

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

SILMARA ARTIOLI CAIS

MODULAÇÃO DE EFEITOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

São Paulo

2014

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

SILMARA ARTIOLI CAIS

MODULAÇÃO DE EFEITOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu*, Especialização em Direito Constitucional em Módulos da PUC/SP-COGEAE, como exigência parcial para a obtenção do título de Especialista, sob a orientação do Professor René Zamlutti.

São Paulo

2014

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

SILMARA ARTIOLI CAIS

Data da Aprovação: __/__/__

Média: _____

Examinadores:

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Prof. Dr.

São Paulo

2014

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 trouxe inúmeros acréscimos no que se refere ao controle de constitucionalidade, principalmente, com a possibilidade da modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade. O tema vem se desenvolvendo no país, tanto na doutrina como na jurisprudência. A Lei 9.868 de 1999, em especial o seu artigo 27, veio regular os efeitos decorrentes da declaração de inconstitucionalidade no controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal. A escolha deste tema decorre da indagação sobre os limites e a constitucionalidade desse dispositivo legal, além da tentativa de se buscar fundamentos para os inúmeros questionamentos que envolvem o tema.

PALAVRAS-CHAVE

Controle de Constitucionalidade. Declaração de inconstitucionalidade. Modulação dos efeitos temporais da decisão. Segurança Jurídica. Excepcional interesse social. Art. 27 da Lei 9.868/99.

ABSTRACT

The Federal Constitution of 1988 brought numerous additions with regard to the control of constitutionality, especially with the possibility of modulating the temporal effects of the declaration of unconstitutionality. The theme is developing in the country, both in doctrine and jurisprudence. Law 9868 of 1999, in particular Article 27, came to regulate the effects of the declaration of unconstitutionality on the constitutionality control exercised by the Supreme Court. The choice of this topic stems from the question about the limits and the constitutionality of legal provisions, besides trying to seek grounds for the numerous questions surrounding the topic.

KEYWORDS

Judicial Review. Declaration of unconstitutionality. Modulation of the temporal effects of the decision. Legal Security. Exceptional social interest. Art. 27 of Law 9868/99.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	10
2. CONSTITUCIONALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE.....	11
3. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. ESPÉCIES DE INCONSTITUCIONALIDADE.....	12
4. AS FORMAS DE CONTROLE E PROTEÇÃO DA CONSTITUIÇÃO PELAS VIAS DIFUSA E CONCENTRADA.....	12
5. EFEITOS DOS INSTRUMENTOS NO CONTROLE CONCENTRADO E A CONSEQUÊNCIA DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.....	14
5.1. EFEITO VINCULANTE.....	15
5.2. CONSEQUÊNCIAS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.....	17
5.3. O EFEITO REPRISTINATÓRIO DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.....	20
6. OS EFEITOS TEMPORAIS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO COMPARADO.....	22
7. A MODULAÇÃO DE EFEITOS NO DIREITO BRASILEIRO.....	25
7.1. QUESTÕES SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 27 DA LEI Nº 9.868/99.....	28
7.2. A MODULAÇÃO DE EFEITOS NO CONTROLE DIFUSO.....	30
8. TÉCNICAS DECISÓRIAS DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL.....	34

9. A MODULAÇÃO DOS EFEITOS NAS DECISÕES DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	36
9.1. RECONHECIMENTO DE EFEITOS <i>EX NUNC</i>	38
9.2. RECONHECIMENTO DE EFEITOS COM TERMO INICIAL DIFERIDO. EFICÁCIA <i>PRO FUTURO</i>	40
10. CONCLUSÃO.....	45

1. INTRODUÇÃO

A Constituição é ordem jurídica fundamental em um país, com força normativa. Segundo Konrad Hesse *“a força normativa impõe-se de forma tanto mais enfática quanto mais ampla for a convicção sobre a inviolabilidade da Constituição e quanto mais intensa for a vontade de Constituição, disso se conclui que a sua construção teórica assenta-se num dado eminentemente axiológico, pois a eficácia da Constituição fica a depender, ao limite, menos da realidade, do que do respeito que lhe devotem exatamente aqueles que a podem violar ou destruir.”*¹

A Constituição Federal, em decorrência de seu caráter rígido, formada pelo poder constituinte originário, é dotada de supremacia. Por essa razão, vincula as leis hierarquicamente inferiores e posteriormente concebidas, que com ela devem ser compatíveis. Do contrário, essas normas devem ser controladas ou até extirpadas do ordenamento jurídico.

É de total relevância a forma como o Supremo Tribunal Federal, intérprete final da Constituição, declara ou não a inconstitucionalidade de uma norma, compatibilizando suas diretrizes constitucionais com a dinâmica do processo político-social e buscando, ainda, evitar danos juridicamente irreparáveis.

O dogma da nulidade inconstitucional tem sido a regra nas decisões proferidas pela Suprema Corte.

Contudo, as inovações do artigo 27, da Lei 9.868 de 1999 surgiram para regulamentar a modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, confirmando o que o Supremo já vinha aplicando em algumas de suas decisões no controle de constitucionalidade.

O regramento do dispositivo legal impõe requisitos para a aplicação excepcional e ponderada da modulação dos efeitos temporais das decisões.

¹ COELHO, Inocêncio Martires. Konrad Hesse: Uma nova Crença na Constituição. Direito Público no. 3, Jan-Fev-Mar de 2004, p. 22.

2. CONSTITUCIONALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE

Existem dois pressupostos para a existência do controle de constitucionalidade: a supremacia e a rigidez constitucional.

Nos termos dos ensinamentos de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco², a solução para o conflito de leis com a Constituição é condição desta como lei suprema:

“O conflito de leis com a Constituição encontrará solução na prevalência desta, justamente por ser a Carta Magna produto do poder constituinte originário, ela própria elevando-se à condição de obra suprema, que inicia o ordenamento jurídico, impondo-se, por isso, ao diploma inferior com ela inconciliável. De acordo com a doutrina clássica, por isso mesmo, o ato contrário à Constituição sofre de nulidade absoluta.”

A constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo consiste em verificar sua compatibilidade com a Constituição Federal. O ato é constitucional quando tenha se originado de autoridade competente e sob a forma que a constituição prescreve.

Será inconstitucional o ato que se encontrar em desconformidade com o ordenamento constitucional e terá como sanção a sua retirada do ordenamento jurídico.

É papel do Supremo Tribunal Federal interpretar a compatibilidade da lei ou ato normativo com a Constituição e decidir, através do controle de constitucionalidade, a melhor forma de afastar esse vício de inconstitucionalidade do nosso ordenamento jurídico.

² MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 8ª edição. 2ª tiragem. 2013. p. 108.

3. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. ESPÉCIES DE INCONSTITUCIONALIDADE

A inconstitucionalidade se apresenta sob diversas espécies, seja pelo vício formal ou material.

O vício formal decorre de irregularidade no processo de formação da norma, seja na fase de iniciativa do processo legislativo ou no decorrer da fase de elaboração e aprovação da norma.

O vício material está presente no conteúdo da norma, no seu assunto, originado de um conflito com regras ou princípios estabelecidos na Constituição.

A inconstitucionalidade pode ainda ser total, quando o vício atinge todo o texto da norma, ou parcial, quando somente parte da norma é inconstitucional e, se excluída do ordenamento jurídico, o que dela restou continua a produzir a eficácia necessária.

Esse vício decorre do excesso do Poder Legislativo, que possui discricionariedade, ou seja, liberdade nos limites do texto constitucional. A Suprema Corte declarará, dentro dos parâmetros constitucionais e limites da separação dos poderes, a inconstitucionalidade da norma viciada.

4. AS FORMAS DE CONTROLE E PROTEÇÃO DA CONSTITUIÇÃO PELAS VIAS DIFUSA E CONCENTRADA

Brasil e Portugal adotam o controle misto de constitucionalidade, ou seja, convivem no ordenamento jurídico as vias difusa e concentrada.

A via difusa, também chamada de americana (em razão do caso *Marbury v. Madison*³), via de exceção ou defesa é modelo jurisdicional de controle utilizado pela França, Estados Unidos, Bélgica, Holanda e Reino Unido.

Qualquer juízo ou tribunal do Poder Judiciário pode afastar a aplicação de norma considerada inconstitucional em ação cujo objeto não é a inconstitucionalidade. Por meio dessa via, o interessado pode obter, apenas para o caso concreto, a declaração de inconstitucionalidade de norma em desacordo com a Constituição. A decisão proferida no controle difuso de constitucionalidade atinge somente as partes envolvidas no litígio e tem efeito retroativo apenas em relação a elas.

O principal instrumento do controle difuso é o recurso extraordinário, dirigido ao Supremo Tribunal Federal, sendo obrigatória a demonstração de repercussão geral a partir da inserção do parágrafo 3º do artigo 102, pela Emenda Constitucional 45, regulamentado pelo artigo Art. 543-A, § 1º, do CPC, que dispõe que *"será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa"*, ou seja, há de se demonstrar no recurso os benefícios efetivos para a coletividade em caso de seu provimento.

A via concentrada, também chamada de controle abstrato ou austríaco, confere a atribuição para julgamento das questões constitucionais a um órgão jurisdicional superior. No caso do Brasil, o Supremo Tribunal Federal é o órgão que possui competência para processar e julgar originariamente a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual. Este modelo jurisdicional de controle é utilizado pela Áustria, Alemanha, Itália e Espanha.

³ "A Judicial review foi definitivamente incorporada ao direito constitucional americano em 1803 com a decisão do Chief Justice Marshall no célebre caso *William Marbury v. James Madison*. Como acentua Polletti, 'Marshall foi original na lógica imbatível de sua decisão, não porém quanto à substância da idéia. Ela já era corrente na jurisprudência [...]. A Justiça do Estado de New Jersey, em 1780, declarou nula uma lei por contrariar ela a Constituição do Estado. Desde 1782, os juizes da Virgínia julgavam-se competentes para dizer da constitucionalidade das leis. Em 1787, a Suprema Corte da Carolina do Norte invalidou lei pelo fato de ela colidir com os artigos da Confederação.'" CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro, ed. Revista dos Tribunais, 2ª. Edição, 1999, p. 64.

Por meio desse controle procura-se obter a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo em tese, independentemente da existência de um caso concreto.

O objeto da ação via controle concentrado é a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, tendo como finalidade garantir a segurança das relações jurídicas, que não podem ser fundadas em normas inconstitucionais.

5. EFEITOS DOS INSTRUMENTOS NO CONTROLE CONCENTRADO E A CONSEQUÊNCIA DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

Ao contrário da via difusa, em que se analisa a inconstitucionalidade no caso concreto, o controle de constitucionalidade pela via concentrada pressupõe a existência de ação própria, sendo seu objeto a própria declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade. Naquela, a declaração atinge apenas as partes envolvidas no processo. Nesta, o efeito é *erga omnes*.

A Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) são previstas pelo artigo 102 da Constituição Federal e reguladas pela Lei 9.868/99.

A primeira possibilita aos legitimados definidos pela lei opor-se à declaração de inconstitucionalidade e antecipar-se à declaração de inconstitucionalidade por via principal, objetivando que determinada lei ou ato normativo federal seja declarado constitucional. A segunda é instrumento que visa excluir do ordenamento leis ou atos normativos federais ou estaduais que contrariem a Constituição Federal.

Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) também está prevista pela Constituição em seu artigo 103, § 2º: *“Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.”*

A Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) possui previsão constitucional no parágrafo 1º, do artigo 102, regulamentado pela Lei nº 9.882/99. Visa evitar ou reparar lesão e preceito fundamental resultante do ato do Poder Público ou quando for relevante o fundamento de controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal. Interessante destacar que esta ação comporta também discussão acerca de ato infraconstitucional anterior à Constituição, visando solucionar dúvida se esta norma foi ou não recepcionada pela atual Carta Maior.

5.1. EFEITO VINCULANTE

Além de possuírem eficácia *erga omnes*, ocorre também nessas ações o chamado *efeito vinculante*, por meio do qual prevê respeito obrigatório às decisões do STF, sendo dotadas de força geral, às quais devem se submeter os demais órgãos do Poder Judiciário e as Administrações Públicas Federal, Estadual, Distrital e Municipal.

Esse instituto foi introduzido no texto constitucional pela EC nº 3, acrescentando o § 2º ao art. 102⁴, que estabeleceu este efeito apenas à ADC. Com a edição da Lei 9.868/99⁵ e, posteriormente, com a EC nº 45, o efeito vinculante foi expressamente estendido às demais ações.

Importante observar a diferença entre o efeito *erga omnes* (eficácia contra todos) e o *efeito vinculante*. O entendimento que tem prevalecido é de que o primeiro se refere à parte dispositiva das decisões, enquanto o segundo tem como objetivo uniformizar as decisões do STF, não só em sua parte dispositiva, mas também na parte de sua fundamentação (fundamentos determinantes da decisão).

⁴ CRFB/88, art. 102, § 2º. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e *efeito vinculante*, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (g.n.)

⁵ Lei nº 9.868/99, art. 28, Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e *efeito vinculante* em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal. (g.n.)

Segundo Gilmar Ferreira Mendes, o efeito vinculante das decisões do STF é um instituto criado no direito alemão:

“Enquanto em relação à coisa julgada e à força de lei domina a ideia de que elas não de se limitar à parte dispositiva da decisão, sustenta o Tribunal Constitucional alemão que o efeito vinculante se estende, igualmente, aos fundamentos determinantes da decisão.

Segundo esse entendimento, a eficácia da decisão do Tribunal transcende o caso singular, de modo que os princípios dimanados da parte dispositiva e dos fundamentos determinantes sobre a interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades nos casos futuros.”⁶

Há quem defenda ser inconstitucional esse efeito, pois estaria violando o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (prevista no art. 5º, inciso XXXV da CF) e também do juiz natural, já que retiraria competência do controle difuso.

O efeito vinculante da motivação só teria utilidade no caso de ser negada a declaração pretendida pelo requerente, caso em que é na fundamentação que se situaria a conclusão oposta à demandada.

Não há efeito prático do efeito vinculante às decisões de mérito que julguem procedentes as ações ADI e ADC, pois já possuem eficácia *erga omnes*.

Já quando julgadas improcedentes, por possuírem caráter dúplice, o efeito vinculante possui relevância na prática, pois ao julgar-se improcedente a ADI, estar-se-ia julgando procedente a ADC, que estaria nela embutida, pois a decisão de mérito adquire força de lei.

Oportuno, nesse sentido, destacar a conclusão do Mestre Gilmar Ferreira Mendes, ao citar decisão do Ministro Sepúlveda Pertence (Rcl 167, despacho, RDA 206:246): *“Portanto, afigura-se correta a posição de vozes autorizadas do STF, como a de Sepúlveda Pertence, segundo o qual, ‘quando cabível em tese a ação declaratória de constitucionalidade, a mesma força*

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. Arquição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ed. Saraiva, 2ª. Edição, 2011, p. 316.

*vinculante haverá de ser atribuída à decisão definitiva da ação direta de inconstitucionalidade.*⁷

Da mesma forma, a Súmula Vinculante poderá suprir a ausência do efeito *erga omnes* das decisões do controle difuso de constitucionalidade, que poderá ser aprovada pelo STF mediante dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre a matéria e “... *terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal*”.⁸

5.2. CONSEQUÊNCIAS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

No Brasil, consolidou-se o entendimento de que a lei infraconstitucional declarada incompatível com a Constituição é nula de pleno direito e, portanto, não pode gerar qualquer efeito, devendo ser retirada do ordenamento jurídico.

Apoiados no instituto do *stare decisis* norte-americano, os juristas brasileiros acataram o dogma da nulidade da lei inconstitucional, estabelecendo à declaração de inconstitucionalidade eficácia *ex tunc*, tornando o ato absolutamente inválido.

Nesse sentido, assevera Gilmar Ferreira Mendes:

“O dogma da nulidade da lei inconstitucional pertence à tradição do direito brasileiro. A teoria da nulidade tem sido sustentada por praticamente todos os nossos importantes constitucionalistas. Fundada na antiga doutrina americana, segunda a qual ‘the inconstitucional statute is not Law at all’,

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ed. Saraiva, 2ª. Edição, 2011, p. 321.

⁸ Art.103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

significativa parcela da doutrina brasileira posicionou-se pela equiparação entre inconstitucionalidade e nulidade. Afirmava-se, em favor dessa tese, que o reconhecimento de qualquer efeito a uma lei inconstitucional importaria na suspensão provisória ou parcial da Constituição.”⁹

Esse posicionamento está presente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, reforçando o postulado da supremacia da Constituição ao se observar as decisões aplicando a tese da nulidade da lei inconstitucional e a impossibilidade desta ter eficácia, ainda que por período limitado.

A interpretação no caso trata de hierarquia de leis, sendo declaratória a decisão que declara a inconstitucionalidade da norma, como esclarece Roberto Mandelli:

“Sendo declaratório o provimento judicial, o ato do Poder Público é nulo, pois não retira da Constituição fundamento de validade. Assim, considerando a supremacia da Constituição, o ato é absolutamente inválido. Não há que se falar em anulabilidade, pois o ato é nulo desde seu nascimento. Há uma superioridade hierárquica das normas constitucionais que as fazem preponderar sobre as normas e os atos infraconstitucionais.”¹⁰

Como destacou Ana Paula Ávila, assim como na Constituição brasileira, a Carta Magna americana silenciou em relação aos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade, sendo que esse entendimento se desenvolveu por construção jurisprudencial, com início por meio do *leading case Linkletter v. Walker*:

“...a decisão da retroatividade ou não dos efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário não decorre de previsão da Constituição norte-americana. Essa, assim como a brasileira, silencia sobre a matéria e, lá como aqui, a tese de nulidade deu-se por construção jurisprudencial. A decisão em *Linkletter v. Walker* reconheceu, assim, que a natureza dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade – se retroativos ou prospectivos é uma questão de política judicial (*judicial policy*), de modo que cabe ao Poder Judiciário, a partir da valoração das circunstâncias e

⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*, ed. Saraiva, 2ª. Edição, 2011, p. 375.

¹⁰ MANDELLI, ROBERTO. *Aspectos Atuais do Controle de Constitucionalidade no Brasil*, organizadores André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg, ed. Forense. p. 240.

particularidades de cada caso concreto, fixar de que forma os efeitos seriam produzidos, se *ex tunc* ou *ex nunc*.”¹¹

Assim, se considerarmos que a Constituição da República silenciou em relação ao termo *a quo* dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, pode-se entender pela possibilidade de se disciplinarem os efeitos dos atos inconstitucionais no tempo, considerando as circunstâncias existentes no caso concreto, como já se prevê em nosso ordenamento jurídico pelas Leis 9.868/99 (art. 27) e 9.882/99 (art. 11), conferindo ao STF a possibilidade de restringir os efeitos temporais das decisões, observadas as razões de segurança jurídica e de excepcional interesse social.

Contudo, ainda que adotada a teoria norte-americana pelos juristas nacionais, certo é que esta não contribuiu para superarmos a incongruência entre o dogma da nulidade do ato inconstitucional e a previsão legal que possibilita sua flexibilização. Talvez, o caminho seja aceitar a existência de uma declaração de inconstitucionalidade alternativa, como propõe Gilmar Mendes:

“A aceitação do princípio da nulidade da lei inconstitucional não impede, porém, a nosso ver, que se reconheça a possibilidade de adoção, entre nós, de uma declaração de inconstitucionalidade alternativa.”¹²

Por outro lado, há o entendimento minoritário entre os doutrinadores, e também na jurisprudência do STF, de que o ato inconstitucional é anulável e, sendo assim, gera efeitos *ex nunc*.

Essa é a teoria defendida por Hans Kelsen e adotada pelo ordenamento austríaco, segundo a qual todas as normas postas são válidas e produzem seus efeitos. A lei anulável inconstitucional é desconstitutiva e não declaratória.

Mesmo antes de vigorar em nosso ordenamento jurídico a Lei 9.868/99, o Supremo Tribunal Federal já aplicava o efeito *ex nunc* em casos excepcionais em que se declarou a lei inconstitucional. Confira-se:

¹¹ ÁVILA, Ana Paula. A Modulação de Efeitos Temporais pelo STF no Controle de Constitucionalidade, ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2009, p. 39.

¹² MENDES, Gilmar Ferreira. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ed. Saraiva, 2ª. Edição, 2011, p. 391.

“EMENTA: - RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM TESE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ALEGAÇÃO DE DIREITO ADQUIRIDO. Acórdão que prestigiou lei estadual a revelia da declaração de inconstitucionalidade desta última pelo Supremo. Subsistência de pagamento de gratificação mesmo após a decisão *erga omnes* da corte. Jurisprudência do STF no sentido de que a retribuição declarada inconstitucional não é de ser devolvida no período de validade inquestionada da lei de origem - mas tampouco paga após a declaração de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário provido em parte.”¹³

Cumpre ressaltar trecho do teor do voto do ministro Francisco Rezek:

“(…) Mantendo no caso concreto a vitalidade de determinado quadro normativo apesar de já declarado inconstitucional pelo Supremo, o acórdão recorrido expôs-se à correção extraordinária, no sentido de limitar seus efeitos ao período anterior à declaração de inconstitucionalidade da Lei estadual 9262 – portanto, ao período de validade inquestionada desta última.

Nesse sentido é meu voto, que do recurso conhece em parte, e nesta o provê.”

Como se verifica, mesmo antes de se regulamentar a modulação de efeitos, os julgados mencionados demonstram que já era aplicado pela Corte Suprema o efeito *ex nunc* da lei inconstitucional, entendimento esse também referendado por parte da doutrina que propõe uma flexibilização dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

5.3. O EFEITO REPRISTINATÓRIO DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

O § 2º, do artigo 11, da Lei 9.868/99 prevê o efeito repristinatório: “§ 2º *A concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário.*”

¹³ Supremo Tribunal Federal, RE 122.202 / MG. Rel. Min. Francisco Rezek. DJe de 08.04.1994. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 05/09/2014.

Cumprido frisar que o efeito repristinatório diverge da repristinação. Leciona Clèmerson Merlin Clève:

“Por efeito repristinatório identificar-se-ia o fenômeno da reentrada em vigor da norma aparentemente revogada. Já a repristinação, instituto distinto, substanciaria a reentrada em vigor da norma efetivamente revogada em função da revogação (mas não anulação) da norma revogadora. A repristinação, salvo hipótese de expressa previsão legislativa, incorre no direito brasileiro.”¹⁴

Observa-se que a disposição legal estabelece ser automático esse efeito, exigindo manifestação expressa somente no caso de não se querer aplicá-lo.

Nesse sentido, importante destacar que, com a declaração de inconstitucionalidade de lei, não é possível resgatar norma também inconstitucional. Assim, para evitar que a ADI não seja conhecida, o pedido da ação deve conter as duas normas inconstitucionais.

Esse é o entendimento que vem sendo adotado pela Suprema Corte. No julgamento da ADI 2.215¹⁵ o Min. Celso de Mello não conheceu a ação direta por ausência de impugnação de toda a cadeia de normas revogadoras e revogadas, pois assim não procedendo, persistiria ainda no ordenamento jurídico a norma inconstitucional decorrente do “efeito repristinatório não desejado”. Confira-se a ementa do julgado:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSIDERAÇÕES SOBRE O VALOR DO ATO INCONSTITUCIONAL. FORMULAÇÕES TEÓRICAS. O STATUS QUAESTIONIS NA JURISPRUDÊNCIA DO STF. CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE E EFEITO REPRISTINATÓRIO. A QUESTÃO DO EFEITO REPRISTINATÓRIO INDESEJADO. NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE FORMULAÇÃO DE PEDIDOS SUCESSIVOS DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE TANTO DO DIPLOMA AB-ROGATÓRIO QUANTO DAS NORMAS POR ELE REVOGADAS, DESDE QUE TAMBÉM

¹⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro, ed. Revista dos Tribunais, 2ª. Edição, 1999, p. 250, nota de rodapé 259.

¹⁵ Supremo Tribunal Federal, ADI n.º 2.215 / PE. Rel. Min. Celso de Mello. DJe de 26.04.2001. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 05/09/2014.

EIVADAS DO VÍCIO DA ILEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO, NO CASO, DO DIPLOMA LEGISLATIVO CUJA EFICÁCIA RESTAURAR-SE-IA EM FUNÇÃO DO EFEITO REPRISTINATÓRIO. HIPÓTESE DE INCOGNOSCIBILIDADE DA AÇÃO DIRETA. PRECEDENTES. AÇÃO DIRETA NÃO CONHECIDA.”

Sobre essa questão, assevera Clèmerson Merlin Clève:

“A reentrada em vigor da norma revogada nem sempre é vantajosa. O efeito repristinatório produzido pela decisão do Supremo, em via de ação direta, pode dar origem ao problema da legitimidade da norma revivida. De fato, a norma reentrante pode padecer de inconstitucionalidade ainda mais grave que a do ato nulificado. Previne-se o problema com o estudo apurado das eventuais consequências que a decisão judicial haverá de produzir. O estudo deve ser levado a termo por ocasião da propositura, pelos legitimados ativos, de ação direta de inconstitucionalidade. Detectada a manifestação de eventual eficácia repristinatória indesejada, cumpre requerer, igualmente, já na inicial da ação direta, a declaração da inconstitucionalidade, e, desde que possível, a do ato normativo ressuscitado.”¹⁶

6. OS EFEITOS TEMPORAIS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO COMPARADO

Predomina na doutrina alienígena o modelo norte-americano no que se refere aos efeitos temporais da decisão no controle de constitucionalidade, que defende serem retroativos os efeitos da declaração de inconstitucionalidade (*ex tunc*).

Como destaca Raphael Saydi Macedo Mussi¹⁷, entre os poucos países que ainda adotam a tese de anulabilidade da lei inconstitucional (*ex nunc*) está a Áustria, que possui influência de Hans Kelsen, criador da tese da irretroatividade da declaração de inconstitucionalidade.

¹⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro, ed. Revista dos Tribunais, 2ª. Edição, 1999, p. 250.

¹⁷ MUSSI, Raphael Saydi Macedo. Modulação de Efeitos na Declaração de Inconstitucionalidade. Revista Boletim Jurídico, 14 de março de 2012. Disponível em <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=2501>. Acesso em 11/07/2014.

Destaca Daniel Sarmento que o controle de constitucionalidade na Áustria é “...sempre concentrado, exercido por um Tribunal Constitucional, podendo ser abstrato (através de ações diretas) ou concreto (através de recurso constitucional, ou da apreciação de questão constitucional suscitada em processos judiciais pelos tribunais de 2º grau de jurisdição). No primeiro caso, as decisões possuem eficácia *ex nunc*. No segundo, os efeitos da invalidação da norma são retroativos para as parte do processo, mas a eficácia da decisão, para terceiros, é também *ex nunc*.”¹⁸ Ressalta, ainda, que o Tribunal Constitucional pode retardar os efeitos temporais de suas decisões até 18 meses.

Os Estados Unidos adotam o controle de constitucionalidade difuso e defendem a eficácia *ex tunc* às suas decisões. Contudo, são precursores da mitigação da teoria da nulidade da lei inconstitucional ao julgar o caso *Linkletter VS. Walker*.

Sobre o assunto, esclarece Daniel Sarmento:

“Desde a origem da judicial review, prevaleceu o entendimento de que a lei inconstitucional é nula, razão pela qual o reconhecimento da sua inconstitucionalidade operaria sempre efeitos retroativos. Porém, a partir de 1965, após o julgamento do caso Linkletter VS. Walker, tal orientação começou a ser flexibilizada pela Suprema Corte.

No caso acima referido, o cidadão Linkletter havia sido criminalmente condenado com base em provas ilícitas. Depois da sua condenação definitiva, a Suprema Corte, no caso Mapp v. Ohio, passara a entender a vedação do uso de provas ilícitas (exclusionary rule) aos Estados. Assim, Linkletter pediu à Suprema Corte a revisão da sua condenação, mas esta denegou o pedido, sob o fundamento de que ‘the Constitution neither prohibits nor requires restrospective effect’. Segundo tal entendimento, a Suprema Corte poderia ponderar, em face do caso concreto, as vantagens e desvantagens decorrentes da retroatividade dos seus julgados. Aplicando tal critério, entendeu a Suprema Corte que se fosse atribuído efeito retroativo à nova doutrina constitucional sobre a inadmissibilidade de provas ilícitas, isto acarretaria tremendos prejuízos à administração da Justiça, pois seria necessário revisar e anular uma quantidade enorme de condenações

¹⁸ SARMENTO, Daniel. O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99, ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2001, p. 107.

*criminais, sem que fosse possível depois reiniciar os processos penais, em razão do provável desaparecimento de provas vitais.*¹⁹

Na Alemanha, também é adotada a tese de nulidade da norma inconstitucional, apesar de não estar prevista expressamente em sua Constituição, conforme assevera Raphael Saydi Macedo Mussi²⁰. A jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão criou diversas técnicas de decisão para afastar a nulidade absoluta com eficácia *ex tunc*, dentre as quais a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia e o apelo ao legislador.

Importante citar, ainda, o sistema adotado por Portugal. Tal como no Brasil, os portugueses possuem o modelo misto de controle de constitucionalidade: controle difuso (modelo americano) e o controle concentrado (modelo austríaco).

Portugal também adota a teoria da nulidade do ato inconstitucional, com previsão expressa em sua Constituição, que também prevê a possibilidade de manipular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Assim como o modelo americano, essa previsão constitucional portuguesa influenciou a regulamentação da modulação dos efeitos no controle de constitucionalidade brasileiro. Confirmam-se os ensinamentos de Gilmar Ferreira Mendes sobre o assunto:

“Tal como explicitado (cf. Cap. III, II, 3), a disposição contida no art. 27 da Lei n. 9.868, de 1999, introduziu expressamente uma nova modalidade de decisão no direito brasileiro, à semelhança da fórmula consagrada no direito português, que, no art. 282 (4), da Constituição, estabelece fórmula que autoriza o Tribunal Constitucional a limitar os efeitos das decisões de inconstitucionalidade com fundamento no princípio da segurança jurídica e no interesse público de excepcional relevo.

A fórmula consagrada no Constituição portuguesa e, agora, reproduzida parcialmente no art. 27 da Lei n. 9.868, de 1999, não constitui

¹⁹ SARMENTO, Daniel. O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99, ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2001, p. 112.

²⁰ MUSSI, Raphael Saydi Macedo. Modulação de Efeitos na Declaração de Inconstitucionalidade. Revista Boletim Jurídico, 14 de março de 2012. Disponível em <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=2501>. Acesso em 11/07/2014.

modelo isolado. Ao revés, trata-se de sistema que, positiva ou jurisprudencialmente, vem sendo adotado pelos vários modelos de controle de constitucionalidade. Além das especificidades do modelo alemão, já largamente referidas, anote-se que também os sistemas austríaco, italiano, espanhol e o próprio direito comunitário têm adotado modalidades assemelhadas quanto à restrição de efeitos da declaração de nulidade. Também a jurisprudência americana acabou por consagrar modelo mitigador da nulidade absoluta.”²¹

7. A MODULAÇÃO DE EFEITOS NO DIREITO BRASILEIRO

Como se constatou no tópico anterior, é majoritário o entendimento, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, do dogma de nulidade do ato inconstitucional.

Porém, verificou-se também que há tempos o Supremo Tribunal Federal vem proferindo decisões modulando os efeitos temporais das declarações de inconstitucionalidade, delimitando o termo *a quo* dessas declarações.

Essas decisões demonstram que, em determinadas situações, o reconhecimento da nulidade constitucional prejudicaria ainda mais a sociedade, surgindo então a necessidade de se ponderar as consequências advindas da declaração de nulidade.

Dessa forma, o art. 27²² da Lei n. 9.868/99 e o art. 11²³ da Lei n. 9882/99 somente vieram regulamentar o que a Suprema Corte já estava aplicando nos casos práticos.

²¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional, 5ª. edição, Editora Saraiva, pg. 387.

²² 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.

²³ Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Estando presentes razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, referidos dispositivos legais autorizam o Supremo Tribunal Federal a restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Podemos citar três maneiras distintas de modular os efeitos da declaração do ato inconstitucional, dependendo da ponderação realizada pela Suprema Corte. São elas:

- (i) eficácia a partir de seu trânsito em julgado (declaração de inconstitucionalidade *ex nunc*);
- (ii) eficácia a partir de qualquer outro momento que venha a ser fixado (declaração de inconstitucionalidade com efeito *pro futuro*);
- (iii) eficácia a partir do momento fixado entre a promulgação da norma e sua declaração de inconstitucionalidade.

Como se demonstrará em tópico próprio, o Supremo Tribunal Federal já proferiu decisões modulando os efeitos nos momentos acima destacados, adequando a fixação do termo *a quo* da inconstitucionalidade de acordo com caso concreto.

Para tanto, os Ministros constataram a presença dos requisitos estabelecidos pela lei para a modulação dos efeitos temporais: razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social.

São considerados conceitos indeterminados, que devem ser analisados mediante a ponderação entre a necessidade de se preservar a supremacia da constituição com a declaração de inconstitucionalidade e a mitigação de seus efeitos frente à segurança jurídica e o interesse social.

Ana Paula Ávila define o princípio da segurança jurídica, para efeitos do art. 27 da Lei 9.868/99, como sendo um “...conjunto de condições que tornam possível às pessoas ter ‘previsibilidade’, isto é, o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida. A segurança jurídica é vivenciada pelo indivíduo quando lhe são

proporcionadas condições de saber, ou poder saber, quais são as normas vigentes, assim como condições de ter fundadas expectativas de que elas se cumpram.”²⁴

Já em relação à definição de interesse social, Ana Paula Ávila destaca que a Constituição utiliza tal expressão no art. 184, caput, para fundamentar a desapropriação para fins de reforma agrária, acrescentando ainda:

“É de Cretella Júnior a afirmação de que ‘a expressão interesse social não se define, exemplifica-se.’ Isso revela, de pronto, a ambiguidade do termo. Do pouco que ficou determinado em sede doutrinária sobre interesse social, sabe-se que nele não está o interesse geral do povo, nem do Estado, sendo o termo que refere a desapropriação realizada para atender a algum dos fins sociais detalhados no art. 2º da Lei n º 4.132, de 1962.”²⁵

O princípio da proporcionalidade, apesar das críticas quanto a sua utilidade em razão da liberdade que atribui aos magistrados para resolver conflitos, é amplamente utilizado nos julgados do Supremo Tribunal Federal, especialmente para ponderar sobre princípios constitucionais.

Daniel Sarmiento afirma que a ponderação e proporcionalidade se pressupõem recíprocas:

“Com efeito, na ponderação, a restrição imposta a cada interesse em jogo, num caso de conflito entre princípios constitucionais, só se justificará na medida em que: (a) mostrar-se apta a garantir a sobrevivência do interesse contraposto, (b) não houver solução menos gravosa, e (c) o benefício logrado com a restrição a um interesse compensar o grau de sacrifício imposto ao interesse antagônico.

Portanto, a ponderação de interesses não representa uma forma de decisionismo judicial disfarçado, já que seu método pauta-se pelo princípio da proporcionalidade, cujos critérios podem ser aferidos com certa objetividade.”²⁶

²⁴ ÁVILA, Ana Paula. A Modulação de Efeitos Temporais pelo STF no Controle de Constitucionalidade. Ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2009. p. 147.

²⁵ Idem, p. 163/164.

²⁶ SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na Constituição Federal. Ed. Lumen Juris, 1ª edição, Rio de Janeiro, 2003, p. 96.

Gilmar Mendes²⁷ destaca o princípio da proporcionalidade como solução para fixação do termo *a quo* da declaração de inconstitucionalidade, considerando os princípios da segurança jurídica e do interesse social. Confira-se:

“Portanto, o princípio da nulidade continua a ser regra também no direito brasileiro. O afastamento de sua incidência dependerá de um severo juízo de ponderação que, tendo em vista análise fundada no princípio da proporcionalidade, faça prevalecer a ideia de segurança jurídica ou outro princípio constitucional relevante manifestado sob a forma de interesse social relevante. Assim, aqui, como no direito português, a não aplicação do princípio da nulidade não se há de basear em consideração de política judiciária, mas em fundamento constitucional próprio.”

Constata-se, assim, ser imprescindível a utilização da ponderação na modulação de efeitos, diante da necessidade da solução de conflito entre princípios de *status* constitucionais da nulidade, segurança jurídica e interesse social.

O legislador estabeleceu, ainda, a exigência do *quorum* qualificado de dois terços dos votos dos membros do Tribunal (ou seja, 8 dos 11 Ministros), a fim de garantir maior restrição na utilização da modulação dos efeitos da decisão.

7.1. QUESTÕES SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 27 DA LEI N. 9.868/99

A constitucionalidade do artigo 27 da Lei 9.868/99 é questionada nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade n°s 2.154 e 2.258, que terão julgamento conjunto com a ADI n°2.231.

Sustenta-se em referidas ações que tal dispositivo seria inconstitucional por afrontar a supremacia da Constituição e a tese de nulidade de lei inconstitucional defendida pelo Supremo Tribunal Federal.

²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ed. Saraiva, 2ª. Edição, 2011, p. 410.

Muitos doutrinadores apoiam a tese de inconstitucionalidade do artigo, argumentando que a matéria não poderia ser regulada por lei ordinária, mas sim por emenda constitucional.

Porém, não se pode deixar de reconhecer que, mesmo antes de vigorar a Lei 9.868/99, o Supremo Tribunal Federal já vinha modulando os efeitos da declaração de inconstitucionalidade e relativizando a nulidade de ato inconstitucional, como já exposto em tópico anterior. A Lei, portanto, só veio regulamentar o que já se aplicava na jurisprudência.

Assevera o Ministro Gilmar Mendes não serem procedentes as impugnações formuladas contra a constitucionalidade do art. 27 da Lei 9.868/99 e art. 11 da Lei 9.882/99, argumentando que a Suprema Corte já vem aplicando referidos dispositivos mesmo existindo ações questionando sua validade:

“O STF ainda não se pronunciou, definitivamente, sobre a constitucionalidade do art. 27 da Lei 9.868/99. Pendem, ainda, de julgamento as ADIs 2.154 e 2.258, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, que impugnou, entre outras, essa disposição. É notório, porém, que o Tribunal já está a aplicar o art. 27 aos casos de controle incidental e ao controle abstrato.”²⁸

Ora, inquestionável a importância de tais artigos para o nosso ordenamento jurídico, possibilitando a mitigação da nulidade de lei inconstitucional em situações excepcionais, principalmente em questões fáticas e jurídicas impossíveis de serem revertidas.

São inegáveis os benefícios para a sociedade a possibilidade de se ponderar o impacto que se daria na invalidade de norma com efeito *ex tunc*, visando a segurança jurídica e o interesse social.

Nesse sentido, defende Daniel Sarmento:

“De fato, é possível que uma norma legal se revele incompatível com a Constituição, mas que a sua supressão do universo jurídico, sobretudo quando realizada de forma retroativa, cause danos mais lesivos aos

²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ed. Saraiva, 2ª. Edição, 2011, p. 411.

interesses e valores abrigados na ordem constitucional, do que a sua manutenção provisória.

Imagine-se, por exemplo, a hipótese de uma lei que elevasse o salário mínimo, em cumprimento ao disposto no art. 7º, IV, da Lei Maior, mas que fosse inconstitucional, por vício formal. Após algum período de aplicação da lei, ela vem a ser declarada inconstitucional em ADIN. Será razoável, neste caso, exigir-se que todos os trabalhadores que receberam o aumento decorrente da lei inconstitucional o devolvam? Será que esta é a solução que mais prestigia a ordem constitucional vigente?”²⁹

Por outro lado, questiona-se a amplitude que a lei conferiu ao efeito *pro futuro*, sem estabelecer qualquer limite temporal.

Argumenta-se que a modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade para o futuro, sem estipulação de prazo razoável, permite que Supremo Tribunal Federal exerça papel de legislador ao revogar para data futura a validade de norma vigente.

Daniel Sarmento assevera que a eficácia *pro futuro* tem por objetivo impedir “*que o expurgo da norma inconstitucional gere um buraco negro*” e sugere como solução a fixação de um momento, no futuro, como termo *a quo* para a perda da eficácia, concluindo que, “*...tendo em vista a absoluta excepcionalidade desta modalidade de decisão, não há porque conceder-se prazo superior àquele necessário para que o legislador diligente edite a norma cabível.*”³⁰

7.2. A MODULAÇÃO DE EFEITOS NO CONTROLE DIFUSO

Apesar de as Leis 9.868/99 (art. 27) e 9.922/99 (art. 11) preverem a modulação de efeitos apenas para as ações do controle concentrado de constitucionalidade, a doutrina e a jurisprudência têm defendido essa possibilidade, por analogia a referidos dispositivos, também no controle difuso.

²⁹ SARMENTO, Daniel. O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99, ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2001, p. 125.

³⁰ Idem, p. 128.

Com efeito, no controle difuso, o juiz ou tribunal pode reconhecer a inconstitucionalidade de uma norma, tornando-a nula no caso concreto desde o momento de sua edição (efeito *ex tunc*). A nulidade da norma só alcança as partes envolvidas na relação processual.

Assim, em regra, a decisão de declaração de uma norma inconstitucional via controle difuso de constitucionalidade tem efeitos retroativos (*ex tunc*) e atinge apenas as partes litigantes, não podendo prejudicar ou beneficiar terceiros que não participaram do processo, conforme dispõe o artigo 472 do Código de Processo Civil.

Para conferir o efeito *erga omnes* à decisão incidental de inconstitucionalidade, a questão deverá ser levada ao STF, por meio da interposição de recurso extraordinário. Caso delibere pela inconstitucionalidade da lei pela maioria absoluta do pleno do Tribunal (art. 97 da CF), a decisão definitiva será comunicada ao Senado Federal, que possui competência privativa para suspender a execução de norma declarada inconstitucional, nos termos do artigo 52, X, da CF.

Sobre o tema, leciona Clèmerson Merlin Clève:

“(...) Certamente, para contornar a inviabilidade do efeito vinculante nas decisões de inconstitucionalidade pronunciadas, incidentalmente, pelo Supremo Tribunal Federal, o Constituinte de 1934 (art. 91, IV, da Constituição) outorgou ao Senado competência para, suspendendo a execução do ato normativo, conferir efeito erga omnes à decisão definitiva da Excelsa Corte. (...) O dispositivo, mantido pelas demais Constituições, exceto a de 1937, encontra-se hoje inscrito no art. 52, X, da Constituição de 1988, segundo o qual compete ao Senado Federal, privativamente, ‘suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal’.”³¹

Vale frisar que a suspensão pelo Senado não está restrita apenas à norma federal declarada inconstitucional, como destaca Clèmerson Merlin Clève:

³¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro, ed. Revista dos Tribunais, 2ª. Edição, 1999, p. 114/115.

“A competência do Senado Federal não se restringe aos atos normativos federais. Cabe ao Senado, como órgão da Federação, suspender a execução, igualmente, dos atos normativos (leis, decretos, entre outros) estaduais, distritais e municipais.”³²

A doutrina e a jurisprudência possuem entendimento majoritário no sentido de ser possível a modulação de efeitos no sistema difuso de constitucionalidade quando se verificar a existência de situações excepcionais, envolvendo a segurança jurídica e relevante interesse social, sendo necessário um juízo de ponderação e proporcionalidade.

Gilmar Mendes³³ ressalta não haver dúvidas que *“...a limitação de efeito é apanágio do controle judicial de constitucionalidade, podendo ser aplicado tanto no controle direto quanto no controle incidental.”*

Em defesa da questão, cita julgado em que o Supremo Tribunal Federal discutiu a aplicação do art. 27 da Lei 9.868/99 em controle incidental de normas. Trata-se do RE 197.917, de relatoria do Min. Maurício Corrêa, em que se discutia a constitucionalidade do parágrafo único do art. 6º da Lei Orgânica n. 222/90, do Município de Mira-Estrela-SP, que teria fixado um número de vereadores em desacordo com o que estabelece o art. 29, IV, da CF. O voto do relator foi proferido no sentido de declarar a inconstitucionalidade da lei orgânica para fixar que o número de vereadores não poderia ser superior a nove, como efeito *pro futuro*.

Destaca, ainda, o Ministro Gilmar Mendes:

“Tal como apontado, esse ‘apelo’ foi entendido como promulgação da lei. Como se pode depreender, tinha-se, na hipótese discutida no RE 197.917, um caso típico de decisão que, se dotada de efeito retroativo, provocaria enorme instabilidade jurídica, colocando em xeque as decisões tomadas pela Câmara de Vereadores nos períodos anteriores, com consequências não de todo divisíveis no concerne às lei aprovadas, à decisões de aprovação de contas e outras deliberações da Casa Legislativa. Ademais, como a decisão repercute sobre o próprio processo eleitoral, o reconhecimento de efeito retroativo importaria quase no refazimento a

³² CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro, ed. Revista dos Tribunais, 2ª. Edição, 1999, p. 120.

³³ MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional, 5ª edição, Editora Saraiva, pg. 400-402.

posteriori desse processo, até mesmo com a redefinição dos eleitos no último pleito. É que a nova fixação do número de vereadores importaria na obtenção de uma novo quociente eleitoral a um novo quociente partidário.”

Inquestionável, portanto, é a relativização dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso, objetivando excepcionalmente a preservação das relações jurídicas preexistentes.

Parece ser plausível, ainda, que a modulação de efeitos no controle difuso seja exercida apenas pelo Supremo Tribunal Federal, tendo em vista a exigência legal de *quorum* qualificado para restringir os efeitos da declaração, além de sua própria essência que exige a ponderação de princípios constitucionais.

Por fim, como ressaltou Márcia Lima Santos Oliveira em artigo sobre o tema³⁴, merece reflexão a questão de que, para a modulação temporal dos efeitos da declaração da inconstitucionalidade no controle difuso, deve-se verificar a existência das razões expostas no art. 27 da Lei 9.868/99 quanto à necessidade de segurança jurídica e o excepcional interesse social.

Isso porque a repercussão geral, um dos requisitos de admissibilidade do recurso extraordinário e inserida no ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional no. 45/2004 (Art. 102, 3º, CF)³⁵, tem como objetivo possibilitar que o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Art. 543-A, § 1º, do CPC verifique *"a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa"*.

Assim, a matéria constitucional discutida em recurso extraordinário passa a não ser mais restrita às partes litigantes, interessando também à coletividade.

Conseqüentemente, constatada a existência da repercussão geral no Recurso Extraordinário, poderia se considerar superada a exigência em

³⁴ OLIVEIRA, Márcia Lima Santos. Modulação dos efeitos temporais no controle de constitucionalidade difuso. Revista Âmbito Jurídico. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/>. Acesso em 18/08/2014.

³⁵ Art. 102. § 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. (Acrescentado pela EC nº 45, de 2004)

demonstrar a necessidade de segurança jurídica e excepcional interesse social para modular os efeitos da decisão em controle difuso de constitucionalidade.

8. TÉCNICAS DECISÓRIAS DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

Além da modulação temporal dos efeitos da decisão de declaração de inconstitucionalidade aqui estudada, o Supremo Tribunal Federal utiliza-se de outras técnicas de decisão para produzir declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade.

Como ressalta Marina Faraco Siqueira e Silva³⁶, no controle de constitucionalidade se compara a norma legal com a norma da Constituição - e não texto legal com texto da Constituição. Para assim se proceder são utilizados métodos de interpretação da Constituição e, posteriormente, para se aplicar a decisão final, serão utilizadas as técnicas decisórias permitidas à justiça constitucional.

Sobre as formas de interpretação constitucional, assevera Celso Ribeiro Bastos³⁷:

“Foi sempre o temor ou a prudência de declarar uma lei inconstitucional que deram origem às modernas formas de interpretação constitucional, que visam sobretudo manter a norma no ordenamento jurídico tendo como fundamento o princípio da economia e como escopo a busca de uma interpretação que compatibilize a norma tida como 'inconstitucional' com a Lei Maior.”

A decisão em controle de constitucionalidade pode resultar nas seguintes situações:

- **Na declaração de constitucionalidade:**

³⁶ SILVA, Marina Faraco Siqueira. A declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto com técnica decisória autônoma da justiça constitucional brasileira. Tese de mestrado em Direito - PUC-SP. 2010. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp153326.pdf>. Acesso em 20/08/2014.

³⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. As modernas formas de interpretação constitucional. Disponível em: http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=361. Acesso em 10/09/2014.

(i) declaração de constitucionalidade pura

A norma é considerada compatível com a Constituição.

(ii) declaração de constitucionalidade mediante interpretação conforme (art. 28)

A norma é constitucional se for interpretada somente conforme a constituição de determinado modo.

(iii) declaração de constitucionalidade com apelo ao legislador

O ato é declarado constitucional, mas em trânsito para a inconstitucionalidade. O STF faz recomendação/advertência ao legislador. Caso não seguida, a norma é declarada inconstitucional pelo Tribunal.

- **Na declaração de inconstitucionalidade:**

(i) declaração parcial de inconstitucionalidade sem a redução de texto (art. 28, par. único, da Lei 9.868/99).

Essa técnica não altera o texto da norma constitucional, apenas considera parte dela inconstitucional e, portanto, nula.

No julgamento da ADI MC 491 / MA³⁸ foi declarada a inconstitucionalidade de dispositivo da Constituição do Amazonas, sem redução de texto, pois a norma inconstitucional nem era citada – art. 90, I a IV (a inconstitucionalidade era do inciso III).

(ii) declaração parcial de inconstitucionalidade com redução de texto

Somente trecho da norma é declarado inconstitucional e é retirado do ordenamento. Se o texto é indivisível, a declaração de inconstitucionalidade será realizada sem redução de texto. Caso seja possível dividir a norma sem alteração do sentido, a declaração de inconstitucionalidade será com redução de texto.

³⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI MC 491 / MA. Rel. Min. Moreira Alves. DJ 25/10/1991. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 05/09/2014.

Nesse sentido, leciona Marina Faraco Siqueira e Silva:³⁹

“A indivisibilidade do texto normativo, assim, impede a retirada do trecho viciado sem afetar a subsistência da parte válida. Neste caso, apesar da pronúncia de nulidade da parte inválida, o texto não sofrerá redução, permanecendo inalterado o programa normativo.”

Marina Faraco Siqueira e Silva cita como exemplo o julgamento da ADI 1127/DF⁴⁰, com declaração de inconstitucionalidade com redução de texto contidos em dispositivos da Lei 8.906/94 – Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil.

(iii) declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade

Aplicada em geral em casos de omissão legislativa. O STF declara a norma inconstitucional, mas sem pronunciar a nulidade. Objetivando a segurança jurídica ou excepcional interesse social, a norma é mantida no ordenamento por um prazo determinado até que outra seja elaborada.

9. A MODULAÇÃO DOS EFEITOS NAS DECISÕES DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Como já exposto, tradicionalmente, o Supremo Tribunal Federal adota a tese da nulidade da lei inconstitucional, o que faz com que suas declarações de inconstitucionalidade sejam projetadas no efeito *ex tunc*, atingindo a norma inconstitucional desde o momento que ingressou no ordenamento jurídico.

³⁹ SILVA, Marina Faraco Siqueira. A declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto com técnica decisória autônoma da justiça constitucional brasileira. Tese de mestrado em Direito - PUC-SP. 2010. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp153326.pdf>. Acesso em 20/08/2014.

⁴⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 1127 DF. Rel. Min. Marco Aurélio. DJ 11/06/2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 05/09/2014.

Esse posicionamento pode ser claramente constatado no julgamento da ADI 652-5⁴¹, de relatoria do Ministro Celso de Mello, que assim definiu o entendimento da Suprema Corte:

“Atos inconstitucionais são, por isso mesmo, nulos e destituídos, em consequência, de qualquer carga de eficácia jurídica.

Esse tem sido o entendimento doutrinário compatível com o sentido das Constituições rígidas, tal como a que hoje vigora no Brasil. E diversa não tem sido, nesse tema, a orientação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, cujo magistério, de um lado, sublinha a nulidade plena do ato inconstitucional, e, de outro, proclama – a partir de sua absoluta ineficácia jurídica – o caráter retroativo da declaração judicial que reconhece a sua incompatibilidade hierárquico-normativo com a Lei Fundamental.”

Em outro julgamento, já quando vigorava o disposto no art. 27 da Lei 9.868/99, a Ministra Relatora Ellen Gracie, ao julgar embargos de declaração na ação direta de inconstitucionalidade⁴², em que foi considerada inconstitucional norma que determinou o desmembramento de município sem a prévia consulta popular, afirmou não verificar situação excepcional que ensejasse a fixação de efeito *ex nunc*. Verifica-se trecho do acórdão:

*“No acórdão impugnado – tal como ocorrido em vários outros julgados que trataram sobre as tentativas de desmembramento de municípios sem a consulta popular exigida pelo art. 18, § 4º, da Constituição Federal -, esta Corte aplicou a regra segundo a qual as decisões do Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade possuem eficácia *ex tunc*, tendo em vista a nulidade do ato normativo atacado desde a sua edição.*

Destaque-se, ademais, a evidente motivação política da pretensão recursal ora em exame, surgida em momento anterior às eleições municipais do ano passado e atrelada às disputas de manutenção de parte do eleitorado envolvido nesta ou naquela municipalidade. Para fins dessa natureza, não se prestam, obviamente, os embargos declaratórios e a

⁴¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Questão de Ordem. ADI 652-5 / MA. Rel. Min. Celso de Mello. DJ de 02.04.1993. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 05/09/2014.

⁴² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 2.994 ED /BA. Rel. Min. Ellen Gracie. DJ de 04.08.2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 05/09/2014.

excepcional fixação de eficácia ex nunc nas decisões proferidas em ação direta de inconstitucionalidade.”

Contudo, a Corte Suprema vislumbrou que, em certas situações excepcionais, o rigor em se manter fiel ao dogma da nulidade de lei inconstitucional poderia ensejar a ruptura da segurança jurídica.

Assim sendo, até mesmo antes da existência de regulamentação legal para modulação temporal da lei inconstitucional, o Supremo Tribunal Federal, utilizando-se da ponderação e da proporcionalidade, vem restringindo a eficácia temporal das decisões, sempre quando verificar questão excepcional que afronta a segurança jurídica ou relevante interesse social.

Dependendo do caso, o Supremo Tribunal Federal modulou os efeitos temporais de suas decisões, decidindo que elas só tenham eficácia (i) a partir de seu trânsito em julgado (*ex nunc*) ou determinado momento fixado entre a promulgação da norma e sua declaração de inconstitucionalidade, ou ainda, (ii) com termo inicial diferido (*pro futuro*).

9.1. RECONHECIMENTO DE EFEITOS *EX NUNC*

Têm sido mais frequentes as decisões do Supremo Tribunal Federal relativizando os efeitos das declarações inconstitucionais quando se verifica situações de ameaça à segurança jurídica ou excepcional interesse social.

A preservação da segurança jurídica de todos os servidores aposentados foi o fundamento para atribuir efeito *ex nunc* à decisão que declarou inconstitucional o art. 176 da Lei Complementar/PR nº 14/82, com a redação dada pelo art. 1º da Lei Complementar/PR nº 93/02, que dispôs sobre regras especiais de aposentadoria do policial civil.⁴³

Em voto o Ministro Relator Menezes Direito, acompanhado pela maioria da Corte, ressaltou que haviam se passado mais de 6 (seis) anos entre a

⁴³ Supremo Tribunal Federal, ADI 2.904 / PR. Rel. Min. Menezes Direito. DJ de 25.09.2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 05/09/2014.

promulgação da Lei Complementar e o julgamento definitivo da ADI e, provavelmente, durante esse tempo, a maior parte dos servidores se tivessem permanecido em atividade, preencheriam todos os requisitos constitucionais para a aposentadoria integral. Concluiu que tal fato *“geraria transtorno indevido em área crítica de segurança pública, o que não é recomendável quando a lei enseja solução consentânea com o melhor interesse público.”*

Convém citar voto vencido do Ministro Marco Aurélio para que se aplicasse efeito *ex tunc*, claramente contrário à possibilidade de mitigar os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da norma:

“Resisto sempre, Presidente, à modulação da decisão do Supremo quando ele conclui pelo conflito de certa lei com o texto constitucional. Por que o faço? Porque adoto o princípio segundo o qual toda lei editada à margem da Carta da República é írrita e, portanto, não tem como mitigar a eficácia da Constituição Federal.”

Outro julgamento que expressou preocupação do STF em manter segurança jurídica, tendo em vista o relevante interesse social envolvido, foi o da ADI 2.501 / MG⁴⁴, de relatoria do Min. Joaquim Barbosa. A ação foi julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade formal do art. 82, § 1º, II, da Constituição do Estado de Minas Gerais, tendo em vista a invasão de competência da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação (art. 22, XXIV da CF/88).

O Ministro Joaquim Barbosa atribuiu efeito *ex nunc* à decisão, tendo em vista *“...o excepcional interesse social, consistente no fato de que milhares de estudantes frequentaram e frequentam cursos oferecidos pelas instituições superiores mantidas pela iniciativa privada no Estado de Minas Gerais, é deferida a modulação dos efeitos da decisão (art. 27 da lei 9.868/1999), a fim de que sejam considerados válidos os atos (diplomas, certificados, certidões etc.) praticados pelas instituições superiores de ensino atingidas por essa decisão, até a presente data”*.

Destaque-se, ainda, outra importante decisão do STF, em que houve a edição da Súmula Vinculante n. 12. Trata-se do julgamento em que se

⁴⁴ Supremo Tribunal Federal, ADI 2.501 / MG. Rel. Min. Joaquim Barbosa. DJ de 19.12.2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 05/09/2014.

acolheram embargos de declaração no RE 500.171⁴⁵, considerando a vasta abrangência da decisão e o excepcional interesse social, para atribuir eficácia *ex nunc* à decisão proferida em sede de recurso extraordinário, em que foi declarada a inconstitucionalidade da cobrança de taxas de matrícula em universidades públicas.

9.2. RECONHECIMENTO DE EFEITOS COM TERMO INICIAL DIFERIDO. EFICÁCIA *PRO FUTURO*.

Geralmente, as decisões que modulam os efeitos da declaração de inconstitucionalidade com eficácia *pro futuro* são proferidas para advertir ou sugerir ao legislador que, em determinado prazo, legisle para sanar o vício da norma. Para tanto, o Tribunal utiliza-se de técnicas de decisão, como o *apelo ao legislador* ou a *declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade*.

Segundo Gilmar Ferreira Mendes, o *apelo ao legislador* é utilizado quando “...reconhece a Corte que a lei ou a situação jurídica não se tornou ‘ainda’ inconstitucional, conclamando o legislador a que proceda – às vezes dentro de determinado prazo – à correção ou à adequação dessa ‘situação ainda constitucional’ (*Appellents-cheidung*).”⁴⁶

O *apelo ao legislador* pode ocorrer, ainda, em razão da mudança de relações fáticas ou jurídicas ou pelo inadimplemento do dever de legislar.

Já a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade está relacionada à incompatibilidade da norma com o princípio da igualdade.

Assevera Gilmar Mendes que o início “*para o desenvolvimento dessa variante de decisão foi chamada ‘exclusão do benefício incompatível com o*

⁴⁵ Supremo Tribunal Federal, RE 500.171 ED / GO. Rel. Ricardo Lewandowski. DJe de 03.06.2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 05/09/2014.

⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*, ed. Saraiva, 2ª. Edição, 2011, p. 356.

*princípio da igualdade', que se verifica quando a lei, de forma arbitrária, concede benefícios a um determinado grupo de cidadãos, excluindo, expressa ou implicitamente, outros segmentos ou setores (v.g., benefícios sociais, salários ou vencimentos, subvenções etc)."*⁴⁷

Essa espécie de decisão foi proferida nas ADIs n.ºs 875/DF, 1.987/DF e 3.243/DF 48 , que foram julgadas procedentes por omissão inconstitucional de caráter parcial, tendo em vista descumprimento do mandamento constitucional constante do art. 161, II, da Constituição, segundo o qual lei complementar deve estabelecer os critérios de rateio do Fundo de Participação dos Estados, com a finalidade de promover o equilíbrio socioeconômico entre os entes federativos.

Assim, foi declarada a inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, do art. 2º, incisos I e II, §§ 1º, 2º e 3º, e do Anexo Único, da Lei Complementar n.º 62/1989, assegurada a sua aplicação até 31 de dezembro de 2012.

Em relação à modulação dos efeitos *pro futuro*, asseverou o Ministro Gilmar Mendes, relator das ações:

“Entre nós, cuidou o legislador de conceber um modelo restritivo também no aspecto procedimental, consagrando a necessidade de um quorum especial (dois terços dos votos) para a declaração de inconstitucionalidade com efeitos limitados. Terá significado especial o princípio da proporcionalidade, especialmente no sentido estrito, como instrumento de aferição da justeza da declaração de inconstitucionalidade (com efeito da nulidade), em virtude do confronto entre os interesses afetados pela lei inconstitucional e aqueles que seriam eventualmente sacrificados em consequência da declaração de inconstitucionalidade.

No presente caso, o Tribunal tem a oportunidade de aplicar o art. 27 da Lei no. 9.868/99 em sua versão mais ampla. A declaração de inconstitucionalidade e, portanto, da nulidade da lei definidora de critérios pra o rateio dos Fundos de Participação dos Estados e do Distrito Federal,

⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ed. Saraiva, 2ª. Edição, 2011, p. 362.

⁴⁸ Supremo Tribunal Federal, ADIs n.ºs 875/DF, 1.987/DF e 3.243/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJ de 30.04.2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 05/09/2014.

constitui mais um entre os casos em que as consequências da decisão tomada pela Corte podem gerar um verdadeiro caos jurídico.”

Cumprido citar, ainda, a ADI 3.458 / GO ⁴⁹ que foi julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da Lei n. 15.010, do Estado de Goiás, tendo em vista que a deflagração do processo legislativo pelo Chefe do Poder Executivo consubstancia afronta ao texto da Constituição do Brasil, pois cumpre ao Judiciário a administração e os rendimentos referentes à conta única de depósitos judiciais e extrajudiciais. O Tribunal, por maioria, modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade para dar efetividade à decisão 60 (sessenta) dias após a publicação do acórdão.

Fundamentou o Ministro Relator os motivos para modular os efeitos da decisão *pro futuro*:

“Dos efeitos ex tunc da declaração resultariam prejuízos e insegurança jurídica, uma vez que o Sistema de Conta única de Depósitos Judiciais e Extrajudiciais no âmbito do Estado de Goiás obedeceu ao procedimento nela contido, desde então. Proponho, assim, a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, nos termos do disposto no artigo 27 da Lei n. 9.868/99, de modo que a decisão produza efeitos 60 [sessenta dias] após o seu trânsito em julgado, tempo hábil à organização do Estado de Goiás no que tange ao recolhimento das custas judiciais e extrajudiciais.”

Destaque-se outro julgado (ADI 2.240 / BA ⁵⁰) em que se constatou a omissão legislativa. Refere-se ao caso da criação do município de Luís Eduardo Magalhães, que assumiu existência de fato, há mais de seis anos, como ente federativo. Porém, a criação do município foi considerada irregular em razão da omissão do Congresso Nacional por ausência de Lei Complementar Federal.

A ação direta foi julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade, mas não pronunciar a nulidade pelo prazo de 24 meses, da

⁴⁹ Supremo Tribunal Federal, ADI n.º 3.458 / GO. Rel. Min. Eros Grau. DJe de 16.05.2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 05/09/2014.

⁵⁰ Supremo Tribunal Federal, ADI n.º 2.240 / BA. Rel. Min. Eros Grau. DJe de 03.08.2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 05/09/2014.

Lei n. 7.619, de 30 de março de 2000, do Estado da Bahia, até que o legislador estadual estabelecesse novo regramento.

Seguem os fundamentos para a modulação dos efeitos na transcrição de parte da ementa:

*“(…)6. A criação do Município de Luís Eduardo Magalhães importa, tal como se deu, uma situação excepcional não prevista pelo direito positivo. 7. O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade. Não é a exceção que se subtrai à norma, mas a norma que, suspendendo-se, dá lugar à exceção --- apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção. 8. **Ao Supremo Tribunal Federal incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Não se afasta do ordenamento, ao fazê-lo, eis que aplica a norma à exceção desaplicando-a, isto é, retirando-a da exceção.** 9. Cumpre verificar o que menos compromete a força normativa futura da Constituição e sua função de estabilização. No aparente conflito de inconstitucionalidades impor-se-ia o reconhecimento da existência válida do Município, a fim de que se afaste a agressão à federação. 10. **O princípio da segurança jurídica prospera em benefício da preservação do Município.** 11. **Princípio da continuidade do Estado.** 12. Julgamento no qual foi considerada a decisão desta Corte no MI n. 725, quando determinado que o Congresso Nacional, no prazo de dezoito meses, ao editar a lei complementar federal referida no § 4º do artigo 18 da Constituição do Brasil, considere, reconhecendo-a, a existência consolidada do Município de Luís Eduardo Magalhães. Declaração de inconstitucionalidade da lei estadual sem pronúncia de sua nulidade 13. **Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade, mas não pronunciar a nulidade pelo prazo de 24 meses, da Lei n. 7.619, de 30 de março de 2000, do Estado da Bahia.**” Grifou-se*

Em recente julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 4.357, 4.372, 4.400 e 4.425⁵¹, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de diversos aspectos da Emenda Constitucional 62, de 2009, relativamente ao pagamento de precatórios.

⁵¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADIs nos. 4.357 e 4.425. Rel. Min. Luiz Fux. J. 11.04.2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 05/09/2014.

O julgamento é peculiar, uma vez que o Ministro Luiz Fux, em modulação dos efeitos, determinou que fossem mantidos os pagamentos em curso na forma da Emenda 62.

Em artigo de autoria de José Levi Mello do Amaral Júnior⁵², destacou-se ter o ministro Luiz Fux aderido às propostas do ministro Barroso, apresentadas em 19/03/2014, a título de modulação dos efeitos da decisão. São elas:

“(1) uso dos depósitos judiciais de natureza tributária para pagamento de precatórios;

(2) subsistência da possibilidade de acordo para pagamento, observada a ordem cronológica dos credores, com deságio máximo de vinte e cinco por cento;

(3) compensação de precatórios vencidos com o estoque da dívida ativa inscrita até a data de conclusão do julgamento; e

(4) aumento do limite de comprometimento da receita dos entes com o pagamento de precatórios de três para quatro por cento, na razão de meio por cento em 2015 e de meio por cento em 2016. O ministro Barroso acrescentou que, caso o ente demonstre a impossibilidade de fazê-lo, fica vedado o gasto com publicidade institucional, ressalvadas as comunicações de emergência à população, até a extinção do estoque de precatórios.”

O ministro Teori Zavascki admitiu a modulação, mas recusou as propostas do ministro Barroso, pelo fundamento de que a modulação deve ser somente temporal.

Como bem destacou José Levi Mello do Amaral Júnior, no artigo citado, essas propostas fogem do conceito de modulação de efeitos temporais:

“...as quatro propostas indubitavelmente escapam do conceito de modulação de efeitos temporais da norma declarada inconstitucional. Como de costume, foi corretíssimo o voto do ministro Teori. A modulação deve ser, apenas e tão-somente, especificação de um espaço de tempo de sobrevida para norma declarada inconstitucional, norma essa que deve ser observada — no período explicitado pela decisão de modulação — em seus próprios

⁵² AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do Amaral. Modulação não é modelação e requer deferência legislativa. Revista Consultor Jurídico, 23 de março de 2014. Disponível em <http://www.conjur.com.br/>. Acesso em 05/08/2014.

termos (ou parte deles). Não há, aqui, espaço para nenhuma modificação do substrato normativo impugnado transitoriamente preservado. Não há espaço para nenhuma inovação normativa, muito menos para quatro.”

Conforme o desenvolvimento dos debates acredita-se que a modulação nesse caso se limite aos efeitos temporais. Porém, a questão serve de alerta para que não atue fora dos restritos ditames da lei, em indesejado ativismo judicial.

Nesse ponto, cabe citar reflexão sobre o ativismo judicial em artigo de autoria de Heleno Taveira Torres⁵³:

“Julgamos, assim, tão inadequada quanto perturbadora a utilização desta linha de pensamento consequencialista e, para muitos, fundamentalmente ponderadora, ao ponto que se fala até mesmo em um suposto “Estado Ponderador”, com licença concedida ao STF para decidir sob a égide dos critérios de “proporcionalidade” ou de “razoabilidade” as questões constitucionais examinadas.

A autorização do artigo 27 da Lei 9.868/1999 para restringir os efeitos da declaração deve cingir-se igualmente aos pressupostos de fundamentação, quais sejam, a segurança jurídica ou o excepcional interesse social. Portanto, nenhuma liberdade “ponderadora” pode ser extraída dessa demarcação material, ao menos “a priori”. Aceitar atuações do Tribunal por motivações alheias a esses pressupostos, ao menos em matéria tributária, isso levaria suas decisões ao risco do “judicialismo” ou do “fiscalismo”, a pretexto de “ativismo judicial”, com pesada dose de subjetivismo.”

10. CONCLUSÃO

Constatou-se a preocupação, tanto da doutrina quanto da jurisprudência, em se preservar a supremacia da Constituição Federal, decorrente de uma Carta rígida.

⁵³ TORRES, Heleno Taveira. Modulação de efeitos da decisão e o ativismo judicial. Revista Consultor Jurídico, 18 de julho de 2012. Disponível em <http://www.conjur.com.br/>. Acesso em 30/04/2014.

Predomina o dogma da nulidade inconstitucional que, por meio do controle de constitucionalidade, retira do ordenamento jurídico norma incompatível com a constituição com efeitos *ex tunc*.

Todavia, em certas situações, manter-se inflexível a esse dogma de nulidade inconstitucional pode ser mais danoso à sociedade do que conviver com a norma inconstitucional por certo período de tempo.

Cabe ao direito acompanhar o desenvolvimento da sociedade e estabelecer regramentos que atendam todas as suas necessidades. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou afirmando que não pode ficar inerte em casos de exceção. Deve haver uma resposta do Judiciário para cada conflito trazido pela sociedade.

A readequação da interpretação constitucional já foi tema de reflexão de Inocêncio Coelho⁵⁴, ao desenvolver artigo sobre Konrad Hesse:

“Admitidas as mutações constitucionais – sobretudo aquelas reconhecidas como decorrentes de fatos de natureza político-social -, admitidas tais mutações como processos legítimos de readequação de textos constitucionais à realidade social, do que resulta postergarem-se ao máximo as alterações da letra da Constituição, tem-se, como consequência lógica, no essencial, a aceitação das teses sociologizantes, porque tais processos de atualização normativa são muito mais dinâmicos e eficazes do que os procedimentos, sempre morosos e complicados, de alteração formal das Constituições (emenda; reforma; revisão).”

Assim, conclui-se que a legislação só veio contribuir para a aplicação justa e ponderada de efeitos temporais nas decisões de nulidade inconstitucional, diante de situações de excepcional interesse social e que podem afetar a segurança jurídica.

⁵⁴ COELHO, Inocêncio Martires. Konrad Hesse: Uma nova Crença na Constituição. Direito Público no. 3, Jan-Fev-Mar de 2004, p. 20.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do Amaral. Modulação não é modelação e requer deferência legislativa. Revista Consultor Jurídico, 23 de março de 2014. Disponível em <http://www.conjur.com.br/>. Acesso em 05/08/2014.

ÁVILA, Ana Paula. A Modulação de Efeitos Temporais pelo STF no Controle de Constitucionalidade, ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. Ed. Saraiva, 4ª. Edição, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. As modernas formas de interpretação constitucional. Disponível em: http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=361. Acesso em 10/09/2014.

CANOTILHO, J.J. Gomes. MENDES, Gilmar Ferreira. SARLET, Ingo Wolfgang. STRECK, Lenio Luiz. Comentários à Constituição do Brasil. Ed. Saraiva. 2013.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro, ed. Revista dos Tribunais, 2ª. Edição, 1999.

COELHO, Inocêncio Martires. Konrad Hesse: Uma nova Crença na Constituição. Direito Público no. 3, Jan-Fev-Mar de 2004.

MANDELLI, ROBERTO. Aspectos Atuais do Controle de Constitucionalidade no Brasil, organizadores André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg, ed. Forense.

MENDES, Gilmar Ferreira. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ed. Saraiva, 2ª. Edição, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 8ª edição. 2ª tiragem. 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional, 5ª edição, Editora Saraiva.

MUSSI, Raphael Saydi Macedo. Modulação de Efeitos na Declaração de Inconstitucionalidade. Revista Boletim Jurídico, 14 de março de 2012. Disponível em <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=2501>. Acesso em 11/07/2014.

OLIVEIRA, Márcia Lima Santos. Modulação dos efeitos temporais no controle de constitucionalidade difuso. Revista Âmbito Jurídico. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/>. Acesso em 18/08/2014.

SÁ, Renato Montans. Coisa Julgada – Inexigibilidade do título executivo em face de declaração de inconstitucionalidade superveniente: uma interpretação do art. 475-L, §1º, do CPC. Aspectos Polêmicos da Nova Execução. Coordenação Cássio Scarpinella Bueno e Teresa Arruda Alvim Wambier. Ed. Revista dos Tribunais. Vol. 4, 2008.

SARMENTO, Daniel. O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99, ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2001.

SILVA, Marina Faraco Siqueira. A declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto com técnica decisória autônoma da justiça constitucional brasileira. Tese de mestrado em Direito - PUC-SP. 2010. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp153326.pdf>. Acesso em 20/08/2014.

TAVARES, André Ramos. Justiça Constitucional pressupostos teóricos e análises concretas. Ed. Fórum. Belo Horizonte. 2007.

TORRES, Heleno Taveira. Modulação de efeitos da decisão e o ativismo judicial. Revista Consultor Jurídico, 18 de julho de 2012. Disponível em <http://www.conjur.com.br/>. Acesso em 30/04/2014.