconstitucionalidade, a rubrica deveria deixar de ser paga²¹⁵.

Sob a égide da Constituição de 1988 e da Lei nº 9.868/99, o STF manteve o posicionamento acima. Assim, a restrição dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade no modelo difuso, encontrou amparo naquele tribunal²¹⁶.

Cabe analisar, em um primeiro momento, o RE nº 197.917, decorrente de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual de São Paulo, com o fito de reduzir de onze para nove o número de vereadores da Câmara Municipal de Mira Estrela, arguindo que a previsão desse quantitativo a maior, pelo art. 6º, parágrafo único da Lei Orgânica do Município, violava o art. 29, inciso IV, alínea “a”, da CRFB (redação anterior à EC nº 58 de 2009)²¹⁷. No primeiro grau de jurisdição, o juiz julgou parcialmente procedente a demanda, reconhecendo a inconstitucionalidade da norma e determinando a extinção dos

²¹⁴ *Idem*.

²¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão do Recurso Extraordinário nº 122.202-6/MG. Relator para Acórdão Min. Francisco Rezek. Julgamento de 10/08/1993. Publicado no Diário da Justiça em 08/04/1994. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=207468>>. Acesso em 17/05/2016.

²¹⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 739.

²¹⁷ Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos (...): IV - número de Vereadores proporcional à população, observados os seguintes limites: a) mínimo de nove e máximo de vinte e um nos Municípios de até um milhão de habitantes; (...)

mandatos excedentes, bem como a devolução das quantias percebidas pelos seus ocupantes após a sentença. Em segundo grau, o TJ/SP reformou a decisão, julgando improcedente o feito, razão pela qual o *parquet* recorreu extraordinariamente²¹⁸. Na superior instância, o Relator, Ministro Maurício Corrêa, ao proferir seu voto, salientou que o dispositivo ensejou discussão na doutrina e jurisprudência, porquanto parte delas manifestou-se pela autonomia da municipalidade em escolher um número entre a margem aberta pela Constituição; outra parte, pela utilização de valores aritméticos que respeitem a proporcionalidade indicada pelo inciso IV do art. 29. O julgador seguiu a segunda vertente, considerando que a escolha aleatória não corresponde à exigência inserida no artigo. Asseverou que os pareceres elaborados durante a Constituinte de 1988 debruçaram-se sobre a questão da proporcionalidade, analisando-a com profundidade, de modo que não faria sentido considerar que a sua inserção na Constituição serviria tão somente a delimitar a quantidade máxima e mínima de vereadores. Diante disso, concluiu pela reforma do acórdão do TJ/SP e correção da sentença de primeiro grau. Entretanto, entendeu que a cassação de mandatos deveria ser precedida por reavaliação do quociente eleitoral, levando-se em conta a quantia de partidos que participaram da eleição, o que carecia de prévio exame da Justiça Eleitoral. Portanto, limitou-se a declarar a inconstitucionalidade da norma inserta na lei orgânica e determinar à Câmara Municipal que tomasse as providências cabíveis²¹⁹. Em voto-vista, o Ministro Gilmar Mendes sustentou a tese já exposta acima, defendendo que a modulação dos efeitos encontra fundamento na própria Constituição, a qual assegura a proteção dos princípios de segurança jurídica e interesse social relevante, de forma que é técnica aplicável ao controle de constitucionalidade difuso. Apesar de concordar com o Relator, no que tange à declaração de inconstitucionalidade, ponderou que solução melhor seria não afetar a legislatura daquele momento, devendo a Câmara Municipal regularizar a sua situação para o próximo pleito eleitoral, atribuindo efeitos *pro futuro* à decisão²²⁰. Ao fim, por maioria, julgou-se parcialmente procedente o recurso, declarando-se a inconstitucionalidade do dispositivo impugnado e determinando-se à Câmara Municipal que se adeque aos parâmetros do julgado, respeitados os mandatos excedentes vigentes naquela época.

²¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inteiro teor do Recurso Extraordinário nº 197.917/SP. Relator Min. Maurício Corrêa. Julgamento de 06/06/02. Publicado no Diário da Justiça em 07/05/04. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=235847>>. Acesso em 25/05/2016.

²¹⁹ *Ibidem*, voto do Min. Maurício Corrêa.

²²⁰ *Ibidem*, voto do Min. Gilmar Mendes.

Impende também mencionar o julgamento do HC nº 82.959/SP, em que o paciente pleiteou o reconhecimento do direito à progressão de regime de cumprimento de pena²²¹, que havia sido rechaçada, sob o fundamento de que o crime de atentado violento ao pudor²²² - atualmente revogado – configurava crime hediondo e, por isso, sua pena deveria ser cumprida integralmente em regime fechado, na forma do art. 2º, §1º, da Lei nº 8.072/90²²³. O Ministro Marco Aurélio, Relator, afirmou que o dispositivo, inserido na Lei de crimes hediondos, desconsiderava a garantia constitucional de individualização da pena (art. 5º, inciso XLVI, da CRFB), como se o condenado por crime dessa natureza tivesse periculosidade ímpar. Asseverou que a gradação do sistema de cumprimento de pena, além de humanizar o cumprimento da pena, viabiliza a ressocialização de forma gradual, e não abrupta, e incentiva o bom comportamento e a inserção social, o que a torna interesse da própria sociedade. Diante disso, considerou inconstitucional a norma, à medida que viola a garantia de individualização da pena, concedendo a ordem²²⁴. Após, o Ministro Carlos Velloso, acompanhado por Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Celso de Mello e Nelson Jobim, negou provimento ao *writ*, entendendo ser constitucional a disposição legal. Os Ministros Carlos Ayres Britto, Cezar Peluso, Eros Grau, Sepúlveda Pertence e Gilmar Mendes votaram junto com o Relator, declarando inconstitucional a disposição legal. Mendes ressalvou, contudo, que o Tribunal não podia ignorar que tomara decisões em sentido contrário no passado. Salientou que houve uma evolução de interpretação, a qual repercutiria sobre situações já consolidadas. Dessarte, declarou a inconstitucionalidade *ex nunc* do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, isentando de efeitos sobre as hipóteses em que não se fazia mais possível a concessão de progressão de regime de cumprimento de pena²²⁵. Com isso, buscou-se evitar que o Estado tivesse de reparar civilmente o ex-condenado por crime hediondo que cumpriu sua pena integralmente em regime fechado, quando não se punha em dúvida a constitucionalidade daquela norma. Por fim, o Tribunal julgou, por maioria, inconstitucional o art. 2º, § 1º da Lei nº 8.072/90. Em contrapartida, por

²²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inteiro teor do *Habeas Corpus* nº 82959-7/SP. Relator Min. Marco Aurélio. Julgamento de 23/02/06. Publicado no Diário da Justiça em 01/09/06. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>>. Acesso em 26/05/2016.

²²² Art. 214. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal. (Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009)

²²³ Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: (...) § 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado.

²²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inteiro teor do *Habeas Corpus* nº 82959-7/SP. Relator Min. Marco Aurélio. Julgamento de 23/02/06. Publicado no Diário da Justiça em 01/09/06. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>>. Acesso em 26/05/2016.

²²⁵ *Ibidem*, voto do Min. Gilmar Mendes.

unanimidade, decidiu que a declaração de inconstitucionalidade não surtiria efeitos sobre penas já extintas naquela data²²⁶. Relevante mencionar que acórdão motivou a edição da Súmula Vinculante nº 26²²⁷.

Desse modo, o STF tem aplicado a técnica de modulação dos efeitos no controle difuso, a fim de preservar a segurança jurídica ou outro princípio constitucional manifestado sob a forma de excepcional interesse social²²⁸. É que certas decisões de inconstitucionalidade podem produzir impactos negativos ao interesse predominante na sociedade²²⁹.

É o caso do recente acórdão proferido no julgamento do RE nº 709.212/DF²³⁰, oposto em face de decisão do TST que afirmou ser trintenária a prescrição da pretensão às contribuições do FGTS (Fundo de garantia por tempo de serviço), conforme a sua Súmula nº 362²³¹. A parte recorrente alegou que, ao empregar o art. 23, § 5º da Lei nº 8.036/90²³² e art. 55 do Decreto nº 99.684/90²³³, o Tribunal violou a Constituição, que estabeleceu a prescrição quinquenal aos créditos resultantes das relações de trabalho²³⁴. O Relator,

²²⁶ *Ibidem*, extrato de ata.

²²⁷ Súmula Vinculante nº 26: Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

²²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.446.

²²⁹ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 304-310.

²³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inteiro teor do RE nº 709.212/DF. Relator Min. Gilmar Mendes. Julgamento de 13/11/14. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>>. Acesso em 29/05/2016.

²³¹ Súmula nº 362 FGTS – Prescrição: É trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não-recolhimento da contribuição para o FGTS, observado o prazo de 2 (dois) anos após o término do contrato de trabalho. (Redação anterior ao Acórdão do RE 709.212/DF).

²³² Art. 23. Competirá ao Ministério do Trabalho e da Previdência Social a verificação, em nome da Caixa Econômica Federal, do cumprimento do disposto nesta lei, especialmente quanto à apuração dos débitos e das infrações praticadas pelos empregadores ou tomadores de serviço, notificando-os para efetuarem e comprovarem os depósitos correspondentes e cumprirem as demais determinações legais, podendo, para tanto, contar com o concurso de outros órgãos do Governo Federal, na forma que vier a ser regulamentada. (...) § 5º O processo de fiscalização, de autuação e de imposição de multas reger-se-á pelo disposto no Título VII da CLT, respeitado o privilégio do FGTS à prescrição trintenária.

²³³ Art. 55. O processo de fiscalização, de autuação e de imposição de multas reger-se-á pelo disposto no Título VII da CLT, respeitado o privilégio do FGTS à prescrição trintenária.

²³⁴ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXIX - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo

Ministro Gilmar Mendes, explicou que a natureza jurídica do fundo foi objeto de grande discussão, porquanto alguns entendiam ter natureza híbrida, tributária, previdenciária, indenizatória, etc. Contudo, o art. 7º, inciso III, da CRFB, solucionou essa questão, ao arrolá-lo como direito do trabalhador. Assim, não constitui mera alternativa ao regime de estabilidade do empregado, mas sim pecúlio permanente, formado por depósitos decorrentes da relação de trabalho, que pode ser sacado pelo trabalhador brasileiro em determinadas hipóteses. Considerando-se a sua natureza jurídica de direito do trabalhador, ao FGTS também é aplicável a norma inserta no art. 7º, inciso XXIX, da CRFB, que estipula a prescrição quinquenal dos créditos trabalhistas. O Ministro, inclusive, destacou a forma contraditória que vinha decidindo a Corte Superior Trabalhista, ao usar apenas a parte final do dispositivo constitucional a casos como aquele, a teor do que preceituava a sua Súmula nº 362²³⁵. Gilmar Mendes asseverou que o princípio da proteção do trabalhador não pode ser interpretado e utilizado apartado dos demais princípios constitucionais. Nesse diapasão, a previsão de prazo tão extenso para a propositura de reclamação em face do não recolhimento do FGTS colide com a certeza e estabilidade que exigem as relações jurídicas. Ressaltou que a própria legislação que o regula previu formas de o trabalhador exigir a realização do depósito, de forma direta ou indireta, durante a vigência do contrato de trabalho, sendo indefensável a tese de que o trabalhador estaria impossibilitado de exigí-lo, por temor de ser despedido²³⁶. Diante desses fundamentos, concluiu pela inconstitucionalidade dos dispositivos que estabeleciam a prescrição trintenária, considerando constitucional o prazo quinquenário. Em contrapartida, reconheceu que a posição tradicionalmente adotada pelo STF, nos últimos vinte anos, seguia sentido contrário. Dessa maneira, entendeu que era caso de modulação de efeitos, ante a necessidade de se resguardarem as legítimas expectativas dos trabalhadores brasileiros, fundadas em manifestações até então inequívocas daquele Tribunal. Nesses termos, atribuiu efeitos *ex nunc* ao julgado, explanando que, para aqueles casos cujo termo inicial da prescrição ocorra após a data do julgamento, o prazo de cinco anos incidiria desde logo. E, para as hipóteses em que o prazo prescricional já estivesse em curso, aplicar-se-ia o que se completasse primeiro: trinta anos, contados do termo inicial, ou cinco anos, a partir da

prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 28, de 25/05/2000) (...).

²³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inteiro teor do RE nº 709.212/DF. Relator Min. Gilmar Mendes. Julgamento de 13/11/14. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>>. Acesso em 29/05/2016.

²³⁶ *Ibidem*, voto do Min. Gilmar Mendes.

decisão de inconstitucionalidade²³⁷. Muito embora tenha acompanhado o Relator, o Ministro Luís Roberto Barroso destacou a possibilidade que a Constituição, no *caput* do art. 7º, conferiu ao legislador de ampliar o rol de direitos trabalhistas. Desse modo, ao seu ver, o legislador não incorreria em inconstitucionalidade ao conceder prazo maior à prescrição do FGTS do que aquele previsto no inciso XXIX, tendo em vista o princípio de proteção do trabalhador. Entretanto, considerou que existem limites de razoabilidade que devem nortear a estipulação do prazo prescricional e, nesse aspecto, o prazo trintenário compromete o princípio da segurança jurídica, eternizando a pretensão e estimulando a litigiosidade, em detrimento da estabilidade das relações jurídicas²³⁸. Por fim, o STF declarou a inconstitucionalidade das normas infraconstitucionais que estabeleciam o prazo trintenário, a despeito da divergência do Ministro Teori Zavascki - que considerou que o fundo tem natureza híbrida e, portanto, não comportaria a incidência do art. 7º, inciso XXIX, da CRFB -, acompanhado pela Ministra Rosa Weber - que acrescentou a necessidade de se consagrarem os princípios de proteção e de aplicação da norma mais favorável. Também por maioria, ressalvado o voto do Ministro Marco Aurélio, aquela Corte decidiu modular os efeitos da decisão, na forma sugerida pelo Relator²³⁹. Considerando tal decisão, o TST procedeu à alteração da Súmula nº 362²⁴⁰.

Insta mencionar também que a jurisprudência tradicional do STF não reconhecia a possibilidade de empregar a modulação dos efeitos nas decisões que versavam

²³⁷ *Idem*.

²³⁸ *Ibidem*, voto do Min. Luís Roberto Barroso.

²³⁹ *Ibidem*, extrato de ata.

²⁴⁰ Súmula nº 362 do TST
FGTS. PRESCRIÇÃO.

I – Para os casos em que a ciência da lesão ocorreu a partir de 13.11.2014, é quinquenal a prescrição do direito de reclamar contra o não-recolhimento de contribuição para o FGTS, observado o prazo de dois anos após o término do contrato;

II – Para os casos em que o prazo prescricional já estava em curso em 13.11.2014, aplica-se o prazo prescricional que se consumir primeiro: trinta anos, contados do termo inicial, ou cinco anos, a partir de 13.11.2014 (STF-ARE-709212/DF).

sobre a recepção de normas anteriores à Constituição de 1988²⁴¹. Recentemente, todavia, o Tribunal passou a admitir o uso do mecanismo nesses casos²⁴².

Acrescente-se ainda que o STF reconhece que somente o seu pleno tem competência para modular os efeitos de decisão de inconstitucionalidade, por se tratar de atividade a ser realizada em situações excepcionais²⁴³. Esta exigência ganha relevância quando observamos que a Corte realiza o controle de constitucionalidade difuso por meio de suas duas turmas, calcada no seu Regimento Interno e no argumento de que a incumbência de guarda da Constituição é própria da sua natureza, de modo que não há atipicidade no desempenho desta tarefa que determine à remessa do feito ao plenário. Assim, em alguns julgados, afirmou-se que não há ofensa ao art. 97 da CRFB²⁴⁴ o julgamento da inconstitucionalidade pelos órgãos fracionários, os quais só estão compelidos a remeter o feito ao plenário se presentes as hipóteses regimentais previstas²⁴⁵, e não por simples requerimento da parte²⁴⁶.

Observando tais casos, parece não haver dúvidas acerca da possibilidade de utilização da modulação dos efeitos temporais em sede de controle difuso. Impende

²⁴¹ Foi o que ocorreu quando do julgamento do AgRg no AI nº 453.071/RJ, em que o STF elucidou que a modulação dos efeitos prescinde que ocorra juízo acerca da inconstitucionalidade, o qual não se confunde com o juízo negativo de recepção de normas pré-existentes à Constituição.

(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão do AgRg no AI nº 453.071/RJ. Relatora Min. Celso de Mello. Julgamento de 21/02/2006. Publicado no Diário da Justiça em 13/10/2006. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=369046>>. Acesso em 13/06/2016).

²⁴² Caso em que se reconheceu a não recepção da expressão “nos regulamentos do Exército, da Marinha e da Aeronáutica”, constante no art. 10 da Lei nº 6.880/80. Contudo, o STF manteve a validade dos limites de idade previstos em editais e regulamentos com base naquele dispositivo até 31 de dezembro de 2011.

(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão do RE nº 600.885/RS. Relatora Min. Carmen Lúcia. Julgamento de 09/02/2011. Publicado no Diário da Justiça em 30/06/2011. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=624857>>. Acesso em 20/05/2016).

²⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão dos Embargos de Declaração no AgRg no RE nº 371.089/RJ. Relatora Min. Celso de Mello. Julgamento de 18/12/2006. Publicado no Diário da Justiça em 23/02/2007. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=369046>>. Acesso em 13/06/2016.

²⁴⁴ Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

²⁴⁵ Art. 11. A Turma remeterá o feito ao julgamento do Plenário independente de acórdão e de nova pauta: I – quando considerar relevante a arguição de inconstitucionalidade ainda não decidida pelo Plenário, e o Relator não lhe houver afetado o julgamento; II – quando, não obstante decidida pelo Plenário, a questão de inconstitucionalidade, algum Ministro propuser o seu reexame; III – quando algum Ministro propuser revisão da jurisprudência compendiada na Súmula. Parágrafo único. Poderá a Turma proceder da mesma forma, nos casos do art. 22, parágrafo único, quando não o houver feito o Relator.

²⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão dos Embargos de Declaração no RE nº 361.829/RJ. Relatora Min. Ellen Gracie. Julgamento de 02/03/2010. Publicado no Diário da Justiça em 19/03/2010. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=609543>>. Acesso em 13/06/2016.

destacar que o STF já assentou também que a utilização do mecanismo na decisão de inconstitucionalidade proferida na via difusa deve observar as mesmas exigências impostas à concentrada, por meio do art. 27 da Lei nº 9.868/99. Isto é, imprescindível a presença de razões de segurança jurídica ou de relevante interesse social que justifiquem o afastamento da regra de nulidade do ato inconstitucional. Dessa maneira, afirmou-se que, em matéria tributária, não bastaria ao sujeito ativo arguir a destinação pública dos valores arrecadados para que se atribuísem efeitos prospectivos ao *decisum*. Do contrário, sempre se inviabilizaria a pretensão de restituição do indébito dos contribuintes, imunizando o Estado das consequências de seu dever de criar normas constitucionais²⁴⁷.

Levando-se em conta que a modulação dos efeitos é técnica que deriva da própria Constituição, conforme preceituam os diversos autores acima mencionados, também os tribunais inferiores e os julgadores monocráticos estariam, em tese, autorizados a utilizá-la em toda a sua amplitude - atingindo efeitos temporais e materiais. Afinal, a ponderação de valores e bens jurídicos constitucionais é atividade própria do magistrado, independentemente de previsão legal nesse sentido²⁴⁸. Diante disso, Gilmar Mendes afirma que esse mecanismo é aplicável no controle de constitucionalidade como um todo²⁴⁹.

No entanto, tendo em vista que o STF tem decidido que os requisitos impostos pelo art. 27 da Lei nº 9.868/99, conforme supracitado, aplicam-se também no âmbito difuso, imperioso reconhecer que o *quorum* de dois terços dos membros do tribunal também deverá ser observado nesta espécie de controle. Daí se conclui que o juiz de primeiro grau esbarraria nesta exigência ao modular os efeitos de sua decisão, norma que claramente se dirige a tribunais e é perfeitamente aplicável às cortes inferiores do país. Da mesma forma, apenas as razões de segurança jurídica e excepcional interesse social poderiam ser arguídas para utilizar do mecanismo na via difusa, conforme preceitua a Corte Suprema.

²⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inteiro teor do AgRg no AI nº 627.770/RJ. Relator Min. Joaquim Barbosa. Julgamento de 04/10/11. Publicado no Diário da Justiça em 21/10/11. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628947>>. Acesso em 27/05/2016.

²⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 160 - 161.

²⁴⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.260.

CONCLUSÃO

Com base na investigação levada a efeito, conclui-se que a modulação dos efeitos temporais é técnica que previne que a decisão de inconstitucionalidade com eficácia retroativa dê azo a situações jurídicas ainda mais inconstitucionais, encontrando fundamento na própria constituição, que consagra princípios como o da segurança jurídica e o do interesse social, em que pese a previsão expressa do seu uso tenha sido feita por lei. Ante o exposto, arrolamos as seguintes ilações às quais chegamos:

1. A realidade fática demonstrou a falibilidade da aplicação irrestrita das teorias da nulidade e da anulabilidade. Adotando-se incondicionalmente uma ou outra, haverá situações peculiares que recomendarão ou a prospecção dos efeitos ou a sua retroação.

2. Não há que se falar em ilegitimidade da técnica de modulação dos efeitos temporais sob o argumento de que a constituição consagra a nulidade do ato normativo inconstitucional. Afinal, este mecanismo serve a evitar que a eficácia retroativa da decisão declaratória de inconstitucionalidade termine por ferir gravemente a segurança jurídica ou outro princípio constitucional manifestado sob a forma de interesse social. Isto é, a restrição dos efeitos é legitimada pela própria constituição.

3. É errôneo concluir que a constituição brasileira não é mais rígida porque possível restringir os efeitos da decisão de inconstitucionalidade. Conforme já mencionado, a modulação dos efeitos assegura outros princípios constitucionais em face do da nulidade do ato inconstitucional, permitindo que aqueles não sejam flexibilizados ante o último.

4. É, de fato, discutível a forma pela qual se deu a introdução expressa da possibilidade de modular os efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade. Considerando que se trata de regra que excetua as normas constantes na própria constituição - porque admite efeitos excepcionais ao ato inconstitucional -, parece-nos que o correto seria a sua inserção no texto constitucional, sob a forma de emenda, como se tentou infrutiferamente em outras oportunidades.

5. Antes do art. 27 da Lei nº 9.868/99, o STF já vinha excetuando a regra da nulidade do ato inconstitucional, com o fito de proteger outros princípios constitucionais,

tais quais a boa-fé e a segurança jurídica. Inegável, dessarte, que a imposição de *quorum* de dois terços limitou a liberdade de atuação daquela corte.

6. Tendo em vista que a regra geral segue sendo a de que o ato inconstitucional é nulo, a limitação da eficácia da decisão de inconstitucionalidade deve ser utilizada com parcimônia. Desse modo, devem os tribunais cuidar para não banalizar a exceção, tornando-a uma regra e utilizando-a sob argumentos de conveniência e de política judiciária. Este cuidado tem sido tomado pelo STF, a teor dos arrestos apreciados.

7. Decorrência da conclusão acima, é a de que os julgadores devem observar atentamente o preenchimento dos requisitos impostos pelo art. 27 da Lei nº 9.868/99 ao modular os efeitos de suas decisões. Portanto, imprescindível a presença de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social e, ainda, que dois terços dos membros do tribunal concordem que é caso de se utilizar a técnica.

8. Quando presentes as razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, o tribunal tem o dever de modular a eficácia temporal, não havendo discricionariedade nesta decisão. Dessa forma, cabível embargos de declaração em face do acórdão que não modulou os efeitos, não obstante o embargante não tenha pleiteado a pronúncia sobre este tema em oportunidade anterior.

9. Já que os fundamentos da modulação dos efeitos temporais estão na própria constituição, não se pode negar a aplicabilidade da técnica no controle difuso. Afinal, os sistemas concentrado e difuso compartilham do problema causado pela decisão retroativa que gera situação ainda mais inconstitucional. Acrescente-se que o próprio direito norte-americano, que estabeleceu um sistema difuso mundialmente reconhecido e que tradicionalmente defendeu a teoria da nulidade, admitiu esta possibilidade.

10. Tendo em conta a posição assumida pelo STF, no sentido de que os requisitos do art. 27 da Lei nº 9.868/99 devem ser também observados na via difusa, não seria dado ao Juiz de primeiro grau modular os efeitos da decisão de inconstitucionalidade, porque esbarraria no *quorum* de dois terços dos membros do tribunal. Por outro lado, os tribunais inferiores não encontrariam óbice à utilização do mecanismo.

Em síntese, a modulação dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade é tema que nos remete a inúmeras discussões, algumas que seguem em aberto e que dividem doutrina e jurisprudência. Almejamos que, com esta monografia, tenhamos colaborado a este debate, mesmo que de forma singela, por acreditar na relevância da matéria não só para o Direito Constitucional, mas para todos os ramos do Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Rui. Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo, in *Trabalhos Jurídicos*. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962.

BARROSO, Luiz Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 30/05/2016.

_____. *Decreto nº 848 de 1890*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d848.htm>. Acesso em 10/04/2016.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em 10/04/2016.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em 10/04/2016.

_____. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em 10/04/2016.

_____. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em 10/04/2016.

_____. *Lei nº 9.868/99*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em 20/05/2016.

_____. *Lei nº 9.882/99*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm>. Acesso em 13/06/2016.

_____. *Exposição de motivos nº 189, de 07/04/1997 ao Projeto de Lei nº 2.960 de 1997*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1999/lei-9868-10-novembro-1999-369587-exposicaodemotivos-150030-pl.html>>. Acesso em 17/05/2016.

_____. *Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105/15)*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 01/06/2016.

_____. *Código de Processo Civil de 1973 (Lei nº 5.869/73)*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em 01/06/2016.

_____. *Decreto nº 2.346/97*. Publicado em 10 de outubro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2346.htm>. Acesso em 31/05/2016.

_____. *Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/40)*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 31/05/2016.

_____. *Lei nº 8.072/90*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>. Acesso em 31/05/2016.

_____. *Lei nº 8.036/90*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8036consol.htm>. Acesso em 31/05/2016.

_____. *Decreto nº 99.684/90*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D99684.htm>. Acesso em 31/05/2016.

_____. *Regimento Interno do Senado Federal*. Disponível em <<http://www25.senado.leg.br/documents/12427/45868/RISFCompilado.pdf/cd5769c8-46c5-4c8a-9af7-99be436b89c4>>. Acesso em 31/05/2016.

_____. *Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>>. Acesso em 13/06/2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão do MS nº 20.257*. Relator Min. Moreira Alves. Julgamento de 08/10/1980. Publicado no Diário da Justiça em 27/02/1981. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85046>>. Acesso em 30/05/2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão da Reclamação nº 4.335/AC*. Relator Min. Gilmar Mendes. Julgamento de 20/03/14. Publicado no Diário da Justiça em 22/10/14. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>>. Acesso em 30/05/2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão da ADI nº 3.459-6/RS*. Relator Min. Marco Aurélio. Julgamento de 24/08/2005. Publicado no Diário da Justiça em 07/04/2006. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363383>>. Acesso em 15/05/2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão do HC nº 70.514-6/RS*. Relator Min. Sydney Sanches. Julgamento de 23/03/1994. Publicado no Diário da Justiça em 27/06/1997. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363383>>. Acesso em 15/05/2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão do RE nº 78.533/SP*. Relator para Acórdão Min. Décio Miranda. Julgamento de 13/11/1981. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=173939>>. Acesso em 29/05/2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão do RE nº 122.202-6/MG*. Relator para Acórdão Min. Francisco Rezek. Julgamento de 10/08/1993. Publicado no Diário da Justiça em 08/04/1994. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=207468>>. Acesso em 17/05/2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão do RE nº 600.885/RS*. Relatora Min. Carmen Lúcia. Julgamento de 09/02/2011. Publicado no Diário da Justiça em 30/06/2011. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=624857>>. Acesso em 20/05/2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão dos Embargos de Declaração na ADI nº 3.601/DF*. Relator Min. Dias Toffoli. Julgamento de 09/09/2010. Publicado no Diário da Justiça em 14/12/2010. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617937>>. Acesso em 20/05/2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão da ADI nº 3.462/PA*. Relatora Min. Carmen Lúcia. Julgamento de 15/09/2010. Publicado no Diário da Justiça em 14/02/2011. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=618979>>. Acesso em 17/05/2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão da ADI nº 3.601/DF*. Relator Min. Dias Toffoli. Julgamento de 15/04/09. Publicado no Diário da Justiça em 20/08/2009. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=601135>>. Acesso em 20/05/2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão dos Embargos de Declaração na ADI nº 4.167/DF*. Relator Min. Joaquim Barbosa. Julgamento de 27/02/2013. Publicado no Diário da Justiça em 09/10/2013. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617937>>. Acesso em 21/05/2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão da ADI nº 2.240/BA*. Relator Min. Eros Grau. Julgamento de 09/05/2007. Publicado no Diário da Justiça em 03/08/2007. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=474616>>. Acesso em 18/05/2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Informativo STF nº 600*. Publicado em 17/09/2010. <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo600.htm>>. Acesso em 21/05/2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão do RE nº 197.917/SP*. Relator Min. Maurício Corrêa. Julgamento de 06/06/02. Publicado no Diário da Justiça em 07/05/2004. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=235847>>. Acesso em 25/05/2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão do HC nº 82959-7/SP*. Relator Min. Marco Aurélio. Julgamento de 23/02/06. Publicado no Diário da Justiça em 01/09/06. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>>. Acesso em 26/05/2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão do RE nº 709.212/DF*. Relator Min. Gilmar Mendes. Julgamento de 13/11/14. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>>. Acesso em 29/05/2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão do AgRg no AI nº 627.770/RJ*. Relator Min. Joaquim Barbosa. Julgamento de 04/10/11. Publicado no Diário da Justiça em 21/10/11. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628947>>. Acesso em 27/05/2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão da Representação nº 1.417/DF*. Relator Min. Moreira Alves. Julgamento de 09/12/87. Publicado no Diário da Justiça em 15/04/88. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=264125>>. Acesso em 01/06/2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão da ADI-MC nº 1.045/DF*. Relator Min. Marco Aurélio. Julgamento de 23/03/94. Publicado no Diário da Justiça em 06/05/94. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346785>>. Acesso em 01/06/2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão do AgRg no AI nº 453.071/RJ*. Relatora Min. Celso de Mello. Julgamento de 21/02/2006. Publicado no Diário da Justiça em 13/10/2006. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=369046>>. Acesso em 13/06/2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão dos Embargos de Declaração no RE nº 361.829/RJ*. Relatora Min. Ellen Gracie. Julgamento de 02/03/2010. Publicado no Diário da Justiça em 19/03/2010. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=609543>>. Acesso em 13/06/2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

_____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CASTRO, João Bosco Marcial de. *O controle de constitucionalidade das leis: a legitimidade do Supremo Tribunal Federal para modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012.

CINTRA, Fernando Vogel. *Modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade em controle difuso de constitucionalidade: contribuição para uma análise comparativa entre EUA e Brasil*. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2010, p. 23 - 39. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/27094/000763271.pdf?sequence=1>>. Acesso em 24/05/2016.

CLÈVE, Clèmerson Melin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 37ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011,

HECK, Luís Afonso. *Jurisdição constitucional: teoria da nulidade versus teoria da nulificabilidade das leis*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição, in *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARTINS. Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Martires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Controle de constitucionalidade*. 9ª ed. São Paulo: Método, 2010.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa - Revisão Constitucional de 2005*. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 10/05/2016.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. *Jurisdição Constitucional na Ibero-América*. Porto Alegre: Brejo-bibliobureau, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.