

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
ESPECIALIZAÇÃO EM ADVOCACIA DE ESTADO E DIREITO PÚBLICO

Diana Paula Sana

A MODULAÇÃO DE EFEITOS TEMPORAIS  
NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Porto Alegre  
2016

Diana Paula Sana

A MODULAÇÃO DE EFEITOS TEMPORAIS NO  
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado como pré-requisito para  
obtenção do título de Especialista em  
Advocacia de Estado e Direito Público da  
Faculdade de Direito da Universidade  
Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Professor Dr. Carlos Eduardo  
Dieder Reverbel.

Porto Alegre  
2016

## RESUMO

O presente estudo tem como objetivo principal a análise da modulação de efeitos temporais no controle de constitucionalidade, tema que ganha relevância a partir da Lei nº 9.868/99. O estudo se inicia pelos principais modelos de controle de constitucionalidade (judicial review, austríaco e francês) e suas influências no modelo brasileiro. A seguir, em um breve relato, será examinada a evolução do controle de constitucionalidade através das Constituições brasileiras. Após, serão revisitados alguns conceitos fundamentais para a melhor compreensão do tema e, por fim, serão examinados alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal. Com tal abordagem, pretende-se demonstrar que a modulação de efeitos temporais no controle de constitucionalidade não fere a supremacia da Constituição, uma vez que a ponderação se dá entre as normas que protegem os efeitos produzidos pelo ato inconstitucional em confronto com a norma por ele violada. Assim, em nome de valores como boa-fé, justiça e segurança jurídica, é possível suprimir ou atenuar o caráter retroativo do pronunciamento de inconstitucionalidade.

**Palavras-chave:** Constituição. Controle de Constitucionalidade. Modulação de efeitos temporais.

## ABSTRACT

This study aims to analyze the temporal modulation effects on the constitutionality control, an issue that becomes relevant from the Law 9868/99. The study begins by leading constitutional control models (judicial review, Austrian and French) and their influences on the Brazilian model. Then, in a brief report will examine the evolution of judicial review by the Brazilian Constitutions. After, they will be revisited some fundamental concepts for a better understanding of the issue and, finally, will be examined some precedents of the Supreme Court. With this approach, we intend to demonstrate that modulation of temporal effects in the judicial review does not violate the supremacy of the Constitution, since the weight is between the rules that protect the effects produced by the unconstitutional act at odds with the norm for him violated. So, in the name of values such as good faith, justice and legal certainty, it is possible to eliminate or mitigate the retroactive nature of the unconstitutional statement.

**Key-Words:** Constitution. Judicial Review. Modulation of temporary effects.

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	5
2 A IDEIA DE SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO.....	7
3. MODELOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	9
3.1 Breves considerações sobre a supremacia do Parlamento inglês.....	9
3.2 O modelo norte-americano.....	10
3.2 O modelo europeu, austríaco ou concentrado.....	11
3.2 O modelo de controle francês.....	13
4 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO.....	15
4.1 Evolução histórica.....	15
4.2 O controle de constitucionalidade na Constituição de 1988.....	20
4.3 Alterações ocorridas após a Constituição de 1988.....	22
5 ESPÉCIES DE INCONSTITUCIONALIDADE.....	26
5.1 Inconstitucionalidade formal e material.....	26
5.2 Inconstitucionalidade por ação e por omissão.....	27
5.3 Espécies ou modalidades de controle de constitucionalidade.....	29
5.3.1 Quanto à natureza do órgão de controle.....	29
5.3.2 Quanto ao momento do exercício do controle.....	30
5.3.3 Quanto ao órgão judicial que exerce o controle.....	31
5.3.4 Quanto à forma ou modo de controle judicial.....	31
6 O FENÔMENO DA INCONSTITUCIONALIDADE.....	32
6.1 Existência, validade e eficácia dos atos jurídicos e das leis.....	32
6.2 Nulidade x anulabilidade da inconstitucionalidade.....	32
7 A MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS.....	34
7.1 Modulação de efeitos temporais na declaração de inconstitucionalidade em ação direta.....	36
7.2 Eficácia temporal da decisão de declaração de inconstitucionalidade em controle incidental.....	37
7.3 A modulação dos efeitos temporais na declaração de constitucionalidade em abstrato.....	43
7.4 A modulação dos efeitos temporais na mudança de jurisprudência consolidada.....	44
CONCLUSÃO.....	47
REFERÊNCIAS.....	49

## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição é a fonte primária de todos os direitos, deveres e garantias, conferindo o fundamento de validade das leis e atos normativos infraconstitucionais. A partir dessa ideia de supremacia do texto constitucional é que se dá a adequação das demais normas que integram o ordenamento jurídico.

Como paradigma de validade dos demais atos normativos, as normas constitucionais precisam se submeter a um processo de elaboração mais complexo que lhes confere estabilidade ou rigidez superior à das leis infraconstitucionais.

Obviamente, essa ideia de supremacia seria inócua se não houvesse um sistema eficiente de controle para eliminar do sistema jurídico quaisquer leis ou atos normativos contrários ao comando constitucional.

Para a concretização dessa defesa do texto constitucional, cada ordenamento dispõe de suas próprias formas de controle. Esses meios de defesa, por óbvio, são fruto da evolução histórica e social de cada Estado ao longo dos tempos.

Ao estudo proposto, interessa examinar as características dos modelos de controle norte-americano ou difuso, o modelo de controle europeu ou concentrado, que atribui o poder de controlar a constitucionalidade a Cortes especiais, tendo no austríaco Hans Kelsen o principal idealizador e, por fim, o modelo francês, cuja principal característica é a de ser um controle prévio ao ato legal.

Não se pode perder de vista que no Brasil, as influências do modelo difuso foram decisivas para a adoção inicial de um sistema de fiscalização judicial da constitucionalidade das leis e dos atos normativos em geral. Não obstante, também se adotou o controle concentrado. Vigora, assim, um sistema de jurisdição constitucional misto ou híbrido, com características próprias dos dois sistemas.

Com efeito, ao lado do controle difuso (que existe no Brasil desde a Constituição republicana de 1891), assegurando o amplo poder dos juízes para fiscalizar a constitucionalidade dos atos do poder público, e dos seus instrumentos próprios para garantia dos direitos fundamentais, nosso ordenamento prevê o controle abstrato de constitucionalidade, que ganhou ênfase com a Constituição de 1988, concentrando no Supremo Tribunal Federal a competência para processar e julgar as ações autônomas nas quais se apresenta a controvérsia constitucional.

Nessa linha de raciocínio, a fim de expor com maior clareza as ideias, após o exame dos modelos tradicionais, far-se-á a análise da evolução do controle de

constitucionalidade no Brasil, a partir da Constituição de 1891, com especial destaque, como não poderia deixar de ser, para as alterações introduzidas pela Carta Magna de 1988.

Por fim, e tendo em mente que no Brasil prevalece o princípio da nulidade do ato inconstitucional, nos estreitos limites do estudo que se propõe, cujo objetivo central é o exame da modulação dos efeitos temporais no controle de constitucionalidade, serão examinados alguns precedentes que revelam o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria onde, claramente, tal princípio é mitigado em respeito à segurança jurídica, justiça e boa-fé, de tal forma que o caráter retroativo do pronunciamento de inconstitucionalidade é atenuado ou, mesmo, suprimido.

Com tal abordagem, sistematizada a partir do exame da doutrina e da jurisprudência, pretende-se demonstrar que a modulação de efeitos temporais no controle de constitucionalidade não fere a supremacia da Constituição, uma vez que a ponderação se dá entre as normas que protegem os efeitos produzidos pelo ato inconstitucional em confronto com a norma por ele violada.

## 2 A IDEIA DE SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

A adoção de uma Constituição, revestida de supremacia formal e material, por um Estado Democrático de Direito, impõe a criação de mecanismos de defesa do texto constitucional.

Como ensina Alexandre de Moraes, a ideia de controle de constitucionalidade está ligada à supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico, à rigidez constitucional e à proteção dos direitos fundamentais<sup>1</sup>.

José Afonso da Silva, ao tratar do princípio da supremacia da Constituição, diz que se trata da “lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas”.<sup>2</sup>

Para diversos autores, dentre eles, Paulo Bonavides, o controle de constitucionalidade é uma consequência das Constituições rígidas (em sentido formal), as quais demandam um processo especial de revisão, que lhes confere estabilidade ou rigidez superior à das leis ordinárias. Decorre daí a supremacia da lei constitucional sobre as demais regras de direito vigente em um determinado ordenamento, compondo, assim, uma hierarquia jurídica:

A consequência dessa hierarquia é o reconhecimento da 'superlegalidade constitucional', que faz da Constituição a lei das leis, a *lex legum*, ou seja, a mais alta expressão jurídica da soberania.

O órgão legislativo, ao derivar da Constituição sua competência, não pode obviamente introduzir no sistema jurídico leis contrárias às disposições constitucionais: essas leis se reputariam nulas, inaplicáveis, sem validade, inconsistentes com a ordem jurídica estabelecida.<sup>3</sup>

Ou seja, a ideia de controle, que decorre da rigidez, pressupõe uma relação de hierarquia na qual a Constituição, ao ocupar o topo da pirâmide normativa, é o fundamento de validade dos demais atos normativos.

1 MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 24ª ed., São Paulo: Atlas, 2009. p. 699.

2 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

3 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29ª ed., São Paulo: Malheiros Editores. 2014. Pag. 303-304.

Controlar a constitucionalidade nada mais é do que verificar a adequação, sob os aspectos formal e material, de uma lei ou ato normativo com a Constituição, que ao ocupar o grau máximo na relação hierárquica, será fundamento de validade para os demais atos normativos do sistema.

Dessa supremacia constitucional, resulta do princípio da compatibilidade vertical, citado pelo mestre José Afonso da Silva: estando a Constituição no topo da pirâmide normativa, todas as normas infraconstitucionais devem ser com ela compatíveis. Consequentemente, a norma incompatível com a Constituição será declarada inconstitucional.

Importante destacar, como lembra Pedro Lenza, que há uma tendência a ampliar o conteúdo do parâmetro de constitucionalidade baseado no que a doutrina denomina “bloco de constitucionalidade”<sup>4</sup>.

Para a concretização dessa defesa do texto constitucional, cada ordenamento dispõe de suas próprias formas de controle. Esses meios de defesa, por óbvio, são fruto da evolução histórica e social de cada Estado ao longo dos tempos.

4 Segundo o autor, a ideia de “bloco de constitucionalidade”, por meio do qual o parâmetro é constituído não só pela Constituição escrita e posta, mas também pelas leis com valor constitucional formal (emendas à constituição e nos termos do art. 5º, § 3º, EC 45/2004), os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por 3/5 dos votos dos respectivos membros); pelo conjunto de preceitos e princípio decorrentes da Constituição, inclusive implícitos (não escritos) e, ainda, ampliativamente, segundo alguns, pelos princípios integrantes daquilo que a doutrina vem chamando de “ordem constitucional global”. Essa última perspectiva, contudo, que abarcaria os valores suprapositivos, não vem sendo aceita como parâmetro de constitucionalidade para o direito brasileiro (LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 19ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015).

### 3. MODELOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Para o estudo proposto, serão examinados os principais modelos de controle (norte-americano ou difuso, austríaco ou concentrado e o modelo francês), seu histórico e suas influências no modelo brasileiro.

Considerando que o arcabouço jurídico americano tem suas raízes históricas na Inglaterra, inicia-se a abordagem pelo sistema inglês da absoluta supremacia do Parlamento que, segundo ensina Mauro Cappelletti, contribuiu, paradoxalmente, para a *judicial review* na América do Norte.

#### 3.1 Breves considerações sobre a supremacia do Parlamento inglês

A lei, na tradição jurídica inglesa do século XVII, não era criada, mas somente afirmada, pela vontade do Soberano.

Historicamente, a *common law* prevalecia sobre a lei escrita, podendo ser completada pelo legislador, mas não por ele violada<sup>5</sup>. Nesse cenário, surgiu a doutrina de Edward Coke, que preconizava a atuação dos juízes como guardiães da supremacia da *common law*, não apenas sobre a autoridade do Parlamento, mas do próprio soberano.

Essa ideia cede com a Revolução Gloriosa de 1688, consagrando-se, a partir daí, a supremacia absoluta do Parlamento. Com a Declaração de Direitos de 1689, o rei perde o poder absoluto, instituindo-se a supremacia parlamentar, ainda hoje válida na Inglaterra.

Tem o Parlamento o poder de modificar qualquer lei, sem que esse ato parlamentar possa ser declarado nulo por qualquer autoridade, judiciária ou não. É importante frisar que essa supremacia não é ilimitada, pois tanto o costume, quanto as convenções constitucionais e a tradição exercem importante influência restritiva.

A supremacia da *common law* vingou nas colônias britânicas da América do Norte, onde cada uma poderia aprovar as suas próprias leis, desde que não fossem

<sup>5</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 1992. p. 58.

contrárias às leis da Inglaterra, em especial, às cartas da metrópole, não contrariado, assim, a vontade suprema do Parlamento inglês<sup>6</sup>.

Entretanto, as treze colônias tornaram-se independentes em 1776, dando origem a treze estados independentes que, reunidos em uma Federação, em 1787, promulgaram suas Constituições, em substituição às antigas cartas. Se antes eram nulas as leis das colônias contrárias às normas superiores da metrópole, a partir da promulgação das Constituições, também deveriam ser nulas as leis que as contrariassem<sup>7</sup>.

Assim, o Direito Inglês que em razão do princípio da supremacia do Parlamento, excluiu a possibilidade de controle judicial da legislação na Inglaterra contribuiu para o surgimento deste controle nas colônias, notadamente, na América do Norte. Nas colônias, também as leis do Parlamento seriam passíveis de um controle de validade por parte dos juízes.

Nesse contexto surgiu a ideia de supremacia da Constituição e necessidade de compatibilização, às normas constitucionais, de toda lei ou ato normativo infraconstitucionais.

### **3.2 O modelo norte-americano**

A ideia de controle de constitucionalidade surgiu nos Estados Unidos, em 1803, com o caso *Marbury vs. Madison*, julgado pela Suprema Corte, de relatoria do juiz John Marshall. Neste célebre caso, restou afirmada a supremacia da Constituição em face das demais normas jurídicas, como também o poder-dever dos juízes de negar aplicação às leis contrárias aos preceitos constitucionais.

Tal precedente serviu de paradigma para consolidar o sistema judicial do controle de constitucionalidade das leis, sendo referência para muitos países.

No modelo americano ou difuso, o controle é exercido por qualquer membro do Poder Judiciário, que tem competência para interpretar uma determinada lei, diante de um caso concreto, submetido à apreciação judicial, à luz da Constituição. A questão é arguida pela via incidental, em um processo comum (civil, penal ou administrativo), no qual a parte invoca a não aplicação de uma norma em razão do

6 CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 1992. p. 61.

7 CAPPELLETTI, Mauro. Obra citada. Pag. 62.

suposto vício de inconstitucionalidade. Trata-se, portanto, de um controle exercido de forma incidental, influenciando diretamente no resultado final da lide submetida a julgamento. A declaração de inconstitucionalidade tem efeito *ex tunc*. A lei, no caso concreto, tida por incompatível com as normas constitucionais, é nula e não produz efeitos.

Observa-se, então, que a competência do Judiciário é difusa, portanto, porque exercida por qualquer juiz ou tribunal, no curso da lide. Entretanto, cabe à Suprema Corte, em virtude do princípio do *stare decisis* (força vinculante das suas decisões) manifestar-se em última instância, e de forma definitiva, sobre as questões constitucionais.

Nesse cenário, não há espaço para o controle abstrato das normas, ou seja, o juiz não se pronuncia sobre a inconstitucionalidade das leis em tese, podendo realizar apenas a adequação vertical das normas infraconstitucionais com o texto constitucional, de forma incidental.

Em resumo, é um controle incidental, difuso, e a declaração de inconstitucionalidade gera efeitos *inter partes* e *ex tunc*.

Outros Estados adotam o modelo de controle difuso, com adaptações próprias aos mais diversos sistemas políticos: Austrália, Canadá e Argentina.

O Brasil, como se verá com mais profundidade nos próximos capítulos, adota um sistema misto: ao lado do controle difuso, que permite que qualquer juiz ou tribunal declare a inconstitucionalidade dos atos normativos, dispõe, também, de instrumentos de controle concentrado.

### **3.2 O modelo europeu, austríaco ou concentrado**

Esse modelo de controle de constitucionalidade se contrapõe ao modelo norte-americano.

Inspirado na obra do austríaco Hans Kelsen, adota a forma concentrada, abstrata, considerando a lei em tese, não admitindo que qualquer juiz ou Tribunal exerça a tarefa, mas sim, um único órgão jurisdicional, seja ele de jurisdição ordinária, ou, mesmo, criado para essa finalidade.

O sistema consagrou-se na Constituição Austríaca de 1920, na qual o controle de constitucionalidade das normas infraconstitucionais foi atribuída a um Tribunal Constitucional criado exclusivamente para tal mister.

A ideia, portanto, é de que a atuação desse órgão incumbido do controle da constitucionalidade se dê em abstrato, ou seja, não tendo como objetivo a resolução do caso concreto, mas a lei em tese, analisando a sua adequação frente aos preceitos constitucionais.

O modelo europeu, ao centralizar o controle de constitucionalidade em um Tribunal ou Corte Constitucional, privilegia a segurança jurídica, uma vez que não haverá decisões divergentes. Assim, se o juiz ordinário se depara com uma questão de inconstitucionalidade deve suspender o processo e remetê-lo ao Tribunal Constitucional. Caso declarada a inconstitucionalidade, nenhum juiz poderá aplicá-la, o que garante a previsibilidade das relações sociais. Se, por outro lado, o Tribunal Constitucional decidir que a norma não ofende o texto constitucional, a matéria retorna à origem para o julgamento do caso concreto<sup>8</sup>.

A consagração da necessidade de sujeição da vontade parlamentar às normas constitucionais, com a criação dos Tribunais Constitucionais Europeus, ocorreu após a constatação de uma verdadeira crise na democracia representativa, com o conseqüente distanciamento entre a vontade popular e os atos dos órgãos legislativos<sup>9</sup>. Isso se verifica claramente na história da Europa, na primeira metade do século XX, notadamente, no período nazista.

No sistema de controle concentrado, “a inconstitucionalidade e conseqüente invalidade e, portanto, inaplicabilidade da lei não pode ser acertada e declarada por qualquer juiz, como mera manifestação de seu poder e dever de interpretação do direito válido nos casos concretos submetidos a sua competência jurisdicional”, ensina Cappelletti<sup>10</sup>.

Nesse modelo, não tem os juízes das instâncias ordinárias competência para avaliar as questões constitucionais. O Tribunal, por seu turno, só julga o incidente de inconstitucionalidade, aferindo, em abstrato, a compatibilidade da norma com o texto constitucional.

Cabe ao Tribunal Constitucional, portanto, manter a efetiva supremacia jurídica e política da Constituição.

Eventual declaração de inconstitucionalidade gera efeitos *ex nunc*.

8 REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Jurisdição Constitucional na Ibero-América**. Porto Alegre: Brejo bibliobureau, 2012. p. 91.

9 MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 24. ed., São Paulo: Atlas, 2009. p. 705.

10 CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 1992. p. 84.

Em cotejo com o modelo americano, no qual o controle se dá de forma incidental no curso de um processo comum, no modelo austríaco ou europeu, a declaração de inconstitucionalidade é o objeto da ação. Os efeitos são, portanto, *erga omnes*, ou seja, uma vez declarada a inconstitucionalidade de uma lei, apaga-se de vez sua eficácia no ordenamento jurídico.

Em resumo, é um controle principal, concentrado, abstrato, com efeitos *erga omnes* e *ex nunc*.

Grande parte dos países europeus adotaram esse sistema de controle de constitucionalidade, em especial, a Áustria, a Itália e a Alemanha.

No Brasil, que, como antes comentado, adota um sistema misto, o modelo de controle concentrado atribui ao Supremo Tribunal Federal a competência para processar e julgar as ações autônomas cujo objeto é o controle abstrato de normas.

### **3.2 O modelo de controle francês**

A França, por razões históricas e ideológicas, não adota um controle judicial de constitucionalidade, mas sim, um controle preventivo, realizado por um órgão especial denominado Conselho Constitucional.

Historicamente, a rejeição ao controle judicial deveu-se às interferências arbitrárias dos juízes franceses, antes da revolução, nas esferas de outros poderes. As razões ideológicas, de estreita ligação com as razões históricas, estão vinculadas à doutrina da separação dos poderes, que, em sua formulação mais rígida, era contrária à intervenção dos juízes na esfera do poder legislativo<sup>11</sup>.

Assim, prevaleceu na França um controle de constitucionalidade realizado por órgão não judicial. A verificação da (in)constitucionalidade da lei é confiada, portanto, a um órgão essencialmente político, o Conseil Constitutionnel (Conselho Constitucional).

Antes da sua promulgação, os atos normativos são remetidos a esse conselho, que vai declarar sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade.

A decisão exarada vincula as autoridades administrativas e judiciárias.

11 CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 1992. p. 96-98.

O controle de constitucionalidade francês, portanto, é realizado de maneira preventiva, por um órgão especial, político e autônomo, distinto dos três Poderes clássicos (Executivo, Legislativo ou Judiciário).

Não há controle de constitucionalidade após a promulgação da lei.

No modelo francês, o Poder Judiciário não tem competência para exercer o controle de constitucionalidade, seja de forma abstrata, seja de forma difusa, limitando-se a aplicar a lei. Assim, na França, o *Conseil Constitutionnel* é o guardião da Constituição.

## 4 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

No Brasil, como ensina Gilmar Mendes<sup>12</sup>, as influências do modelo difuso de controle de constitucionalidade americano foram decisivas para a adoção inicial de um sistema de fiscalização judicial da constitucionalidade das leis e dos atos normativos em geral. Entretanto, o desenvolvimento das instituições democráticas resultou em um sistema de jurisdição constitucional misto, dotado de características marcantes de ambos os clássicos modelos de controle de constitucionalidade.

Assim, ao lado do controle difuso, que assegura o amplo poder dos juízes para fiscalizar a constitucionalidade dos atos do poder público, e dos seus instrumentos próprios para garantia dos direitos fundamentais, nosso ordenamento prevê o controle abstrato de constitucionalidade, concentrando no Supremo Tribunal Federal a competência para processar e julgar as ações autônomas nas quais se apresenta a controvérsia constitucional.

Ao longo do histórico que segue, veremos a evolução do controle de constitucionalidade brasileiro e as nítidas influências dos modelos tradicionais já examinados.

### 4.1 Evolução histórica

A Constituição de 1824<sup>13</sup>, outorgada por Dom Pedro I, adotou a ideia de supremacia do Parlamento, conforme o sistema inglês, assim como da supremacia da Lei, do sistema francês. Introduziu-se, por meio desta Constituição, a separação dos Poderes, cabendo à Assembleia Geral (Poder Legislativo), com a sanção do Imperador, a competência de fazer as leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las. A Assembleia Geral era a guardiã da Constituição, cabendo ao Imperador (detentor do Poder Moderador), manter a independência, o equilíbrio e a harmonia entre os demais poderes. Portanto, a Constituição Imperial de 1824 adotou um modelo ou sistema de fiscalização jurisdicional da constitucionalidade das leis.

12 MENDES, Gilmar Ferreira. **O Controle da Constitucionalidade no Brasil**. Disponível em <[http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda\\_pt\\_br/anexo/Controle\\_de\\_Constitucionalidade\\_v\\_\\_Port1.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda_pt_br/anexo/Controle_de_Constitucionalidade_v__Port1.pdf)>. Acessado em 19 mar. 2016.

13 BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Imperio do Brazil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)>. Acesso em: 19 mar. 2016.

Em seguida, houve a alteração da organização política do Estado, vindo a Constituição de 1891<sup>14</sup> a adotar a forma federada, o presidencialismo e a jurisdição universal, prevendo, pela primeira vez em nosso ordenamento jurídico, o controle judicial difuso, repressivo, posterior, pela via de exceção ou defesa, com a possibilidade de a validade de atos ou leis estaduais poderem ser analisadas, em face da Constituição, pela Justiça Estadual. De igual modo, previu que à Justiça Federal competia julgar ações fundadas em dispositivos da Constituição. Além disso, se a última instância dos Estados considerassem constitucionais leis ou atos estaduais, caberia recurso ao STF. Tal forma de controle, porém, a despeito da ausência de previsão constitucional, já fora incluída no ordenamento jurídico por meio do Decreto nº 848, de 1890<sup>15</sup>.

Todavia, a efetividade desta forma de controle somente foi concretizada com a promulgação da Lei Federal nº 221, de 1894<sup>16</sup>, reconhecendo-se, assim, a supremacia da Constituição.

Em 1926, foi apresentada uma Emenda Constitucional, a qual previu que das sentenças das justiças dos Estados em última instância caberia recurso para o Supremo Tribunal Federal, quando se questionasse sobre a vigência ou a validade das leis federais em face da Constituição e a decisão do Tribunal do Estado lhes negasse aplicação, e quando se contestasse a validade de leis ou atos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerasse válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.<sup>17</sup>

Já em 1934, com a promulgação de uma nova Constituição, a competência do Corte Suprema foi alargada, cabendo ao Supremo Tribunal julgar, em recurso

14 BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm)>. Acesso em: 19 mar. 2016.

15 BRASIL. **Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890**. O Generalissimo Manoel Deodoro da Fonseca, Chefe do Governo Provisorio da Republica dos Estados Unidos do Brazil, constituído pelo Exercito e Armada, em nome da Nação, tendo ouvido o Ministro e Secretario de Estado dos Negocios da Justiça, resolve decretar a lei seguinte. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/d848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d848.htm)>. Acesso em: 19 mar 2016.

16 "Os juizes e tribunaes apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de applicar aos casos occorrentes as leis manifestamente inconstitucionaes e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição." **Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894**. Completa a organização da Justiça Federal da República. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/LEIS/1851-1900/L0221.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/LEIS/1851-1900/L0221.htm)>. Acesso em: 19 mar. 2016.

17 BRASIL. **Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926**. Emendas à Constituição Federal de 1891. Disponível em: < [http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon\\_sn/1920-1929/emendaconstitucional-35085-3-setembro-1926-532729-publicacaooriginal-15088-pl.html](http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon_sn/1920-1929/emendaconstitucional-35085-3-setembro-1926-532729-publicacaooriginal-15088-pl.html)>. Acesso em: 19 mar. 2016.

extraordinário, as causas julgadas, em única ou última instância, pelas Justiças locais, quando se questionasse sobre a vigência ou validade de lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negasse aplicação à lei impugnada, e quando se contestasse a validade de lei ou ato dos Governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do Tribunal local julgasse válido o ato ou a lei impugnada (art. 76, III, alíneas “b” e “c”)<sup>18</sup>. Estabeleceu a competência da Suprema Corte para julgar recurso contra decisão dos Tribunais Federais, por aquela Constituição previstos, sempre que houvesse sido controvertida matéria constitucional (art. 78).

O novo texto também previu a competência do Senado Federal para suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando houvessem sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário (art. 91, IV), dando, assim, efeito *erga omnes* à decisão proferida.

Além disso, estabeleceu o princípio da reserva de plenário, chamado por Pontes de Miranda de *quorum* mínimo para julgamento de inconstitucionalidade de regra jurídica<sup>19</sup>, ao prever que apenas por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes, poderiam os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público (art. 179).

A Constituição de 1934 previu, também, o que os doutrinadores chamaram de início do controle abstrato de constitucionalidade, ao criar a “representação interventiva”, por meio da qual a União poderia intervir nos Estados para assegurar a observância de princípios constitucionais (forma republicana representativa e representação das profissões), só se efetuando a intervenção, porém, depois que a Corte Suprema, mediante provocação do Procurador-Geral da República, tomasse conhecimento da lei que a tivesse decretado e lhe declarasse a constitucionalidade. Ademais, previu-se a intervenção da União para reorganizar as finanças do Estado que, sem motivo de força maior, suspendesse, por mais de dois anos consecutivos, o serviço da sua dívida fundada. Nessa hipótese, assim como para assegurar a observância dos princípios constitucionais, a intervenção deveria ser decretada por lei federal, que lhe fixava a amplitude e a duração, prorrogável por nova lei. A

18 BRASIL. Constituição (1934). **Constituição Da República Dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)>. Acesso em: 19 mar. 2016.

19 [http://www.tjrj.jus.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=ea10bf6f-babb-4f4e-8695-704a09b786e3&groupId=10136](http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=ea10bf6f-babb-4f4e-8695-704a09b786e3&groupId=10136)

Câmara dos Deputados tinha o poder de eleger, nesses casos, o Interventor, ou autorizar o Presidente da República a nomeá-lo. (art. 12, V e VI, e §§ 1º e 2º).

Percebe-se uma clara inspiração no modelo de controle europeu, que tem no austríaco Hans Kelsen seu idealizador.

Por sua vez, a Carta Constitucional de 1937<sup>20</sup>, em sintonia com o momento vivido na política nacional, reduziu ao extremo a possibilidade de controle de constitucionalidade.

De fato, previu a Constituição que só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juizes poderiam os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República. Todavia, restou previsto, também, que, no caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, fosse necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderia o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento, e, se este a confirmasse por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficaria sem efeito a decisão do Tribunal (art. 96, *caput* e parágrafo único).

Restringiu-se, também, o papel do STF na intervenção, deixando os poderes interventivos quase fora da análise judicial (art. 9º, parágrafo único).

A Carta Constitucional de 1937 também previu que, enquanto não se reunisse o Parlamento nacional, o Presidente da República teria o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União (art. 180). Assim, por meio de Decretos-Lei, o Presidente tinha o poder de tornar sem efeito qualquer decisão do Supremo Tribunal ou de quaisquer outros Tribunais.

Apenas em 1945, pela Lei Constitucional nº 18<sup>21</sup>, o parágrafo único do artigo 96, antes citado, foi revogado e restaurou-se a democracia no país.

Nesse cenário de redemocratização, restou promulgada a Constituição de 1946<sup>22</sup>, por meio da qual foi restaurado o controle difuso de constitucionalidade, com a repristinação de princípios inovadores que foram inaugurados pela Constituição de

20 BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm)>. Acesso em: 19 mar. 2016.

21 BRASIL. **Lei Constitucional nº 18, de 11 de dezembro de 1945**. Revoga o parágrafo único do art. 96 da Constituição. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/leicon/1940-1949/leiconstitucional-18-11-dezembro-1945-365002-norma-pl.html>>. Acesso em: 19 mar. 2016.

22 BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm)>. Acesso em: 19 mar. 2016.

1934. Restaram conservadas a representação para intervenção da União no Estado e deste no Município (arts. 7º e 23), o poder do Senado de suspender, no todo ou em parte, a execução de leis ou decretos achados inconstitucionais por decisão definitiva do STF (e não mais de qualquer órgão jurisdicional - art. 64), o recurso extraordinário das causas decididas em única ou última instância por outros tribunais e juízes (art. 101, III) e o princípio da reserva de plenário (art. 200).

A Constituição de 1946 trouxe como novidade a possibilidade do Congresso Nacional suspender a eficácia de ato arguido de inconstitucional, como forma de evitar a intervenção do Governo Federal nos Estados (art. 13). Além disso, aumentou a matéria passível de ensejar a interposição de recurso extraordinário, uma vez que previu a possibilidade de se questionar qualquer decisão que fosse contrária a dispositivo daquela Constituição (art. 101, III, “a”).

Já em 1965, a Emenda Constitucional nº 16<sup>23</sup> representou um marco no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, ao prever o primeiro instrumento eminentemente de controle abstrato: a ação direta de inconstitucionalidade, de competência originária do STF, para processar e julgar a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, federal ou estadual, a ser proposta, exclusivamente, pelo Procurador-Geral da República (art. 101, I, “k”). Além disso, ao artigo 124 foi acrescido o inciso XIII, criando a possibilidade de controle concentrado em âmbito estadual.

Pouco tempo depois, houve a promulgação da Constituição de 1967<sup>24</sup>, na qual restaram mantidas algumas importantes disposições da Carta Magna anterior quanto ao controle de constitucionalidade. De fato, a competência do Senado para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto, declarados inconstitucionais, por decisão definitiva do STF, restou mantida (art. 45), assim como o *quorum* mínimo para a declaração de inconstitucionalidade (art. 111).

Manteve-se, igualmente, a representação interventiva para o fim de assegurar a observância da forma republicana representativa, temporariedade dos mandatos eletivos, limitada a duração destes à dos mandatos federais correspondentes, proibição de reeleição de Governadores e de Prefeitos para o período imediato,

23 BRASIL. **Emenda Constitucional nº 16, de 1965**. Altera dispositivos constitucionais referentes ao Poder Judiciário. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1960-1969/emendaconstitucional-16-26-novembro-1965-363609-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 19 mar. 2016.

24 BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm)>. Acesso em: 19 mar. 2016.

independência e harmonia dos Poderes, garantias do Poder Judiciário, autonomia municipal e prestação de contas da Administração (art. 10, VII, alíneas “a” a “g” e art. 11). Como novidade, previu-se a possibilidade de suspensão, pelo Presidente da República, da execução do ato impugnado, se essa medida fosse eficaz.

Já a competência do STF restou ampliada, passando a prever o texto constitucional o julgamento, mediante recurso extraordinário, de causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes, quando a decisão recorrida desse à lei interpretação divergente da que lhe houvesse dado outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal (art. 114, III, “d”).

O Ato Institucional nº 6, de 1969<sup>25</sup>, que alterou a composição e competência do STF, ampliou a disposição do Ato Institucional nº 5, de 1968 e ratificou as emendas constitucionais feitas por Atos Complementares, nada modificou quanto ao controle de constitucionalidade, senão apenas a forma de redação de alguns artigos.

A Emenda Constitucional nº 7, de 1977<sup>26</sup>, por sua vez, trouxe diversas modificações ao sistema, concedendo ao Supremo Tribunal Federal o poder de processar e julgar o pedido de medida cautelar nas representações oferecidas pelo Procurador-Geral da República, como a função, tipicamente legislativa, de proceder à interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual.

Por fim, as grandes mudanças sociais e políticas dos anos oitenta levaram à promulgação da Constituição de 1988, na qual o sistema de controle de constitucionalidade sofreu substancial reforma.<sup>27</sup>

## 4.2 O controle de constitucionalidade na Constituição de 1988

Embora a Carta Magna tenha preservado o modelo tradicional de controle de constitucionalidade difuso, nas palavras de Gilmar Mendes, “a adoção de outros

25 BRASIL. **Ato Institucional nº 6, de 1º de fevereiro de 1969**. Altera a composição e competência do Supremo Tribunal Federal, amplia disposição do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968 e ratifica as emendas constitucionais feitas por Atos Complementares. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/AIT/ait-06-69.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-06-69.htm#art1)>. Acesso em: 19 mar. 2016.

26 BRASIL. **Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977**. Incorpora ao texto da Constituição Federal disposições relativas ao Poder Judiciário. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc07-77.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc07-77.htm)>. Acesso em: 19 mar. 2016.

27 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 19 mar. 2016.

instrumentos, como o mandado de injunção, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de segurança coletivo e, sobretudo, a ação direta de inconstitucionalidade, conferiu um novo perfil ao nosso sistema de controle de constitucionalidade”<sup>28</sup>.

O Supremo Tribunal Federal deixa de ter a atribuição de zelar pela legislação federal, competência essa que foi destinado ao Superior Tribunal de Justiça, passando a ser o guardião da Constituição. Assim, todas as controvérsias constitucionais relevantes passaram a ser submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas.

Aumentam os legitimados ativos para a ação de inconstitucionalidade, acabando com o monopólio do Procurador-Geral da República.

Importante destacar que a inserção de novos legitimados ativos passou a exigir o que se convencionou “pertinência subjetiva” entre o legitimado constante dos incisos do art. 103 com o tema em debate na ação direta de inconstitucionalidade. Desse modo, somente o Presidente da República, as Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e os partidos políticos dispõem de interesse processual para ofertar ação direta de inconstitucionalidade sobre qualquer matéria. Aos demais legitimados cumpre demonstrar o interesse no ajuizamento.<sup>29</sup>

Instituiu-se a possibilidade de controle de constitucionalidade das omissões legislativas, seja de forma concentrada, por meio de ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 102, § 2º), seja de modo incidental, pelo controle difuso, na forma do mandado de injunção (art. 5º, LXXI).

O texto constitucional manteve a ação direta interventiva, como mecanismo de fiscalização concreta da constitucionalidade (e não abstrata, como na ação genérica), embora em sede de ação direta (art. 36, III).

Os Estados restaram autorizados, nos termos do art. 125, § 2º, a instituir a representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada, todavia, a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.

28 MENDES, Gilmar Ferreira. **O Controle da Constitucionalidade no Brasil**. Disponível em <[http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaStfInternacional/portaStfAgenda\\_pt\\_br/anexo/Controle\\_de\\_Constitucionalidade\\_v\\_\\_Port1.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaStfInternacional/portaStfAgenda_pt_br/anexo/Controle_de_Constitucionalidade_v__Port1.pdf)>. Acessado em 19 mar. 2016.

29 Medida cautelar na ADIn 913/DF, relator o Ministro Moreira Alves, julgada pelo Pleno em 18 de agosto de 1993, DJU de 05/05/1995.

Importante destacar, ainda, que o parágrafo único do art. 102 facultou a criação da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

Conforme evidenciado, o modelo brasileiro de controle de constitucionalidade sofreu influência dos modelos tradicionais, caracterizando-se em um modelo híbrido que, como será demonstrado a seguir, contínua em evolução.

Com efeito, segundo Luís Roberto Barroso, no Brasil, “a força normativa e a conquista de efetividade pela Constituição são fenômenos recentes, supervenientes ao regime militar, e que somente se consolidaram após a redemocratização e a promulgação da Constituição de 1988”<sup>30</sup>.

### 4.3 Alterações ocorridas após a Constituição de 1988

O panorama inicial traçado pelo constituinte originário passou a ser remodelado a partir da Emenda Constitucional nº 3, de 18 de março de 1993, que acrescentou à competência originária do STF, na alínea “a”, do inciso I, do artigo 102, a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo<sup>31</sup>.

Curiosamente, a própria constitucionalidade da ação declaratória foi questionada. Não obstante, ainda no ano de 1993, o STF proclamou a constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 3/93, no tocante à ação declaratória de constitucionalidade, na questão de ordem suscitada pelo relator Ministro Moreira Alves na ADC nº 1-1/DF.

Manuel Gonçalves Ferreira Filho sustenta ser revolucionária a inovação que a ação declaratória trouxe para o Direito Constitucional brasileiro, por meio da qual o Governo poderia antecipar-se a uma eventual ação de inconstitucionalidade e aos eventuais mandados de segurança e cautelares individualmente requeridos, obtendo um provimento favorável à constitucionalidade da lei ou do ato normativo. E o autor destaca, ainda, que o papel do Judiciário torna-se acentuadamente de caráter

30 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 5ª ed., São Paulo: Saraiva. 2015. Pag. 110.

31 BRASIL **Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993**. Altera os arts. 40, 42, 102, 103, 155, 156, 160, 167 da Constituição Federal. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc03.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc03.htm)>. Acessado em 19 mar. 2016.

político, pois, no caso do controle de constitucionalidade, a ação direta e a indireta fazem dele um legislador negativo, enquanto que a ação de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção conferem o caráter de legislador ativo<sup>32</sup>.

Não se pode perder de vista que a referida Emenda Constitucional surgiu em um momento de transição que se seguiu após o impeachment de Fernando Collor e a grave crise econômica causada pela inflação.

Ainda, a Emenda acrescentou o § 4º ao art. 103, estabelecendo que a ADC poderá ser proposta pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados ou pelo Procurador-Geral da República.

Posteriormente, foram editadas a Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999<sup>33</sup>, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, e a Lei nº 9.882, de 3 de dezembro seguinte<sup>34</sup>, que regulamenta o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Ainda, em matéria de controle de constitucionalidade, a Emenda Constitucional nº 45/2004 (Reforma do Judiciário) trouxe inovações que merecem especial atenção.

A emenda ampliou o rol dos legitimados ativos para o ajuizamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), igualando aos legitimados da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), elencados no art. 103. Além disso, estendeu o efeito vinculante, até então previsto expressamente apenas para a ADC, também para a ADI (apesar do que previa o art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/99 e a jurisprudência do STF).

Por fim, a Emenda criou a súmula vinculante (art. 103-A) que, segundo a lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, é a inovação mais importante. Segundo o jurista, tais súmulas se equiparam a normas constitucionais interpretativas, e isto, ao lado do poder de restringir os efeitos da declaração inconstitucionalidade, “reforça a

32 FILHO, Manuel Gonçalves Ferreira Filho. **Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Pag. 221-223.

33 BRASIL **Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm)>. Acessado em 19 mar. 2016.

34 BRASIL **Lei 9.882, de 03 de dezembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm)>. Acessado em 19 mar 2016.

ideia de assumir, hoje, o Supremo Tribunal Federal o papel de constituinte derivado.”<sup>35</sup>

Para o autor, a dita transformação do Supremo Tribunal Federal em órgão constituinte deu-se com a Lei nº 9.868/99, que previu, no seu art. 27, a possibilidade de restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, seja por algum tempo, seja definitivamente, o que significa alterar, de modo temporário, ou definitivo, a Constituição.<sup>36</sup>

Assim, de forma bastante resumida, pode-se dizer que o Brasil seguiu o modelo norte-americano, evoluindo para um sistema misto, apresentando o controle incidental, exercido de modo difuso por todos os juízes e tribunais, e o controle principal, de competência concentrada no Supremo Tribunal Federal, realizada por meio da ação direta de inconstitucionalidade (genérica) (art. 102, I, a); ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º), ação direta de constitucionalidade (art. 102, I, a), ação direta interventiva (art. 36, III) e arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, §1º).

Importante destacar que o STF, mesmo tendo sua competência reduzida à matéria constitucional, não se converte em uma Corte Constitucional, seja porque não é o único órgão jurisdicional competente para o exercício da jurisdição constitucional, já que o sistema permite que qualquer juiz ou tribunal, pelo critério difuso, conheça da prejudicial de inconstitucionalidade, por via de exceção, seja

35 FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo**. 3ª ed., São Paulo: Saraiva. 2011. Pag. 260-261.

36 Segundo Manuel Gonçalves Ferreira Filho, todas as Constituições brasileiras, desde 1891, fizeram do STF o garantidor da supremacia da Constituição. O nosso sistema constitucional seguiu o modelo norte-americano, caracterizado pelo controle difuso, *in concreto*, com efeito *inter partes*, presumindo a nulidade absoluta do ato inconstitucional, com efeitos *ex tunc*. Com a EC 16/65, introduziu-se no direito brasileiro o controle concentrado, com efeitos *erga omnes*, inspirado no modelo kelseniano. Todavia, como destaca o autor, em termos práticos, a sua repercussão foi mínima, posto que a evolução de fato se deu a partir da Constituição de 1988. Embora a Carta Magna não tenha abandonado o modelo clássico de controle difuso, estimulou o desenvolvimento do controle concentrado. A EC 3/93, segundo o autor, fez do STF uma verdadeira “terceira Câmara Legislativa, enquanto lhe acenava com um nítido papel político”. Introduziu-se a ideia de eficácia contra todos e efeito vinculante. Porém, a dita transformação do STF em órgão constituinte deu-se com a Lei nº 9.868/99, que previu, no seu art. 27, a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Conferiu-se ao STF a competência de alterar, de modo temporário, ou definitivo, a Constituição, pois outro não é o alcance de restringir os efeitos da declaração, seja por algum tempo, seja definitivamente. Tal modulação, segundo o jurista, tem nítido caráter político, uma vez que a sua aprovação, que tem como fundamento excepcional interesse social, exige 2/3 dos membros, enquanto que a declaração jurídica de inconstitucionalidade é feita por maioria absoluta. Por fim, sustenta que o papel constituinte foi intensificado pela EC nº 45/2004, que conferiu ao STF o direito de editar súmulas sobre a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas. *In Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Pag. 282-285.

porque continua a ser um Tribunal que examinará a questão constitucional com critério puramente técnico-jurídico.

De tudo quanto se expôs, já em linha de conclusão ao tópico, cumpre trazer as considerações de Manuel Gonçalves Ferreira Filho, para quem o sistema de controle de constitucionalidade no Direito Constitucional brasileiro torna-se cada vez mais complexo, o que não significa que tenha se tornado mais eficaz, uma vez que “a eficácia real do controle depende antes de tudo da rapidez com que o Supremo Tribunal Federal possa manifestar-se”. Ademais, segundo o jurista, “as inovações quanto aos efeitos do ato reconhecido como inconstitucional podem não tornar mais vigorosa a defesa da Constituição.” Vale dizer, o ato inconstitucional ganha uma sobrevida que significa que modifica, ou modificou, a Constituição, pelo tempo que foi tolerado.<sup>37</sup>

37 Manoel Gonçalves Ferreira Filho ressalta que a politização do controle, para além de uma verificação de suprallegalidade, tende a se tornar um controle de legitimidade, conferindo ao STF o papel de terceira Câmara do Legislativo. Isso porque o STF não apenas declara o vício de inconstitucionalidade que macula o ato, mas o desconstitui a partir do momento que isso lhe parecer oportuno e conveniente. Por fim, o autor diz ser curioso que num país em que a imitação do estrangeiro é princípio de política legislativa, não se tenha cogitado de substituir o complexo sistema adotado por outro mais simples e eficiente: o controle preventivo, seguindo-se nisto, ou não, o modelo francês. In **Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Pag. 257-260.

## 5 ESPÉCIES DE INCONSTITUCIONALIDADE

Para melhor análise e compreensão do objeto principal do presente estudo, isto é, a modulação dos efeitos temporais no controle de constitucionalidade, é preciso antes abordar, ainda que em apertada síntese, os pressupostos ou requisitos de constitucionalidade das espécies normativas, bem como, as classificações apresentadas pela doutrina.

Luís Roberto Barroso esclarece que “a inconstitucionalidade de uma norma pode ser aferida com base em diferentes elementos ou critérios, que incluem o momento em que ela se verifica, o tipo de atuação estatal que a ocasionou, o procedimento de elaboração e o conteúdo da norma, dentre outros.”<sup>38</sup>

Alexandre de Moraes fala em pressupostos ou requisitos de constitucionalidade das espécies normativas. Assim, “a análise da constitucionalidade das espécies normativas (art. 59, CF) consubstancia-se em compará-las com determinados requisitos formais e materiais, a fim de verificar-se sua compatibilidade com as normas constitucionais.”<sup>39</sup>

### 5.1 Inconstitucionalidade formal e material

A Constituição Federal estabelece as regras para a produção das espécies normativas, definindo competências e procedimentos que devem ser observados. De outro lado, determina condutas a serem seguidas, além de valores a preservar.

Assim, a análise da constitucionalidade das espécies normativas leva em consideração requisitos formais e materiais.

Os requisitos formais podem ser subjetivos, ou seja, relacionados à fase introdutória do processo legislativo (vícios de iniciativa), ou objetivos, isto é, qualquer espécie normativa deverá seguir todo o trâmite constitucional previsto nos arts. 60 a 69. Assim, a inconstitucionalidade formal decorre da inobservância do que a doutrina e a jurisprudência chamam de devido processo legislativo.

Quanto ao vício de forma, Luis Roberto Barroso cita a inconstitucionalidade orgânica, consubstanciada na inobservância da regra de competência para a edição

38 BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 7ª ed., São Paulo: Saraiva. 2016. Pag. 47-48.

39 MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 24ª ed., São Paulo: Atlas, 2009. p. 701.

do ato, e inconstitucionalidade formal propriamente dita, que ocorre quando a espécie normativa é produzida sem a observância do processo legislativo próprio<sup>40</sup>.

Ao abordar os requisitos formais, Alexandre de Moraes esclarece:

A inobservância das normas constitucionais de processo legislativo tem como consequência a inconstitucionalidade formal da lei ou ato normativo produzido, possibilitando pleno controle repressivo de constitucionalidade por parte do Poder Judiciário, tanto pelo método difuso quanto pelo método concentrado.<sup>41</sup>

De outro lado, os requisitos materiais estão atrelados ao conteúdo do ato normativo, ou seja, à verificação material da compatibilidade do objeto da lei ou do ato normativo com a Constituição Federal. Portanto, a inconstitucionalidade será material quando o conteúdo da lei ou ato normativo contrariar alguma norma substantiva prevista na Constituição, seja uma regra ou um princípio.

Há, portanto, uma incompatibilidade de conteúdo.

Dessarte, como ensina Luís Roberto Barroso, “o controle material de constitucionalidade pode ter como parâmetro todas as categorias de normas constitucionais: de organização, definidoras de direitos e programáticas”.<sup>42</sup>

Não se pode perder de vista, ainda, a possibilidade de um mesmo ato legislativo padecer de dupla inconstitucionalidade, ou seja, possuir vício formal e material. Entretanto, a consequência jurídica do reconhecimento da inconstitucionalidade, seja qual for a natureza da sua causa geradora (formal ou material) é única: invalidade da norma.

## 5.2 Inconstitucionalidade por ação e por omissão

A violação à Constituição pode se dar pela via da ação, mediante uma conduta positiva, ou por via da omissão, consubstanciada em uma inércia ilegítima. Ainda que a violação à Constituição, tanto na forma comissiva quanto omissiva, possa ser praticada por qualquer dos órgãos dos três poderes do Estado, os atos relevantes no âmbito do controle de constitucionalidade, dentro dos estreitos

40 BARROSO, Luís Roberto. Obra citada. Pag. 48-49.

41 MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 24ª ed., São Paulo: Atlas, 2009. p. 701.

42 BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 7ª ed., São Paulo: Saraiva. 2016. Pag. 51.

contornos a que se propõe o presente estudo, são aqueles emanados do Poder Legislativo.

Assim, a inconstitucionalidade por ação pressupõe a existência de um ato legislativo incompatível com a Constituição. Em torno dessa situação, como bem lembra Luís Roberto Barroso, desenvolveu-se toda a teoria e jurisprudência do controle de constitucionalidade, desde o seu advento até meados da década de 70 do século XX. Nesse sentido, os modelos de controle de constitucionalidade (americano, austríaco, francês) e as modalidades de controle (político ou judicial, prévio ou repressivo, difuso ou concentrado, principal ou incidental) foram concebidos para lidar com os atos normativos que ingressam no mundo jurídico com um vício de validade. Tais mecanismos se destinam a paralisar a eficácia ou a retirá-lo do ordenamento.<sup>43</sup>

De outro lado, a inconstitucionalidade por omissão, se dá diante da inércia na elaboração de atos normativos necessários à realização dos comandos constitucionais.

Como visto nos capítulos anteriores, somente a Carta Magna de 1988 trouxe dois remédios para enfrentar esse problema, sendo um deles o mandado de injunção, previsto no art. 5º, LXXI, para a tutela incidental e *in concreto* de direitos subjetivos constitucionais violados em razão da ausência de norma reguladora, e o outro, a ação de inconstitucionalidade por omissão, prevista no art. 102, §2, para o controle, pela via principal e em tese, das omissões normativas.

A doutrina aponta, no entanto, que não basta o não fazer por parte do legislador, pois isso não implica, necessariamente, em uma omissão inconstitucional. Com efeito, legislar é uma faculdade do legislador. Entretanto, quando a Constituição impõe o dever de editar norma reguladora de atuação de determinado preceito constitucional, a omissão do Poder Legislativo configurará, evidentemente, inconstitucionalidade por omissão<sup>44</sup>.

A omissão do legislador pode ser total ou parcial.

43 BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. Obra citada, pag. 54.

44 Segundo Luís Roberto Barroso, a inércia ilegítima pode ocorrer e relação às normas constitucionais de organização e em relação às normas definidoras de direitos. Quanto às normas programáticas, onde se prevê genericamente a atuação do Poder Público, mas sem especificar a conduta a ser adotada, não será possível, como regra, falar em omissão constitucional. In **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. Obra citada, pag. 56.

Havendo omissão total, poderá o judiciário (a) reconhecer autoaplicabilidade à norma constitucional e fazê-la incidir diretamente, (b) declarar a existência de omissão e constituir em mora o legislador e (c) não sendo a norma autoaplicável, criar para o caso concreto a regra faltante. Sendo parcial a omissão, identificam-se duas possibilidades: a omissão relativa, quando a lei exclui do seu âmbito de incidência determinada categoria que nele deveria estar abrigada, ferindo, assim, o princípio da isonomia, e a omissão parcial propriamente dita, quando o legislador atua de forma insuficiente em relação à obrigação que lhe era imposta, ainda que não viole o princípio da isonomia. No primeiro caso, poderá o judiciário (a) declarar a inconstitucionalidade por ação da lei que criou a desequiparação; (b) declarar a inconstitucionalidade por omissão parcial da lei, com ciência ao órgão legislador para tomar as providências necessárias e (c) estender o benefício à categoria dele excluída. Tais soluções, entretanto, não são pacíficas na jurisprudência. Quando ao segundo caso, da inconstitucionalidade por omissão parcial propriamente, o exemplo que melhor o ilustra é a lei de fixação do salário mínimo, em valor que, obviamente, não satisfaz a exigência constitucional.<sup>45</sup>

### **5.3 Espécies ou modalidades de controle de constitucionalidade**

Os três modelos clássicos de controle de constitucionalidade antes analisados (americano, austríaco e francês) possuem características próprias e algumas variações nos sistemas constitucionais de cada país, todavia, é possível sistematizá-las levando em conta aspectos subjetivos, objetivos e processuais. Assim, para a organização e clareza da abordagem pretendida, será utilizada a classificação recorrente na doutrina.

#### *5.3.1 Quanto à natureza do órgão de controle*

Divide-se em controle político, exercido por órgãos que não integram o Poder Judiciário, e o controle judicial, exercido por juízes e Tribunais, de forma difusa ou concentrada. O primeiro está associado à experiência constitucional francesa, cujo traço marcante é o controle não jurisdicional e prévio, exercido pelo Conselho

<sup>45</sup> Sobre o tema, v. Luís Roberto Barroso. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. Obra citada, pag. 57-60.

Constitucional, enquanto o segundo, que tem sua origem no direito norte-americano, confere ao Judiciário o papel de intérprete final da Constituição.

### 5.3.2 Quanto ao momento do exercício do controle

Pode ser dividido em controle preventivo, ou seja, antes que se perfectibilize o ato legislativo, ou repressivo, ocorrendo quando o ato normativo já tem vigência e eficácia jurídica no ordenamento jurídico. Para efeitos dessa classificação, a doutrina considera o momento do ingresso da lei ou ato normativo no ordenamento jurídico. Assim, será chamado de controle preventivo aquele que tem por objetivo impedir que norma inconstitucional ingresse no ordenamento, ou repressivo, quando visa retirar norma editada em desrespeito à Constituição. O controle preventivo, tradicionalmente, é feito pelo Executivo e pelo Legislativo, cabendo ao Judiciário o controle repressivo.

No Brasil, o controle de constitucionalidade é eminentemente jurisdicional, ou seja, repressivo, todavia, há possibilidade de controle prévio, seja pelo Executivo, por meio do veto ao projeto de lei aprovado pela casa legislativa, em razão de sua inconstitucionalidade, seja pelo próprio Poder Legislativo, com a rejeição de um projeto de lei pela Comissão de Constituição e Justiça, por inconstitucionalidade.

Luís Roberto Barroso cita uma hipótese de controle prévio de constitucionalidade, em sede *judicial*, que tem sido admitida no direito brasileiro. Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por parlamentar contra o processamento de proposta de emenda constitucional, cujo conteúdo viole alguma cláusula pétrea insculpida no art. 60, §4º. Cita, ainda, precedentes do Supremo Tribunal Federal nos quais foi reconhecida a possibilidade de fiscalização jurisdicional da constitucionalidade de propostas de emenda à constituição que veiculam matéria vedada ao poder reformador do Congresso Nacional<sup>46</sup>.

De outro lado, há alguns mecanismos de atuação repressiva pelo Executivo, traduzida na recusa em aplicar norma inconstitucional, como também pelo Legislativo, sustando atos normativos exorbitantes editados pelo Executivo.

46 Precedentes do STF: MS 20.257, Rel. Moreira Alves; MS 21.747, Rel. Min. Celso de Mello; MS 21.642, rel. Min. Celso de Mello; MS 21.648, rel. Min. Ilmar Galvão, citados por Luís Roberto Barroso em nota de rodapé nº 116, na obra *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, 7ª ed., Saraiva, São Paulo, 2016, pag. 69.

Importante destacar, no entanto, que em qualquer circunstância, a palavra final sobre a interpretação da norma constitucional será do Judiciário.

### *5.3.3 Quanto ao órgão judicial que exerce o controle*

Pode ser classificado em controle difuso ou concreto, quando se permite a todo e qualquer juiz ou tribunal conhecer e declarar a inconstitucionalidade de uma norma e, conseqüentemente, sua não aplicação ao caso concreto, e concentrado ou abstrato, quando exercido por um único órgão ou por um número limitado de órgãos, que tem nessa atividade a sua função principal. No controle difuso, exercido pelo Judiciário diante de um caso concreto levado a julgamento, a declaração de inconstitucionalidade terá efeitos *ex tunc* e *inter partes*. No controle concentrado, exercido pelo Supremo Tribunal Federal, os efeitos da decisão tem efeitos *ex tunc* e *erga omnes*, ou seja, efeitos retroativos e para todos.

### *5.3.4 Quanto à forma ou modo de controle judicial*

Divide-se em controle pela via incidental, também conhecido como via de exceção ou defesa, e controle por via principal ou ação direta. Na primeira hipótese, a questão constitucional é prejudicial e apreciada no curso do processo, diante de um caso concreto; na segunda hipótese, como o próprio nome indica, o controle é exercido fora do caso concreto, analisando a lei em tese, com o fim de eliminar do sistema norma incompatível com a Constituição.

## 6 O FENÔMENO DA INCONSTITUCIONALIDADE

Um ato inconstitucional deve ser considerado inexistente, inválido ou ineficaz? Basicamente, são duas as correntes doutrinárias que enfrentam a questão da natureza do ato inconstitucional e o desfazimento ou manutenção dos efeitos por ele produzidos: a da nulidade e a da anulabilidade. Para que se possa examiná-las com propriedade, é preciso antes, tratar de conceitos fundamentais relacionados à existência, validade e eficácia dos atos jurídicos e das leis.

### 6.1 Existência, validade e eficácia dos atos jurídicos e das leis

Os atos jurídicos em geral, e as normas jurídicas especificamente, comportam análise em três planos distintos: existência, validade e eficácia<sup>47</sup>. Uma vez presentes os elementos agente, forma e objeto, suficientes à incidência da lei, o ato será *existente*. Se além desses elementos, possuir, ainda, os atributos ou requisitos que a lei determina, será *válido*. Assim, a ausência de algum dos elementos conduz à invalidade do ato que tem, como consequência, a nulidade ou anulabilidade. Por fim, a eficácia do ato jurídico consiste na sua aptidão para produzir efeitos ou a finalidade para o qual foi gerado.

A lei que contraria a Constituição, seja por vício formal, seja por vício material, não pode ser considerada inexistente. Ao contrário, posto que ingressou no mundo jurídico e, possivelmente, tenha tido aplicação e gerado efeitos. Assim, a inconstitucionalidade é vício que se concretiza no plano da validade e se projeta para o plano da eficácia.

Com efeito, nenhum ato normativo incompatível com a Constituição pode ser válido. Logo, a falta de validade traz como consequência a nulidade ou anulabilidade.

### 6.2 Nulidade x anulabilidade da inconstitucionalidade

A tese de que a norma inconstitucional é nula prevaleceu no *judicial review*, sendo acolhida na grande parte dos países que adotaram esse modelo de controle.

47 Mello, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

De outro lado, está a teoria que afirma que o ato inconstitucional é anulável e que o seu desfazimento opera efeitos *ex nunc*. Aqui, a norma inconstitucional não se considera nula *ab initio* e a decisão que a proclama não terá caráter declaratório, mas sim, constitutiva negativa<sup>48</sup>.

Gilmar Ferreira Mendes afirma que “o dogma da nulidade da lei inconstitucional pertence à tradição do direito brasileiro”<sup>49</sup>.

Com efeito, predomina, na doutrina e jurisprudência brasileiras o entendimento de que a lei inconstitucional é nula de pleno direito e que a decisão que reconhece a inconstitucionalidade tem efeitos *ex tunc*, invalidando todos os atos praticados com base na lei impugnada<sup>50</sup>.

Para Luís Roberto Barroso, a lógica do raciocínio é irrefutável<sup>51</sup>:

Se a Constituição é a lei suprema, admitir a aplicação de uma lei com ela incompatível é violar sua supremacia. Se uma lei inconstitucional puder reger dada situação e produzir efeitos regulares e válidos, isso representaria a negativa de vigência da Constituição naquele mesmo período, em relação àquela matéria. A teoria constitucional não poderia conviver com essa contradição sem sacrificar o postulado sobre o qual se assenta. Daí porque a inconstitucionalidade deve ser tida como uma forma de nulidade, conceito que denuncia o vício de origem e a impossibilidade de convalidação do ato.

Como bem lembra o autor, a decisão que reconhece a inconstitucionalidade tem caráter declaratório e não constitutivo, limitando-se a reconhecer uma situação preexistente. Os efeitos dessa declaração atingem a lei desde o seu nascimento. Então como regra, não se pode admitir efeitos válidos à lei inconstitucional, devendo retornar ao *status quo ante* as relações jurídicas que se constituíram durante a sua vigência. Evidentemente que nem todas as situações se mostram reversíveis, o que exige um tratamento diferenciado, como se verá adiante.

48 ÁVILA, Ana Paula. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009. Pag. 27-36.

49 MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2014. Pag. 359.

50 QO na ADI 652-MA, Rel. Ministro Celso de Mello. Tribunal Pleno do STF, DOU 08/04/1992.

51 BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. Obra citada, pag. 38.

## 7 A MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS

Como já apontado no presente estudo, prevalece na doutrina e jurisprudência brasileiras o entendimento de que a lei inconstitucional é nula de pleno direito e que a declaração de inconstitucionalidade tem eficácia retroativa, invalidando todos os atos porventura praticados durante a sua vigência.

Importante destacar, ainda, que a Constituição Federal não prevê a possibilidade de limitação dos efeitos retroativos do pronunciamento de inconstitucionalidade<sup>52</sup>.

Não obstante, em algumas situações excepcionais, a doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal passaram a admitir o temperamento dessa regra, a fim de preservar valores como a boa-fé, a justiça e a segurança jurídica.

Nesse contexto, foi editada a Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o STF, prevendo, pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro, a atenuação da teoria da nulidade do ato inconstitucional.

Com efeito, o art. 27 da citada lei permite que o STF, por maioria de dois terços de seus membros, estabeleça limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, proferindo-a com eficácia *ex nunc*, notadamente nos casos em que a declaração de nulidade não se revele a solução mais adequada, ou quando a lacuna resultante da declaração de nulidade se mostre inadequada:

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.

52 Luís Roberto Barroso (in *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Pag. 45) e Gilmar Ferreira Mendes (in *Jurisdição Constitucional*. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2014. Pag. 366), lembram que por ocasião da Assembleia Constituinte que elaborou a Constituição de 1988, foi apresentada proposta que permitiria ao STF determinar se a declaração de inconstitucionalidade em controle abstrato retroagiria ou não, isto é, se teria sua eficácia *ex tunc* ou se deixaria de ter eficácia a partir da publicação. A proposta foi rejeitada. Nova proposta, no mesmo sentido, apresentada durante a revisão de 1994, foi igualmente rechaçada.

O dispositivo introduz importante modificação no sistema de técnica de controle de constitucionalidade brasileiro, flexibilizando, por assim dizer, o dogma da nulidade da lei inconstitucional. Permite que o STF faça a modulação ou limitação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, seja em relação a sua amplitude, seja em relação aos seus efeitos temporais, em nome da segurança jurídica ou de excepcional interesse social, por decisão da maioria de 2/3 de seus membros.

Esta regra sofreu críticas por parte da doutrina, quando de sua introdução no ordenamento jurídico, sob o argumento de que a orientação do Supremo Tribunal Federal, até então, era de reconhecer hierarquia constitucional ao postulado da nulidade da lei inconstitucional.

Mas como bem ensina Gilmar Mendes<sup>53</sup>:

Não se está a negar caráter de princípio constitucional ao princípio da nulidade da lei inconstitucional. Entende-se, porém, que tal princípio não poderá ser aplicado nos casos em que se revelar absolutamente inidôneo para a finalidade perseguida (casos de omissão; exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade), bem como nas hipóteses em que a sua aplicação pudesse trazer danos para o próprio sistema jurídico constitucional (grave ameaça à segurança jurídica).

Assim, configurado eventual conflito entre o princípio da nulidade e o princípio da segurança jurídica, que, entre nós, tem status constitucional, a solução da questão há de ser, igualmente, levada a efeito em um processo de complexa ponderação. Em muitos casos, há de se preferir a declaração de inconstitucionalidade com efeitos restritos à insegurança jurídica de uma declaração de nulidade, como demonstram os múltiplos exemplos do direito comparado e do nosso direito.

Em outras palavras, a aceitação do princípio da nulidade da lei inconstitucional não impede que se reconheça a possibilidade de adoção, entre nós, de uma declaração de inconstitucionalidade alternativa. Ao revés, a adoção de uma decisão alternativa é inerente ao modelo de controle de constitucionalidade amplo, que exige, ao lado da tradicional decisão de perfil cassatório com eficácia retroativa, também decisões de conteúdo outro, que não importem, necessariamente, na eliminação direta e imediata da lei do ordenamento jurídico.

53 MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2014. Pag. 375-376.

No que diz respeito à amplitude dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, o STF pode deixar de conferir efeito *erga omnes*, que é a regra, afastando a incidência da sua decisão em relação a alguma situação já consolidada, em nome da segurança jurídica, ou, ainda, para limitar, total ou parcialmente, os efeitos temporais da declaração (*ex nunc*) ou os efeitos repristinatórios da decisão, declarando a validade de alguns atos praticados na vigência da norma.<sup>54</sup>

Quanto aos limites temporais, a regra, portanto, é que a declaração tenha efeitos *ex tunc*, ou seja, efeitos retroativos. Mas o STF poderá conferir efeitos *ex nunc*, a partir do trânsito em julgado da decisão ou de qualquer outro momento que julgar conveniente, nos exatos termos do já citado art. 27. Caberá ao Supremo, a partir da valoração das circunstâncias e particularidades do caso concreto, fixar os efeitos da decisão de inconstitucionalidade.

Não se pode perder de vista que a Lei 9.868/99 também previu que a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, a interpretação conforme a constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, tem efeitos vinculantes em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

Luís Roberto Barroso aborda a questão da modulação dos efeitos temporais em quatro cenários distintos, a saber: a) declaração de inconstitucionalidade em ação direta; b) declaração de inconstitucionalidade em controle incidental; c) declaração de constitucionalidade em abstrato e d) mudança de jurisprudência consolidada acerca de determinada matéria<sup>55</sup>.

Tal sistematização, pelo seu caráter didático, será aqui adotada para possibilitar a melhor compreensão da questão proposta à luz de alguns precedentes.

### **7.1 Modulação de efeitos temporais na declaração de inconstitucionalidade em ação direta**

Como visto, não prevaleceu no Brasil a doutrina que atribuía à lei inconstitucional a condição de norma anulável (ineficácia a partir da decisão).

54 MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 24ª ed., São Paulo: Atlas, 2009. p. 759.

55 BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. Obra citada, pag. 101.

Não obstante, a jurisprudência do STF atenuou, em diversos precedentes, a teoria da nulidade do ato inconstitucional, admitindo, em certas hipóteses, que a decisão não poderia ter efeitos retroativos.

Lembre-se, no entanto, que a modulação de efeitos temporais na hipótese de declaração de inconstitucionalidade em ação direta é a única que tem previsão expressa (art. 27 da Lei nº 9.868/99).

Assim, o STF, por maioria diferenciada, poderá decidir sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, fazendo um juízo rigoroso de ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional, de um lado, e os postulados da segurança jurídica e do interesse social, do outro.

Luís Roberto Barroso, ao comentar o art. 27 da Lei nº 9.868/99, afirma que esse dispositivo produz a “formalização de um mecanismo de ponderação de valores”, mas alerta que é equivocado pensar que tal ponderação envolve o princípio da supremacia da Constituição. Tal princípio, por ser o próprio fundamento do controle da constitucionalidade, não pode ser afastado ou ponderado sem comprometer a ordem e unidade do sistema. Assim, o que o STF faz ao restringir os efeitos retroativos da decisão é uma “ponderação entre a norma violada e as normas constitucionais que protegem os efeitos produzidos pela lei inconstitucional”. Como, por exemplo, a boa-fé, moralidade, coisa julgada, irredutibilidade dos vencimentos e razoabilidade.<sup>56</sup>

Há diversos precedentes no STF nos quais foi aplicada a modulação de efeitos temporais prevista no art. 27, citando, exemplificativamente, o caso de criação de Municípios sem observância dos requisitos constitucionais (ADI 2240-BA<sup>57</sup>).

## **7.2 Eficácia temporal da decisão de declaração de inconstitucionalidade em controle incidental**

A fim de se examinar a possibilidade de aplicação da orientação contida no art. 27 no controle incidental de constitucionalidade, Gilmar Ferreira Mendes

<sup>56</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. Obra citada, pag. 254-255.

<sup>57</sup> ADI 2240, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/2007, DJe-072 DIVULG 02-08-2007 PUBLIC 03-08-2007 DJ 03-08-2007 PP-00029 EMENT VOL-02283-02 PP-00279.

sustenta a necessidade de analisar previamente a questão no direito americano. Segundo o autor, nos EUA, onde a doutrina acentuava que “*the unconstitutional statute is not law at all*”, passou-se a admitir, após a Grande Depressão, a necessidade de se estabelecerem limites à declaração de inconstitucionalidade. A jurisprudência americana evoluiu para admitir, ao lado da decisão de inconstitucionalidade com efeitos retroativos amplos ou ilimitados (*limited retrospectivity*), a superação prospectiva (*prospective overruling*), que tanto pode ser limitada (*limites prospectivity*), aplicável aos processos iniciados após a decisão, inclusive ao processo originário, como ilimitada (*pure prospectivity*), que nem sequer se aplica ao processo que lhe deu origem.<sup>58</sup>

Significa, nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes, que o sistema difuso ou incidental mais tradicional do mundo passou a admitir a mitigação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade e, em alguns casos, admitiu a pura declaração de inconstitucionalidade com efeitos exclusivamente *pro futuro*.

Para o autor, o modelo difuso não se mostra incompatível com a doutrina da limitação dos efeitos:

A declaração de inconstitucionalidade *in concreto* também se mostra passível de limitação de efeitos. A base constitucional dessa limitação – necessidade de um outro princípio que justifique a não aplicação do princípio da nulidade – parece sugerir que, se aplicável, a declaração de inconstitucionalidade restrita revela-se abrangente do modelo de controle de constitucionalidade como um todo. É que nesses casos, tal como já argumentado, afastamento do princípio da nulidade da lei assenta-se em fundamentos constitucionais e não em razões de conveniência. Se o sistema constitucional legitima a declaração de inconstitucionalidade restrita no controle abstrato, essa decisão poderá afetar, igualmente, os processos do modelo concreto ou incidental de normas. Do contrário, poder-se-ia ter inclusive um esvaziamento ou perda de significado da própria declaração de inconstitucionalidade restrita ou limitada.<sup>59</sup>

Nas hipóteses de decisões anteriores, pela via incidental, com eficácia *ex tunc* e decisão posterior, no sistema abstrato, com eficácia *ex nunc*, é razoável que o

58 PALU, Oswaldo Luiz. Controle de Constitucionalidade. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pag. 173, citado por Gilmar Ferreira Mendes, *in Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 4ª ed. Saraiva: São Paulo, 2012. Pag. 768-769.

59 Gilmar Ferreira Mendes, *in Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 4ª ed. Saraiva: São Paulo, 2012. Pag. 770.

STF declare a inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* na ação direta, ressaltando, porém, os casos concretos já julgados ou *sub judice*, em nome da segurança jurídica, dada a repercussão da decisão tomada no processo de controle *in abstracto* nos diversos processos de controle concreto.

Assim, poderia o STF, ao apreciar recurso extraordinário, declarar a inconstitucionalidade com efeitos limitados? Para Gilmar Ferreira Mendes, a “limitação de efeito é decorrência do controle judicial de constitucionalidade, podendo ser aplicado tanto no controle direto quanto no controle incidental”.<sup>60</sup>

Tal hipótese também é conhecida pela doutrina como a “abstrativização do controle difuso”, ou seja, a aproximação de efeitos entre os controles concentrado e difuso: às decisões em controle concreto são atribuídos efeitos próprios do controle abstrato (modulação dos efeitos temporais, eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes).

Neste tópico, vamos analisar precedentes emblemáticos, nos quais houve a modulação de efeitos pelo STF no controle incidental.

Observe-se o caso do RE 197.917, interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que reconheceu a constitucionalidade do parágrafo único do art. 6º da Lei Orgânica do Município de Mira Estrela, de menos de três mil habitantes, que fixara em 11 o número de vereadores da Câmara Municipal, por entender que tal número não se afastou dos limites constantes do art. 29, IV, a, b e c, da CF/88.

O Tribunal, por maioria, acompanhando o Min. Maurício Corrêa, relator, conheceu e deu parcial provimento ao recurso, para declarar a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 6º da Lei 226/90, do citado Município, por considerar que o art. 29 da CF/88 estabelece um critério de proporcionalidade aritmética para o cálculo do número de vereadores, não tendo os municípios autonomia para fixar esse número discricionariamente, sendo que, no caso concreto, o Município em questão deveria ter 9 vereadores, sob pena de incompatibilidade com a proporção determinada constitucionalmente.

O STF determinou, ainda, que, após o trânsito em julgado, a Câmara de Vereadores deveria adotar as medidas cabíveis para adequar sua composição aos

<sup>60</sup> Gilmar Ferreira Mendes, *in* **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. Obra citada. Pag. 770.

parâmetros então fixados, respeitados, entretanto, os mandatos dos atuais vereadores.<sup>61</sup>

Como se vê no caso em apreço, contrariando a regra, o STF decidiu que a decisão de inconstitucionalidade seria dotada apenas de efeito *pro futuro*, prestigiando a segurança jurídica e o interesse público, pois tratava-se de situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo municipal vigente, atingindo muitas decisões daquela Casa, desde o nascedouro da norma inconstitucional.

De fato, como bem assentou o Ministro Mauricio Correa na parte final do seu voto no RE 197.917/SP:

(...) a declaração de nulidade com os ordinários efeitos *ex tunc* da composição da Câmara representaria um verdadeiro caos quanto à validade, não apenas, em parte, das eleições já realizadas, mas dos atos legislativos praticados por esse órgão sob o manto presuntivo da legitimidade. Nessa situação específica, tenho presente excepcionalidade tal a justificar que a presente decisão prevaleça tão somente para as legislaturas futuras, assegurando-se a prevalência, no caso, do sistema até então vigente em nome da segurança jurídica (...)

Cumprir destacar, ainda, que no caso em comento, o STF entendeu que a declaração de inconstitucionalidade da norma não deveria afetar a composição atual da Câmara, cabendo ao legislador municipal estabelecer nova disciplina sobre a matéria, em tempo hábil para regular o pleito eleitoral subsequente.

No caso de Mira Estrela, portanto, observa-se a chamada abstrativização do controle difuso ante a modulação dos efeitos temporais da decisão proferida no RE

61 RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MUNICÍPIOS. CÂMARA DE VEREADORES. COMPOSIÇÃO. AUTONOMIA MUNICIPAL. LIMITES CONSTITUCIONAIS. NÚMERO DE VEREADORES PROPORCIONAL À POPULAÇÃO. CF, ARTIGO 29, IV. APLICAÇÃO DE CRITÉRIO ARITMÉTICO RÍGIDO. INVOCAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A POPULAÇÃO E O NÚMERO DE VEREADORES. INCONSTITUCIONALIDADE, INCIDENTER TANTUM, DA NORMA MUNICIPAL. EFEITOS PARA O FUTURO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. (...) 7. Inconstitucionalidade, incidenter tantum, da lei local que fixou em 11 (onze) o número de Vereadores, dado que sua população de pouco mais de 2600 habitantes somente comporta 09 representantes. 8. Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos *pro futuro* à declaração incidental de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário conhecido e em parte provido. (RE 197917, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 06/06/2002, DJ 07-05-2004 PP-00008 EMENT VOL-02150-03 PP-00368)

197.917/SP com a transcendência de seus motivos determinantes, que levaram à atribuição de eficácia *erga omnes* à decisão. Disso resultou a garantia de tratamento igualitário entre os municípios do país, defendidos de decisões divergentes, além da concretude e proteção à autoridade das decisões proferidas pelo pleno do Supremo Tribunal Federal.<sup>62</sup>

Outro caso emblemático é o HC 82.959, no qual o STF, por seis votos a cinco, deferiu o pedido de habeas corpus e declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei 8.072/90, que veda a possibilidade de progressão do regime de cumprimento da pena nos crimes hediondos definidos no art. 1º do mesmo diploma legal. A decisão explicitou que a declaração de inconstitucionalidade não geraria consequências jurídicas com relação às penas já extintas na data do julgamento, conferindo, portanto, efeitos restritivos à declaração.<sup>63</sup>

A origem dessa discussão está no HC nº 23.920/SP, ajuizado por apenado, sob a alegação de que o estupro não resultante em morte ou ofensa corporal grave não constituiria crime hediondo, pugnando pela inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, o qual vedava a progressão de regime naqueles crimes e requerendo, conseqüentemente, a redução de sua pena e a progressão de seu regime. O referido *habeas* foi indeferido pelo Superior Tribunal de Justiça. O

62 Ainda em 2004 foi expedida pelo Tribunal Superior Eleitoral a Resolução TSE nº 21.702, estabelecendo que nas eleições municipais de 2004, a fixação do número de vereadores deveria observar os critérios declarados pelo STF no julgamento do citado RE nº 197.917. Atribui-se, assim, eficácia *erga omnes* a uma decisão proferida em sede de controle concreto e sem a participação do Senado Federal, transcendendo os motivos determinantes do caso de Mira Estrela. Inconformados, o Partido Progressista e o Partido Democrático Trabalhista, ajuizaram ações diretas de inconstitucionalidade sob o argumento de que a resolução TSE nº 21.702/2004 ofendeu os princípios da separação dos poderes, da reserva legal, a autonomia municipal e a anterioridade da lei eleitoral. Defenderam a impossibilidade de atribuição de eficácia *erga omnes* a uma decisão exarada em controle difuso. Mas o STF julgou improcedentes as demandas, sob o argumento de que a resolução expedida pelo TSE conferiu efetividade e concretude à decisão proferida no RE 197.917/SP, a qual deu “interpretação definitiva à cláusula de proporcionalidade inscrita no inciso IV do art. 29 da CF, conferindo efeito transcendente aos fundamentos determinantes que deram suporte ao mencionado julgamento” (STF - RE 197.917/SP - Rel. Min. Maurício Corrêa – 24/03/2004).

63 PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. (HC 82959, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 23/02/2006, DJ 01-09-2006 PP-00018 EMENT VOL-02245-03 PP-00510 RTJ VOL-00200-02 PP-00795)

paciente, inconformado, impetrou novo *habeas*, com os mesmos fundamentos, junto ao STF.

O relator do caso, Ministro Marco Aurélio, em seu voto, manifestou-se pela inconstitucionalidade do dispositivo atacado, afirmando que a vedação à progressão de regime configura afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, além de ofender ao princípio da individualização da pena. Assim, a pena não deveria ser individualizada apenas quando da análise das circunstâncias judiciais, mas também no momento da progressão de regime, sob pena de não haver motivação para que o réu não cometesse novas infrações quando recolhido ao estabelecimento prisional. Apontou, ainda, uma incoerência entre as leis 8.072/90 e 9.455/97, visto que aquela previa o cumprimento integral da pena em regime fechado, enquanto esta estipulava apenas o regime inicial como fechado.

Por seu turno, o Ministro Gilmar Mendes defendeu a modulação dos efeitos temporais da decisão, uma vez que o reconhecimento de efeitos retroativos abalaria a segurança jurídica, trazendo consequências negativas a todo o ordenamento jurídico.

Com efeito, o julgamento com eficácia *ex nunc* evitou que a declaração de inconstitucionalidade com efeitos pretéritos invalidasse todas as vedações a progressões de regime em crimes hediondos, permitindo-se ao juiz de execução penal individualizar a questão da inconstitucionalidade na vedação da progressão pela natureza do crime. Ou seja, se o preso estivesse impedido de progredir de regime por outros óbices de natureza legal, a declaração de inconstitucionalidade da vedação pela natureza do crime, com efeitos *ex nunc*, não impediria ao juiz da execução penal em mantê-lo preso em regime mais grave por outras determinações legais que não o art. 2º, § 1º da Lei 8.072/90.

Observa-se, assim, a modulação temporal de uma decisão em controle concreto, no sentido de atribuir-lhe efeito *ex nunc*, como previsto pela Lei 9.868/99 para o controle abstrato.

Por fim, e ainda de forma meramente exemplificativa, cumpre citar o julgamento conjunto dos RE 560.626, 556.664 e 559.882, Rel. Min. Gilmar Mendes, bem como do 559.943, Rel. Min. Cármen Lúcia, nos quais se discutiu a constitucionalidade formal dos arts. 45 e 46, da Lei nº 8.212/91, em face do art. 143, III, b, da Constituição Federal, diante da alegação de que os dispositivos questionados tratavam de prescrição e decadência do crédito tributário, matérias

reservadas à lei complementar. Aqui, o STF declarou a inconstitucionalidade do dispositivo, mas, diante da repercussão e da insegurança jurídica que se poderia ter no caso, modulou os efeitos da decisão, para afastar a possibilidade de repetição de valores já recolhidos, ressalvadas as ações de repetição propostas antes da conclusão do julgamento.<sup>64</sup>

### **7.3 A modulação dos efeitos temporais na declaração de constitucionalidade em abstrato**

Não obstante a presunção de constitucionalidade dos atos normativos emanados do Poder Público, há situações em que essa questão se torna controvertida por diversos motivos. Assim, a ação declaratória de constitucionalidade tem uma finalidade bastante evidente, qual seja, afastar eventual incerteza jurídica e estabelecer uma orientação homogênea na matéria, em face de uma controvérsia judicial relevante. Se a ação declaratória existe para reafirmar o que já se presumia, pode-se concluir que o seu acolhimento não afetará as situações jurídicas preexistentes. Por isso, não causa nenhuma surpresa que o art. 27 da Lei 9.868/99 somente se refira à flexibilização dos efeitos temporais em relação à decisão que declara a inconstitucionalidade.

Entretanto, a modulação temporal foi aplicada pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 3756/DF, quando julgou improcedente a ação, declarando, conseqüentemente, a constitucionalidade dos dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal que aproximaram o regime fiscal do Distrito Federal àquele aplicável aos demais Estados da federação. Posteriormente, em sede de embargos de declaração, a Corte modulou os efeitos da decisão, esclarecendo que o cumprimento da decisão plenária na ADIn 3.756 se dará na forma do art. 23 da LC

64 PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. MATÉRIAS RESERVADAS A LEI COMPLEMENTAR. DISCIPLINA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. NATUREZA TRIBUTÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES PARA A SEGURIDADE SOCIAL. INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 45 E 46 DA LEI 8.212/91 E DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 5º DO DECRETO-LEI 1.569/77. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVIDO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. I. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. RESERVA DE LEI COMPLEMENTAR. (...) V. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO. SEGURANÇA JURÍDICA. São legítimos os recolhimentos efetuados nos prazos previstos nos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91 e não impugnados antes da data de conclusão deste julgamento. (RE 560626, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 12/06/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-232 DIVULG 04-12-2008 PUBLIC 05-12-2008 EMENT VOL-02344-05 PP-00868 RSJADV jan., 2009, p. 35-47).

nº 101/2000, a partir da data de publicação da ata de julgamento de mérito da ADIn 3.756, e com estrita observância das demais diretrizes da própria Lei de Responsabilidade Fiscal.<sup>65</sup>

Em outra decisão, o STF reconheceu a constitucionalidade da lei que dispôs sobre o piso salarial dos profissionais da educação básica (Lei nº 11.738/2008), mas determinou que a decisão produziria efeitos apenas a partir da data em que foi proferida, já que até então vigorava liminar que afastou, em parte, a presunção de constitucionalidade da norma. ADI 4167.<sup>66</sup>

#### **7.4 A modulação dos efeitos temporais na mudança de jurisprudência consolidada**

O STF, ao reverter uma jurisprudência consolidada, não o faz com indiferença a valores relevantes como a segurança jurídica, boa-fé e confiança dos jurisdicionados. Há, pois, uma tendência da corte em dar efeitos apenas prospectivos a decisões suas que importem em alteração da jurisprudência dominante.<sup>67</sup>

65 CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ILEGITIMIDADE RECURSAL DO GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL. ACOLHIMENTO PARCIAL DOS EMBARGOS MANEJADOS PELA MESA DA CÂMARA DO DISTRITO FEDERAL. (...) 2. No julgamento da ADI 3.756, o Supremo Tribunal Federal deu pela improcedência do pedido. Decisão que, no campo teórico, somente comporta eficácia ex tunc ou retroativa. No plano dos fatos, porém, não há como se exigir que o Poder Legislativo do Distrito Federal se amolde, de modo retroativo, ao julgado da ADI 3.756, porquanto as despesas com pessoal já foram efetivamente realizadas, tudo com base na Decisão nº 9.475/00, do TCDF, e em sucessivas leis de diretrizes orçamentárias. 3. Embargos de declaração parcialmente acolhidos para esclarecer que o fiel cumprimento da decisão plenária na ADI 3.756 se dará na forma do art. 23 da LC nº 101/2000, a partir da data de publicação da ata de julgamento de mérito da ADI 3.756, e com estrita observância das demais diretrizes da própria Lei de Responsabilidade Fiscal. (ADI 3756 ED, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 24/10/2007, DJe-147 DIVULG 22-11-2007 PUBLIC 23-11-2007 DJ 23-11-2007 PP-00029 EMENT VOL-02300-02 PP-00260 RTJ VOL-00205-01 PP-00124)

66 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PROPÓSITO MODIFICATIVO. MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DE DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE. ACOLHIMENTO PARCIAL. AGRAVO REGIMENTAL. EFICÁCIA DAS DECISÕES PROFERIDAS EM CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE QUE FOREM OBJETO DE RECURSO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PERDA DE OBJETO. PISO NACIONAL DO MAGISTÉRIO DA EDUCAÇÃO BÁSICA. 1. A Lei 11.738/2008 passou a ser aplicável a partir de 27.04.2011, data do julgamento de mérito desta ação direta de inconstitucionalidade e em que declarada a constitucionalidade do piso dos professores da educação básica. Aplicação do art. 27 da Lei 9.868/2001. (...) ADI 4167 ED, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 27/02/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-199 DIVULG 08-10-2013 PUBLIC 09-10-2013).

67 BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. Obra citada, pag. 103.

Tome-se como exemplo o caso do cancelamento da Súmula 394<sup>68</sup>, que previa a subsistência do foro por prerrogativa de função (CF, art. 102, I, b), mesmo após o acusado do crime haver deixado o exercício funcional. Ao superar essa orientação, firmando o entendimento de que a competência para processar e julgar ex-membro do Congresso Nacional é do juízo de 1º grau, o STF ressaltou a validade de todos os atos processuais e decisões produzidos até então com base na súmula que estava cancelando<sup>69</sup>.

Merece destaque, ainda, a alteração da interpretação do STF quanto ao art. 109, I, da Constituição Federal: a partir de 2005, o Tribunal passou a entender que a competência para o julgamento das ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho seria da Justiça do Trabalho, não mais da Justiça Estadual. Ao assim decidir, contudo, ressaltou expressamente que a nova orientação não abarcaria os processos até então julgados pela Justiça Estadual, mesmo aqueles cuja sentença de mérito pendia de recurso, prestigiando, assim, a segurança jurídica<sup>70</sup>.

Para Luís Roberto Barroso, a atribuição de efeitos prospectivos à mudança de orientação jurisprudencial deve ser especialmente considerada nos casos em que o entendimento que está sendo alterado tornou-se pacífico por longo período, pois uma nova interpretação tende a produzir efeitos práticos semelhantes aos que decorrem da edição de lei nova. Preserva-se, assim, a boa-fé, a proteção da confiança e a segurança jurídica.<sup>71</sup>

68 Súmula 394: "Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício."

69 STF, DJU, 9 nov 2001, QO no Inq. 687-DF, rel. Min. Sydney Sanches: Ementa: Direito Constitucional e processual Penal. Processo criminal contra ex-Deputado Federal. Competência originária. Inexistência de foro privilegiado. Competência de juízo de 1º grau. Não mais do Supremo Tribunal Federal. Cancelamento da súmula 394. (...) 4. Ressalva, também unânime, de todos os atos praticados e decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, com base na Súmula 394, enquanto vigorou." No mesmo sentido: AP 315 QO, Rel. Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, Publicação: 31/10/2001. Ementa: Ação Penal. Questão de ordem sobre a competência desta Corte para prosseguir no processamento dela. Cancelamento da súmula 394. - Depois de cessado o exercício da função, não deve manter-se o foro por prerrogativa de função, porque cessada a investidura a que essa prerrogativa é inerente, deve esta cessar por não tê-la estendido mais além a própria Constituição. Questão de ordem que se resolve no sentido de se declarar a incompetência desta Corte para prosseguir no processamento desta ação penal, determinando-se a remessa dos autos à Justiça comum de primeiro grau do Distrito Federal, ressaltada a validade dos atos processuais nela já praticados.

70 STF, DJU, 9 dez 2005, CC 7.204-MG, rel. Min. Carlos Ayres Britto.

71 BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. Obra citada, pag. 103-104.

A eficácia *ex tunc*, em certas situações, pode chegar ao extremo de suprimir, subitamente, direitos ou pretensões até então aceitas, afetando processos em curso.

Nesse sentido, o autor cita o voto do Ministro Gilmar Mendes no RE nº 522.897/RN, encaminhando proposta de modulação dos efeitos temporais da decisão para que apenas os processos ajuizados após a data em que o julgamento venha a ser concluído sejam por ela afetados. No recurso em comento, encontrava-se em discussão eventual mudança de jurisprudência em relação ao prazo prescricional para se exigir, judicialmente, o depósito de valores do FGTS (até então, de 30 anos)<sup>72</sup>. O Supremo reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional (Tema 608) e posteriormente, superando o entendimento anterior sobre a prescrição trintenária, assentou a prescrição quinquenal. Mas, em nome da segurança jurídica, assim como da necessidade de modulação dos efeitos da decisão, a declaração de inconstitucionalidade teve efeitos *ex nunc*.<sup>73</sup>

Ainda, segundo o autor, mostra-se justificável a modulação de efeitos temporais nos casos de oscilação da jurisprudência do STF. Exemplificativamente, cita o julgamento do RE 631.240-MG, no qual o Supremo também reconheceu a existência de repercussão geral (Tema 350: Prévio requerimento administrativo como condição para acesso ao Judiciário). No julgamento, restou assentado que, em razão da prolongada oscilação jurisprudencial sobre a matéria, era necessário estabelecer uma fórmula de transição para lidar com as ações em curso.<sup>74</sup>

72 STF, Informativo nº 634, RE 522.897, citado por Luís Roberto Barroso, in O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. Ob. cit. Pag. 104.

73 Recurso extraordinário. Direito do Trabalho. Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS). Cobrança de valores não pagos. Prazo prescricional. Prescrição quinquenal. Art. 7º, XXIX, da Constituição. Superação de entendimento anterior sobre prescrição trintenária. Inconstitucionalidade dos arts. 23, § 5º, da Lei 8.036/1990 e 55 do Regulamento do FGTS aprovado pelo Decreto 99.684/1990. Segurança jurídica. Necessidade de modulação dos efeitos da decisão. Art. 27 da Lei 9.868/1999. Declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex nunc*. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (ARE 709212, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 13/11/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-032 DIVULG 18-02-2015 PUBLIC 19-02-2015)

74 RE 631.240-MG, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, DJe 10-11-2014.

## CONCLUSÃO

A ideia de controle de constitucionalidade está ligada à supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico, razão pela qual todas as normas infraconstitucionais devem ser com ela compatíveis. O Estado Democrático de Direito pressupõe a supremacia de sua Constituição, o que está diretamente ligado ao controle de constitucionalidade. Como corolário lógico, cada ordenamento dispõe de formas próprias para a concretização da defesa do texto constitucional. Esses instrumentos, por óbvio, são fruto da evolução histórica e social de cada Estado.

Nesse contexto, e nos estritos limites do estudo proposto, foram abordados os principais modelos de controle de constitucionalidade (judicial review, austríaco e francês), bem como, suas influências no modelo brasileiro.

Como se pode observar pela análise das Constituições brasileiras, houve a incorporação gradual de características próprias dos sistemas clássicos, resultando, atualmente em um modelo misto e *sui generis*, prevendo diversas formas de controle, o que está em sintonia com a evolução dos sistemas constitucionais, uma vez que aproxima os modelos políticos e jurisdicionais e as formas difusas e concentradas de fiscalização da constitucionalidade.

No entanto, o sistema de controle de constitucionalidade sofreu substancial reforma com a Constituição de 1988. Mesmo com a preservação do modelo tradicional de controle difuso, a adoção de instrumentos como o mandado de injunção, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de segurança coletivo e, sobretudo, a ação direta de inconstitucionalidade, lhe conferem um perfil bastante diferente.

E, como não poderia deixar de ser, o modelo está em constante evolução e aprimoramento, em razão das modificações sociais e políticas, que se projetam sobre as normas jurídicas. Assim, as alterações introduzidas pelas Emendas Constitucionais nº 3/1993, e nº 45/2004 (Reforma do Judiciário), redesenharam o panorama criado pelo constituinte originário. A primeira trouxe a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante; a segunda ampliou o rol dos legitimados ativos para o ajuizamento da ação declaratória de constitucionalidade e estendeu o efeito vinculante, até então previsto expressamente apenas para a ADC, também para a ADI.

Posteriormente, foram editadas a Lei nº 9.868/1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ADI e da ADC, e a Lei nº 9.882/1999, que regulamenta o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Note-se que a Lei nº 9.868/1999 estabeleceu, pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro, a atenuação da teoria da nulidade do ato inconstitucional. Com efeito, o art. 27 da citada lei permite que o STF, por maioria de dois terços de seus membros, estabeleça limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, proferindo-a com eficácia *ex nunc*, notadamente nos casos em que a declaração de nulidade não se revele a solução mais adequada, ou quando a lacuna resultante da declaração de nulidade se mostre inadequada.

Não há dúvida de que o dispositivo introduz importante modificação no sistema de técnica de controle de constitucionalidade brasileiro, flexibilizando o dogma da nulidade da lei inconstitucional.

Como visto ao longo deste estudo, predomina na doutrina e jurisprudência brasileiras o entendimento de que a lei inconstitucional é nula de pleno direito e que a decisão que reconhece a inconstitucionalidade tem efeitos *ex tunc*, invalidando todos os atos praticados com base na lei impugnada.

No entanto, o artigo 27 permite que o Supremo, por decisão de 2/3 de seus membros, faça a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, seja em relação a sua amplitude, seja em relação aos seus efeitos temporais, em nome da segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

Ainda que a previsão esteja restrita à declaração de inconstitucionalidade no controle abstrato, é certo que a modulação também vem sendo aplicada na declaração de inconstitucionalidade em controle incidental, na declaração de constitucionalidade em abstrato e nas hipóteses de mudança de jurisprudência consolidada acerca de determinada matéria.

Assim, o princípio da nulidade do ato inconstitucional é mitigado em inúmeros precedentes do Supremo Tribunal Federal, em respeito à segurança jurídica, justiça e boa-fé, de tal forma que o caráter retroativo do pronunciamento de inconstitucionalidade é atenuado ou, mesmo, suprimido.

Por fim, cumpre salientar que a modulação de efeitos temporais no controle de constitucionalidade não fere a supremacia da Constituição, uma vez que a ponderação se dá entre as normas que protegem os efeitos produzidos pelo ato inconstitucional em confronto com a norma por ele violada.

## REFERÊNCIAS

ÁVILA, Ana Paula. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 7ª ed., São Paulo: Saraiva. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 5ª ed., São Paulo: Saraiva. 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29ª ed., São Paulo: Malheiros Editores. 2014.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1992.

COELHO, Sacha Calmon Navarro Coelho. **O controle da constitucionalidade das leis e do poder de tributar na Constituição de 1988**. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 35ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo**. 3ª ed., São Paulo: Saraiva. 2011.

FILHO, Nagib Slaibi. **Breve História do Controle de Constitucionalidade**. Disponível em <[http://www.tjrj.jus.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=ea10bf6f-babb-4f4e-8695-704a09b786e3&groupld=10136](http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=ea10bf6f-babb-4f4e-8695-704a09b786e3&groupld=10136)>. Acessado em 19 mar 2016.

FILHO, João Aurino de Melo, **Modelos de controle de constitucionalidade no direito comparado: influências no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16322-16323-1-PB.pdf>>. Acesso em 19 mar. 2016.

FRANCO, Anderson. MIRANDA, Ronaldo Nascimento de. **Considerações acerca do controle de constitucionalidade no Brasil e na Itália**. Publicações da Escola da AGU, Brasília, DF, n. 21, p. 65-86, set. 2012.

LAMY, Marcelo. **Sistema Brasileiro de Controle de Constitucionalidade**. Disponível em <<http://www.esdc.com.br/diretor/controledaconstitucionalidade.pdf>>. Acessado em 19 mar. 2016.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 19ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. **O Controle da Constitucionalidade no Brasil**. Disponível em [http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda\\_pt\\_br/ano/Controle\\_de\\_Constitucionalidade\\_v\\_\\_Port1.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda_pt_br/ano/Controle_de_Constitucionalidade_v__Port1.pdf). Acessado em 19 mar 2016.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio De Janeiro: Editora Forense. 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24ª ed., São Paulo: Atlas, 2009.

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

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. 37ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.