

CARLOS ALBERTO NAVARRO PEREZ

**A MODULAÇÃO TEMPORAL DE EFEITOS DOS PROVIMENTOS
JURISDICIONAIS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**
CONTEÚDO ESSENCIAL E APLICABILIDADE

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO
ORIENTADOR PROFESSOR TITULAR ELIVAL DA SILVA RAMOS

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
SÃO PAULO
2013

CARLOS ALBERTO NAVARRO PEREZ

**A MODULAÇÃO TEMPORAL DE EFEITOS DOS PROVIMENTOS
JURISDICIONAIS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**
CONTEÚDO ESSENCIAL E APLICABILIDADE

Dissertação apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo como
requisito parcial para obtenção do título de
Mestre em Direito – Direito Constitucional –
sob a orientação do Professor Titular ELIVAL
DA SILVA RAMOS

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
SÃO PAULO
2013

BANCA EXAMINADORA

Aos meus pais Manuel e Dulce, que, em todos os momentos da vida, estiveram presentes
para orientar, apoiar e estimular.

À minha esposa Priscila, que, com amor e carinho, demonstrou-se companheira de vida
inteira.

Aos meus filhos Henrique e Amanda, que fizeram brotar em minha vida fonte inesgotável
de estímulo, alegria e amor.

Agradecimentos

Ainda que engendrada e redigida em absoluta solidão, o surgimento de qualquer obra acadêmica somente se torna possível em razão de esforços materiais e intelectuais despendidos por não poucas pessoas. Peço licença, então, para dedicar algumas linhas para manifestar minha singela gratidão.

A Deus, por tudo. Sem Ele, nada sou ou realizo.

Ao Professor Elival da Silva Ramos. Mais do que a oportunidade de pertencer ao corpo docente de um dos melhores cursos de pós-graduação do país, brindou-me com uma orientação séria, paciente, respeitosa e incentivadora. Referência ética, moral e profissional, pretendo tomar como paradigma para o resto de minha vida.

Ao casal Ana Lúcia Jordão Pezarini e João Alberto Pezarini. Exemplos de retidão e dedicação profissional, foram os responsáveis pelo incentivo inicial e por incutir a crença de que a realização de um sonho seria possível.

Ao irmão de todos os momentos, amigo inextinguível que a vida me ofereceu, Rogério Cangussu Dantas Cachichi. Não existem palavras suficientes para retribuir as horas perdidas na leitura do texto, a inesgotável paciência para ouvir meus argumentos e os preciosos comentários tecidos para aprimoramento desta dissertação.

Aos docentes da Faculdade de Direito da USP, especialmente aos Professores Manoel Gonçalves Ferreira Filho, José Levi Mello do Amaral Filho e Roger Stiefelmann Leal. Cada um, a seu modo, ao compartilhar seus conhecimentos, contribuiu para a escolha do tema, o aperfeiçoamento das ideias e a elaboração da dissertação.

Aos colegas da pós-graduação e do grupo de estudos. As frutíferas discussões travadas em ambiente de respeito mútuo e altíssimo nível intelectual prestaram inestimável auxílio para conformar o conteúdo deste trabalho.

Aos Doutores Márcio Valério Alves da Costa e André Navarro Perez, além dos amigos do Fórum de Execuções Fiscais da Subseção Judiciária de São Paulo. Agradeço o apoio constante e o entusiasmo, sem os quais não seria possível superar as dificuldades do dia-a-dia.

Aos servidores das bibliotecas do Fórum Pedro Lessa e da Faculdade de Direito da USP. Sem a ajuda incansável na busca por livros e periódicos, não seria viável coletar todo o material utilizado nesta pesquisa.

Ao Professor José Rodrigues Seabra Filho. Muito obrigado pela meticulosa revisão do texto.

Por fim, a todos que compartilharam as alegrias e as agruras ínsitas à realização de qualquer dissertação, ainda que a limitação da memória não permita nomeá-los um a um, denoto o mais profundo agradecimento.

Resumo

PEREZ, Carlos Alberto Navarro. *A modulação temporal de efeitos dos provimentos jurisdicionais de controle de constitucionalidade: conteúdo essencial e aplicabilidade*. 2013. 416 p. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo.

Fortemente influenciado pela concepção norte-americana desde a sua implantação no período republicano, o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade acolheu a sanção de nulidade com eficácia plenamente retroativa, alçando-a a princípio constitucional implícito a ser oposto contra o ato inconstitucional. Entretanto, tal como em outros ordenamentos jurídicos, por vezes, a prevalência da retroatividade absoluta, mediante exclusão *ab initio* da norma inconstitucional do sistema e possibilidade de desconstituição da integralidade dos atos pretéritos de execução nela fundados, apresentou-se solução insatisfatória e colidente com outros princípios constitucionais. Avistada como técnica de solução à propalada antinomia entre normas constitucionais, a dissertação dedica-se a discorrer sobre a modulação temporal dos efeitos do provimento jurisdicional de controle de constitucionalidade. Sistematizada em quatro capítulos, pretende a dissertação expor em seus aspectos estático e dinâmico a técnica da modulação temporal dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade (capítulos II e III), bem como os fundamentos sobre os quais o instituto se erige (capítulo I) e os desdobramentos críticos que o assunto suscita (capítulo IV). O estudo foi realizado com base em doutrina, disposições legislativas e posições jurisprudenciais, ocorrentes tanto em solo pátrio, como no exterior. Dentre as principais conclusões alcançadas em decorrência do estudo do tema, alocadas em espaço próprio, pode-se apontar que a utilização da técnica com o escopo de preservar efeitos pretéritos da lei declarada inconstitucional havidos no plano normado (*ex tunc* mitigada e *ex nunc*) resguarda a supremacia da Constituição e observa o campo legítimo de atuação delimitado ao exercício do Poder Judiciário; ao revés, a modulação temporal *pro futuro* assegurada por normas infraconstitucionais no ordenamento jurídico brasileiro descamba em inaceitável ativismo judicial (exercício desautorizado de função legislativa), ao manter a vigência da lei ou ato normativo declarado inconstitucional e ensejar alteração da própria ordem normativa. Ao final, empenhou-se em realizar um tímido prognóstico do desenvolvimento do tema versado, primeiramente perante a práxis do Direito e, após, perante o âmbito acadêmico.

Palavras-chave: Direito Constitucional; controle de constitucionalidade; efeitos dos provimentos jurisdicionais; modulação temporal de efeitos.

Riassunto

PEREZ, Carlos Alberto Navarro. *La modulazione temporale degli effetti dei provvedimenti giurisdizionali di controllo di costituzionalità: contenuto essenziale e applicabilità*. 2013. 416 p. Dissertazione di Master in Diritto dallo Stato – Università di São Paulo.

Fortemente influenzato dalla concezione nordamericana fin dalla sua impostazione nel periodo repubblicano, il sistema brasiliano di controllo giurisdizionale ha accolto la sanzione di nullità con efficacia pienamente retroattiva, innalzandola a principio costituzionale implicito opponibile all'atto incostituzionale. Tuttavia, così come in altri ordinamenti giuridici, talvolta, la prevalenza della retroattività assoluta mediante l'esclusione *ab initio* della norma incostituzionale del sistema e la possibilità di invalidare la totalità degli atti passati di esecuzione fondati su di essa, si è dimostrata una soluzione insoddisfacente e collidente con altri principi costituzionali. Vista come metodo di soluzione per la presunta antinomia tra norme costituzionali, la tecnica discussa nella dissertazione è dedicata a discutere la modulazione temporale degli effetti del provvedimento giurisdizionale degli atti giudiziari. Sistematizzata in quattro capitoli, la dissertazione si propone di esporre nei suoi aspetti statici e dinamici la tecnica di modulazione temporale degli effetti della decisione di incostituzionalità (capitoli II e III), così come i fondamenti su cui è costruito l'istituto (capitolo I) e gli sviluppi critici suscitati dall'argomento (capitolo IV). Lo studio si basa sulla dottrina, disposizioni legislative e posizioni giurisprudenziali che si verificano sia nel Paese, sia all'estero. Tra le principali conclusioni raggiunte a seguito dello studio del soggetto e sistemate in uno spazio proprio, si può segnalare che l'uso della tecnica in questione allo scopo di preservare gli effetti preteriti della legge dichiarata incostituzionale e occorsi nel piano normativo (*ex tunc* mitigata e *ex nunc*) protegge la supremazia della Costituzione e osserva il legittimo campo di azione delimitato all'esercizio del potere giudiziario; all'inverso, la modulazione temporale *pro futuro* assicurata da norme infracostituzionali nel sistema giuridico brasiliano discende in un inaccettabile attivismo giudiziario (esercizio abusivo della funzione legislativa), quando mantiene la vigenza della legge o atto normativo dichiarato incostituzionale e dà luogo all'alterazione dell'ordine normativo stesso. Finalmente, lo studio, ha cercato di rendere un timido pronostico dello sviluppo del tema versato, in primo luogo dinanzi alla pratica delle legge, e in seguito nell'ambito accademico.

Parole chiave: Diritto Costituzionale; controllo di costituzionalità; effetti dei provvedimenti giurisdizionali; modulazione temporale degli effetti.

Abstract

PEREZ, Carlos Alberto Navarro. *The temporal modulation of jurisdictional supplies effects of constitutionality control: essential contents and applicability*. 2013. 416 p. Dissertation (Master's degree in Law from State) – University of São Paulo.

Strongly influenced by the American design since its implantation in the Republican period, the Brazilian system of judicial review upholds the sanction of nullity effectively fully retroactive, elevating it to the implicit constitutional principle to be opposed against the act unconstitutional. However, as in another juridic arrangements, sometimes, the prevalence of absolute retroactivity, through exclusion *ab initio* of unconstitutional standart of system and possibility of deconstitution of the integrity of the bygone acts of execution on it founded, appeared as an unsatisfactory solution and in collision with another constitutional principles. Sighted as a technical solution to the divulged antinomy between constitutional standards, the dissertation is devoted to talking about the temporal modulation of the jurisdictional effects provision of control of constitutionality. Systematized in four chapters, the dissertation aims to expose in static and dynamic aspects the technics of temporal modulation of the decision's effects of unconstitutionality (chapters II and III), as well as the foundations on which the institute is built (chapter I) and the critical developments that matter raises (chapter IV). The study was based on doctrine, laws and jurisprudential positions, occurring in both homeland, and abroad. Among the main conclusions reached as a result of study of the subject, allocated in own space, we can point out that the use of the technics with the objective of preserving the past effects of the law declared unconstitutional obtained in the normed plane (*ex tunc* mitigated and *ex nunc*) protects the supremacy of the Constitution and observes the legitimate field of action delimited to the exercise of Judicial Power; on the contrary, the temporal modulation *pro futuro* assured by infraconstitutional standards in Brazilian legal system descends into unacceptable judicial activism (unauthorized exercice of legislative function), to maintain the rule of law or normative act declared unconstitutional and to offer an opportunity to change the own normative order. At the end, we endeavoured to make a shy prognosis of the theme versed development, primarily before the practice of Law and, after, before the academic realm.

Keywords: Constitutional Law; constitutionality control; jurisdictional supplies effects; temporal modulation of effects.

Principais abreviações e siglas utilizadas

AC	– Apelação Cível
ADC	– Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADCT	– Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADIn	– Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO	– Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF	– Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AgRg	– Agravo Regimental
Ag.	– Agravo
AI	– Agravo de Instrumento
AR	– Ação Rescisória
Art.	– Artigo
Arts.	– Artigos
Cf.	– Confira, confronto
CC	– Código Civil
CE	– Código Eleitoral
COFINS	– Contribuição para Financiamento da Seguridade Social
CPC	– Código de Processo Civil
CPP	– Código de Processo Penal
CRFB/88	– Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CRP	– Constituição da República Portuguesa
EC	– Emenda Constitucional
ED	– Embargos de Declaração
HC	– Habeas Corpus
Inc.	– Inciso
Incs.	– Incisos
LTC	– Lei do Tribunal Constitucional Português
Min.	– Ministro
MPU	– Ministério Público da União
n.º	– número

ns.	– números
OAB	– Ordem dos Advogados do Brasil
p.	– página; páginas
PIS	– Programa de Integração Social
Recl.	– Reclamação
Rel.	– Relator
RE	– Recurso Extraordinário
RISTF	– Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal
Séc.	– Século
STF	– Supremo Tribunal Federal
STJ	– Superior Tribunal de Justiça
TRF	– Tribunal Regional Federal
TSE	– Tribunal Superior Eleitoral
UFMG	– Universidade Federal de Minas Gerais
UFPR	– Universidade Federal do Paraná
USP	– Universidade de São Paulo

Índice

Introdução

1. Apresentação do objeto e sua justificativa _____	1
2. Importância temática _____	5
3. Delimitação do tema _____	6
4. Atualidade _____	8
5. A sistematização adotada _____	9
6. Metodologia _____	10

Capítulo I – A supremacia das normas constitucionais, o vício de inconstitucionalidade, a sanção e os sistemas de controle

1.1 A concepção moderna de Constituição e a supremacia de suas normas _____	12
1.2 A rigidez das normas constitucionais _____	16
1.3 A caracterização do vício de inconstitucionalidade _____	18
1.3.1 A relação de compatibilidade _____	18
1.3.2 O vício de inconstitucionalidade e suas classificações _____	19
1.3.3 Consequências da inconstitucionalidade _____	21
1.3.4 Defeito no plano da validade _____	22
1.4 As sanções da inconstitucionalidade _____	24
1.4.1 Noções fundamentais _____	24
1.4.2 Questão afeta à Teoria Geral do Direito, aflorada no Direito Privado e transposta ao Direito Constitucional _____	26
1.4.3 Sanções admissíveis e respectivos regimes jurídicos _____	29
1.4.4 A produção de efeitos por parte do ato inválido _____	35
1.5 O sistema de fiscalização da constitucionalidade _____	40
1.5.1 Sistema-padrão de matriz norte-americana _____	42
1.5.2 Sistema-padrão de matriz europeia _____	47
1.5.3 A natureza e os efeitos do provimento jurisdicional de pronúncia de inconstitucionalidade: diferenças substanciais entre os sistemas-padrão _____	53
1.6 A conformação do sistema brasileiro de controle jurisdicional de constitucionalidade _____	55
1.6.1 O desenvolvimento histórico do controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil _____	55
1.6.2 O atual sistema de controle jurisdicional de constitucionalidade _____	59
1.6.3 A sanção e o regime jurídico sancionatório preconizados ao ato inconstitucional pelo ordenamento brasileiro _____	62

1.6.4 As propostas de alteração da sanção e do regime jurídico sancionatório _____	65
1.6.5 Os efeitos ordinários da decisão de inconstitucionalidade sobre o plano normativo e sobre o plano normado _____	70
1.6.6 O marco inicial de eficácia do provimento jurisdicional que pronuncia a inconstitucionalidade _____	75

Capítulo II – A modulação temporal de efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade sob perspectiva estática

2.1 A modulação temporal de efeitos como espécie de provimento intermediário da jurisdição constitucional _____	77
2.1.1 Noção inicial de provimento intermediário e desenvolvimento histórico _____	77
2.1.2 Tipologia dos provimentos intermediários _____	83
2.2 Conceito _____	86
2.3 Tipologia _____	88
2.4 Fundamento _____	90
2.5 Finalidade _____	93
2.6 Natureza Jurídica _____	96
2.7 Distinções de outras técnicas de decisão da jurisdição constitucional e da equidade _____	99
2.8 A influência da modulação temporal de efeitos na invalidade do ato inconstitucional _____	107
2.9 A influência da modulação temporal de efeitos na elaboração da Resolução do Senado _____	113
2.10 As tendências contemporâneas do Direito Comparado sobre a modulação temporal dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade _____	116
2.10.1 Estados Unidos _____	117
2.10.2 Áustria _____	121
2.10.3 Alemanha _____	123
2.10.4 Portugal _____	125
2.10.5 Itália _____	126
2.10.6 Espanha _____	127
2.10.7 Conclusão _____	129

Capítulo III - A modulação temporal de efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade sob perspectiva dinâmica

Seção I

O instrumento de manejo acolhido: a ponderação de interesses

3.1	<i>Considerações iniciais</i>	131
3.2	<i>Antinomias jurídicas, espécies e critérios de resolução</i>	132
3.3	<i>A antinomia entre normas constitucionais e os critérios adequados para resolução</i>	134
3.3.1	<i>A solução harmonizadora ditada pelo plano constitucional</i>	136
3.3.2	<i>A solução harmonizadora ditada pelo plano legislativo</i>	138
3.3.3	<i>A solução harmonizadora ditada pela jurisdição constitucional</i>	140
3.4	<i>O método da ponderação de bens e interesses</i>	140
3.4.1	<i>Contornos conceituais</i>	140
3.4.2	<i>As espécies de normas que servem de suporte à ponderação</i>	142
3.4.3	<i>Os objetos passíveis de ponderação: valores, interesses, direitos e bens jurídicos</i>	145
3.4.4	<i>Ponderação e interpretação</i>	147
3.4.5	<i>O objetivo da ponderação: resposta constitucionalmente adequada</i>	148
3.4.6	<i>Ponderação e metodologia: o iter procedimental</i>	151
3.4.6.1	<i>A identificação dos princípios em conflito</i>	153
3.4.6.2	<i>As circunstâncias da hipótese de fato</i>	154
3.4.6.3	<i>A decisão</i>	155
3.4.6.3.1	<i>Postulado normativo aplicativo da proporcionalidade</i>	157
3.4.6.3.1.1	<i>Conteúdos parciais</i>	161
3.4.6.3.2	<i>Postulado normativo aplicativo da igualdade</i>	164
3.4.6.3.3	<i>Postulado normativo aplicativo da razoabilidade</i>	166
3.4.7	<i>Ponderação e motivação</i>	168
3.4.8	<i>Ponderação, conceitos normativos indeterminados e princípios de baixa densidade normativa</i>	170
3.5	<i>Ponderação e modulação de efeitos</i>	174
3.5.1	<i>Aspectos gerais</i>	174
3.5.2	<i>Solução para a colidência de princípios constitucionais</i>	180

Seção II

Os pressupostos de aplicação

3.6	<i>Pressupostos fáticos de aplicação</i>	186
3.6.1	<i>Decorrência de pronúncia de inconstitucionalidade</i>	186
3.6.2	<i>A imposição de inevitável e intolerável sacrifício a interesse relevante protegido pela Constituição em decorrência da pronúncia de inconstitucionalidade</i>	188
3.6.3	<i>Excepcionalidade</i>	189
3.6.4	<i>Inexistência de regra de prevalência</i>	190
3.7	<i>Pressupostos materiais (ou finalísticos) de aplicação</i>	190
3.7.1	<i>Segurança Jurídica</i>	191

3.7.1.1	<i>Aproximação conceitual e conteúdo</i>	191
3.7.1.2	<i>Natureza jurídica</i>	194
3.7.1.3	<i>Fundamento</i>	195
3.7.1.4	<i>Âmbitos de projeção</i>	196
3.7.1.5	<i>Sujeitos vinculados ao dever de tutela</i>	199
3.7.1.6	<i>Desdobramentos do princípio</i>	200
3.7.1.7	<i>Segurança jurídica e Estado</i>	202
3.7.1.8	<i>Segurança jurídica e modulação temporal</i>	203
3.7.1.9	<i>Algumas situações aventadas pela doutrina</i>	206
3.7.2	<i>Interesse público (ou excepcional interesse social)</i>	214
3.7.2.1	<i>Aproximação conceitual</i>	216
3.7.2.2	<i>Desdobramentos</i>	219
3.7.2.3	<i>Interesse público e modulação</i>	220
3.7.2.4	<i>Algumas situações aventadas pela doutrina</i>	223
3.7.3	<i>Pressupostos materiais e relação com o tempo</i>	227
3.8	<i>Pressupostos formais de aplicação</i>	231
3.8.1	<i>A necessidade de formular pedido expresso na petição inicial</i>	232
3.8.2	<i>A possibilidade de veicular o primeiro pedido em sede de embargos de declaração e legitimados para a oposição da medida</i>	235
3.8.3	<i>Observância do contraditório</i>	237
3.8.4	<i>Motivação</i>	240
3.8.5	<i>O quórum e o modelo bifásico de julgamento</i>	242
3.9	<i>A possibilidade de legislação infraconstitucional prescrever pressupostos (fáticos, materiais ou formais) para a modulação temporal de efeitos</i>	245
3.9.1	<i>Argumentos contrários à possibilidade de legislação infraconstitucional prescrever pressupostos para a modulação temporal de efeitos</i>	247
3.9.2	<i>Argumentos favoráveis à possibilidade de legislação infraconstitucional prescrever pressupostos para a modulação temporal de efeitos</i>	253
3.9.3	<i>A inconstitucionalidade parcial ora sustentada</i>	255
3.10	<i>A modelação temporal de efeitos no controle de constitucionalidade da lei estadual e municipal no âmbito do Estado-membro</i>	259

Seção III

As limitações da técnica

3.11 Quanto às características da norma objeto do controle _____	261
3.12 Quanto à influência do trânsito em julgado para a delimitação do termo <i>ad quem</i> do dimensionamento temporal de efeitos _____	268
3.13 Quanto aos aspectos do sistema de controle _____	277
3.13.1 Acerca da conformidade constitucional da restrição temporal dos efeitos em sede de fiscalização concreta-incidental _____	277
3.13.2 Sobre a preclusão da questão afeta à modulação _____	285
3.13.3 Acerca do órgão legitimado a proceder ao dimensionamento _____	286
3.13.4 O dimensionamento possível ora sustentado _____	288
3.14 A influência da coisa julgada material produzida em outros processos na determinação do marco retroativo da declaração de inconstitucionalidade _____	291
3.14.1 Exceção: coisa julgada penal _____	298
3.15 Quanto às relações juridicamente consolidadas _____	300

Seção IV

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

3.16 Da doutrina à prática jurisprudencial: considerações iniciais _____	305
3.17 As hipóteses de aceitação do uso da técnica _____	306
3.17.1 RE 197.917-8/SP _____	307
3.17.2 ADIn 3.022-1/RS _____	309
3.17.3 HC 82.959-7/SP _____	312
3.17.4 ADIn 3.615-7/PB _____	314
3.17.5 ADIn 2.240-7/BA _____	315
3.17.6 ADIn 3.819-2/MG _____	317
3.17.7 ADIn 3.458-8/GO _____	320
3.17.8 ADIn 3.660-2/MS _____	322
3.17.9 ADIn 2.907-0/AM _____	323
3.17.10 RE 556.664-1/RS _____	324
3.17.11 ADIn 2.501-5/MG _____	326
3.17.12 ADIn 4.009-0/SC _____	327
3.17.13 ADIn 2.904-5/PR _____	329
3.17.14 ADIn 3.430-8/ES _____	330
3.17.15 ADIn 3.791/DF _____	332
3.17.16 ADIn 3.601-7/DF _____	333

3.17.17 ADIn 4.140/GO _____	335
3.17.18 ADIn 4.029/DF _____	336
3.18 As hipóteses de rejeição do uso da técnica _____	338
3.18.1 ADIn 1.498-6 ED/RS _____	339
3.18.2 AgRgAI 474.335-6/RJ, AgRgRE 395.902-6/RJ e AgRgRE 364.304-5/RJ _____	340
3.18.3 ADIn 1.040-9 ED/DF _____	341
3.18.4 AgRgRE 490.277-0/RJ _____	342
3.18.5 ADIn 980-0/DF _____	343
3.18.6 ADIn 2.791-3/PR _____	344
3.18.7 RE 363.852/MG _____	345
3.19 Análise crítica da jurisprudência _____	346

Capítulo IV – A modulação temporal de efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade sob análise crítica: reflexos institucionais da técnica e suas objeções

4.1 O reflexo institucional da técnica: o incremento do fenômeno da politização do Poder Judiciário _____	352
4.2 A crítica fundada na impulsão ao ativismo judicial _____	358
4.2.1 A divisão funcional de competências entre as estruturas orgânicas que compõem o Poder – da teoria clássica à CRFB/88 _____	358
4.2.2 O ativismo judicial: delimitação conceitual e causas _____	366
4.2.3 Modulação temporal e ativismo judicial: relação inexorável? _____	368
4.3 Críticas centradas no método de definição do direito aplicável _____	372
4.3.1 Indução à valoração subjetiva não controlável por parte do órgão decisor _____	373
4.3.2 Desequilíbrio na organização dos poderes _____	375
4.3.3 Ofensa à segurança jurídica _____	381
4.4 A crítica relacionada ao incremento da produção de legislação desconforme _____	382
Conclusões _____	384
Bibliografia _____	395

INTRODUÇÃO

1. APRESENTAÇÃO DO OBJETO E SUA JUSTIFICATIVA

Pretende-se tributar a dissertação de mestrado ao tema *A modulação temporal de efeitos dos provimentos jurisdicionais de controle de constitucionalidade: conteúdo essencial e aplicabilidade*.

Como petrecho de defesa da concepção moderna de Constituição, dois sistemas-padrão de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e atos normativos difundiram-se pelo mundo a partir do século XVIII.

O primeiro, de matriz norte-americana, exposto por ocasião do julgamento do caso *Marbury v. Madison* pela Suprema Corte em 1803, definiu um sistema difuso de controle de constitucionalidade, o qual atribuiu a todos os integrantes do Poder Judiciário legitimidade para negar aplicação às leis aprovadas pelo Poder Legislativo em desconformidade com o texto constitucional, ante um caso concreto. O raciocínio veio estribado na ideia de supremacia das normas constitucionais, de tal modo que, diante do antagonismo entre uma lei infraconstitucional e a Constituição, o intérprete judicial tinha o poder e o dever de fazer prevalecer esta última. O ato incompatível com a Constituição era inválido e, por via de consequência, ineficaz. Diante de tal concepção, tolhia-se do ato inconstitucional a produção de qualquer efeito jurídico ou, ainda, a possibilidade de ser convalidado. A sanção prevista para a desconformidade era a nulidade. Ao pronunciar a inconstitucionalidade, incumbia ao juiz declarar aquilo que já existia desde o nascimento da lei ou do ato normativo. O provimento jurisdicional detinha natureza declaratória, com eficácia aparentemente retroativa (*ex tunc*).

O segundo, de matriz europeia, foi diretamente inspirado pelo pensamento de HANS KELSEN e expandiu-se ao longo do século XX, especialmente nos países da Europa que ainda não haviam experimentado a ideia de jurisdição constitucional. KELSEN elaborou um sistema de controle de constitucionalidade concentrado quanto ao aspecto orgânico, jungido a um único órgão judiciário, o Tribunal Constitucional, responsável por ditar com exclusividade a jurisdição constitucional. A doutrina da nulidade consolidada pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América restou contraposta pelo Fundador da Escola de Viena, que, em sua obra *Teoria Pura do Direito*, demonstrou que uma norma integrante do direito positivo, editada regularmente, não podia ser considerada nula *ipso*

jure, mas apenas anulável. Diante de tal constatação, o modelo kelseniano viabilizou a ideia de que a nulidade era apenas o grau mais severo da anulabilidade, premissa suficiente para permitir a ilação de que, ao órgão competente, mediante emanção de provimento jurisdicional de natureza desconstitutiva, fosse conferido o poder de afirmar a invalidade para o futuro ou para o passado, resguardando ou não a eficácia da norma. Incumbiria, assim, ao Poder Judiciário, exercer o papel de legislador negativo, emitindo uma contra-lei, ajustada no tempo.

No Brasil, o sistema de controle de constitucionalidade implantado a partir do período republicano revelou fortes influências do pensamento de RUI BARBOSA e da concepção norte-americana, e nesta toada, quanto ao aspecto orgânico, manifestou-se, originariamente e até a Emenda n.º 16 à Constituição de 1946, apenas pela via incidental. Somente com a Emenda n.º 16, de 26/11/1965, foi implantada a representação genérica de inconstitucionalidade e inaugurado um modelo híbrido de controle de constitucionalidade quanto ao método (principal e incidental). Contudo, quanto à sanção preconizada, prevaleceu, no STF e na doutrina, o entendimento clássico formulado em 1803, a fim de cominar ao ato inválido, contrário à Constituição, a nulidade. Ainda hoje, a despeito de não estar expressa na Constituição vigente, granjeia aplicação a sanção de nulidade, em decorrência da configuração do sistema de controle de constitucionalidade. Cuida-se de verdadeiro princípio constitucional implícito.

Dúvidas não sombreiam a constatação de que a sanção de nulidade afigura-se como a maneira mais intensa de tutelar a integridade da Constituição, porque ordinariamente impede *ab initio* a produção de efeitos por parte do ato contraventor. Não obstante, posta como sanção corrente em diversos sistemas de fiscalização de inconstitucionalidade, tal modalidade desvelou não ser plenamente satisfatória para resolver todos os problemas submetidos à jurisdição constitucional, considerado o rigor de seu regime jurídico.

Com efeito, a prática jurisprudencial dos países que acolheram a nulidade demonstrou que, *sob o viés retrospectivo*, a total desconsideração das relações jurídicas constituídas sob o amparo do ato inconstitucional poderia dar ensejo a situações de incerteza, de insegurança jurídica e de ofensa a outros valores constitucionalmente assegurados. Mais especificamente, avistou-se que, em determinadas circunstâncias, os efeitos sucedidos no plano normado, fundados na permanência precária da lei ou do ato normativo inconstitucional no ordenamento jurídico, mereciam tratamento diferenciado, ou

porque se tornaram irreversíveis ou porque outros valores constitucionais assim recomendavam (v.g. a segurança jurídica, a igualdade e o interesse público). De outro ângulo, *sob o viés prospectivo*, a imediata depuração do sistema, mediante o expurgo *ab origine* da norma, eventualmente se apresentava como solução de desigualdade e injustiça (v.g. hipóteses de omissão total ou parcial) ou, ainda, como causa notável de desestabilização social em razão da descontinuidade do ordenamento jurídico (vácuo legislativo), circunstâncias igualmente rejeitadas pela vontade constitucional.

Atentas a este verdadeiro conflito estabelecido entre o princípio da nulidade e outros valores igualmente tutelados pela Constituição, a partir de meados do Século XX posições divergentes começaram a demover o dogma da imperativa necessidade de retroação dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade. Com esteio em fundamentos diversos, juristas passaram a recomendar a preservação eventual dos atos de execução da lei ou do ato normativo inconstitucional ou, até mesmo, a alteração estrutural do sistema para adoção da sanção de anulabilidade. As manifestações deitaram-se não só na doutrina (v.g. BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, 1949; CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, 1966), mas também na jurisprudência (v.g. Recursos Extraordinários n.º 79.343/BA, 79.628/SP, 78.209/SP, 78.594/SP, 78.533/SP, 122.202/MG e 105.789/MG).

Em 1999, com forte inspiração no art. 282.º, n.º 4 da Constituição Portuguesa de 1982, a Lei n.º 9.868 incrementou o debate, ao positivar a viabilidade de o STF modular no tempo os efeitos das decisões proferidas em ações diretas de inconstitucionalidade, bem como postergar para o futuro a eficácia da declaração de inconstitucionalidade. Ainda no mesmo ano, a Lei n.º 9.882 tratou do tema, ao regulamentar a ADPF, mais precisamente quando destinada ao controle de constitucionalidade de leis pré-constitucionais e de atos normativos municipais ou revogados.

Atualmente, no intuito de resguardar a paz social e de garantir a supremacia da Constituição, *em relação ao passado*, o Direito Brasileiro se socorre de dois instrumentos para lidar especificamente com a excepcional necessidade de preservação dos efeitos pretéritos da lei inconstitucional: (1) *fórmulas gerais de preclusão* para a revisão dos atos praticados sob o império do ato desconforme, previstas em atos normativos primários, resultantes da ponderação levada a cabo pelo legislador ordinário; e (2) *técnica especializada da jurisdição constitucional*, originariamente desenvolvida pelos Tribunais Constitucionais europeus, consistente na mensuração da força sancionatória da pronúncia

de inconstitucionalidade no bojo da própria decisão com a finalidade de manter hígidos os efeitos pretéritos derivados da lei ou do ato normativo inconstitucional. *Em relação ao futuro*, o Direito invoca a *técnica especializada* da jurisdição constitucional, também de raiz europeia, consistente na postergação da eficácia da decisão afirmatória da inconstitucionalidade para além do trânsito em julgado, com o escopo de assegurar a incidência de lei ou ato normativo inconstitucional sobre suporte fático futuro e conferir tempo para os demais poderes concretizarem as providências necessárias à reordenação do estado de constitucionalidade, sem dar espaço aos efeitos perversos da anomia.

Nesse ponto, pretende-se aprofundar o estudo na técnica de dimensionamento temporal dos efeitos das decisões de controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, concebida como instrumento invocado pela jurisdição constitucional para salvaguardar as alterações na realidade fática desencadeadas no plano normado por força do ato nulo ou para conferir sobrevivência jurídica temporária à lei ou ao ato normativo declarado inconstitucional.

Delineado o tema em seus aspectos gerais, incumbe demonstrar os propósitos que justificam o desenvolvimento da dissertação.

O primeiro propósito é a necessidade de conhecer a técnica de dimensionamento temporal de efeitos, no que concerne ao conceito, espécie, limites, método e pressupostos. Se a técnica é essencial para garantir a supremacia das normas constitucionais em sua integralidade, torna-se imperativo aprofundar o conhecimento acadêmico sobre ela. Para tanto, não há desviar o estudo das seguintes questões: Em qual gênero de provimentos jurisdicionais proferidos por parte da jurisdição constitucional se situam as decisões que restringem temporalmente os efeitos sancionatórios da declaração de inconstitucionalidade? O que se compreende por restrição dos efeitos temporais e quais são suas finalidades e espécies? Qual a natureza da atividade desenvolvida por parte da jurisdição constitucional ao ensejo da modulação? Qual a influência da técnica nos planos da validade dos atos inconstitucionais e da conformação da providência necessária ao cumprimento do disposto no art. 52, inc. X, da CRFB/88? Qual o procedimento a ser perpetrado para manipulação dos efeitos temporais? Quais parâmetros materiais, formais e fáticos devem ser atendidos para proceder ao dimensionamento dos efeitos temporais? Qual o conteúdo jurídico dos princípios constitucionais que justificam a modulação? A jurisdição constitucional deve orientar-se por quais limites para proferir uma decisão de controle com eficácia *ex nunc*, *ex tunc* ou *pro futuro*?

O segundo propósito é aferir se a jurisdição constitucional no Brasil possui legitimidade bastante para manipular temporalmente os efeitos das decisões de controle e, em caso positivo, se o está fazendo de modo adequado. Não se pode perder de vista, neste ponto específico, que as técnicas decisórias criativas foram desenvolvidas por tribunais constitucionais europeus, com parâmetro em sistemas fundados em regimes jurídicos próprios, não necessariamente compatíveis com o brasileiro. Neste mister, devem ser enfrentadas as seguintes indagações: A jurisdição constitucional brasileira está habilitada a calibrar temporalmente os efeitos de sua decisão, em relação ao passado e ao futuro? O uso da técnica é adequado ao sistema de controle engendrado pela CRFB/88, híbrido quanto ao método de fiscalização (principal e incidental)? O procedimento utilizado apresenta-se adequado e bem estruturado? Os pressupostos e limites exigíveis para o regular uso da técnica são observados?

Registre-se, no Brasil, a produção de algumas monografias específicas sobre o assunto. Poucas, no entanto, sob o prisma puro do Direito Constitucional, sem incursões no Direito Tributário. Como se não bastasse, o conjunto de obras publicado está longe de chegar a uma conclusão uniforme e consensual no concernente ao tema analisado, recomendando-se a continuidade das pesquisas.

2. IMPORTÂNCIA TEMÁTICA

A técnica de modulação temporal de efeitos das decisões de controle afigura-se de grande relevância à Ciência do Direito Constitucional, porquanto: (1) exerce notável influência na determinação da posição institucional dos órgãos de controle em relação aos demais Poderes; e (2) reafirma a primazia do princípio da supremacia das normas constitucionais, ao redefinir o valor jurídico do ato inconstitucional, assegurando-lhe a possibilidade de produzir efeitos, próprios ou impróprios, em casos excepcionais.

Tendo em mira o primeiro aspecto, a discussão sobre a técnica contribui para aflorar os limites do espaço de movimentação possível à jurisdição constitucional, sem infringir a seara de atuação reservada aos demais Poderes. Com efeito, a renúncia à pronúncia de inconstitucionalidade com eficácia plenamente retroativa apenas será legítima nas situações em que a jurisdição constitucional esteja obrigada a ponderar valores constitucionais em conflito, com base em critérios eminentemente jurídicos, racionais e objetivos. De outro modo, o exercício da técnica de modulação temporal orientado por

critérios de conveniência e oportunidade ou em medida inadequada transformará a atividade jurisdicional em mero juízo de conveniência política, em afronta à organização funcional dos Poderes, à previsibilidade das decisões judiciais e à supremacia das normas constitucionais.

Em relação à segunda nota de relevância, correlacionada ao aspecto material, o tema entremostra-se relevantíssimo para a definição dos valores jurídicos da lei ou ato normativo inconstitucional. Em regra, o ato nulo não é capaz de gerar efeitos passíveis de proteção pelo direito. Excepcionalmente, como resultado de procedimento ponderado, não se negará o reconhecimento dos efeitos pretéritos sucedidos no plano normado fundados na norma precariamente integrada ao ordenamento jurídico, a fim de preservar a certeza, a segurança ou qualquer outro valor caro à própria unidade constitucional. O problema é aferir a admissibilidade e os limites do procedimento de ponderação frente aos cânones do sistema de fiscalização traçados pelo ordenamento jurídico brasileiro. Por último, mas não menos importante, convém averiguar se a postergação para o futuro da eficácia da declaração de inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário é consentânea com o quadro de divisão de atribuições idealizado pela CRFB/88.

3. DELIMITAÇÃO DO TEMA

Definido o objeto e justificada a sua importância, convém caracterizar, desde logo, qual é o exato âmbito de estudo.

No Brasil, o controle jurisdicional de constitucionalidade de leis e atos normativos afigura-se como o mais importante instrumento destinado à garantia da supremacia e da integridade das normas constitucionais. Diante de tal constatação, declina o estudo da atenção ao controle de constitucionalidade político ou não-judicial.

Introduzido pela Constituição Federal de 24 de fevereiro de 1891, o atual sistema de controle jurisdicional de constitucionalidade é resultado de lento aprimoramento histórico. Afigura-se inquestionável que o passar do tempo e as exigências da vida social suscitaram a introdução de novos institutos no direito positivo, a superação de velhos parâmetros dogmáticos e o aprimoramento das técnicas judiciais de aplicação do direito. A questão dos efeitos derivados das decisões de controle jurisdicional de constitucionalidade é paradigma seguro disso. Embrionariamente, as decisões do controle limitavam-se a pronunciar o vício congênito, com o intuito exclusivo de depurar o sistema. Atualmente, o

propósito da decisão proferida em controle se tornou mais complexo, preocupando-se não só com a integridade do ordenamento jurídico, mas também com a preservação da certeza, da segurança jurídica e de outros interesses também assegurados na Constituição. Diante de tal complexidade de propósitos, as decisões de controle podem ser classificadas como simples ou manipulativas, a depender da alteração ou não das consequências ordinárias conferidas à pronúncia de inconstitucionalidade por dado sistema jurídico. São caracterizados como simples os provimentos jurisdicionais que ensejam a eliminação de uma norma inconstitucional do Direito Positivo Brasileiro, bem como a supressão de todos os efeitos produzidos pela norma a partir de seu nascedouro. Manipulativos são os provimentos que alteram qualquer dos efeitos ordinários mencionados. O presente estudo ocupa-se de apenas uma das modalidades de provimentos jurisdicionais de natureza manipulativa: as decisões jurisdicionais de controle que dimensionam a incidência, no tempo, da sanção imposta.

Apenas a dimensão temporal dos efeitos da decisão será abordada. Outros efeitos da decisão de inconstitucionalidade (v.g. ripristinatórios, subjetivos, espaciais ou vinculantes), ainda que relevantíssimos para a Ciência do Direito Constitucional, não serão objeto direto de estudo, senão naquilo em que interessarem na medida estrita para o desenvolvimento do tema proposto.

Nesse passo, é necessário deixar estabelecido que as súmulas vinculantes, introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro pela EC 45/2004, com a finalidade de dotar de *eficácia vinculante* a posição assente do STF sobre questões constitucionais analisadas por ocasião da fiscalização concreta, constituem mecanismo específico, dotado de características e pressupostos peculiares, estranho ao próprio âmbito do controle concreto de constitucionalidade. Daí a matéria – eficácia vinculante dos verbetes sumulares – não comportar apreciação na presente sede.

De outro lado, quanto aos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade negativa, resultante da inércia qualificada de qualquer dos Poderes constituídos, não se avista relação possível com o regime jurídico sancionatório preconizado à declaração de inconstitucionalidade por conduta comissiva. A caracterização de referida espécie da inconstitucionalidade não ocorre no plano da validade, mas no antecedente plano da existência. Por consequência, não há falar em sanção de nulidade ou anulabilidade ao ato inexistente. Apenas por ocasião da caracterização da omissão ofensiva à Constituição por decisão judicial, é que será admitida a produção de efeitos. A produção de efeitos pela

decisão de pronúncia verte-se sempre para o futuro (eficácia *ex nunc*). Afasta-se, ainda, em razão dos argumentos invocados, do tema peculiar da omissão parcial do legislador. O estudo será voltado, portanto, para o controle jurisdicional de constitucionalidade por atos comissivos dos Poderes Públicos, âmbito no qual a modulação temporal se faz possível.

Incumbe expor, outrossim, que não serão focados os efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade das ações ou omissões das entidades privadas. Ora, as questões concernentes aos atos particulares inconstitucionais são qualitativamente diferentes das invocadas no tocante aos atos do poder político do Estado. Basta, para tanto, consignar a controvérsia predominante sobre a vinculação dos particulares à aplicabilidade direta da Constituição ou apenas aos parâmetros legais.

Por fim, cumpre explicitar que a questão dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade não se situa nos quadrantes do Direito Processual, mas, ao contrário, constitui uma questão de natureza substantiva do Direito Constitucional, porquanto voltada ao conhecimento das alterações efetivas que a decisão é capaz de incutir aos planos normativo e normado de determinado ordenamento jurídico.

4. ATUALIDADE

Mencionou-se, anteriormente, que o tema da modulação temporal de efeitos das decisões jurisdicionais de controle de constitucionalidade é antigo, com manifestações lançadas na doutrina e na jurisprudência em meados do século passado. Ainda, há vinte e seis anos, em 1987, foi realizada na Europa a VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus, cujo tema *Justiça Constitucional e Espécies, conteúdos e efeitos das decisões sobre a constitucionalidade das normas* relacionava-se ao ora invocado.

Contudo, a temática escolhida ainda ostenta o atributo da atualidade. No início do século XXI, a história judiciária brasileira revela um incremento da jurisprudência ativista, notadamente oriunda do STF. Dentre os diversos fatores que podem ser lembrados como motores de propulsão do ativismo judicial no Brasil, quatro são reputados de relevância fundamental: (1) as exigências do Estado-Providência; (2) as características de fluidez e ambiguidade do texto constitucional; (3) a politização do Poder Judiciário; e (4) a deficiência dos trabalhos legislativos.

Inserida na questão da politização do controle de constitucionalidade, a mitigação temporal dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade tem sido alvo de

inúmeros questionamentos, mormente sob o viés da contenção dos poderes dos juízes. À guisa de exemplo, é possível tecer referência a recente artigo doutrinário, de lavra da célebre constitucionalista MARIA GARCIA, que findou por rechaçar com veemência a possibilidade de o Poder Judiciário modular temporalmente os efeitos de sua decisão, dada a ausência de prévia autorização constitucional, *in verbis*: “Quanto à modulação de efeitos, portanto, porque não autorizada pela Constituição, a sua possibilidade encontra-se proibida. *Tertius non datur*” [Inconstitucionalidade: o voto de Marshall (1803) e a modulação de efeitos da Lei 9.868/1999. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: RT, v. 73, p. 206-223, out./dez. 2010, p. 223].

Por corolário, atual é a discussão e premente a necessidade de constituir uma teoria sobre a modulação temporal.

5. A SISTEMATIZAÇÃO ADOTADA

Nessa quadra, faz-se imperioso aclarar qual a sistematização idealizada para o enfrentamento do tema proposto.

Pretende-se, no capítulo I, angariar os ensinamentos dogmáticos e referências históricas necessárias para compreender o fenômeno da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, o conteúdo do controle de constitucionalidade e o regime sancionatório a ser aplicado ao ato eivado de incompatibilidade. Cuida-se de tarefa de assentamento das premissas necessárias para subsidiar as conclusões sobre a manipulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade que se pretendem lançar ao longo da dissertação. Parte-se, assim, do estudo propedêutico da concepção moderna de Constituição, do postulado da supremacia hierárquica das normas constitucionais e de seus três corolários fundamentais (caracterização do vício de inconstitucionalidade, determinação da sanção e instituição de sistemas de fiscalização). Ao cabo do capítulo, serão analisadas a conformação e algumas posições específicas assumidas pelo sistema brasileiro de controle jurisdicional de constitucionalidade.

O escopo do capítulo II é tratar dos aspectos gerais da modulação temporal de efeitos do provimento jurisdicional que pronuncia a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. O tema será arrostado sob uma perspectiva estática, eminentemente teórica, hábil a delimitar as características essenciais do instituto. Nesta empreitada, almeja-se ajustar a técnica como espécie de provimento intermediário da jurisdição constitucional,

reforçar o conceito, arrolar sua tipologia, encontrar seu fundamento, evidenciar sua natureza jurídica e oferecer distinções em relação a outras técnicas desenvolvidas pela jurisdição constitucional. Incumbirá, ainda, averiguar a influência da técnica no plano de validade do ato inconstitucional e de conformação da Resolução Senatorial prevista no art. 52, X, da CRFB/88. Por fim, convém um breve excursus para verificar o tratamento do assunto no âmbito do Direito Comparado.

O propósito do capítulo III é estudar o instituto da modulação temporal de efeitos das decisões proferidas em sede de controle jurisdicional de constitucionalidade como técnica de decisão criativa efetivamente aplicada no sistema de controle jurisdicional de constitucionalidade. Quatro veredas orientarão a análise do tema, todas tendo em mira a aplicabilidade da técnica. A primeira se dedicará ao estudo do instrumento de manejo (método de ponderação); a segunda, ao aprofundamento teórico acerca dos pressupostos (fáticos, materiais e formais) de aplicação, bem como ao enfrentamento da questão de viabilidade da disciplina da matéria por intermédio de legislação infraconstitucional; a terceira, ao conhecimento dos limites de emprego da técnica; e a quarta, à análise crítica da jurisprudência do STF – isto é, pretende-se conhecer o modo e os casos nos quais o principal órgão incumbido da jurisdição constitucional no Brasil aplica a modulação, em observância ou não dos pressupostos fáticos, materiais e processuais do instituto.

Dedicar-se-á o capítulo IV à tarefa de verificar o reflexo do emprego da técnica de dimensionamento temporal nas relações institucionais entre os Poderes constituídos, bem como à atividade de analisar as críticas à utilização e seus possíveis contrapontos. Reserva-se espaço, portanto, para refletir a modulação temporal de efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade, sob os aspectos institucional e pragmático.

Ao final, as principais conclusões alcançadas em decorrência do estudo do tema serão alocadas em espaço próprio, acompanhadas de anotação sobre as alterações necessárias para a evolução da técnica no país, com resguardo da supremacia da Constituição e observância do campo legítimo de atuação delimitado ao exercício dos Poderes.

6. METODOLOGIA

A presente dissertação situará o exame da técnica de dimensionamento temporal dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade em um plano meramente

dogmático, sem incursões filosóficas ou zetéticas. A despeito disso, cada assunto explorado comportará um exame crítico, procurando demonstrar ao leitor o entendimento do autor, após a demonstração do pensamento convencional.

Em relação à base instrumental, a pesquisa percorrerá doutrina nacional e estrangeira, com a retenção das considerações necessárias para delimitação conceitual dos diversos institutos jurídicos envolvidos e confronto dialético das diversas ideias antagônicas que impregnam o tema da modulação temporal de efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade.

Sob outro viés, o estudo não se olvidará ainda de dar atenção às disposições contidas no direito positivo a respeito dos assuntos eleitos, buscando-se extrair o conteúdo de significação dos textos a partir dos diversos elementos da hermenêutica jurídica. Na medida do possível, a pesquisa contará com a análise de Constituições e legislações estrangeiras, a fim de conferir uma visão global da origem e desenvolvimento do objeto de estudo.

Ao cabo, será empreendida pesquisa das posições jurisprudenciais, especialmente do STF, com a finalidade de averiguar a evolução da questão nos tribunais brasileiros até conformação no presente momento histórico. Impõe-se justificar que a escolha do STF não significa desprezar a importância dos demais órgãos de produção da jurisprudência, mas apenas a pretensão de centrar esforços para compreender o entendimento da mais alta instância de decisão definitiva sobre as questões constitucionais no Brasil.

Consigne-se, porque relevante, que não se pretende guiar a dissertação e analisar o tema sob uma única concepção teórica do direito, ainda que formulada por respeitabilíssima doutrina (v.g. Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy, Teoria Estruturante do Direito de Friedrich Müller ou a Metodologia da Ciência do Direito de Karl Larenz). Almeja-se, como um artífice, empregar livremente as ferramentas disponíveis, de acordo com os meandros e especificidades de cada pilar necessário para edificar a dissertação.

CAPÍTULO I – A SUPREMACIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, O VÍCIO DE INCONSTITUCIONALIDADE, A SANÇÃO E OS SISTEMAS DE CONTROLE

A técnica de manipulação temporal dos efeitos dos provimentos jurisdicionais no Direito Brasileiro haure-se como objeto central do estudo. No entanto, a análise do tema não pode prescindir de uma construção medular, consistente no estudo dogmático dos fundamentos institutivos da jurisdição constitucional. Parte-se, assim, no capítulo I, do estudo introdutório da concepção moderna de Constituição, do postulado da supremacia hierárquica das normas constitucionais e de seus três corolários fundamentais (caracterização do vício de inconstitucionalidade, determinação da sanção e instituição de sistemas de fiscalização). Ao cabo do capítulo, serão analisadas a conformação e algumas posições específicas assumidas pelo sistema brasileiro de controle jurisdicional de constitucionalidade.

1.1 A concepção moderna de Constituição e a supremacia de suas normas

As revoluções liberais do séc. XVIII (Revolução Americana de 1776, Revolução Francesa de 1789) eclodiram um movimento jurídico, político e social denominado *Constitucionalismo Moderno*, destinado a proscrever o arbítrio durante o exercício do poder estatal, que passou a orientar-se pelo governo das leis e não dos homens.

Em decorrência dos fundamentos filosóficos e políticos que subsidiaram a história revolucionária, referido movimento armou-se do ideal de difundir duas premissas fundamentais: (1) consolidar a existência de constituições documentais e rígidas; e (2) perenizar, no corpo das constituições, direitos fundamentais dos indivíduos e modelos de organização política do Estado centrados na limitação do poder (separação de Poderes). Formou-se, assim, a concepção moderna de Constituição.¹

¹ Assim se caracterizaria a Constituição moderna: “1) um **corpo sistemático de normas**; 2) que formam a **cúpula da ordem estabelecida – lei suprema**; 3) contido (preferencialmente) num **documento escrito e solene**; 4) versando sobre a **organização política basilar de um Estado**; 5) **estabelecida pelo povo**, por representantes extraordinários; 6) cuja finalidade é a **limitação do poder** em vista da preservação dos direitos fundamentais do Homem” (cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais do direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 23). No mesmo sentido, J. J. GOMES CANOTILHO conceitua a Constituição moderna como “(...) a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um

A concretização do Estado Constitucional, ao menos enquanto obsequioso à limitação do poder e à observância dos direitos fundamentais, exigiu o reconhecimento da Constituição como documento solene, juridicamente vinculante, em detrimento de sua velha concepção de mero manifesto, singela direção política ou simples valor declaratório. Na qualidade de norma, a Constituição propendia a conformar e a ordenar comportamentos por todas as pessoas e as instituições a ela submetidas, gerando efeitos na realidade social e no processo político.²

Ao ditar o dever ser, a Constituição conferiu medida e forma aos atos públicos e privados, bem como à própria organização política da sociedade.³ As normas constitucionais passaram a vincular também o Poder Público, ao pronunciar as linhas de atuação do Estado, ao prescrever as funções e ao estabelecer o modo de exercício do poder. Atribuiu-se, assim, força normativa vinculante bilateral à Constituição, consoante explanação de EDUARDO GARCIA DE ENTERRÍA:

“La Constitución, por una parte, configura y ordena los poderes del Estado por ella construidos, por otra, establece los límites del ejercicio del poder y el ámbito de libertades y derechos fundamentales, así como los objetivos positivos y las prestaciones que el poder debe de cumplir en beneficio de la comunidad. En todos esos contenidos la Constitución se presenta como un sistema preceptivo que emana del pueblo como titular de la soberanía, en su función constituyente, preceptos dirigidos tanto a los diversos órganos del poder por la propia Constitución establecidos como a los ciudadanos. Como ha dicho Kaegi, ‘lo fundamentalmente nuevo del Estado constitucional frente a todo el mundo del autoritarismo, es la ‘fuerza vinculante bilateral de la norma’ (Ihering), esto es, la vinculación a la vez de las autoridades y de los ciudadanos, de todas las autoridades y de todos los ciudadanos, en contraposición a toda forma de Estado de privilegios de viejo y nuevo cuño. (...)”⁴

A despeito de fundar-se originariamente na importância do conteúdo material das normas, é interessante observar que a ideia de Constituição Moderna permitiu também o reconhecimento de uma supremacia formal ao documento escrito e solene, situando-o em um patamar hierárquico superior em relação às demais normas integrantes do ordenamento jurídico. Mais do que norma de caráter vinculante, a Constituição passou a ocupar o lugar de principal fonte formal do direito e núcleo do sistema jurídico, consoante observação histórica de CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA:

documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político” (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 52).

² “A Constituição é lei, ou seja, um comando obrigatório, não se pondo em dúvida o seu caráter normativo” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais...** cit., p. 23).

³ Cf. doutrina de CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional...** cit., p. 245.

⁴ ENTERRÍA, Eduardo Garcia. Constituição como norma. **Revista de Direito Público**. São Paulo: RT, v. 78, p. 5-17, abr./jun. 1986, p. 10-11.

“Ao sentido material de Constituição, havido desde a Antiguidade como antes observado, alia-se o sentido formal necessário como baluarte garantidor da eficácia de seus ditames. As bases de organização da sociedade política constituída em Estado tomam forma de Direito, embora o seu conteúdo permaneça porejado de politicidade como é próprio da matéria que cuida da convivência social.”⁵

Com isso, viabilizou-se a inserção, no bojo da Constituição, de matérias consideradas relevantes pelo processo constituinte, com o objetivo de dotá-las de maior estabilidade e proteção, independentemente do assunto tratado possuir ou não matiz tradicionalmente constitucional; mais do que isso, estabeleceram-se as condições adequadas para a consolidação do positivismo, consoante constata ELIVAL DA SILVA RAMOS:

“Na verdade, o advento das primeiras Constituições-ato, isto é, Constituições que consubstanciavam um ato de vontade de um Poder dotado da capacidade de impor a sua observância, assinala a superação de um paradigma da Dogmática Jurídica, o do jusnaturalismo, por outro, o do positivismo. Tal superação se dá lenta e progressivamente, mas somente irá completar-se no início do século XIX.”⁶

Dois ordens de argumentos podem ser invocadas para justificar a sobreposição das normas constitucionais. Uma de natureza genética, relacionada à origem da Constituição; outra de natureza funcional, ligada às funções de limitação do exercício do poder e estruturação do sistema exercidas pela Constituição.

O primeiro argumento pode ser alicerçado no pensamento de EMMANUEL JOSEPH SIEYÈS, cuja obra *Qu'est-ce que le Tiers État?* influenciou a França no final do século XVIII. Engendradora sobre a distinção entre Poderes Constituídos (Estados-Gerais e Monarca) e Poder Constituinte (Nação), a doutrina do abade SIEYÈS evidenciou que Constituição é obra de um Poder anterior e superior ao Poder Legislativo ordinário, de modo que as normas produzidas pelo corpo parlamentar não podiam, de qualquer modo, contrariar as normas fundamentais:

“A nação existe antes de tudo, ela é a origem de tudo. Sua vontade é sempre legal, é a própria lei. Antes dela e acima dela só existe o direito natural. Se quisermos ter uma idéia exata da série das leis positivas que só podem emanar de sua vontade, vemos, em primeira linha, as leis constitucionais que se dividem em duas partes: umas regulam a organização e as funções do corpo legislativo; as outras determinam a organização e as funções dos diferentes corpos ativos. Essas leis são chamadas de fundamentais, não no sentido de que possam tornar-se independentes da vontade nacional, mas porque os corpos que existem e agem por elas não podem tocá-las. Em cada parte, a Constituição não é obra do poder constituído, mas do poder constituinte. Nenhuma espécie de poder delegado pode mudar nada nas condições de sua delegação. É neste sentido que as leis constitucionais são fundamentais. As primeiras, as que estabelecem a legislatura, são fundadas pela vontade nacional antes de qualquer constituição; formam seu

⁵ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Constituição e constitucionalidade**. Belo Horizonte: Lê, 1991, p. 23.

⁶ RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 21.

primeiro grau. As segundas devem ser estabelecidas por uma vontade representativa especial. (...)”⁷

Sendo assim, a Constituição restou alocada ao patamar mais alto do ordenamento jurídico em razão da posição suprema do Poder da qual emana. A Constituição é obra do povo como Constituinte.⁸ Dada a superioridade do Poder Constituinte sobre todas as instituições jurídicas e políticas vigentes no Estado, a Constituição encontra o fundamento de sua supremacia na mesma superioridade do Poder que a criou. Como único titular da soberania constituinte, o povo organiza juridicamente o exercício do Poder e a própria comunidade, através da emissão de uma Constituição, que deverá ser incondicionalmente respeitada.

O segundo argumento decorre, de modo coerente, das atribuições da norma constitucional de regular o exercício do poder, bem como a formação e o desenvolvimento do sistema. Em razão de estipular, de modo inaugural, as linhas reitoras do ordenamento jurídico e do próprio exercício do poder, a Constituição afigura-se como norma primária da produção de outras normas (*norma normarum*). É a Constituição que cria os Poderes constituídos, os quais são responsáveis pela produção do direito ordinário. É a Constituição que autoriza a produção e serve de parâmetro de validade às demais normas jurídicas. Por ser fundamental, a Constituição possui força normativa superior em relação a todas as normas do sistema, consoante anota CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA:

“Por isso, a Constituição é texto e contexto necessário de todas as leis. Elas têm a sua vertente e a sua sede na Constituição, que delas é fundamento e sobre elas tem primazia. A Constituição é, assim, dotada de superlegalidade formal e material, por causa do seu caráter fundacional do Estado e do Direito que o estrutura e que nela se contém.”⁹

A nova posição de supremacia reconhecida à norma constitucional elevou a Constituição ao patamar de parâmetro de validade material (em relação ao dever de acatamento e respeito de seu conteúdo) e formal (em relação ao dever de obediência ao procedimento e à competência para introdução de normas no sistema jurídico) das demais normas do sistema.¹⁰ Qualifica-se, portanto, perante o ordenamento jurídico, como verdadeiro postulado normativo, conforme elucida ANA PAULA ÁVILA:

⁷ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **O que é o Terceiro Estado?** 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 55.

⁸ Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais...** cit., p. 24.

⁹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Constituição e constitucionalidade** cit., p. 51. Sobre o tema, confira-se, ainda, o entendimento de ELIVAL DA SILVA RAMOS: “A idéia de que, dentro do ordenamento jurídico, algumas normas têm maior importância do que outras é essencialmente lógica e pode ser extraída da observação de que há normas que regulam a produção de outras e que, por isso, são materialmente superiores a estas em uma relação semelhante à que se estabelece entre criador/criatura” (RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 42).

¹⁰ Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 25-26.

“Aqui se sustenta que a supremacia da Constituição pertence ao campo da *metanormas*. Mais especificamente, é um postulado normativo que estrutura a aplicação de outras normas através da fixação de uma hierarquia e prescreve uma determinada forma de racionalidade, a de que a norma inferior não deve contrariar a norma superior. Algo como: *se a Constituição está acima de tudo, tudo o que a contrarie não vale*. A supremacia da Constituição é uma norma logicamente implicada pela necessidade de manutenção da unidade e hierarquia do sistema jurídico, fazendo parte, portanto, da Constituição material: evidentemente, este postulado goza de *status* constitucional.”¹¹

Nesse cenário, alguns corolários afloraram naturalmente da supremacia das normas constitucionais. Dentre os mais relevantes, merecem nota a rigidez impressa aos documentos solenes denominados Constituição (apenas por intermédio de procedimento mais dificultoso é possível alterar o produto do Poder Constituinte originário), a caracterização da inconstitucionalidade e sua sanção (os atos dos Poderes Públicos e dos particulares apenas serão válidos na medida em que não confrontem, material ou formalmente, com as balizas constitucionais) e a necessidade da instituição de sistemas de garantia (para que se assegure a supremacia, devem existir mecanismos hábeis para apurar e expurgar do sistema o ato contrário ao conteúdo ou à forma ditada pela Constituição). Passa-se, doravante, à análise detida dos corolários.

1.2 A rigidez das normas constitucionais

Corolário natural e primeiro da superioridade hierárquica, avista-se a rigidez das Constituições, segundo a qual não se pode alterar as normas constitucionais, senão por intermédio de procedimento especial, mais solene e complexo, distinto daquele estabelecido para a modificação das leis ordinárias ou complementares.¹²

É inexorável a relação entre a rigidez constitucional e o postulado da supremacia da Constituição. A distinção de procedimentos permite que a lei superveniente não altere a Constituição, mas sim fique condicionada em sua validade à observância dos parâmetros superiores. Ausente distinção procedimental para criação e alteração de leis infraconstitucionais e Constituição, em caso de contrariedade, haveria mera revogação do ato anterior e não inconstitucionalidade. Consoante doutrina de ELIVAL DA SILVA RAMOS:

“De fato, sem rigidez constitucional não é possível falar em supremacia (formal), posto que as normas constitucionais flexíveis são colocadas em pé de igualdade com as demais normas do ordenamento, na medida em que são modificadas pelo

¹¹ ÁVILA, Ana Paula. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 66.

¹² Cf. TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 108-109.

mesmo procedimento destas, valendo nas relações entre ambas o princípio da *lex posterior derogat priori*.”¹³

Desse modo, os valores fundantes da sociedade, postos na Constituição pelo trabalho ilimitado do Poder Constituinte originário, não podem ser objeto de atividade manipulativa dos Poderes constituídos, salvo mediante observância dos procedimentos e limites impostos pela própria norma suprema. Cuida-se de verdadeiro artifício de proteção, ainda que de atuação passiva¹⁴ ou, como pretende ELIVAL DA SILVA RAMOS, uma forma de blindagem da Constituição:

“(…) não seria admissível que o Poder Legislativo ordinário, enquanto Poder constituído, pudesse alterar as normas integrantes da Constituição, sob pena de apagar por completo o atributo da supremacia formal. De modo preciso, é esta blindagem da Constituição em face do Legislador ordinário que se designa por rigidez constitucional, configurando-se, pois, como uma decorrência da regra estrutural da supremacia.”¹⁵

Além de assumir o compromisso de manter a hierarquia da norma fundamental, outras funções podem ser atribuídas à rigidez constitucional. Consoante doutrina de CARLOS BLANCO DE MORAIS, a rigidez bem atende ao propósito de *estabilizar a Constituição*, porque desacelera o ritmo de produção das alterações de normas constitucionais. Ainda, acrescenta o constitucionalista português, o desempenho do *papel integrador*, reforçando vínculos tanto entre as forças políticas que se relacionam à tarefa de elaboração de normas, como entre os elementos do povo, que se sentem ligados por normas estáveis de orientação comum e organização do poder.¹⁶

Por derradeiro, convém salientar que a rigidez constitucional não impõe nem recomenda a imutabilidade absoluta da Constituição. Seria mesmo inconveniente à segurança jurídica o constante advento de novas Constituições para acolher as necessárias mudanças de rumo preconizadas pela norma superior. “A imutabilidade constitucional absoluta ensejaria a ruptura total e prejudicial a toda a sociedade, quando, para se adequar a uma necessidade histórica, tivesse ela que destruir toda a construção jurídica fundamental para erguer, sobre as suas ruínas, um novo ordenamento adaptado às propostas da

¹³ RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis...** cit., p. 55.

¹⁴ “A *rigidez constitucional* consiste na *força passiva libertada pelas normas constitucionais, resultante do caráter especial e agravado do correspondente processo de revisão, quando confrontado com o procedimento legislativo ordinário*. Semelhante força passiva preclui a revogação das normas constitucionais por outras normas que não sejam submetidas a uma tramitação pautada por uma exigência idêntica” (MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional. Tomo I: Garantia da Constituição e Controlo da Constitucionalidade**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2006, p. 59).

¹⁵ RAMOS, Elival da Silva. **Perspectivas de Evolução do Controle de Constitucionalidade no Brasil**. São Paulo: Tese apresentada para o concurso de provimento de cargo de professor titular do Departamento de Direito do Estado – Área de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: 2005, p. 41.

¹⁶ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional. Tomo I...** cit., p. 60.

sociedade na parte antes imprópria ao momento histórico vivido”, observa CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA.¹⁷

1.3 A caracterização do vício de inconstitucionalidade

Como segundo corolário da supremacia, afigura-se a caracterização do vício de inconstitucionalidade, resultado insatisfatório do confronto entre atos do Poder Público e de particulares e a Constituição.

1.3.1 A relação de compatibilidade

A ordem jurídica deve desenvolver-se a partir da Constituição e de acordo com ela.¹⁸ Na qualidade de Lei Fundamental do Estado, a Constituição determina o agente competente e o procedimento necessário para a produção de atos jurídicos (normativos e não normativos), que lhe deverão tributar observância e conformidade quanto ao conteúdo.¹⁹

Diante das disposições das coisas, na qual o criador regula a produção da criatura, entabula-se uma nova espécie de relação entre atos jurídicos e Constituição, na qual a segunda condiciona a validade dos primeiros. Do confronto de compatibilidade, resulta a conformidade ou a inconformidade do ato analisado, consoante doutrina de JORGE MIRANDA:

“Constitucionalidade e inconstitucionalidade designam conceitos de relação: a relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – uma norma ou um acto – que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível, que cabe ou não no seu sentido.”²⁰

Sendo assim, consoante observa CELSO RIBEIRO BASTOS, “A inconstitucionalidade não reside exclusivamente na Constituição nem no ato ou comportamento por ela confrontados. Na realidade, a inconstitucionalidade repousa na relação de contrariedade normativa entre uma e outra.”²¹

¹⁷ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Constituição e constitucionalidade** cit., p. 57. Na mesma linha, MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **A teoria das constituições rígidas**. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1980, p. 42.

¹⁸ Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais...** cit., p. 117.

¹⁹ Cf. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Constituição e constitucionalidade** cit., p. 98.

²⁰ MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade**. 1. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1968 (reimpressão), p. 11.

²¹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: 2000, p. 405.

Convém salientar que a relação de compatibilidade é devida não só entre norma e Constituição, mas entre esta e qualquer ato, normativo ou não normativo, comissivo ou omissivo, proveniente de pessoa pública ou privada. TEORI ALBINO ZAVASCKI demonstra a amplitude do confronto:

“Comete-se inconstitucionalidade não apenas editando normas incompatíveis com a Constituição, mas também por atos individuais ou omissões a ela contrários. (...) É equivocada, destarte, a ideia de que a inconstitucionalidade é apenas a incompatibilidade da *norma* com a Constituição, ou, em outras palavras, que apenas o *legislador* comete ofensa à Carta Magna. Na verdade, as ‘inconstitucionalidades’ podem derivar do comportamento de vários agentes e ser perpetradas por diversos modos. Inconstitucional será o ato ou a omissão do particular não compatível com o catálogo dos deveres que a Constituição lhe impõe ou com os direitos que assegura a outrem. Inconstitucional será também o ato ou a omissão do administrador público, quando não observar os mandamentos e princípios da boa administração ou não atender aos direitos subjetivos públicos previstos na Carta Constitucional. Inconstitucional será o ato do juiz que desrespeitar, no comando do processo, as garantias e prerrogativas dos litigantes. E assim por diante.”²²

No entanto, apesar de abrangência lata, em atenção aos interesses do presente estudo, não se pretende analisar toda e qualquer conduta desconforme à Constituição. Dentro da diversidade de comportamentos inconstitucionais, interessa apenas a relação intrassistemática de incompatibilidade entre Constituição e leis, atos normativos e comportamentos do Poder Público, deixando de lado as omissões públicas e todas as espécies de condutas perpetradas pela iniciativa privada. Colhe-se a explicação de LUÍS ROBERTO BARROSO para justificar o enfoque pretendido:

“A supremacia da Constituição se irradica sobre todas as pessoas, públicas ou privadas, submetidas à ordem jurídica nela fundada. Sem embargo, a teoria da inconstitucionalidade foi desenvolvida levando em conta, destacadamente, os atos emanados dos órgãos de poder e, portanto, públicos por natureza. As condutas privadas violadoras da Constituição são igualmente sancionadas, mas por via de instrumentos diversos dos que são aqui considerados.”²³

1.3.2 O vício de inconstitucionalidade e suas classificações

Frustrada a condição imposta, com dissonância entre o parâmetro constitucional superior e a lei ou o ato que se deseja analisar, configura-se o vício da inconstitucionalidade, cuja definição proposta por ELIVAL DA SILVA RAMOS enquadra-se com perfeição aos lindes da dissertação:

“O vício de inconstitucionalidade corresponde a essa desconformidade estática (relativa ao conteúdo) ou dinâmica (relativa ao processo de formação), de caráter

²² ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 2. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 13-14.

²³ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 33.

vertical (hierárquico), entre a lei e a Constituição, resolvida, sempre, ‘em favor das normas de grau superior, que funcionam como fundamento de validade das inferiores’.”²⁴

O signo *vício* é bem ajustado para representar a inconstitucionalidade. Consoante explicação de CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA: “[s]endo regular a harmonia do sistema, o que lhe rompe a sintonia é irregular e patológico, por impedir o movimento equilibrado e justo do sistema formado exatamente com o objetivo de realizar este sentido na convivência sociopolítica.”²⁵

Usualmente, a expressão *vício de inconstitucionalidade* é empregada pela doutrina e jurisprudência para significar qualquer espécie de ato contrário à Constituição. Todavia, a Teoria Geral do Direito Constitucional classifica o vício que aflige o ato desconforme com fundamento em critérios diversos. Fala-se:

(1) *em relação à natureza do objeto violado*: inconstitucionalidade material (violação do conteúdo normativo da Constituição), formal (violação das regras constitucionais respeitantes à forma e ao procedimento da produção de atos), orgânica (violação de regras concernentes à competência do responsável pela edição do ato) e finalística (violação da finalidade assinalada pelas normas constitucionais aos atos);²⁶

(2) *em relação à extensão da inconstitucionalidade da norma jurídica*: inconstitucionalidade total (a desconformidade corresponde a toda extensão do ato) ou parcial (a desconformidade corresponde à extensão parcial do ato);

(3) *em relação à natureza do ato violador*: inconstitucionalidade por ato comissivo (*facere*) e inconstitucionalidade por ato omissivo (*non facere*);²⁷

(4) *em relação ao momento de surgimento da inconstitucionalidade*: inconstitucionalidade originária (a desconformidade é concomitante à formação do ato) e superveniente (a desconformidade é posterior à formação da norma infraconstitucional, em

²⁴ RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis...** cit., p. 63.

²⁵ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Constituição e constitucionalidade** cit., p. 99.

²⁶ Cf. RAMOS, Elival da Silva. A exigência de proporcionalidade no Controle Abstrato de normas brasileiro. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel (org.). **Direitos, deveres e garantias fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 349. Neste estudo, ELIVAL DA SILVA RAMOS elenca quatro subespécies de inconstitucionalidade finalística: “Nessa ampla categoria deve-se incluir toda sorte de contradição entre o ato legislativo e os fins que lhe forem assinalados pelas normas constitucionais, podendo-se mesmo falar em subespécies de inconstitucionalidade finalística, dentre elas destacando-se: (A) a falta de aptidão mínima da lei para atingir o objetivo traçado pela Constituição e ao qual pretendeu se submeter o legislador; (B) o excesso na promoção de determinada medida restritiva, embora ajustada, a princípio, à teleologia constitucional; (C) a inadequada otimização de duas normas-princípio potencialmente colidentes, exacerbando-se a força prescritiva de uma delas em detrimento ao núcleo essencial de outra; (D) a deficiente estruturação interna do ato legislativo, quer sob o aspecto formal, quer sob o aspecto de conteúdo, tornando-o inábil à consecução do fim (mediato) que lhe é inerente, no plano da segurança jurídica” (RAMOS, Elival da Silva. A exigência de proporcionalidade no Controle Abstrato de normas brasileiro cit., p. 349).

²⁷ Acerca da caracterização da omissão, CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional...** cit., p. 1033.

razão de reforma constitucional, nova interpretação de dispositivo originário ou alteração das circunstâncias fáticas); e

(5) *em relação ao momento lógico de configuração*: inconstitucionalidade antecedente (ofensa direta e imediata à Constituição de modo direto e imediato) e inconstitucionalidade consequente (ofensa indireta à Constituição, em razão da relação de dependência de ato normativo em relação a fundamento de validade considerado inconstitucional).

1.3.3 Consequências da inconstitucionalidade

O estudo da inconstitucionalidade não se limita ao estabelecimento de uma relação entre atos alocados em planos hierárquicos distintos e, tampouco, à constatação de um vício que macula o sistema. Didaticamente, o publicista MARCELO REBELO DE SOUSA auferiu a existência de duas ordens de consequências decorrentes da constatação da inconstitucionalidade, classificando-as em primárias e secundárias.

Compreende-se, como consequência primária, a desvalorização da conduta inconstitucional, circunstância que obsta a sua aceitação em determinado ordenamento e a desabilita à produção dos efeitos jurídicos normais pretendidos:

“Uma consequência primária da inconstitucionalidade é, em regra, a desvalorização da conduta inconstitucional, sem a qual a garantia da Constituição não existiria. Para que o princípio da constitucionalidade, expressão suprema e qualitativamente mais abrangente do princípio da Legalidade em sentido amplo, vigore é essencial que, em regra, uma conduta contrária à Constituição não possa produzir cabalmente os exactos efeitos jurídicos que, em termos normais, lhe corresponderiam. De certo modo, a garantia da Constituição começa por ser uma garantia estritamente jurídica, traduzida numa depreciação da capacidade de conformação jurídica por parte de condutas inconstitucionais. E, só por excepção, a inconstitucionalidade é considerada pela Constituição compatível com a plena validade de tais condutas.”²⁸

De outro lado, avistam-se os efeitos secundários da inconstitucionalidade, correspondentes ao surgimento da obrigação de reparação civil e à habilitação da persecução criminal e disciplinar dos agentes responsáveis pela produção do ato viciado.

Consoante doutrina de MARCELO REBELO DE SOUSA:

“Efeitos secundários serão ou poderão ser (já que nalguns ordenamentos jurídicos nem regulamentadas se encontram) sanções dirigidas aos titulares dos

²⁸ SOUSA, Marcelo Rebelo de. **O valor jurídico do acto inconstitucional**. Vol. I. Lisboa: Gráfica Portuguesa, 1988, p. 15-19.

órgãos ou agentes do poder político do Estado e às entidades privadas autores ou omissivos da conduta em causa.”²⁹

Dessume-se, pois, consoante lição de JORGE MIRANDA, que “(...) a inconstitucionalidade pode não apenas atingir o acto enquanto tal mas também constituir uma relação jurídica obrigacional entre o Estado e um particular que, por causa desse acto, tenha um seu direito ou interesses ofendido e sofra um prejuízo, passível (mesmo se não patrimonial) de avaliação pecuniária.”³⁰

1.3.4 Defeito no plano da validade

A delimitação das consequências e a oferta de combate proporcional ao vício de inconstitucionalidade reclamam a indicação em qual plano de análise da norma jurídica situa-se a desconformidade. Em outras palavras, deve-se conhecer se um ato inconstitucional é inexistente, inválido ou ineficaz.

Recorde-se que qualquer norma jurídica pode ser analisada sob a perspectiva de três planos distintos: a existência, a validade e a eficácia. O primeiro plano relaciona-se à exigência de elementos estruturais para o ingresso do ato no mundo jurídico:

“A *existência* de um ato jurídico – que pressupõe, naturalmente, uma manifestação no mundo dos fatos – verifica-se quando nele estão presentes os elementos constitutivos definidos pela lei como causa eficiente de sua incidência. É possível distinguir, dentre esses elementos, os que se poderiam dizer *comuns*, porque indispensáveis a qualquer ato jurídico (como agente, objeto e forma), e os que são *específicos* de determinada categoria de atos.”³¹

Validade concerne ao ingresso regular do ato no mundo jurídico:

“Existindo o ato, pela presença de seus elementos constitutivos, sujeita-se ele a um segundo momento de apreciação, que é a verificação de sua *validade*. Aqui, cuida-se de constatar se os elementos do ato preenchem os atributos, os requisitos que a lei lhes acostou para que sejam recebidos como atos dotados de perfeição.”³²

Por fim, eficácia relaciona-se à efetiva produção dos efeitos esperados da norma jurídica quando constatada a ocorrência do suporte fático concreto:

“O plano da eficácia é a parte do mundo jurídico onde os fatos jurídicos produzem os seus efeitos, criando as situações jurídicas, as relações jurídicas, com todo o seu conteúdo eficaz representado pelos direitos ↔ deveres, pretensões ↔ obrigações, ações e exceções, ou os extinguindo.”³³

²⁹ SOUSA, Marcelo Rebelo de. **O valor jurídico...** cit., p. 26.

³⁰ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo VI. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2008, p. 110.

³¹ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade...** cit., p. 34.

³² BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade...** cit., p. 35.

³³ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: plano da existência**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 104-105.

Note-se que vigência e eficácia são situações distintas, mas visceralmente relacionadas, a ponto de uma (vigência) constituir pressuposto da outra (eficácia). Consoante expõe MARCOS BERNARDES DE MELLO, vigência constitui a possibilidade lógica de a norma jurídica ser eficaz ou, em outros termos, a aptidão abstrata da norma para incidir e produzir efeitos, se e quando materializado o suporte fático:

“O que, dessarte, distingue a norma simplesmente existente da norma jurídica vigente é, exatamente, a *possibilidade* de ser eficaz, quer dizer, a *possibilidade de incidir sobre seus pressupostos fáticos quando concretizados, subordinando-os ao sentido que lhes impõem*. Daí se conclui que é a eficácia o que caracteriza a vigência. Não a eficácia constatada, mas apenas, a *possibilidade* de eficácia, quando materializados os dados do suporte fático, porque a eficácia (=incidência) constatada tem como pressuposto a concreção do suporte fático suficiente, sendo certo que é possível não ocorra tal concreção.”³⁴

Do que se infere da doutrina, em apertada síntese, existência é questão afeta ao mundo dos fatos, evidenciada pela incorporação da norma a um sistema de direito positivo; validade é a relação de conformidade da norma jurídica com as normas que lhe são superiores; vigência é a condição mínima para a norma estar apta a produzir efeitos; e eficácia é a produção dos efeitos previstos na norma, em face da efetiva ocorrência do suporte fático.

A inconstitucionalidade constitui vício de desconformidade de um ato com os parâmetros de validade traçados por norma superior. Daí ser possível conceber, para os fins propostos, que “(...) o problema da inconstitucionalidade situa-se no plano da validade dos atos legiferantes, pressupondo a existência do ato e afetando-o ou podendo afetá-lo no plano da eficácia.”³⁵ CÁRMEN LUCIA ANTUNES ROCHA alcança idêntica conclusão, após demonstrar que a lei inconstitucional não pode ser caracterizada como ato inexistente ou apenas ineficaz:

“Parte da doutrina considera a norma exarada em contraste ou desconformidade com a Constituição uma ‘não lei’. Quer-se com isto dizer que não nasce a lei, que ela não tem existência jurídica, porque a sua fonte é anômala, não se comportando no sistema normativo. Sendo a Constituição a única e primária fonte das normas, o que dela não nasce validamente não pode ter denominação legal própria. Para esta corrente doutrinária é, pois, impróprio cogitar-se de lei inconstitucional, pois que não é lei o que é inconstitucional. A esta doutrina, entretanto, contrapõe-se aquela que considera ser a lei inconstitucional ineficaz. Significa que ela não se habilita a produzir os efeitos jurídicos típicos que lhe corresponderiam. A vigência e eventual aplicação desta lei e a posterior declaração de sua invalidade jurídica não convalida o vício no período em que se teve por cumprida, mas não pode ser considerado limbo jurídico e serem considerados ‘fenômenos’ os desdobramentos sócio-políticos e econômicos ensejados pela sua aplicação. O que é certo que deve ser negada é a validade jurídica para que se impeça ou para que se desfaçam os efeitos da aplicação da

³⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: plano da existência** cit., p. 86-87.

³⁵ RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis...** cit., p. 62-63.

norma constitucional, ou que se faça cessá-los para que, saneado, o sistema adquira a sua pureza constitucional.”³⁶

Em decorrência lógica do exposto, permitem-se cinco outras observações, não menos relevantes: (1) não se confundem os conceitos de existência e constitucionalidade; (2) o juízo de conformidade (validade) pressupõe a existência de lei ou ato normativo e não a sua vigência; (3) o ato normativo contrário à Constituição não é inexistente, visto que apresentou os elementos estruturais necessários para adentrar ao mundo jurídico; (4) a vigência da norma não prescinde de sua existência e de sua publicação; e (5) a eficácia da norma não prescinde de sua existência, de sua vigência e da concreção de todos os elementos apontados em seu suporte fático, mas pode excepcionalmente prescindir de sua validade.³⁷

1.4 As sanções da inconstitucionalidade

1.4.1 Noções fundamentais

Constatada no plano abstrato a relação de incompatibilidade, a conduta inconstitucional não poderá permanecer no sistema ou produzir os efeitos jurídicos pretendidos quando de sua edição, sob pena de negar vigência à própria Constituição. O restabelecimento da integridade do produto do Poder Constituinte reclama, assim, uma reação concreta do ordenamento jurídico, com o propósito de rechaçar a ofensa perpetrada.

Para restabelecer a supremacia constitucional e afastar a ofensa ao sistema perpetrada pela prática de conduta ao arrepio da norma superior, invoca-se a noção de sanção de inconstitucionalidade, definida por ELIVAL DA SILVA RAMOS como “(...) a consequência que a Constituição estabelece para a violação de suas normas pelo Legislador, consequência essa que é disciplinada por um plexo de normas constitucionais, constitutivas do regime jurídico sancionatório.”³⁸

³⁶ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Constituição e constitucionalidade** cit., p. 101-102.

³⁷ Cf. doutrina de LEONARDO GOULART PIMENTA: “No entanto, mais importante que observar que a validade da norma não depende de sua vigência, é constatar que a eficácia da norma não depende de sua constitucionalidade, *i. e.*, para a norma ser eficaz ela não precisa ser válida. (...) A constitucionalidade de uma norma não é condição *sine qua non* para eficácia de uma norma. O ordenamento jurídico pátrio, por meio do art. 27 da Lei n.º 9.868 de 1999, admite a possibilidade de haver efeitos de uma norma inconstitucional” (PIMENTA, Leonardo Goulart. Eficácia das normas inconstitucionais: considerações sobre o art. 27 da Lei n.º 9.868 de 1999. **Fórum Administrativo**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, v. 135, p. 36-39, mai. 2012, p. 38-39).

³⁸ RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis...** cit., p. 86.

Apesar da simplicidade da noção e da percepção de sua inquestionável utilidade, a questão constitui um dos pontos mais complexos da dogmática de Direito Constitucional.

E isso porque, em primeiro lugar, o tratamento dispensado à providência a ser adotada para a restauração da ordem constitucional violada em decorrência de atos desconformes varia de acordo com o ordenamento jurídico de cada país. Não há uma solução universal ao combate do vício de inconstitucionalidade, podendo-se invocar uma de quatro espécies de sanção. Por vezes, os ordenamentos jurídicos acolhem a sanção de nulidade, com vistas a expurgar do sistema o ato inconstitucional inválido e os efeitos que o mesmo produziu desde a entrada em vigor. Em outros, a sanção é de anulabilidade, com vistas a expurgar do sistema o ato inconstitucional, sem, em princípio, afastar os efeitos que o mesmo produziu. Há, por fim, quem afaste o vício do plano de validade e entenda cabível a declaração de inexistência ou, ainda, quem assimile a sanção de mera irregularidade a determinados vícios.

Não obstante, a crescer os empecilhos de estudo, em regra, as Constituições não ditam com exatidão a modalidade sancionatória à qual aderem contra os atos inconstitucionais. Cabe à doutrina e, em última instância, à jurisprudência, identificar a modalidade sancionatória e suas consequências jurídicas, tomando como ponto de partida características do controle de constitucionalidade vigentes.³⁹ Tal identificação sequer é ditada de modo uníssono pelos operadores do Direito.

Em remate, diante da ausência de regulamentação específica, tende-se a invocar a aplicação do regime sancionatório do Direito Civil ao Direito Constitucional, sem ressaltar especificidades do ramo de Direito Público. A invocação do Direito Civil não é de todo desarrozoada, tendo em vista a origem dos institutos jurídicos envolvidos. Despropositado, ao contrário, é o emprego irrefletido, sem tomar em consideração as peculiaridades de cada ramo da Ciência.

³⁹ Ressalve-se que parte da doutrina considera que a definição da sanção e das respectivas consequências integra a seara da política pretoriana, não se vinculando a qualquer aspecto do sistema. A exposição de CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO é, nesse campo, especialmente ilustrativa: “(...) Não há, verdadeiramente, preceito ou princípio, explícito ou implícito, a impedir, entre nós, a adoção, pela via decisória pretoriana, seja, de um lado, em caráter geral, do efeito prospectivo para as decisões proclamatórias da inconstitucionalidade dos atos normativos, seja, de outro lado, a discricionariedade judicial que habilita o Supremo Tribunal Federal a definir, no controle *em tese* ou *concentrado* pelo mecanismo da ação direta, a natureza dos efeitos (*ex tunc*, *ex nunc* ou alguma combinação temporal intermediária) do acórdão que proclama a inconsistência de uma lei em face da Constituição da República” (CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos em face das Leis nº 9.868 e 9.882/99. In: SARMENTO, Daniel (org.). **O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 85).

1.4.2 Questão afeta à Teoria Geral do Direito, afluada no Direito Privado e transposta ao Direito Constitucional

É verdade que a anulabilidade e a nulidade, enquanto modalidades de sanção de atos defeituosos, foram idealizadas originariamente no âmbito do Direito Privado. Naquela seara, ao lado da construção da noção de ato jurídico, foi formulada uma teoria para sancionar a violação concreta aos requisitos de validade, opondo-se à produção de atos contrários ao direito.⁴⁰

Mais especificamente, a disciplina das sanções impostas aos atos praticados em desconformidade com parâmetros normativos superiores teve berço no Direito Romano. Com efeito, desde os primeiros tempos daquele direito, já havia referências sobre o ato nulo para representar a ausência de consequências jurídicas dos atos negociais. Mais à frente, a distinção entre nulidade e anulabilidade adveio por ocasião do Direito Pretoriano, na época do Império, conforme assinala CARLOS BASTIDE HORBACH:

“A simplicidade típica dos primeiros tempos do direito romano começou a ser afastada no Império, por força do direito pretoriano. Isso porque não podia o pretor anular os atos declarados válidos pelo *jus civile*, não obstante estivesse, nesses casos, apto a acordar reparações por meio de um processo próprio, a *in integrum restitutio*. Assim, por exemplo, poder-se-ia dizer que um menor era restituído pela decisão pretoriana ou que o contrato por ele celebrado era por tal decisão rescindido (*restituitur, rescinditur*). Com esse feito, duas ordens de nulidades foram geradas no direito romano, a nulidade civil, que se produzia de pleno direito, ou seja, automaticamente; e a nulidade pretoriana, cuja incidência supunha a utilização de ação própria e somente produzia efeitos mediante a sentença judicial.

Passam, então, a ser identificáveis no ordenamento romano precedentes da distinção atual entre nulidade e anulabilidade. A anulabilidade, entendida como o vício que só impedia os efeitos do ato ante a manifestação do interessado, estava já presente na *querela mofficiosi testamenti*, na qual o legado somente deixava de produzir suas consequências jurídicas ante a manifestação do parente preterido pelo legatário.”⁴¹

Atribui-se à FRIEDRICH KARL VON SAVIGNY a compreensão da teoria das nulidades que inspirou o tratamento da matéria pelos ordenamentos jurídicos modernos. Na obra *Sistema de Direito Romano Atual*, SAVIGNY pautou três critérios distintos para classificar a invalidação: (1) quanto à *extensão*, a invalidade pode ser completa ou parcial;⁴² (2) no concernente à *certeza*, a invalidade pode ser certa ou eventual;⁴³ e (3) no

⁴⁰ Cf. HORBACH, Carlos Bastide. **Teoria das nulidades do ato administrativo**. 2. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 60.

⁴¹ HORBACH, Carlos Bastide. **Teoria das nulidades do ato administrativo** cit., p. 59.

⁴² “Llamo invalidación completa a aquella que quita toda la eficacia al acto jurídico, y por consiguiente, que es igual en extensión y poder al hecho que destruye. La expresión técnica empleada en este caso es la de

respeitante ao *momento da ocorrência*, a invalidade pode ser concomitante com o ato cuja produção de efeitos tolhe ou ocorrer em momento superveniente, após o advento do ato contrário ao direito.⁴⁴

A sanção de nulidade foi a primeira a ser transposta para os quadrantes do Direito Constitucional,⁴⁵ vaticinada pela doutrina de ALEXANDER HAMILTON em *O Federalista* e abrigada por JOHN MARSHALL na decisão que consagrou o controle de constitucionalidade. Ao depois, sob inspiração da doutrina de HANS KELSEN, a sanção de anulabilidade foi acolhida por determinados ordenamentos, especialmente por salvaguardar a validade provisória do ato increpado até o momento de sua cassação pela Corte Constitucional.

Desse modo, verifica-se que a teoria da nulidade tem origem no seio do Direito Privado e, em momento histórico subsequente, passa a ser acolhida pelo Direito Público para sanar os vícios do ato legislativo.

É importante assentar que a relatada transposição não importou a subordinação do Direito Constitucional ao domínio do Direito Privado, mas mero reconhecimento de que a questão está cravada no âmbito de uma Teoria Geral do Direito. A este respeito, adverte RUI MEDEIROS pertencer o instituto ao âmbito do patrimônio comum de toda a Ciência Jurídica,⁴⁶ sendo que a adoção de conceitos originariamente revelados no Direito Privado não impõe qualquer ofensa à autonomia dogmática do Direito Constitucional:

“(…) sendo o Direito Constitucional Direito, não vemos por que razão não se há-de lançar mão de categorias que pertencem ao patrimônio comum da ciência jurídica quando tais categorias se mostram aptas a explicar os fenómenos jurídico-constitucionais. O reconhecimento da autonomia do Direito

nulidad. (...) La invalidación parcial es por su naturaleza enteramente variable, pues se pueden concebir una multitud de obstáculos que en diferentes grados se opongan a la eficacia de los actos jurídicos. Se muestra bajo la forma de una acción, de una excepción, de una obligación que tenga por objeto un nuevo acto jurídico contrario al anterior, de una restitución o finamente de una *bonorum possessio contra Tabulas*. Para comprender casos tan diversos bajo una designación común, digo que la relación de derecho es entonces *vulnerable*” (SAVIGNY, M. F. C. de. **Sistema del Derecho Romano Actual**. Trad. JACINTO MESÍA y MANUEL POLEY. Granada: Editorial Comares, 2005, p. 750-751).

⁴³ “Llamo eventual o incierta a la invalidación que depende de hechos inciertos, ora provengan de un accidente involuntario, ora tengan origen en la voluntad del hombre. Cuando viene a faltar una condición suspensiva o cuando se cumple una condición resolutoria, la invalidación completa, es decir, la nulidad de la relación de derecho resulta de un hecho gratuito. Siempre que el acto es simplemente vulnerable, la invalidación depende de la voluntad del hombre” (SAVIGNY, M. F. C. de. **Sistema del Derecho Romano Actual** cit., p. 751-752).

⁴⁴ “Por último, la falta de validez puede existir desde el principio o sobrevenir más tarde. En el primer caso tiene la misma fecha que el hecho que anula; en el segundo en su fecha posterior. Esta alternativa no existe en las dos clases ya mencionadas, y es susceptible de las más diversas combinaciones” (SAVIGNY, M. F. C. de. **Sistema del Derecho Romano Actual** cit., p. 753).

⁴⁵ Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais...** cit., p. 123.

⁴⁶ MEDEIROS, Rui. Valores jurídicos negativos da lei inconstitucional. **O direito**. Lisboa: Juridireito, v. 3, p. 485-544, jul./set. 1989, p. 486.

Constitucional e da Ciência do Direito Constitucional não justifica que se transforme os termos da distinção entre nulidade e anulabilidade da lei inconstitucional numa província completamente independente dos outros domínios da enciclopédia jurídica – e mais concretamente dos outros ramos do Direito substantivo -, tornando-a inacessível a quem não haja professado na sua religião esotérica.⁴⁷

Todavia, descabe a pretensão de meramente transpor os fundamentos do Direito Civil ao Direito Constitucional, sem adaptações necessárias. Em consonância à advertência de PAULO HAMILTON SIQUEIRA JÚNIOR, “[a] Teoria das Nulidades do direito privado não tem aplicação irrestrita na seara do direito público.”⁴⁸ Algumas peculiaridades, decorrentes da distinção dos fundamentos inspiradores do Direito Privado e do Direito Público, devem ser observadas entre a teoria das nulidades do Direito Civil e a do Direito Constitucional.

Em sua concepção original, no âmbito do Direito Privado, a determinação da sanção a ser aplicada era realizada por cada um dos ordenamentos não com fundamento em elementos intrínsecos do vício, mas em atenção à gravidade do defeito e ao tipo de interesse ferido pela desconformidade do ato. Nesse âmbito, as nulidades sancionam a violação de regra de ordem pública, protetivas da sociedade; as anulabilidades penalizam a infração da regra de proteção dos particulares.⁴⁹ Contudo, no âmbito do Direito Constitucional, força é convir que a eiva de inconstitucionalidade invariavelmente atinge interesse público (manutenção da ordem constitucional), cabendo a cada ordenamento a determinação da sanção menos pela gravidade do vício e mais pelas opções políticas disponíveis conforme circunstâncias históricas atuantes em cada sistema de controle de constitucionalidade.

Ainda, o âmbito do Direito Constitucional convive não só com atos eivados, senão também com omissões inconstitucionais, de tal modo que não seria possível avistar um único tratamento sancionatório diante da distinção já concebida entre inconstitucionalidade por ação e inconstitucionalidade por omissão. De molde, ELIVAL DA SILVA RAMOS consignou:

“Não há, de outra parte, como pretender um tratamento unitário da inconstitucionalidade, enquanto ilicitude constitucional, já que a construção teórica se altera profundamente quando transitamos da inconstitucionalidade por

⁴⁷ MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p. 41. No Direito Brasileiro, o mesmo raciocínio é formulado por OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, ao cuidar da transposição da teoria da invalidade dos atos jurídicos ao Direito Administrativo (MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. Vol. I: Introdução. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 661).

⁴⁸ SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. **Direito Processual Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 113.

⁴⁹ Sobre o critério de distinção das invalidades, BALINE JUNIOR, Hamid Charaf. **Efeitos do negócio jurídico nulo**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 20.

ação, isto é, pela prática de ato legislativo contrário à Constituição, para a inconstitucionalidade por omissão. No primeiro caso, parte-se da projeção sucessiva do ato legislativo em três planos diversos, o da existência, o da validade e o da eficácia. Assim, sob o pressuposto da existência do ato legislativo (ou administrativo-normativo), cuida-se de avaliar a sua obediência aos requisitos de validade fixados pela Constituição-parâmetro. Se for constatada alguma irregularidade, em conexão com o sistema sancionatório adotado, haverá consequências no plano da eficácia. (...) Na hipótese da inconstitucionalidade por omissão, não há que cogitar do exame da irregularidade no plano da validade dos atos jurídicos, visto que não se está diante de ato e sim de ‘não ato’ ou ato omissivo. O que interessa, no que pertence a essa segunda modalidade de inconstitucionalidade, é a caracterização da omissão, o que se dá, obviamente, no plano da existência, no qual, aliás, há a necessidade de avaliar o impacto da inação do Poder recalcitrante no plano da eficácia da norma constitucional descumprida. Uma vez configurada a inconstitucionalidade por omissão, passa-se às consequências do ato omissivo, isto é, à atuação da sanção ou sanções prescritas pelo ordenamento, por intermédio do sistema de controle.”⁵⁰

Afora isso, não se admite que, ao mesmo ato de inconstitucionalidade, sejam aplicadas, de modo alternativo, as sanções de nulidade e anulabilidade:

“Finalmente, impõe-se a observação de que as categorias de sanção de inconstitucionalidade são incompatíveis entre si. Ou seja, não é viável um regime sancionatório que preveja a possibilidade de uma lei inconstitucional ser sancionada, alternativamente, com nulidade ou anulabilidade, em face das características excludentes dessas duas categorias. O que se admitiria seria um sistema que sancionasse determinados vícios com nulidade e outros com anulabilidade, o que demandaria a previsão expressa de normas de controle específicas para as várias hipóteses.”⁵¹

Por fim, o estabelecimento de dois padrões estanques de comportamento temporal da pronúncia de inconstitucionalidade, vinculados às noções privadas de nulidade/anulabilidade e declaração/desconstituição, desvela-se nitidamente insuficiente para solver com equilíbrio a totalidade das causas submetidas à jurisdição constitucional. Variações ao esquema jurídico-privado devem ser admitidas, com o escopo de permitir o equacionamento da tensão eventualmente surgida entre o princípio da nulidade e outros interesses jurídicos tutelados pela Constituição.⁵²

1.4.3 Sanções admissíveis e respectivos regimes jurídicos

JORGE MIRANDA aponta quatro espécies de sanção a serem convocadas contra o vício de inconstitucionalidade. Segundo a abalizada doutrina:

⁵⁰ RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil...** cit., p. 48-49.

⁵¹ RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis...** cit., p. 101.

⁵² Acerca do assunto, BRUN, Felipe Caballero. Derecho penal sustantivo y efectos en el tiempo de la sentencia del Tribunal Constitucional que declara la inconstitucionalidad de un precepto legal. **Revista de Derecho**. Valdivia: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, v. XIX, p. 161-185, dez. 2006, p. 166. Disponível em: <<http://www.scielo.cl/pdf/revider/v19n2/art08.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2012.

“a) *Inexistência jurídica* – o acto inconstitucional não produz nenhuns efeitos desde a origem, sem necessidade de declaração por parte de qualquer órgão com competência específica, as autoridades públicas não o podem executar, uma decisão jurisdicional que o aplique não faz caso julgado, os funcionários e agentes da Administração não devem obediência a ordens nele fundadas e os cidadãos não estão adstritos a acatá-lo;

b) *Nulidade* – o acto não produz efeitos desde a origem ou desde que o seu conteúdo colida com a norma constitucional, e é insanável ou inconstitucional, mas torna-se necessária uma decisão pelo órgão de fiscalização, embora de natureza declarativa e não podendo ser alvo de sanções os cidadãos que, antes dela, se tenham recusado a obedecer;

c) *Anulabilidade* – o acto só deixa de produzir efeitos depois da decisão do órgão de fiscalização, a qual tem, portanto, natureza constitutiva; e pode, porventura, ainda ser prevista a sanção do vício;

d) *Irregularidade* – A inconstitucionalidade não prejudica a produção de efeitos pelo acto, se bem que possa, lateralmente, trazer outras consequências e até sanções.”⁵³

A conclusão de JORGE MIRANDA não é destoante da alcançada por MARCELO REBELO DE SOUSA, em percuciente estudo sobre o valor jurídico do ato inconstitucional.⁵⁴

Dissente-se da conclusão dos notáveis constitucionalistas portugueses para admitir, como espécies de sanções cabíveis ao ato produzido ao arrepio da Constituição, apenas a nulidade e a anulabilidade. É que, segundo orientação já adotada, a sanção possui como causa imediata a invalidade do ato jurídico, em decorrência do não atendimento dos requisitos impostos pelo sistema de direito positivo para perfeição e produção dos efeitos pretendidos. Sendo assim, inconstitucionalidade e inexistência são conceitos não relacionáveis: a invalidade pressupõe a existência do ato.⁵⁵ Ato inexistente ressentem-se da preterição de um dos seus elementos essenciais, sem os quais sequer adentram ao mundo jurídico. Ato inexistente não produz efeito jurídico algum, equivale à ausência de ato e não são passíveis de confronto de constitucionalidade.

De outro lado, a irregularidade concerne à mera omissão de formalidade não essencial e não afeta a validade do ato jurídico, permitindo-lhe a produção dos efeitos previstos, sem ofensa à supremacia da Constituição. O ato irregular é, pois, sempre existente e válido.⁵⁶ Inconciliáveis, portanto, as ideias de sanção e de mera irregularidade, como artifícios de proteção à supremacia das normas constitucionais.

⁵³ MIRANDA, Jorge, **Manual de Direito Constitucional**. Tomo VI cit., p. 98.

⁵⁴ SOUSA, Marcelo Rebelo de. **O valor jurídico...** cit., p. 313.

⁵⁵ “(...) a validade de uma norma legal só pode ser aferida se se trata de uma lei existente. Se não existe, juridicamente falando, não pode ser analisada no plano da validade (constitucionalidade). Neste ponto, confundem-se as noções de validade e constitucionalidade, na medida em que se está analisando a categoria das leis, que encontram sua validade definida na própria Constituição. A invalidade, pois, equivale à própria inconstitucionalidade” (TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 192).

⁵⁶ Note-se, a propósito da doutrina portuguesa, que JORGE BACELAR GOUVEIA não acolhe a sistematização proposta por MARCELO REBELO DE SOUSA, antes mencionada, ao apontar a irregularidade como sanção ao autor e não ao ato inconstitucional: “Concebemos a *irregularidade do acto inconstitucional como as*

Têm-se como admissíveis, portanto, para golpear o vício de inconstitucionalidade no plano da validade, retirando-lhe, no todo ou em parte, a virtualidade jurídica de produzir os efeitos desejados, as sanções de nulidade e de anulabilidade.

Cada sanção indicada possui conceito autônomo e regime jurídico próprio. Realmente, apesar das dificuldades impostas à matéria pela ausência de padronização e de regulamentação específica nos diversos ordenamentos contemporâneos, é possível identificar características intrínsecas de cada modalidade de sanção, bem como pautar-lhes um regime jurídico geral.

A pretensão de traçar um quadro geral do regime jurídico de cada modalidade sancionatória não prescinde de uma advertência prévia, no sentido de que, do delineamento geral proposto, devem ser ressalvadas as peculiaridades impostas por cada sistema, consoante anota MARCOS BERNARDES DE MELLO:

“(…) Para atender situações especiais, particularizadas, algumas vezes resultantes da própria natureza do ato ou de suas consequências e interesses de ordem pública, os sistemas jurídicos criam exceções que impedem se possam fazer enunciados genéricos, com absoluto rigor científico, como, por exemplo, dizer-se que *nulidade é o defeito insanável, imprescritível, alegável por qualquer interessado e pelo Ministério Público, decretável de ofício pelo juiz, que torna o ato jurídico ineficaz*. Se considerarmos a generalidade dos casos esse enunciado é correto, mas não se aplica a toda a espécie, uma vez que há casos, excepcionais, é verdade, em que a nulidade: (a) convalesce, (b) extingue-se (=decadência) ou tem sua eficácia encoberta (=prescrição) pelo decurso do tempo, (c) não pode ser alegada por qualquer interessado, muito menos pelo Ministério Público, (d) depende de impugnação, não podendo ser decretada de ofício pelo juiz, e, finalmente, (e) o negócio jurídico é eficaz.”⁵⁷

Assentada tal premissa, coloca-se à frente o estudo da nulidade. Cuida-se de sanção imposta à conduta perpetrada em contrariedade a normas jurídicas que lhe regem a validade, tolhendo-lhe a capacidade de produzir a plenitude dos efeitos típicos que normalmente lhe corresponderiam. Sobre o tema, TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR oferece didática noção:

“A nulidade significa que o ato produtor é reconhecido pelo sistema; a norma, em princípio, entra no sistema, mas por um defeito de produção, tem desconsiderada sua vigência desde o momento de sua promulgação, sendo nulos (*ex tunc*) todos os seus efeitos.”⁵⁸

consequências jurídicas negativas da inconstitucionalidade intrínseca e menor que, não afectando a subsistência do acto do poder político do Estado em si mesmo considerado, responsabilizam o seu autor” (GOUVEIA, Jorge Bacelar. **O valor positivo do acto inconstitucional**. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade Direito Lisboa, 1992, p. 32).

⁵⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 10. ed. São Paulo: 2010, p. 261.

⁵⁸ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1996, p. 217.

Nesse passo, extraem-se da sanção de nulidade as seguintes características, ora denominadas efeitos-regra da nulidade:⁵⁹

(1) Imediatidade: a nulidade se verifica por força de sanção imposta pelo próprio ordenamento (*ope jure*) e incide a partir da produção do ato inconstitucional;⁶⁰

(2) Retroatividade: a eliminação jurídica da norma ocorre a partir do momento de entrada em vigor do ato inconstitucional (*ab initio*), reconstituindo-se a situação jurídico-normativa precedente;

(3) Incapacidade de produzir a plenitude dos efeitos típicos que normalmente lhe corresponderiam: o ato inconstitucional não produz a plenitude dos efeitos previstos em seu conteúdo, mas poderá produzir alguns desses efeitos;

(4) Força repristinatória: tendo em vista que o direito posterior é ineficaz *ab initio*, o direito anterior mantém intocada sua vigência;

(5) Natureza declaratória da decisão judicial: o pronunciamento judicial que reconhece a inconstitucionalidade possui caráter declaratório e não constitutivo, porquanto se limita a afirmar uma situação jurídica preexistente;⁶¹

(6) Insanabilidade: a nulidade torna o ato inconstitucional impassível de convalidação ou confirmação;⁶² e

(7) Imprescritibilidade: a impugnação ao ato nulo não é passível de ser prejudicada por prescrição, porquanto a atuação da sanção opera-se de pleno direito, eliminando o pressuposto inércia.⁶³

⁵⁹ As noções fundamentais, com exceção das dispostas no item 3, foram extraídas da obra de ELIVAL DA SILVA RAMOS (**A inconstitucionalidade das leis...** cit., p. 87-94).

⁶⁰ MARCELO REBELO DE SOUSA reconhece idêntica característica no regime jurídico da nulidade (SOUSA, Marcelo Rebelo de. **O valor jurídico...** cit., p. 243). Como consequência da imediatividade, apõe o publicista português a ilicitude da prática dos atos praticados com amparo no ato desconforme (SOUSA, Marcelo Rebelo de. **O valor jurídico...** cit., p. 244). Por fim, advirta-se, com ELIVAL DA SILVA RAMOS, que “(...) não há contradição em pensar no controle de constitucionalidade como uma técnica assecuratória da efetividade da sanção de inconstitucionalidade e, ao mesmo tempo, admitir que existem sistemas sancionatórios, como o brasileiro, que adotam a sanção de nulidade, sanção essa que, como visto, dispensa um ato jurisdicional de imposição, operando de pleno direito. É que, no plano da aplicação do direito (e não no plano abstrato-normativo), a nulidade da lei inconstitucional pode-se revelar controvertida, razão pela qual a declaração de nulidade pela decisão de controle, com efeitos *inter partes* ou *erga omnes*, configura importante instrumento de apoio à operatividade pragmática da sanção” (RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil...** cit., p. 53).

⁶¹ “Assim, a gravidade do valor da nulidade implica que o acto com esse valor não possa produzir, logo desde a sua prática, qualquer dos seus efeitos prototípicos ou principais. Uma outra característica da nulidade que acompanha a imediatividade, é portanto, a da natureza declarativa da intervenção jurisdicional no tocante à apreciação da invalidade” (SOUSA, Marcelo Rebelo de. **O valor jurídico...** cit., p. 243).

⁶² “Intimamente ligada à imediatividade da nulidade encontra-se a sua *insanabilidade*. A paralisia da relevância jurídica prototípica do acto nulo opera-se no próprio momento da sua existência e essa paralisia não é sanável nem pelo decurso do tempo, nem pela verificação de outro qualquer facto jurídico ‘stricto sensu’ (ou acto jurídico como tal tratado para este efeito), nem pela prática de um acto pelo poder político do Estado destinado a convalidar o acto nulo (...)” (SOUSA, Marcelo Rebelo de. **O valor jurídico...** cit., p. 245).

Importante deixar claro que, propositadamente, omitiu-se sentido à característica de retroatividade para representar a destruição da totalidade das consequências jurídicas produzidas pela norma a partir da entrada em vigor. Alguns efeitos do ato nulo poderão remanescer, após a declaração da nulidade. Em contemplação ao Direito Português, MARCELO REBELO DE SOUSA refere-se a esse efeito retroativo mitigado como uma manifestação atípica de nulidade:

“Da conjugação da imediatividade com a natureza declarativa da intervenção jurisdicional deriva, aliás, aquela que alguns autores consideram também uma característica autónoma do regime da nulidade: a retroactividade da declaração, implícita ou expressa, da inconstitucionalidade, destruindo, como regra, todos os eventuais efeitos precários do acto nulo. Em rigor, porém, não deve a retroactividade ser considerada uma característica autónoma das elencadas, mas um mero corolário primário da paralisia de efeitos do acto nulo e secundário da natureza declarativa da intervenção jurisdicional em matéria de fiscalização da constitucionalidade no Direito Português. De resto, como veremos no número seguinte, essa regra geral é afastada pela atipicidade da nulidade no tocante a alguns dos efeitos do acto inconstitucional.”⁶⁴

Tecidas breves considerações sobre a sanção de nulidade e extraídas as características gerais de um regime jurídico próprio, idêntico procedimento deve ser levado a cabo em relação à sanção de anulabilidade. Neste intento, cuida-se de sanção igualmente imposta à conduta perpetrada em contrariedade a normas jurídicas que lhe regem a validade, tolhendo-lhe, contudo, a capacidade de produzir os efeitos a partir da declaração de ineficácia. Mais uma vez, colhe-se na doutrina de TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR a noção fundamental sobre o assunto:

“A anulabilidade significa que o ato produtor é reconhecido pelo sistema, a norma entra no sistema, mas tem um defeito de produção não essencial, sendo vigente desde a promulgação e produzindo efeitos até que sobrevenha o pedido de anulação, quando então, ela perde sua vigência, contendo a anulação um efeito revogador *ex nunc*, (desde o momento em que ocorre), ressalvados os efeitos até então produzidos.”⁶⁵

Nesse passo, em relação à anulabilidade, podem ser sistematizadas as seguintes consequências jurídicas, ora intituladas efeitos-regra da anulabilidade:⁶⁶

(1) Suspensividade: o ato inconstitucional é potencialmente inválido, restando assim definitivamente caracterizado apenas com superveniência de um ato invalidatório, sempre necessário;

⁶³ “Uma quarta característica da nulidade do acto inconstitucional é a *incaducabilidade*. Se a nulidade é insanável, nomeadamente pelo decurso do tempo ou pela verificação de qualquer outro facto jurídico ‘stricto sensu’, então ela é incaducável” (SOUSA, Marcelo Rebelo de. **O valor jurídico...** cit., p. 248).

⁶⁴ SOUSA, Marcelo Rebelo de. **O valor jurídico...** cit., p. 256.

⁶⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito...** cit., p. 217.

⁶⁶ As noções fundamentais, com exceção das dispostas no item 3, foram extraídas da obra de ELIVAL DA SILVA RAMOS (**A inconstitucionalidade das leis...** cit., p. 87-94).

(2) Possível prospectividade: o ato inconstitucional é eliminado *a posteriori* do sistema mediante a interposição de ato sancionador, sendo que os efeitos podem ou não ser eliminados de modo retroativo;

(3) Capacidade de produzir a plenitude dos efeitos típicos que normalmente lhe corresponderiam: o ato inconstitucional produz precariamente a plenitude de seus efeitos, em regra, até o momento da afirmação de sua desconformidade;

(4) Ausência de força repristinatória: dado que provisoriamente válida, a lei inconstitucional possui o condão de revogar a legislação anterior (exceção é atribuição de efeitos *ex tunc* à pronúncia de inconstitucionalidade, de modo a repristinar o direito anterior);

(5) Natureza constitutiva da decisão judicial: o pronunciamento judicial que reconhece a inconstitucionalidade possui caráter constitutivo, porquanto imprime alteração à situação jurídica preexistente;

(6) Insanabilidade: o ato inconstitucional anulável, em regra, não é passível de sanção por outra lei, em razão da grande insegurança nas relações jurídicas que tal atitude pode impor (exceção é a revogação da Constituição-parâmetro); e

(7) Imprescritibilidade: a regra é a imprescritibilidade da sanção.

Apresentados os denominados *efeitos-regra* da nulidade e da anulabilidade, é possível concluir que os respectivos regimes jurídicos não são tomados em composição com fundamento em um único elemento, mas representa cada qual um conjunto maior de características. Todavia, aponte-se que dois elementos afiguram-se essenciais, permitindo a distinção entre elas. Trata-se das seguintes características típicas da nulidade: (1) imediatividade (incidência da sanção desde o instante da produção do ato inconstitucional, independentemente de ato subsequente de invalidação); e (2) a indeclinável retroatividade (a eliminação do ato normativo ou da lei inconstitucional opera-se *ab initio*, a partir do momento de entrada em vigor do ato inconstitucional, reconstituindo-se a situação jurídico-normativa precedente). Ou, ainda, em contraposição, das seguintes características básicas da anulabilidade: (1) suspensividade (incidência da sanção *a posteriori*, com a preservação da validade provisória da lei até o advento de ato sancionador); e (2) a possível prospectividade (a eliminação do ato exige a interposição do ato sancionador, com apresentação ou não de efeitos retroativos).

1.4.4 A produção de efeitos por parte do ato inválido

Fez-se menção, no tópico precedente, acerca da produção de efeitos por parte do ato inválido. Incumbe, nesse passo, cerrar esforços para justificar o que se pretendeu expor.

Nos sistemas constitucionais que adotam a sanção de anulabilidade, calcada na invalidação *a posteriori* e na aceitação provisória da validade da lei inconstitucional, a afirmação comporta singela explicação: “[a] validade condicional da lei viciada permitir-lhe-á, destarte, a produção de efeitos, até que sobrevenha o ato de anulação (usualmente uma decisão judicial).”⁶⁷

Mas, em relação aos sistemas vinculados à sanção de nulidade, na qual a invalidade colhe a eficácia *ex radice* do ato inconstitucional, a questão demanda melhor apuração. Com efeito, desde a concepção clássica, provinda do Direito Civil, consolidou-se que “(...) o ato nulo de pleno direito é um simples fato, uma frontaria sem edifício, uma aparência sem realidade, incapaz de produzir qualquer efeito: *quod nullum est, nullum producit effectum*.”⁶⁸

Tal assertiva não pode ser agasalhada, contemporaneamente, sem abrandamento. De fato, não pode ser imputada ao ato inconstitucional a noção intrinsecamente vinculada à inexistência do ato jurídico de que absolutamente nenhum efeito pode ser extraído.

Em análise da doutrina civilista, inúmeros doutrinadores ressalvam a produção de efeitos, ainda que excepcionais, em derivação ao ato nulo. Partindo da doutrina de ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, admite-se a produção de efeitos pelo nulo como exceção no sistema depuratório de nulidades:

“(...) é inegável que os casos de efeitos do nulo são exceções no sistema de nulidades e como tais devem ser tratadas. Os efeitos do nulo não são, em sua maior parte, também como havíamos salientado, os efeitos próprios do ato (isto é, os efeitos manifestados como queridos) e, portanto, nesses casos, não se pode dizer que o negócio tenha passado para o plano da eficácia; todavia, ainda, quando se trate de eficácia própria, tal e qual ocorre no casamento putativo e em algumas poucas hipóteses, tem-se, se pudermos expressar-nos assim, um ‘furo’ na técnica de eliminação com que os negócios são tratados; é a exceção que confirma a regra, tanto mais que, depois de o negócio haver entrado no plano seguinte, o sistema jurídico corrige a falha, impedindo que o negócio continue a

⁶⁷ RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis...** cit., p. 90.

⁶⁸ GARCEZ, Martinho. **Das nulidades dos atos jurídicos**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 212.

produzir efeitos (a entrada dos negócios nulos no plano da eficácia não é, pois, definitiva).”⁶⁹

ORLANDO GOMES também conclui pela inexatidão da conclusão clássica de que o ato jurídico nulo não é capaz de produzir qualquer efeito:

“Diz, realmente, que o negócio nulo não produz efeitos, pois a nulidade é imediata, absoluta, insanável e imprescritível, ao contrário do anulável, que tem eficácia e pode ser sanado pela vontade do interessado, ou pelo decurso do tempo. Tais postulações não resistem à mais aprofundada análise. Via de regra, o que é nulo nenhum efeito produz. Há negócios nulos que todavia produzem efeitos. Dentre tantos outros, basta citar: *a*) a prescrição se interrompe por citação nula; *b*) declaração feita em negócio nulo serve de começo de prova; *c*) o parentesco por afinidade sobrevive a casamento nulo. Alguns produzem efeitos secundários, como o instrumento público nulo, que vale como instrumento particular. Outros geram todos os seus efeitos, como o casamento putativo e os atos praticados pelo herdeiro aparente, pouco importando, nestes casos, que a ordem jurídica neutralize o princípio com o recurso técnico da boa-fé ou da máxima *error communis facit jus*. Intrinsecamente tais negócios são nulos, não deveriam suscitar qualquer efeito, e, no entanto, suscitam. Inexata, portanto, a afirmação categórica sobre a ineficácia absoluta dos negócios nulos.”⁷⁰

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA põe ressalvas à concepção tradicional para admitir a produção de efeitos pelo ato nulo:

“O ato *nulo* de pleno direito é frustrado nos seus resultados, nenhum efeito produzindo: ‘*quod nullum est nullum producit effectum*’. Quando se diz, contudo, que é destituído de efeitos, quer-se referir aos que normalmente lhe pertencem, pois que às vezes algumas consequências dele emanam, como é o caso do casamento putativo; outras vezes, há efeitos indiretos, como se dá com o negócio jurídico translático do domínio, que, anulado, é inábil à sua transmissão, mas vale não obstante como causa justificativa da posse; outras vezes, ainda, ocorre o aproveitamento do ato para outro fim, como, *e.g.*, a nulidade do instrumento que deixa subsistir a obrigação. Em outros casos, o ato nulo produz alguns efeitos do válido, como é, no direito processual, a citação nula por incompetência do juiz, que é apta a interromper a prescrição e constituir o devedor em mora, tal qual a válida (Código de Processo Civil, art. 219).”⁷¹

MARCOS BERNARDES DE MELLO reconhece eficácia ao ato nulo em algumas hipóteses excepcionais: (1) no campo do direito material, em relação ao matrimônio nulo (CC, 1561, § 1º), em relação ao cômputo do voto nulo para a legenda pela qual concorreu o candidato inelegível (CE, art. 175, §§ 3º e 4º) e em relação a determinados efeitos da lei inconstitucional (Leis n. 9.868/99 e 9.882/99); (2) na constatação de efeitos mínimos do ato nulo, diferentes dos específicos, mas que dele resultam (direito de retenção do comprador na hipótese de decretação da nulidade da compra e venda); e (3) na convalidação do ato nulo por ausência de prejuízo (CPC, art. 249, §§ 1º e 2º).⁷² No mais, adverte o autor, “afora essas excepcionais situações, o ato jurídico nulo é sempre ineficaz.

⁶⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 64.

⁷⁰ GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 373.

⁷¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. 1. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 550.

⁷² MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade** cit., p. 264-267.

A ‘eficácia’ que ele apresenta é apenas aparente. Passa-se no mundo dos fatos, não no mundo do direito.”⁷³

Do até aqui exposto, parece preponderante, na doutrina civilista, vingar a tese de admissão de efeitos ao ato nulo, ainda que de maneira excepcional. Transpondo-se a análise da questão para a seara do Direito Constitucional, a conclusão não será diferente.

Para se verificar a admissibilidade da produção de efeitos pelo ato inconstitucional, parte-se da premissa fundamental proposta por PONTES DE MIRANDA, para quem: “[a] ineficácia do inexistente é consequência de não-existir; a ineficácia do nulo é supressão.”⁷⁴

Com efeito, em relação à inexistência, a não produção de efeitos é decorrência natural da ausência de elemento estrutural do ato; em relação à nulidade, a não produção de efeitos é realidade conformada pelo direito. Assim, enquanto a inexistência oferece ensejo a uma improdutividade total necessária de efeitos, a invalidade ocasiona uma improdutividade total com caráter possível.⁷⁵ MARCELO REBELO DE SOUSA, ao conferir autonomia conceitual às figuras da inexistência e da invalidade, torna mais clara a distinção lançada:

“A inexistência supõe que a reacção constitucional se traduza em considerar que não há qualquer acto do poder político do Estado.
No caso da invalidade, existe um acto de poder político do Estado, só que esse acto é total ou parcialmente desprovido da susceptibilidade intrínseca de produzir efeitos jurídicos prototípicos.
Uma coisa é, por conseguinte, não haver acto algum; outra é existir acto, mas ele ser objecto de uma depreciação mais ou menos intensa pelo Direito, privando-o da generalidade ou de alguma das virtualidades jurídicas que lhe deviam corresponder.”⁷⁶

Não há dúvida que a sanção de nulidade faz com que o ato não tenha validade desde o início. A rigor, não se poderia dizer sequer que a decisão que veicula sanção de tal natureza teria efeito retroativo, porquanto o ato nunca chegou a ostentar tal atributo. Daí

⁷³ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade** cit., p. 267. Perante o Direito Português, do mesmo modo, LUIS A. CARVALHO FERNANDES defende que o negócio nulo é suscetível de produzir efeitos: “O velho brocardo, segundo o qual o negócio nulo é plenamente destituído de eficácia jurídica – *quod nullum est, nullum producit effectum* – há muito deixou de traduzir a verdadeira realidade jurídica de tais negócios. A doutrina assinala que os negócios nulos podem produzir efeitos de direito. Observa-se, a esse respeito, que o negócio constitui um evento do passado que, enquanto tal, o Direito não pode ignorar ou destruir. O mais que pode é impedir que subsistam, ou se venham a produzir no futuro, certos efeitos desse acto. Mas, na sua realidade histórica, ele envolve algumas consequências que a ordem jurídica não pode esquecer” (FERNANDES, Luis A. Carvalho. **A conversão dos negócios jurídicos civis**. Lisboa: Quid Juris, 1993, p. 465-466).

⁷⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado: Parte Geral. Tomo IV: Validade. Nulidade. Anulabilidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 20.

⁷⁵ Cf. MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional. Tomo I...** cit., p. 215.

⁷⁶ SOUSA, Marcelo Rebelo de. **O valor jurídico...** cit., p. 160-161.

porque, depreciado *ex radice* pelo próprio sistema, o nulo ordinariamente não produz qualquer efeito.

No entanto, de modo excepcional, o ato inconstitucional poderá produzir efeitos, ainda que sancionado com a nulidade. Em consonância com a advertência do constitucionalista português RUI MEDEIROS, do mesmo modo adequada ao ordenamento jurídico brasileiro:

“O velho brocardo, segundo o qual o acto nulo é plenamente destituído de eficácia jurídica – *quod nullum est, nullum producit effectum* – há muito deixou de traduzir a verdadeira realidade jurídica de tais actos, pois, ‘na sua realidade histórica, ele envolve algumas consequências jurídicas que a ordem jurídica não pode esquecer’. O acto inválido, ‘mesmo nulo, como é correntemente posto em realce pela doutrina, não é, de todo, juridicamente irrelevante, antes pode dar lugar a alguns efeitos paralelos’. A ausência absoluta de aptidão para produzir efeitos não é, portanto, ‘requisito logicamente indispensável do conceito de nulidade. O acto nulo em princípio não é apto para desencadear efeitos conformes com o seu conteúdo. Mas excepcionalmente (...) pode produzi-los.”⁷⁷

Ora, como adrede mencionado, a improdutividade de efeitos não constitui uma condição inexorável à nulidade, mas uma não produção provocada pelo próprio direito, uma realidade conformada por orientação normativa. Por isso, em duas situações, admite-se a produção de efeitos por parte do ato nulo: (1) quando o direito não consegue suprimir os efeitos produzidos; ou (2) quando o direito não deseja assim proceder.

O direito não conseguirá suprimir os efeitos do ato inconstitucional enquanto meras ocorrências do mundo fenomênico. É dizer, é impossível desprezar o resultado fático orientado pela lei ou pelo ato normativo inconstitucional. E, mais, é possível que os resultados fáticos sejam juridicizados por outras normas, fazendo surgir efeitos secundários. Em outras palavras, o ato jurídico ineficaz pode constituir um fato eficaz, do qual derivam direitos e deveres. A ordem jurídica pode incidir sobre o comportamento, enquanto mera realidade no mundo dos fatos, e fazer derivar outras consequências de direito, pretendidas ou não pelas partes. CLÁUDIO FORTUNATO MICHELON JÚNIOR, fundado na doutrina de BIAGIO DE GIOVANNI, explica a ocorrência:

“Um ato jurídico pode ser composto em uma série de comportamentos fáticos.

⁷⁷ MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade...** cit., p. 42. MARCELO REBELO DE SOUSA também visualiza no ato inválido a aptidão para produção de efeitos, ainda que não correspondentes à plenitude das consequências típicas aguardadas: “A invalidade pressupõe, antes do mais, a existência do acto considerado. Consiste depois na sua incapacidade de produzir a plenitude dos efeitos prototípicos que normalmente lhe corresponderiam, incapacidade essa decorrente de vício interno ou intrínseco que deprecia o acto inválido. Dizemos incapacidade para produzir a plenitude dos efeitos prototípicos que normalmente lhe corresponderiam, por um lado porque o acto inválido pode, como veremos, produzir alguns dos seus efeitos prototípicos, e por outro porque a invalidade deve ser apreciada sobretudo relativamente aos efeitos prototípicos ou principais que corresponderiam a um determinado acto se ele fosse constitucional, e não por uma referência a eventuais efeitos laterais ou secundários” (SOUSA, Marcelo Rebelo de. **O valor jurídico...** cit., p.186).

Deste raciocínio é possível desprender que o ato jurídico pode não se configurar quando ocorre a invalidade, mas isto não impede que os comportamentos que o autor executou não possam ser qualificados pelo direito, não enquanto partes do negócio jurídico, mas enquanto comportamentos lícitos ou ilícitos aos quais podem ser afetadas consequências jurídicas. (...)

O que mais nos importa neste raciocínio é que a qualificação como ato jurídico não existe e, portanto, não existe incidência da norma que determina como consequência o ato jurídico. Isto não impede, todavia, a incidência de outra norma sobre os comportamentos parciais praticados pelo agente quando intentava realizar o negócio.⁷⁸

A título de exemplo, é possível mencionar o caso da inconstitucionalidade da majoração da base de cálculo do PIS e da COFINS traduzida pela Lei n.º 9.718/98. Apesar da redação originária da Constituição Federal permitir a incidência da COFINS sobre o faturamento (art. 195, inc. I, da CRFB/88, em redação anterior ao advento da EC 20/98), a Lei n. 9.718/98 ampliou a base de cálculo do tributo, permitindo-lhe a incidência sobre a receita bruta da pessoa jurídica (art. 3º, § 1º). Com vigência a partir de 1º/02/1999, uma miríade de contribuintes realizaram o recolhimento e a apuração da contribuição social com fundamento em base de cálculo indevidamente majorada. Em 09/11/2005, o STF declarou, por maioria, a inconstitucionalidade do dispositivo, por ocasião do julgamento dos Recursos Extraordinários ns. 357.950, 390.840, 358.273 e 340.684. Podem-se constatar, de modo inquestionável, duas ordens de efeitos derivados da norma inconstitucional: (1) a ocorrência no mundo fenomênico, consistente na apuração do valor devido e na entrega de determinada quantia em dinheiro por parte do contribuinte ao Fisco Federal, no período compreendido entre 1º/02/1999 e 09/11/2005, sem fundado motivo; e (2) o efeito secundário, consistente no surgimento do direito de o contribuinte reaver o indébito, acrescido dos consectários legais, sob pena de enriquecimento ilícito por parte do Estado.

De outro modo, o direito pode pretender, por razões de equidade, de justiça ou outros valores mais importantes ao ordenamento jurídico, preservar os efeitos (próprios ou impróprios) do ato nulo, não lhes facultando a supressão.⁷⁹ Sob esse aspecto, há correção no pronunciamento do MIN. LEITÃO DE ABREU, ao sustentar que a lei inconstitucional é um

⁷⁸ MICHELON JÚNIOR, Cláudio Fortunato. Ensaio sobre a história, as possibilidades e os limites de uma teoria das invalidades dos atos jurídicos. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: Ed. Ciência Jurídica, v. 40, p. 47-74, jan./jun. 1998, p. 63. Ao tratar da conversão dos negócios jurídicos civis, LUIS A. CARVALHO FERNANDES também reconhece a possibilidade de o direito imputar consequência ao ato, ainda que não pretendida pelas partes: “Outro ponto que tem de ser levado em consideração prende-se com a circunstância, já posta em realce, de o negócio jurídico, concretamente considerado, não ser a única causa dos efeitos *que em função dele* se desencadeiam. Há, pois, que ter presente que, em certos casos, a lei *como que imputa* ao acto consequências de Direito, que as partes não podem afastar ou regular de outro modo” (FERNANDES, Luis A. Carvalho. **A conversão dos negócios jurídicos civis** cit., p. 65-66).

⁷⁹ MARCELO REBELO DE SOUSA emprega a expressão *repescagem dos efeitos jurídicos passados do ato nulo* para se referir a não supressão dos efeitos (SOUSA, Marcelo Rebelo de. **O valor jurídico...** cit., p. 270-271).

fato eficaz que pode acarretar consequências indelévels.⁸⁰ Note-se que a ideia não é estranha ao Direito Civil, que cunhou a expressão *para-nulidade* para abarcar as espécies de atos nulos que merecem proteção jurídica quanto aos efeitos que surtiram durante a permanência provisória no sistema, de modo definitivo ou temporário (v.g. o casamento putativo que conserva seus efeitos até a data da sentença anulatória em relação aos cônjuges e aos filhos – art. 1561 do CC).⁸¹

Reconhece-se, pois, a possibilidade excepcional de produção de efeitos por parte do ato inconstitucional, evadido de nulidade. Tal conclusão deve ser retida e vale para atenuar o rigor da afirmação de que, do ato nulo, nenhuma espécie de efeito se pode extrair. A invalidade *ab initio* da norma inconstitucional não confronta com a noção de que determinadas consequências da anterior aplicação da norma merecem consideração pelo direito.

1.5 O sistema de fiscalização da constitucionalidade

Passa-se ao estudo da terceira consequência da supremacia das normas constitucionais: a instituição de sistemas de fiscalização da constitucionalidade. Com efeito, o desacato às Constituições sem uma fiscalização adequada colocaria em dúvida a própria autoridade do poder constituinte originário e a eficácia suprema da norma constitucional.⁸² Reclama-se, assim, a instituição de mecanismo ativo de repulsa à agressão

⁸⁰ É o teor do referido pronunciamento judicial: “(...) a lei inconstitucional é um fato eficaz, ao menos antes da determinação da inconstitucionalidade, podendo ter consequências que não é lícito ignorar. A tutela da boa-fé exige que, em determinadas circunstâncias, notadamente quando, sob a lei ainda não declarada inconstitucional, se estabelecerem relações entre o particular e o poder público, se apure, prudencialmente, até que ponto a retroatividade da decisão, que decreta a inconstitucionalidade, pode atingir, prejudicando-o, o agente que teve por legítimo o ato e, fundado nele, operou na presunção de que estava procedendo sob o amparo do direito objetivo” (RE 79.343-BA, 2.^a T., j. 31.05.1977, v.u. Min. Leitão de Abreu, DJU 02.09.1977, RTJ 82/791). Note-se que o conteúdo da fundamentação utilizada pelo Min. LEITÃO DE ABREU repercutia proposta doutrinária formulada em 1964 (cf. ABREU, João Leitão de. **A validade da ordem jurídica**. Porto Alegre: Globo, 1964, p. 162-163).

⁸¹ Cf. CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. **Sistemas de nulidades dos atos jurídicos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 142-148.

⁸² RAUL MACHADO HORTA relaciona a supremacia da Constituição ao controle de constitucionalidade: “O controle da constitucionalidade das leis é o *corolário lógico da supremacia constitucional*, seu instrumento necessário, o requisito para que a superioridade constitucional não se transforme em preceito moralmente platônico e a Constituição em simples programa político, moralmente obrigatório, um repositório de bons conselhos, para uso esporádico ou intermitente do legislador, que lhe pode vibrar, impunemente, golpes que a retalham e desfiguram” (HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 102). Na mesma linha, FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade (Leis n.º 9.868, de 10 de novembro e n.º 9.982, de 3 de dezembro de 1999). **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Fund. Getúlio Vargas, v. 220, p. 1-17, abr./jun. 2000, p. 2.

da vontade constitucional, destinado a assegurar a constatação da incompatibilidade e a viabilizar a incidência de medidas sanatórias.

Consoante relato histórico de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, “[a] necessidade disto foi apercebida ainda no século XVIII. Nas Assembleias da Revolução Francesa houve numerosas manifestações nesse sentido. A maioria destas – ressalte-se – preocupava-se com a proteção do indivíduo contra o que hoje se designa por atos inconstitucionais.”⁸³

Dentre as mencionadas vozes ouvidas na França por ocasião da revolução liberal, tomou corpo a manifestação de EMMANUEL JOSEPH SIEYÈS, que propôs a instituição de um *jury constitutionnel*, composto por 180 (cento e oitenta) representantes, com a especial finalidade de apreciar as alegações de atentado contra as disposições constitucionais. Colocado fora da estrutura do Poder Judiciário, o *jury* possuía a incumbência de anular com efeitos *erga omnes* os atos inconstitucionais.⁸⁴ Em termos claros, SIEYÈS pretendia a instituição deste júri, a fim de negar a referida competência ao Poder Judiciário.⁸⁵ À época, a proposta restou rejeitada, sob o receio de fortalecer em demasia apenas um poder do Estado.⁸⁶

Em abstrato, a Constituição francesa denominada Constituição do Ano VIII foi a primeira a estabelecer um sistema de controle de constitucionalidade, atribuído ao Senado Conservador (*Sénat Conservateur*). Tal faculdade não foi efetivamente exercida pelo órgão responsável.⁸⁷ “Para neutralizar a incômoda presença de um poder inspecionador de seus atos, Napoleão converteu o *Sénat* em remanso ideal para os espíritos tímidos, em prêmio para as dedicações e em prebenda para titulares idosos”, historia RAUL MACHADO HORTA.⁸⁸ Com isto, o Senado suportou todas as arbitrariedades cometidas por Napoleão, sem impor efetividade ao mecanismo de proteção engendrado.

De modo concreto, a primeira manifestação de controle de constitucionalidade ocorreu nos Estados Unidos da América, em 1803, no caso *Marbury v. Madison*.⁸⁹ A

⁸³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais...** cit., p. 133.

⁸⁴ Cf. doutrina de MELLO, José Luiz de Anhaia. **Da separação de poderes à guarda da Constituição: as cortes constitucionais**. São Paulo: dissertação para concurso à cátedra de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1968, p. 49.

⁸⁵ Cf. LOUREIRO JÚNIOR. **O controle da constitucionalidade das leis**. São Paulo: Max Limonad, 1957, p. 88.

⁸⁶ Sobre o tema, TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 126-128.

⁸⁷ Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais...** cit., p. 134-135.

⁸⁸ HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional** cit., p. 105.

⁸⁹ Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais...** cit., p. 135.

Suprema Corte ainda retomou a prática em *Mc Culloch v. Maryland* (1819) e, ainda, no caso *Dred Scott v. Sanford* (1857).⁹⁰

A Ciência do Direito Constitucional incumbiu-se de estabelecer diferentes classificações ao controle de constitucionalidade. É possível distinguir, assim, as espécies de controle, tomando-se por critério (1) *o momento em que o controle é exercido* (será preventivo o controle realizado antes da entrada da norma no sistema de direito positivo; será repressivo o controle incidente sobre a norma já incorporada ao sistema de direito positivo) ou (2) *a natureza da função que exerce o controle* (será jurisdicional o controle exercido por meio da função jurisdicional; será político o controle exercido por meios das funções políticas do Estado).

Sem dúvida, a fiscalização jurisdicional de constitucionalidade é o mais relevante dentre os institutos garantísticos da Constituição.⁹¹ Apesar disso, sua consolidação não ocorreu, em todo o mundo, de modo simultâneo ao surgimento das Constituições-ato. A conjunção de circunstâncias históricas e políticas ensejou o desenvolvimento de tal espécie de controle, originariamente, nos Estados Unidos da América, no alvorecer do século XIX. Na Europa, sustentou intenso debate até o primeiro quartel do século XX, cuja amplitude sobeja, em muito, os lindes do presente trabalho. Controvertia-se, essencialmente, acerca do detentor legítimo do poder de controle (v.g. o corpo legislativo, o rei, o Presidente da República ou a Justiça Constitucional).⁹² O desate definitivo da questão adveio apenas após a Segunda Guerra Mundial, com a difusão das Cortes Constitucionais na Europa continental.

Os modelos americano e europeu inspiraram a criação da jurisdição constitucional na maior parte dos países do mundo, apresentando-se como verdadeiros sistemas-padrão. Logo, em razão da inquestionável relevância, impõe-se a análise do desenvolvimento histórico e das notas características de cada um dos modelos, marcando-lhes distinções claras quanto ao órgão incumbido do controle, ao modo de ativação e aos efeitos da decisão de inconstitucionalidade.

1.5.1 Sistema-padrão de matriz norte-americana

⁹⁰ Cf. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Constituição e constitucionalidade** cit., p. 135.

⁹¹ Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional...** cit., p. 889.

⁹² Clássica é a discussão travada entre HANS KELSEN (KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? **Jurisdição Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007) e CARL SCHMITT (SCHMITT, Carl. **O guarda da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007) acerca do titular legítimo da guarda da Constituição.

O controle jurisdicional de constitucionalidade foi conformado na prática judiciária dos Estados Unidos da América a partir do julgamento do notável caso *Marbury v. Madison*, em 1803, capitaneado por *Chief Justice* John Marshall, integrante da Suprema Corte daquele país.⁹³

É curioso observar que, apesar da notoriedade, a tese utilizada por MARSHALL não era inédita quanto à sua substância em próprio solo americano. Contava com precedentes jurisprudenciais,⁹⁴ bem como estava subsidiada pela doutrina de ALEXANDER HAMILTON, elaborada em 1788, no *Federalist Paper* n.º 78.⁹⁵ De qualquer modo, ainda que considerada não original, em razão de seu primor construtivo findou por definir os fundamentos da fiscalização de constitucionalidade no constitucionalismo moderno, não só nos Estados Unidos, mas em todo o mundo.

Quanto aos fundamentos da decisão, para analisar a lide instaurada entre JAMES MADISON (Secretário de Estado do presidente Thomas Jefferson) e WILLIAM MARBURY (juiz de paz nomeado por John Adams e não empossado pelo sucessor),⁹⁶ sem autorização constitucional expressa para o controle, o *Chief Justice* MARSHALL fundou o seu raciocínio em noção extraída diretamente do sistema – ideia de supremacia das normas constitucionais –, de tal modo que, diante do antagonismo entre uma lei infraconstitucional

⁹³ Cf. BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 12-13.

⁹⁴ “Não parece haver dúvida, de toda sorte, que, anteriormente a 1803 (ano em que foi julgado *Marbury v. Madison*), a Suprema Corte já houvera declarado inconstitucional legislação estadual, registrando-se enunciações precedentes do *judicial review*, outrossim, no âmbito das cortes estaduais e das cortes federais inferiores, em relação a leis estaduais e federais reputadas contrárias a normas constitucionais estaduais ou federais” (RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil...** cit., p. 105). Ainda sobre o assunto, LUÍS ROBERTO BARROSO confere um passo atrás na história, para afirmar a existência de controle de constitucionalidade no período colonial, com base no direito inglês (BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade...** cit., 2011, p. 27-28).

⁹⁵ *O Federalista* constitui uma coletânea de artigos escrita por ALEXANDER HAMILTON, JAMES MADISON e JOHN JAY com o propósito de obter a adesão dos Estados americanos à forma de Estado federal articulada na Convenção da Filadélfia. No artigo n.º 78, ALEXANDER HAMILTON defende a competência do Judiciário e ressalta a importância do *judicial review* para a democracia, sem importar em sobreposição aos demais poderes. Em relação à validade da lei inconstitucional, considerou ALEXANDER HAMILTON: “Não há posição que se apóie em princípios mais claros que a de declarar nulo o ato de uma autoridade delegada, que não esteja afinada com as determinações de quem delegou essa autoridade. Consequentemente, não será válido qualquer ato legislativo contrário à Constituição. Negar tal evidência corresponde a afirmar que o representante é superior ao representado, que o escravo é mais graduado que o senhor, que os delegados do povo estão acima do próprio povo, que aqueles que agem em razão de delegações de poderes estão impossibilitados de fazer não apenas o que tais poderes não autorizam, mas sobretudo o que eles proíbem” (HAMILTON, Alexander; MADISON, James e JAY, John. **O federalista**. Trad. RICARDO RODRIGUES GAMA. Campinas: Russell, 2003, p. 479).

⁹⁶ O teor da controvérsia é descrito com pormenores em POLLETTI, Ronaldo. **Controle de constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 43-45.

e a Constituição, o intérprete judicial tinha o poder e o dever de fazer prevalecer esta última, negando aplicação à lei inferior.

Em sua decisão, demonstrou MARSHALL que decorria do próprio sistema constitucional a necessidade do *judicial review*, não obstante o silêncio da Constituição norte-americana. Para tanto, partiu da premissa de que a vontade soberana e primitiva do povo organizou o governo e fixou raias intransponíveis ao exercício do poder em uma Constituição escrita. A partir de então, nulos seriam os atos que importassem em contrariedade ao primitivamente estabelecido:

“Ou havemos de admitir que a Constituição anula qualquer medida legislativa, que a contrarie, ou anuir, em que a legislatura possa alterar por medidas ordinárias a Constituição. Não há contestar o dilema. Entre as duas alternativas não se descobre meio-termo. Ou, a Constituição é uma lei superior, soberana, irreformável por meios comuns; ou se nivela com os atos da legislação usual e, como estes, é reformável ao sabor da legislatura. Se a primeira proposição é verdadeira, então o ato legislativo, contrário à Constituição, não será lei; se é verdadeira a segunda, então as constituições escritas são absurdos esforços do povo, por limitar um poder de sua natureza ilimitável. Ora, com certeza todos os que têm formulado constituições escritas, sempre o fizeram com o intuito de assentar a lei fundamental e suprema da nação; e, conseqüentemente, a teoria de tais governos deve ser que qualquer ato da legislatura, ofensivo da Constituição, é nulo. Esta doutrina *está essencialmente ligada às Constituições escritas*, e, portanto, deve-se observar como *um dos princípios fundamentais de nossa sociedade*.”⁹⁷

Os fundamentos congregados por MARSHALL para fundamentar sua decisão são irreprováveis, principalmente quando confrontados com a noção de separação dos Poderes. Incumbe ao Poder Judiciário dizer o direito, diante de suas funções típicas. Se duas leis colidem, o juiz deve definir qual será aplicável ao caso concreto. Do mesmo modo, se uma lei se posta em contrariedade à Constituição, incumbe ao Judiciário definir qual ato normativo será aplicável. E, admitida a supremacia da Constituição (*the Constitution is superior to any ordinary act of the legislature*), determinar a aplicação de uma lei com ela desconforme seria infringir sua superioridade hierárquica e admitir a prevalência da vontade dos Poderes constituídos sobre a do constituinte. Estimada como norma superior, é a Constituição – e não a lei inferior – que deve reger o caso, diante da existência de proposições contraditórias.

Habilmente, a resolução da questão fundada na inconstitucionalidade residiu apenas na motivação da decisão de uma demanda e vinculou apenas as partes que integravam a relação jurídico-processual. Diante de tal nota, o controle de constitucionalidade não oferecia qualquer ofensa às atribuições dos demais Poderes.

⁹⁷ apud BARBOSA, Rui. **Atos inconstitucionais**. 3. ed. Campinas: Russell Editores, 2010, p. 41.

Além do primor construtivo da decisão, bem amalhando os argumentos em face dos principais óbices encontrados para convencimento da tese, a prosperidade da empreitada do *Chief Justice* MARSHALL decorreu, em grande parte, do ambiente político favorável e das circunstâncias específicas do caso concreto.

Com efeito, o ambiente político norte-americano era propício ao reconhecimento da supremacia da Constituição e a consequente criação de um controle sobre as atividades do Poder Legislativo, em prol da proteção das minorias. Sobre o assunto, preciso o comentário histórico tecido por PAULO GUSTAVO GONET BRANCO:

“Nos Estados Unidos, ao contrário do que acontecia na Europa na mesma época, não havia preocupação maior com o poder do Executivo. A eleição do Presidente da República tinha origem em voto popular, particularidade a mais a diferenciar o chefe do Executivo americano dos monarcas do final do absolutismo e do período da restauração. O perigo que assustava, na América do Norte, era, diversamente, o da expansão do Poder Legislativo. O caminho que os americanos buscavam era o do equilíbrio dos poderes, precavendo-se contra as ambições hegemônicas do Congresso. (...) Na recém-fundada república americana, em que os dois poderes fundamentais do Estado procedem da mesma fonte de legitimidade, o voto popular, abriu-se margem à discussão do problema da proteção das minorias, que somente ocupará os europeus num posterior momento histórico. Reparou-se que esse objetivo exigia que os limites dos poderes estivessem delineados num documento vinculante, insuscetível de ser alterado pelas mesmas maiorias contra as quais as restrições eram dispostas. Tudo isso colaborou para que se encontrasse um valor jurídico singular na Constituição, como instrumento de submissão dos poderes a limites. Tornou-se viável a ideia da supremacia da Constituição sobre as leis.”⁹⁸

Em relação às peculiaridades do caso concreto, segundo expõe CARLOS ALBERTO LUCIO BITTENCOURT,⁹⁹ a lide escolhida para lançar o controle de constitucionalidade era de grande interesse do então Presidente Thomas Jefferson. E, dada procedência ao argumento do controle, reconhecendo que a lei ordinária não poderia outorgar uma nova competência originária à Suprema Corte, o resultado seria integralmente favorável aos interesses presidenciais. Sendo assim, manejou-se a habilidade política e não a força para fazer prevalecer o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos.

Por intermédio do raciocínio formulado por MARSHALL, foi apresentado um novo modo de julgar, diferente do consagrado na teoria clássica da separação de Poderes, bem como firmado um modo de relacionamento distinto entre os Poderes constituídos. A propósito, a doutrina de ROGER STIEFELMANN LEAL:

“(…) A partir do caso *Marbury v. Madison*, passou-se a compreender um poder de julgar acima das leis – uma jurisdição que tem por parâmetro um conjunto de

⁹⁸ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 45-47.

⁹⁹ BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis** cit., p. 14.

normas de hierarquia superior denominado Constituição. Aos titulares dessa nova função jurisdicional é admitido julgar as leis e os demais atos estatais em face do texto constitucional. Fica, assim, evidente a significativa alteração no relacionamento entre os poderes, produzida em razão da inserção dessa nova função estatal. Se antes predominava a função legislativa perante as demais atividades, a partir do caso *Marbury v. Madison* a jurisdição constitucional passa a prevalecer perante a função legislativa e – como consequência lógica – perante as demais funções estatais.¹⁰⁰

A partir do precedente lançado por MARSHALL, consolidou-se um sistema de controle de constitucionalidade fundado nas seguintes características fundamentais:

a) *Quanto ao órgão incumbido do controle*: todos os integrantes do Poder Judiciário possuem a faculdade de negar aplicação às leis aprovadas pelo Poder Legislativo em arrepio da Constituição, configurando um controle *difuso* de controle de constitucionalidade, de natureza jurisdicional;

b) *Quanto ao modo de ativação*: firmou-se um controle *incidental* de constitucionalidade, admitido diante de caso *concreto*, pressupondo a presença de uma controvérsia real submetida à apreciação do Poder Judiciário e rechaçando um poder geral de veto sobre o produto do trabalho legislativo; e

c) *Quanto aos efeitos da decisão de inconstitucionalidade*: um ato contrário à Constituição é nulo desde a sua origem, limitando-se a decisão judicial a constatar uma situação pretérita; os efeitos da decisão operam-se em aparente retroatividade (*ex tunc*) e apenas servem à resolução do caso concreto (*inter partes*); e

d) *Quanto à finalidade da jurisdição*: a decisão centra-se em definir situações passadas, sem se ater às consequências futuras.

Um acréscimo deve ser feito para delinear com exatidão o sistema-padrão norte-americano. A despeito da característica preponderante de difusão do sistema, um mecanismo de uniformização foi concebido. Com efeito, à Suprema Corte daquele país foi destacada uma relevante função uniformizadora: em razão da eficácia vinculante de suas decisões, o conteúdo da decisão superior constitui ponto de observância obrigatória no julgamento das causas semelhantes por parte das demais instâncias jurisdicionais, ressalvadas hipóteses excepcionais. *Stare decisis et non quieta movere*.¹⁰¹ Considerado o mecanismo em suas últimas consequências, a palavra definitiva sobre a

¹⁰⁰ LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 32-33.

¹⁰¹ SÉRGIO RESENDE DE BARROS apresenta tradução literal da expressão e sua significação: “Tradução literal: estar com as coisas decididas e não mover as coisas quietas. Vale dizer: juízes e tribunais inferiores devem *estar com as decisões* da Corte superior e *não mover as decisões pacificadas*” (BARROS, Sérgio Resende de. Simplificação do controle de constitucionalidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). **As vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 600).

inconstitucionalidade sempre caberá à Suprema Corte, sendo que, após o pronunciamento daquele Tribunal, a lei praticamente deixará de ser aplicável, apesar de permanecer no sistema. Por este expediente, a decisão passa a deter efeito amplo, *erga omnes*, similar ao do controle abstrato de constitucionalidade.

Acerca da relevância do princípio denominado *stare decisis*, objeto de construção prudencial e sem previsão na Constituição ou em lei, anotou KEITH S. ROSENN:

“Nos sistemas desconcentrados fiéis à tradição do *common law*, entretanto, a doutrina do *stare decisis* dá à decisão judicial o efeito de um precedente vinculante. Isto significa que em futuras lides, o próprio tribunal, e todos os outros subjacentes na hierarquia judiciária, devem decidir casos semelhantes da mesma maneira. Por conseguinte, se a mais alta corte no sistema desconcentrado de *common law* decide que uma lei é inconstitucional em tese, não deve ser aplicada a ninguém. Se, todavia, ela é considerada inconstitucional em relação à determinada categoria de litigantes, deve ser aplicada aos demais distintos.”¹⁰²

Por consequência, a posição assumida pela Suprema Corte é vinculante para o julgamento de causas semelhantes por parte das demais instâncias judiciárias, de modo a afastar qualquer alegação de ofensa à segurança jurídica ou à isonomia entre os jurisdicionados em razão da característica proeminente de difusão do sistema.

Exposta a origem e outras particularidades do sistema-padrão de matriz americana, cumpre tecer considerações a respeito do sistema europeu.

1.5.2 Sistema-padrão austríaco

À espera de circunstâncias políticas favoráveis, o constitucionalismo europeu permaneceu à margem do desenvolvimento do controle de constitucionalidade até a primeira metade do Século XX.

Dentre as diversas causas que justificaram o distanciamento temporal entre a realidade europeia e a americana, podem ser elencadas: (1) a difícil aceitação da ideia de Constituição como lei suprema, em razão do movimento da Restauração que se seguiu à Revolução Francesa, elevando o monarca à fonte originária de competência e de direito,¹⁰³

¹⁰² ROSENN, Keith S. Os efeitos do controle judicial de constitucionalidade nos Estados Unidos, Canadá e América Latina numa perspectiva comparada. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Fund. Getúlio Vargas, v. 235, p. 159-185, jan./mar. 2004, p. 160.

¹⁰³ Segundo relato histórico de CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA: “Os primeiros momentos pós-revolucionários foram seguidos da experiência napoleônica, cuja força na condução do governo, deixou em posição de menor importância o texto constitucional, cuja supremacia não poderia ser, a rigor, juridicamente assegurada. E sucedeu-se ao governo de Napoleão a monarquia restaurada, cuja legitimidade era mensurada pelo princípio da tradição e não pela consonância com as normas constitucionais, também tornada, aqui, irrelevantes” (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Constituição e constitucionalidade** cit., p. 136). Ainda sobre

bem como em decorrência da desvalorização do valor da Constituição professada pela ideologia socialista;¹⁰⁴ (2) o reconhecimento da prevalência do Parlamento na relação entre os Poderes, do qual decorreu a superioridade absoluta das leis e sua imunização em relação à análise judicial;¹⁰⁵ e (3) a ausência de confiança da população no Judiciário, naquele momento integrado por magistrados conservadores, sem investidura democrática e carentes de capacidade intelectual para o exercício da jurisdição constitucional.¹⁰⁶

Diante de tal cenário, por longo período, a Europa viveu um Estado legalista de Direito. A lei era o instrumento central e o Parlamento o órgão superior do Estado.

A plena consolidação do sistema europeu do controle de constitucionalidade e a centralidade da Constituição no ordenamento jurídico ocorreram somente após a Segunda Guerra Mundial, com o advento da Constituição italiana de 1947 e a Lei Fundamental da República Federal alemã de 1949.¹⁰⁷ Com efeito, com o fim da guerra e a publicação das experiências nazista e fascista, refloresceu a necessidade de garantir os direitos fundamentais do homem e a ordem política e social mediante a atuação de um instrumento superior, inalcançável aos interesses dos próprios Poderes constituídos. Reconheceu-se, logo, na Europa, supremacia à Constituição. Junto a isso, tendo em vista a inoperância do Parlamento para conter o arbítrio, abriu-se espaço para a criação de órgãos estatais destinados a garantir a vontade disposta na Constituição: os Tribunais Constitucionais.¹⁰⁸

o enfraquecimento do conceito de Constituição Moderna na Europa restaurada, ENTERRÍA, Eduardo Garcia. *Constituição como norma* cit., p. 6.

¹⁰⁴ “As concepções *marxistas* têm na Constituição mera *superestrutura* jurídica de uma organização econômica subjacente, sendo um dos instrumentos da ideologia da classe dominante; Karl Marx tem uma *concepção negativa de Estado*, sendo um dos objetivos de sua filosofia política o fim deste para a completa realização, sob todos os aspectos, do Homem” (PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos**. 2. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 27). Acerca da prevalência das relações fáticas de poder sobre o texto escrito da Constituição em uma sociedade socialista, CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Trad. AROLDO PLÍNIO GONÇALVES. Porto Alegre: Fabris Editor, 1999, p. 32-33 e ENTERRÍA, Eduardo Garcia. *Constituição como norma* cit., p. 6-7.

¹⁰⁵ “Não seria de esperar que o Parlamento, após celebrar a histórica vitória sobre o poder monárquico que lhe era adverso, consentisse que outro Poder viesse a tolher, de algum modo, sua principal atividade, a elaboração legislativa. No confronto entre os dois princípios legitimadores do poder político, o Parlamento acabou por encarnar o princípio da soberania popular pelo fato de que era em seu âmbito que se tornava efetiva a vontade do povo, por meio do instituto da representação. Destarte, no plano das instituições de governo das democracias constitucionais europeias, desde cedo o primado da soberania popular redundou em um princípio de supremacia do Parlamento e, por via de consequência, da lei, enquanto manifestação mais autêntica de sua vontade” (RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil...** cit., p. 124). Ainda a respeito da *sacralização da lei* na Europa a partir da Revolução de 1789, FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. Trad. DUNIA MARINHO SILVA. São Paulo: Landy Ed. 2004, p. 20.

¹⁰⁶ Cf. ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. **La constitución como norma y el tribunal constitucional**. 4. ed. Madrid: Civitas, 2006, p. 61-62.

¹⁰⁷ Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais...** cit., p. 135-136.

¹⁰⁸ A transformação histórica é descrita em BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação...** cit., p. 35-36.

O modelo europeu de controle de constitucionalidade rejeitou as bases do sistema norte-americano e foi fortemente influenciado pela construção de HANS KELSEN. Nítidas distinções marcaram o modelo em relação ao seu antecessor histórico.

O primeiro traço distintivo decorreu da gênese do sistema. O sistema-padrão austríaco não derivou de uma construção jurisprudencial, mas da obra racional de HANS KELSEN, professor de Direito Público e de Filosofia do Direito da Universidade de Viena, quem, a chamado do Chanceler RENNER, apresentou ao governo o projeto que deu ensejo à Constituição Austríaca de 1º de outubro de 1920 (*Oktoberverfassung*).

A segunda nota distintiva do sistema-padrão austríaco decorreu da necessidade avistada por HANS KELSEN, em atenção aos anseios europeus da época, de tolher dos juízes e tribunais ordinários a faculdade de negar aplicação à lei quando a considerassem contrária à Constituição. Com esta providência, afastou-se o temor do risco imposto pelo *governo dos juízes*.¹⁰⁹ Para atender a tal desiderato, formulou-se um esquema organizatório do poder no qual a competência para aplicar a lei ao caso concreto e a competência para apreciar a compatibilidade em abstrato estavam alocadas a órgãos distintos. Ao Tribunal Constitucional, estranho à estrutura ordinária do Poder Judiciário e de composição política, incumbia exercer uma função legislativa negativa,¹¹⁰ afastando a norma do ordenamento, para todos os efeitos, com eficácia *erga omnes*, mediante a adoção de um processo especial de invalidação das leis federais e provinciais, previsto na Constituição, sem resvalar na apreciação de casos concretos.¹¹¹ Engendrou-se, assim, um sistema de controle de constitucionalidade concentrado e por via principal, no qual estava vedada idêntica atribuição aos demais órgãos jurisdicionais.

¹⁰⁹ EDUARDO GARCIA DE ENTERRÍA relata que, à época da construção de HANS KELSEN, corria na Europa o temor de um governo dos juízes. Filiados a movimentos como *Escola Livre do Direito*, *Comunidade do Povo* e *Livre Jurisprudência*, os magistrados rebelavam-se contra o conteúdo da lei e apoiavam-se em formulações abstratas e gerais de certos princípios constitucionais para julgar (ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. **La Constitución como norma y el tribunal constitucional** cit., p. 64). Proibindo os juízes de inaplicar a lei sob o argumento de inconstitucionalidade, reforçavam-se os mecanismos de submissão da jurisdição à legislação (ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. **La Constitución como norma y el tribunal constitucional** cit., p. 64-65).

¹¹⁰ Para ELIVAL DA SILVA RAMOS, KELSEN pretendeu qualificar a função como jurisdicional atípica e não como legislativa atípica (RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil...** cit., p. 143-144).

¹¹¹ “Se todo tribunal é competente para controlar a constitucionalidade da lei a aplicar por ele a um caso concreto, em regra, ele apenas tem a faculdade de, quando considere a lei como ‘inconstitucional’, rejeitar a sua aplicação ao caso concreto, quer dizer, anular a sua validade somente em relação ao caso concreto. A lei, porém, permanece em vigor para todos os outros casos a que se refira e deve ser aplicada a esses casos pelos tribunais, na medida em que estes não afastem também a sua aplicação num caso concreto. Se o controle de constitucionalidade das leis é reservado a um único tribunal, este pode deter competência para anular a validade da lei reconhecida como ‘inconstitucional’ não só em relação a um caso concreto mas em relação a todos os casos a que a lei se refira – quer dizer, para anular a lei como tal” (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. JOÃO BAPTISTA MACHADO. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 303).

Ainda com o escopo de impossibilitar aos juízes e aos tribunais negar aplicação à lei inconstitucional, de modo lógico e congruente com o seu raciocínio, HANS Kelsen rechaçou a construção norte-americana de sancionar o ato desconforme com a nulidade *ab initio*. Inicialmente, fundou sua teoria na ausência de distinção entre os conceitos de existência e validade do ato legislativo, de tal modo que os requisitos mínimos para a validade confundiam-se com os requisitos de existência:

“A afirmação de que uma lei válida é ‘contrária à Constituição’ (anticonstitucional) é uma *contradictio inadjecto*; pois uma lei somente pode ser válida com fundamento na Constituição. Quando se tem fundamento para aceitar a validade de uma lei, o fundamento da sua validade tem de residir na Constituição. De uma lei inválida não se pode, porém, afirmar que ela é contrária à Constituição, pois uma lei inválida não é sequer uma lei, porque não é juridicamente existente e, portanto, não é possível acerca dela qualquer afirmação jurídica. Se a afirmação, corrente na jurisprudência tradicional, de que uma lei é inconstitucional há de ter um sentido jurídico possível, não pode ser tomada ao pé da letra. O seu significado apenas pode ser o de que a lei em questão, de acordo com a Constituição, pode ser revogada não só pelo processo usual, quer dizer, por uma outra lei, segundo o princípio *lex posterior derogat priori*, mas também através de um processo especial, previsto pela Constituição. Enquanto, porém, não for revogada, tem de ser considerada como válida; e, enquanto for válida, não pode ser inconstitucional.”¹¹²

E, para que a lei permanecesse válida e eficaz até o pronunciamento do Tribunal Constitucional, obrigando a todos, inclusive aos juízes e aos tribunais ordinários, Kelsen proclamou a anulabilidade, em vários graus, como a única sanção adequada ao rechaço do ato desconforme:

“Dentro de um sistema de direito positivo, porém, não existe nulidade absoluta. Não é possível caracterizar como inválido *a priori* (nulo *ab initio*) um ato que se apresenta como legal. Somente a anulação de tal ato é possível; ele não é nulo, mas anulável, eis que não é possível afirmar que um ato é nulo sem que se responda à questão sobre quem tem competência para estabelecer tal nulidade. Uma vez que a ordem legal – a fim de evitar a anarquia – dá a certas autoridades o poder de definir se um ato é nulo, tal definição tem sempre um caráter constitutivo, e não declaratório. O ato somente é ‘nulo’ se a autoridade competente assim o declarar. Essa declaração é uma anulação, uma invalidação. Antes dela o ato não é nulo, pois se ‘nulo’ significa legalmente inexistente, e o ato precisa existir legalmente para poder ser objeto de julgamento por uma autoridade. (...)”¹¹³

Consoante observação de MAURO CAPPELLETTI, restou afirmada “(...) uma verdadeira *presunção de validade das leis* que tem efeito para todos os juízes com a única exceção da Corte Constitucional: uma *presunção* que, obviamente, não pode absolutamente ser configurada, ao invés, nos sistemas que adotaram o método de controle ‘difuso’ de constitucionalidade.”¹¹⁴ Privilegiou-se de certa forma a opinião do legislador, ao se

¹¹² Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito** cit., p. 300.

¹¹³ Kelsen, Hans. O controle judicial de constitucionalidade (Um estudo comparado das Constituições austríaca e americana). **Jurisdição Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 308.

¹¹⁴ Capelletti, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade...** cit., p. 85.

presumir a validade de sua produção enquanto intérprete da Constituição. Ao mesmo tempo, ao vedar ao juiz a inaplicação da lei, o sistema reforçou os mecanismos de submissão da jurisdição à legislação.¹¹⁵

Quanto ao modo de deflagração, no seu formato original, posto na Constituição de 1920, a pronúncia de inconstitucionalidade reclamava um pedido especial deduzido em uma ação própria, cuja legitimidade estava restrita a alguns órgãos políticos (Governo Federal e Governo dos Länder).¹¹⁶ Não havia vinculação a qualquer controvérsia ou pretensão concreta. Entretanto, por ocasião da revisão levada a cabo pela Emenda Constitucional de 7/12/1929, houve ampliação do rol de legitimados para a propositura da demanda, para alcançar dois órgãos integrantes da justiça ordinária, a Corte Suprema para as causas cíveis e penais e a Corte Suprema para as causas administrativas.¹¹⁷ Diante da nova proposta, os órgãos jurisdicionais referidos – e apenas estes – podiam, em face de uma controvérsia concreta, por via incidental, suscitar o pronunciamento de controle pelo Tribunal Constitucional.¹¹⁸ Abriam-se, pois, duas vias de deflagração do controle: (1) a principal, através do exercício do direito de ação, exercida por órgãos políticos; e (2) a incidental, suscitada por via de arguição, pelas Cortes Supremas, diante da necessidade para compor a controvérsia concreta. Por fim, em 1975: (1) as jurisdições de recurso também foram legitimadas para enviar à Corte Constitucional as questões de constitucionalidade relevantes sobre as leis que deviam aplicar;¹¹⁹ (2) um terço dos Deputados do Conselho Nacional recebeu autorização para controverter a constitucionalidade das leis perante a Corte Constitucional;¹²⁰ e (3) os indivíduos foram legitimados para controverter a constitucionalidade da lei federal que tivesse violado seus direitos, sem intermediação de decisão administrativa ou judicial.¹²¹ Ao cabo das reformas, entretanto, os juízes de rasa hierarquia continuaram sem a legitimidade para abster-se da aplicação da lei supostamente inconstitucional, ainda quando guardassem dúvida sobre a compatibilidade constitucional.

¹¹⁵ Cf. ENTERRÍA, Eduardo Garcia. Constituição como norma cit., p. 16.

¹¹⁶ Cf. CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade...** cit., p. 105.

¹¹⁷ Acerca das razões da revisão perpetrada pela Emenda Constitucional de 7/12/1929, essencialmente relacionadas à necessidade de ampliação do controle de constitucionalidade para questões diversas da quebra da repartição constitucional de competências, CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade...** cit., p. 106-107.

¹¹⁸ Cf. CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade...** cit., p. 105-106.

¹¹⁹ Cf. FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais** cit., p. 49.

¹²⁰ Cf. FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais** cit., p. 49.

¹²¹ Cf. FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais** cit., p. 50.

Quanto aos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade, o Tribunal Constitucional não declarava um vício congênito, mas desconstituía uma lei vigente, no desempenho de sua tarefa de legislador negativo. A lei inconstitucional era válida até a superveniência de decisão da Corte, por razão do princípio da certeza do direito. Tal circunstância qualificava o provimento jurisdicional como constitutivo negativo, dotando-lhe ordinariamente de eficácia *ex nunc*. Excepcionalmente, para afastar lacunas no ordenamento jurídico e permitir a aprovação de novo regulamento, a Constituição da Áustria facultava ao Tribunal Constitucional fixar a eficácia *pro futuro* à decisão, determinando o início da produção de efeitos em data posterior à publicação, observado o limite máximo de um ano. Com isto, permitia-se ao Legislativo adotar as providências necessárias para editar uma lei constitucionalmente adequada. Importante assentar que, em relação aos casos de provocação incidental pelas Cortes Supremas, admitidos pela Reforma Constitucional de 1929, a eficácia operava-se *ex tunc*, a fim de conformar a finalidade do instituto (necessidade de resolver casos concretos) ao próprio controle de constitucionalidade.

Quanto ao aspecto subjetivo, a declaração de inconstitucionalidade possuía eficácia geral, *erga omnes*. Assim, a pronúncia de inconstitucionalidade assemelhava-se à revogação geral da lei. Mediante esta providência, apartavam-se os efeitos indesejados percebidos por KELSEN na jurisdição constitucional de matriz americana:

“A desvantagem dessa solução consiste no fato de que os diferentes órgãos aplicadores da lei podem ter opiniões diferentes com respeito à constitucionalidade de uma lei e que, portanto, um órgão pode aplicar a lei por considerá-la constitucional, enquanto outro lhe negará aplicação com base na sua alegada inconstitucionalidade. A ausência de uma decisão uniforme sobre a questão da constitucionalidade de uma lei, ou seja, sobre a Constituição estar sendo violada ou não, é uma grande ameaça à autoridade da própria Constituição.”¹²²

O sistema proposto por HANS KELSEN galgou evolução e aprimoramento ao longo dos anos, especialmente em razão das contribuições de origem italiana e alemã.¹²³ Em linhas gerais, apresenta-se como um sistema de controle de constitucionalidade fundado nas seguintes características fundamentais:

a) *Quanto ao órgão incumbido do controle*: o hoje denominado sistema europeu de controle de constitucionalidade possui caráter preponderantemente repressivo, no qual o exercício da competência está *concentrado* em um único órgão especializado em jurisdição constitucional, alheio à estrutura do Poder Judiciário;

¹²² KELSEN, Hans. O controle judicial da constitucionalidade... cit., p. 303.

¹²³ Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais...** cit., p. 138.

- b) *Quanto ao modo de ativação*: associam-se a *via principal* e a *via incidental*;
- c) *Quanto aos efeitos da decisão de inconstitucionalidade*: a concentração da competência e a prevalência da sanção de anulabilidade asseguram à decisão de inconstitucionalidade eficácia *erga omnes*, bem como o diferimento ou a restrição dos efeitos do reconhecimento da inconstitucionalidade; e
- d) *Quanto à finalidade da jurisdição*: a decisão preocupa-se também com as consequências futuras de sua decisão, regulando os efeitos de sua decisão de acordo com as peculiaridades do caso concreto.

1.5.3 A natureza e os efeitos temporais do provimento jurisdicional de pronúncia de inconstitucionalidade: diferenças substanciais entre os sistemas-padrão

É relevante realçar a diferença substancial entre os sistemas-padrão, no concernente ao comportamento, no tempo, da pronúncia de inconstitucionalidade. Essa abordagem é feita por doutrina e jurisprudência sob a ótica da natureza do provimento jurisdicional, conhecida a partir da sanção aplicável a cada um dos sistemas-padrão.

Do que se infere da leitura dos parágrafos anteriores, diante dos delineamentos da doutrina estadunidense, a inconstitucionalidade é causa de absoluta nulidade do ato desconforme, de modo que o provimento jurisdicional que afirma a desconformidade no sistema norte-americano apenas declara um vício congênito. A decisão não constitui a relação de incompatibilidade, mas apenas reconhece vício contemporâneo à formação do ato, juntamente com a sanção decretada pela própria Constituição. A propósito, escreveu ELIVAL DA SILVA RAMOS:

“Ora, se é certo que o ato legislativo fulminado com nulidade *ab initio*, embora existente, não penetra no plano da validade, revelando incapacidade congênita para produzir efeitos, é natural que a decisão jurisdicional proferida a seu respeito posteriormente apresente uma aparência de retroatividade radical, com o que se costuma dizer que a decisão de controle produz efeitos *ex tunc*. No entanto, bem examinada a questão, verifica-se que se trata de um provimento jurisdicional (ou de uma decisão de questão prejudicial integrada aos fundamentos da sentença) de natureza meramente declaratória, consoante já houvera, irretorquivelmente, assinalado Alfredo Buzaid (...).”¹²⁴

Linhas à frente, destacou o mesmo professor:

“Em outras palavras, não é o provimento jurisdicional que reconhecendo a inconstitucionalidade do ato controlado, desconstitui os seus efeitos,

¹²⁴ RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil...** cit., p. 87.

retroativamente, desde a sua edição; o ato normativo controlado se caracteriza por uma ineficácia congênita, exatamente por haver sequer ingressado no plano da validade, ineficácia essa que é apenas reconhecida pela decisão de controle, decisão, insista-se, de natureza meramente declaratória. Portanto, nos sistemas jurídicos em que se adota a sanção de nulidade, para o ato inconstitucional a decisão de controle não apresenta propriamente efeitos retroativos; pode-se falar, sim, em uma aparência de retroatividade ou em uma retroatividade imprópria, que consiste, precisamente, no reconhecimento da sanção imposta *ab initio* pelo ordenamento.”¹²⁵

De fato, como corolário natural do sistema-padrão norte-americano e da teoria da nulidade que lhe é própria, tem-se que a decisão que reconhece a inconstitucionalidade tem caráter declaratório – e não constitutivo –, limitando-se a reconhecer uma situação preexistente (desconformidade do ato inconstitucional desde o momento de sua entrada no sistema). Ordinariamente, pois, atinge situações que ocorreram antes do advento da declaração de inconstitucionalidade.

Por seu turno, o segundo sistema-padrão cá discutido, de matriz europeia, funda-se na noção de que uma norma integrante do direito positivo, editada regularmente, não pode ser considerada nula *ipso jure*, mas apenas anulável por uma decisão proferida pelo Tribunal Constitucional. Em tais sistemas, a lei viciada pode produzir efeitos até a sua invalidação por sentença, o que é possível em virtude da validade provisória que se lhe atribui. Decorrência disso, o provimento jurisdicional da Corte que reconhece a inconstitucionalidade qualifica-se como constitutivo negativo, posto como instrumento de modificação de uma situação jurídica precedente. A propósito:

“De outra parte, se a sanção cominada para a lei inconstitucional é a de anulabilidade, deve-se ter em conta que goza ela de validade provisória ou condicional, decorrente de sua projeção no plano da validade, ainda que de forma defeituosa, o que lhe permite a produção de efeitos, pelo menos até o momento em que sobrevenha a decisão de controle. Embora esta apresente certo conteúdo declaratório, como toda e qualquer sentença de mérito, não há que questionar a sua natureza claramente constitutiva, na medida em que importa na modificação de uma situação jurídica preexiste, mediante a invalidação do diploma legal contraventor, sanção essa, é bem de ver, potencialmente prevista no próprio ordenamento jurídico, mas que somente é imposta por força do provimento jurisdicional.”¹²⁶

Quanto aos efeitos do provimento no tempo, diversamente dos sistemas de nulidade, no sistema de anulabilidade a decisão que aplica a sanção pode ou não apresentar efeitos retroativos, colhendo ou não situações no passado.

Diante do quadro gizado, o comportamento no tempo dos efeitos do provimento firmou-se, de modo interessante, como um ponto específico de diferença entre os sistemas-padrão. No americano, os efeitos do provimento sentir-se-ão de modo

¹²⁵ RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil...** cit., p. 88.

¹²⁶ RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil...** cit., p. 88.

retroativo; no europeu, em regra não haverá retroatividade, admitindo-se esta excepcionalmente. Efetivamente, como escreveu ELIVAL DA SILVA RAMOS:

“Entretanto, no que concerne à eficácia temporal das decisões de controle, o sistema de padrão europeu se aparta nitidamente do sistema estadunidense por acolher uma modalidade de sanção de invalidade distinta da que neste prevalece. De há muito, Pietro Calamandrei sublinhava que o sistema difuso desenvolvido na América é declarativo, com o que se quer dizer que o Poder Judiciário se limita a constatar a imposição de sanção de nulidade pelo próprio ordenamento, do que resulta uma aparência de retroatividade radical, que, na verdade, configura a mera declaração de invalidade *ab initio* do ato legislativo. No sistema europeu, ao contrário, a decisão jurisdicional que acolhe a impugnação feita ao ato legislativo apresenta caráter constitutivo, vale dizer, anula um ato que até então era válido. E, nesse caso, caberá à Constituição ou à legislação infraconstitucional (o que é mais frequente) disciplinar os efeitos temporais da anulação. (...)”¹²⁷

Como instrumento *ad hoc*, a modulação dos efeitos anulatórios do provimento, pois, é própria do sistema que reconhece a validade condicional do ato impugnado:

“A calibragem da eficácia temporal das decisões de controle, que somente a sanção de anulabilidade permite, constitui importante característica do sistema de fiscalização europeu, exatamente porque serve a múltiplas finalidades, todas afinadas com as exigências do Estado social de Direito. Assim, a invalidação retroativa, vale dizer, com efeitos a partir da publicação da decisão anulatória, permite resguardar, com amplitude máxima, as relações jurídicas estabelecidas sob o influxo da legislação discrepante da Lei Maior; já a anulação com efeitos retroativos restritos ou parciais pode ser utilizada na invalidação de legislação que, constitucional na origem, veio a se tornar inconstitucional; finalmente, pode-se anular a lei questionada com eficácia *pro futuro*, de modo a evitar um vazio na disciplina legislativa de determinada matéria, mormente diante de eventual inconveniência na eliminação da eficácia revogatória da lei impugnada, o que daria ensejo à restauração da vigência da legislação por ela revogada.”¹²⁸

1.6 A conformação do sistema brasileiro de controle jurisdicional de constitucionalidade

1.6.1 O desenvolvimento histórico do controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil

Com o intuito de identificar as principais marcas do regime jurídico de controle jurisdicional de constitucionalidade vigente no Brasil, denotando-lhe a influência na conformação dos sistemas-padrão antes referidos, se afigura indispensável lançar uma brevíssima digressão histórica.

A Constituição Política do Império do Brasil, de 25/03/1824, marcada fortemente pela concepção francesa de distribuição dos Poderes do Estado, não conferiu ao

¹²⁷ RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil...** cit., p. 164-165.

¹²⁸ RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil...** cit., p. 350-351.

Poder Judiciário a atribuição de proceder ao controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos do Poder Público. No bojo da Constituição Imperial, a guarda da supremacia era incumbência do Poder Legislativo.¹²⁹

O Decreto n.º 510, de 22/06/1890, ao publicar a Constituição provisória da República, arrolava, dentre as competências constitucionais do STF, o julgamento de recurso contra sentença da justiça dos Estados em última instância “(...) quando se contestar 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 considera válidos os atos, ou leis impugnadas” (art. 58, § 1º, alínea b).

O Decreto n.º 848, de 11/10/1890, que organizou a Justiça Federal, também preconizou a existência de recurso ao STF das sentenças definitivas proferidas pelos Tribunais e juízes dos Estados “(...) quando a validade de uma lei ou ato de qualquer Estado seja posta em questão como contrário à Constituição, aos tratados e às leis federais e a decisão tenha sido em favor da validade da lei ou ato” (art. 9º, parágrafo único, alínea b).

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24/02/1891, facultou o controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário. Apesar da previsão constitucional originária do STF para julgar recursos “*quando se questionar sobre a validade ou a aplicação de tratados e leis federais*” (art. 59, § 1º), houve dúvida do Poder Judiciário sobre o modo de exercício da função.¹³⁰ Incumbiu a Rui Barbosa definir os contornos do sistema, ao arrazoar *habeas corpus* impetrado em 1893, fortemente influenciado pelos princípios norte-americanos sobre o controle. Em breves linhas, o modelo adotado conferiu a todos os juízes e tribunais a competência para aferir a compatibilidade das leis e atos normativos, afastando-lhes a aplicação quando contrárias à Constituição, o que ensejou o desenvolvimento de um sistema de fiscalização difuso (aspecto orgânico), deflagrado por via incidental (quanto ao modo de atuar), com eficácia restrita às partes litigantes (aspecto subjetivo). Deliberada foi a intenção de não criar um

¹²⁹ Cf. BUENO, José Antônio Pimenta. **Direito Público Brasileiro e análise da Constituição do Império**. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça, 1958, p. 69. Ainda sobre as razões de inexistência do controle jurisdicional de constitucionalidade sob o império da Constituição de 1824, BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **A teoria das constituições rígidas** cit., p. 155-156.

¹³⁰ Cf. MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **A teoria das constituições rígidas** cit., p. 157. Mais do que a dúvida, JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES atribui o não exercício do controle à ausência de domínio da técnica por parte dos julgadores (ALVES, José Carlos Moreira. A evolução do controle de constitucionalidade no Brasil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **As garantias do cidadão na Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 2).

controle *in abstracto*: em observância às funções dos demais Poderes, o *judicial review* limita-se a “(...) um poder de hermenêutica, e não um poder de legislação.”¹³¹

A Lei n.º 221, de 20/11/1894, que determinou a organização da Justiça Federal no Brasil, explicitou a competência jurisdicional, ao preconizar no art. 13, § 10, que “juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição.”

A Reforma Constitucional de 1926 atribuiu competência expressa ao STF para julgar os recursos assentados na discussão “sobre a vigência ou a validade das leis federais em face da Constituição” (art. 60, § 1º, alínea a).

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16/07/1934, não alterou, em seus aspectos fundamentais, o sistema de controle de constitucionalidade engendrado pela Constituição anterior. Trouxe, contudo, importantes aperfeiçoamentos: (1) estabeleceu quórum para a declaração de inconstitucionalidade, inspirado no princípio do *full bench* existente nos tribunais americanos (art. 179); (2) atribuiu ao Senado Federal competência para suspender, em caráter geral, a execução de norma declarada inconstitucional pelo STF (art. 91, IV e art. 96); e (3) instituiu a representação interventiva, de atribuição do Procurador Geral da República e de competência do STF, cabível nas hipóteses de ofensa aos princípios constitucionais sensíveis (art. 12, V, § 2º).

Importante notar que, a partir da Constituição de 1934, foram deflagradas alterações no sistema de controle, com o intuito de conferir-lhe maior estabilidade em relação às questões constitucionais. Com efeito, apesar de nitidamente inspirado no modelo norte-americano, não houve a adoção do instituto do *stare decisis*, de modo a demandar a criação de outros mecanismos tendentes a uniformizar a jurisprudência e evitar decisões destoantes em matéria constitucional.¹³² Observa-se que a “(...) fiscalização de padrão americano sempre acarreta certa falta de uniformidade nas decisões de controle, na medida em que são provenientes de múltiplos órgãos judiciários, que decidem com eficácia *inter partes*”, consoante constata ELIVAL DA SILVA RAMOS.¹³³

¹³¹ BARBOSA, Rui. **Atos inconstitucionais** cit., p. 85.

¹³² A respeito da não adoção do *stare decisis* e da evolução normativa brasileira no intuito de suprir a ausência do instituto, AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello. Controle de constitucionalidade: evolução brasileira determinada pela falta do *stare decisis*. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, v. 101, p. 133-148, jun. 2012, p. 140-141.

¹³³ RAMOS, Elival da Silva. **Controle de Constitucionalidade no Brasil...** cit., p. 344.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10/11/1937, manteve o modelo encontrado por ocasião de sua outorga. Inovou, contudo, de modo negativo, ao facultar ao Poder Executivo considerar sem efeito a decisão de inconstitucionalidade, quando a lei declarada inconstitucional fosse confirmada pelo voto de dois terços de cada uma das Casas Legislativas, após provocação pelo Presidente da República (art. 96, parágrafo único). Permaneceu silente quanto à representação interventiva e à suspensão pelo Senado Federal da execução da lei declarada inconstitucional.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18/09/1946, retirou a possibilidade de descumprimento da decisão proferida pelo STF prevista no texto anterior, bem como manteve o modelo difuso-incidental, a representação interventiva e a possibilidade de suspensão pelo Senado, em caráter geral, da suspensão da lei declarada inconstitucional.

A Emenda Constitucional n.º 16, de 26/11/1965, fundou o controle de constitucionalidade dos atos normativos federais e estaduais por via principal, em razão da instituição da Representação Genérica por Inconstitucionalidade, de incumbência do Procurador Geral da República e de competência do STF, mecanismo análogo ao das Cortes Constitucionais europeias (nova redação do art. 101, inc. I, alínea k, da Constituição então vigente). Criou-se, aqui, instrumento de controle da própria validade da lei ou do ato normativo inconstitucional, com eficácia *erga omnes*.

A partir de referido instrumento normativo, instaurou-se no país um modelo misto ou eclético (quanto ao modo de atuar) de controle de constitucionalidade, passível de aferição mediante via incidental por todos os juízes e tribunais diante dos casos concretos postos à jurisdição, bem como mediante via principal, de competência privativa do STF (em relação às leis e atos normativos estaduais e federais em face da Constituição Federal) e dos Tribunais de Justiça (em face de leis e atos normativos municipais em face das Constituições Estaduais).

A Constituição do Brasil, de 24/01/1967, preservou o modelo implantado pelas Constituições anteriores, com algumas peculiaridades (v.g. não trouxe dispositivo acerca da possibilidade de representação genérica das leis municipais em face das Constituições Estaduais).

A Emenda n.º 1, de 17/10/1969, tornou a admitir a instituição, pelos Estados, da representação interventiva para preservar os princípios sensíveis indicados na Constituição

estadual (art. 15, § 3º, alínea d). No mais, manteve a disciplina da Constituição do Brasil, de 24/01/1967.

A Emenda n.º 7, de 13/04/1977, trouxe duas inovações: (1) instituição da representação para fins de interpretação da lei ou ato normativo federal ou estadual, de competência do STF (art. 119, I, “1”); e (2) criação da medida cautelar a ser requerida nas representações genéricas de inconstitucionalidade (art. 119, I, p).

1.6.2 O atual sistema de controle jurisdicional de constitucionalidade

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 05/10/1988, preservou o sistema de controle de constitucionalidade anteriormente estabelecido, em suas linhas fundamentais. O atual controle de constitucionalidade compreende: (1) o controle incidental, perante qualquer juízo ou tribunal, ante um caso concreto, respeitadas as regras processuais de distribuição de competências; (2) o controle principal, de competência originária do STF, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade (por ação e por omissão), da Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva,¹³⁴ da Ação Declaratória de Constitucionalidade e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental; e (3) o controle principal, de competência do Tribunal de Justiça, nos termos das Constituições Estaduais dentro da simetria ao modelo federal, para apreciar representação de inconstitucionalidade contra leis ou atos normativos estaduais ou municipais tendo como parâmetro a Constituição Estadual.

Algumas inovações apresentadas pela CRFB/88: (1) ampliação do rol de legitimados ativos para a propositura da ação direta genérica, com o fim do monopólio do Procurador-Geral da República (art. 103); (2) permissão aos Estados, no âmbito da Constituição regional, para instituir ação direta genérica para verificação da inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais (art. 125, § 2º); (3) instituição da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º) e do mandado de injunção (art. 5º, LXXI); e (4) a introdução da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (art. 102, parágrafo único).

¹³⁴ Ressalva-se que a natureza jurídica de ação não é ponto pacífico na doutrina. Qualificando a representação interventiva como controle político da conformidade à Constituição de atos normativos do Poder Público, afigura-se, dentre outras, a doutrina ELIVAL DA SILVA RAMOS (**Controle de constitucionalidade no Brasil...** cit., p. 419-427).

A Emenda n.º 3, de 17/03/1993, introduziu a Ação Declaratória de Constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (art. 102, inc.I, “a”), conferindo à sua decisão eficácia contra todos e efeito vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo (art. 102, § 2º). “O objetivo desta ação é o de prevenir litígios acerca da constitucionalidade ou não de normas federais no âmbito do controle difuso”, delata MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO.¹³⁵

A Lei n.º 9.868, de 10/11/1999, disciplinou o processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade. De um modo geral, compilou o entendimento jurisprudencial do STF sobre o tema, bem como incorporou à norma primária os preceitos veiculados no Regimento Interno do STF. Trouxe, outrossim, algumas inovações: (1) admitiu o *amicus curiae* nas ações diretas (art. 7º, § 2º); (2) facultou o recurso a informações técnicas, perícias ou audiências públicas para aclarar matérias de alta complexidade (art. 9º, § 1º); (3) disciplinou a concessão de medida cautelar nas ações diretas (art. 21); e (4) regulamentou a restrição dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade (art. 27).

A Lei n.º 9.882, de 3/12/1999, regulamentou a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental. Prevista atualmente no art. 102, § 1º da CRFB/88, terá cabimento quando, relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição, pretender-se evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. É instrumento subsidiário de controle objetivo, cabível quando não existir outro meio eficaz de sanar a lesividade. Do exame da arguição poderá resultar a declaração de inconstitucionalidade do ato normativo impugnado e a decisão de mérito terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.

A Emenda n.º 45, 30/12/2004, apresentou três importantes inovações: (1) estendeu os efeitos subjetivos das decisões de mérito proferidas pelo STF nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, conferindo-lhes eficácia vinculante; (2) instituiu o requisito de admissibilidade de recurso extraordinário denominado *repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso*; e (3) permitiu a edição das denominadas *súmulas vinculantes*.

Diante da evolução traçada, é possível extrair as seguintes características do vigente sistema de fiscalização jurisdicional de constitucionalidade.

¹³⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais...** cit., p.146.

(1) Em relação ao *sistema de controle*, a fiscalização judicial brasileira de constitucionalidade guarda notas do modelo americano, agregando-as a outras próprias da experiência austríaca. Cuida-se de um sistema misto quanto ao aspecto modal, no qual se evidencia a possibilidade de o controle ser exercido por via incidental (a questão de constitucionalidade é resolvida na fundamentação do julgado e serve para compor a lide de um caso concreto) ou por via principal (a questão de constitucionalidade é o objeto principal do processo).

(2) Quanto ao *aspecto orgânico (ou da distribuição de competência para controle)*, o sistema é difuso.¹³⁶ Qualquer juiz ou tribunal, integrante de qualquer instância ou dotado de qualquer especialização, observadas as regras processuais de distribuição de competência, pode negar aplicação à lei, sob o pretexto de considerá-la inconstitucional, diante da análise de um caso concreto.

(3) Em relação aos *efeitos subjetivos*, impõe-se a distinção entre as decisões proferidas em sede de controle principal e o instaurado por via incidental. A declaração de inconstitucionalidade por via principal possui eficácia *erga omnes*, impondo-se à observância de todos, pessoas públicas ou privadas. De outro, o provimento jurisdicional que afirma a inconstitucionalidade em via incidental produz efeitos *inter partes*, apenas para superar a discussão constitucional erigida como antecedente à apreciação do mérito. A pronúncia de inconstitucionalidade, nesta última hipótese, agrega-se à motivação do julgado e não é alcançada pela coisa julgada material. Apenas por intermédio da edição de Resolução do Senado Federal, a decisão proferida em sede incidental adquire eficácia geral.¹³⁷

(4) No respeitante ao *parâmetro de controle*, a fiscalização de constitucionalidade toma por base toda a Constituição formal, incluindo regras e princípios constitucionais, implícitos e explícitos.¹³⁸ Não se admite, contudo, o confronto abstrato de

¹³⁶ A classificação proposta não leva em conta o controle da omissão (Cf. RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil...** cit., p. 249-250).

¹³⁷ Anote-se, contudo, a opinião divergente de GILMAR MENDES, para quem, em decorrência de mutação constitucional, dispensa-se a Resolução do Senado para conferir eficácia *erga omnes* às decisões proferidas pelo STF no controle difuso (MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 280).

¹³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 233. Entretanto, a noção é antiga. Em Portugal, no ano de 1915, JOÃO MARIA TELLO DE MAGALHÃES COLLAÇO já ensinava: “A lei não viola expressamente uma disposição constitucional, mas é declaradamente contrária aos *princípios* que a informaram? Da mesma maneira carece de legitimidade constitucional” (COLLAÇO, João Maria Tello de. **Ensaio sobre a inconstitucionalidade das leis no Direito Português**. Coimbra: França e Armênio Editores, 1915, p. 114-115).

ato normativo com Constituições não vigentes ou com o texto normativo originário revogado por emenda à Constituição.

(5) Em relação ao *objeto de fiscalização*, admite-se averiguar a compatibilidade de qualquer espécie de conduta, positiva (ação) ou negativa (omissão). *No concernente à ação*, no controle incidental, são passíveis de controle todas as espécies normativas elencadas no art. 59 da CRFB/88 que colidam frontalmente com a Constituição. No controle principal, são passíveis de confrontação leis e atos normativos federais e estaduais (ADIn) e leis e atos normativos federais (ADC).¹³⁹ Presentes certos requisitos, os atos municipais poderão ser objeto de controle abstrato, via ADPF. Os atos estaduais também são passíveis de controle principal local pelos Tribunais de Justiça, quando incorrem em contrariedade à Constituição Estadual. *No concernente à omissão*, duas formas foram viabilizadas para o controle: (1) o Mandado de Injunção, previsto no art. 5º, inc. LXXI, da CRFB/88, cujo escopo é tutelar direito subjetivo de exercício inviabilizado por ausência de norma regulamentadora, ante um caso concreto; e (2) a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, em via abstrata, cujo escopo é constatar a inação e notificar os Poderes competentes para a adoção das providências cabíveis.

1.6.3 A sanção e o regime jurídico sancionatório preconizados ao ato inconstitucional pelo ordenamento brasileiro

No Direito Brasileiro, a sanção de nulidade com efeitos absolutos foi amplamente recepcionada como artifício a ser manejado contra a agressão da supremacia das normas constitucionais, não importando, para tal constatação, as modalidades de controle jurisdicional instituídas. Cuida-se de nulidade com efeitos retroativos plenos, confundida, muitas vezes e indevidamente, com a própria inexistência da lei.¹⁴⁰

A escolha da modalidade sancionatória e do respectivo regime jurídico se deu por vigorosa atuação de RUI BARBOSA, na disseminação do controle jurisdicional de constitucionalidade em solo pátrio, nos primórdios do período republicano. De fato, em razões finais de primeira instância apresentadas nos autos de ação de reparação civil

¹³⁹ Aqui incluídos os regulamentos (autônomos e de execução), bem como os atos administrativos-normativos dos Poderes Legislativo e Judiciário.

¹⁴⁰ Como exemplo, certamente por influência do direito norte-americano, que propagou a ideia de que a expressão lei inconstitucional configura uma contradição em si, FRANCISCO CAMPOS qualificava a lei inconstitucional como inexistente (CAMPOS, Francisco. **Direito Constitucional**. Vol. I. São Paulo: Freitas Bastos, 1956, p. 49).

aforada por militares reformados e civis demitidos pelos Decretos de 7/04/1892 e 12/04/1892, referido jurista fundou as bases da posição sancionatória propagada no Direito Brasileiro em desfavor do ato inconstitucional.

Fortemente influenciado pela prática e pela doutrina norte-americana do final do século XIX, RUI BARBOSA avistou nas disposições da então vigente Carta Republicana campo fértil para replicar, em solo pátrio, os fundamentos do sistema-padrão dos Estados Unidos. Para tanto, após reconhecer a incompetência dos Poderes constituídos para procederem à alteração da Constituição,¹⁴¹ conferiu ao Poder Judiciário a atribuição de declarar a invalidade dos atos produzidos em contrariedade à norma superior e negar-lhes aplicação em relação a cada caso particular:

“Story demonstra lucidamente que ‘o poder de interpretar as leis envolve *necessariamente* a função de verificar se elas se conformam à Constituição, declarando-as vãs e insubsistentes, se a ofendem. Sendo a Constituição a suprema lei do país, em qualquer conflito entre ela e as leis, sejam estas dos Estados, ou do Congresso, é dever do Poder Judiciário aderir ao preceito, cuja obrigação for predominante. Essa consequência resulta da própria teoria da Constituição dos governos republicanos; porque, de outra sorte, os atos do Poder Legislativo e do Executivo seriam de feito supremos e incontrastáveis, não obstante as cláusulas limitativas, ou proibitivas, que a Constituição encerrasse, podendo-se tentar as usurpações de caráter mais suspeito e temeroso, sem nenhum remédio acessível aos cidadãos’.”¹⁴²

Manejando tais premissas, RUI BARBOSA logrou afastar os principais óbices levantados contra o controle de constitucionalidade, centrados basicamente no desequilíbrio entre os Poderes. Segundo a doutrina proposta, por intermédio do controle de constitucionalidade, o Poder Judiciário não ocupava os assentos legislativos, mas apenas negava a aplicação do ato impugnado ao caso concreto, preservando-o no ordenamento jurídico. De outro lado, a ideia de autocontenção judicial agradava ao próprio Poder Executivo, que se continuava como principal Poder da República, mantendo as linhas da tradição do Império.

Definidas as bases do sistema por RUI BARBOSA, a doutrina clássica encampou a nulidade como medida de combate ao ato desconforme. De tal sorte, em percuciente estudo sobre o Poder Judiciário sob o império da Constituição de 1937, CASTRO NUNES demonstrou a natureza da sanção aplicável por ocasião do exercício do poder de declarar a inconstitucionalidade das leis:

“É impróprio dizer-se que o Judiciário *anula* a lei inconstitucional. Anular seria revogá-la, cassá-la, declará-la sem efeito, atribuição *privativa* da legislatura da qual tenha emanado. Sentenças não podem *anular* leis, disse Rui Barbosa. ‘Uma coisa é *declarar a nulidade*. Outra, *anular*. Declarar nula uma lei é simplesmente

¹⁴¹ BARBOSA, Rui. **Atos inconstitucionais** cit., p. 40.

¹⁴² BARBOSA, Rui. **Atos inconstitucionais** cit., p. 55.

consignar a sua impossibilidade com a Constituição, lei primária e suprema. Não de o fazer, porém, na exposição das razões do julgado, como consideração fundamental da sentença, e não, em hipótese nenhuma, como conclusão da sentença e objeto do julgado.’

Tal é o que se poderia chamar – a técnica da declaração de inconstitucionalidade. Mas praticamente a lei declarada inconstitucional está ferida de morte. A decisão, ainda que em espécie, suprime-lhe virtualmente a autoridade na aplicação a casos idênticos. É desse ponto de vista que um dos mais autorizados expositores do moderno direito americano afirma que a decisão judicial opera como um verdadeiro veto, tornando a lei impugnada *inteiramente nula* (...).¹⁴³

Nessa mesma linha de compreensão, ALFREDO BUZAID, ao realizar estudos sobre a inovação posta pela Lei n.º 2.271, de 22/07/1954, invocou a aplicação da sanção de nulidade ao ato contrário aos preceitos constitucionais, em franca oposição aos pensamentos de HANS KELSEN, PONTES DE MIRANDA e CALAMANDREI:

“Apesar do brilho com que tão eminentes mestres procuraram atribuir caráter *constitutivo* à decisão que decreta a inconstitucionalidade, a nós nos parece que os seus ensinamentos não podem ser aplicados ao direito brasileiro, construído segundo condições peculiares à tradição americana, inteiramente diversa da linha de evolução do pensamento europeu. Sempre se entendeu entre nós, de conformidade com a lição dos constitucionalistas norte-americanos, que toda lei, adversa à Constituição, *é absolutamente nula; não simplesmente anulável*. A eiva de inconstitucionalidade a atinge no berço, fere-a *ab initio*. Ela não chegou a viver. Nasceu morta. Não teve, pois, nenhum único momento de validade.”¹⁴⁴

A despeito da evolução verificada no sistema de fiscalização da constitucionalidade no Brasil, desde a sua concepção até os dias atuais, com a introdução de mecanismos de controle em abstrato, a sanção para a invalidade manteve-se preservada.

Dentre a vasta bibliografia contemporânea, GILMAR FERREIRA MENDES reconhece pertencer à tradição do Direito Brasileiro a invocação da sanção de nulidade:

“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, segundo a qual ‘the unconstitutional statute is not law at all’, 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.”¹⁴⁵

De modo análogo, CLÊMERTON MERLIN CLÈVE aponta a sanção de nulidade como medida aclamada pelo sistema brasileiro de controle para repelir o ato inconstitucional, em razão da denotada influência da doutrina e jurisprudência americanas.¹⁴⁶ Ao cabo das considerações, salientou a natureza principiológica da norma impositiva da sanção:

¹⁴³ NUNES, Castro. **Teoria e prática do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 1943, p. 588-589.

¹⁴⁴ BUZAID, Alfredo. **Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1958, p. 128-129.

¹⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional...** cit., p. 317-318.

¹⁴⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade...** cit., p. 243-244.

“Conquanto a Constituição brasileira não disponha de modo expreso, como a portuguesa, a respeito da consequência (sanção) decorrente da inconstitucionalidade, a nulidade (e não a anulabilidade) do ato normativo viciado assume a configuração de verdadeiro princípio constitucional implícito.”¹⁴⁷

Por fim, à luz da atual conformação do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, que consagra a difusão, ELIVAL DA SILVA RAMOS indica a sanção de nulidade como princípio constitucional implícito a ser oposto contra o ato inconstitucional:

“Importa, de outro lado, destacar que a nulidade da lei desconforme à Constituição é, no Brasil, princípio constitucional implícito, que não pode ser afastado pela legislação ordinária, mas isso, reitera-se, não em face da supremacia reconhecida à Carta Magna e sim em virtude das características básicas de nosso sistema de controle.”¹⁴⁸

No tocante à prática forense, desde o início da República a jurisprudência elegeu a nulidade com efeitos absolutos como modalidade sancionatória adequada, a ser reconhecida em decisão com eficácia plenamente retroativa, visando à reconstituição integral das situações jurídicas existentes antes da vigência da norma inválida.¹⁴⁹

Dessume-se, pois, que a nulidade das leis e atos normativos constitui princípio constitucional implícito, consagrado pela tradição da fiscalização no Brasil desde a sua origem e extraído pela doutrina e pela jurisprudência das características do sistema de controle de constitucionalidade. A reboque, por consectários lógicos, restou caracterizada a natureza declaratória da decisão que pronuncia a inconstitucionalidade, cujos efeitos reportam-se retroativamente ao nascimento da norma, extirpando-a juridicamente do sistema de direito positivo.

1.6.4 As propostas de alteração da sanção e do regime jurídico sancionatório

Após a absorção, de modo quase irrefletido, da doutrina norte-americana da sanção de nulidade com efeitos absolutos, algumas propostas foram apresentadas com o escopo de repensar o regime sancionatório da inconstitucionalidade no Brasil. Inseridas

¹⁴⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade...** cit., p. 245-246.

¹⁴⁸ RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil...** cit., p. 295. De peculiar, para alcançar a sobredita conclusão, o referido professor pressupõe que a definição da sanção não é realizada livremente pela legislação ou jurisprudência, mas guarda estreita vinculação com as características do sistema de controle efetivamente instituído (RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil...** cit., p. 121).

¹⁴⁹ Por todos, confira-se STF, ADIn 652, Tribunal Pleno, j. 02.04.1992, rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 02.04.1993, p. 5615, ementa 01698-03, p. 00610, *RTJ* 146-02/00461.

nos planos doutrinário, jurisprudencial e legislativo, as construções preconizavam alteração da própria modalidade sancionatória (de nulidade para anulabilidade), da natureza do provimento jurisdicional (de declaratório para constitutivo) ou dos efeitos desencadeados pela pronúncia de inconstitucionalidade (de absolutos para relativos).

Em seara doutrinária, na obra *Comentários à Constituição de 1946*, FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA¹⁵⁰ propôs aprofundamento teórico sobre a natureza e a eficácia das decisões sobre a inconstitucionalidade. Para firmar o seu raciocínio, partiu de duas premissas: (1) “[a] lei que tem vício de inconstitucionalidade existe, pôsto que nulamente”;¹⁵¹ e (2) “[as] regras jurídicas que violam a Constituição são regras jurídicas nulas, porém eficazes enquanto não são desconstituídas de acordo com a Constituição mesma.”¹⁵² Ao final, concluiu que a decisão que pronuncia a desconformidade detém a natureza constitutiva negativa, afastando-lhe a clássica nota de mera declaração:

“Enquanto não se lhe decreta a nulidade por inconstitucionalidade, a regra jurídica é eficaz: há lei, e os juízes e tribunais *podem e devem* aplicá-la; para que *possam e devam não na aplicar*, é preciso que preceda desconstituição *in casu*, de modo que, decidida a *quaestio iuris praeiudicialis* da inconstitucionalidade da regra jurídica, a questão principal tenha de atender a êsse julgamento prévio. A eficácia da decisão na questão de direito, prejudicial, é *ex tunc*.”¹⁵³

Amparada nos ensinamentos de HANS KELSEN, REGINA MARIA MACEDO NERY FERRARI sustentou o reconhecimento da validade e da eficácia do ato até a afirmação de sua incompatibilidade, resguardando a segurança dos atos praticados sob o império de uma lei considerada inconstitucional:

“A lei inconstitucional existiu, validamente, até o momento do pronunciamento da decisão que assim a considera. Dizer que a mesma é simplesmente nula, já que inválida desde o início, como se não tivesse existido, e que tal característica foi apenas constatada através de uma sentença declaratória, é esquecer que toda lei nasce com a presunção de validade do mundo jurídico, gera direitos, deveres e efeitos no plano do ser físico, e neste não há ato humano nulo ou anulável, visto que, uma vez praticado, jamais deixará de ter sido, ‘pois fora do mundo jurídico não há reversibilidade do tempo’.”¹⁵⁴

¹⁵⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1946*. Tomo II. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960, p. 413-421.

¹⁵¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1946* cit., p. 487.

¹⁵² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1946* cit., p. 487.

¹⁵³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1946* cit., p. 487. Recentemente, a proposta de PONTES DE MIRANDA foi ratificada POR FREDIE DIDIER JR., PAULA SARNO BRAGA e RAFAEL OLIVEIRA: “(...) a ADIN, por sua vez, é ação constitutiva negativa, visto que seu intuito é extinguir (desconstituir, aplicar a sanção da invalidade) situação jurídica existente de validade (presumida) do ato normativo” [DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Aspectos processuais da ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e da ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade). In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Ações constitucionais* cit., p. 421].

¹⁵⁴ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 283.

Noutro contexto, afeto aos trabalhos forenses, com vistas à proteção das situações jurídicas praticadas sob o império da lei desconforme, em julgado no qual figurou como relator no STF, o Min. LEITÃO DE ABREU defendeu a posição de que a decisão que reconhece a incompatibilidade seria desconstitutiva e o ato inconstitucional, apenas anulável, ainda que de modo retroativo. Nas palavras do então ministro:

“Acertado se me afigura, também, o entendimento de que não se deve ter como nulo *ab initio* ato legislativo, que entrou no mundo jurídico munido de presunção de validade, impondo-se, em razão disso, enquanto não declarado inconstitucional, à obediência pelos destinatários dos seus comandos. Razoável é a inteligência, a meu ver, de que se cuida, em verdade de ato anulável, possuindo caráter constitutivo a decisão que decreta nulidade.”¹⁵⁵

No entanto, os fundamentos engendrados pelo Min. LEITÃO DE ABREU não tiveram o condão de convencer os seus pares, integrantes da mais alta Corte de Justiça do país, que se mantiveram fiéis à doutrina clássica da nulidade.

Na década de setenta, o STF atenuou o rigor dos efeitos absolutos da nulidade do ato inconstitucional, amparado na teoria da aparência (funcionário de fato), com o escopo de preservar certos atos praticados por funcionário público investido no cargo por força de atos posteriormente declarados inconstitucionais (RE 79.628/SP, RE 78.209/SP, RE 78.594/SP e RE 78.533/SP). Em outros casos submetidos à apreciação, já na década de noventa o STF afastou a repetição de verbas alimentares percebidas por servidores públicos (RE 122.202/MG e RE 105.789/MG). Baseou-se, para tanto, nas justificativas de boa-fé e confiança, bem como da não perturbação social. Não houve alteração, atente-se, da modalidade sancionatória aplicada pela Corte, mas mera atenuação do regime jurídico da nulidade com efeitos absolutos para preservar certos atos concretos de aplicação da lei.

Recorde-se, por fim, o teor da Súmula 05 do STF – “A sanção do projeto supre a falta de iniciativa do Executivo.” Segundo doutrina de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, referido verbete teria atenuado a concepção de que o ato inconstitucional é sempre nulo e írrito.¹⁵⁶

No campo legislativo, algumas propostas também foram formuladas. A primeira delas remonta ao Anteprojeto da Constituição de 1934, de lavra da Comissão do Itamaraty, constituída pelo Decreto n.º 21.402, de 14/05/1932, que idealizou um sistema de fiscalização de constitucionalidade nos padrões europeus, com concentração de

¹⁵⁵ Excerto do voto proferido no RE 79.343-BA, 2.ª T., j. 31.05.1977, DJU 02.09.1977, RTJ 82/791.

¹⁵⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais...** cit., p. 127. Sobre a incorreção do entendimento consolidado na Súmula 5 do STF, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Convalidação da lei editada com vício de iniciativa em torno da Súmula n. 5 do Supremo Tribunal Federal. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**. Brasília: Tribunal Regional Federal da 1ª Região, v. 8, p. 21-26, jan./mar. 1996, p. 26.

competência em uma Corte de Justiça responsável pela jurisdição constitucional, esteado na modalidade sancionatória de anulabilidade.¹⁵⁷

Na mesma senda, por ocasião dos trabalhos da Constituinte que antecedeu a Constituição de 1934, deliberadamente inspirado no modelo kelseniano, o Deputado NILO ALVARENGA sustentou a criação de uma Corte Constitucional, com monopólio da jurisdição constitucional, cuja decisão anulatória produziria efeitos *erga omnes* na data da sua publicação.¹⁵⁸

A Constituinte de 1987-1988 rejeitou proposta que conferia ao STF aferir se a declaração de inconstitucionalidade em controle principal teria eficácia *ex tunc* ou *ex nunc*. Destaca-se, neste sentido, o teor da proposição de modificação do projeto, Emenda n.º 393, de lavra do parlamentar MAURÍCIO CORRÊA, rejeitada por 249 votos contra 182 que a aprovava:

“art. 127 (...)

§ 2º Quando o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, determinará se eles perderão a eficácia desde a sua entrada em vigor, ou a partir da publicação da decisão declaratória.”

Ainda no procedimento de elaboração da Constituição de 1988, a Emenda Substitutiva n.º 1.916 ao Projeto tentou instituir o Tribunal Constitucional e limitar a retroatividade da decisão de inconstitucionalidade:

“art. 126 (...)

¹⁵⁷ Sobre a proposta, elucida ELIVAL DA SILVA RAMOS: “Não obstante o anteprojeto silenciasse quanto aos efeitos temporais da decisão supostamente ‘declaratória’ de inconstitucionalidade, havia na proposta elementos que permitiam a identificação da imposição de sanção de anulabilidade ao ato legislativo infrator, com amplos efeitos retroativos. De fato, constatava-se a presença das condições necessárias à estruturação de um sistema sancionatório de anulabilidade, ou seja, a concentração e os efeitos gerais da decisão de controle, anulação essa que, à falta de restrição expressa e diante da prática por quatro décadas do sistema de nulidade, certamente se processaria da forma mais amplamente retroativa possível. Ainda nesse tópico, é relevante observar que o *caput* do art. 57 estipulava um prazo de cinco anos para que se pudesse arguir incidentalmente a inconstitucionalidade de uma lei federal, importando o seu decurso na convalidação do ato legislativo viciado, o que reforça a identificação de um sistema sancionatório de anulabilidade” (RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil...** cit., p. 189-190).

¹⁵⁸ Acerca da passagem histórica, anota GILMAR FERREIRA MENDES: “Afigura-se relevante observar que, na Constituinte de 1934, foi apresentado projeto de instituição de uma Corte Constitucional, inspirada no modelo austríaco. Na fundamentação da proposta referia-se diretamente ao *Referat* de Kelsen sobre a essência e o desenvolvimento da jurisdição constitucional (*Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*). Segundo esse projeto, a Corte Constitucional seria composta por nove membros escolhidos pelo Supremo Tribunal Federal (2), pelo Parlamento Nacional (2), pelo Presidente da República (2) e pela Ordem dos Advogados do Brasil (3). Deveriam ser eleitos, igualmente, nove suplentes. Esse projeto confiava à Corte Constitucional o monopólio de censura das leis federais e estaduais. Assim, deveriam juízes ou Tribunais, em caso de inconstitucionalidade de uma lei, suspender os processos a eles afetos e submeter a questão à Corte. Essa proposta previa, igualmente, a instituição de uma ação popular de inconstitucionalidade, o que destaca ainda mais a influência direta de Kelsen. O projeto foi rejeitado sem maiores discussões pela Assembleia Constituinte” (MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional...** cit., p. 29-31).

§5º. Quando a Corte declarar a ilegitimidade constitucional de uma norma legal ou de um ato com força de lei, a norma deixa de ter eficácia a partir do dia imediato à publicação da sentença.

§ 6º. Não tem efeito retroativo a sentença do Tribunal que declara a inconstitucionalidade de uma norma, no todo ou em parte.”

O Congresso Constituinte não acolheu a proposta.¹⁵⁹

O processo de Revisão Constitucional de 1994 também cogitou, sem êxito, da possibilidade de facultar, ao STF, a limitação dos efeitos retroativos de suas decisões infirmatórias de constitucionalidade. De lavra do Deputado Federal NELSON JOBIM, a Proposta de Emenda Constitucional de Revisão ao art. 103 introduzia-lhe o parágrafo 5º, *in verbis*:

“art. 103 (...)

§ 5º. Quando o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade, em tese, de lei ou ato normativo, poderá determinar, por maioria de dois terços dos votos de seus membros, que estes deixarão de produzir efeito a partir do trânsito em julgado da decisão.”

Em 1997, logrou o Poder Executivo encaminhar ao Congresso Nacional projeto de sua iniciativa,¹⁶⁰ com o intuito de regulamentar, dentre outros aspectos, a possibilidade de restrição temporal dos efeitos das decisões do STF por ocasião da pronúncia de inconstitucionalidade. Constou da Exposição de Motivos 189, de 7/04/1997, do Senhor Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República:

“(…) Coerente com evolução constatada no Direito Constitucional comparado, a presente proposta permite que o próprio Supremo Tribunal Federal, por uma maioria diferenciada, decida 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, de outro (art. 27). Assim, o princípio da nulidade somente será afastado ‘in concreto’ se, a juízo do próprio Tribunal, se puder afirmar que a declaração de nulidade acabaria por distanciar-se ainda mais da vontade constitucional.

Entendeu, portanto, a Comissão que, ao lado da ortodoxa declaração de nulidade, há de se reconhecer a possibilidade de o Supremo Tribunal, em casos excepcionais, mediante decisão da maioria qualificada (dois terços dos votos), estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, proferindo a inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* ou *pro futuro*, especialmente naqueles casos em que a declaração de nulidade se mostre inadequada (v.g.: lesão positiva ao princípio da isonomia) ou nas hipóteses em que a lacuna resultante da declaração de nulidade possa dar ensejo ao surgimento de uma situação ainda mais afastada da vontade constitucional. (...)”¹⁶¹

¹⁵⁹ Diário da Assembleia Nacional Constituinte, 7 de abril de 1988, p. 9055-9062.

¹⁶⁰ “Sendo fruto da iniciativa do Poder Executivo, o anteprojeto da Lei n. 9.868/99, depois transformado em projeto, foi elaborado por uma comissão de juristas composta pelos professores Ada Pellegrini Grinover, Álvaro Villaça Azevedo, Antonio Jamyr Dall’Agnol, Arnoldo Wald, Carlos Alberto Direito, Gilmar Ferreira Mendes, Luiz Roberto Barroso, Manoel André da Rocha, Roberto Rosas, Ruy Rosado de Aguiar Júnior e Antônio Herman de Vasconcelos Benjamin e presidida pelo professor Caio Tácito” (BARBOSA SOBRINHO, Osório Silva. **Comentários à Lei n. 9.868/99: processo do controle concentrado de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 1).

¹⁶¹ O conteúdo integral da exposição de motivos figura em apêndice da obra de OSWALDO LUIZ PALU (PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade...** cit., p. 338-346).

O projeto de lei foi aprovado e a modulação temporal de efeitos incorporada ao Direito Positivo Brasileiro por intermédio do art. 27 da Lei n.º 9.868/99. Disposições semelhantes foram renovadas na Lei n.º 9.882/99 (que regulamenta a ADPF)¹⁶² e na Lei n.º 11.417/06 (que regulamenta a súmula com efeito vinculante).

Curioso observar, desde logo, que a legislação infraconstitucional trouxe possibilidade mais ampla do que as propostas anteriores de regulamentação constitucional, a fim de incluir, dentre as previsões normativas de alteração dos efeitos ordinários da pronúncia de inconstitucionalidade, a admissão da produção de efeitos *pro futuro* à lei inconstitucional.

1.6.5 Os efeitos ordinários da decisão de inconstitucionalidade sobre o plano normativo e sobre o plano normado

Em relação ao provimento jurisdicional que veicula a sanção de nulidade no Brasil, impõe-se verificar quais são os efeitos ordinários da decisão, tomando-se em consideração, *pari passu*, o plano normativo e o plano normado.

Antes de tudo, em razão da constante utilização genérica do conceito sem precisão técnica, convém esclarecer o sentido ora atribuído ao signo *efeito*. Para tanto, colhe-se como didático o conceito elaborado por PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON, para quem efeitos “(...) nada mais são do que consequências naturais da eficácia de um determinado ato jurídico.”¹⁶³ Cuida-se de algo posterior, diverso e externo, portanto, ao próprio conteúdo do ato.¹⁶⁴

Isso posto, tomando por linha de partida o *controle de constitucionalidade em concreto*, verifica-se que a fiscalização é realizada durante o desempenho normal da função judicial, com a especial finalidade de resolver uma questão jurídica. Diante de um caso concreto submetido à apreciação, o juiz ou o Tribunal verificará a compatibilidade da norma ao parâmetro superior, sendo que, constatada a inconstitucionalidade, restará

¹⁶² O anteprojeto de Lei 9.882/1999 foi elaborado por uma comissão de cinco professores universitários: Celso Bastos, Gilmar Mendes, Oscar Corrêa, Arnaldo Wald e Ives Gandra da Silva Martins (cf. Portaria nº 572, de 7/07/1997, do Ministério da Justiça).

¹⁶³ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Eficácia das decisões e execução provisória**. São Paulo: RT, 2000, p. 147.

¹⁶⁴ Clara é a lição de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA: “O efeito é algo que está necessariamente, por definição, fora daquilo que o produz, quer se trate de fato natural, quer de ato jurídico. Padece de contradição a ideia de um efeito ‘incluso’ no ato jurídico. O que nele está incluso são os elementos de seu conteúdo” [MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual (Quarta série)**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 176].

afastada a aplicação da norma para compor a lide. A declaração de inconstitucionalidade é enfrentada como mera questão prejudicial à análise do mérito concernente ao pedido principal, de modo incidental, sem integrar a parte dispositiva do julgado ou restar acobertada pela autoridade da coisa julgada material.

Trata-se, na realidade, da determinação de ineficácia do ato (inaptidão para a produção de efeitos jurídicos típicos) perante a situação singular *sub judice*. A lei continuará a deter presunção de validade, regendo outras hipóteses, com exceção, é claro, da tratada na relação jurídica havida entre as partes litigantes, no âmbito do litígio. Não haverá alteração no plano abstrato: o objeto do pedido não é o ataque à lei, mas defesa de interesse jurídico controvertido entre partes antagônicas. “A via de defesa ou de exceção limita-se a subtrair alguém aos efeitos de uma lei ou ato...”, conforme conclusão de CELSO RIBEIRO BASTOS.¹⁶⁵

A atribuição de eficácia *erga omnes* demandará o reconhecimento da inconstitucionalidade pelo STF (por via recursal ou por competência originária) e a concreção pelo Senado Federal da providência legiferante discricionária prevista no art. 52, inc. X, da CRFB/88 (suspensão da execução do ato ou da lei). Haverá *repristinação* da norma sucedida pela norma inconstitucional somente para regência do caso particular posto à apreciação do Poder Judiciário.¹⁶⁶

Nesse cenário, a declaração incidental de inconstitucionalidade limita-se a influenciar o julgamento da lide principal, mediante a isenção por parte do interessado do cumprimento da lei ou do ato produzido em desacordo com a Constituição (eficácia intraprocessual).¹⁶⁷ Por derivação do julgado, não restará habilitada a produção direta de qualquer efeito externo ao processo, mas tão somente a conformação do conteúdo do próprio ato decisório.

O *controle de constitucionalidade em abstrato* apresenta outras características. A fiscalização é exercida de modo desvinculado de qualquer caso concreto e tem por objeto a proteção do próprio ordenamento jurídico. Com a afirmação da nulidade da lei inconstitucional, no plano abstrato, o comando enseja a certeza pretendida pelo demandante, extensível a todos os sujeitos submetidos à jurisdição do STF pelo efeito *erga*

¹⁶⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional** cit., p. 399.

¹⁶⁶ Consigne-se que a declaração de inconstitucionalidade não induz propriamente à repristinação do direito anterior, por que: (1) a declaração de inconstitucionalidade não significa a revogação da lei ou do ato normativo inconstitucional; e (2) sob outro prisma, o ato desconforme sequer chegou a revogar o direito anterior ao seu advento.

¹⁶⁷ Cf. MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 740.

omnes, no que toca ao reconhecimento de um vício congênito, do qual decorrem a invalidez *ab initio* da norma impugnada e o restabelecimento da integridade da ordem normativa. A declaração de inconstitucionalidade fica alcançada pela autoridade da coisa julgada, projetando o resultado do julgamento para processos futuros. Prescindível, nesta hipótese, até mesmo a adoção da comunicação ao Senado Federal para os fins do art. 52, inc. X, da CRFB/88.¹⁶⁸ Para além da eficácia *erga omnes*, as decisões definitivas de mérito proferidas pelo STF nas ações direta de inconstitucionalidade apresentam efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública, nos termos do art. 102, § 2º da CRFB/88 (com redação determinada pela EC 45/03). Ainda, por força da declaração com força aparentemente retroativa, outro efeito advém no plano normativo: a *repristinação* do direito sucedido pela norma declarada inválida.

Desse modo, a superveniência da declaração de inconstitucionalidade em abstrato possui a virtude de prontamente restabelecer a ordem jurídica objetiva violada por ocasião da edição do ato contraventor. Decorre da lógica inerente à decisão de invalidade a eliminação jurídica da norma eivada de inconstitucionalidade do ordenamento jurídico, uma vez proscria a possibilidade de incidência posterior.¹⁶⁹

Quanto às consequências da declaração de inconstitucionalidade no plano da realidade fática, os atos e negócios jurídicos pretéritos praticados sob o influxo da lei ou ato normativo considerado inconstitucional ficam sujeitos à eventual pretensão desconstitutiva da parte interessada, porque realizados sem o amparo de fundamento constitucional válido.¹⁷⁰ “Naturalmente, localizado um vício num determinado ato, não terão validade jurídica as situações por ele amparadas e nas quais tenha ele se desenvolvido”, enfatiza JOSÉ LUIZ DE ANHAIA MELLO.¹⁷¹

Todavia, o reflexo do conteúdo da decisão no plano normado não se encerra necessária e automaticamente. Conforme salientado, a tutela declaratória apenas possui o

¹⁶⁸ Note-se que, no passado, houve discussão acerca da necessidade de edição da Resolução do Senado nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade em tese. A propósito do tema, CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade...** cit., p. 117.

¹⁶⁹ Cf. MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional. Tomo II: o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio.** Coimbra: Coimbra Ed., 2005, p. 222. De modo mais específico, LUÍS ROBERTO BARROSO sustenta que o plano atingido pela declaração de inconstitucionalidade é o da vigência: “Não há um ato formal no plano da existência da norma. Mas, considerando que a *vigência* de um ato normativo é a soma de sua existência e de sua eficácia, é possível afirmar que a lei declarada inconstitucional já não está mais vigente” (BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade...** cit., p.224).

¹⁷⁰ Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 35.

¹⁷¹ MELLO, José Luiz de Anhaia. **Da separação de poderes...** cit., p. 81.

condão de sanear o plano normativo violado, sem o condão de influir diretamente na realidade fática subjacente. O excerto do voto proferido pelo Min. MOREIRA ALVES, por ocasião da apreciação da Representação n.º 971-RJ demonstra a finalidade meramente objetiva da declaração de inconstitucionalidade:

“A meu ver, a ação direta de declaração de inconstitucionalidade existe para tutelar a ordem jurídica objetiva, por isso nela se julga a inconstitucionalidade da lei em tese. Ela tutela a ordem jurídica vigente, e não a ordem jurídica passada, a ordem jurídica histórica. Os efeitos concretos que dela nasceram e que permanecem devem ser atacados em ação própria, e não indiretamente, por meio excepcional, que só se criou para fazer respeitar, no terreno do direito objetivo o princípio da hierarquia das leis. (...)”

Na mesma trilha, em parecer relacionado ao tema tratado, intitulado *Declaração de inconstitucionalidade de dispositivo normativo em sede de juízo abstrato e efeitos sobre os atos singulares praticados sob sua égide*, CLÊMERTON MERLIN CLÈVE evidencia que os efeitos produzidos pela declaração de inconstitucionalidade em abstrato limitam-se, de modo imediato, ao plano normativo:

“Parece claro, portanto, que o controle concentrado de normas, instrumentalizado pela ação direta de inconstitucionalidade, produz efeitos no plano normativo, atuando como verdadeira *atividade legislativa negativa*, protegendo a ordem constitucional objetiva pela retirada, com efeitos *ex tunc*, na norma viciada. A decisão, todavia, porque não trata dos efeitos concretos virtualmente produzidos e, ainda, porque ignora a natureza das relações que nasceram sob a égide da lei fulminada, não é suficiente para desconstituir, automaticamente, por si só, as situações jurídicas de vantagem eventualmente instauradas.”¹⁷²

De modo análogo, GILMAR FERREIRA MENDES analisa a influência da decisão de inconstitucionalidade nos distintos planos, tecendo comparações ao direito alemão, para ao final concluir que a declaração infirmatória da constitucionalidade não enseja a instantânea depuração da realidade fática, confinando-se a criar condições para a futura eliminação dos atos singulares ainda suscetíveis de revisão ou impugnação, não alcançados por fórmulas de preclusão.¹⁷³

A alteração da realidade fática caracterizada durante a permanência precária da norma inconstitucional no ordenamento jurídico reclama a concreção de providência voluntária dos interessados ou, acaso inviabilizada, a postulação de tutela, de natureza

¹⁷² CLÈVE, Clèmerson Merlin. Declaração de Inconstitucionalidade de dispositivo normativo em sede de juízo abstrato e efeitos sobre os atos singulares praticados sob sua égide. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, v. 5, p. 279-307, abr./jun. 1997, p. 296.

¹⁷³ MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 471. RUI MEDEIROS, com boa precisão técnica, também dissocia a retroatividade incidente sobre o plano normativo da retroatividade incidente sobre o plano normado (MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade...** cit., p. 539). Em especial, destaca a importância da dissociação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade para precaver perturbação da paz social (MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade...** cit., p. 634).

cognitiva (constitutiva negativa), perante o Poder Judiciário.¹⁷⁴ Faz-se derivar, portanto, importante dissociação temporal e procedimental entre o conteúdo da declaração de inconstitucionalidade em abstrato e sua repercussão no plano concreto.

Convém, nesse ponto, observar pequena ressalva quanto ao quadro exposto. Em relação às relações jurídicas de caráter permanente, cuja gênese tenha ocorrido antes da pronúncia de inconstitucionalidade, a alteração do estado de direito incidirá, de modo imediato e automático, sobre os efeitos ainda não produzidos. Neste caso, incumbirá ao direito repristinado regular os efeitos futuros da relação jurídica, independentemente da promoção de qualquer medida de natureza desconstitutiva pelos interessados.

Em síntese, cinco efeitos ordinários podem ser detectados a partir da declaração de inconstitucionalidade em abstrato: (1) em ato, no plano normativo, retroatividade aparente dos efeitos da nulidade para eliminar a valia da norma inconstitucional do ordenamento desde a sua entrada em vigor; (2) em ato, ainda no mesmo plano, retroatividade dos efeitos sancionatórios para *repristinar* o direito *revogado* pela norma inconstitucional; (3) em ato, no plano normativo, o dever de observância da decisão definitiva de mérito proferida pelo STF no controle abstrato de constitucionalidade por parte de todos os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Direta e Indireta; (4) em potência, no plano normado, a caracterização de iliceidade dos atos de execução da lei ou do ato normativo inconstitucional, tornando-os suscetíveis de desconstituição; e (5) em ato, ainda no mesmo plano, a incidência do direito repristinado para reger os efeitos vindouros da relação jurídica de prestação continuada ou sucessiva, ainda que a gênese do ato ou negócio tenha ocorrido antes da decisão infirmatória da constitucionalidade.

Apresentados os efeitos ordinários das decisões proferidas no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, registre-se, ao final, incipiente movimento de equiparação, sustentado por parte da doutrina¹⁷⁵ e encampado por alguns ministros do STF.¹⁷⁶ Cumpre tecer referência aqui à pretensão de assimilar, ao menos em parte, os efeitos das decisões proferidas nos processos de controle concreto ao abstrato, conferindo

¹⁷⁴ Cf. ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças...** cit., p. 70.

¹⁷⁵ A propósito do tema, MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal, v. 162, p. 149-168, abr./jun. 2004, p. 165-166; MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010, p. 458.

¹⁷⁶ A discussão irrompeu no STF por ocasião do início do julgamento da Recl. 4.335-5/AC, mais precisamente nos votos proferidos pelos Ministros GILMAR MENDES e EROS GRAU, que pretenderam dotar de eficácia geral a tese prevalecente no julgamento do HC 82.959, prescindindo-se da atividade normativa do Senado Federal.

força vinculante aos motivos determinantes ou a *ratio decidendi* da decisão proferida em casos concretos.

É certo que o acolhimento da proposta dotaria o sistema de maior racionalidade e isonomia. O sistema de fiscalização concreta reencontraria em sua integridade o antigo modelo americano, orientado e harmonizado pelo *stare decisis*. Entretanto, os efeitos vinculantes e *erga omnes* concedidos ao controle judicial abstrato provêm de previsão constitucional, originária ou derivada. Ausente previsão específica na Constituição Federal e desautorizada a prática, seja pela tradição do controle de constitucionalidade ou por exigências de natureza democrática, incabível a equiparação de efeitos pretendida.¹⁷⁷

1.6.6 O marco inicial de eficácia do provimento jurisdicional que pronuncia a inconstitucionalidade

Por *eficácia* do provimento jurisdicional entende-se a aptidão da decisão para surtir os efeitos próprios.¹⁷⁸ Por *marco inicial da eficácia temporal* representa-se o momento no qual o provimento jurisdicional estará apto a produzir os efeitos.¹⁷⁹ Cuida-se, aqui, de apurar o termo inicial da força normativa do provimento jurisdicional, enquanto mero ato jurídico.

Para definição do momento a partir do qual a sentença irradia os seus efeitos, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO utiliza-se de critério centrado nas diferentes espécies de sentença de mérito:

“Toda decisão judiciária, ato estatal imperativo que é, tem vocação inata a produzir efeitos. Não seria necessária norma alguma que atribuísse essa aptidão, porque o exercício jurisdicional é apoiado no poder estatal e por isso a própria investidura dos juízes lhe confere a *capacidade de decidir imperativamente*. Assim como os atos administrativos e as leis, as decisões judiciárias são dotadas de uma *eficácia natural* – conceituada esta como capacidade própria de produzir efeitos. Os graus dessa natural vocação à efetividade variam de acordo com as diferentes espécies de sentenças de mérito, em razão da natureza dos diferentes

¹⁷⁷ Cf. STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. In: AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga de; TAVARES, André Ramos (coord.) **Constitucionalismo: os desafios no terceiro milênio**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 370.

¹⁷⁸ Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. **Doutrinas essenciais do Processo Civil**. Vol. 6. São Paulo: RT, 2011, p. 253-269.

¹⁷⁹ Cf. PINTO, Júnior Alexandre Moreira. **Conteúdos e efeitos das decisões judiciais**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 102.

efeitos de que são portadoras e portanto dos modos diversos como atuam sobre a vida dos litigantes.”¹⁸⁰

De acordo com tal critério, ordinariamente a eficácia do provimento jurisdicional de natureza declaratória permanecerá contida até o trânsito em julgado.¹⁸¹

Mais uma vez, colhe-se da doutrina de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO a justificativa:

“Embora a *eficácia* das sentenças, como conjunto dos efeitos que ela é apta a produzir, não se confunda com *imutabilidade* desses efeitos (coisa julgada), a sentença meramente declaratória só se torna imperativa quando passa em julgado. Sendo ela destinada a pôr *certeza* onde há incerteza, não se concebe que se tenha por *certa* a existência ou inexistência de uma relação jurídica ou obrigação quando a própria firmeza da declaração é posta em dúvida. Enquanto não se esgotarem todos os recursos nem se tornarem admissíveis, a última palavra do Poder Judiciário ainda não estará pronunciada, sendo sempre possível que a decisão em grau jurisdicional mais elevado negue o que a sentença afirmou ou afirme o que ela tiver negado (CPC, art. 467).”¹⁸²

De qualquer modo, não resta excluída a possibilidade de o ordenamento jurídico, de modo direto (através de regra específica) ou indireto (através da delegação da faculdade a terceiro), permitir a alteração do momento a partir do qual terá eficácia a decisão proferida.¹⁸³ Veja-se, a propósito, as autorizações legislativas de concessão de tutela antecipada ou de admissão de execução provisória do julgado.

Sendo assim, no Brasil, demarcada sua natureza declaratória, *a priori* e ressalvada disposição em contrário fundada ou autorizada pelo ordenamento jurídico, a decisão de inconstitucionalidade adquire eficácia a partir do trânsito em julgado.

Entretanto, o STF já assentou entendimento de que a decisão de mérito proferida em ADIn principia a produção de seus efeitos no momento da publicação, no Diário da Justiça da União, da ata do julgamento, ressalvadas as hipóteses nas quais exista previsão específica do termo inicial de sua eficácia no conteúdo da decisão. Perante esta concepção, a produção de efeitos da declaração de inconstitucionalidade prescinde da certificação do trânsito em julgado, antecipando-se a referido marco.¹⁸⁴

¹⁸⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. III. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 207.

¹⁸¹ Cf. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Eficácia das decisões e execução provisória** cit., p. 150.

¹⁸² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. III cit., p. 227.

¹⁸³ Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada cit., p. 253-269.

¹⁸⁴ Cf. Recl 2576, Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/2004, DJ 20-08-2004 PP-00038 EMENT VOL-02160-01 PP-00105 RTJ VOL-00193-01 PP-00103.

Capítulo II – A modulação temporal de efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade sob perspectiva estática

O segundo capítulo será dedicado ao conhecimento do conteúdo essencial da técnica de modulação temporal de efeitos das decisões de controle. O tema será arrostado sob uma perspectiva estática, eminentemente teórica, hábil a delimitar os aspectos gerais do instituto. Nesta empreitada, almeja-se ajustar a técnica como espécie de provimento intermediário da jurisdição constitucional, reforçar o conceito, arrolar sua tipologia, encontrar seu fundamento, evidenciar sua natureza jurídica e oferecer distinções em relação a outras técnicas desenvolvidas pela jurisdição constitucional. Incumbirá, ainda, averiguar a influência da técnica no plano de validade do ato inconstitucional e de conformação da Resolução Senatorial prevista no art. 52, X, da CRFB/88. Por fim, convém um breve excuro para verificar o tratamento do assunto no âmbito do Direito Comparado.

2.1 A manipulação temporal como espécie de provimento intermediário da jurisdição constitucional

2.1.1 Noção inicial de provimento intermediário e desenvolvimento histórico

A expressão *tipos intermédios de provimentos da jurisdição constitucional* surgiu, no proscênio jurídico, por ocasião da apresentação do relatório intitulado *A Justiça Constitucional no quadro das funções do Estado vista à luz das espécies, conteúdo e efeitos das decisões sobre a constitucionalidade de normas jurídicas*, durante a VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus, realizada em abril de 1987, na cidade de Lisboa. Serviu para denominar os provimentos jurisdicionais contrapostos aos do tipo simples ou extremos.

Com efeito, originariamente, as decisões proferidas pela jurisdição constitucional não ostentavam qualquer complexidade. Especialmente nos ordenamentos orientados pela sanção de nulidade, o processo decisório estava atado a duas extremidades bem definidas: o provimento jurisdicional de rejeição e o provimento jurisdicional de pronúncia da inconstitucionalidade. Desacolhido o pedido, permanecia intocada a

presunção de constitucionalidade do texto, que remanesca plenamente válido e eficaz. De outro modo, reconhecida a inconstitucionalidade, o texto legal e todos os sentidos por ele sustentados eram eliminados do sistema ou inaplicados ao caso concreto, solução cambiante de acordo com o modo de invocação do controle (em abstrato ou em concreto).

Diante do aprimoramento constatado na doutrina e na prática constitucional, os provimentos podem qualificar-se como *simples* (também denominados extremos) ou *intermédios* (também denominados manipulativos ou intermediários). Postam-se como *simples* os provimentos que ensejam a eliminação da norma inconstitucional, bem como a supressão retroativa de todos os efeitos por ela produzidos.¹⁸⁵ De outro modo, denotam caráter *intermédio* os provimentos que condicionam o sentido da norma submetida a julgamento ou alteram os efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade.¹⁸⁶

CARLOS BLANCO DE MORAIS expõe os caracteres comuns que podem justificar a reunião de diferentes tipos de provimento jurisdicional sob o mesmo gênero: (1) *quanto à teleologia*, todas as decisões servem para temperar ou moderar os efeitos absolutos que resultariam da decisão simples, à luz do princípio da segurança jurídica; (2) *quanto à posição topográfica*, todas as decisões situam-se entre as decisões de acolhimento e as de rejeição; e (3) *quanto aos efeitos transformadores que projetam*, todas as decisões possuem o condão de modelar o conteúdo da norma inconstitucional ou a produção de efeitos da declaração de inconstitucionalidade.¹⁸⁷

Fenômeno generalizado no Direito Comparado, os provimentos intermédios apresentaram-se como solução à necessidade de atenuar os resultados insatisfatórios da pronúncia de inconstitucionalidade. “A origem de tais decisões prende-se à gravidade da declaração de inconstitucionalidade pura, que sempre é uma censura ao legislador (*contempt of Parliament*), bem como as consequências práticas da decisão”, consoante constatação de OSWALDO LUIZ PALU.¹⁸⁸

Mais especificamente, surgiram a partir de meados do século XX, em razão de três determinantes históricas: (1) a transposição do Estado liberal para o modelo de *Welfare State*; (2) a consolidação dos Tribunais Constitucionais e o crescente interesse

¹⁸⁵ Noção extraída da doutrina portuguesa de CARLOS BLANCO DE MORAIS (MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional. Tomo II...** cit., p. 238), mas adaptada ao Direito Brasileiro.

¹⁸⁶ Noção extraída da doutrina portuguesa de CARLOS BLANCO DE MORAIS (MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional. Tomo II...** cit., p. 240), mas adaptada ao Direito Brasileiro.

¹⁸⁷ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional. Tomo II...** cit., p. 242-245.

¹⁸⁸ PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade...** cit., p. 140.

pelos efeitos de suas decisões; e (3) o aprimoramento da jurisdição constitucional na Alemanha após a Segunda Guerra Mundial.

O primeiro fato histórico determinante foi a transposição do Estado Liberal para o Estado de modelo social. Sem dúvida, em Estados dotados de Constituição do tipo liberal, a jurisdição constitucional bem cumpria suas atribuições apenas exercendo a clássica tarefa de legislador-negativo, depurando o sistema das normas ofensivas aos ideais de limitação do poder e gozo de direitos fundamentais. Vale lembrar que, inspiradas por teorias jus-racionalistas, referidos documentos solenes limitavam-se a exaltar as virtudes naturais dos homens, livres e iguais em direitos, bem como a fixar um dever de abstenção estatal diante dos fenômenos sociais.¹⁸⁹

Sob outro viés, o assunto relacionava-se ao modo de manifestação do princípio da constitucionalidade no Estado Liberal, com alcance meramente formal, consoante pontua MARCELO REBELO DE SOUSA:

“O princípio da Constitucionalidade, tal como ele era assumido no Estado Liberal, privilegiava o que chamaríamos uma conformação externa – era o princípio da Constitucionalidade em sentido formal. Os actos do poder político do Estado deveriam respeitar a Constituição formal, já que ela fundava a sua existência e validade. A Constituição formal, ao servir de fundamento a essa existência e validade, aparecia como limite externo ou exterior aos actos do poder político do Estado. Note-se que esta visão do princípio da Constitucionalidade não tem que ver necessariamente com os diversos elementos do acto do poder político cuja conformidade constitucional pode ser levantada, valendo, conseqüentemente, para as inconstitucionalidades material, orgânica e formal, embora naturalmente se traduza numa menor relevância da primeira. Ela corresponde, aliás, à prevalência da Constituição formal sobre a material e ao restrito conteúdo programático das Constituições liberais.”¹⁹⁰

Todavia, foi exatamente a exarcebada neutralidade do Estado e a profunda desigualdade provocada pela concepção formal de igualdade entre os indivíduos que provocaram a falência do Estado de modelo liberal. Na verdade, a desigualdade material entre os homens conjugada à pretensa liberdade conferida pelo Estado liberal findou por alargar os abismos existentes nas classes sociais. No final do século XIX e início do século XX, as precárias condições de existência dos integrantes das classes menos favorecidas impulsionaram o surgimento de movimentos sociais, com o intuito de exigir nova postura do Estado, desta feita atuante e fiscalizador. Baseadas em ideias antagônicas à liberdade excessiva, ganharam corpo à época manifestações que exigiram prestações positivas do Estado, tais como o Manifesto Comunista (1848), a Comuna de Paris (1871) e a doutrina social da igreja (Encíclica *Rerum Novarum*). Aclimatada por este desejo de busca de

¹⁸⁹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Constituição e constitucionalidade** cit., p. 31-32.

¹⁹⁰ SOUSA, Marcelo Rebelo de. **O valor jurídico...** cit., p. 146.

justiça social, a constitucionalização das normas impositivas de prestações positivas ao Estado não tardou, vindo a lume com a Constituição Mexicana de 31/01/1917 e a Constituição Alemã de Weimar, de 11/08/1919.

Com a introdução do novo modelo de Estado, o princípio da constitucionalidade foi expandido, para alcançar a conformação das condutas ao conteúdo material da Constituição, consoante constatação de MARCELO REBELO DE SOUSA:

“Com o advento do Estado Social de Direito e nomeadamente na 2ª metade do Século XX, o princípio da Constitucionalidade passa a desdobrar-se em duas componentes complementares: uma extrínseca e outra intrínseca, uma formal e a outra material. Os actos do poder político do Estado não só têm de respeitar na sua conformação o limite externo da Constituição, como devem respeitar o limite interno ou intrínseco representado pela Constituição material, que subjaz à Constituição formal.”¹⁹¹

Diante do novo substrato apresentado pelo ordenamento positivo, com feição social-democrática, não bastava à jurisdição constitucional desempenhar a função meramente cassatória outrora exercida. À jurisdição constitucional cumpria também zelar pela realização material da Constituição.

A sanção de nulidade com efeitos absolutos, até então a mais adequada para fins de depuração do sistema, passou a apresentar-se como remédio insuficiente para afastar o estado de inconstitucionalidade. Adequada para rechaçar as ofensas aos direitos de liberdade, não oferecia solução satisfatória às questões relacionadas à igualdade, a exemplo daquelas centradas no reconhecimento de omissão parcial relativa, na qual a prestação positiva devida pelo Estado a determinado grupo ensejava exclusão inconstitucional de integrantes de mesma categoria. Ao extremo, a inadequação da sanção revelava-se ainda mais aparente quando a infringência de normas constitucionais decorria da omissão qualificada do legislador.¹⁹²

O segundo acontecimento determinante do desenvolvimento dos provimentos intermediários foi as transformações em matéria de controle de constitucionalidade apresentadas pela consolidação das Cortes Constitucionais.

Como restou demonstrado em momento anterior, HANS Kelsen organizou um modelo de fiscalização que, dentre outras notas, privilegiava a segurança jurídica e outros valores constitucionais, por preservar efeitos da norma inconstitucional e evitar mudanças

¹⁹¹ SOUSA, Marcelo Rebelo de. **O valor jurídico...** cit., p. 147.

¹⁹² A propósito, constata GILMAR FERREIRA MENDES: “Da mesma forma, deve-se concluir que a técnica da declaração da nulidade ou a cassação é, fundamentalmente, inepta para solver os problemas decorrentes da chamada omissão inconstitucional, isto é, daqueles casos em que se identifica um imediato *dever constitucional de legislar (Verfassungsauftrag)*. Tal como já afirmado pela Corte Constitucional alemã, não se declara a nulidade de uma lei pelo fato de não contemplar determinada norma” (MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle concentrado de constitucionalidade...** cit., p. 551).

repentinas no plano normativo. Ainda, o modelo proposto evidenciava o respeito ao produto das opções políticas formuladas pelos representantes do povo com assento no Parlamento, enaltecendo as instituições da democracia. Mediante o manejo de recursos previstos no próprio ordenamento, era possível preservar a validade da norma, até o advento do ato invalidatório.

Especificamente, a análise das decisões proferidas pelas Cortes Constitucionais fundadas no modelo austríaco demonstrou ser possível tratar a inconstitucionalidade, preocupando-se com suas consequências, sem esbarrar nos seguintes efeitos indesejados deflagrados pela sanção de nulidade com caráter absoluto:

(1) *a criação de fator de agressão à segurança jurídica*: a alteração do conteúdo dos atos praticados ou, até mesmo, a deteriorização de sua validade, torna as relações sociais instáveis, passíveis de revisão ulterior em seus termos, ainda contra a vontade dos interessados; ora, admitir que uma nova orientação possa reger fatos já ocorridos impõe um considerável estado de incerteza social;¹⁹³

(2) *o possível prejuízo decorrente do vazio ou vácuo legislativo*, gerado pela retroação plena da sanção de nulidade, notadamente quando ausente legislação anterior a regular a matéria;¹⁹⁴

(3) *a repriminção de norma reentrante inadequada à realidade social ou desconforme à própria Constituição* em decorrência dos efeitos retroativos plenos da declaração de inconstitucionalidade;¹⁹⁵ e

¹⁹³ Em 1969, o Professor Catedrático da Universidade de Florença, MAURO CAPPELLETTI, ocupou-se do tema, ao aventar a inconveniência de a retroatividade plena desfazer todas as relações jurídicas constituídas sob o amparo da lei aplicada por vários anos até o reconhecimento de sua inconstitucionalidade (CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade...** cit., p. 122-123).

¹⁹⁴ Observa, neste ponto, ELIVAL DA SILVA RAMOS: “A sanção de nulidade, outrossim, representa óbice para que se declare a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo com efeitos diferidos *pro futuro*, de modo a evitar os chamados vazios normativos ofensivos à ordem constitucional, decorrentes da invalidação de disciplina normativa absolutamente indispensável ao funcionamento das instituições de governo ou à consecução de fins assinalados pelo próprio Constituinte” (RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil...**, p. 369).

¹⁹⁵ Ressalta os contornos da problemática ELIVAL DA SILVA RAMOS: “Outra situação para a qual a sanção de nulidade não oferece resposta adequada é aquela em que a invalidação *ab initio* da lei inconstitucional implica o reconhecimento, a princípio, da vigência da legislação anterior por ela revogada, a qual, entretanto, pode revelar-se incompatível com regramento constitucional pretérito ou com a Constituição vigente, gerando vazio normativo ou a aplicação de legislação vetusta, totalmente divorciada do ambiente social hodierno. Há, ainda, a possibilidade de a própria legislação imediatamente anterior à lei declarada inconstitucional não se mostrar em sintonia com a realidade social contemporânea. Nesses casos, é também a modulação dos efeitos da decisão de controle, emprestando-se-lhe eficácia *pro futuro*, a solução mais recomendável, o que, reitera-se, não é viável no sistema brasileiro de controle” (RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil...** cit., p. 370).

(4) a criação de fator de desestabilização institucional entre os Poderes, com a supressão abrupta da integralidade do produto legislativo, sem a preocupação de aproveitamento dos atos.¹⁹⁶

Por fim, contribuição relevantíssima ao desenvolvimento das técnicas foi prestada pelo ordenamento jurídico alemão. Após o término da Segunda Guerra Mundial, a Corte Constitucional daquele País, originariamente inspirada no modelo austríaco, manifestou-se ciente da importância de sua tarefa na concretização das normas constitucionais, furtando-se a uma postura meramente defensiva do ordenamento jurídico.

A própria conformação constitucional outorgava poderes diferenciados ao Judiciário alemão. Assinala-se, a propósito, o disposto no art. 20, item 3 da Lei Fundamental outorgada em 1949, segundo a qual “o poder legislativo está vinculado à ordem constitucional; os poderes executivo e judicial obedecem à lei e ao direito.” Desatava-se, assim, o vínculo restritivo entre aplicação do direito e lei, para vindicar a aplicação dos princípios e valores contidos ainda que implicitamente no ordenamento jurídico constitucional.

OTTO BACHOF justifica a posição diferenciada do Poder Judiciário no Estado alemão em razão da fragilidade do princípio da legalidade revelada na história alemã:

“O facto de haver sido justamente um acto do legislativo – a chamada lei de autorização – que desarticulou (*aus den Angeln gehoben hat*) definitivamente, e sob uma aparência de preservação da legalidade, a Constituição da República de Weimar pode ter contribuído para dotar o Tribunal Constitucional Federal, como guarda da Constituição, de poderes extraordinariamente amplos precisamente face ao legislador.”¹⁹⁷

Ciente de sua posição soberana em relação aos outros órgãos do Estado no que tange às tarefas de interpretar e aplicar o Direito, o Tribunal incorporou e bem exerceu a função de *defensor máximo da Constituição*.¹⁹⁸ Logo após a sua criação, adotou posição

¹⁹⁶ “A tensão potencial que envolve a declaração de inconstitucionalidade da lei pode ser suavizada com adoção de determinadas regras de conduta pelo Judiciário, como forma de deferência ao Legislativo, justificada, entre outros motivos, por uma questão de ‘economia interna do ordenamento jurídico’” (COLNAGO, Cláudio de Oliveira. **Interpretação conforme a constituição: decisões interpretativas do STF em sede de controle de constitucionalidade**. São Paulo: Método, 2007, p. 62). Mais adiante, explicita o autor o caminho indicado para atenuar o conflito institucional: “Este outro meio para atingir a finalidade de conservação da supremacia da Constituição, sem que se incida necessariamente num conflito entre Legislativo e Judiciário, consiste justamente na adoção de decisões interpretativas, que se situam no limiar entre a constitucionalidade e a inconstitucionalidade (...)” (COLNAGO, Cláudio de Oliveira. **Interpretação conforme a constituição...** cit., p. 63).

¹⁹⁷ BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Trad. JOSÉ MANUEL M. CARDOSO DA COSTA. São Paulo: Almedina, 2009, p. 12.

¹⁹⁸ Segundo relato de LEONARDO MARTINS: “O *status* de órgão constitucional em si resulta da interpretação sistemática dos dispositivos específicos da *Grundgesetz* e da Lei Orgânica do TCF (BVerfGG), quais sejam: art. 92 GG c.c. § 1 I BVerfGG, que fazem a oposição do TCF em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário (Art. 92 GG) e a ‘todos os órgãos constitucionais’ (§ 1 I BVerfGG). Assim, o TCF não seria tão

ativa e desenvolveu uma miríade de técnicas criativas, especialmente voltadas à proteção dos direitos fundamentais.

Autorizado pela Lei do Tribunal Constitucional ou mesmo por via meramente interpretativa, o Tribunal Constitucional passou a conceber (1) declarações de incompatibilidade sem o efeito da nulidade, (2) medidas transitórias de necessidade legislativa em face de certos tipos de vazio legislativo, (3) declaração de inconstitucionalidade superveniente, (4) sentenças interpretativas de acolhimento e de rejeição, (5) decisões de caráter aditivo e (6) decisões de rejeição com apelo ao legislador.¹⁹⁹ “Em nenhum sistema de controle de normas, seja ele *incidental* ou *concentrado*, logra-se identificar formas de decisão tão variadas como as desenvolvidas pela Corte Constitucional”, constatou GILMAR FERREIRA MENDES.²⁰⁰

Os três acontecimentos históricos foram decisivos para comprovar a insuficiência dos provimentos jurisdicionais simples para ditar resposta adequada à totalidade dos casos submetidos à jurisdição constitucional. Por corolário, iniciou-se um movimento de superação à rusticidade, específico em cada ordenamento, detectado por CARLOS BLANCO DE MORAIS:

“A insuficiência manifesta dos efeitos da decisão simples de inconstitucionalidade criou uma forte corrente doutrinária, com necessário impacto jurisprudencial, no sentido da superação daquilo que alguns designaram como ‘rusticidade’ das declarações simples de inconstitucionalidade. Superação que deveria consubstanciar-se através do uso sofisticado e circunscrito a pressupostos de necessidade, de sentenças modelassem quer a sua própria eficácia sancionatória, quer o conteúdo e os efeitos das normas sindicadas.”²⁰¹

2.1.2 Tipologia dos provimentos intermediários

Com a finalidade de organizar as espécies de provimentos intermediários reveladas na evolução de cada ordenamento jurídico, diversas propostas de classificação foram formuladas por abalizada doutrina.

somente *independente* em relação aos demais órgãos constitucionais (Presidência Federal, Chanceler Federal, Câmara Federal e Conselho Federal), como, de resto, todo tribunal é, mas também teria autonomia para decidir questões sobre a interpretação da Constituição em última instância, como ‘defensor máximo da Constituição’. Em seu autoentendimento, já firmado em 1952, o TCF seria, ‘segundo o teor e sentido da *Grundgesetz* e da Lei Orgânica do TCF, também um órgão constitucional, municiado com a mais alta autoridade, chegando a um nível muito diferente de todos os demais tribunais e juízos” (MARTINS, Leonardo. **Direito Processual Constitucional Alemão**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 2-3).

¹⁹⁹ Cf. MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional. Tomo II...** cit., p. 253-254.

²⁰⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional...** cit., p. 253.

²⁰¹ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional. Tomo II...** cit., p. 251.

Adverta-se que, a despeito de se verificar uma constante quanto às formas de manifestação dos tipos intermediários da jurisdição constitucional, a doutrina empregou distintas nomenclaturas para referir-se a cada um deles, motivo pelo qual não é possível oferecer uma única tipologia universal. No entanto, mediante a análise de três classificações, é viável apresentar um esboço geral sobre a matéria.

Didaticamente, CARLOS BLANCO DE MORAIS tipifica as sentenças com efeitos manipulativos em quatro espécies:

(1) *decisões que modulam a sua eficácia temporal bem como a do direito que é objeto do respectivo julgamento*: congregam as decisões que objetivam restringir temporalmente os efeitos sancionatórios com caráter retroativo, no todo ou em parte, de modo a preservar as situações pretéritas havidas no decurso da vigência da lei inconstitucional ou outras consequências que caberiam da declaração de nulidade;

(2) *decisões interpretativas condicionais (sentenças interpretativas de acolhimento e, até certo ponto, as de rejeição)*: congregam as decisões que implicam condicionamentos interpretativos dos quais depende a declaração de inconstitucionalidade ou de não inconstitucionalidade de uma norma – interpretação conforme à Constituição e inconstitucionalidade parcial qualitativa;

(3) *decisões de acolhimento com efeitos aditivos*: congregam as decisões de cujo conteúdo resulte um juízo de invalidade e a indicação de uma norma ou de um princípio que assegure a criação de condições para que o direito se compatibilize com a Constituição – demolitórias com efeitos aditivos, aditivas em sentido estrito, aditivas de princípio e substitutivas;

(4) *decisões de componente apelativa*: congregam as decisões de incompatibilidade com a Constituição, sem a imposição da sanção de nulidade (julgamento de inconstitucionalidade sem sanção de nulidade e decisões de constitucionalidade provisória).

JORGE MIRANDA encontra três espécies de provimentos intermediários, previstas expressamente no direito positivo ou surgidas na prática jurisprudencial:

- “- Podem ser decisões *interpretativas* – ou de fixação de uma interpretação (vinculativa ou não para os restantes tribunais), *maxime* de uma interpretação conforme com a Constituição que evite o juízo de inconstitucionalidade;
- Podem ser decisões *limitativas* – limitativas de efeitos da decisão de inconstitucionalidade ou até da própria inconstitucionalidade;
- Podem ser decisões *aditivas* ou *modificativas*, quando, considerando inconstitucional o entendimento da norma seu objecto só com certo conteúdo ou

alcance, lhe acrescentam (e, por conseguinte, modificam-na) um segmento que permite a sua subsistência à luz da Constituição.”²⁰²

No Brasil, JOSÉ ADÉRCIO LEITE SAMPAIO divide o gênero *provimentos intermediários* em duas espécies: (1) *sentenças normativas* e (2) *sentenças transitivas ou transacionais*.²⁰³

Consoante lição do professor da UFMG, denominam-se “(...) ‘sentenças normativas’ aqueles pronunciamentos judiciais que importam a criação da norma jurídica de caráter geral e vinculante.”²⁰⁴ Enumera, dentre as espécies: (a) *as sentenças interpretativas ou de interpretação conforme à Constituição*,²⁰⁵ (b) *as aditivas*,²⁰⁶ (c) *as aditivas de princípio*²⁰⁷ e (d) *as substitutivas*.²⁰⁸

Em outra banda, considera *sentenças transitivas* “(...) um rol de decisões, que apresentam um pronunciamento sobre a constitucionalidade ou a ilegitimidade constitucional, segundo um parâmetro transitório, anunciando um processo em transformação, com relativa transigência ou transação com o princípio da supremacia constitucional.”²⁰⁹ Congrega à espécie: (a) *as sentenças de inconstitucionalidade sem efeito ablativo*,²¹⁰ (b) *de inconstitucionalidade com ablação diferida*,²¹¹ (c) *as sentenças apelativas*²¹² e (d) *as de aviso*.²¹³

²⁰² MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo VI cit., p. 66-67.

²⁰³ SAMPAIO, José Adércio Leite. As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coord.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 163.

²⁰⁴ SAMPAIO, José Adércio Leite. As sentenças intermediárias de constitucionalidade... cit., p. 163.

²⁰⁵ “(...) que importa a exclusão de interpretações inconstitucionais da norma impugnada e a sua redução ao único significado conforme a Constituição” (SAMPAIO, José Adércio Leite. As sentenças intermediárias de constitucionalidade... cit., p. 163).

²⁰⁶ “(...) importam declarar inconstitucional um certo dispositivo por ter deixado de dizer algo (‘na parte em que não previu...’), desde que a disposição omitida seja imposta pela lógica do sistema legislativo e constitucional ou, em outros termos, resulte ‘a rime obbligate’ (Crisafulli. 1984:408), segundo uma operação de integração analógica ou de interpretação extensiva” (SAMPAIO, José Adércio Leite. As sentenças intermediárias de constitucionalidade... cit., p. 168).

²⁰⁷ “Por elas, declara-se inconstitucional a disciplina legislativa denunciada, individualizando apenas a diretriz da norma ou princípio que deve ser introduzido em sua substituição e assinalando ao legislador a tarefa de aprovar a nova disciplina, via de regra, dentro de um tempo prefixado, embora possa o juiz, em algumas hipóteses, fazer referência àquela diretriz na solução de alguns casos concretos” (SAMPAIO, José Adércio Leite. As sentenças intermediárias de constitucionalidade... cit., p.170).

²⁰⁸ “(...) agora a Corte não se resume a censurar uma disposição ‘na parte em que não prevê’ uma certa hipótese, mas sim ‘na parte em que prevê uma certa consequência ao invés de outra’, de acordo com a ‘lógica intrínseca do sistema’; numa primeira parte, portanto, anula o conteúdo da disposição impugnada, para depois reconstruir a mesma disposição com um conteúdo diferente” (SAMPAIO, José Adércio Leite. As sentenças intermediárias de constitucionalidade... cit., p. 171).

²⁰⁹ SAMPAIO, José Adércio Leite. As sentenças intermediárias de constitucionalidade... cit., p. 171-172.

²¹⁰ “O reconhecimento da inconstitucionalidade pode não ser seguido da expulsão da norma do ordenamento jurídico, se a declaração de nulidade produzir uma situação jurídica insuportável ou um grave perigo ao orçamento do Estado (...)” (SAMPAIO, José Adércio Leite. As sentenças intermediárias de constitucionalidade... cit., p. 172).

Diante das classificações propostas, é possível concluir que os provimentos jurisdicionais que restringem temporalmente os efeitos sancionatórios da declaração situam-se no âmbito dos provimentos manipulativos da jurisdição constitucional, mais especificamente dentre as *decisões que modulam a sua eficácia temporal* ou, de acordo com outras classificações, dentre as *decisões limitativas* ou *sentenças transitivas de inconstitucionalidade com ablação diferida*.

2.2 Conceito

A pronúncia de inconstitucionalidade desempenha inquestionável função saneadora do sistema jurídico. Notadamente, quando vinculada à sanção de nulidade com efeitos absolutos, revela-se o remédio mais intenso para a cura da disfunção intrassistêmica ocasionada pelo ato inconstitucional. Com efeito, nada mais eficaz para a depuração do sistema que a prescrição de uma providência de pleno direito (*ope iure*) e que produza efeitos desde o surgimento do ato infrator (*ab initio*).

Todavia, a providência benéfica poderá desencadear efeitos nocivos para o mesmo sistema a que veio tutelar. Conforme sistemática anteriormente exposta, em relação ao passado, declarada a inconstitucionalidade e imposta a sanção de nulidade, os efeitos se operam em aparente retroatividade, reportando-se ao nascimento do ato contrário à Constituição. Por consequência, os atos praticados no plano normado sob o influxo da lei inconstitucional perdem o fundamento de validade e afiguram-se igualmente passíveis de desconstituição, porque eivados de iliceidade.

Ora, a total desconsideração dos efeitos do ato inconstitucional e o conseqüente desfazimento de todas as relações jurídicas constituídas sob o seu amparo podem ensejar situações de incerteza, de insegurança jurídica e de ofensa a outros valores assegurados pela ordem constitucional. Em determinados casos, os efeitos decorrentes do ato inconstitucional encontram subsunção a outros valores consagrados na Constituição (v.g. a

²¹¹ “(...) em face da modulação que permite a combinação do vício de ilegitimidade constitucional com o seu efeito ablativo” (SAMPAIO, José Adércio Leite. As sentenças intermediárias de constitucionalidade... cit., p. 174).

²¹² “(...) pode-se declarar a constitucionalidade de uma norma no momento da prolação da sentença, antevendo-se, no entanto, sua inconstitucionalidade futura e, por isso, motivando um apelo ao legislador para que adote as providências cabíveis destinadas a impedir que essa situação venha a se constituir, como ocorre na Alemanha (...)” (SAMPAIO, José Adércio Leite. As sentenças intermediárias de constitucionalidade... cit., p. 175).

²¹³ “(...) prenunciam uma mudança de orientação jurisprudencial, deixando de ser aplicadas ao caso ou ação no curso do qual são proferidas” (SAMPAIO, José Adércio Leite. As sentenças intermediárias de constitucionalidade... cit., p. 176).

segurança jurídica, a igualdade e o interesse público), de modo que a atitude supressiva poderá ensejar ofensa à própria supremacia das normas constitucionais.

De outro modo, em relação ao futuro, a imediata depuração do sistema, com a expulsão jurídica da norma, pode revelar-se providência inoportuna, por constituir solução de desigualdade e injustiça (v.g. hipóteses de omissão parcial do legislador) ou, ainda, deflagradora de insegurança pela ausência de regulação normativa (vácuo legislativo).

Para contornar as consequências nefastas referidas, os sistemas jurídicos contemporâneos se socorrem de dois instrumentos: (1) as fórmulas gerais de preclusão para a revisão dos atos praticados sob o império do ato desconforme, previstas em atos normativos primários, resultantes da ponderação levada a cabo pelo legislador ordinário (v.g. prazos legais de decadência e de prescrição);²¹⁴ e (2) a técnica especializada da jurisdição constitucional, consistente na regulação da força sancionatória da pronúncia de inconstitucionalidade, resultante da ponderação judicial. A distinção entre fórmulas de preclusão e a técnica da jurisdição constitucional é bem pontuada por CHRISTINA AIRES CORREA LIMA:

“(...) o tribunal não estará definindo novas *fórmulas de preclusão*, e sim utilizando-se de uma técnica de decisão, própria da jurisdição constitucional, quando dois ou mais princípios constitucionais se entrecrocaram, que é a ponderação das circunstâncias do caso para verificar qual dos princípios contrapostos, naquela situação, deve prevalecer.

Nesses casos, tanto não são criadas *fórmulas de preclusão* (por estas, dada a situação A, a solução sempre deve ser R), que se em outro caso concreto, onde os mesmos princípios entrem em colisão, pode ser dada a preferência ao outro princípio, que no primeiro caso foi subjulgado, tudo vai depender das circunstâncias em que os casos se apresentam.

Nas colisões de princípios não há soluções definidas, como existe nas *fórmulas de preclusão* ditadas pelo legislador. Tal fato verifica-se, por exemplo, no caso da coisa soberanamente julgada, da qual já não caiba mais ação rescisória, sempre que ela se apresentar, não será mais possível se falar em anulação dos atos praticados, mesmo que a sentença tenha se fundado em uma lei posteriormente declarada inconstitucional.”²¹⁵

²¹⁴ Conforme doutrina de GILMAR FERREIRA MENDES: “Essa constatação mostra também que a preservação dos efeitos dos atos praticados com base na lei inconstitucional passa por uma decisão do legislador ordinário. É ele quem define, em última instância, a existência das fórmulas de preclusão, fixando *ipso jure* os próprios limites da idéia de retroatividade contemplada no princípio da nulidade” (MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional...** cit., p. 336). Ainda acerca das fórmulas de preclusão, pontua PAULO GUSTAVO GONET BRANCO: “O estabelecimento de cláusulas de preclusão para a revisão desses atos não haverá de significar, por certo, desprestígio da força normativa da Constituição, mas, antes, ponderação efetuada pelo legislador entre princípios incorporados na própria Carta – o da nulidade dos atos contrários à matriz do ordenamento jurídico com o da segurança jurídica, por exemplo” (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Efeitos da inconstitucionalidade da Lei. **Revista de Direito Público**. Porto Alegre: Síntese, v. 8, p. 154-162, abr.-jun, 2005 p. 161).

²¹⁵ LIMA, Christina Aires Correa. Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo: RT, v. 7, p. 183-208, abr./jun, 1999, p. 204-205.

Voltada a atenção para o segundo instrumento, objeto central do estudo, pode-se conceituar a modulação temporal de efeitos das decisões de controle de constitucionalidade como espécie de provimento intermediário da jurisdição constitucional, tendente a ajustar, no tempo, o alcance da sanção, de modo a evitar lesão ao princípio da segurança jurídica ou a outro interesse tutelado pela Constituição.²¹⁶

Refere-se, assim, à moderação da força sancionatória, constituindo: (1) ora a restrição dos efeitos retroativos decorrentes da pronúncia de inconstitucionalidade para salvaguardar situações criadas e atos jurídicos praticados sob o influxo da norma declarada inconstitucional; e (2) ora o diferimento da eficácia do próprio provimento jurisdicional que reconhece a inconstitucionalidade, no intuito de suprimir a força retroativa plena da sanção e assegurar a incidência da norma declarada inconstitucional sobre suportes fáticos futuros.²¹⁷

2.3 Tipologia

Ao que se apresenta do item anterior, a decisão que modela os efeitos da sanção de nulidade pode admitir divisão em três espécies, bem apreendidas por ANA PAULA ÁVILA, por ocasião da apreciação do art. 27 da Lei n.º 9.868/99:

“Determina o dispositivo que o Tribunal pode: (a) restringir os efeitos da decisão (*ex tunc* parcial ou relativo), ou seja, estabelecer um termo inicial para a cassação de efeitos que seja posterior à publicação da norma e anterior à decisão declaratória de inconstitucionalidade; (b) determinar que a norma somente produza efeitos a partir do trânsito em julgado (*ex nunc*); e (c) determinar que ela produza efeitos a partir de outro momento que venha a ser determinado (termo *diferido* ou efeito *pro futuro*), hipótese em que introduz situação semelhante à *Appellentscheidung* do direito constitucional alemão: ou seja, apesar de reconhecida a incompatibilidade da norma em face da Constituição, estabelece o Tribunal que ela permanecerá ainda vigente e eficaz por certo período de tempo.”²¹⁸

Com base na abalizada doutrina, pode-se referir, com maior detença, a três espécies de modulação.

A primeira, denominada “*ex tunc* mitigada” (ou “*ex tunc* parcial” ou “*ex tunc* relativa”), consiste na atenuação da força retroativa da sanção, fixando-a em ponto

²¹⁶ Cf. MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional. Tomo II...** cit., p. 281.

²¹⁷ Cf. MORAIS, Carlos Blanco de. As sentenças com efeitos aditivos. In: MORAIS, Carlos Blanco de (coord.). **As sentenças intermédias da Justiça Constitucional.** Lisboa: AAFDL, 2009, p. 24.

²¹⁸ ÁVILA, Ana Paula. **A modulação de efeitos temporais pelo STF...** cit., p. 57-58. No mesmo sentido, DANIEL SARMENTO avista, além do efeito natural da declaração de inconstitucionalidade, outras três possibilidades de fixação dos efeitos temporais (SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Alvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica e jurisdição constitucional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 33).

posterior à publicação da norma, com o intuito de resguardar determinados efeitos pretéritos havidos no plano normado sob o influxo da norma inconstitucional. Trata-se, portanto, de solução criativa voltada a sanear os problemas do passado.²¹⁹

A segunda, denominada *ex nunc*, consiste na supressão da força retroativa da sanção, para resguardar todos os efeitos produzidos no plano normado sob o influxo da norma inconstitucional até o trânsito em julgado da pronúncia de inconstitucionalidade. Trata-se de solução criativa voltada a sanear os problemas do passado e do presente.

A terceira, denominada “para o futuro” ou *pro futuro*, além da supressão da força retroativa da sanção, assegura a postergação da eficácia da pronúncia de inconstitucionalidade para momento posterior ao trânsito em julgado, dotando a norma inconstitucional de uma existência jurídica temporária ou, em outros termos, de uma *sobrevida*.²²⁰

Vale anotar que, à tipologia ora proposta, GILMAR FERREIRA MENDES acrescenta a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade:

“Nos termos do art. 27 da Lei n. 9.868/99, o STF poderá proferir, em tese, tanto quanto já se pode vislumbrar, uma das seguintes decisões:

- a) declarar a inconstitucionalidade apenas a partir do trânsito em julgado da decisão (declaração de inconstitucionalidade *ex nunc*), com ou sem repristinação da lei anterior;
- b) declarar a inconstitucionalidade com a suspensão dos efeitos por algum tempo a ser fixado na sentença (declaração de inconstitucionalidade com efeito *pro futuro*), com ou sem repristinação da lei anterior;
- c) declarar a inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, permitindo que se opere a suspensão de aplicação da lei e dos processos em curso até que o legislado, dentro de prazo razoável, venha a se manifestar sobre a situação inconstitucional (declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade = restrição de efeitos); e, eventualmente,
- d) declarar a inconstitucionalidade dotada de efeito retroativo, com a preservação de determinadas situações.”²²¹

Discorda-se do acréscimo proposto. A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade não se identifica de qualquer modo com o gênero *modulação de*

²¹⁹ Cf. MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional. Tomo II...** cit., p. 301-302.

²²⁰ Cf. MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional. Tomo II...** cit., p. 275. O termo *sobrevida* é empregado por LUÍS ROBERTO BARROSO: “O dispositivo permite, portanto, que o Tribunal: a) restrinja os efeitos da decisão, excluindo do seu alcance, por exemplo, categoria de pessoas que sofreriam ônus ponderado como excessivo ou insuportável; b) não atribua efeito retroativo a sua decisão, fazendo-a incidir apenas a partir de seu trânsito em julgado; e c) até mesmo que fixe apenas para algum momento no futuro o início de produção dos efeitos da decisão, dando à norma uma *sobrevida*” (BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade...** cit., p. 233). FLÁVIA CERQUEIRA DE SAMPAIO justifica o uso da referida espécie: “São normalmente utilizadas quando a Corte Constitucional se depara com situações de lacunas legislativas no ordenamento, de forma que, para que tais sentenças se tornem operativas, há a necessidade de intervenção legislativa. Outrossim, procura-se justificar a sua aplicação em casos de insuficiência da concessão de efeitos *ex nunc* para evitar gravames a situações estáveis” (SAMPAIO, Flávia Cerqueira de. Os efeitos diferidos para o futuro de uma decisão de inconstitucionalidade. In: MORAIS, Carlos Blanco de (coord.). **As sentenças intermédias da Justiça Constitucional**. Lisboa: AAFDL, 2009, p. 672-673).

²²¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional...** cit., p. 395.

efeitos; cuida-se, na verdade, de provimento intermediário voltado não à restrição dos efeitos da sanção sob o aspecto temporal, mas sim à própria eliminação da sanção de nulidade imputada ao ato praticado em contrariedade à Constituição.

2.4 Fundamento

O manejo da técnica de manipulação temporal dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade encontra lastro nos postulados da unidade, da concordância prática e da supremacia das normas constitucionais.

O primeiro fundamento a amparar o dimensionamento temporal dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade é o postulado da unidade da Constituição, dever imposto ao intérprete de analisar a Constituição como um todo integrado e não como preceitos desordenados. Sobre o conteúdo do postulado, anota J. J. GOMES CANOTILHO:

“(…) o princípio da unidade da constituição é uma exigência da ‘coerência narrativa’ do sistema jurídico. O princípio da unidade, como princípio de decisão, dirige-se aos juízes e a todas as autoridades encarregadas de aplicar as regras e princípios jurídicos, no sentido de as ‘lerem’ e ‘compreenderem’, na medida do possível, como se fossem obras de um só autor, exprimindo uma concepção correcta do direito e da justiça (Dworkin). Neste sentido, embora a Constituição possa ser uma ‘unidade dividida’ (P. Badura) dada a diferente configuração e significado material das suas normas, isso em nada altera a *igualdade hierárquica* de todas as suas regras e princípios quanto à sua validade, prevalência normativa e rigidez.”²²²

Demarcada a integração e a igualdade hierárquica de todas as regras e princípios constitucionais, incumbirá ao intérprete analisar a Constituição em sua globalidade, vedando-se a leitura fracionária ou em tiras.²²³

Por corolário, para que o controle de constitucionalidade não seja realizado com fundamento em segmento, impõe-se a ampliação do âmbito do confronto de constitucionalidade, para tomar em consideração duas realidades: (1) a relação entre o ato normativo e seus efeitos em face de norma específica da Constituição; e (2) a relação entre o ato normativo e seus efeitos em face das demais disposições constitucionais. ANA PAULA ÁVILA verifica a ampliação como uma mudança na perspectiva de interpretação das normas em face da Constituição:

“A preservação do postulado da supremacia da Constituição exige uma mudança no objeto da interpretação das normas em face da Constituição: exige que se ultrapasse a análise unidirecional entre norma legal inferior e norma constitucional superior violada em favor de uma análise multidirecional entre a

²²² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional...** cit., p. 1184.

²²³ Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional...** cit., p. 1224. Ainda sobre o tema, BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997, p. 103.

norma legal inferior, os efeitos por ela produzidos, e várias normas constitucionais superiores. Parte-se, assim, da análise da *norma* isolada para contemplar também a análise de seus *efeitos*, que são protegidos por outras normas. O processo de ponderação resulta do agrupamento de todas essas normas e razões de decidir, para, obedecendo ao critério da *coerência*, orientar o intérprete sobre a direção a ser tomada na decisão.²²⁴

À luz do ordenamento jurídico português, RUI MEDEIROS encontra idêntico fundamento para apoiar a limitação dos efeitos:

“A reacção à normação inconstitucional deve, portanto, ser aferida, reflexivamente, a partir da própria ordem constitucional ou, o mesmo é dizer, as consequências da inconstitucionalidade da lei devem ser determinadas no quadro da Constituição no seu todo e na sua unidade.”²²⁵

Assim, o dimensionamento temporal de efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade vem, justamente, representar a leitura da Constituição em sua globalidade, estabelecendo todas as conexões possíveis entre norma, efeito e Constituição.²²⁶

O postulado da concordância prática ou harmonização também é fundamento suscetível de sustentar a técnica de modulação temporal. Usualmente analisada conjuntamente com o postulado da unidade,²²⁷ a concordância prática sinaliza com o dever de buscar soluções de compatibilização entre as normas constitucionais em conflito. Sobre o tema, J. J. GOMES CANOTILHO tece as seguintes considerações:

“Este princípio não deve divorciar-se de outros princípios de interpretação já referidos (princípio da unidade, princípio do efeito integrador). Reduzido ao seu núcleo essencial, o **princípio da concordância prática** impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros.”²²⁸

O dimensionamento temporal de efeitos conecta-se inexoravelmente à concordância prática. Em essência, a modulação presta-se para alcançar solução harmonizadora entre interesses contrapostos tutelados por diferentes normas constitucionais durante o exercício da jurisdição constitucional, sem impor

²²⁴ ÁVILA, Ana Paula. **A modulação de efeitos temporais pelo STF...** cit., p. 70.

²²⁵ MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade...** cit., p. 871.

²²⁶ O Min. DIAS TOFFOLI recorreu a esse fundamento por ocasião do seu pronunciamento no julgamento na ADIn 3.601 ED/DF: “Isso porque a correta aplicação desse dispositivo legal fundamenta-se no próprio princípio da unidade da Constituição. Assim, ao invés de romper com a supremacia da Carta Republicana, a promove como ‘uma unidade de sentido normativo e político-axiológico’, na exata definição de José Gomes Canotilho (**Fundamentos da Constituição**. Coimbra, 1991, p. 44). (...) Dessa forma, aplicar a Constituição Federal não se restringe à observância das normas constitucionais que fundamentam a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, devendo-se, também, observar os preceitos constitucionais (segurança jurídica e excepcional interesse social) que tutelam a preservação dos efeitos produzidos durante a sua vigência” (STF, ADIn 3601-ED, Tribunal Pleno, j. 09.09.2010, rel. Min. Dias Toffoli, *DJe* 244, 14.12.2010, *RTJ* 217/230).

²²⁷ Sobre a relação entre os postulados, anota RUI MEDEIROS: “O princípio da unidade da Constituição postula uma concordância prática entre os diferentes interesses constitucionalmente protegidos” (MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade...** cit., p. 712).

²²⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional...** cit., p. 1225.

necessariamente o sacrifício total de qualquer deles. Mediante recurso à técnica, faz-se possível a aplicação equilibrada de todo o texto da Constituição.

DANIEL SARMENTO relaciona, com perfeição, a modulação dos efeitos temporais à necessidade de acomodar, de acordo com as particularidades do caso concreto, interesses constitucionais eventualmente contrapostos:

“Em casos desta espécie, parece-nos imperioso que se conceda certa ‘margem de manobra’ ao Judiciário, para que possa buscar, em vista das peculiaridades da situação concreta, uma solução que acomode, na medida do possível, os interesses em disputa, sem ter de sacrificar integralmente algum deles em detrimento do outro. Caso contrário, o Judiciário poderá acabar abstendo-se de reconhecer a inconstitucionalidade de certas leis, diante do receio dos efeitos, muitas vezes nefastos, da pronúncia de nulidade das mesmas. Ou, pior ainda, cego às consequências dos seus julgados, poderá declarar mecanicamente a inconstitucionalidade de normas, atropelando direitos, valores e interesses de estatura constitucional superior.”²²⁹

Por fim, a manipulação dos efeitos firma-se sobre o próprio postulado da supremacia das normas constitucionais. Consoante anteriormente assinalado, todas as disposições contidas na Constituição são dotadas de supremacia em relação aos demais atos praticados por parte dos Poderes constituídos. Por consequência, ao realizar o controle de constitucionalidade, a preocupação deverá estar voltada à defesa da supremacia da Constituição como um todo, e não de aspecto meramente pontual, conforme assinala RUI MEDEIROS:

“A defesa da Constituição por si mesma não tem sentido; a Constituição enquanto instrumento protege-se por aquilo que representa. E o Tribunal Constitucional, mais do que simples guarda das disposições, é garante dos valores constitucionais. O sentido e o objectivo do princípio da primazia da Constituição está, em última análise, na segurança e defesa da Constituição enquanto ordem jurídica fundamental do Estado e da sociedade. O princípio da constitucionalidade, se bem que exija o afastamento efectivo e o mais rapidamente possível da inconstitucionalidade, não se contenta apenas com uma imediata maximização parcial (da norma constitucional violada) sem consideração das restantes disposições e princípios constitucionais. O princípio da unidade da Constituição postula uma concordância prática entre os diferentes interesses constitucionalmente protegidos. Ou, em termos mais radicais, ‘objectivo da Constituição é alicerçar o Estado e não destruí-lo.’”²³⁰

Ao assegurar em hipóteses excepcionais as situações criadas e os atos jurídicos praticados com fundamento no ato inconstitucional, a modulação temporal exerce vigilância sobre a supremacia das normas constitucionais. Por consequência, o emprego da técnica indicará fundamento legítimo, apenas e tão somente, se no caso analisado, a jurisdição constitucional encontrar no próprio texto constitucional valores contrapostos ao princípio da nulidade das leis inconstitucionais, igualmente dignos de tutela.

²²⁹ SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade cit., p. 31. Na mesma linha, MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo VI cit., p. 85.

²³⁰ MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade...** cit., p. 711-712.

2.5 Finalidade

O dimensionamento temporal dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade atende a finalidades bem definidas perante a jurisdição constitucional.

De modo imediato, a técnica destina-se a preservar situações jurídicas havidas no plano normado sob o influxo da norma inconstitucional, resguardadas por interesses constitucionais relevantes (v.g. segurança jurídica, interesse público etc.). Sob outra perspectiva, ainda de modo imediato, cumpre a função de oferecer sobrevida jurídica à norma jurídica, com o intuito de habilitar a produção de efeitos prospectivos, afastando o indesejado estado de *horror vacui*.

De modo mediato, a modulação temporal orienta-se a atender, ao menos, três relevantíssimas finalidades: (1) restaurar a constitucionalidade; (2) conferir efetividade à Constituição, livrando determinados empecilhos à declaração de inconstitucionalidade; e (3) oferecer mecanismo que permita a compreensão da norma constitucional de modo consentâneo com as circunstâncias históricas contemporâneas, desatando a jurisdição constitucional de paradigmas anteriores.

O dimensionamento temporal presta-se, de modo mediato, a restaurar o estado de constitucionalidade e a resguardar a supremacia das normas constitucionais. A alteração dos efeitos triviais somente é cabível como solução de agressões a princípios constitucionais perpetradas em decorrência da pronúncia de inconstitucionalidade. Consoante advertência de HUMBERTO ÁVILA:

“A atribuição de efeitos prospectivos deve ter o objetivo de restaurar a constitucionalidade. É preciso sempre lembrar: o Supremo Tribunal Federal é o ‘guardião da Constituição’, e a sua função é assegurar a constitucionalidade das leis. Esse é o sistema implantado pela CF/88 por meio dos seus arts. 102 e ss. (...) Somente se a declaração de nulidade não restaurar o estado de constitucionalidade é que o Supremo Tribunal Federal pode usar o mecanismo de modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade. Esse requisito é de extrema importância, pois, não sendo ele observado, perde-se de vista a própria função regular do controle de constitucionalidade, passando o Supremo Tribunal Federal de ‘guardião da Constituição’ a ‘guardião da violação da Constituição’.”²³¹

Para além da mera restauração, ao contrário do que se poderia imaginar, o uso da técnica constitui reforço à efetividade da Constituição. Prevalendo uma doutrina baseada no *tudo ou nada*, a jurisdição constitucional poderia abster-se de declarar a

²³¹ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 567.

inconstitucionalidade das normas, notadamente nas hipóteses em que a eficácia retroativa da pronúncia ocasionasse consequências nocivas a valores tutelados pela própria Constituição. Desse modo, o dimensionamento temporal dos efeitos, ao desvincular a sanção de sua eficácia plenamente retroativa, reforça a plena observância da Constituição. Em razão da técnica, à jurisdição constitucional é sempre dado não pactuar com a constitucionalidade, sem infringir direitos e interesses assegurados na Constituição.

GILMAR FERREIRA MENDES bem apreende a finalidade mediata do instituto, naquilo que é voltado a aumentar o espectro de possibilidades de afirmação da inconstitucionalidade, em prol da supremacia das normas constitucionais:

“Observe-se que nem sequer o argumento de que a existência de uma decisão alternativa acabaria por debilitar a aplicação da norma constitucional há de ter acolhida aqui. Como observa Garcia de Enterría, se não se aceita o pronunciamento prospectivo, não se declara a inconstitucionalidade de um número elevado de leis, permitindo que crie um estado de *greater restraint*. Tudo indica, pois, que é a ausência de uma técnica alternativa à simples declaração de nulidade que pode enfraquecer a aplicação da norma constitucional.”²³²

Durante o exercício da jurisdição, mais precisamente no decorrer do julgamento da ADIn n. 1.102-2/DF, o então ministro SEPÚLVEDA PERTENCE vaticinou a possibilidade de a Corte furtar-se à declaração de inconstitucionalidade em razão dos efeitos prejudiciais decorrentes da nulidade *ab initio*:

“O ilustre Procurador-Geral da República trouxe à discussão matéria que também me preocupa, atinente ao radicalismo da doutrina americana ortodoxa de nulidade *ab origine* da norma declarada inconstitucional, que temos seguido, no Brasil, desde a adoção do controle difuso e incidente, mas que, na via do sistema concentrado e direito de controle, pode efetivamente gerar consequências gravíssimas.

De logo – a observação é de Eduardo Garcia de Enterría – a consequente eficácia *ex tunc* da pronúncia de inconstitucionalidade gera, no cotidiano da Justiça Constitucional, um sério inconveniente, que é o de levar os tribunais competentes, até inconscientemente, a evitar o mais possível a declaração de invalidade da norma, à vista dos efeitos radicais sobre o passado.”²³³

E, de modo mais substancial, o Min. EROS GRAU efetivamente externou a intenção de não infirmar a constitucionalidade da Lei n.º 7.619, de 30/03/2000, do Estado da Bahia, em razão dos efeitos perniciosos que daí adviriam (ofensa à segurança jurídica e ao princípio da continuidade do Estado), por ocasião de seu pronunciamento no julgamento da ADIn n.º 2.240/BA:

“Cumpro verificarmos o que, no caso, menos compromete a força normativa futura da Constituição e sua função de estabilização. O que menos as sacrifica. A

²³² MENDES, Gilmar Ferreira Mendes; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle concentrado de constitucionalidade...** cit., p. 489. A mesma finalidade é indicada em MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo VI cit., p. 85.

²³³ STF, ADIn 1102, Tribunal Pleno, j. 05.10.1995, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 17.11.1995, p. 39205, v. 1809-05, p. 1004.

agressão à regra do § 4o do artigo 18 da Constituição do Brasil ou a violação do princípio federativo? Quais são os interesses atendidos em razão da declaração de inconstitucionalidade da lei que criou o Município? Quais interesses serão sacrificados em consequência dessa declaração de inconstitucionalidade? As respostas a essas indagações parecem óbvias a quem suponha o direito não somente como um esquema de coerências formais, mas como um plano da realidade social. A violação ao princípio federativo, com a cassação da realidade política local, agrava e sacrifica a função normativa da Constituição de modo pernicioso. No aparente conflito de inconstitucionalidades impor-se-ia reconhecermos a existência válida do Município, a fim de que se afaste a agressão à federação. Mas, em verdade, esse conflito efetivamente não se dá, visto que a situação de exceção com a qual nos defrontamos há de ser resolvida por esta Corte mediante a inclusão do Município de Luís Eduardo Magalhães no estado da normalidade. Prevalecerão então os valores e direitos da federação, expressando interesses múltiplos relacionados por força de vínculos diversos ao ente político local.

(...)

As circunstâncias da realidade concreta do Município de Luís Eduardo Magalhães impõem seja julgada improcedente a ADI.²³⁴

Note-se que a finalidade em epígrafe serviu de mote para justificar a introdução, no ordenamento brasileiro, do art. 27 da Lei n.º 9.868/99, conforme se infere de trecho da exposição dos motivos que acompanhou o Projeto de Lei n.º 2960/97:

“(...) a falta de um instituto que permita estabelecer limites da declaração de inconstitucionalidade acaba por obrigar os Tribunais, muitas vezes, a se absterem de emitir um juízo de censura, declarando a constitucionalidade de leis manifestamente inconstitucionais.”

Além de impedir a abstenção da jurisdição constitucional na detecção e afirmação da inconstitucionalidade, a modulação temporal de efeitos serve ainda para facilitar a atualização da interpretação constitucional, sem que os malefícios da mudança de entendimentos possam impor obstáculo intransponível à declaração de inconstitucionalidade. Sobre o assunto, as considerações vertidas por EDUARDO GARCIA DE ENTERRÍA:

“La técnica permite, pues, gradualizar progresivamente la efectividad de la Constitución sin el precio de una conmoción social a cada nuevo escalón. La alternativa real a la prospectividad de las Sentencias no es, pues, la retroactividad de las mismas, sino la abstención em el descubrimiento de nuevos critérios de efectividad de la Constitución, el estancamiento en su interpretación, la renuncia, pues, a que los Tribunales Constitucionales cumplan una de sus funciones capitales, la de hacer um **living Constitution**, la de adaptar paulatinamente ésta a las nuevas condiciones sociales, a ‘la realidad social de tiempo en que han de ser aplicadas’, en los términos aproblemáticos del artículo 3º-1 del Código Civil.”²³⁵

Mais centradamente, VANICE REGINA LÍRIO DO VALLE reconhece a modulação temporal como importante instrumento facilitador da atualização da compreensão do texto constitucional:

²³⁴ STF, ADIn 2240, Tribunal Pleno, j. 09.05.2007, rel. Min. Eros Grau, *DJe* 03.08.2007, p. 29, v. 2283-02, p. 279.

²³⁵ ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. Justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficácia de las leyes inconstitucionales. **Revista de Direito Público**. São Paulo: RT, v. 92, p. 5-16, out./dez. 1989, p. 14.

“Rechaçada – ou circunscrita excessivamente nas suas hipóteses de aplicação – a possibilidade insculpida no art. 27 da Lei 9.868/1998, ao argumento de violação ao equilíbrio e harmonia entre os Poderes, o risco é que o Poder Judiciário, vendo-se defronte de situação que recomende a revisitação de conceito anteriormente conferido à locução constitucional, possa entender por não promover à sua atualização, por temer sejam mais nefastas as consequências da pronúncia de nulidade com relação às situações anteriores, do que as da desatualização do texto constitucional. Em última análise, negada aplicação à prerrogativa de reconhecimento da inconstitucionalidade da lei com efeitos prospectivos, o que se estará fazendo é subtrair do Judiciário a possibilidade de, em se vendo diante de hipótese de necessária atualização da compreensão do texto da norma constitucional, empreender a ponderação de valores e combinar o esforço de revogação, com a garantia de segurança das situações anteriores. Isso seria a negação de uma prática que, como demonstrado, Jellinek (1990) indicava como necessária já no início do século XX.”²³⁶

2.6 Natureza Jurídica

Reside na definição da natureza jurídica da técnica de dimensionamento temporal dos efeitos acirrada controvérsia jurídica. Gravitam as opiniões entre reconhecer à modulação a natureza de *dever constitucional vinculado* ou, contrariamente, a de *mera providência discricionária*, ditada por critérios de oportunidade e conveniência.

À luz da imposição legal de pressupostos rigorosos para a manipulação de efeitos, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO atribui à técnica a natureza de providência discricionária, aplicada mediante “apreciação tipicamente política”:

“A atribuição de eficácia *ex nunc* ou a partir de um determinado momento à decisão que reconhece a inconstitucionalidade pressupõe duas condições: uma, formal, se tomada pelo *quorum* de dois terços dos Ministros do Supremo Tribunal Federal; outra, material, ocorrerem ‘razões de segurança ou de excepcional interesse social’. Esta derradeira é incontestavelmente uma apreciação de conveniência e oportunidade – de mérito, no sentido administrativo do termo. É uma apreciação tipicamente política. E subjetiva, porque admitir que haja razões de segurança, ou de interesse social, ainda mais quando qualificado de excepcional, depende da visão que cada um tenha das coisas. Que se trata de uma apreciação política é tese reforçada pela exigência de *quorum* para tanto. Está nisto – é certo – uma cautela, visa a evitar que maioria exígua imponha sua visão da segurança ou do interesse social. Mas esta cautela adverte que a identificação desses fatores, por ser de fundo político, exige um certo *consensus* demonstrado pela maioria qualificada. Na verdade- insista-se no ponto – a maioria absoluta basta para decretar a inconstitucionalidade, mas não é suficiente para dosar os seus efeitos...Disto tudo decorre, em suma, a conclusão de que o Supremo Tribunal se torna (ou tende a se tornar) uma terceira Câmara do Poder Legislativo. De fato, ao convalidar um ato inconstitucional – pois é convalidar mantê-lo eficaz – ele ‘legisla’...”²³⁷

²³⁶ VALLE, Vanice Regina Lírio do. Efeitos prospectivos da declaração de inconstitucionalidade como técnica garantidora do livre exercício da atualização constitucional. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, v. 38, p. 185-195, 2002, p. 190-191.

²³⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do ato inconstitucional em face do Direito Positivo Brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Fund. Getúlio Vargas, v. 230, p. 217-236; out./dez. 2002, p. 226-227.

CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO envereda por idêntico caminho, ao vislumbrar, como consequência à edição das Leis n.º 9.868/99 e 9.882/99, a positivação de uma *justiça discricionária*:

“(…) A partir desses inovadores atos legislativos, incorporou-se, entre nós, a experiência já hoje generalizada nos mais desenvolvidos sistemas de jurisdição constitucional, consistente na encampação da prerrogativa discricionária de juízes e tribunais incumbidos de julgamentos constitucionais quanto à validade das leis, de definir, em cada caso, a eficácia temporal de tais julgados. Busca-se, com esse modelo de *justiça discricionária*, garantir a segurança de determinadas relações jurídicas constituídas sob a égide de normas proscritas do ordenamento positivo presidido pelo estatuto supremo dotado de rigidez constitucional.”²³⁸

Ao apreciar questão de ordem no julgamento do RE 370.682-9/SC, após demonstrar com percuciência o reflexo das inovações trazidas pelas Leis n.º 9.868/99 e 9.882/99 no controle de constitucionalidade brasileiro, o Min. RICARDO LEWANDOWSKI deixa transparecer a consideração da natureza jurídica discricionária à tarefa de modulação de efeitos:

“Não impressiona, *data venia*, o argumento segundo o qual o poder atribuído ao Supremo Tribunal Federal de regular os efeitos das decisões proferidas no bojo de ações de natureza objetiva, em particular quanto ao seu aspecto temporal, não se encontra previsto em nenhum dispositivo do texto constitucional. É que o Supremo, segundo o art. 102, *caput*, da Carta Magna, exerce o relevante papel de ‘guarda da Constituição’. Trata-se de um múnus de matiz político, cujo exercício comporta considerável margem de discricionariedade, exatamente para que a Corte possa dar efetividade ao princípio da supremacia constitucional.”²³⁹

Em outra vertente, situam-se aqueles que preconizam à modulação temporal de efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade a natureza de dever constitucional vinculado, estribado em fundamentos expressamente previstos na Constituição. Segundo esta concepção, circunstantes os pressupostos, o dimensionamento temporal dos efeitos é medida indissociável à declaração de inconstitucionalidade, sem espaço para apreciação da oportunidade ou conveniência da medida. Nesse sentido, a concepção de RUI MEDEIROS:

“A limitação de efeitos vai, manifestamente, em sentido contrário ao objectivo do processo de constitucionalidade e, portanto, enquanto medida excepcional, depende da verificação de que uma declaração de inconstitucionalidade pura e simples envolveria um sacrifício desproporcionado de outros interesses constitucionalmente protegidos. E, obviamente, ocorrendo um tal condicionalismo, não pode o Tribunal Constitucional, que está constitucionalmente vinculado pelo princípio da proporcionalidade, recusar uma restrição dos efeitos da inconstitucionalidade. Ou seja, quando a ponderação meio-fim justifique a limitação de efeitos, a opção por uma declaração de inconstitucionalidade com eficácia *ex tunc* e repristinatória não deixaria de ofender o princípio da proporcionalidade. De resto, a atribuição de um poder discricionário neste domínio – aliada à elevada indeterminação das normas

²³⁸ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira de. Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos em face das Leis n.ºs 9.868 e 9.882/99 cit., p. 39-40.

²³⁹ STF, RE 370682, Tribunal Pleno, j. 25.06.2007, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 19.12.2007, p. 24, v. 2304-03, p. 392.

constitucionais e, conseqüentemente, do próprio juízo de inconstitucionalidade – poderia, pela sua amplitude, pôr em causa a natureza jurisdicional da actividade do Tribunal Constitucional. E nem sequer se vislumbram quaisquer razões que tornem necessária ou conveniente a adopção de uma tal solução.”²⁴⁰

No mesmo eito, o Min. GILMAR MENDES reconhece que a manipulação temporal dos efeitos é providência jurídica intrínseca ao controle de constitucionalidade, dotada de fundamento constitucional próprio e de natureza estranha ao mero juízo de conveniência:

“Portanto, aqui, não se trata de qualquer juízo de conveniência ou de adoção de qualquer opção política, mas tão somente, de ação de uma mera técnica jurídica que hoje é universal na jurisdição constitucional. Não há Corte Constitucional digna desse nome no mundo que não faça modulação de efeitos, exatamente porque se ponderam princípios.

Por isso, também – e essa é uma observação hoje bastante comum – que não é dado ao Tribunal fazer isso como se estivesse a proceder a uma escolha, conveniência. Não, não é disso que se cuida. Se de fato estamos diante de um caso em que a segurança jurídica, que é princípio constitucional, impõe a modulação de efeitos, devemos fazê-lo. Por quê? Porque esse princípio constitucional é suficiente para afastar a aplicação do princípio da nulidade, que, como vimos, não é absoluto.”²⁴¹

Entende-se consentânea com o ordenamento jurídico brasileiro a segunda ordem de opiniões. O exercício da técnica é providência vinculada, orientada pela noção de supremacia de normas constitucionais e amparada por fundamento constitucional próprio, sem o qual não poderá ser manejada.

Desse modo, quando os efeitos típicos da declaração de inconstitucionalidade induzirem a um sacrifício desproporcional à segurança jurídica ou a outro interesse constitucionalmente protegido, a adoção da técnica é medida imperativa e vinculada. Argumentos outros, de conveniência ou oportunidade, não podem servir para justificar a aplicação ou o afastamento da modulação temporal de efeitos.

Concebe-se, nesse passo, possível cogitar de uma discricionariedade imprópria, ínsita ao processo de interpretação dos pressupostos reclamados, circunscrito que está por uma moldura significativa fornecida pelo texto normativo.²⁴² Entretanto, verificados os pressupostos para modulação, não se permite avaliação ou decisão segundo critérios de

²⁴⁰ MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade...** cit., p. 735-736.

²⁴¹ STF, ADIn 3819, Tribunal Pleno, j. 24.10.2007, rel. Min. Eros Grau, DJ 28.03.2008, p. 356, RTJ 206-01/00170. EDUARDO TALAMINI também rechaça a natureza discricionária da atividade desenvolvida para limitar os efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade (TALAMINI, Eduardo. **Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira: repercussão geral, força vinculante, modulação dos efeitos do controle de constitucionalidade e alargamento do objeto do controle direto.** São Paulo: Tese apresentada para o concurso à livre-docência do Departamento de Direito Processual – Área de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2008, p. 201).

²⁴² Sobre o âmbito da *escolha discricional* no momento da interpretação/aplicação da norma ao caso concreto, bem como acerca da necessidade de a decisão ser desenvolvida sobre critérios respeitantes dos parâmetros de racionalidade, TARUFFO, Michele. *Legalidade e justificativa da criação judiciária do Direito.* **Revista Esmape.** Recife: Esmape, v. 6, p. 431-456, jul.-dez. 2001.

conveniência ou oportunidade para adoção de comportamento outro que não o próprio dimensionamento.²⁴³

“Não seria, contudo, nem lógico nem aceitável, à luz dos princípios ancilares do Estado de Direito e da separação de Poderes que o Tribunal Constitucional pudesse livremente dispor sobre os efeitos das suas sentenças, mesmo nas situações em que a Constituição lhe confere um maior diâmetro decisório para o efeito”,²⁴⁴ consoante apreciação acertada de CARLOS BLANCO DE MORAIS.

2.7 Distinções de outras técnicas de decisão da jurisdição constitucional e da equidade

Como solução aos diversos problemas encontrados por ocasião do exercício da jurisdição constitucional, ao longo dos anos foram consagradas no Direito Constitucional Comparado várias *técnicas de decisão* que, apesar de guardarem elementos comuns, não se confundem. Pretende-se, doravante, contrapor a decisão de inconstitucionalidade com efeitos temporais modulados às seguintes técnicas: (1) *decisão de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade*; (2) *decisão de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto*; (3) *decisão de apelo ao legislador*; (4) *interpretação conforme a Constituição*; (5) *decisões restritivas de outros efeitos*; e (6) *modulação temporal de efeitos de provimento jurisdicional derivada da alteração de jurisprudência consolidada sobre a interpretação e a aplicação de norma constitucional*. Cumpre, outrossim, para por termo ao presente tópico de modo satisfatório, destinar espaço para distinguir a modulação temporal de efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade e o (7) *julgamento por equidade*.

(1) A *decisão de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade* é o provimento intermediário da jurisdição constitucional que mais se aproxima da modulação de efeitos, sem com ela se confundir. Desenvolvida pelo Tribunal Constitucional alemão,

²⁴³ Cumpre, nesse passo, lembrar a distinção formulada por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO: “Atos vinculados seriam aqueles em que, por existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da Administração em face de situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta, a Administração, ao expedi-los, não interfere com apreciação subjetiva alguma. Atos ‘discricionários’, pelo contrário, seriam os que a Administração pratica com certa margem de liberdade de *avaliação* ou *decisão* segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, *ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles*” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 424).

²⁴⁴ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional. Tomo II...** cit., p. 291.

consiste na afirmação da inconstitucionalidade, sem a imposição da sanção de nulidade, consoante demonstra CARLOS BLANCO DE MORAIS:

“Trata-se de uma figura que na *Alemanha* é conhecida como *Unvereinbarkeit* e que, em casos de vício de menor gravidade (onde se encontram, por vezes, certas formas de inconstitucionalidade por omissão, na sua vertente relativa), pressupõe que o Tribunal Constitucional declare que a norma *é incompatível com a Lei Fundamental*, sem todavia a ferir com a sanção de nulidade, preservando, por maioria de razão, os efeitos passados (cf.r. BverfGE 37, 217 (262) e § 31, al. 2, da Lei do Tribunal Constitucional).

(...)

Ao permitir a subsistência da norma inconstitucional, procurar-se-ia a ocorrência de vazios e lacunas no ordenamento derivadas da decisão, sempre que as mesmas se mostrem mais lesivas da Constituição do que a norma estimada incompatível com a Lei Fundamental. Intentar-se-á dar tempo ao legislador para reparar o quadro de desvalor, registando-se, até certo ponto, um conteúdo apelativo implícito.”²⁴⁵

Referida espécie de decisão comporta aplicação principalmente nas hipóteses de omissão do legislador, total ou parcial, circunstância na qual a ausência de legislação aprofunda ainda mais o estado de inconstitucionalidade. Acerca das hipóteses de cabimento, expõe GILMAR FERREIRA MENDES:

“Ao lado da declaração de nulidade, prevista no § 78 da Lei do *Bundesverfassungsgericht*, desenvolveu o Tribunal outra variante de decisão, a *declaração de incompatibilidade* ou *declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade*. Desde 1970 prevê o § 31, (2), 2º e 3º períodos, da Lei do *Bundesverfassungsgericht* que o Tribunal poderá declarar a *constitucionalidade*, a *nulidade* ou a *inconstitucionalidade (sem a pronúncia de nulidade)* de uma lei. (...)

Ponto de partida para o desenvolvimento dessa variante de decisão foi a chamada ‘exclusão do benefício incompatível com o princípio da igualdade’, que se verifica quando a lei, de forma arbitrária, concede benefícios a determinado grupo de cidadãos, excluindo, expressa ou implicitamente, outros segmentos ou setores (v.g., benefícios sociais, salários ou vencimentos, subvenções etc.) A orientação desenvolvida para os casos de ‘exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade’ foi estendida a outras hipóteses nas quais o Tribunal identificou, igualmente, a necessidade de declarar a inconstitucionalidade da lei sem pronunciar a sua nulidade.”²⁴⁶

E, em outra passagem, complementa:

“Ao lado da ofensa ao princípio da igualdade, a omissão legislativa assume relevo para fundamentar a *declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade* na jurisprudência do Tribunal constitucional. A declaração de nulidade é de excluir-se na ausência de ato normativo ou, tal como formulado pelo *Bundesverfassungsgericht*, não se pode declarar a nulidade da lacuna.”²⁴⁷

O ponto de aproximação entre as técnicas reside na ausência de eficácia retroativa à declaração de inconstitucionalidade, ao ensejo de alteração ao pronunciamento da sanção. Com efeito, em razão da ausência de imposição da sanção ou da expulsão da

²⁴⁵ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional. Tomo II...** cit., p. 269-270.

²⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle concentrado de constitucionalidade...** cit., p. 512-513.

²⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle concentrado de constitucionalidade...** cit., p. 516-517.

norma do sistema, não há falar em efeito retroativo por ocasião da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade.

Todavia, a despeito da aproximação, dissociam-se as técnicas. Enquanto a modulação temporal dos efeitos reconhece a inconstitucionalidade e aplica a sanção de nulidade, ainda que de modo mais restrito, a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de inconstitucionalidade afasta a própria incidência da sanção.

(2) A *decisão de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto* consiste na técnica utilizada por parte da jurisdição constitucional para considerar inconstitucional somente determinado sentido extraído do texto de direito positivo, sem influir em sua validade. GILMAR FERREIRA MENDES apresenta o conteúdo da técnica, também de berço germânico:

“A *declaração parcial de nulidade ‘quantitativa’* diferencia-se da chamada *declaração de nulidade parcial sem redução de texto*, que se refere a uma constelação de casos não definidos precisamente no texto normativo. Essa chamada *declaração de nulidade parcial qualitativa*, que, na práxis do *Bundesverfassungsgericht*, adquiriu significado maior do que o atribuído à *declaração parcial de nulidade quantitativa*, refere-se, em regra a casos não mencionados expressamente no texto, que, por estar formulado de forma ampla ou geral, contém, em verdade, um complexo de normas.

Cogita-se, por isso, de uma *declaração parcial de nulidade ‘qualitativa’* ou *sem redução de texto (qualitative Teilnichtigerklärung ohne Normtextreduzierung)*, ou de uma declaração de nulidade sem modificação da expressão literal.”²⁴⁸

Dissociam-se as técnicas de modulação temporal e de declaração parcial de nulidade *quantitativa*. A modulação temporal resulta do reconhecimento da inconstitucionalidade e da impositação de sanção, com a eliminação do texto do direito positivo. A atipicidade desta espécie de provimento reside no pronunciamento restritivo da sanção. A declaração parcial reconhece a inconstitucionalidade, mas impõe a sanção apenas sobre uma variante de sentido do texto do direito positivo. A atipicidade do provimento está no pronunciamento restritivo do vício.

(3) A *decisão de norma ainda constitucional, mas em processo de inconstitucionalização*, consubstancia a técnica utilizada por parte da jurisdição constitucional para significar que, apesar do não acolhimento da arguição de inconstitucionalidade, a lei ou ato normativo encontra-se em rota de colisão com a Constituição, reclamando providências do legislador para mantê-la válida. Trata-se, em realidade, de um aviso ao legislador, no sentido de que a não correção ou adequação da situação ainda constitucional importará em inconstitucionalidade da lei ou do ato

²⁴⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional...** cit., p. 261.

normativo, em momento futuro. LEONARDO MARTINS especifica a origem e cabimento da técnica:

“A terceira variante de declaração sobre a constitucionalidade de lei pelo TCF é a declaração de norma ‘ainda constitucional’ (*noch verfassungsmäßig*), também chamada de decisão de apelo (ao legislador). Esse tipo de decisão surgiu naqueles casos em que, em função de mudanças muito rápidas nas estruturas sociais e econômicas, o legislador ainda não pôde se atualizar. Trata-se de uma decisão que, considerando a legitimidade democrática e a competência constitucional do legislador para a criação de regra geral e abstrata, ao constatar a existência de uma regra obsoleta, não a declara nula, mas declara-a como ‘ainda’ constitucional, com a ressalva do apelo para a sua atualização. Trata-se, no mais, de um tipo de decisão ou variante de dispositivo, assim como o da declaração de mera discordância, ainda não prevista legalmente, mas logicamente consistente, na medida em que, se a regra em pauta puder ser considerada inconstitucional, ela o será somente no contexto social atual, ou seja, a declaração de nulidade que é *ex tunc* seria lógico-materialmente incorreta.”²⁴⁹

GILMAR FERREIRA MENDES infere a existência de íntima relação entre a modulação de efeitos e a decisão de norma ainda constitucional, porque ambas mantêm a norma no sistema, ainda que temporariamente:

“É inegável que a opção desenvolvida pelo Supremo Tribunal inspira-se diretamente no uso que a Corte Constitucional alemã faz do ‘apelo ao legislador’, especialmente nas situações imperfeitas ou no ‘processo de inconstitucionalização’. Nessas hipóteses, avalia-se, igualmente, que, tendo em vista razões de segurança jurídica, a supressão da norma poderá ser mais danosa para o sistema do que a sua aplicação temporária. Não há negar, ademais, que aceita a idéia da situação ‘ainda constitucional’, deverá o Tribunal, se tiver de declarar a inconstitucionalidade da norma, em outro momento, fazê-lo com eficácia restritiva ou limitada. Em outros termos, o ‘apelo ao legislador’ e a declaração de inconstitucionalidade com efeitos limitados ou restritivos estão intimamente ligados.”²⁵⁰

As técnicas guardam notas de distinção, contudo. Enquanto a modulação de efeitos efetivamente declara a inconstitucionalidade e extirpa juridicamente a norma do sistema de direito positivo, ainda que após certo prazo da pronúncia de inconstitucionalidade, as decisões de normas ainda constitucionais resultam em rejeição da arguição de inconstitucionalidade, apenas antevendo uma futura e possível situação de inconstitucionalidade.

(4) A *interpretação conforme a Constituição* constitui técnica por meio da qual a jurisdição constitucional reduz o âmbito de significação do texto ao único conforme a Constituição. GILMAR FERREIRA MENDES oferece boa noção acerca do conteúdo da técnica:

“Outra importante modalidade de decisão do *Bundesverfassungsgericht* é a *interpretação conforme à Constituição*, na qual o Tribunal declara qual das possíveis interpretações se revela compatível com a Lei Fundamental. A despeito

²⁴⁹ MARTINS, Leonardo. **Direito Processual Constitucional Alemão** cit., p. 99-100.

²⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle concentrado de constitucionalidade...** cit., p. 487.

da falta de uma disciplina legal, essa forma de decisão adquiriu peculiar significado na jurisprudência do Tribunal graças à sua flexibilidade, que permite a renúncia ao formalismo jurídico em nome da idéia de justiça material e da segurança jurídica.”²⁵¹

Dentre as principais finalidades da técnica, LEONARDO MARTINS ressalta a preservação da decisão legislativa:

“A decisão pela ‘interpretação de leis conforme a Constituição’ (*verfassungskonforme Auslegung*) persegue o escopo de poupar a decisão legislativa, evitando a declaração de sua inconstitucionalidade ou até de nulidade da regra fixada pelo legislador, na medida em que, em havendo mais de uma interpretação possível, há de se dar prevalência àquela que for mais correspondente às normas constitucionais.

A interpretação conforme a Constituição ‘salva’, por assim dizer, a regra da declaração de nulidade por parte do TCF. (...)”²⁵²

Para bem conhecer a técnica de interpretação conforme, deve-se discerni-la da declaração de nulidade sem redução do texto. A tarefa pode ser empreendida com o auxílio da doutrina de OCTÁVIO CAMPOS FISCHER:

“Aliás, muitas vezes, confunde-se mesmo a *interpretação conforme* com, por exemplo, a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. É que, do ponto de vista prático, ambas efetivamente apresentam-se comparáveis. Porém, em termos técnicos, enquanto naquela se tem uma declaração de constitucionalidade, nesta ocorre o inverso, pois declara-se a inconstitucionalidade apenas se verificada determinada situação. A declaração, também aqui, é condicionada, porque não se quer tornar inconstitucional o dispositivo ‘sob todos os aspectos (...), quando apenas uma de suas variantes, uma ou algumas de suas possíveis aplicações é que são inconstitucionais’.”²⁵³

A decisão de modulação temporal de efeitos não se confunde com a interpretação conforme. Enquanto a primeira reconhece a inconstitucionalidade, imposta sanção e restringe os efeitos, a segunda cuida de rejeitar a arguição de inconstitucionalidade, mediante indicação da única interpretação compatível com o texto constitucional. Enquanto a primeira manipula a sanção de inconstitucionalidade, com a finalidade de restringi-la, a segunda lida sobre a caracterização do próprio vício, com o intuito de afastá-lo.

(5) Ainda no âmbito dos pronunciamentos constitutivos sobre a sanção, há que se fazer menção a *outras espécies restritivas dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, anotadas por WALTER CLAUDIUS ROTHENBURG:

“A modulação de efeitos das decisões em sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade pode ocorrer em relação a quatro dimensões: a primeira e mais comum é *quanto à eficácia temporal* da decisão (alcance da decisão em relação ao período de tempo); a segunda é *quanto à eficácia vinculante* da decisão (alcance da decisão em relação a outros órgãos aplicadores do direito); a terceira é *quanto à eficácia material* da decisão (alcance do conteúdo da

²⁵¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional...** cit., p. 287.

²⁵² MARTINS, Leonardo. **Direito Processual Constitucional Alemão** cit., p. 100-101.

²⁵³ FISCHER, Octávio Campos. **Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no Direito Tributário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 132.

decisão); finalmente, a quarta é quanto à *eficácia subjetiva* da decisão (alcance da decisão em relação ao universo de pessoas afetadas).²⁵⁴

(6) Na esteira das distinções que se pretende consignar em relação a outras técnicas de decisão da jurisdição constitucional, convém lembrar a sutil diferença entre a modulação temporal de efeitos em razão das consequências nocivas da declaração de inconstitucionalidade e a *modulação temporal de efeitos de provimento jurisdicional que impõe alteração de jurisprudência consolidada sobre a interpretação e aplicação de norma constitucional*. EDUARDO TALAMINI oferece noção da última técnica:

“É possível, ainda, o emprego da técnica da modulação para preservar efeitos de atos praticados à época em que se supunha, por força de firme orientação jurisprudencial, ser inconstitucional o ato normativo só depois declarado constitucional.

Nessa hipótese, obviamente a modulação não consiste em tratar como inconstitucional a norma que é constitucional. A técnica da modulação expressa-se, isso sim, pelo reconhecimento de que houve uma mudança na interpretação constitucional (que conduz a agora se ter por constitucionalmente legítimo um ato normativo antes tido por ilegítimo) – devendo-se preservar os efeitos dos atos praticados sob a égide da interpretação anterior.”²⁵⁵

Cuida-se de temas aproximados, por vezes até mesmo conexos,²⁵⁶ mas a envolver limitações e pressupostos específicos. A título paradigmático, três casos recentes da pragmática forense merecem menção.

De início, relembre-se a posição assumida pelo STF no curso do julgamento do RE 353.657-5/PR, interposto pela União contra acórdão do TRF da 4ª Região que julgou procedente o recurso de apelação em mandado de segurança para reconhecer o direito aos créditos de IPI decorrentes da aquisição de matéria prima cuja entrada é isenta, não tributada ou sobre a qual é incidente a alíquota zero. A proposta de oferecer efeitos meramente prospectivos à decisão em razão da alteração da jurisprudência consolidada veio à tona, após a negativa pela maioria dos Ministros do direito ao creditamento pretendido pela impetrante. Naquela oportunidade, o MIN. RICARDO LEWANDOWSKI suscitou questão de ordem, para propor o exercício da técnica de modulação de efeitos do provimento jurisdicional fundado na alteração de jurisprudência consolidada. Dentre os diversos argumentos manejados para sustentar a posição, o ministro consignou os arts. 27

²⁵⁴ ROTHENBURG, Walter Claudius. Velhos e novos rumos das ações de controle abstrato de constitucionalidade à luz da Lei n.º 9.868/99. In: SARMENTO, Daniel (org.). **O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 283. Convém alertar, contudo, que a proposta não é pacífica. Em conformidade à crítica de ELIVAL DA SILVA RAMOS: “De igual modo, não nos parece que o preceito autorize a exclusão de determinadas categorias de pessoas ou de determinadas situações em relação aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, porquanto se estaria atribuindo à jurisdição constitucional um poder de conformação normativa, próprio do legislador” (RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil...** cit., p. 299).

²⁵⁵ TALAMINI, Eduardo. **Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira...** cit., p. 219.

²⁵⁶ Como exemplo, a decisão de pronúncia de inconstitucionalidade que impõe alteração de jurisprudência consolidada que afirmava a constitucionalidade da lei ou ato normativo.

da Lei n.º 9.868/99 e 11 da Lei n.º 9.882/99, que permitiram ao STF regular os efeitos das decisões proferidas nas ações declaratórias de constitucionalidade, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas arguições de preceito fundamental. Em postura irreparável, a Corte bem percebeu a distinção entre as situações (declaração de inconstitucionalidade *versus* mudança jurisprudencial sobre interpretação constitucional), posicionou-se majoritariamente contra a pretensão exposta e refutou a aplicação, ainda que analógica, dos dispositivos invocados, consoante excerto do Voto proferido pelo MIN. EROS GRAU:

“O preceito respeita à declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, quando se manifestem razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social. Cuida dos efeitos de declaração de inconstitucionalidade. Inconstitucionalidade. Repito: inconstitucionalidade. O preceito visa a minimizar eventuais efeitos perniciosos decorrentes da retroatividade dos efeitos de declaração de inconstitucionalidade. Declarações de constitucionalidade não geram efeitos perniciosos ao operarem retroativamente. Para tanto devem existir. Declarações judiciais de constitucionalidade de qualquer porção do ordenamento apenas o confirmam, positivamente. Não se modulam declarações de constitucionalidade de leis ou atos normativos – toda a gente sabe disso.”²⁵⁷

De outro lado, cabe lembrar o julgamento do RE 377.457-3/PR, que tratou da revogação pelo art. 56 da Lei n. 9.430/96 da isenção concedida às sociedades civis de profissão regulamentada pelo art. 6º, inc.II, da Lei Complementar 70/91. Após o reconhecimento da constitucionalidade da revogação, em razão de a matéria não estar reservada pela CRFB/88 ao campo material da lei complementar, os Ministros do STF, em sessão plenária, desproveram o recurso interposto pelo contribuinte. Assentada a conformidade da legislação à Constituição pelo entendimento da maioria e ainda durante o curso do julgamento, a parte recorrente requereu a modulação dos efeitos da decisão, em razão da alteração de jurisprudência consolidada, inclusive externada em súmula do Superior Tribunal de Justiça (verbete n.º 276). Entenderam que razões de segurança jurídica (proteção da confiança legítima do contribuinte) recomendavam a adoção da medida os Ministros CELSO DE MELLO, MENEZES DIREITO, EROS GRAU, RICARDO LEWANDOWSKI e CARLOS BRITTO. Todavia a maioria desacolheu a pretensão, por constituir a posição afirmada jurisprudência antiga no STF e questão pacífica em livros de doutrina.

Ao cabo, interessante anotar que, também por ocasião do julgamento da ADIn 3.756-1/DF, não houve modulação temporal de efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade em razão da declaração de inconstitucionalidade – não caracterizada no caso em apreço-, mas em decorrência da necessidade de preservação de atos pretéritos orientados por jurisprudência pacífica e reiterada do Tribunal de Contas da União. Com

²⁵⁷ STF, RE 353.657, Tribunal Pleno, j. 25.06. 2007, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 07.03.2008, v. 2310-03, p. 502 RTJ 205-02/807.

efeito, a Mesa Diretora da Câmara Legislativa do Distrito Federal aforou a ADIn 3.756-1, tendo por objeto o inc. II do § 3º do art. 1º, bem como os incs. II e III do art. 20 da Lei Complementar n.º 101, de 04/05/2000, que fixa o limite global de despesas com pessoal, na esfera estadual, em 3% (três por cento) para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas do Estado. Em sessão plenária realizada em 19/10/2007, o Tribunal julgou improcedente o pedido, por entender aplicável o limite global de despesas de 3% (três por cento), uma vez que o Distrito Federal está bem mais próximo da estruturação dos Estados-membros do que da arquitetura constitucional dos Municípios, de modo que se afigura razoável o critério estabelecido na Lei de Responsabilidade Fiscal. O Governo do Distrito Federal e a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal opuseram embargos de declaração, a fim de aduzir que a Corte não fixou o momento temporal a partir de quando haveria de incidir a eficácia vinculativa do julgado. O Min. AYRES BRITTO conheceu dos embargos de declaração opostos pela Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal, a fim de determinar que, diante das peculiaridades do caso, o cumprimento da decisão proferida na ADIn 3.756-1 tivesse curso em dois quadrimestres a partir da publicação da ata de julgamento de mérito, atendidas as demais diretrizes da LC n.º 101/2000. Considerou ainda o Ministro-relator que as despesas com pessoal fora dos limites previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal já haviam sido realizadas, não sendo possível retroagir o moinho orçamentário.

(7) Ao final do presente tópico, dedicado às distinções possíveis, convém afastar a modulação temporal dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade do *julgamento por equidade*. Para tanto, para delimitar as acepções que se pode admitir ao signo *equidade*, utiliza-se a lição de CARLOS MAXIMILIANO, segundo a qual “[d]esempenha a Equidade o duplo papel de suprir as lacunas dos repositórios de normas, e auxiliar a obter o sentido e alcance das disposições legais. Serve, portanto, à Hermenêutica e à Aplicação do Direito.”²⁵⁸

Enquanto *mecanismo de aplicação do Direito*, ao lado da analogia, a equidade seria elemento de integração, diante da lacuna do repositório de normas e da ineficiência das formas suplementares de expressão do direito. Neste cenário específico, parece que a modulação temporal de efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade não poderia ser entendida de qualquer modo como equidade. Com efeito, o dimensionamento temporal

²⁵⁸ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 140.

granjeia aplicação sobre situação em que há abundância (e não ausência) de norma, tanto o é que está para resolver situações de antinomia principiológica (colisão de princípios), e não anomia normativa.

De outro lado, enquanto *regra de julgamento* (hermenêutica), a equidade comportaria toda adequação da lei geral às sinuosidades do caso concreto, em busca da concreção do justo melhor. A propósito, mais uma vez, merecem transcrição as colocações de CARLOS MAXIMILIANO:

“A sua utilidade decorre dos inconvenientes que acarretaria a aplicação estrita dos textos.

A frase – *summum jus, summa injuria* – encerra o conceito de Equidade. A admissão desta, que é o justo melhor, diverso do justo legal e corretivo do mesmo, parecia aos gregos meio hábil para abrandar e polir a ideia até então áspera do Direito; nesse sentido também ela abriu brecha no granito do antigo romanismo, humanizando-o cada vez mais. “fora do *oequum* há somente o *rigor juris*, o *jus durum*, *summum*, *callidum*, a *angustissima formula* e a *summa crux*. A *oequitas* é *jus benignum*, *temperatum*, *naturalis justitia*, *ratio humanitatis* – ‘fora da equidade há somente o rigor do Direito, o Direito duro, excessivo, maldoso, a fórmula estreitíssima, a mais alta cruz. A equidade é o Direito benigno, moderado, a justiça natural, a razão humana (isto é, inclinada à benevolência).”²⁵⁹

Com esteio nessa última aceção, a técnica da modulação, embora possa produzir resultado parecido (*justiça material no caso concreto*), não se estabelece como regra de julgamento, tendente a adaptar a aplicação da lei formulada em termos gerais aos contornos específicos do caso concreto. Ao contrário, estruturado sob a metódica da ponderação de interesses, o dimensionamento temporal consubstancia procedimento complexo, regido por pressupostos e limites específicos, destinado a definir o direito aplicável ao caso concreto na hipótese de colisão de normas constitucionais. De qualquer modo, a equidade não oferece ao intérprete a possibilidade de negar a aplicação de um enunciado normativo ao caso concreto; ao revés, a modulação temporal de efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade permite ao intérprete preferir a aplicação de um princípio a outro, diante das contingências do caso apresentado.

2.8 A influência da modulação temporal de efeitos na invalidade do ato inconstitucional

Quanto à influência da manipulação temporal dos efeitos na preservação da validade do ato submetido ao controle de constitucionalidade, a abordagem da questão

²⁵⁹ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito** cit., p. 140.

deve ter seguimento de modo diferenciado, a depender inicialmente da sanção imputada por parte do ordenamento jurídico ao ato viciado e da consequente natureza da decisão que a pronuncia.

Nos sistemas de padrão europeu, cuja sanção de anulabilidade é a prevista pelo ordenamento jurídico, a modulação temporal de efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade constitui instrumento *ad hoc* do próprio controle. O ato anulável permanece válido e eficaz, até a superveniência da decisão desconstitutiva que pronuncia o vício e define a extensão dos efeitos temporais da sanção. Percebe-se, portanto, que a modulação temporal atua diretamente no plano da validade da norma produzida ao arripio da Constituição, resolvendo-se na determinação de seu termo final de validade.

Diversamente, nos sistemas de matriz estadunidense, nos quais a sanção de nulidade é a penalidade prevista para ser aplacada contra o ato inconstitucional, a questão da influência da modulação temporal na preservação da validade do ato normativo não se afigura pacífica.

Ao formular críticas ao instituto veiculado no art. 27 da Lei n.º 9.868/99, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO considera que o ato inconstitucional deixa de ser inválido, por força da modulação temporal de efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade:

“Deste texto [art. 27] devem-se destacar alguns pontos de grande alcance. O primeiro, inegável, consiste em registrar que o ato inconstitucional não é mais, como ensinavam doutrina e jurisprudência, nulo e írrito. É contra a índole do direito admitir que um ato nulo somente possa deixar de produzir efeitos ‘a partir do...trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado’.

Conclusão óbvia, a violação da Constituição pode ser ‘direito’ positivo, mesmo depois de reconhecida, no processo competente, pelo Supremo Tribunal Federal, ‘guarda da Constituição’.

E, mais. A decisão pode ‘restringir’ os seus efeitos... Isto significa, por exemplo, que ela poderá considerar válidos atos inconstitucionais, ou dispensar o Estado de devolver o que percebeu em razão de tributo inconstitucionalmente estabelecido e cobrado...Donde resultará a inutilidade do controle.

Não é mais rígida a Constituição brasileira.

O segundo, patente, registra que não se pode mais considerar declaratória a natureza da ação direta de inconstitucionalidade, mas sim constitutiva-negativa, para empregar a lição de Pontes de Miranda. Sim, porque a decisão não irá apenas declarar um fato – estar a lei viciada de inconstitucionalidade – mas irá desconstituí-la, neste ou naqueles termos. (...)

O terceiro, insofismável, mostra que o controle de constitucionalidade assumiu um caráter político e que nele se pretende que o Supremo Tribunal Federal atue como órgão político. (...)²⁶⁰

²⁶⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O sistema constitucional brasileiro... cit., p. 11-12. Em outra obra, o mencionado jurista reafirma seu entendimento: “Na verdade, com a legislação mencionada, chegou ao direito brasileiro a relativização da inconstitucionalidade. Isto já era decorrência pacífica da posição das Cortes constitucionais europeias, bem mais próximas de Kelsen que de Marshall. É o que Canotilho aponta em texto

ELIVAL DA SILVA RAMOS vislumbra, na manipulação temporal de efeitos prevista no art. 27 da Lei n.º 9.868/99, a convalidação parcial do ato inconstitucional:

“A nosso ver, o art. 27 da Lei n. 9868/99 cuida exclusivamente da modulação dos efeitos temporais que, aparentemente, insista-se, decorrem da decisão declaratória de inconstitucionalidade. E o faz no sentido de autorizar a atenuação do reconhecimento da total ausência de efeitos no que concerne ao ato legislativo impugnado, o que somente é possível, tendo em conta a sanção de nulidade imposta pelo ordenamento, mediante a sua convalidação parcial, temporalmente delimitada. Assim, observados os pressupostos legais, faculta-se ao órgão de controle: (I) impedir que a ineficácia do ato normativo remonte à sua edição, estipulando um termo-limite situado entre esta e o trânsito em julgado da decisão (daí a alusão à restrição dos ‘efeitos da declaração’, que, ordinariamente, ‘retroagiriam’), (II) determinar que a ineficácia do ato opere a partir do trânsito em julgado da decisão de controle (‘eficácia *ex nunc* da declaração’) ou (III) a partir de outro momento a ele subsequente (‘eficácia *pro futuro* da declaração’). Em qualquer uma dessas hipóteses, o que faz o Supremo Tribunal Federal é convalidar, parcialmente, o ato legislativo inquinado de nulidade, assegurando a sua validade e, portanto, a produção de alguns efeitos próprios, durante certo lapso temporal. (...)”²⁶¹

PAULO DE BARROS CARVALHO reconhece, na inovação normativa traçada pelo art. 27 da Lei n.º 9.868/1999 e pelo art. 11 da Lei n.º 9.882/1999, a instituição da sanção de anulabilidade no sistema judicial de controle de constitucionalidade:

“Consoante se vê nos exemplos acima, que ilustram o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, a introdução dos supramencionados dispositivos, em 1999, atribuiu àquela Corte competência para conceder pena de anulabilidade às decisões que declaram inconstitucional determinada norma, possibilitando a estipulação de efeitos *ex nunc* e *pro futuro*, a fim de resguardar as relações jurídicas que se firmarem sob o manto da norma posteriormente tida por inconstitucional. Lembremos: tudo em homenagem ao princípio da segurança jurídica e ao excepcional interesse social.”²⁶²

Em outra vertente, JOSÉ CARLOS FRANCISCO defende que o emprego da técnica não induz ao reconhecimento da validade da norma inconstitucional, mas apenas preservação de seus efeitos:

“Acreditamos que a norma inconstitucional continua sendo nula de pleno direito, a despeito da competência confiada ao Supremo Tribunal Federal pelas Leis n.ºs 9.868/99 e 9.882/99, pois em hipótese alguma os preceitos inconstitucionais poderão ser convalidados. O que essas leis permitem é a manutenção temporária dos efeitos das normas irremediavelmente inconstitucionais, cuja decisão fica a critério do prudente arbítrio de razoabilidade e de proporcionalidade do Supremo Tribunal Federal, certamente para casos cuja aplicação do efeito *ex tunc* provocaria transtornos maiores do que os apresentados para manutenção daquilo que foi feito com base nos dispositivos inconstitucionais.”²⁶³

já citado e que se ajusta, também, à evolução da própria jurisprudência e da doutrina norte-americanas. Sem dúvida, esta relativização aponta, de um ângulo, para um desprestígio (também relativo) da Constituição e, de outro, para uma politização do controle” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais...** cit., p. 131).

²⁶¹ RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil...** cit., p. 299-300.

²⁶² CARVALHO, Paulo de Barros. Segurança jurídica e modulação dos efeitos. **Revista do Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, v. 102, p. 18-28, 2008, p. 25.

²⁶³ FRANCISCO, José Carlos. Natureza das normas e atos inconstitucionais. **Repertório de Jurisprudência IOB: Tributário, Constitucional e Administrativo**. São Paulo: IOB, v. 17, p. 632-629, set. 2004, p. 631.

O mesmo entendimento é compartilhado por OCTÁVIO CAMPOS FISCHER, para quem a manipulação dos efeitos temporais da pronúncia de inconstitucionalidade não altera a característica de invalidade atribuída à norma inconstitucional:

“Portanto, na declaração de inconstitucionalidade, a atribuição de efeitos ‘*ex tunc*’ ou ‘*ex nunc*’ não leva em consideração um critério causal (do vício existente), mas, sim, um critério finalístico. Não se considera o tipo de vício que a norma apresenta, mas sim que tipo de consequência pode acarretar uma ou outra modalidade de efeito. Com isso, fixe que o efeito ‘*ex tunc*’ não é da nulidade da norma, mas da decisão que declara a inconstitucionalidade. Esta retroage ou não, dependendo do regime jurídico que lhe atribuir o ordenamento, mas, independentemente disto, a norma será (desde sempre) inválida/nula. Esta nossa postura visa, portanto, contraditar afirmações existentes na doutrina, no sentido de que a possibilidade de modulação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade traz como consequência uma desvinculação entre ‘inconstitucionalidade’ e ‘nulidade’. Desde logo, nosso entendimento é que, havendo uma restrição nos efeitos ‘*ex tunc*’, nem por isso a norma julgada inconstitucional deixa de ser nula.”²⁶⁴

TEORI ALBINO ZAVASCKI situa a modulação de efeitos no plano das consequências da decisão no plano da realidade fática, dissociando-a do âmbito da eficácia normativa da declaração de inconstitucionalidade:

“Pois bem, a chamada ‘modulação de efeitos’, assim considerada a limitação da força executiva da sentença declaratória de inconstitucionalidade, diz respeito exatamente a esse ajustamento entre o quadro normativo decorrente da declaração de inconstitucionalidade (que importa a nulidade *ex tunc* da norma e, portanto, a sua exclusão do sistema) e a situação jurídica em concreto (ou seja, os atos jurídicos e sentenças judiciais anteriormente formados) em sentido contrário. Vale dizer: a ‘modulação’ atua exclusivamente no plano executivo da decisão, não no do sistema normativo propriamente dito. Os ‘efeitos’ que modulam são os que se operam no campo prático, concreto, no plano dos comportamentos, e não no plano do ordenamento jurídico.”²⁶⁵

Por consequência, considera o referido ministro do STF restar intocada a nulidade *ex tunc* da norma declarada inconstitucional, ainda quando imposta a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade:

“Assim entendida a questão, fica reafirmada a doutrina que sustenta a nulidade da norma inconstitucional e a natureza declaratória da sentença que a reconhece. Não infirma tal doutrina, de modo algum, a modulação dos efeitos, seja ela a decorrente de lei, seja a imposta pelo STF, com base no art. 27 da Lei 9.868/1999. Tal dispositivo não inibe a eficácia normativa da declaração; pelo contrário, tem como pressuposto justamente que a lei inconstitucional é nula e continua nula no plano do ordenamento, e que os atos com base nela praticados somente podem ser mantidos em virtude de outros valores circunstancialmente prevalentes, ou seja, as ‘razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social’. Ao manter a eficácia desses atos, em face dos referidos valores, o Supremo não está declarando que foram atos válidos, nem está criando uma norma nova – que só poderia ser de hierarquia constitucional – para validar atos inconstitucionais. O que o Supremo faz, ao preservar determinado *status quo* formado irregularmente, é típica função de juiz. Ao modular os efeitos da sentença, cumpre enfatizar, o

²⁶⁴ FISCHER, Octávio Campos. **Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade...** cit., 246.

²⁶⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças...** cit., p. 65.

STF não atua no plano da eficácia *normativa*, já que não nega a nulidade *ex tunc* da norma declarada inconstitucional; atua, sim, no plano da eficácia *executiva* da sua decisão, para impor limites às consequências da sua declaração.²⁶⁶

Ao final, convém citar a posição de ANDRÉ DIAS FERNANDES, para quem igualmente a manipulação dos efeitos ocorre no plano da eficácia e não da validade do ato normativo inconstitucional:

“(…) tratando a questão no plano da *eficácia* e não no da *validade*, não se pode afirmar que o art. 27 da Lei nº 9.868-99 tenha tornado as normas inconstitucionais em normas *meramente anuláveis*. Tal artigo introduziu apenas mais uma *hipótese legal de mitigação* da ineficácia dos atos absolutamente nulos a par das já existentes, sem descaracterizar os atos inconstitucionais como atos *absolutamente nulos*.”²⁶⁷

Apresentadas as opiniões divergentes, impõe-se adotar posição crítica sobre o assunto. Para tanto, entende-se necessário analisar a questão tomando por critério, em momentos distintos, a modulação temporal enquanto instrumento de preservação dos efeitos produzidos pela norma inconstitucional e, doutra parte, a modulação temporal dos efeitos enquanto instrumento de preservação da vigência da lei ou ato normativo inconstitucional, com o intuito de afastar a anomia e assegurar a produção de efeitos prospectivos. ANDRÉ RAMOS TAVARES recomenda a distinção da análise ora pretendida:

“Quando o Tribunal for dotado da possibilidade de anular uma lei com eficácia prospectiva e *diferida* (a partir de uma data futura, eficácia postergada), essa atividade deverá ser analisada, quanto a sua natureza, em separado em que a anulação é retrospectiva ou *meramente* prospectiva. É que, naquelas circunstâncias, continuará prevalecendo, por determinado período, a legislação, mesmo após sua declaração de inconstitucionalidade.”²⁶⁸

Sustenta-se que, enquanto instrumento destinado ao resguardo de efeitos pretéritos da norma inconstitucional, a manipulação dos efeitos temporais não traduz o reconhecimento da validade da norma inconstitucional nem impõe qualquer espécie de alteração à modalidade sancionatória. É possível constatar, contudo, a criação de um regime de atipicidade à sanção de nulidade, com o intuito de ressalvar determinados efeitos pretéritos produzidos pela norma inconstitucional, em exceção à regra geral de plena retroatividade.

A posição proposta encontra ressonância na doutrina portuguesa, bastante adiantada sobre o tema. Sobre o assunto, CARLOS BLANCO DE MORAIS não avista nas disposições do art. 282.º, n.º 4 da Constituição Portuguesa alteração do conteúdo nuclear

²⁶⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças...** cit., p. 66-67.

²⁶⁷ FERNANDES, André Dias. **Eficácia das decisões do STF em ADIN e ADC: efeito vinculante, coisa julgada erga omnes e eficácia erga omnes.** Salvador: Podivm, 2009, p. 106.

²⁶⁸ TAVARES, André Ramos. A inconsistência do Tribunal Constitucional como “legislador negativo” em face de técnicas avançadas de decisão da Justiça Constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC.** Belo Horizonte: Fórum, v. 4, p. 117-130, jul./set. 2010, p. 123.

da sanção, mas mera limitação ao seu regime jurídico, para preservar consequências jurídicas produzidas no passado pela norma inválida:

“Trata-se de uma expressão que não é sinónimo de anulabilidade (frequentemente conhecida como nulidade relativa), mas sim de *atenuação, com eficácia variável, da potência negativa quase-plena inerente à nulidade com efeitos absolutos*, que a Constituição erige a sanção-regra.”²⁶⁹

Na hipótese de conservação de consequências produzidas por norma inválida, referido jurista afirma não se tratar da atuação dos institutos da sanação ou convalidação por sentença, mas somente mera atenuação da força sancionatória que o ordenamento jurídico preconiza, como regra, para a inconstitucionalidade:

“Os efeitos relativos significam uma atenuação da intensidade sancionatória que o ordenamento estipula, como regra, para a inconstitucionalidade originária, preservando de uma potencial destruição uma pluralidade de actos, negócios e situações jurídicas e fatos.”²⁷⁰

Admite, por consequência e em atendimento a imperativos constitucionais portugueses, dois regimes jurídicos da nulidade:

“Assim, pode-se falar em *nulidade com efeitos absolutos*, quando se estiver perante um reacção da ordem jurídica contra norma declarada originariamente inconstitucional, com os estritos efeitos previstos no n.º 1 e na primeira parte do n.º 3 do art. 282.º da CRP.

Estes consistem na eliminação tanto da referida norma como das consequências jurídicas que esta produziu desde a sua entrada em vigor, com salvaguarda dos casos julgados que lhe tenham dado aplicação.

(...)

Falar-se-á em *nulidade com efeitos relativos* quando o Tribunal Constitucional declarar a inconstitucionalidade originária de uma norma, restringindo todavia a plenitude dos efeitos sancionatórios previstos no n.º 1 do art. 282.º e fundamentando essa restrição nos pressupostos definidos no n.º4 do mesmo preceito (...).”²⁷¹

No mesmo sentido, JORGE MIRANDA refuta a alteração da modalidade sancionatória por ocasião da manipulação dos efeitos:

“Em suma, o art. 282.º, n.º 4, implica uma atenuação do valor jurídico negativo, não uma alteração qualitativa. O Tribunal Constitucional recebe uma faculdade, aliás sujeita a limites, não mais. E se, exercendo-a, constitui efeitos, não constitui, nem deixa de constituir a invalidade.

Não se trata, portanto, de anulabilidade. Bem pelo contrário, o que cabe sugerir é a contraposição de dois escalões ou subvalores: a) uma nulidade *radical* ou *fundamental* (sem chegar à inexistência jurídica), correspondente à violação de preceitos constitucionais atinentes aos direitos, liberdades e garantias mencionadas no art. 19.º, n.º 6 e insusceptíveis de suspensão mesmo em estado de sítio, por virtude da sua superior carga valorativa; e b) uma nulidade *não fundamental*, abrangendo os demais casos.”²⁷²

MARCELO REBELO DE SOUSA também divisa, através da modulação de efeitos, tão somente a conformação de um regime jurídico de nulidade atípica, em observância ao princípio da Constitucionalidade:

²⁶⁹ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional. Tomo I...** cit., p. 235.

²⁷⁰ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional. Tomo I...** cit., p. 235.

²⁷¹ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional. Tomo I...** cit., p. 234-235.

²⁷² MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional. Tomo VI** cit., p. 107.

“Não estamos perante uma situação de equilíbrio entre os interesses públicos mencionados e o princípio da Constitucionalidade, que geraria uma invalidade mista, mas em face da prevalência do princípio da Constitucionalidade, determinando a nulidade do acto inconstitucional, só que prevalência essa mitigada ou atenuada, de molde a conformar uma nulidade atípica.”²⁷³

Não há falar, portanto, em convalidação da norma inconstitucional no plano normativo. Basta, ao instituto, o reconhecimento dos efeitos produzidos pelo ato no plano normado, dando ensejo à criação de dois regimes jurídicos sancionatórios: (1) nulidade com efeitos absolutos (a norma inconstitucional é eliminada e os efeitos produzidos são eliminados desde a origem); e (2) nulidade com efeitos relativos (a norma inconstitucional é eliminada, mas determinados efeitos pretéritos são preservados).

Semelhante conclusão, no âmbito da validade, há de ser tomada quando considerado o estudo da modulação temporal enquanto instrumento de preservação da vigência da lei inconstitucional, com o intuito de evitar a ocorrência de vácuo legislativo mais gravoso à vontade constitucional.

De fato, a exemplo da modulação de efeitos *ex tunc* mitigada ou *ex nunc*, aquela dita *pro futuro* não convalida a norma inconstitucional. Neste âmbito, destina-se a técnica a assegurar a existência jurídica e a possibilidade de incidência posterior da norma, no intuito de guiar efeitos no porvir.

Assim, em todas as hipóteses, a norma inconstitucional permanece nula de pleno direito, inexistindo convalidação. O que se ressalva, excepcionalmente e ao final, sempre são os efeitos do ato inconstitucional, quer os já produzidos quer aqueles que virão ao lume por certo período de tempo estipulado pelo STF.

A ponderação entre a nulidade e outros princípios da qual resulta a moderação não influi no âmbito de *validade* da lei inconstitucional, senão na respectiva *aplicabilidade*. Com efeito, não resta descaracterizada a sanção da lei inconstitucional, de nulidade para anulabilidade, tampouco para algo para além dela. A lei inconstitucional continua a ser nula desde sua gênese, porém não se pode fechar os olhos para seu efeito produzido ou prestes a sê-lo no proscênio social. Como se vê, não é o caso de a modulação via ponderação aproximar, suprimir ou limitar a invalidade da lei inconstitucional.

2.9 A influência da modulação temporal de efeitos na elaboração da Resolução do Senado

²⁷³ SOUSA, Marcelo Rebelo de. **O valor jurídico...** cit., p.234.

Interessante questão resume-se em conhecer se, proferido julgamento de inconstitucionalidade em controle concreto-incidental, modulados temporalmente os efeitos e comunicada a decisão ao Senado Federal, estará o órgão do Poder Legislativo de qualquer modo vinculado ao dimensionamento temporal estimado pelo Poder Judiciário para editar a Resolução a que se refere o art. 52, inc. X, da CRFB/88.

ANDRÉ DIAS FERNANDES entende que o dimensionamento temporal de efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade vincula o legislador por ocasião do cumprimento da faculdade prevista no art. 52, inc. X da CRFB/88:

“O que determinará se a resolução produzirá efeitos retroativos ou apenas *pro futuro* será o próprio acórdão do STF. A resolução tem de guardar **simetria** com ele. Se o acórdão do STF operar efeitos *ex tunc*, produzi-los-á por igual a resolução senatorial. Se o acórdão do STF produzir efeitos meramente *ex nunc*, gerá-los-á talqualmente a resolução senatorial. O Senado não tem competência constitucional que lhe permita *restringir* ou *dilargar* a **eficácia temporal** da decisão do STF. A tanto não vai o seu juízo de conveniência e oportunidade.”²⁷⁴

EDUARDO TALAMINI apoia-se na natureza discricionária da providência legiferante para admitir a modulação do aspecto temporal da Resolução:

“(…) o Senado pode modular a eficácia da retirada da norma do ordenamento. Se lhe é dado até recusar a retirada da norma, nada impede que a retire com eficácia *ex nunc* ou fixando algum outro termo que não o surgimento da inconstitucionalidade. De resto, a expressa menção à possibilidade de retirada ‘em parte’, certamente abrange o aspecto temporal.”²⁷⁵

De modo diverso, MARIA ELIZABETH MALAQUIAS FERREIRA não admite que a modulação dos efeitos temporais no controle jurisdicional de constitucionalidade gere reflexos no modo de cumprimento da providência prevista no art. 52, inc. X, da CRFB/88:

“(…) compreensão constitucionalmente adequada do controle de constitucionalidade exige seja entregue ao Senado a prerrogativa de dispor sobre os efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade no momento em que for editada a resolução que suspenderá a execução da lei.”²⁷⁶

E, mais adiante, arremata a sobredita autora:

“Percebe-se caber ao legislador, não ao Supremo Tribunal Federal, a tarefa de definir os interesses sociais relevantes e recompor os interesses jurídicos eventualmente afetados pela declaração de inconstitucionalidade, com vistas a garantir a observância dos princípios da boa-fé e da segurança jurídica.”²⁷⁷

Dispostas as opiniões sobre o tema, opta-se por enveredar por terceira via.

²⁷⁴ FERNANDES, André Dias. **Eficácia das decisões...** cit., p. 145.

²⁷⁵ TALAMINI, Eduardo. Objetivação do controle incidental de constitucionalidade e força vinculante (ou ‘Devagar com o andor que o santo é de barro’). In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins - Volume 12**. São Paulo: RT, 2011, p. 151.

²⁷⁶ FERREIRA, Maria Elizabeth Malaquias. Modulação dos efeitos temporais no controle jurisdicional de constitucionalidade e reflexos sobre a norma do art. 52, X, da Constituição Federal. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal, v. 44, p. 193-207, jan./mar. 2007, p. 205.

²⁷⁷ FERREIRA, Maria Elizabeth Malaquias. Modulação dos efeitos temporais... cit., p. 205.

Preservada na tradição jurídica brasileira desde a Constituição de 1934, a Resolução prevista no art. 52, inc. X, da CRFB/88 consubstancia providência de natureza política, destinada a atribuir efeitos *erga omnes* à declaração incidental de inconstitucionalidade, por intermédio da suspensão da executoriedade do ato inconstitucional. A propósito, colhe-se das lições de ELIVAL DA SILVA RAMOS:

“Com as resoluções senatoriais, suspensivas da execução de leis ou atos normativos, declarados inconstitucionais, incidental e concretamente, pelo Supremo Tribunal Federal, procurou-se obviar o notório inconveniente da disparidade das decisões que o sistema de controle de constitucionalidade de matriz estadunidense provoca em ordenamentos filiados ao *civil law*, desconhecedores da regra do *stare decisis*, sem abalar, entretanto, as vigas-mestras do modelo. Tais resoluções, ainda que associadas ao controle jurisdicional, constituem aplicação restrita do controle político repressivo de constitucionalidade, mormente se restar entendido, como o faz a doutrina dominante, que cabe ao Senado sopesar a conveniência e a oportunidade de editar o ato suspensivo, uma vez preenchidos os pressupostos constitucionais.”²⁷⁸

Denotada sua natureza política, é dominante na doutrina que a concreção da Resolução comporta avaliação discricionária, em consonância com critérios de conveniência e oportunidade. Por consequência, poderá o Senado Federal negar a suspensão da execução da lei ou do ato normativo declarado inconstitucional, suspender a lei ou ato normativo declarado inconstitucional apenas em parte ou, ainda, retardar a edição do ato suspensivo com o escopo de afastar os riscos da anomia.

Entretanto, uma vez editada, a Resolução opera efeitos sobre o plano normativo, mediante a suspensão da eficácia de leis e atos normativos em relação a todos, com eficácia *ex nunc* a partir da sua publicação. Reconhece-se, portanto, com amparo em respeitável doutrina orientada pela relevância do princípio da segurança jurídica,²⁷⁹ que a edição da Resolução Senatorial estará dotada de efeitos meramente prospectivos, consoante prescreve JOSÉ AFONSO DA SILVA:

“(…) a lei continua eficaz e aplicável, até que o Senado suspenda sua executoriedade; essa manifestação do Senado, que não revoga nem anula a lei, mas simplesmente lhe retira a eficácia, só tem efeitos, daí por diante, *ex nunc*. Pois, até então, a lei existiu. Se existiu, foi aplicada, revelou eficácia, produziu validamente seus efeitos.”²⁸⁰

Nesse ponto, cumpre explicitar que o efeito temporal da Resolução constatado mantém-se inalterado, independentemente do teor do acórdão proferido em controle

²⁷⁸ RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil...** cit., p. 195-196.

²⁷⁹ Alinham-se à posição de JOSÉ AFONSO DA SILVA, dentre outros: ELIVAL DA SILVA RAMOS (**Controle de constitucionalidade no Brasil...** cit., p. 196), THEMÍSTOCLES BRANDÃO CALVACANTI (**Do controle da constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 164) e OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO (**A teoria das constituições rígidas** cit., p. 211). Não se desconhece, de outro modo, posições divergentes, fundadas na prevalência do princípio da isonomia. À título de ilustração, colacionam-se as doutrinas de CLÊMERTON MERLIN CLÈVE (**A fiscalização abstrata da constitucionalidade...** cit., p. 122-124) e LUÍS ROBERTO BARROSO (**O controle de constitucionalidade...** cit., p. 152).

²⁸⁰ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 54.

concreto de constitucionalidade que suscitou a concreção da providência ter ou não assimilado a influência da declaração incidental para conformar o conteúdo da decisão proferida.

Historicamente, a função da Resolução é estender a todos os demais que não foram partes no processo a decisão do STF sobre a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo reconhecida *incidenter tantum* e não o conteúdo específico da decisão proferida em determinado caso concreto submetido à apreciação jurisdicional. Por consequência, para a elaboração da Resolução Senatorial, possui relevância apenas a afirmação de inconstitucionalidade, motivação incidental que se pretende dotar de efeitos *erga omnes* mediante a adoção do mecanismo previsto originariamente na Constituição de 1934. Daí porque não convirá ao Senado, para o cumprimento da providência disposta no art. 52, X, da CRFB/88, tomar contato com a conformação específica do provimento elaborado para compor a lide, mesmo que, para tanto, tenha a jurisdição constitucional mitigado, sob qualquer pretexto ou aspecto, a influência da declaração incidental de inconstitucionalidade.

2.10 As tendências contemporâneas do Direito Comparado sobre a modulação temporal dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade

O dimensionamento temporal dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade não é fenômeno regional. Diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros utilizam-se da técnica para oferecer resposta adequada às questões submetidas à jurisdição constitucional.

Interessa, doravante, perquirir de que modo ocorreu o aparecimento e a consolidação, no âmbito do controle de constitucionalidade de outros países, da modulação de efeitos temporais.

Duas finalidades justificam o interesse pelo direito estrangeiro: 1º) demonstrar a proveniência da modulação temporal de efeitos, notadamente em razão da forte influência exercida pelo direito estrangeiro para a positivação do instituto no ordenamento jurídico brasileiro; e 2º) constatar como outros ordenamentos jurídicos, ainda que construídos em bases fundamentais distintas das nacionais, enfrentam os problemas surgidos em razão dos efeitos temporais da pronúncia de inconstitucionalidade.²⁸¹

²⁸¹ Acerca das finalidades gerais do trabalho comparativo, bem elucidativa é a lição de JORGE MIRANDA: “1º) Mostrar a proveniência de qualquer instituto nele introduzido, identificando o sistema donde é oriundo,

A par das finalidades específicas, por intermédio da experiência de direito estrangeiro, sempre será possível aprofundar o conhecimento sobre o tema, no que tange ao seu conteúdo, contornos de admissibilidade e métodos de aprimoramento. Obtêm-se, assim subsídios para a dogmática perpetrada.

Advirta-se, ao cabo, não ser possível meramente transpor, de modo irrefletido, as configurações de determinado instituto jurídico, de um ordenamento para outro. Ainda que determinado país tenha sido diretamente influenciado por outro na concepção de dado instituto, o exame da adequação, dos pressupostos e limites deve ser realizado à luz do ordenamento jurídico específico, firmado por determinada sociedade, com cultura definida por coordenadas de tempo e espaço.

2.10.1 Estados Unidos

De início, convém constatar que a modulação temporal de efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade nos Estados Unidos constitui técnica criativa da jurisdição constitucional, sem aporte em legislação específica. Vale relembrar, a propósito, que por constituir ordenamento filiado ao *common law*, de um modo geral, o próprio direito objetivo norte-americano é conformado pela casuística judiciária.

A análise da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos demonstra grande oscilação em relação à necessidade e à possibilidade de fixação de efeitos prospectivos às suas decisões, notadamente nas hipóteses de alteração de jurisprudência. Fundada, desde 1803, em uma noção de plena retroatividade, a questão dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade foi profundamente reanalisada nos anos sessenta pela jurisprudência da Suprema Corte.²⁸²

figurando o modo de recepção, enumerando as transformações sofridas na passagem de um sistema a outro, inclusivamente explicando as causas da recepção; 2º) Dissipar dúvidas quanto à origem de algum instituto explicando que, apesar de semelhante a um que se encontra noutro país, não pôde ter sido colhido neste, pois que, na realidade, se foi buscar a um terceiro país ou até nasceu no sistema em análise sem influências estranhas; 3º) No caso de se tratar de instituto de que não se possa dizer ter sido importado de um Direito estrangeiro ou nacional de outra época, assinalar como procedem frente a idênticos problemas de regulamentação diferentes sistemas jurídico-constitucionais” (MIRANDA, Jorge. Sobre o direito constitucional comparado. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: RT- IBDC, v. 55, p. 243-260, abr./jun. 2006, p. 252-253).

²⁸² Anota PAMELA J. STEPHENS que, apesar da ênfase da questão da não retroatividade ter ocorrido na década de 60, a aplicação prospectiva das decisões judiciais possui antecedentes em Cortes estaduais e primeira experiência na Suprema Corte em 1932: “Cortes estaduais aplicaram suas decisões prospectivamente em circunstâncias em que agindo de outra forma teriam seriamente interrompido os interesses na confiança. Por exemplo, a suprema corte de Ohio declarou ‘divórcios legislativos’ inválidos, mas recusou aplicar essa decisão retroativamente de modo a desfazer divórcios admitidos previamente. Cortes estaduais também

A partir da Grande Depressão, a retroatividade absoluta dos efeitos das decisões começou a demonstrar-se inadequada. Especialmente nos processos de natureza criminal, nos quais a condenação se havia firmado com fundamento em lei posteriormente declarada inconstitucional, a reordenação das coisas ao seu estado originário importava em grandes dispêndios ao Erário, por conta das indenizações devidas àqueles que tiveram sua liberdade cerceada sem justa causa.

A questão da flexibilização do dogma da nulidade absoluta, com pronúncia retroativa *ab initio*, inundou os Tribunais quando, em *Mapp v. Ohio* (1961), a Suprema Corte Americana, superando o precedente firmado em *Wolf v. Colorado* (1949), reconheceu que provas obtidas ilegalmente não seriam aptas a sustentar condenações criminais, em atenção ao disposto na Quarta Emenda da Constituição. A mudança de entendimento jurisprudencial ensejou a impetração de inúmeros *habeas corpus* perante a Justiça Americana, com o escopo de rever condenações definitivas proferidas em âmbito estadual fundadas em provas obtidas ilicitamente, à luz da aplicação retroativa do entendimento acolhido em 1961.

Em 1965, a Suprema Corte analisou um desses *habeas corpus*, no qual figurava como paciente LINKLETTER, condenado por arrombamento pela Corte de Justiça do Estado da Louisiana, com base em provas angariadas por intermédio de busca e apreensão sem prévio mandado judicial, em sua residência e local de trabalho. Por intermédio da pena do JUSTICE CLARK, assentou a Suprema Corte que, em razão de a Constituição não prescrever ou proscreever algo a respeito, a retroatividade ou prospectividade dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade constituía questão afeta à livre valoração judicial, em atenção às circunstâncias particulares de cada caso. Com esteio em referida premissa, concluiu-se que o entendimento consolidado em *Mapp v. Ohio* não podia ser aplicado retroativamente às condenações que se tornaram definitivas antes do anúncio do precedente de 1961, dentre as quais a de *Linkletter*, sob pena de levantar sérios entraves à administração da justiça.²⁸³

esforçaram-se para proteger os interesses na confiança em casos contratuais; e em casos criminais, nos quais a decisão da corte tornou criminal um ato que não era considerado criminal quando foi realizado. Em 1932, a suprema corte dos Estados Unidos, em uma decisão unânime, considerou tais decisões como válidas em face de uma impugnação constitucional no *Great Northern Railway Co. v. Sunburst Oil & Refining Co. (...)*” (STEPHENS, Pamela J. **A nova doutrina da retroatividade: igualdade, confiança e stare decisis**. Trad. PABLO GIORDANO BERNARDI BOMBARDELLI. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 13-14).

²⁸³ Acerca dos efeitos perniciosos da retroatividade da decisão proferida em *Linkletter v. Mapp*, rememora EDUARDO GARCIA DE ENTERRÍA: “Aplicando este criterio, la Sentencia valoró que la aplicación retroactiva de esa doctrina sobre la inadmisión constitucional de ciertas pruebas supondría ‘**abrumar** hasta el extremo a la Administración de justicia’, puesto que ésta tendría que revisar virtualmente todas (o en gran número) las condenas en curso de ejecución, cuando ya habrían desaparecido los testigos directos y la posibilidad de nuevas valoraciones del conjunto de las pruebas restantes, y que este **serious disrupt** o desorganización

Daí sustentar LAURENCE TRIBE, ao analisar *Linkletter v. Mapp*, que a Suprema Corte norte-americana acolheu o princípio da livre determinação judicial para fixação dos efeitos:

“The Supreme Court has created separate retroactivity rules for civil and criminal judicial proceedings. In *Linkletter v. Walker* the Court developed a doctrine under which it could deny retroactive effect to a newly announced rule of criminal law. The Court announced that ‘the Constitution neither prohibits nor requires retrospective effect’ and quoted Justice Cardozo for the proposition that ‘the federal constitution has no voice upon the subject’. The Court essentially treated the question of retroactivity in criminal cases as purely a matter of policy, to be decided anew in each case. Under *Linkletter*, a decision to confine a new rule to prospective application rested on the purpose of the new rule, the reliance placed upon the previous view of the law, and ‘the effect on the administration of justice of a retrospective application’ of the new rule. The Supreme Court summarized the *Linkletter* approach in *Stovall v. Denno*: ‘The criteria guiding resolution of the question implicate (a) the purpose to be served by the new standards, (b) the extent of the reliance by law enforcement authorities on the old standards, and (c) the effect on the administration of justice of a retroactive application of the new standards’.”²⁸⁴

Acerca das consequências fáticas e jurídicas de tal posição, assinala EDUARDO

APPIO:

“Com isto, os milhares de julgamentos que deveriam ser anulados por descumprimento das ‘novas regras’ editadas pela Suprema Corte seriam poupados de revisão judicial. Para os casos futuros, os juízes estariam vinculados às novas decisões da Suprema Corte, de maneira que a tese da retroatividade deixou de ser aplicada em uma importante parcela dos processos. A teoria da não retroatividade dos julgados em controle difuso assegurava, assim, uma maior liberdade à Suprema Corte, a qual poderia verdadeiramente legislar em sede de novos direitos, sem a preocupação com os custos de regulação dos casos passados em julgado.”²⁸⁵

Note-se, que fundados em razão de isonomia e vedação de tratamento discriminatório, JUSTICE BLACK, acompanhado de JUSTICE DOUGLAS, abriram divergência contra a proposta de CLARK, por entenderem que toda prova obtida por busca e apreensão não consentida não era passível de aceitação nas Cortes Estaduais, não existindo razões suficientes para excluir o caso *Linkletter v. Walker* de tal posicionamento. Ainda, alguns doutrinadores criticaram a natureza *legislativa* da decisão judicial prospectiva e da facilidade da mudança de jurisprudência pela Corte sem assunção de qualquer responsabilidade.²⁸⁶

profunda de la Administración de justicia debía de evitarse. el efecto de la declaración de inconstitucionalidad se remitió, pues, a la fecha de la misma, esto es, para el futuro, prospectivamente” (ENTERRÍA, Eduardo García de. Justicia constitucional... cit., p. 6).

²⁸⁴ TRIBE, Laurence H. **American Constitutional Law**. Vol. 1. 3. ed. New York: Foundation Press, 2000, p. 218-219.

²⁸⁵ APPIO, Eduardo. **Controle difuso de constitucionalidade: modulação de efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 75.

²⁸⁶ Cf. STEPHENS, Pamela J. **A nova doutrina da retroatividade...** cit., p. 17.

Em 1967, no caso *Stovall v. Denno*, a Suprema Corte voltou a empreender efeito meramente prospectivo à interpretação constitucional ali preconizada, segundo a qual o reconhecimento penal não podia ser realizado sem a presença de defensor do réu. Com isto, pretendeu evitar revisão dos casos criminais já julgados, ainda que fundados em entendimento conflitante do atual.

Ocorre que, durante a década de oitenta, dois casos criminais ensejaram ruptura com o modelo proposto por *Linkletter v. Walker*. Consoante relato de PAMELA J. STEPHENS, no caso *Griffith v. Kentucky*, concluiu a corte que “uma nova regra para a condução de perseguições jurídico-penais deve ser aplicada retroativamente a todos os casos, estaduais ou federais, pendentes em revisão direta ou ainda não definitivos, sem exceções para casos em que a nova regra constitua uma ‘quebra clara’ com o passado.”²⁸⁷ E, em relação ao *habeas corpus*, a Corte criou novas regras, que combinam elementos dos processos civil e penal. No caso *Teague v. Lane*, a Suprema Corte estabeleceu duas linhas de entendimento: (1) casos pendentes de revisão direta ou ainda não finalizados serão beneficiados retroativamente pela nova interpretação constitucional; e (2) as novas regras não deverão ser aplicadas retroativamente a réus de processos estaduais em sede de *habeas corpus* federal.²⁸⁸

Em se tratando de matéria civil, a Suprema Corte procedeu à análise da não retroatividade, inicialmente em 1971, por ocasião da demanda *Chevron Oil v. Huson*, para concluir que a aplicação retroativa dos efeitos não era conveniente. Mais uma vez, entretanto, nos anos noventa, a Suprema Corte modificou a sua orientação, tal como fez em relação às demandas de natureza criminal durante os anos oitenta. Em 1993, ao analisar *Henry Harper v. Virginia Department of Taxation*, a Suprema Corte se inclinou pela plena retroatividade do entendimento constitucional, mantendo a isonomia de tratamento entre os contribuintes, ao afirmar que “em conformidade com *Griffith v. Kentucky* e *James B. Beam Distilling Co. v. Georgia*, ... a aplicação de uma regra de direito federal por essa corte às partes perante ela exige que cada corte dê efeito retroativo a essa decisão.”²⁸⁹

Do que se infere, ainda hoje a jurisdição constitucional norte-americana continua assente no princípio da nulidade com efeitos absolutos, velando pela plena

²⁸⁷ apud STEPHENS, Pamela J. **A nova doutrina da retroatividade...** cit., p. 27.

²⁸⁸ Cf. TRIBE, Laurence H. **American Constitutional Law** cit., p. 227-232.

²⁸⁹ Apud STEPHENS, Pamela J. **A nova doutrina da retroatividade...** cit., p. 52.

retroatividade de suas decisões. Assumiu, de forma aberta, preocupação garantista sobre a igualdade, em detrimento de outros valores constitucionais.²⁹⁰

Convém, ao final, reforçar que a aplicação da modulação temporal de efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade nos Estados Unidos guarda estreita relação com a alteração de jurisprudência consolidada. De fato, em atenção às peculiaridades do *common law*, segundo as quais a prática judiciária é capaz de criar normas gerais e abstratas em complementação às normas costumeiras e positivadas, a mudança na compreensão judicial da constitucionalidade de determinada lei equipara-se a um ato de descoberta de direito novo em substituição a um direito então vigente, afigurando-se insuscetível de aplicação retroativa nas hipóteses em que a tutela da segurança jurídica objetiva e da confiança depositada pelas partes na orientação anterior assim recomendar.²⁹¹ Daí a grande recorrência da confiança depositada no direito antigo superado pela interpretação dos Tribunais americanos, como pressuposto material necessário para determinar se o novo entendimento sobre a inconstitucionalidade da lei será ou não aplicável ao caso concreto submetido à jurisdição.²⁹²

2.10.2 Áustria

Considerado o modelo que inspirou a criação de outras Cortes Constitucionais na Europa, o sistema de controle de constitucionalidade austríaco atribui, em regra, eficácia *ex nunc* à pronúncia de inconstitucionalidade. Segundo expõe LOUIS FAVOREU:

“Se a Corte decretar a anulação da lei atacada ou de alguns de seus dispositivos, as consequências dessa decisão são cuidadosamente explicadas pela Constituição. O princípio é o da não-retroatividade da decisão anulatória; a lei cessa de ter efeitos na data da sua publicação no *Boletim das Leis Federais*, todavia ela conserva seus efeitos anteriores e continua a vigorar quanto aos fatos produzidos antes da sentença.”²⁹³

Consigne-se que a reforma constitucional de 1929 impôs uma atenuação aos efeitos não retroativos do pronunciamento de inconstitucionalidade, a fim de permitir que,

²⁹⁰ Entretanto, não se pode assegurar que esta orientação esteja definitivamente consolidada. Consoante relata PAMELA J. STEPHENS, em casos futuros, a composição da Corte poderá constituir exceção à presunção de retroatividade, notadamente em demandas de natureza não criminal (STEPHENS, Pamela J. **A nova doutrina da retroatividade...** cit., p. 77).

²⁹¹ Sobre o tema, MARINONI, Luiz Guilherme. Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, v. 906, p. 255-283, abr. 2011, p. 257-258.

²⁹² Denomina-se *overruling* a revogação do precedente por ser considerado errado ou ultrapassado. A eficácia da nova orientação poderá ou não colher casos pretéritos, consoante classificação exposta em CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente Judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004, p. 179-180.

²⁹³ FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. cit., p. 51.

no denominado *caso pretexto*, no curso do qual tenha surgido a questão de inconstitucionalidade, seja recusada a aplicação da lei desconforme. Trata-se do denominado *prêmio do recorrente*.²⁹⁴ A respeito da atenuação perpetrada, HANS KELSEN dita-lhe a motivação:

“Esse efeito retroativo da anulação é uma necessidade técnica porque, sem ele, as autoridades encarregadas da aplicação do direito não teriam interesse imediato, e por conseguinte suficientemente poderoso para provocar a intervenção do tribunal constitucional. Se essa intervenção se produz exclusiva ou até principalmente a pedido dessas autoridades judiciárias e administrativas, é preciso encorajá-las a apresentar tais pedidos, atribuindo nesse caso à anulação um efeito retroativo limitado.”²⁹⁵

Na esteira da recente jurisprudência do tribunal austríaco, por caso pretexto, entende-se não apenas aquele que deu curso à fiscalização concreta da lei, mas todos aqueles que estavam pendentes de apreciação no Tribunal Constitucional. Neste sentido, assinala PETER OBERNDORFER:

“Um efeito retroactivo necessário que o VfGH não pode excluir, vem implícito na sua decisão de revogação de uma norma geral relativamente ao chamado ‘caso pretexto’. Caso pretexto é aquele caso que origina um processo de controlo concreto de normas. Caso pretexto não é, porém, nos termos da mais recente jurisprudência do VfGH, apenas aquele caso que, de facto, deu ensejo à instauração de um processo de apreciação de uma lei ou de um regulamento perante o VfGH, mas, casos pretexto constituem também todos aqueles casos que estavam pendentes no VfGH na altura da audiência oral ou, na falta desta, no início da deliberação não pública. Todos estes casos partilham do ‘prémio do captor’. Em consequência, devem ser decididos como se a norma geral revogada pelo VfGH já não fosse válida na altura da concretização da hipótese relevante para a decisão.”²⁹⁶

Além dos casos “pretexto”, ainda de modo extraordinário o Tribunal Constitucional poderá dotar a pronúncia de inconstitucionalidade de efeitos retroativos, mediante expressa afirmação contida na decisão revogatória. Mais uma, menciona-se a doutrina de PETER OBERNDORFER sobre o funcionamento do Tribunal Austríaco, produzida por ocasião da VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus:

“A norma geral deve continuar a ser aplicada aos factos ocorridos antes da sua revogação (com excepção do caso pretexto) na medida em que o VfGH na sua decisão revogatória não se pronuncie de modo diferente, i. e., pela retroactividade. No caso de o VfGH, através de uma pronúncia de sua competência, conferir à revogação de uma lei ou de um regulamento eficácia retroactiva, a lei (ou o regulamento) revogada não deve ser mais aplicada em qualquer caso que ainda não tenha sido decidido com força de caso julgado. Sempre que, antes da revogação da norma, com base nela tenham sido

²⁹⁴ Denominação utilizada por ROGER STIEFELMANN LEAL, extraída da doutrina de HEINZ SCHÄFFER (LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional** cit., p. 94).

²⁹⁵ KELSEN, Hans. A jurisdição constitucional cit., p. 174-175.

²⁹⁶ OBERNDORFER, Peter. A justiça constitucional no quadro das funções estaduais, nomeadamente espécies, conteúdo e efeitos das decisões sobre a constitucionalidade de normas jurídicas – Tribunal Constitucional da Áustria. **VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus**. Lisboa: Tribunal Constitucional, 1987, p. 166-167.

proferidas decisões de autoridades administrativas ou sentenças judiciais com força de caso julgado, estas continuam válidas e inimpugnáveis.”²⁹⁷

Sob outro viés, o Tribunal Constitucional possui a faculdade de estabelecer efeito prospectivo à pronúncia de inconstitucionalidade, limitado ao prazo de 18 (dezoito) meses, nos termos do art. 140, n.º 5 da Constituição (com a redação oferecida pela reforma de 1992), dando ensejo à preservação da vigência da norma desconforme. Destina-se o prazo concedido a possibilitar ao feitor ordinário a elaboração de nova legislação conforme à Constituição, providência bastante para afastar a ocorrência de lacunas no ordenamento jurídico e o aprofundamento do estado de inconstitucionalidade. Note-se, contudo, a ponderação de PETER OBERNDORFER, a respeito do caráter excepcional do uso da técnica:

“A prática actual do VfGH quanto à fixação de prazos parece ser mais restritiva do que anteriormente. Nomeadamente, exige-se do Governo que sugeriu a fixação de um prazo ao VfGH, que na sua sugestão indique as razões que tornam impraticável uma cessação imediata da vigência da norma inconstitucional aquando da publicação da sua revogação e evidencie a oportunidade da fixação de um determinado prazo para a sanação da situação.”²⁹⁸

2.10.3 Alemanha

Na Alemanha houve a adoção do modelo de controle de constitucionalidade típico europeu, afigurando-se o Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) o único órgão habilitado a proceder ao exame de compatibilidade de leis ou atos normativos com a Lei Fundamental (*Grundgesetz*).²⁹⁹ A Corte Constitucional não se encontra inserida no complexo de instituições da jurisdição ordinária, restando reservada ao desempenho da jurisdição constitucional.³⁰⁰

Embora ausente prescrição na Lei Fundamental ou na Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Federal (*BVerfGG*), a doutrina e a jurisprudência dominantes entenderam por bem vincular o vício de inconstitucionalidade à sanção de nulidade, com afirmação da invalidez *ex tunc* e *ipso jure*.³⁰¹ Note-se que, em 23/10/1951, o então recém-

²⁹⁷ OBERNDORFER, Peter. A justiça constitucional no quadro das funções estaduais... cit., p. 167-168.

²⁹⁸ OBERNDORFER, Peter. A justiça constitucional no quadro das funções estaduais... cit., p. 169.

²⁹⁹ Cf. MARTINS, Leonardo. **Direito Processual Constitucional Alemão** cit., p. 1.

³⁰⁰ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional...** cit., p. 14-15.

³⁰¹ Observa LEONARDO MARTINS: “Leis inconstitucionais são absolutamente nulas. O TCF formulou, certa vez, que a lei inconstitucional ‘é discordante da Constituição e por isso nula’. Segundo a tradição constitucional alemã, a lei inconstitucional é *ex tunc* e *ipso iure* inválida. Esse efeito não foi expressamente positivado em nenhuma norma constitucional ou da *BVerfGG*. Ele também não é necessariamente ligado ao sistema concentrado de constitucionalidade. Na Áustria, por exemplo, a declaração de inconstitucionalidade pelo Tribunal Constitucional austríaco (*Verfassungsgerichtshof – VfGH*) tem efeito *ex nunc*.’ (...) Apesar das críticas feitas à tese alemã da nulidade absoluta, desde a promulgação da *Grundgesetz*, em 1949, a tese da

constituído Tribunal Constitucional Federal, ao enfrentar questão relacionada à demarcação de fronteiras entre os Estados-membros da República Federal da Alemanha e criação de novos Estados, firmou o entendimento de que a lei era inconstitucional e, portanto, nula *ipso jure*, sem eficácia jurídica desde o início (*ex tunc*). Apesar de longínqua, a posição assentada na segunda decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Federal mantém-se atuante.³⁰²

A posição predominante, no entanto, vem sendo atenuada, em atenção a variados objetivos (*v.g.* minorar o impacto das decisões no produto do trabalho do Poder Legislativo, evitar o caos em razão da ausência de norma regulamentadora de determinado assunto etc.). Articulou-se, por consequência, uma variedade de decisões, além da singela declaração de nulidade das leis.

É curioso observar que, antes de afastar os efeitos da sanção de nulidade, o *Bundesverfassungsgericht* recorreu a técnicas que simplesmente rechaçavam a própria declaração de inconstitucionalidade:

“O Tribunal de *Karlsruhe*, para obviar às consequências nefastas de certas declarações de nulidade, começou por recorrer a construções muitas vezes pouco convincentes, procurando mostrar que a lei ao tempo da decisão ainda não era inconstitucional. Mais tarde, porém, ultrapassou esta orientação, passando também a proferir, além das sentenças apelativas, decisões que reconhecem que a lei sindicada, embora não deva ser declarada nula, ofende a *Grundgesetz*. As decisões apelativas, apesar dessa evolução, não desapareceram.”³⁰³

Atualmente o Tribunal Constitucional Federal socorre-se de técnicas que gravitam em um espaço delimitado pela aplicação da sanção de nulidade e a afirmação da constitucionalidade, passando por situações ainda conformes à Constituição e por situações inconstitucionais que não implicam a pronúncia de nulidade. LOUIS FAVOREU indica, com precisão, a consistência de tais técnicas:

“Que certas decisões, ditas ‘*de anulação parcial qualitativa*’, consistem, sem amputar o texto, em declarar que a lei é nula na medida em que ela se aplica a uma situação; assim, por exemplo, uma legislação sobre o transporte de pessoas é declara nula quanto aos táxis e aos carros de aluguel, mas continua válida para os outros meios de transporte.

A partir de 1955 o Tribunal adotou uma outra técnica, visando a evitar a anulação pura e simples praticada por outras Cortes Constitucionais: a técnica da *interpretação conforme*. A lei é mantida em vigor com a condição de que sua interpretação seja conforme àquela dada pelo juiz constitucional. (...)

nulidade absoluta continua dominante (...)” (MARTINS, Leonardo. **Direito Processual Constitucional Alemão** cit., p. 95-96). Na mesma linha, MAURER, Hartmut. A revisão jurídico-constitucional das leis pelo Tribunal Constitucional Federal. In: ÁVILA, Humberto (org.). **Fundamentos do Estado de Direito: estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 195-196; MENDES, Gilmar Ferreira Mendes; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle concentrado de constitucionalidade...** cit., p. 506-507.

³⁰² Cf. MARTINS, Leonardo. **Direito Processual Constitucional Alemão** cit., p. 123-124.

³⁰³ MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade...** cit., p. 676.

A partir de 1958, o Tribunal Constitucional criou uma variante à declaração de nulidade: *a declaração de inconstitucionalidade* sem a subsequente anulação. Esta inovação foi consagrada pela lei sobre o Tribunal Constitucional de 1970, e teve um nítido desenvolvimento a partir desse momento. A técnica é utilizada em quase todos os casos em que há ofensa ao princípio de igualdade ou a outro direito fundamental correlato com o princípio da igualdade.

Última técnica: *a anulação diferida*. Trata-se do caso em que a lei não é inconstitucional na origem, mas torna-se progressivamente inconstitucional em virtude da evolução dos fatos ou do direito: a Corte Constitucional não anula a lei, mas atribui-lhe precariedade, indicando ao legislador que ela é somente *provisoriamente* constitucional, por razões explicadas nos motivos, ordenando-o modificar a lei e dando-lhe às vezes um prazo fixo (...)³⁰⁴

HUMBERTO ÁVILA reconhece que a manutenção dos efeitos da lei inconstitucional pode ser realizada de modos distintos perante o ordenamento alemão. Aduz, no entanto, a exigência dos seguintes pressupostos de aplicação das técnicas: (1) existência de imposição constitucional preconizando uma obrigação de agir ao Estado – *dever estatal*; (2) existência de liberdade do Estado para escolher o meio de cumprir a obrigação de agir – *liberdade de ação estatal*; e (3) que a eliminação da lei não restaure o estado de constitucionalidade exigido, mas o prejudique.³⁰⁵

Pertinente observar, ainda, que o § 79 da Lei Orgânica do Tribunal preconizou limites à retroatividade plena da decisão de inconstitucionalidade. Consoante doutrina de GILMAR FERREIRA MENDES:

“Contra a sentença penal condenatória transitada em julgado, fundada em lei posteriormente declarada inconstitucional, afigura-se admissível a propositura de revisão criminal [§ 79(1)]. No mais, subsistem as decisões não mais suscetíveis de impugnação, ressalvada a possibilidade de que uma lei especial venha dispor de maneira diversa [§ 79(2)]. Acentue-se que a execução das decisões fundadas em lei inconstitucional afigura-se ilegítima (§ 79, (2), 2º e 3º períodos), podendo ser embargada nos termos do § 767 do Código de Processo Civil alemão (*Zivilprozessordnung – ZPO*). Todas as pretensões relativas a enriquecimento sem causa, fundadas na lei que teve a sua nulidade declarada, estão expressamente excluídas (§ 79, (2), 4º período). Uma reação do legislador à declaração de nulidade não deve, em princípio, ser esperada nem exigida.”³⁰⁶

2.10.4 Portugal

Em Portugal, a modalidade sancionatória imposta à invalidade foi a nulidade, com eficácia retroativa do provimento jurisdicional que a reconhece. A regra é a produção de efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade a partir da vigência da norma, ou, em hipótese de inconstitucionalidade superveniente, a partir da caracterização da relação de desconformidade. Ressalva-se, expressamente, a incidência da regra geral sobre as

³⁰⁴ FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais** cit., p. 71-72.

³⁰⁵ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica...** cit., p. 511-512.

³⁰⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional...** cit., p. 257.

sentenças revestidas de coisa julgada (exceto matérias penal, disciplinar ou ilícito de ordenação social).

No entanto, por força da revisão de 1982, existe autorização expressa ao Tribunal Constitucional, posta no art. 282.º, n.º 4 da Constituição da República Portuguesa, para fixar, de modo diverso à regra geral, os efeitos da inconstitucionalidade. A eficácia retroativa poderá dar lugar a outros efeitos, a fim de atender aos imperativos de segurança jurídica, de equidade ou de interesse público de excepcional relevo. Acerca dos motivos de existência da exceção constitucional, anota JORGE MIRANDA:

“A limitação dos efeitos da inconstitucionalidade ou, mais do que dos efeitos, da própria inconstitucionalidade resulta da conveniência de temperar o rigor das decisões, adequando-as às situações da vida, em nome de outros princípios e interesses constitucionalmente protegidos.

(...)

Como escreve BACHOF, os tribunais constitucionais consideram-se não só autorizados mas inclusivamente obrigados a ponderar as suas decisões, a tomar em consideração as possíveis *consequências* destas. É assim que eles verificam se um possível resultado da decisão não seria manifestamente injusto, ou não acarretaria um dano para o bem público, ou não iria lesar interesses dignos de protecção de cidadãos singulares. Não pode entender-se isto, naturalmente, como se os tribunais tomassem como ponto de partida o presumível resultado da sua decisão e passassem por cima da Constituição e da lei em atenção a um resultado desejado. Mas a verdade é que um resultado injusto, ou por qualquer razão duvidoso, é também em regra – embora nem sempre – um resultado juridicamente errado.”³⁰⁷

Ainda com esteio no n.º 4 do art. 282.º, pode o Tribunal Constitucional impedir ou minorar a repristinação da legislação eventualmente revogada pela lei declarada inconstitucional. O quadro inaugurado pela Constituição permitiu, portanto, ampla movimentação ao julgador.

Em Portugal a faculdade constitucional vem sendo utilizada com frequência pelo Tribunal Constitucional, consoante constatação de RUI MEDEIROS:

“Entre 1983 e 1986, quase um terço das declarações de inconstitucionalidade com força obrigatória geral tiveram efeitos restritos. (...) O quadro não se altera no período entre 1989 e 1997. Pelas nossas contas, nas cerca de noventa declarações de inconstitucionalidade com força obrigatória geral proferidas neste período, mais de vinte foram acompanhadas de uma limitação de efeitos.”³⁰⁸

2.10.5 Itália

Na Itália, dispõe o art. 136 da Constituição que, quando a Corte Constitucional declarar a inconstitucionalidade de um ato inconstitucional, sua eficácia cessará no dia seguinte à publicação da decisão. Apesar da redação ambígua do dispositivo, doutrina e

³⁰⁷ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo VI cit., p. 85-86.

³⁰⁸ MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade...** cit., p. 689.

jurisprudência compreenderam que a sanção preconizada ao ato inconstitucional é a nulidade com efeitos retroativos absolutos, não alcançando, contudo, a coisa julgada e outras relações exauridas.³⁰⁹

Sem prejuízo, diante da peculiaridade de determinados casos concretos e da ausência de previsão constitucional clara sobre os efeitos das decisões do Tribunal Constitucional italiano, a jurisdição constitucional passou a utilizar o expediente de retardar a publicação da declaração de inconstitucionalidade, com a finalidade de permitir ao Governo a adoção das providências necessárias para colmatar eventual lacuna após a pronúncia de inconstitucionalidade. A partir da década de oitenta,³¹⁰ a *Corte Costituzionale* passou a utilizar decisórias criativas a fim de limitar os efeitos inconvenientes da pronúncia de inconstitucionalidade (v.g. *incostituzionalità sopravvenuta e doppia pronuncia*).
Explicita o teor das técnicas RUI MEDEIROS:

“1ª) A técnica da *incostituzionalità sopravvenuta* em sentido amplo ou *differita*; 2ª) a técnica da *doppia pronuncia* – a Corte começa por proferir uma decisão de *costituzionalità provvisoria* ou, se se quiser, uma decisão de *infondatezza* ou de *inammissibilità esortative* ou *monitorie*, na qual, à maneira de uma crônica de uma inconstitucionalidade anunciada, adverte o legislador na motivação para a possibilidade de um ulterior juízo de inconstitucionalidade, deixando para momento posterior, e caso o vício se mantenha, a declaração de inconstitucionalidade da norma. A primeira técnica da decisão é um instrumento particularmente adequado à limitação do alcance da sentença de acolhimento na sua vertente *pro praeterito*. A segunda, por seu turno, permite evitar os efeitos negativos *pro futuro* de uma eventual declaração de inconstitucionalidade.”³¹¹

2.10.6 Espanha

³⁰⁹ “Foi, essencialmente, por via jurisprudencial que se aclarou que o sentido da referida disposição, em conjunto com o art. 30 da Lei n.º 87 de 1953, significaria que a decisão produziria eficácia *ex tunc* e que a sanção subjacente a esta decisão seria a da nulidade, pese o respeito pelo caso julgado e outras relações exauridas” (MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional. Tomo II...** cit., p. 258). No mesmo sentido, o relatório italiano apresentado na VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus (CORTE COSTITUZIONALE D'ITALIA. *La giustizia costituzionale nel quadro delle funzioni dello stato: con particolare riguardo alle specie, ai contenuti ed agli effetti delle decisioni sulla costituzionalità delle norma giuridiche. VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus*. Lisboa: Tribunal Constitucional, 1987, p. 40).

³¹⁰ Consoante FABRIZIO POLITI, a jurisdição constitucional italiana tornou-se atenta sobre os efeitos de suas próprias decisões a partir da segunda metade da década de oitenta: “La prima sentenza della Corte dotata di un dispositivo di incostituzionalità ad effetti temporalmente circoscritti è stata la n. 266 del 1988, cui ha fatto seguito la sent. n. 50 del 1989 con cui la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 39, co. 1, d. P.R. n. 636 del 1972 (*Revisione della disciplina del contenzioso tributario*) ‘nella parte in cui esclude l'applicabilità dell'art. 128 c.p.c. (pubblicità delle udienze) ai giudizi che si svolgono dinanzi alle Commissioni tributarie di primo e di secondo grado, a decorrere dal giorno successivo alla pubblicazione di questa sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, ferma restando la validità di tutti gli atti anteriormente compiuti’. Tra queste due sentenze ad effetti solo *pro futuro*, si inserisce la n. 501 del 1988, caratterizzata da un dispositivo ad effetti ‘parzialmente retroattivi’ (...)” (POLITI, Fabrizio. *L'efficacia nel tempo delle sentenze di accoglimento nelle riflessioni della rivista “Giurisprudenza costituzionale”*. In: PACE, Alessandro (a cura di). **Corte costituzionale e processo costituzionale**. Milano: Giuffrè, 2006, p. 887).

³¹¹ MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade...** cit., p. 684-685.

Na Espanha, não há disciplina constitucional sobre os efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade. Predomina, entretanto, a tese de nulidade da lei desconforme à Constituição (art. 39.1 e art. 40.1, ambos da *Ley Orgánica del Tribunal Constitucional - LOTC*). A declaração de inconstitucionalidade opera efeitos *ex tunc*, ressalvadas as decisões judiciais consolidadas pelo trânsito em julgado, as sentenças penais condenatórias mais favoráveis ao condenado e as sanções administrativas mais benéficas ao administrado.

Dentre os países europeus, a Espanha é aquele que mais demorou a instituir um Tribunal Constitucional de acordo com os padrões austríacos. Apenas o fez em 1978. Apesar disso, precedentes jurisprudenciais da Corte Constitucional já emprestaram à declaração de inconstitucionalidade efeitos meramente prospectivos.

A *Sentencia Constitucional 45*, de 20/02/1989, que declarou a inconstitucionalidade do *sistema de liquidación conjunta del impuesto sobre la renta de unidad familiar matrimonial*, imposto aos espanhóis desde 1978, na medida em que malferiu o princípio da isonomia, foi a primeira decisão proferida pelo Tribunal Constitucional com fixação de efeitos prospectivos.³¹² Diante da possibilidade de criar grande instabilidade ao Tesouro, que, por longo período, foi alimentado por tributos indevidos, a jurisdição constitucional resolveu conferir efeitos meramente prospectivos à decisão, a fim de somente colher fatos posteriores à publicação da decisão, inviabilizando a revisão das liquidações anteriores perpetradas pelos contribuintes ou pela Administração.

Consoante Fundamento 11 da mencionada decisão, a determinação dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade constituiria providência a ser adotada pelo Tribunal Constitucional em cada caso, não existindo vinculação necessária entre inconstitucionalidade e nulidade:

“En lo que toca a los efectos, hemos de comenzar por recordar que, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica de este Tribunal (artículo 39. 1), las disposiciones consideradas inconstitucionales han de ser declaradas nulas, declaración que tiene efectos generales a partir de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» (artículo 38.1 LOTC) y que en cuanto comporta la inmediata y definitiva expulsión del ordenamiento de los preceptos afectados (STC 19/1987, fundamento jurídico 6.o) impide la aplicación de los mismos desde el momento antes indicado, pues la Ley Orgánica no faculta a este Tribunal, a diferencia de lo que en algún otro sistema ocurre, para aplazar o diferir el momento de efectividad de la nulidad. Ni esa vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad es, sin embargo, siempre necesaria, ni los efectos de la nulidad en lo que toca al pasado vienen definidos por la Ley, que deja a este Tribunal la tarea de precisar su alcance en cada caso,

³¹² Cf. doutrina de ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. Justicia constitucional... cit., p. 6.

dado que la categoría de la nulidad no tiene el mismo contenido en los distintos sectores del ordenamiento. (...)”³¹³

A sentença referida marcou o ponto de inflexão da jurisprudência sobre a rigidez dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade. Posteriormente, sucederam-se sentenças de inconstitucionalidade sem imposição de nulidade (STC 13/1992), e decisões que diferiram a nulidade para termo futuro (STC 96/1996 e STC 195/1998). À luz de tal quadro evolutivo, conclui FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO:

“(…) el devenir del tiempo se ha traducido en una serie de inflexiones jurisprudenciales que, lejos de manifestarse en una misma dirección, presentan múltiples variantes cuyo común denominador es impedir el inicial automatismo jurisprudencial en la vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad.”³¹⁴

2.10.7 Conclusão

Ao cabo da incursão realizada sobre o direito estrangeiro, é possível concluir que os sistemas de controle jurisdicional de constitucionalidade analisados abandonaram dogmas rígidos e absolutos, a fim de conferir ao julgador, ao menos em situações excepcionais, margem de ajuste dos efeitos temporais da decisão de acordo com os reclamos do caso apreciado.

A previsão de apenas um efeito pelo ordenamento jurídico apresentou-se insuficiente para regular todos os casos que envolvam questões constitucionais, consoante observação de CARLOS ROBERTO SIQUEIRA DE CASTRO:

“De fato, no que tange à questão dos efeitos da decisão proclamatória da inconstitucionalidade, verifica-se hodiernamente que o radicalismo crônico, que marcou a afirmação histórica dos contrapostos modelos norte-americano e austríaco, cedeu vez a abrandamentos ditados pelas demandas do realismo jurídico e da justiça pragmática. Assim se fez a ponto de possibilitar saudáveis atenuações, ora na conferência de efeitos *ex tunc* no campo do controle dito concentrado, ora na atribuição de efeitos *ex nunc* nas searas do controle designado difuso ou de revisão judicial, às decisões proferidas nas mais diversas situações em que despontam litígios de confrontação constitucional.”³¹⁵

Cumprе anotar que, nos sistemas que consagraram a anulabilidade como sanção a ser imposta ao ato desconforme (v.g. Áustria), o dimensionamento temporal dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade ocorreu sem maiores óbices, escorado que

³¹³ Disponível em: <<http://portaljuridico.lexnova.es/jurisprudencia/JURIDICO/33721/sentencia-tc-45-1989-de-20-de-febrero-irpf-tributacion-conjunta-y-deducciones-de-la-cuota>>. Acesso em: 26 set. 2012.

³¹⁴ SEGADO, Francisco Fernández. Los cambios de la jurisprudência constitucional. **Interesse Público**. Porto Alegre: Fórum, v. 9, p. 161-218, mar./abr. 2007, p. 216.

³¹⁵ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos em face das Leis n.º 9.868 e 9.882/99 cit., p. 57. No mesmo sentido, a conclusão alcançada em COSTA, José Manuel M. Cardoso da. A Justiça Constitucional no quadro das funções do estado vista à luz das espécies, conteúdo e efeitos das decisões sobre a constitucionalidade das normas jurídicas. Relatório Geral. **VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus**. Lisboa: Tribunal Constitucional, 1987, p. 70.

estava pela validade provisória da norma jurídica. Ao contrário, nos sistemas fundados na sanção de nulidade, a inflexão da postura tradicional para o resguardo das relações jurídicas estabelecidas sob o amparo da legislação dissonante e o afastamento dos prejuízos advindos da ausência de disciplina legislativa sobre determinada matéria reclamou o desenvolvimento de técnicas criativas de decisão, ora por iniciativa da própria jurisdição constitucional (v.g. Estados Unidos, Alemanha, Itália e Espanha), ora por força de inovação normativa apresentada pelo próprio poder constituinte derivado (v.g. Portugal).

Por fim, em relação às possíveis influências do Direito Comparado, pode-se dizer que o Direito Português é o que mais se aproxima do Brasileiro, em razão de estar filiado ao *civil law*, de contar com similar estruturação do sistema de controle de constitucionalidade e do modo de conformação do instituto previsto no art. 282.º, n.º 4 da CRP. Sob outro viés, cabe observar que a absorção de qualquer aspecto do instituto desenvolvido sob a ótica do direito norte-americano, por estar estruturado sob os cânones da escola do *common law*, não pode prescindir de redobrada reflexão.

Capítulo III - A modulação temporal de efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade sob perspectiva dinâmica

O propósito do capítulo III é estudar o instituto da modulação temporal de efeitos das decisões proferidas em sede de controle jurisdicional de constitucionalidade como técnica de decisão criativa efetivamente aplicada no sistema de fiscalização brasileiro.

Quatro veredas orientarão a análise do tema, todas tendo em mira a técnica posta em movimento. A primeira se dedicará ao estudo do instrumento de manejo (método de ponderação); a segunda, ao aprofundamento teórico acerca dos pressupostos (fáticos, materiais e formais) de aplicação, bem como ao enfrentamento da questão de viabilidade da disciplina da matéria por intermédio de legislação infraconstitucional; a terceira, ao conhecimento dos limites de emprego da técnica; e a quarta, à análise crítica da jurisprudência do STF, com a finalidade de apontar o modo pelo qual o principal órgão incumbido da jurisdição constitucional no Brasil aplica a modulação, em observância ou não dos pressupostos e limites aventados.

Seção I

O instrumento de manejo acolhido: a ponderação de interesses

3.1 Considerações iniciais

Consagrou-se, no STF, o juízo de ponderação como o instrumento de determinação do direito aplicável, na hipótese de colidência entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional e a segurança jurídica ou outro interesse constitucionalmente assegurado.

A propósito, GILMAR FERREIRA MENDES traz entendimento de forte inspiração na doutrina portuguesa, voltado a demonstrar o instrumento adequado para a definição da norma jurídica aplicável na hipótese de tensão constitucional derivada da pronúncia de inconstitucionalidade:

“O princípio da nulidade continua a ser a regra 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 idéia de segurança jurídica ou outro princípio constitucionalmente

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.”³¹⁶

Diante da importante função metodológica desempenhada pela ponderação na modulação temporal dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade, impõe-se o aprofundamento teórico sobre o assunto, incumbindo à presente seção delinear os contornos conceituais, as hipóteses de cabimento, a estrutura procedimental e as desejáveis limitações em prol da objetividade e racionalidade do método eleito de definição do direito. Ao cabo, será possível relacionar a ponderação com a técnica de modulação temporal de efeitos, aferindo-lhe a adequação e as peculiaridades.

3.2 Antinomias jurídicas, espécies e critérios de resolução

Não obstante constituído por uma miríade de normas oriundas de diversas fontes, o ordenamento jurídico afigura-se como um todo unitário, congregado por uma norma fundamental que lhe confere validade e coesão.³¹⁷

Concebido como sistema,³¹⁸ o ordenamento não compactua com incoerência entre as suas partes integrantes, devendo ser consistente.³¹⁹ Consoante doutrina de JORGE MIRANDA:

“O Direito não é mero somatório de regras avulsas, produto de actos de vontade, ou mera concatenação de fórmulas verbais articuladas entre si. O Direito é ordenamento ou conjunto significativo, e não conjunção resultante de vigência simultânea; implica *coerência* ou, talvez mais rigorosamente, *consistência*; projecta-se em sistema; é unidade de sentido, é valor incorporado em norma.”³²⁰

A despeito disso, em razão da diversidade das fontes e da incessante produção legislativa orientada por diferentes correntes político-ideológicas, o ordenamento jurídico pode apresentar duas ou mais normas que prescrevam consequências jurídicas

³¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle concentrado de constitucionalidade...** cit., p. 564-565.

³¹⁷ Cf. BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. São Paulo: Edipro, 2011, p. 51-78.

³¹⁸ Adota-se, como conceito de sistema, o proposto por NORBERTO BOBBIO: “Entendemos por ‘sistema’ *uma totalidade ordenada*, isto é, um conjunto de entes dentre os quais existe uma certa ordem” (BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico** cit., p. 79).

³¹⁹ “Por consistência deve ser entendida a incoerência ou a extirpação de antinomias, isto é, da presença simultânea de normas válidas que se excluem mutuamente” (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito...** cit., p. 205). Segundo explicita RICCARDO GUASTINI: “Se dice ‘consistente’ (*consistente*) a un conjunto de normas que no presenta ningún conflicto” (GUASTINI, Riccardo. **Interpretación, Estado y Constitución**. Lima: Ara Editores, 2010, p. 225).

³²⁰ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo II. 6. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2007, p. 262.

contraditórias às mesmas circunstâncias de fato.³²¹ Traduz referida deficiência lógica uma antinomia ou contradição normativa, conceituada por TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR como “(...) a oposição que ocorre entre duas normas contraditórias (total ou parcialmente), emanadas de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo, que colocam o sujeito numa posição insustentável pela ausência ou inconsistência de critérios aptos a permitir-lhe uma saída nos quadros de um ordenamento dado.”³²²

Duas condições são exigidas para a ocorrência da antinomia no plano normativo: (1) a pertinência das normas ao mesmo ordenamento ou a ordenamentos jurídicos coordenados ou subordinados; e (2) a identidade do âmbito de validade das normas, sob os aspectos temporal, espacial, pessoal e material.³²³

Caracterizada a antinomia jurídica, três classificações reputam-se relevantes para o desenvolvimento do tema:³²⁴

(1) Quanto à *extensão da contradição*. Sob este critério, acolhido por NORBERTO BOBBIO,³²⁵ as antinomias podem ser: (a) total-total: quando, em razão da identidade absoluta do âmbito de eficácia, em nenhuma hipótese uma das duas normas pode ser aplicada sem conflitar com a outra; (b) parcial-parcial: quando, em razão da coincidência parcial do âmbito de eficácia, a contradição ocorre apenas em relação ao campo comum contido nas normas (a aplicação de cada uma das normas nem sempre ocasionará conflito); e (c) total-parcial: quando, em razão de uma das normas possuir âmbito de eficácia compreendido no interior da outra, a contradição ocorre apenas em relação à disposição contida na norma mais extensa ou contingente (a aplicação da norma contida sempre implicará contradição com parcela da norma contingente).

(2) Quanto ao *plano de constatação*. Sob este critério, divisado por RICCARDO GUASTINI, as antinomias podem ser: (a) *in abstracto* ou internas: quando, ainda no plano

³²¹ Acerca da estrutura da norma jurídica, acolhe-se a doutrina de FRANCISCO AMARAL: “A estrutura da norma jurídica forma-se de dois elementos, a *condição de aplicação*, ou hipótese de fato, que a doutrina italiana chama de *fattispecie*, a alemã de *Tatbestand* e a inglesa de *operative facts*, significando previsão de ocorrência de fato hipoteticamente previsto, e o ‘dispositivo’ ou ‘preceito’, *disposizione*, *Rechtsfolg*, que é a *consequência jurídica* estabelecida para o caso de verificar-se a hipótese. Se ocorre A, verifica-se B” (AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2000, p. 64).

³²² FERRAZ JÚNIOR., Tércio Ferraz. **Introdução ao estudo do direito...** cit., p. 211. No mesmo sentido, a definição proposta por LUIS PRIETO SANCHÍS: “Suele decirse que existe una antinomia o contradicción normativa cuando dentro de un mismo sistema jurídico se imputan consecuencias incompatibles a las mismas condiciones fácticas, es decir, cuando en presencia de un cierto comportamiento o situación de hecho encontramos diferentes orientaciones que no pueden ser observadas simultáneamente” (SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia Constitucional y derechos fundamentales**. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 175).

³²³ Cf. BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico** cit., p. 92-93.

³²⁴ Acerca de outras modalidades de classificação, confira-se FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito...** cit., p. 211-214.

³²⁵ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico** cit., p. 93-94.

conceitual, é possível constatar a cominação de consequentes jurídicos colidentes às mesmas circunstâncias de fato³²⁶ e (b) *in concreto*: somente diante das peculiaridades de um caso concreto, duas normas jurídicas harmônicas no plano da validade apresentam colidência na aplicação prática.³²⁷

(3) Quanto à *existência de critérios para resolução previstos no ordenamento*. Perante este critério, anotado por NORBERTO BOBBIO,³²⁸ as antinomias podem ser: (a) reais ou insolúveis: quando, em razão da inexistência ou do conflito entre os critérios postos pelo ordenamento para a resolução da contradição normativa, ao intérprete não é oferecida qualquer solução prévia; e (b) aparentes ou solúveis: quando o ordenamento jurídico possui regras normativas suficientes para a resolução.

Com o intuito de restaurar a necessária coerência do ordenamento jurídico, sedimentaram-se, perante a doutrina³²⁹ e a jurisprudência, três regras clássicas para a solução de antinomias:

(1) “*lex posteriori derogat priori*” (critério temporal): ao sobrevir norma jurídica sobre a mesma matéria tratada por norma anterior, considera-se a mais antiga revogada;

(2) “*lex superior derogat legi inferiori*” (critério hierárquico): entre duas normas jurídicas incompatíveis, prevalece a hierarquicamente superior, assim considerada a regra situada em plano mais elevado; e

(3) “*lex specialis derogat legi generali*” (critério da especialidade): entre duas normas jurídicas incompatíveis, uma geral e outra especial, prevalece a segunda.

3.3 A antinomia entre normas constitucionais e os critérios adequados para resolução

À semelhança das demais partes integrantes do ordenamento jurídico, as normas constitucionais podem implicar situações de concordância ou conflito durante a sua interação.³³⁰

³²⁶ GUASTINI, Riccardo. *Interpretación...* cit., p. 226.

³²⁷ GUASTINI, Riccardo. *Interpretación...* cit., p. 226.

³²⁸ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico* cit., p. 96.

³²⁹ Cf. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico* cit., p. 95-100.

³³⁰ Cf. GARCIA, Emerson. *Conflito entre normas constitucionais: esboço de uma teoria geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 254-255.

Não há dúvida que a Constituição representa uma unidade, que deve ser interpretada como um sistema harmônico e não como um repositório de normas justapostas e isoladas entre si. Dentre os postulados de interpretação constitucional, KONRAD HESSE enumera em primeiro lugar o da unidade da Constituição:

“71.a’) Assim, temos, em primeiro lugar, o princípio da *unidade da Constituição*. A relação e interdependência existentes entre os distintos elementos da Constituição (*supra* n. 20) obrigam a que, em nenhum caso, se contemple a norma isoladamente, mas, ao contrário, sempre no conjunto em que ela deve estar situada; todas as normas constitucionais hão de ser interpretadas de tal modo que se evitem contradições com outras normas da Constituição. A única solução do problema coerente com este princípio é a que se encontre em consonância com as decisões básicas da Constituição e evite sua limitação unilateral a aspectos particulares.”³³¹

Apesar do referencial harmonizador prestado pelo postulado da unidade da Constituição, os preceitos não estão indenes à desarmonia ou à incoerência durante a sua interação. A textura das normas e a diversidade ideológica dos fatores da Constituição podem ser apontadas como principais causas de deflagração das contradições e ambiguidades semânticas. Neste sentido, constata EMERSON GARCIA:

“Em verdade, a utilização de disposições normativas de textura essencialmente aberta, conferindo especial deferência ao intérprete, ao que se soma a coexistência de múltiplas vertentes ideológicas, característica inerente às sociedades pluralistas, torna inevitável que o processo de concretização seja ultimado com a conclusão de que múltiplas normas, de conteúdo nitidamente divergente, são potencialmente reguladoras de uma mesma situação concreta. Trata-se de característica indissociável do constitucionalismo contemporâneo, fruto de um pensamento que confere elevado prestígio aos princípios constitucionais, espécies normativas dotadas de maior generalidade e qualitativamente distintas das regras, que se espraiam por todo o tecido constitucional e exercem inegável influência no processo de concretização.”³³²

Os critérios clássicos para resolução de antinomias colaboram, em pequena abrangência, para solucionar o conflito de normas constitucionais. Os critérios cronológico e hierárquico resolvem apenas as antinomias representadas por modificações formais da Constituição veiculadas por Emendas Constitucionais. Não se trata de critérios adequados para a resolução das tensões constitucionais havidas entre as normas originárias, promulgadas em um único momento e com idêntica graduação.³³³

³³¹ HESSE, Konrad. A interpretação constitucional. **Temas fundamentais do direito constitucional**. Textos selecionados e traduzidos por CARLOS DOS SANTOS ALMEIDA, GILMAR FERREIRA MENDES e INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 113.

³³² GARCIA, Emerson. **Conflito entre normas constitucionais...** cit., p. 255. A problemática, entretanto, não é nova. Nos idos de 1949, CARLOS ALBERTO LÚCIO BITTENCOURT já anotava que, por ser obra eclética, na qual as transigências para sua elaboração se sucedem, dificilmente é alcançado um sentido único, puro e literal ao texto constitucional (BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis** cit., p. 54).

³³³ Sobre o tema, SARMENTO, Daniel. **Ponderação de interesses na Constituição Federal**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 30-33; SANCHÍS, Luís Prieto. **Justicia Constitucional y derechos fundamentales** cit., p. 176-177.

De outro lado, o critério da especialidade se presta à resolução das antinomias de natureza total-parcial, isto é, quando o âmbito de eficácia de uma das normas está compreendido no de outra. Ora, no plano constitucional, de um modo geral, as antinomias decorrem da expansão do campo de incidência de uma norma sobre a de outra e não do regramento excepcional de normas gerais, configurando-se antinomias de natureza parcial-parcial.³³⁴

Diante de tal cenário, a imprescindível resolução da antinomia havida entre duas normas contemporâneas, de alcance geral e de mesma hierarquia, reclama a construção de regra específica, não avistada dentre os critérios clássicos, na qual faça preponderar uma das normas envolvidas no conflito ou impor limitações recíprocas de modo a evitar a colidência.³³⁵

A construção da norma de resolução da antinomia poderá ser empreitada em três planos distintos, assinalados por EMERSON GARCIA:

“A solução dos conflitos pode ser obtida (1) no próprio plano constitucional, com a fixação dos critérios a serem observados na harmonização das normas constitucionais; (2) no plano legislativo, impondo restrições ao potencial expansivo de determinadas normas constitucionais ou mesmo contribuindo para a sedimentação de uma carga axiológica que influenciará a interpretação das disposições constitucionais; e (3) no plano da norma de decisão, definindo a norma que prevalecerá no caso concreto, a partir da utilização das técnicas voltadas a esse fim específico (v.g.: ponderação de bens ou valores).”³³⁶

3.3.1 A solução harmonizadora ditada pelo plano constitucional

A própria ordem constitucional poderá indicar, em abstrato, solução precisa relativa à precedência de um interesse sobre outro, na hipótese de eventual colisão. Com efeito, como produto de ponderação prévia, o próprio Constituinte poderá definir um interesse de modo definitivo, não passível de confrontação ou sopesamento com os demais. É o que observa PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, baseado em lições de SIECKMANN:

³³⁴ Admitindo a utilização do critério da especialidade somente quando possível estabelecer relação de exceção a uma disciplina prevista em regra geral, SARMENTO, Daniel. **Ponderação de interesses na Constituição Federal** cit., p. 31-32; SANCHÍS, Luís Prieto. **Justicia Constitucional y derechos fundamentales** cit., p. 177.

³³⁵ HANS Kelsen também avista solução parelha para o conflito entre normas postas ao mesmo tempo, de modo que o princípio da *lex posterior* não possa ser aplicado: “Então, haveria as seguintes possibilidades de resolver o conflito: ou se entendem as duas disposições no sentido de que é deixada ao órgão competente para a aplicação da lei, a um tribunal, por exemplo, a escolha entre as duas normas; ou quando (...) as duas normas só parcialmente se contradizem, que uma norma limita a validade da outra” (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito** cit., p. 230).

³³⁶ GARCIA, Emerson. **Conflito entre normas constitucionais...** cit., p. 258.

“Com percepção arguta, Sieckmann sustenta que há direitos fundamentais proclamados justamente para impedir que os Poderes Públicos os ponham em balanço com outros interesses. Tais direitos já seriam o resultado de ponderações prévias, realizadas pelo constituinte, perfazendo, assim, regras, afeiçoando-se a trunfos definitivos, que prevalecem sobre outros interesses, mesmo que de rasgo constitucional.”³³⁷

A solução ditada pelo constituinte é absoluta e não passível de qualquer correção pelos Poderes constituídos. A propósito, JORGE REIS NOVAIS, ao comentar a prevalência assentada na Constituição portuguesa, no sentido de prestigiar o direito à privacidade em face do interesse de persecução penal, enfatiza:

“A opção dos constituintes pode ser discutível, errônea, desproporcionada, pode, eventualmente, vir a ter de ser reformulada em processo de revisão constitucional, mas, indiscutivelmente, foi a que eles, na altura, quiseram tomar considerando todos os interesses e bens a ponderar. Nesses termos, a aprovação de uma garantia como a que vem consagrada no art. 32º, nº 8, da nossa Constituição, representa uma opção definitiva, fechada: desde que a prova incriminadora seja obtida mediante ‘abusiva intromissão na vida privada’ ela é, sempre, nula. Aos poderes constituídos fica absolutamente vedada qualquer limitação ou restrição daquela garantia com o argumento, por exemplo, da extrema gravidade do crime e da certeza, apurada mediante prova ilícita, de quem é o criminoso. A garantia constitucional é irrestringível porque foi essa a vontade do legislador constitucional; ele ponderou tudo quanto havia a ponderar e decidiu naqueles termos.”³³⁸

Com sustentação em decisão proferida pelo Tribunal Pleno do STF nos autos do HC 79.512-9/RJ, HUMBERTO ÁVILA oferece exemplo de solução harmonizadora ditada pelo plano constitucional:

“O mesmo raciocínio foi feito pelo Supremo Tribunal Federal quando analisou a possibilidade de resolver o conflito entre as garantias constitucionais de proteção contra a prova ilícita e o interesse público repressivo. Em vez de efetuar uma ponderação entre os direitos individuais regrados pela Constituição e o interesse público colidente, o Supremo Tribunal Federal decidiu que não cabe a ele efetuar nova ponderação quando a Constituição já fez uma ponderação anterior por meio do estabelecimento de uma regra. Ilustrativo é o voto do Min. Sepúlveda Pertence: ‘Posto não ignore a autoridade do entendimento contrário, resisto, no entanto, a admitir que à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita se possa opor, com o fim de dar-lhe prevalência em nome do princípio da proporcionalidade, o interesse público na eficácia da repressão penal em geral ou, em particular, na de determinados crimes. É que, aí, foi a Constituição mesma que ponderou os valores contrapostos e optou – em prejuízo, se necessário, da eficácia da persecução criminal – por valores fundamentais, da dignidade humana, aos quais serve de salvaguarda a proscrição da prova ilícita.’”³³⁹

³³⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação...** cit., p. 195.

³³⁸ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição.** Coimbra: Coimbra Ed., 2003, p. 578-580.

³³⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 107. JOSÉ MARIA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO cita semelhante exemplo extraído da Constituição espanhola, compatível com a realidade brasileira, consistente na disciplina tendente à resolução do conflito entre a inviolabilidade do domicílio e a eficácia da persecução criminal (SANTIAGO, José Maria Rodríguez de. **La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo.** Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 59-60).

3.3.2 A solução harmonizadora ditada pelo plano legislativo

Ausente solução harmonizadora ditada pelo plano constitucional, em observância aos princípios democrático, da separação dos Poderes e da legalidade, incumbe ao Poder Legislativo resolver o impasse normativo, mediante a edição de norma que determine qual dos interesses constitucionais deve preponderar na hipótese de eventual colisão com outros de idêntica hierarquia. Citando o magistério de PRIETO SANCHÍS, PAULO GUSTAVO GONET BRANCO entoa referida conclusão:

“Em homenagem ao princípio democrático, ademais, reconhece-se que a prioridade na ponderação, em havendo mais de uma solução possível, cabe ao legislador, que também coteja princípios conflitantes, quando edita leis, concretizando a Constituição. Se essa ponderação se mostra adequada aos limites fixados pelos marcos constitutivos, ela ‘vincula o juiz e torna supérflua a ponderação deste com respeito às circunstâncias e propriedades descritas na lei’.”³⁴⁰

Nesse contexto, a solução harmonizadora poderá decorrer diretamente de ponderação preventiva realizada pelo legislador, ao cumprir a tarefa de identificar o valor axiologicamente mais relevante em conflito e fazer preponderar a sua preferência mediante estabelecimento de regra. Igualmente, a solução harmonizadora poderá decorrer de modo indireto, como reflexo da tarefa de definição precisa dos contornos do interesse constitucional previsto em disposição constitucional de textura aberta, diminuindo o espaço possível de colisão.³⁴¹

Em razão da dificuldade de prever as situações em conflitos, cambiantes conforme as peculiaridades do caso concreto, a missão do legislador é árdua e perfaz-se mediante a frequente utilização de conceitos indeterminados ou cláusulas gerais, a serem preenchidas pelo aplicador do direito.³⁴²

³⁴⁰ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação...** cit., p. 133-134. Ainda sobre a prevalência do legislador para ponderar princípios em situação de tensão recíproca, mediante estabelecimento de regras de observância obrigatória por órgãos judiciais e do Poder Executivo, SANTIAGO, José Maria Rodriguez de. **La ponderación de bienes e intereses...** cit., p. 59.

³⁴¹ GARCIA, Emerson. **Conflito entre normas constitucionais...** cit., p. 338-344.

³⁴² A propósito, cita-se a correlação tecida por JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE entre a forma de expressão do legislador e a necessidade de abarcar o maior número de casos concretos em conflito: “Tendo em conta o carácter concreto da resolução dos conflitos entre direitos ou entre direitos e valores comunitários, é difícil que o legislador possa, em abstracto, hipotizar todas as situações possíveis, tendo, por isso, de, através de um processo de *tipificação*, simplificar a realidade. É, por isso, difícil admitir que as leis harmonizadoras (não estando autorizadas a assumir-se como leis restritivas) possam realizar satisfatoriamente as ponderações necessárias a um nível geral e abstracto, impondo-se, pois, que assegurem a consideração das circunstâncias dos casos concretos através de uma *abertura normativa*, limitando-se a estabelecer critérios de ponderação relevantes por intermédio de cláusulas gerais ou de conceitos indeterminados, a preencher pelo juiz” (ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 329).

Assim como ao constituinte, ao legislador não se exige seja explicitado o método utilizado para atingir determinada solução ao conflito normativo.³⁴³

A título de exemplo de solução ditada no plano legislativo para solucionar conflitos normativos de índole constitucional, podem ser lembrados os inúmeros atos normativos que preconizam prazo de decadência para a revisão dos atos administrativos inválidos (v.g. Decreto n.º 20.910, de 6/01/1932, Decreto-Lei n.º 4.597, de 19/08/1942 e Lei n.º 9.784, de 29/01/1999). Nota-se, nesta hipótese, como resultado da ponderação legislativa, a prevalência da segurança jurídica em detrimento da legalidade, de modo a obstar que as situações jurídicas permaneçam indefinidamente instáveis, ocasionando incertezas para as pessoas e para o próprio Estado.

A doutrina admite a sindicabilidade judicial da solução aventada pelo plano legislativo, a fim de aferir a relação de compatibilidade com a norma constitucional. A propósito, PAULO GUSTAVO GONET BRANCO admite o exame da constitucionalidade da lei harmonizadora:

“Se a ponderação é deixada ao descortino do legislador – como em casos de reserva legal –, ainda assim, é possível a atividade de controle pelo Judiciário, com vistas a apurar a proporcionalidade da medida adotada pela lei. Aqui se está no domínio típico do controle de constitucionalidade de leis à base de uma estimativa sobre a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito da restrição ao direito fundamental operada pela lei.”³⁴⁴

Na mesma linha, sustenta DANIEL SARMENTO a possibilidade de sindicat a constitucionalidade, mas recomenda a adoção de uma postura de respeito à ponderação realizada pelo Poder Legislativo, apenas procedendo à correção quando o vício for latente:

“De fato, a necessidade de ponderação de interesses na aplicação das normas constitucionais exacerba o risco de invasão, pelo Poder Judiciário, do campo de discricionariedade inerente à atividade legislativa. Através da ponderação, os juízes, que não são eleitos, podem tentar impor as suas opções políticas e ideológicas em detrimento daquelas realizadas pelos representantes do povo. Porém, é evidente que, em uma democracia, a escolha dos valores e interesses prevalecentes em cada caso deve, a princípio, ser da responsabilidade de autoridades cuja legitimidade repouse no voto popular. Por isso, o Judiciário tem, em linha geral, de acatar as ponderações de interesses realizadas pelo legislador, só as desconsiderando ou invalidando quando elas se revelarem manifestamente desarrazoadas ou quando contrariarem a pauta axiológica subjacente ao texto constitucional.”³⁴⁵

³⁴³ Cf. SANTIAGO, José Maria Rodríguez de. **La ponderación de bienes e intereses...** cit., p. 63.

³⁴⁴ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação...** cit., p. 271.

³⁴⁵ SARMENTO, Daniel. **Ponderação de interesses na Constituição Federal** cit., p. 114. A esse respeito, colham-se, ainda, as considerações de LUIS PRIETO SANCHÍS: “La ley, por tanto, representa una forma de ponderación en el sentido indicado, aunque como he dicho puede, a su vez, ser objeto de ponderación en el curso de un enjuiciamiento abstracto por parte del Tribunal Constitucional” (SANCHÍS, Luís Prieto. **Justicia Constitucional y derechos fundamentales** cit., p. 196).

3.3.3 A solução harmonizadora ditada pela jurisdição constitucional

Ausente solução harmonizadora ditada pelos planos constitucional ou legislativo, ou ainda sendo desarrazoada a resolução aventada pelo legislador ordinário, incumbirá à jurisdição constitucional construir norma válida para a solução da antinomia.

Para a construção da terceira norma saneadora, dificilmente, como já assentado, poderá a jurisdição constitucional contar com os critérios clássicos de solução antinomia. O choque ocorre entre duas normas contemporâneas, situadas no mesmo nível hierárquico, de idêntico âmbito de alcance. Ainda, o tradicional método de aplicação do direito denominado subsunção restará prejudicado, porquanto ausente a univocidade das premissas maiores do raciocínio silogístico.

Na solução da antinomia entre normas constitucionais, a jurisdição constitucional limita-se a afastar, total ou parcialmente, uma norma colidente do caso específico, sem comprometimento de sua validade. Para tanto, será necessário ponderar a importância de cada norma constitucional envolvida, de modo que a de valor preeminente afaste a aplicação da outra, em determinada situação de conflito. Consoante doutrina de EMERSON GARCIA:

“Esse tipo de relação conflitual, que se manifesta em unidades espaço-temporais, exigirá a utilização de mecanismos que afastem do referencial de validade técnico-jurídica, que pressupõe a existência de um nivelamento hierárquico manifestamente ausente na hipótese. Conflitos dessa natureza serão resolvidos no plano da aplicação, sendo (momentaneamente) afastada ou reduzida a normatividade de uma das normas sem o correlato comprometimento de sua permanência no sistema.”³⁴⁶

Como instrumento necessário à tarefa, dispõe o Poder Judiciário do método da ponderação de interesses, metodologicamente distinto do processo lógico-subsuntivo.

3.4 O método da ponderação de bens e interesses

3.4.1 Contornos conceituais

Dentre as várias acepções possíveis atribuídas ao signo *ponderação*, entende-se adequada para o desenvolvimento do tema aquela proposta por DAVID MARTÍNEZ ZORRILLA:

³⁴⁶ GARCIA, Emerson. **Conflito entre normas constitucionais...** cit., p. 324.

“La ponderación es concebida como un procedimiento para la resolución de conflictos normativos a partir de la atribución de un ‘peso’ o grado de importancia a cada una de las alternativas en conflicto en las circunstancias del caso, de modo que éste queda resuelto de acuerdo con la solución establecida por el elemento de mayor ‘peso’.”³⁴⁷

Trata-se da técnica utilizada pela jurisdição constitucional para resolver o conflito normativo entre princípios constitucionais incidentes sobre um caso, mediante o estabelecimento de uma hierarquia axiológica móvel entre os bens jurídicos em conflito.³⁴⁸

Ainda em relação aos contornos conceituais, é importante deixar assente que ponderação não se confunde propriamente com conciliação de princípios contrapostos.

Conforme advertem CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO e DANIEL SARMENTO:

“Nem sempre, na ponderação, se logra alcançar um meio-termo entre os bens jurídicos em disputa. Algumas vezes, diante das alternativas existentes, a solução terá que priorizar um dos interesses em jogo, em detrimento do outro. Isto, porém, não significa que a norma que tutela o interesse derrotado vá sempre subordinar-se àquela que protege o interesse que prevaleceu. Em circunstâncias diferentes, pode-se dar exatamente o contrário, e, em outras, pode ser possível encontrar uma solução intermediária. Isto porque, uma das características da ponderação é que ela deve sempre levar em consideração o cenário fático, as circunstâncias de cada caso e as alternativas de ação existentes.”³⁴⁹

Não é recente a utilização da ponderação como método de aplicação do Direito. Remonta ao início do Século XX, no seio da jurisprudência dos interesses, o seu emprego para colmatar lacunas do direito e para a compreensão do próprio direito legislado.³⁵⁰ Como método de complementação do direito para determinar o alcance correto de direitos fundamentais ou princípios constitucionais na hipótese de colisão de normas, surge com bastante ênfase na jurisprudência dos valores.³⁵¹ Atualmente, é

³⁴⁷ ZORRILLA, David Martínez. **Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 273. No mesmo sentido, JOSÉ MARIA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO emprega o signo para representar um procedimento ou forma de argumentar e fundamentar decisões em direito (SANTIAGO, José María Rodríguez de. **La ponderación de bienes e intereses...** cit., p. 48). DANIEL SARMENTO também considera a ponderação um método para resolução de conflitos constitucionais entre princípios (SARMENTO, Daniel. **Ponderação de interesses na Constituição Federal** cit., p. 97). Outras acepções para o signo *ponderação* podem ser encontradas na obra do próprio JOSÉ MARIA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (**La ponderación de bienes e intereses...** cit., p. 09-11 e 48-55) e na de ANA PAULA DE BARCELLOS (**Ponderação, racionalidade e atividade jurisdiccional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 23-38).

³⁴⁸ Consoante doutrina de RICCARDO GUASTINI, hierarquia axiológica móvel é “(...) una relación de valor creada (no por el Derecho mismo, como la jerarquía de las fuentes, sino) por el juez constitucional mediante un juicio de valor comparativo, o sea, un enunciado que tiene la forma lógica: ‘El principio P1 tiene más valor que el principio P2’. Instituir una jerarquía axiológica se traduce en otorgale a uno de los dos principios en conflicto un ‘peso’, una importancia ético-política mayor respecto del otro” (GUASTINI, Riccardo. **Interpretación...** cit., p. 229).

³⁴⁹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 512.

³⁵⁰ Cf. TORRES, Ricardo Lobo. A legitimação dos direitos humanos e os princípios da ponderação e da razoabilidade. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 421-422.

³⁵¹ Cf. TORRES, Ricardo Lobo. A legitimação dos direitos humanos... cit., p. 423.

recorrente a invocação do tema na seara dos direitos fundamentais e da Teoria dos Princípios, formulada pela primeira vez por RONALD DWORKIN no final da década de 1960 e posteriormente aprimorada por ROBERT ALEXY.

A metódica da ponderação pode ser utilizada em qualquer seara do direito. Contudo, nas últimas décadas, a utilização mais frequente tem-se dado nos quadrantes do Direito Constitucional e do Direito Administrativo.³⁵²

3.4.2 As espécies de normas que servem de suporte à ponderação

Regras ou princípios prestam-se à ponderação? A resposta à indagação não pode ser oferecida antes do assentamento de algumas orientações dogmáticas sobre a tipologia normativa e o modo de resolução de conflitos. Parte-se, para tanto, da análise, ainda que sumária, da doutrina de ROBERT ALEXY.

Fundado originariamente nas considerações de RONALD DWORKIN, ROBERT ALEXY formula sua tese estribado em duas premissas fundamentais: (1) a distinção qualitativa entre regras e princípios como subespécies da categoria geral norma jurídica; e (2) a distinção dos métodos de aplicação do Direito, nos casos de colisões entre princípios e de conflito entre regras.

Sob o primeiro aspecto, ROBERT ALEXY reúne, sob o conceito de norma, tanto as regras como os princípios. Em comum, ambos podem ser formulados por meio de expressões deônticas básicas e são juízos concretos de dever-ser.³⁵³ De outro lado, acerca das notas de diferenciação, aponta o referido autor:

“O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Já as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve ser fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre a regra e princípios é

³⁵² Acerca das razões da aplicação mais intensa da ponderação em tais searas, confira-se SANTIAGO, José María Rodríguez de. **La ponderación de bienes e intereses...** cit., p. 21-39.

³⁵³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. LUÍS VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 87.

uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é uma regra ou um princípio.”³⁵⁴

Como decorrência da distinção assinalada, acentua o autor alemão que princípios instituem obrigações de caráter *prima facie* distinto das regras. Enquanto o princípio exige que algo seja realizado depois de consideradas as possibilidades fáticas e jurídicas, podendo ser derogado ou superado em função de outros princípios colidentes, as regras contêm um mandamento definitivo que deve ser sempre realizado, ressalvada a existência de alguma exceção.³⁵⁵ Assim, os princípios são razões *prima facie*, enquanto as regras são razões definitivas. Quanto à aplicação, as regras devem ser aplicadas mediante subsunção, enquanto os princípios se aplicam mediante ponderação com outros princípios que com ele entrem em colisão ou com regras de conteúdo contrário.

Sob o segundo aspecto, vale dizer, sobre o método de aplicação do direito ante a ocorrência de antinomia, ALEXY procede à distinção tomando por base a espécie de norma em conflito no caso concreto.

Cuidando-se de conflito derivado da interação de regras, a solução advirá da inserção de cláusula de exceção que exclua a antinomia ou da declaração de invalidade de uma das normas. Nesta última hipótese, a regra prevalecente será determinada por sua importância ou por meio dos critérios clássicos de resolução de antinomias.³⁵⁶ Ressalvada a inserção de exceção, o conflito de regras se resolverá na dimensão da validade.

De outro modo, a colidência de princípios reclamará solução completamente distinta da elaboração de cláusulas de exceção ou de juízos de invalidade. A definição do direito aplicável demandará o estabelecimento de um juízo de precedência condicionada entre os princípios, aferida com base nas circunstâncias do caso concreto.³⁵⁷ Para formular o juízo de precedência, a avaliação dos pesos observará o seguinte raciocínio: “Quanto maior for o grau de não satisfação o de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância de satisfação do outro.”³⁵⁸ Por meio de sopesamento, no qual nenhum dos princípios parte com precedência sobre o outro, se decidirá qual interesse deve ceder, observando-se as possibilidades fáticas e jurídicas existentes. A colidência de princípios se resolverá na dimensão da aplicabilidade, preservando-se a validade das normas colidentes.

³⁵⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais** cit., p. 90-91.

³⁵⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais** cit., p. 103-106.

³⁵⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais** cit., p. 92-93.

³⁵⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais** cit., p. 95-96.

³⁵⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais** cit., p. 167.

Em remate, para o jurista germânico, apenas princípios se prestam à ponderação.³⁵⁹ No entanto, importante registrar, a bem da completude, que as considerações de ROBERT ALEXY vêm sendo objeto de reiteradas críticas pela doutrina.

HUMBERTO ÁVILA, a par de rejeitar a tipologia dual entre regras e princípios proposta por ALEXY,³⁶⁰ admite a possibilidade de ponderar regras:

“(…) O modo de aplicação das espécies normativas, se ponderação ou subsunção, não é adequado para diferenciá-las, na medida em que toda norma jurídica é aplicada mediante um processo de ponderação. As regras não fogem a esse padrão, na medida em que se submetem tanto a uma ponderação interna quanto a uma ponderação externa: sofrem uma ponderação interna porque a reconstrução do conteúdo semântico da sua hipótese e da finalidade que lhe é subjacente depende de um confronto entre várias razões em favor de alternativas interpretativas (exemplo: uma definição do sentido de *livro* para efeito de determinação do aspecto material da regra de imunidade); submetem-se a uma ponderação externa nos casos em que duas regras, abstratamente harmoniosas, entram em conflito diante do caso concreto sem que a solução para o conflito envolva a decretação de invalidade de uma das duas regras (exemplo: uma regra que determina a concessão da antecipação de tutela para evitar dano irreparável e outra regra que proíbe a antecipação se ela provocar despesas para a Fazenda Pública). É inapropriado, por isso, fazer uma distinção entre as espécies normativas com base em propriedades comuns às espécies diferenciadas – a ponderabilidade e a superabilidade.”³⁶¹

Além de controverter o método de aplicação, HUMBERTO ÁVILA considera impróprio tomar por critério de distinção o método de solução de antinomias:

“O mesmo ocorre com relação ao método de solução de antinomias. Embora o conflito entre regras resolva-se, normalmente, com a decretação de invalidade de uma delas, nem sempre isso ocorre, podendo ser constatados conflitos entre regras com as mesmas características dos conflitos entre princípios – concretos, contingentes e no plano da eficácia. Por esse motivo, descabe fundar uma distinção entre as espécies normativas no modo de solução de antinomias se ele, em vez de estremá-las, termina aproximando-as em alguns casos.”³⁶²

ANA PAULA DE BARCELLOS igualmente não afasta as regras da ponderação, ainda que em hipóteses mais restritas que HUMBERTO ÁVILA. Para a professora carioca, em duas situações extremadas seria possível ponderar regras: (1) no caso em que a incidência

³⁵⁹ Na doutrina brasileira, idêntico posicionamento é firmado por LUÍS VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA (SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 47-48).

³⁶⁰ A proposta de classificação em três espécies formulada por HUMBERTO ÁVILA é útil e será acolhida no desenvolvimento do tema: “As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisa a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária a sua promoção. (...) Os postulados normativos são normas imediatamente metódicas, que estruturam a interpretação e aplicação de princípios e regras mediante a exigência, mais ou menos específica, de relações entre elementos com base em critérios” (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios...** cit., p. 193-194).

³⁶¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios...** cit., p. 88

³⁶² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios...** cit., p. 88-89.

da regra produz uma situação injusta e inadequada;³⁶³ e (2) no caso de colisão de regras insuperável por qualquer das técnicas tradicionais de resolução de antinomias.³⁶⁴

Por seu turno, JOSÉ MARIA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, após reconhecer a adequação da doutrina do jurista germânico às proposições firmadas pelo Tribunal Constitucional espanhol em matéria de direitos fundamentais, rechaça a natureza qualitativa entre regras e princípios³⁶⁵ e afasta a distinção categorial entre subsunção e ponderação como métodos de aplicação do direito.³⁶⁶

3.4.3 Os objetos passíveis de ponderação: valores, interesses, direitos e bens jurídicos

É usual na doutrina delimitar o método de aplicação do direito em razão do objeto de sopesamento. Nesta senda, para referir-se à ponderação, recorrem os doutrinadores às expressões *ponderação de valores*,³⁶⁷ *ponderação de interesses*,³⁶⁸ *ponderação de direitos*³⁶⁹ e *ponderação de bens jurídicos*.³⁷⁰

Os valores constituem ideais de conduta social e individual, marcados por determinadas coordenadas de tempo e espaço.³⁷¹ As normas jurídicas não são proposições

³⁶³ “Em suma: afora o uso da equidade, que em qualquer caso respeita as possibilidades semânticas do texto, o intérprete apenas poderá deixar de aplicar uma regra por considerá-la injusta se demonstrar uma de duas situações: (i) que o legislador, ao disciplinar a matéria, não anteviu a hipótese que agora se apresenta perante o intérprete: imprevisão; ou (ii) que a incidência do enunciado normativo à hipótese concreta produz uma norma inconstitucional, de tal modo que, ainda que o legislador tenha cogitado do caso concreto, sua avaliação deve ser afastada por incompatível com a Constituição” (BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional** cit., p. 221).

³⁶⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional** cit., p. 212.

³⁶⁵ “A mi juicio, por hablar en la terminología aquí impuesta, hay principios, hay reglas, hay normas que son predominantemente principios y normas que son predominantemente reglas, etc. En una palabra, no hay una diferencia cualitativa entre principios y reglas” (SANTIAGO, José Maria Rodríguez de. **La ponderación de bienes e intereses...** cit., p. 47).

³⁶⁶ “Hay normas que se pueden aplicar mediante un procedimiento sencillo de subsunción y otras que remiten, fundamentalmente, a una ponderación. Pero también debe haber ponderación en la aplicación de normas que, según la terminología que acaba de exponerse, deberían con claridad calificarse como reglas; así, por ejemplo, en determinados supuestos de aplicación de conceptos normativos indeterminados (uno de los casos de lo que se ha denominado programa normativo condicional) (...)” (SANTIAGO, José Maria Rodríguez de. **La ponderación de bienes e intereses...** cit., p. 47-48).

³⁶⁷ Cf. BARROSO, Luís Roberto. Direitos fundamentais, colisão e ponderação de valores. **Temas de Direito Constitucional**. Vol. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 519-535.

³⁶⁸ Cf. SARMENTO, Daniel. **Ponderação de interesses na Constituição Federal** cit., p. 102.

³⁶⁹ Cf. CARDOZO, Teodomiro Noronha. O princípio da proporcionalidade (*verhältnismässigkeitsprinzip*) e a ponderação de direitos fundamentais: análise de um caso concreto submetido ao tribunal constitucional da Alemanha. **Revista da Esmape**. Recife: Esmape, v. 13, p. 535-547, jan./jun. 2008, p. 535-547.

³⁷⁰ Cf. SANTIAGO, José Maria Rodríguez de. **La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo**. Madrid: Marcial Pons, 2000.

³⁷¹ Cf. AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução** cit., p. 13-14.

imparciais, mas se destinam à realização dos valores eleitos pela comunidade. Em si considerado, valor é um conceito pertencente ao âmbito axiológico, utilizado para realizar aferições de situações ou coisas, qualificando-as como boas ou más.³⁷² É passível de ponderação, na medida em que reconduzido a uma norma impositiva que tenha o caráter de princípio.³⁷³

Interesse é a necessidade humana por bens materiais ou imateriais que se constituem em razão para agir.³⁷⁴ Evidencia um querer algo. Note-se que há direitos que não são tutelados pelo ordenamento jurídico. Mas, quando contraposto a outro querer, também tutelado por norma jurídica qualificada como princípio, reclama a ponderação.³⁷⁵

Bem jurídico representa tudo quanto possui valor e é apto a realizar uma necessidade humana.³⁷⁶ Admite-se a ponderação entre bens quando tutelados por normas classificadas como princípios.³⁷⁷

Direito é um signo polissêmico. Toma-se, aqui, como tradução do direito subjetivo, para significar o poder que a ordem jurídica confere a alguém de agir ou de exigir de outrem determinado comportamento. É passível de ponderação, na medida em que admitida a existência de colisão ou concorrência de direitos de outrem, sem a viabilidade do exercício pleno simultâneo e com necessidade de relativização para aplicação.

Qualquer objeto pode sujeitar-se à ponderação, desde que encontre suporte em normas constitucionais que estabeleçam que algo deve ser realizado na maior medida possível depois de consideradas as possibilidades fáticas e jurídicas, isto é, desde que veiculado por normas qualificadas como princípio, na exata compreensão da doutrina de ALEXY.³⁷⁸

³⁷² “Logo se vê que os princípios, embora relacionados a valores, não se confundem com eles. Os princípios relacionam-se aos valores na medida em que o estabelecimento de fins implica qualificação positiva de um estado de coisas que se quer promover. No entanto, os princípios afastam-se dos valores porque, enquanto os princípios se situam no plano deontológico e, por via de consequência, estabelecem a obrigatoriedade de adoção de condutas necessárias à promoção gradual de um estado de coisas, os valores situam-se no plano axiológico ou meramente teleológico e, por isso, apenas atribuem uma qualidade positiva a determinado elemento” (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios...** cit., p. 80) .

³⁷³ Cf. SANTIAGO, José Maria Rodríguez de. **La ponderación de bienes e intereses...** cit., p. 56-57.

³⁷⁴ Cf. AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução** cit., p. 156.

³⁷⁵ Cf. SANTIAGO, José Maria Rodríguez Santiago. **La ponderación de bienes e intereses...** cit., p. 57.

³⁷⁶ Cf. AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução** cit., p. 300-302.

³⁷⁷ Cf. SANTIAGO, José Maria Rodríguez de. **La ponderación de bienes e intereses...** cit., p. 58.

³⁷⁸ Cf. SANTIAGO, José Maria Rodríguez de. **La ponderación de bienes e intereses...** cit., p. 55-58.

3.4.4 Ponderação e interpretação

Ponderação e interpretação não se confundem, apesar de interagirem. Interpretar constitui a tarefa de construção do conteúdo de significação dos enunciados prescritivos. Ponderar é a atividade de determinar a norma cabível ao fato concreto mediante procedimento estruturado para resolver um conflito.³⁷⁹ J. J. GOMES CANOTILHO pontua a referida distinção:

“Em muitas propostas metodológicas, a ponderação é apenas um elemento do procedimento da interpretação/aplicação de normas conducente à atribuição de um significado normativo e à elaboração de uma norma de decisão. Aqui o **balancing process** vai recortar-se em termos autónomos para dar relevo à ideia de que no momento da ponderação está em causa não tanto atribuir um *significado normativo* ao texto da norma, mas sim equilibrar e ordenar bens conflitantes (ou, pelo menos, em relação de tensão) num determinado caso. Neste sentido, o balanceamento de bens situa-se a jusante da interpretação. A actividade interpretativa começa por uma reconstrução e qualificação dos interesses ou bens conflitantes procurando, em seguida, atribuir um sentido aos textos normativos e aplicar. Por sua vez a ponderação visa elaborar critérios de ordenação para, em face dos dados normativos e factuais, obter a solução justa para o conflito de bens.”³⁸⁰

Do ponto de vista relacional, alguns postulados de interpretação constitucional tendem a afastar o recurso à ponderação. O postulado da unidade da Constituição orienta o hermeneuta a determinar o conteúdo da norma constitucional como parte integrante de um todo harmônico, sem contradições.³⁸¹ O postulado do efeito integrador determina ao intérprete o dever de atribuir à norma constitucional o significado que reforce a integração política e social.³⁸² O postulado da concordância prática ou harmonização impõe ao exegeta coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, de molde a evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros.³⁸³ O resultado do processo de interpretação propende,

³⁷⁹ OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO também oferece distinção didática: “*Hermenêutica* é a teoria relativa à apuração dos sentidos dos textos legais. Compreende a sistematização teórica dos princípios a serem utilizados na descoberta do significado dos textos legais. A *interpretação* é a prática desses princípios, isto é, a própria utilização dos processos adequados para tanto, valendo-se da orientação teórica, fornecida por aquela, na descoberta do pensamento que se enclausura na letra da lei. A *aplicação* consiste no enquadramento da norma jurídica e dos atos jurídicos decorrentes no caso concreto sob apreciação, de modo a fazer a tese constante da lei incidir sobre a hipótese específica, a fim de verificar se se acha por ela envolvida, e tirar as consequências que então defluem. Para isso se vale o aplicador do direito da teoria da Hermenêutica e dos processos de interpretação das normas jurídicas. Não se confunde, portanto, a interpretação com a aplicação do direito. A aplicação pressupõe sempre a interpretação (...)” (BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de Direito Administrativo** cit., p. 401-402). No mesmo sentido, AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução** cit., p. 85; GUASTINI, Riccardo. Os princípios constitucionais como fonte de perplexidade. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; OLIVEIRA, Elton Somensi (org.). **Correntes Contemporâneas do Pensamento Jurídico**. São Paulo: Manole, 2010, p. 51.

³⁸⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional...** cit., p. 1237.

³⁸¹ Cf. TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de Direito Constitucional** cit., p. 275-276.

³⁸² Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional...** cit., p. 1224.

³⁸³ Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional...** cit., p. 1225.

portanto, a harmonizar os enunciados em tensão, mediante singela delimitação do significado do texto.

Haverá hipóteses, entretanto, em que o processo de interpretação não será suficiente para harmonizar as normas em conflito, ainda que conduzido pelos postulados de concreção da Constituição. Nestes casos, reclama-se a elaboração de norma de precedência, afastando-se a incidência, total ou parcial, de princípio contraposto. A ponderação presta-se como técnica de aplicação do direito necessário à definição e à fundamentação da norma de precedência, sem prescindir da prévia interpretação dos princípios envolvidos. Por consequência, a técnica de aplicação leva em conta a interpretação e com ela interage, para resolver o conflito posto.³⁸⁴

3.4.5 O objetivo da ponderação: resposta constitucionalmente adequada

Grande celeuma instaurou-se na doutrina acerca do resultado viável da ponderação. RONALD DWORKIN, amparado na idealização do juiz Hércules e na concepção do direito como um conjunto integrado pela Ética e pela Política, entende possível encontrar a única resposta correta que a controvérsia comporta, após compreender todos os meandros fáticos e jurídicos existentes no caso concreto.³⁸⁵

Em contrariedade ao entendimento firmado por DWORKIN, ROBERT ALEXY rejeita a possibilidade de alcançar uma única resposta correta para o problema instaurado entre princípios, em razão da impossibilidade de preestabelecer todas as relações de

³⁸⁴ Acerca da relação entre interpretação e ponderação, pontua com precisão DAVID MARTINEZ ZORRILLA: “Estrictamente hablando, los pasos lógicamente a seguir son, por este orden: 1) interpretación de las disposiciones para obtener las normas, que establecen consecuencias normativas incompatibles; 2) subsunción de un supuesto de hecho (caso) en dichas normas; 3) ponderación para resolver el conflicto” (ZORRILLA, David Martínez. **Conflictos constitucionales...** cit., p. 86).

³⁸⁵ A tese é defendida por RONALD DWORKIN na obra *Levando os direitos a sério*, especialmente no capítulo 13: “Neste último capítulo, devo defender os argumentos do livro contra uma objeção bastante disseminada e, se bem-sucedida, destrutiva. Meus argumentos pressupõem que frequentemente há uma única resposta certa para questões complexas de direito e moralidade política. A objeção replica que às vezes não há uma única resposta certa, mas somente respostas” (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2010, p. 429). PAULO GUSTAVO GONET BRANCO condensa a proposta do professor de Nova Iorque: “Para Dworkin, seria possível, com base na sua concepção de princípios, ao contrário do que pressupõem os positivistas, encontrar a única resposta correta. Dworkin assume que o Direito é mais do que a totalidade das regras legisladas, sendo composto, igualmente, por princípios supralegais. Dessa premissa, parte para a tarefa de demonstrar que o sistema de princípios a que se apegamos é capaz de gerar não soluções diversas igualmente válidas – o que levaria ao discricionarismo forte, que condena –, mas uma única solução correta. Havendo a possibilidade de se alcançar a única resposta correta, estaria desautorizada a discricionariedade forte, tida como inevitável pelos positivistas” (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação...** cit., p. 148-149).

prioridade entre as normas colidentes.³⁸⁶ Reconhece que, diante da inexistência de resposta predeterminada ao problema jurídico, “(...) resta ao intérprete um campo de ação em que se tem de escolher entre várias soluções, a partir de normas jurídicas, regras metodológicas e enunciados de sistemas jurídicos não determinados ulteriormente.”³⁸⁷ Partindo de tal constatação, reúne esforços para formular uma teoria de fundamentação jurídica que sirva de critério para alcançar uma deliberação racionalmente desenvolvida e controlável, sem a pretensão de obter certeza de correção absoluta.

O presente estudo parte da premissa de que não é possível exigir uma única resposta correta. Duas razões justificam a conclusão.

A primeira razão relaciona-se à parcial indeterminação inerente à interpretação das normas. O próprio conteúdo da norma-princípio não é extraído de um raciocínio meramente dedutivo. Há muito restou superado no direito o pensamento da subsunção lógica como recurso adequado à concreção da única resposta correta ou justa, pré-concebida pela lei, produto dos legisladores, sem interferência da vontade do jurista.³⁸⁸ Tornou-se evidente que a interpretação do direito tem como pressuposto a criatividade do juiz, sendo impossível eliminar por completo a subjetividade.³⁸⁹ A teoria do cognitivismo contemporâneo da lei reconhece que a linguagem jurídica apresenta em seu significado um núcleo de certeza e uma zona de penumbra ou textura aberta, âmbito no qual o aplicador possui certa margem de manobra criativa.³⁹⁰

³⁸⁶ Cf. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação...** cit., p.158.

³⁸⁷ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica.** Trad. ZILDA HUTCHINSON SCHILD SILVA. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 23.

³⁸⁸ Era a visão da denominada *teoria formalista*, própria das doutrinas do Iluminismo, descrita em GUASTINI, Riccardo. **Interpretación, Estado y Constitución** cit., p. 190.

³⁸⁹ Remonta a HANS Kelsen a constatação da existência de um espaço de movimentação criativo do aplicador para extrair o significado da norma: “Daí resulta que todo o ato jurídico em que o Direito é aplicado, quer seja um ato de criação jurídica quer seja um ato de pura execução, é, em parte, determinado pelo Direito e, em parte, indeterminado. A indeterminação pode respeitar tanto ao fato (pressuposto) condicionante como à consequência condicionada. (...) Se por ‘interpretação’ se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é *a* norma individual, mas apenas que é *uma* das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral” (Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito** cit., p. 388-391).

³⁹⁰ Cf. GUASTINI, Riccardo. **Interpretación...** cit., p. 191.

A segunda razão concerne ao estabelecimento da hierarquia dos princípios em conflito. Isto porque a importância dos princípios em colisão não é estabelecida por uma escala matemática precisa ou por método de mensuração exato, do qual sempre decorrerá uma solução necessária. Neste aspecto, a solução da controvérsia é juridicamente indeterminada e demanda um ato de vontade/escolha do aplicador do Direito.³⁹¹

Todavia é essencial anotar que as duas razões invocadas não permitem ao aplicador obrar em uma atividade livre e totalmente desvinculada.

No respeitante à interpretação das normas, notadamente em relação à referida zona de penumbra, existe um limite intransponível imposto pelo próprio objeto da cognição, que não pode ser de qualquer modo eliminado pela vontade do aplicador. Com efeito, o julgador não pode decidir com fundamento em critério próprio, mas está adstrito por uma moldura dentro da qual se circundam as resoluções viáveis do caso concreto. Não se perfaz uma vinculação estrita à literalidade da lei, mas sim ao ordenamento jurídico em seu conjunto.

Sobre os limites da interpretação constitucional, anota ELIVAL DA SILVA RAMOS:

“(…) Ao contrário do legislador que dispõe de ampla (porém, não irrestrita) liberdade de conformação, o exegeta está confinado aos limites do texto interpretando, com sua história e inserção sistêmica, não sendo admissível sua atualização sob enfoque axiológico que esteja em descompasso com os valores consagrados em normas-princípio incidentes na espécie. O labor interpretativo é de cunho eminentemente jurídico, contando com metodologia consagrada pela comunidade acadêmica e exigindo, mesmo fora dos domínios da aplicação oficial do direito, ampla e convincente justificação, sob pena de se revelar totalmente infrutífero.”³⁹²

Na obra de ELIVAL DA SILVA RAMOS, o assunto ainda é tratado sob o viés da contenção dos poderes do juiz. Para o referido autor, para que não exista desbordamento das funções próprias do Poder Judiciário, é necessário que a interpretação guarde *aderência* à textualidade do dispositivo aplicado:

“O primeiro e principal desses parâmetros consiste na exigência de que toda e qualquer interpretação constitucional seja compatível com a amplitude de sentidos projetada pelo texto da norma.

Se a interpretação-aplicação de natureza jurídica consiste na construção de normas reguladoras de conduta a partir de textos prescritivos, que vinculam a atividade do intérprete-aplicador é absolutamente inaceitável que a norma por este concretizada não revele aderência à textualidade do dispositivo aplicado. O texto normativo é, pois, ao mesmo tempo, o ponto de partida do processo hermenêutico e o mais expressivo balizador da adequação de seus resultados.”³⁹³

³⁹¹ Cf. SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 56.

³⁹² RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil...** cit., p. 451.

³⁹³ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 168.

No respeitante à hierarquia dos princípios, a decisão de prevalência igualmente não pode ser impregnada de intuicionismo ou arbitrariedade, parametrizada apenas com a vontade pessoal do julgador. A preocupação deve estar centrada, pois, na redução do subjetivismo e da discricionariedade judicial inerente à ponderação. É a constatação de JORGE REIS NOVAIS:

“Assim, mais importante que discutir se os tribunais podem proceder a ponderações – já que elas são inevitáveis – é considerar a forma como essas ponderações se devem processar num quadro de necessária garantia de previsibilidade, estabilidade e igualdade, precisando os critérios que devem orientar os juízes na selecção e valoração dos factores relevantes e estruturando, mesmo se implicitamente, os vários *tests* aplicáveis aos diferentes tipos de casos como forma de limitar, enquadrar e reduzir a discricionariedade judicial nos procedimentos de ponderação e aplicação de regras gerais.”³⁹⁴

Nesse contexto, ROBERT ALEXY é digno de menção. O jurista germânico engendrou várias regras e procedimentos destinados a garantir a racionalidade da argumentação jurídica. Almejou, assim, coibir que a atividade do intérprete ficasse cerrada em valores subjetivos e arbitrários.

A redução do subjetivismo judicial na ponderação socorre-se de três mecanismos, todos voltados ao estabelecimento de critérios racionais de decidibilidade: (1) a construção de uma metodologia bem estruturada de definição do direito aplicável; (2) a exigência de argumentação jurídica consistente escorada no ordenamento jurídico, não meramente opinativa; e (3) a determinação precisa do conteúdo semântico das normas constitucionais envolvidas no sopesamento.³⁹⁵

Os mecanismos serão objeto de desenvolvimento nos itens subsequentes.

3.4.6 Ponderação e metodologia: o *iter* procedimental

Acaso admitida sem o necessário balizamento objetivo, a ponderação poderá dar ensejo à determinação de prevalência de interesse constitucional vincada exclusivamente pela arbitrariedade ou pelo pré-conceito do julgador. Nesta toada, revela-se incompatível com a proposta de Estado Democrático de Direito a elaboração de normas de decisão fundadas exclusivamente na vontade do aplicador, sem demonstrar escoramento necessário nos valores postos na Constituição vigente. Por isto, na esteira das objeções de

³⁹⁴ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais...** cit., p. 695.

³⁹⁵ Sobre a relação entre o controle da racionalidade do discurso jurídico e a legitimidade da decisão proferida, BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LEITE, George Salomão (coord.) **Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008, p. 81.

J. J. GOMES CANOTILHO, a ponderação não pode servir como modelo de abertura para uma justiça casuística, impressionista ou de sentimentos.³⁹⁶

Com o intuito de minorar a arbitrariedade e a discricionariedade judicial, é possível conferir racionalidade e objetividade ao método de ponderação, mediante estruturação de um procedimento adequado, marcado por etapas definidas e fundamentadas, que evidencie o modo como é tomada a decisão de prevalência de um princípio sobre outro.³⁹⁷ Note-se que, através da exposição do método adotado, será possível distinguir a decisão racional, tomada em atenção aos marcos constitucionais, das decisões de prevalência adotadas com fundamento no mero intuicionismo ou no subjetivismo dissociado da Constituição.

Estimar um método capaz de conter o arbítrio por ocasião do recurso à ponderação tem sido preocupação constante da doutrina nacional e alienígena. Neste intento, HUMBERTO ÁVILA propõe um método fundado em três fases:

“A primeira delas é a da *preparação da ponderação* (*Abwägungsvorbereitung*). Nessa fase devem ser analisados todos os elementos e argumentos, o mais exaustivamente possível. É comum proceder-se a uma ponderação sem indicar, de antemão, o que, precisamente, está sendo objeto de sopesamento. Isso, evidentemente, viola o postulado científico da explicitude das premissas, bem como o princípio jurídico da fundamentação das decisões, ínsito ao conceito de Estado de Direito.

A segunda etapa é a da *realização da ponderação* (*Abwägung*) em que se vai fundamentar a relação estabelecida entre os elementos objeto de sopesamento. No caso da ponderação de princípios, essa deve indicar a relação de primazia entre um e outro.

A terceira etapa é a da *reconstrução da ponderação* (*Rekonstruktion der Abwägung*), mediante a formulação de regras de relação, inclusive de primazia entre os elementos objeto de sopesamento, com a pretensão de validade para além do caso.”³⁹⁸

ANA PAULA DE BARCELLOS propôs igualmente um procedimento estruturado em três etapas distintas:

³⁹⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional...** cit., p. 1238.

³⁹⁷ ANA PAULA DE BARCELLOS relaciona o método ao controle do subjetivismo: “(...) em um Estado de Direito, republicano e democrático, as decisões judiciais devem vincular-se ao sistema jurídico de forma mais racional e consistente possível, e o processo de escolhas que conduz a essa vinculação deve ser explicitamente demonstrado. Aprimorar a consistência metodológica da técnica da ponderação e construir parâmetros jurídicos capazes de orientar seu emprego são esforços dogmáticos que podem contribuir, em primeiro lugar, para que a vinculação ao sistema das decisões que empregam essa técnica seja juridicamente mais consistente e mais racional. Em segundo lugar, e aqui apenas de forma indireta, a ordenação objetiva e clara das etapas a serem percorridas pelo intérprete no uso da ponderação poderá facilitar a demonstração pública do processo decisório no momento da motivação” (BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional** cit., p. 48). JOSÉ MARIA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO considera o método rigoroso e disciplinado fator elisivo das pechas de fórmula mágica carente de racionalidade e de expediente irracional atribuídas à ponderação (SANTIAGO, José Maria Rodríguez de. **La ponderación de bienes e intereses...** cit., p. 117). JORGE REIS NOVAIS alcança conclusão semelhante, ao propugnar a necessidade de reforçar a fundamentação e instituir mecanismos de controle dos procedimentos ligados à ponderação (NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais...** cit., p. 722-723).

³⁹⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios...** cit., p. 156-157.

“A proposta concebe a aplicação da ponderação como um processo composto de três etapas sucessivas, que podem ser identificadas, muito resumidamente, nos seguintes termos. Na primeira delas, caberá ao intérprete identificar todos os enunciados normativos que aparentemente se encontram em conflito ou tensão e agrupá-los em função da solução normativa que sugerem para o caso concreto. A segunda etapa ocupa-se de apurar os aspectos de fato relevantes e sua repercussão sobre as diferentes soluções indicadas pelos grupos formados na etapa anterior. A terceira fase é o momento da decisão: qual das soluções deverá prevalecer? E por quê? Qual a intensidade da restrição a ser imposta às soluções preteridas, tendo em conta, tanto quanto possível, a produção da concordância prática de todos os elementos normativos em jogo? (...)”³⁹⁹

JOSÉ MARIA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO engendra o procedimento em metodologia parelha:

“(…) la ponderación es un método en el que se procede a través de tres fases sucesivas: se trata, en primer término, de identificar los principios (valores, bienes, intereses) en conflicto; en segundo lugar, debe atribuirse a cada uno de ellos el peso o la importancia que le corresponda, en atención a las circunstancias del caso; y, por último, hay que decidir sobre la prevalencia de uno (o unos) sobre el otro (o los otros).”⁴⁰⁰

Apesar das distinções de fases entre as propostas doutrinárias apresentadas, é possível concluir a necessidade de realizar três atos distintos durante o procedimento: (1) a identificação dos princípios em conflito; (2) a aferição dos aspectos relevantes da hipótese de fato; e (3) a elaboração da norma de decisão, orientada por critérios de ordenamento do sopesamento (v.g. os postulados normativos da proporcionalidade e da isonomia).

3.4.6.1 A identificação dos princípios em conflito

Como procedimento destinado ao estabelecimento de uma preferência em favor de um dos elementos em conflito, o ato inaugural da ponderação consiste na indicação precisa das normas que determinam consequências jurídicas contraditórias diante da mesma situação de fato.⁴⁰¹

Mais que a própria indicação das normas, o primeiro passo da ponderação consiste em verificar se à hipótese de fato examinada resultam aplicáveis os princípios em questão. Para que exista ponderação, é necessário que uma hipótese de fato seja suscetível de subsunção a duas normas que preconizem consequências jurídicas incompatíveis. Assim, a tarefa inicial perpassa por uma *subsunção* de uma situação de fato a duas normas jurídicas, conforme acentua LUIS PRIETO SANCHÍS:

³⁹⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional** cit., p. 91-92.

⁴⁰⁰ SANTIAGO, José Maria Rodríguez de. **La ponderación de bienes e intereses...** cit., p. 121.

⁴⁰¹ “Parece natural que a *primeira etapa* da ponderação consista exatamente em identificar os enunciados normativos aparentemente em conflito; afinal, esta é a circunstância que justifica o recurso à técnica da ponderação” (BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional** cit., p. 92).

“Suele decirse que la ponderación es el método alternativo a la subsunción: las reglas serían objeto de subsunción, donde, comprobado el encaje del supuesto fáctico, la solución normativa viene impuesta por la regla; los principios, em cambio, serían objeto de ponderación, donde esa solución es construída a partir de razones en pugna. Ello es cierto, pero no creo que la ponderación constituya una alternativa a la subsunción, diciendo algo así como que el juez ha de optar entre un camino u otro. A mi juicio, operan en fases distintas de la aplicación del Derecho; es verdad que si no existe un problema de principios, el juez se limita a subsumir el caso en el supuesto o condición de aplicación descrito por la ley, sin que se requiera ponderación alguna. Pero cuando existe un problema de principios y es preciso ponderar, no por ello queda arrinconada la subsunción; al contrario, el paso previo a toda ponderación consiste en constatar que en el caso examinado resultan relevantes o aplicables dos principios en pugna. En otras palabras, antes de ponderar es preciso ‘subsumir’, constatar que el caso se halla incluido en el campo de aplicación de los dos principios. (...)”⁴⁰²

Especial relevância guarda essa fase de identificação dos princípios aplicáveis, nomeada como *topografia do conflito* por J. J. GOMES CANOTILHO.⁴⁰³ Atendida a identificação dos princípios em controvérsia, será possível delimitar a efetiva esfera de proteção das normas e aferir em qual medida uma esfera sobrepõe a outra. Tal tarefa permitirá excluir desde logo uma hipótese de fato não enquadrada no âmbito de proteção da norma constitucional⁴⁰⁴ ou, ainda, alcançar uma solução harmonizadora, ditada pelo princípio da unidade da Constituição.⁴⁰⁵

3.4.6.2 As circunstâncias da hipótese de fato

Após selecionar os textos normativos aptos a regular o caso concreto, a importância ou o peso de cada um será determinado em consideração de todas as circunstâncias relevantes encontradas na hipótese de fato submetida à jurisdição. Por consequência, na segunda fase do procedimento de ponderação, como providência preparatória da decisão, incumbirá ao intérprete aferir os aspectos relevantes da situação concreta e a sua relação com o contexto social.⁴⁰⁶

⁴⁰² SANCHÍS, Luís Prieto. **Justicia Constitucional y derechos fundamentales** cit., p. 192-194.

⁴⁰³ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional...** cit., p. 1239.

⁴⁰⁴ A respeito da possibilidade de o conflito ser excluído já na primeira fase da ponderação, mediante verificação da não efetiva subsunção da hipótese de fato à esfera de proteção de uma das normas constitucionais colidentes, CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional...** cit., p. 1239; BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional** cit., p. 97.

⁴⁰⁵ Sobre a necessidade de buscar a prévia conciliação entre normas constitucionais aparentemente conflitantes, em atenção ao princípio da unidade, SARMENTO, Daniel. **Ponderação de interesses na Constituição Federal** cit., p. 99-100.

⁴⁰⁶ Isso porque a solução do conflito é cambiante de acordo com as vicissitudes do caso concreto, conforme observa DANIEL SARMENTO: “Na verdade, o peso genérico é apenas indiciário do **peso específico** que cada princípio vai assumir na resolução do caso concreto. Este só pode ser aquilatado em face do problema a ser solucionado. Ele dependerá da intensidade com que estiverem afetados, no caso, os interesses tutelados por cada um dos princípios em confronto. Assim, o nível de restrição de cada interesse será inversamente

HUMBERTO ÁVILA destaca a relevância das circunstâncias da hipótese de fato para a aplicação dos princípios:

“(…) porque os princípios não estabelecem, de antemão, o meio de atuação do poder público, eles deixam de vincular o aplicador a uma operação de correspondência entre o conceito da hipótese normativa e o conceito dos fatos do caso. Ao invés disso, o aplicador está incumbido de fazer uma ponderação concretamente orientada entre os princípios conflitantes, ele próprio encontrando os meios adequados, necessários e proporcionais à consecução do fim cuja realização é determinada pela positividade dos princípios.”⁴⁰⁷

Mais precisamente acerca da amplitude da atividade proposta ao intérprete na segunda fase da ponderação, expõe com minúcia JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE:

“Deve ter-se em consideração, obviamente, a natureza do caso, apreciando o tipo, o conteúdo, a forma e as demais circunstâncias objectivas do facto conflictual, isto é, os aspectos relevantes da situação concreta em que se tem de tomar uma decisão jurídica – em vista da finalidade e a função dessa mesma decisão.

Deve-se ainda ter-se em atenção, porque estão em jogo bens pessoais, a condição e o comportamento das pessoas envolvidas, que podem ditar soluções específicas, sobretudo quando o conflito respeite a conflito entre direitos sobre bens e liberdades.”⁴⁰⁸

Cumprido esclarecer que, ainda que realizado de modo abstrato, no qual as questões de direito são primordiais, o controle de constitucionalidade não prescinde da verificação de elementos factuais. Nesta empreitada, a relevância dos aspectos da hipótese de fato é determinada pelo senso comum da sociedade ou em razão da existência de disposições normativas que permitam esta qualificação.⁴⁰⁹

3.4.6.3 A decisão

proporcional ao peso específico que se emprestar, no caso, ao princípio do qual ele se deduzir, e diretamente proporcional ao peso que se atribuir ao princípio protetor do bem jurídico concorrente. O grau de compressão a ser imposto a cada um dos princípios em jogo na questão dependerá da intensidade com que o mesmo esteja envolvido no caso concreto. A solução do conflito terá de ser casuística, pois estará condicionada pelo modo com que se apresentarem os interesses em disputa, e pelas alternativas pragmáticas viáveis para o equacionamento do problema” (SARMENTO, Daniel. **Ponderação de interesses na Constituição Federal** cit., p.104-105).

⁴⁰⁷ ÁVILA, Humberto. Princípios e regras e a segurança jurídica. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, v. 1, p. 189-206, jan./mar. 2006, p. 197.

⁴⁰⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976** cit., p. 328.

⁴⁰⁹ Para melhor compreensão, extrai-se exemplo da doutrina de ANA PAULA DE BARCELLOS: “Com fundamento apenas no senso comum, e considerando a realidade brasileira, a cor dos cabelos do indivíduo será irrelevante para a decisão acerca da maior ou menor proteção de sua vida privada, quando este bem esteja em confronto, *e.g.*, com a liberdade de imprensa. Já mesclando o senso comum com fundamentos jurídicos, a solução desse mesmo conflito normativo será certamente influenciada pelo fato de a pessoa envolvida ser, *e. g.* titular de um mandato eletivo, de modo que este será agora um aspecto de fato relevante. As disposições normativas que tratam da democracia, da obrigação de prestar contas por parte dos agentes políticos e do princípio da publicidade qualificarão a circunstância como relevante nessa espécie de conflito” (BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional** cit., p. 117).

Angariados os elementos necessários para a composição da antinomia, nos âmbitos jurídico e fático, adentra o intérprete na última fase do procedimento ponderativo: a tomada de decisão sobre a prevalência de um princípio sobre o outro. Ressalte-se, assim, que o escopo da presente fase é conformar um juízo de peso e não um juízo de validade, de modo que o resultado não afetará a validade do princípio cujo âmbito de eficácia restar atingido.

Para determinar o conteúdo da decisão, a ponderação revela-se insuficiente. A despeito de servir com perfeição à orientação e à fiscalização da racionalidade da decisão judicial, a relevante técnica de organização do pensamento e do processo decisório não apresenta os parâmetros necessários para estabelecer uma preferência condicionada entre os princípios em cizânia.⁴¹⁰

É verdade que o raciocínio da ponderação estrutura-se sobre a denominada *lei de ponderação*, cujo enunciado determina que “quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, maior terá que ser a importância da satisfação do outro.”⁴¹¹ Entretanto, referido raciocínio também ainda não é suficiente para ditar critério seguro para a decisão de prevalência, conforme assegura JOSÉ MARIA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO: “Esta ‘ley de la ponderación’, como se ha dicho, no supone criterio alguno con el que, en la generalidad de los casos, se llegue a soluciones por vía lógico-deductiva, ni contiene en sí contenido material con ayuda del cual se pueda decidir (...)”⁴¹²

Para o método de ponderação ser útil ao Direito, devem-se-lhe agregar outros critérios que auxiliem o intérprete na tarefa de determinar a prevalência de um princípio sobre o outro, em atenção às vicissitudes do caso concreto. É o que se observa da proposta de HUMBERTO ÁVILA:

“A *ponderação de bens* consiste num método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam, sem referência a pontos de vista materiais que orientem esse sopesamento. Fala-se, aqui e acolá, em ponderação de bens, de valores, de princípios, de fins, de interesses. Para este trabalho é importante registrar que a ponderação, sem uma estrutura e sem critérios materiais, é instrumento pouco útil para a aplicação do Direito. É preciso estruturar a ponderação com a inserção de critérios. Isso fica evidente quando se verifica que os estudos sobre a ponderação invariavelmente procuram estruturar a ponderação com os postulados de razoabilidade e de proporcionalidade e de direcionar a ponderação mediante utilização dos princípios constitucionais fundamentais. Nesse aspecto, a ponderação, como mero método ou ideia geral despida de critérios formais ou materiais, é muito mais ampla que os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade.”⁴¹³

⁴¹⁰ Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional** cit., p. 124.

⁴¹¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais** cit., p. 167.

⁴¹² SANTIAGO, José Maria Rodríguez de. **La ponderación de bienes e intereses...** cit., p. 136.

⁴¹³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios...** cit., p. 155.

Com o acréscimo de critérios ao método da ponderação, externos à preferência do juiz, será possível alcançar o resultado de prevalência de forma racional, evitando a apreciação arbitrária. Ainda, dotada de tal atributo, a decisão poderá ser avaliada e controlada pela sociedade.

3.4.6.3.1 Postulado normativo aplicativo da proporcionalidade

No léxico comum, o signo *proporcionalidade* remete à ideia de conformidade entre coisas, simetria ou harmonia. Tal como concebida no vocabulário, a noção foi transposta ao direito, com o escopo de vincular um meio à determinada finalidade, coibindo eventuais excessos. Desde o início, portanto, ficou evidente a missão moderadora da proporcionalidade, destinada ao controle e à supressão do excesso durante o exercício do poder estatal.⁴¹⁴

Nessa toada, surgiu embrionariamente associada à ideia de contenção do poder monárquico, sobretudo de natureza sancionatório, ainda na Magna Carta de 1215,⁴¹⁵ e reapareceu com intensidade na Filosofia Iluminista do Século XVIII.⁴¹⁶

No século XIX, a difundida noção penal de proporcionalidade espalhou-se para o Direito Administrativo, onde e quando passou a representar um limite ao exercício do Poder Polícia em resguardo dos direitos de liberdade e propriedade do cidadão. Com o intuito de moderar o arbítrio do Estado, inicialmente na França e depois nos países

⁴¹⁴ Cf. doutrina de SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional...** cit., p. 465.

⁴¹⁵ É o que se infere do seguinte excerto: “A multa a pagar por um homem livre, pela prática de um pequeno delito, será proporcionada à gravidade do delito; e pela prática de um crime será proporcionada ao horror deste, sem prejuízo do necessário à subsistência e posição do infrator (*contenementum*); a mesma regra valerá para as multas a aplicar a um comerciante e a um vilão, ressaltando-se para aquele a sua mercadoria e para este a sua lavoura; e, em todos os casos, as multas serão fixadas por um júri de vizinhos honestos. Não serão aplicadas multas aos condes e barões senão pelos pares e de harmonia com a gravidade do delito” (Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em: 24 jan. 2012).

⁴¹⁶ Consoante doutrina de SUZANA DE TOLEDO BARROS, a proporcionalidade surge como decorrência da passagem do Estado de Polícia para o Estado de Direito: “O germe do *princípio da proporcionalidade*, pois, foi a idéia de dar garantia à liberdade individual em face dos interesses da administração. E essa consciência de que existiam direitos oponíveis ao próprio Estado e que este, por sua vez, deveria propiciar fossem tais direitos respeitados decorreu das teorias jusnaturalistas formuladas na Inglaterra dos séculos XVII e XVIII” (BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 37). Neste sentido, lastreado nos ideais iluministas, no âmbito do direito punitivo, CESARE BECCARIA preconizava que as penas deviam ser proporcionais aos delitos (BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 11. ed. Curitiba: Hemus, 2000, p. 61). Na mesma esteira, MONTESQUIEU defendia a necessidade de justa proporção das penas em relação à gravidade dos crimes (MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **O espírito das leis**. Trad. FERNANDO HENRIQUE CARDOSO e LEÔNICIO MARTINS RODRIGUES. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1995, p. 67). Por fim, ainda quanto à fixação das penas, o artigo 8º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 recomendou a observância da proporcionalidade.

vizinhos, afirmava-se a necessidade de proporcionalidade entre o fim almejado (manutenção da ordem pública) e o meio eleito para tanto (imposição restritiva de direito).⁴¹⁷

Em nível constitucional, a proporcionalidade ganhou corpo em razão do acolhimento e desenvolvimento da matéria pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão (*Bundesverfassungsgericht*). Premida pelas circunstâncias históricas, a partir da Segunda Guerra Mundial, em reação às atrocidades cometidas durante o regime nazista, a Constituição alemã de 1949 consolidou a limitação do poder constituído pelo direito natural, determinando o carácter vinculante dos direitos fundamentais. A par disso, como observa SUZANA DE TOLEDO BARROS, “o Tribunal Constitucional alemão assimilou em larga medida a preocupação com os direitos fundamentais estampada na Lei Fundamental, reconhecendo a necessidade prática de controlar as restrições legais a esses direitos no que se refere aos três aspectos: necessidade (*Erforderlichkeit*), adequação (*Geeignetheit*) e proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*) da medida restritiva.”⁴¹⁸ Daí o emprego da proporcionalidade no controle de constitucionalidade dos atos normativos, mais especificadamente daqueles que ensejavam restrições a direitos fundamentais.

Apesar da grande repercussão que ganhou o formato proposto pela doutrina e jurisprudência germânicas, em face dos posteriores desdobramentos da matéria, a proporcionalidade não ficou contida em sua linha evolutiva como técnica de controle da legislação restritiva de direitos fundamentais de liberdade e de propriedade.⁴¹⁹ Conforme

⁴¹⁷ Sobre o tema, é de grande alcance a doutrina de J. J. GOMES CANOTILHO: “A intuição da dimensão material do princípio não é nova como atrás se acentuou. Já nos séculos XVIII e XIX, ela está presente na ideia britânica de *reasonableness*, no conceito prussiano de *Verhältnismässigkeit*, na figura de *détournement du pouvoir* em França e na categoria italiana do *eccesso di potere*. No entanto, o alcance do princípio era mais o de revelação de sintomas de patologias administrativas – arbitrariedade, exorbitância de actos discricionários da administração – do que o de um *princípio material de controlo* das actividades dos poderes públicos. No pós-guerra, as potencialidades expansivas do instituto são cada vez mais sentidas pelos cidadãos e juristas comprometidos na radicação de um direito materialmente justo. Na Inglaterra, começam a confrontar-se os poderes públicos com o sentido substantivo do *manifest unreasonableness*. Na França, sujeitam-se os actos administrativos ao controlo apertado do *erreur manifeste d’appréciation*. A doutrina alemã ergue o princípio de proibição do excesso (*Übermassverbot*) a princípio constitucional e começa a controlar os actos do poder público sob o ponto de vista do princípio da proporcionalidade. Os juristas italianos procuram recortar os juízos de *manifesta illogicità*, de *congruità* e *ragionevolezza*. Através de **standards** jurisprudenciais como o da proporcionalidade, razoabilidade, proibição de excesso, é possível hoje recolocar a administração (e, de um modo geral, os poderes públicos) num plano menos sobranceiro e incontestado relativamente ao cidadão (...)” (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional...** cit., p. 268).

⁴¹⁸ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais** cit., p. 48.

⁴¹⁹ “A proporcionalidade é conceito em plena e espetacular evolução. Apesar de seu emprego ainda recente no controle jurisdicional de constitucionalidade, acha-se ele, pelo dinamismo intrínseco com que opera, fadado por sem dúvida a expandir-se, ou seja, a deixar cada vez mais o espaço tradicional, porém estreito, do Direito Administrativo, onde floresceu desde aquela máxima clássica de Jellinek de que ‘não se abatem

doutrina de ELIVAL DA SILVA RAMOS, a atual conformação da proporcionalidade admite três categorias conceituais distintas:

“Por conseguinte, no sistema jurídico-constitucional brasileiro as frequentes referências que operadores e doutrinadores fazem ao ‘princípio da proporcionalidade’ não exclui a constatação de que, sob um mesmo rótulo, se está a manipular categorias conceituais distintas. Muitas vezes, o que se tem em vista é a norma-matriz da garantia de proporcionalidade legislativa, derivada da exigência de que a legislação restritiva de direitos fundamentais observe o devido processo legal; em outras situações, trabalha-se com mero postulado hermenêutico, a orientar o intérprete-aplicador na fiscalização da constitucionalidade de leis que busquem harmonizar normas finalísticas de incidência simultânea e, por isso mesmo, aparentemente colidentes; por último, há o uso, já mencionado, da proporcionalidade enquanto modo peculiar de controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, tendo em vista o pleno acatamento dos fins que a Constituição impõe ao legislador.”⁴²⁰

WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO admite a utilização do raciocínio firmado pela proporcionalidade em diversos quadrantes do direito e em outras disciplinas:

“A idéia de proporcionalidade revela-se não só um importante – o mais importante, como em seguida proporemos – princípio jurídico fundamental, mas também um verdadeiro *topos* argumentativo, ao expressar um pensamento aceito como correto, por justo e razoável, de um modo geral, logo, de comprovada utilidade no equacionamento de questões práticas, não só do direito em seus diversos ramos, como também em outras disciplinas, sempre que se tratar da descoberta do meio mais adequado para atingir determinado objetivo.”⁴²¹

RUI MEDEIROS também defende um âmbito de aplicação mais amplo à proporcionalidade, considerando-a fator de indispensável racionalidade e princípio geral de controle da atividade estatal:

“Mas a conclusão tem um âmbito mais vasto. Como princípio da relação razoável entre meio e fim, o princípio da proporcionalidade encontra-se ligado às fórmulas mais antigas de controlo jurídico da actividade estadual com base nas teorias dos fins do Estado. Por isso, ele também se justifica ‘fora de uma perspectiva garantística como factor indispensável da racionalidade e, portanto, da justiça que constituem componentes imprescindíveis do Estado de Direito e um dos fundamentos do princípio da legalidade.’ ‘A racionalização das possibilidades de decisão deixadas de fora da margem de vinculação implica sempre o uso do esquema fim-meio, no qual o fim funciona como efeito e o meio como causa de uma relação causal hipotética’.”⁴²²

Não constituem o âmago do estudo as concepções de proporcionalidade ligadas às restrições de direitos fundamentais de liberdade e propriedade e ao controle finalístico de constitucionalidade de lei, também viáveis no Direito Brasileiro, acima aventadas. Na qualidade de cânone da interpretação constitucional, serve bem ao propósito do presente

pardais disparando canhões’, até chegar ao Direito Constitucional, cuja doutrina e jurisprudência já o consagraram” (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 402).

⁴²⁰ RAMOS, Elival da Silva. A exigência de proporcionalidade no controle abstrato... cit., p. 354.

⁴²¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Noção essencial do princípio da proporcionalidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (coord). **O processo na Constituição**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 609.

⁴²² MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade...** cit., p. 700.

trabalho a definição oferecida por HUMBERTO ÁVILA: “A proporcionalidade constitui-se em um postulado normativo aplicativo, decorrente do caráter principal das normas e da função distributiva do Direito, cuja aplicação, porém, depende do imbricamento entre bens jurídicos e da existência de uma relação meio/fim intersubjetivamente controlável.”⁴²³

Do conceito eleito, divisa-se a natureza jurídica abrigada ao instituto.⁴²⁴ Cuida-se de norma destinada a instituir metodologia ou critério de aplicação de outra norma, hábil a auxiliar o intérprete na busca da melhor solução de justiça ao caso concreto, com características distintas das regras e dos princípios.⁴²⁵ Advirta-se, entretanto, que a leitura atenta da doutrina revela que a posição não é unânime, ora atribuindo à proporcionalidade a natureza de princípio,⁴²⁶ ora arrogando-lhe a feição de regra.⁴²⁷

Concebido como postulado estruturador da aplicação de princípios, o recurso à proporcionalidade será viável sempre que caracterizado o conflito normativo e verificada a existência de uma relação de causalidade entre uma medida concreta e uma finalidade, ainda que em áreas distintas das restrições aos direitos fundamentais. Nas palavras de

⁴²³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios...** cit., p. 174.

⁴²⁴ Sobre o conceito de postulado normativo aplicativo, ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios...** cit., p. 134. A mesma natureza é admitida por PAULO ARMÍNIO TAVARES: “(...) o Princípio da Proporcionalidade exerce também uma função interpretativa, na medida em que contribui para a orientação do hermenuta na procura da solução jurídica concreta dos casos que lhe são submetidos” (TAVARES, Paulo Armínio. **O princípio da proporcionalidade e a interpretação da Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 166). DANIEL SARMENTO acentua o viés instrumental da proporcionalidade: “Dentre as múltiplas funções do princípio da proporcionalidade, destaca-se a de atuar como pauta procedimental da ponderação de interesses. Por isto, a sua análise se afigura fundamental para o desenvolvimento de nossos estudos” (SARMENTO, Daniel. **Ponderação de interesses na Constituição Federal** cit., p. 78). WILSON ANTÔNIO STEINMETZ avista a proporcionalidade como “estrutura formal de aplicação das normas-princípios” (STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 172). A doutrina de ALEXY, por fim, parece admitir o caráter procedimental/formal da proporcionalidade, ao estimá-la como método de aplicação e resolução de eventuais conflitos das normas-princípio.

⁴²⁵ Fundado em quatro critérios, WALTER CLAUDIUS ROTHENBURG afasta a proporcionalidade da espécie princípio jurídico: a) quanto ao *conteúdo*, por se referir ao modo de aplicação de outras normas e não a um valor fundamental projetado no sistema; b) quanto ao *objeto*: por mirar a aplicação de outras normas e não um comportamento geral; c) quanto à *pertinência*: por pertencer ao instrumental da Ciência do Direito e não ao Direito; e d) quanto à *incidência*: em razão de não produzir efeitos em variadas medidas, restando incidente de modo constante (ROTHENBURG, Walter Claudius. Princípio da proporcionalidade. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; LOPES, Maria Elizabeth de Castro (org.). **Princípios processuais civis na Constituição**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 292-294). Ainda a esse respeito, HUMBERTO ÁVILA afasta a qualificação de princípio à proporcionalidade, em razão de não ser possível a concretização gradual, não estar condicionada às possibilidades fáticas e jurídicas e não possuir conteúdo passível de modificação no entrechoque com outros princípios (ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Fund. Getúlio Vargas, v. 215, p. 151-179, jan./mar. 1999, p. 169).

⁴²⁶ “(...) o princípio da proporcionalidade caracteriza-se por ser uma estrutura formal de aplicação das normas-princípios” (STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais...** cit., p. 172).

⁴²⁷ “A regra da proporcionalidade é uma regra de interpretação e aplicação do direito (...)” (SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, v. 798, p. 23-50, abr. 2002, p. 24).

PAULO BONAVIDES, trata-se de “(...) um eficaz instrumento de apoio às decisões judiciais que, após submeterem o caso a reflexões prós e contras (*Abwägung*), a fim de averiguar se na relação entre meios e fins não houve excesso (*Übermassverbot*), concretizam assim a necessidade do ato decisório de correção.”⁴²⁸

A acirrada discussão sobre a fundamentação jurídico-positiva da proporcionalidade não se trava, quando situada a questão no âmbito dos postulados normativos de aplicação do direito.⁴²⁹ Com acerto, WALTER CLAUDIUS ROTHENBURG afirma a desnecessidade de fundamentar a proporcionalidade no direito positivo, quando caracterizada como mera diretiva procedimental:

“Atribuímos ao critério da proporcionalidade uma natureza precipuamente formal, a fornecer uma metodologia de aplicação em casos de conflito de direitos (às mais das vezes, fundamentais). Dessa caracterização da proporcionalidade antes como ‘critério’ (formal) do que como ‘princípio’ (material) decorre a desnecessidade de fundamentação no plano do Direito positivo, pois estamos no plano da aplicação do Direito (da Ciência do Direito).”⁴³⁰

Anote-se, em respeito ao rigor conceitual, que o postulado da proporcionalidade guarda independência metodológica em relação à ponderação de interesses, ao qual se associa com o escopo de fornecer pauta procedimental para construção da decisão de prevalência de um dos princípios em colisão.⁴³¹ Na sucinta consideração de HUMBERTO ÁVILA:

“O postulado da proporcionalidade não se identifica com o da *ponderação de bens*: esse último exige a atribuição de uma dimensão de importância a valores que se imbricam, sem que contenha qualquer determinação quanto ao modo como deve ser feita essa ponderação, ao passo que o postulado da proporcionalidade contém exigências precisas em relação à estrutura de raciocínio a ser empregada no ato de aplicação.”⁴³²

3.4.6.3.1.1 Conteúdos parciais

⁴²⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional** cit., p. 426.

⁴²⁹ A discussão centra-se na justificativa normativa da proporcionalidade, enquanto técnica de análise da constitucionalidade de leis restritivas de direitos de liberdade e de propriedade. SUZANA DE TOLEDO BARROS encontra fundamento constitucional no regime jurídico dos direitos fundamentais e na concepção de Estado de Direito (BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais** cit., p. 93-100). PAULO BONAVIDES visualiza a proporcionalidade amparada no artigo 5º, § 2º da Constituição (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional** cit., p. 436). LUÍS ROBERTO BARROSO acentua o fundamento normativo nos princípios do Estado de Direito e do devido processo legal (BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Constitucional. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo: RT, v. 6, p. 65-78, abr./jun. 1998, p.77-78).

⁴³⁰ ROTHENBURG, Walter Claudius. Princípio da proporcionalidade cit., p. 290-291.

⁴³¹ A distinção proposta é admitida em ZORRILLA, Daniel Martínez. **Conflictos constitucionales...** cit., p. 238 e ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios...** cit., p. 155.

⁴³² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios...** cit., p. 177.

Como postulado normativo, o exame inerente à proporcionalidade decompõe-se em três elementos: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Pontue-se que, por razões históricas, a construção germânica estava destinada a um propósito específico, consubstanciado no controle de constitucionalidade de leis restritivas de direitos fundamentais. Sendo assim, a utilização dos elementos parciais como pautas procedimentais voltadas à aplicação de outras normas não prescinde de detida reflexão, à luz do sistema jurídico brasileiro e do novo propósito a que se propõe a proporcionalidade.

A *adequação* exige que o meio utilizado seja eficaz para a promoção ou fomento de um fim.⁴³³ Cuida-se da verificação da existência de idoneidade, pertinência ou aptidão da medida para a realização de determinada finalidade. Para satisfazer este critério, o meio deve promover ou fomentar o fim, de qualquer maneira, sem importar se o faz de modo mais intenso, melhor ou com maior grau de certeza.⁴³⁴

O domínio de exame da adequação é o plano dos fatos. Conforme pontua PAULO GUSTAVO GONET BRANCO:

“Certamente que esse subprincípio atira o aplicador do Direito no domínio de questões de fato, a fim de se apurar, de acordo com o saber aceito na sociedade, se o meio escolhido favorece o fim buscado. É inepta a medida que, desde quando adotada, não era, pelos conhecimentos existentes, capaz de socorrer o fim a que se dirige.”⁴³⁵

Desse modo, o exame da adequação deve ser procedido sob um enfoque negativo, apenas excluindo a medida quando esta revelar-se inapta para alcançar minimamente a finalidade.⁴³⁶

A *necessidade* impõe a verificação da exigibilidade da adoção de determinada medida, quando cotejada com outras que podem alcançar a mesma finalidade de modo menos gravoso. Para ser qualificada como necessária, a medida adotada deve ser

⁴³³ “Fim significa um estado desejado de coisas” (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios...** cit., p. 175).

⁴³⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios...** cit., p. 178-179. Acerca da extensão da análise do conteúdo parcial da adequação, vale a observação de LUÍS VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA: “Adequado, então, não é somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado. Há uma grande diferença entre ambos os conceitos, que fica clara na definição de Martin Borowski, segundo a qual uma medida estatal é adequada quando o seu emprego faz com que o ‘objetivo legítimo pretendido seja alcançado *ou pelo menos fomentado*’. Dessa forma, uma medida somente pode ser considerada inadequada se sua utilização não contribuir em nada para fomentar a realização de objetivo pretendido” (SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável cit., p. 36-37).

⁴³⁵ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação...** cit., p. 173.

⁴³⁶ Conforme doutrina de SUZANA DE TOLEDO BARROS: “O exame da idoneidade da medida restritiva deve ser feito sob o enfoque negativo: apenas quando inequivocadamente se apresentar como inidônea para alcançar seu objetivo é que a lei deve ser anulada (...)” (BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais** cit., p. 80). Ainda a esse respeito, recomendando que a análise judicial seja limitada à exclusão de medidas gratuitas e não à procura de medidas mais idôneas ou eficazes, SANCHÍS, Luís Prieto. **Justicia Constitucional y derechos fundamentales** cit., p. 200.

indispensável para a concreção do resultado e não pode ser substituída por outra igualmente eficaz e menos gravosa.⁴³⁷ É o que constata PAULO GUSTAVO GONET BRANCO:

“O subprincípio da necessidade conduz a exercício prático consistente em avaliar se as duas medidas cotejadas apresentam a mesma idoneidade para a consecução do fim intentado. Deve-se apurar se ambas contribuem em igual magnitude para o objetivo, no que tange a torná-lo mais provável, se o atendem numa mesma escala e com equiparável rapidez de resultado.

O princípio da necessidade não impõe a forma como um princípio será satisfeito, apenas rejeita o meio mais danoso ao princípio concorrente, quando cotejado com outra providência apta para obter resultados análogos.”⁴³⁸

O exame da necessidade demanda uma postura ativa, uma pesquisa de meios, voltada a aferir a existência de alternativas viáveis e menos onerosas para a concreção do resultado almejado. A propósito, as ponderações de LUIS PRIETO SANCHÍS:

“No cabe duda de que el juicio de ponderación requiere aquí de los jueces un género de argumentación positiva o prospectiva que se acomoda con alguna dificultad al modelo de juez pasivo propio de nuestro sistema, pues no basta con constatar que la medida enjuiciada comporta un cierto sacrificio en aras de la consecución de un fin legítimo, sino que invita a ‘imaginar’ o ‘pronosticar’ si ese mismo resultado podría obtenerse con una medida menos lesiva. (...)”⁴³⁹

O *juízo de proporcionalidade stricto sensu* averigua se a medida utilizada encontra-se em proporção adequada com o fim almejado.⁴⁴⁰ Equivale à justa medida entre custos e benefícios.⁴⁴¹ Pretende-se sopesar se os benefícios obtidos mediante a promoção de um interesse constitucional superam os custos carreados pela limitação ao interesse constitucional contraposto, como esclarece DANIEL SARMENTO:

“O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito – que Robert Alexy denomina também como *mandado de ponderação*-, envolve, por seu turno, uma análise da relação custo-benefício da norma avaliada. Ou seja, o ônus imposto pela norma deve ser inferior ao benefício por ela engendrado, sob pena de inconstitucionalidade.

Na verdade, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito convida o intérprete à realização de autêntica ponderação. Em um lado da balança devem ser postos os interesses protegidos com a medida, e no outro, os bens jurídicos que serão restringidos ou sacrificados por ela. Se a balança pender para o lado dos interesses tutelados, a norma será válida, mas, se ocorrer o contrário, patente será a sua inconstitucionalidade.”⁴⁴²

⁴³⁷ Cf. BARROS, Suzana Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais** cit., p. 81.

⁴³⁸ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação...** cit., p. 175.

⁴³⁹ SANCHÍS, Luís Prieto. **Justicia Constitucional y derechos fundamentales** cit., p. 201.

⁴⁴⁰ Cf. BARROS, Suzana Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais** cit., p. 85.

⁴⁴¹ Cf. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 285.

⁴⁴² SARMENTO, Daniel. **Ponderação de interesses na Constituição Federal** cit., p. 89. Na mesma linha, conclui HELENILSON CUNHA PONTES: “A relação entre o meio adequado e o fim com ele perseguido revela-se proporcional quando a vantagem representada pelo alcance desse fim supera o prejuízo decorrente da limitação concretamente imposta a outros interesses igualmente protegidos *prima facie*” (PONTES, Helenilson Cunha. **O princípio da proporcionalidade e o Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, 2000, p. 70).

Por fim, o exame da proporcionalidade deve ser desenvolvido sucessivamente, em obediência rígida aos três conteúdos parciais propostos, de modo que a não aprovação anterior por um deles importará na interrupção da análise e imediata reprovação da medida para satisfação da finalidade.⁴⁴³

3.4.6.3.2 Postulado normativo aplicativo da igualdade

A aplicação do direito não pode prescindir da observância do postulado da igualdade.⁴⁴⁴ “O preceito magno da igualdade, como já tem sido assinalado, é norma voltada quer para o aplicador da lei quer para o próprio legislador”, assevera CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO.⁴⁴⁵

Por ocasião da aplicação de normas, a violação da isonomia poderá ser evitada: (1) através de um comportamento positivo, consistente no respeito à igualdade do direito⁴⁴⁶ e à uniformidade de tratamento dos iguais e dos casos iguais⁴⁴⁷; e (2) mediante um comportamento negativo, consistente na abstenção da concessão de privilégios injustificados ou de tratamento discriminatório em razão das características pessoais.⁴⁴⁸

⁴⁴³ Cf. SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável cit., p. 34.

⁴⁴⁴ HUMBERTO ÁVILA explicita: “A igualdade pode funcionar como regra, prevendo a proibição de tratamento discriminatório; como princípio, instituindo um estado igualitário como fim a ser promovido; e como postulado, estruturando a aplicação do Direito em função de elementos (critério de diferenciação e finalidade da distinção) e da relação entre eles (congruência do critério em razão do fim)” (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios...** cit., p. 162).

⁴⁴⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 9.

⁴⁴⁶ “Um só corpo de normas há de existir e ser aplicado a todos os homens” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais...** cit., p. 204).

⁴⁴⁷ “Tal princípio reclama o igual tratamento dos iguais e dos casos iguais, o que tecnicamente se faz pela generalidade da lei. Tribes assinala que este princípio importa no direito a igual tratamento (*‘equal treatment’*) e no direito ao tratamento como igual (*‘treatment as an equal’*). O primeiro significa o acesso aos mesmos direitos; o segundo, o direito de não ser desvantajado em relação a outras pessoas. Este último, numa larga medida, confunde-se como princípio da não discriminação” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais...** cit., p. 204-205).

⁴⁴⁸ Refere-se MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO à *proibição da discriminação*: “Esta consiste na vedação de diferença de tratamento que resulte em situação jurídica pior, mais restritiva ou onerosa, em razão de características pessoais” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais...** cit., p. 205). De modo geral, JORGE MIRANDA demonstra a existência de dois sentidos à igualdade. O primeiro, de conteúdo negativo, consiste na vedação de concessão de privilégios e de tratamento discriminatório. O segundo, mais complexo, comporta quatro comportamentos de conteúdo positivo: ” a) Tratamento igual de situações iguais (ou tratamento semelhante de situações semelhantes); b) Tratamento desigual de situações desiguais, mas substancial e objectivamente desiguais – ‘impostas pela diversidade das circunstâncias ou pela natureza das coisas’ – e não criadas ou mantidas artificialmente pelo legislador; c) Tratamento em moldes de proporcionalidade das situações relativamente iguais ou desiguais e que, consoante os casos, se converte para o legislador ora em mera faculdade, ora em obrigação; d) Tratamento das situações não apenas como existem mas também como *devem* existir, de harmonia com os padrões da Constituição material (acrescentando-se,

WILSON ANTÔNIO STEINMETZ relata que a preocupação de coibir a aplicação do direito como causa de violação à igualdade é antiga e inerente a todos os Poderes constituídos:

“Originariamente, o princípio jurídico da igualdade destinava-se aos aplicadores do direito – ao Poder Judiciário e ao Poder Executivo. Isso significava que era vedado, na interpretação e aplicação ou execução da lei, criar privilégios ou discriminações. Já no início do século XX, de modo especial na Alemanha, iniciaram-se as formulações que incluíam no rol de destinatários o Poder Legislativo. Isso se deve à singela constatação de que o legislador também pode instituir situações de privilégio ou discriminação, reduzindo a nada o princípio da igualdade. Todos os poderes públicos são potenciais violadores do princípio da igualdade. Nesse sentido, estabelece-se a distinção entre *igualdade na aplicação da lei e do direito* e *igualdade na criação da lei e do direito*. A primeira fórmula dirige-se aos juízes e aos membros do Poder Executivo; a segunda, aos legisladores. Assim, as constituições contemporâneas, com a cláusula da aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais, determinaram que todos os poderes públicos estão vinculados ao princípio da igualdade.”⁴⁴⁹

Pontue-se que administrar um tratamento diferenciado e individualizado a alguns em detrimento dos demais nem sempre importa em violação à isonomia. A igualdade não afasta a diferenciação. O que pretende afastar a ordem jurídica é a desequiparação fortuita ou injustificada.⁴⁵⁰

Ainda que a desequiparação não seja imediatamente proveniente de lei, mas de ato de aplicação do direito, como teste de verificação da violação do princípio da isonomia, válido é o esquema proposto por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

“Para que um *discrímen* legal seja convivente com a isonomia, consoante visto até agora, impende que concorram quatro elementos:

- a) que a desequiparação não atinja, de modo atual e absoluto, um só indivíduo;
- b) que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, *nelas residentes*, diferenciados;
- c) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica;
- d) que, *in concreto*, o vínculo de correção supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa – ao lume do texto constitucional – para o bem público.”⁴⁵¹

Importante assentar, ainda, que o tempo isolado não é fator de desequiparação adequado, porquanto em nada diferencia os seres ou as situações. Apenas quando associados a fatos ou acontecimentos, o tempo se torna relevante para conferir tratamento

assim, uma componente activa ao princípio e fazendo da igualdade perante a lei uma verdadeira igualdade *através da lei*)” (MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV cit., p. 253-256).

⁴⁴⁹ STEINMETZ, Wilson Antonio. **Colisão de direitos fundamentais...** cit., p. 176.

⁴⁵⁰ Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade** cit., p. 18.

⁴⁵¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade** cit., p. 41.

jurídico diferenciado. O entendimento é explicitado por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

“(…) tempo, só por só, é elemento neutro, condição do pensamento humano e por sua neutralidade absoluta, a dizer, porque em nada diferencia os seres ou situações, jamais pode ser tomado como o fator em que se assenta algum tratamento jurídico desuniforme, sob pena de violência à regra da isonomia. Já os fatos ou situações que *nele transcorreram* e por ele se demarcam, estes sim, é que são e podem ser erigidos em fatores de discriminação, *desde que, sobre diferirem entre si, haja correlação lógica entre o acontecimento, cronologicamente demarcado, e a disparidade de tratamento* que em função disto se adota.”⁴⁵²

3.4.6.3.3 Postulado normativo aplicativo da razoabilidade

A despeito de respeitabilíssima doutrina não enxergar distinção entre os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade,⁴⁵³ claros traços distintivos se apresentam, especialmente quanto à origem e ao conteúdo dos postulados.

O postulado da razoabilidade surge na jurisprudência estadunidense, consoante observação histórica de ELIVAL DA SILVA RAMOS:

“Em bases objetivas, historicamente demonstráveis, o que se sabe é que a difusão do termo razoabilidade partiu do sistema jurídico estadunidense, ao passo que a referência ao termo proporcionalidade se tornou usual por influência do constitucionalismo germânico.

De fato, faz parte da própria essência dos sistemas de *common law* a exigência de que as normas jurídicas, sejam elas as estabelecidas pelos magistrados para a solução de um caso concreto (*case law*), sejam elas as formuladas pelo legislador (*statute law*), devem observar determinados padrões de razoabilidade e racionalidade. Daí a larga abrangência emprestada à noção de razoabilidade no sistema jurídico estadunidense, que, ao contrário do sistema inglês, carente de normas constitucionais dotadas de supremacia hierárquica, permite não apenas a equilibrada solução de casos concretos submetidos à jurisdição, mas, também, o controle finalístico da legislação, tomando como parâmetro a cláusula do devido processo legal, em sua dimensão substantiva, incompatível com leis inadequadas, excessivas, teleologicamente desbalanceadas ou até mesmo irracionais, em face da inconsistência interna, formal ou material, de seus comandos.”⁴⁵⁴

A doutrina reconheceu na razoabilidade um núcleo essencial, centrado na contenção do arbítrio estatal. Contudo, diversos significados vêm sendo atribuídos pela doutrina ao signo.⁴⁵⁵ Sobre os diversos conteúdos semânticos do postulado da

⁴⁵² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade** cit., p. 32.

⁴⁵³ Colha-se, a propósito, os posicionamentos de LUIS ROBERTO BARROSO (Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade em Direito Constitucional. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo: RT, v. 6, p. 65-78, abr./jun. 1998) e SUZANA DE TOLEDO BARROS (**O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais** cit., p. 59).

⁴⁵⁴ RAMOS, Elival da Silva. A exigência de proporcionalidade no controle abstrato... cit., p. 356.

⁴⁵⁵ Sobre os diversos significados, BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A razoabilidade na dogmática jurídica contemporânea: em busca de um mapa semântico. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro:

razoabilidade, destacam-se a *razoabilidade como equidade* e a *razoabilidade como aceitação social*.

Enquanto *equidade*, a razoabilidade exige a adaptação do direito às circunstâncias específicas do caso concreto, flexibilizando o ato de aplicação da norma. A propósito, anota THOMAS DA ROSA DE BUSTAMANTE:

“Um dos sentidos mais antigos, e sem dúvida nenhuma mais ricos, do postulado da razoabilidade é o de equidade, tal como Aristóteles já o compreendia em sua *Ética a Nicômaco*. O seguinte parágrafo, embora extenso, revela bem a concepção desse grande filósofo:

‘(...) a equidade, embora justa, não é justiça legal, mas sim uma retificação da justiça legal. A razão disso é que a lei é sempre uma declaração geral; no entanto, existem casos que não podem ser abrangidos numa declaração geral. (...) Assim sendo, quando a lei formula uma regra geral e depois disso surge um caso que é exceção a essa regra, é correto, ali onde o pronunciamento do legislador é imperfeito e errôneo por causa do seu poder absoluto, retificar o defeito, decidindo como o próprio legislador decidiria se estivesse presente na ocasião, e como ele teria decretado se tivesse sido notificado do caso em questão’.

A razoabilidade exige, nessa acepção, uma adaptação do direito – abstratamente concebido – ao caso concreto por ele desconsiderado. Isso implica a rejeição da máxima *ita lex o dura lex sed lex*, condicionando a aplicação do direito positivo à adequação da norma à realidade sobre a qual ela incidirá: ‘se a lei é dura, será esta é que deverá ceder passo ao caso concreto e às suas exigências’.⁴⁵⁶

Enquanto *aceitação social*, razoável é aquilo consentâneo com determinado contexto social, conforme expõem HUGO DE BRITO MACHADO SEGUNDO e RAQUEL CAVALCANTI RAMOS MACHADO:

“(...) Para ser *razoável*, em sentido estrito, o ato deve ser, além de adequado e necessário, compatível com o senso comum, o que conduz a uma idéia de consenso, de legitimidade, de compatibilidade com os valores prevalentes naquela comunidade na qual o princípio será aplicado. Há como que uma escape jusnaturalista para viabilizar uma contenção de arbitrariedades contidas no Direito positivo, quando estas não sejam inválidas à luz de critérios fornecidos pelo próprio ordenamento jurídico. A rigor, um ato, normativo ou não, que seja adequado e necessário, mas seja irrazoável em sentido estrito, na verdade é um ato *injusto*. Daí porque se fala em ‘pós-positivismo’, pois há uma janela (a irrazoabilidade) para afastar a aplicação de uma norma formalmente válida, mas contrária aos padrões de boa-fé, justiça e prudência.

A razoabilidade, nesse sentido, seria uma decorrência direta da racionalidade humana. O racional, com efeito, é aquilo que pode ser compreendido e aceito pelos demais. (...)”⁴⁵⁷

Sob este viés, a decisão judicial deverá resolver a questão proposta de forma justa, de acordo com os parâmetros jurídico e social vigentes.

Padma, v. 6, p. 137-161, abr./jun. 2005; e ÁVILA, Humberto. Conteúdo, limites e intensidade dos controles de razoabilidade, de proporcionalidade e de excessividade das leis. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Fund. Getúlio Vargas, v. 236, p. 369-384, abr./jun. 2004, p. 370-372.

⁴⁵⁶ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A razoabilidade na dogmática jurídica... cit., p. 145-146.

⁴⁵⁷ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. Os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade: algumas notas sobre sua aplicação no âmbito tributário. **Revista de Direito Tributário da APET**. São Paulo: MP, v. 3, p. 51-86, mar. 2006, p. 61-62.

Cuida-se, portanto, de importante técnica para aferir a arbitrariedade e a injustiça de determinadas decisões, ainda que despidas de ilegalidade. “É uma das ‘válvulas de segurança’ do sistema jurídico, a outorgar à jurisdição um poder de anular opções claramente arbitrárias, evidentemente injustas ou despropositadas”, assevera OSWALDO LUIZ PALU.⁴⁵⁸

3.4.7 Ponderação e motivação

Motivar é explicar a convicção e a decisão.⁴⁵⁹ Qualquer interferência do Estado na esfera pessoal de direitos demanda a necessária justificação. Trata-se de condição imprescindível para o correto exercício da função jurisdicional e de garantia do cidadão perante o Poder Judiciário.⁴⁶⁰ Neste sentido, a motivação foi alçada ao patamar de direito fundamental do jurisdicionado, consoante o disposto no art. 93, inc.IX da CRFB/88.⁴⁶¹

O dever de fundamentar cumpre duas funções: (1) a primeira, de feição endoprocessual, permitir o conhecimento das razões que formaram a convicção do juiz, viabilizando a conseqüente possibilidade de rediscussão pelas partes e pelas instâncias superiores;⁴⁶² e (2) a segunda, de feição extraprocessual, facultar a crítica pública dos fundamentos, em seara acadêmica ou junto à sociedade, tornando possível a fiscalização (controle externo) do exercício da função jurisdicional pelo povo.⁴⁶³

De um modo geral, o conteúdo da motivação deverá atender ao princípio da completude, isto é, deverá conter a justificação específica de todas as questões de fato e de direito que constituem o objeto da controvérsia.⁴⁶⁴ Para tanto, exige-se a presença de justificação interna e a justificação externa da decisão. Sob o primeiro viés, a motivação

⁴⁵⁸ PALU, Oswaldo Luiz. **Controle dos atos de governo pela jurisdição**. São Paulo: RT, 2004, p. 253.

⁴⁵⁹ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de conhecimento**. 4. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 457.

⁴⁶⁰ Cf. TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). **Estudos de Direito Processual Civil: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão**. São Paulo: RT, 2005, p. 166.

⁴⁶¹ A despeito de ter encontrado fundamento constitucional apenas na Constituição Federal de 1988, o dever de motivar remonta ao nascimento do país, imposto que foi por inúmeras normas infraconstitucionais (Cf. NOJIRI, Sérgio. **O dever de fundamentar as decisões judiciais**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 30-31).

⁴⁶² Cf. TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza cit., p. 167.

⁴⁶³ Cf. TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza cit., p. 167-168. Em outros termos, manifesta-se CARLOS BLANCO DE MORAIS: “O objectivo do discurso justificante é, pois, persuadir os destinatários da norma, os operadores jurídicos e, em casos maior controvérsia política e social, a própria opinião pública, de que a restrição de efeitos se fundou em valores legítimos e de ‘alto escalão’ e não em meros interesses políticos conjunturais, pseudo-princípios ou em ‘valores de baixo perfil’” (MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional. Tomo II...** cit., p. 297).

⁴⁶⁴ Cf. TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza cit., p. 167-168.

deverá evidenciar a subsunção do caso concreto ao antecedente abstratamente previsto em todos os seus aspectos.⁴⁶⁵ A justificação externa é a que evidencia a escolha do texto normativo aplicável e sustenta a interpretação atribuída.⁴⁶⁶

Quanto à forma da motivação, a decisão judicial deverá ser vazada em termos claros e não ambíguos.⁴⁶⁷ Ainda que não se prescindia do uso da linguagem técnica, o vocabulário utilizado não poderá ser exagerado, a ponto de afastar o conhecimento do teor do provimento jurisdicional por todos do povo.⁴⁶⁸

Em atenção ao postulado da isonomia, a fundamentação deve possuir tendência à universalização, isto é, deve ser compreendida pela totalidade das pessoas e, ainda, ser passível de extensão a outros casos cujas variáveis de fato se apresentem similares. Acerca da característica sob análise, elucida ANA PAULA DE BARCELLOS dois sentidos à universalização:

“Com a expressão *pretensão de universalidade* quer-se significar, na verdade, duas necessidades distintas: uma relacionada com a argumentação jurídica propriamente dita e outra com a decisão final do intérprete. Em primeiro lugar, espera-se do intérprete jurídico que ele empregue uma argumentação universal, assim entendida aquela aceitável de forma geral dentro da sociedade e do sistema jurídico no qual ela está inserida e racionalmente compreensível por todos. Vale dizer: o aplicador do direito, sobretudo o magistrado, não pode valer-se de argumentos ou razões que apenas façam sentido para um grupo, e não para a totalidade das pessoas.”⁴⁶⁹

E, acerca do segundo sentido, anota a referida autora:

“O segundo sentido da pretensão de universalidade envolve a decisão formulada pelo intérprete e pode ser descrita de forma simples. A solução a que chega o intérprete deve poder ser generalizada para todas as outras situações semelhantes ou equiparáveis, e, para isso, deve ser submetida ao teste da universalização: é possível e adequado aplicar a decisão a que se chegou a todos os casos similares? Essa exigência decorre naturalmente do dever de isonomia aplicado à prestação da jurisdição, pelo qual todos aqueles que se encontrem em situação equivalente devem receber a mesma resposta do Poder Judiciário.”⁴⁷⁰

Sobre a não deferência ao dever constitucional, “(...) a falta de motivação das decisões jurisdicionais e administrativas do Poder Judiciário acarreta a pena de nulidade a

⁴⁶⁵ Cf. TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza cit., p. 171.

⁴⁶⁶ Cf. TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza cit., p. 172.

⁴⁶⁷ “A fundamentação obrigatória, evidentemente, não equivale à motivação extensa. Não se cobra a motivação prolixa, pontuosa, repleta de *obiter dicta*, de argumentos desnecessários, desfocados do problema em jogo” (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação...** cit., p. 252).

⁴⁶⁸ “Esta é uma condição imposta pela democracia, que se sustenta no pressuposto de que o Poder Judiciário não seja um poder hermético, à semelhança das organizações judiciárias primitivas, quando a revelação do direito era um misterioso segredo de sacerdotes” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (coord.). **O processo na Constituição**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 473).

⁴⁶⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional** cit., p. 126-127.

⁴⁷⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional** cit., p. 130-131.

essas decisões, cominação que vem expressamente designada no texto constitucional”, adverte NELSON NERY JÚNIOR.⁴⁷¹

Por fim, anote-se que, em se tratando da aplicação do direito mediante o método da ponderação, a importância do dever de motivar resta ainda mais evidente. Pressupondo-se que o caso comporta duas ou mais soluções ditadas por prescrições normativas contrárias, a eliminação do subjetivismo judicial conclama a exigência de fundamentação precisa e coerente. Nesta seara, a posição de proeminência da motivação é exaltada por DANIEL SARMENTO:

“Por outro lado, é importante registrar que a motivação assume uma relevância especial no caso de decisões judiciais que realizem ponderações de interesses, já que estas envolvem uma operação muito mais complexa do que a simples subsunção, na qual a subjetividade do julgador ganha um peso marcante. (...) De fato, pode-se afirmar que quanto maior for o grau de subjetividade inerente à decisão judicial de uma causa, mais fundamental se torna a sua motivação. Isto porque, se a legitimidade das decisões mais mecânicas pode ser aferida a partir da comprovação da observância rigorosa da lei, nos casos mais ‘difíceis’ ela vai depender da capacidade que tiver o julgador de conquistar a adesão racional do público em geral. E esta adesão deve ser obtida através da fundamentação do julgado, pela qual se visa convencer o ‘auditório’ da justiça e razoabilidade da decisão.”⁴⁷²

3.4.8 Ponderação, conceitos normativos indeterminados e princípios de baixa densidade normativa

Não raro, o recurso ao método de ponderação lida com balanceamento de conceitos jurídicos indeterminados e princípios de baixa densidade normativa.

Os conceitos jurídicos indeterminados são expedientes utilizados pelo feitor do texto, nas hipóteses em que não é conveniente ou não é possível delimitar com absoluta nitidez o campo de incidência da norma jurídica. Acerca do tema, anota JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA:

“Nem sempre convém, e às vezes é impossível, que a lei delimite com traço de absoluta nitidez o campo de incidência de uma regra jurídica, isto é, que descreva em termos pormenorizados e exaustivos todas as situações fáticas a que há de ligar-se este ou aquele efeito no mundo jurídico. Recorre então o legislador ao expediente de fornecer simples indicações de ordem genérica, dizendo o

⁴⁷¹ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 6. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 177.

⁴⁷² SARMENTO, Daniel. **Ponderação de interesses na Constituição Federal** cit., p. 119-120. No mesmo sentido, ao relacionar a discricionariedade do julgador ao dever de fundamentar, constata JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA: “(...) a motivação é tanto mais necessária quanto mais forte o teor de discricionariedade da decisão, já que apenas à vista dela se pode saber se o juiz usou bem ou mal a sua liberdade de escolha, e sobretudo se não terá ultrapassado os limites da discricionariedade para cair no arbítrio” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual (Segunda série)**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 88).

bastante para tornar claro o que lhe parece essencial, e deixando ao aplicador da norma, no momento da *subsunção* – quer dizer, quando lhe caiba determinar se o fato singular e concreto com que se defronta corresponde ou não ao modelo abstrato -, o cuidado de ‘preencher os claros’, de cobrir os ‘espaços em branco’. A doutrina costuma falar, ao propósito, em ‘conceitos juridicamente indeterminados’ (*unbestimmte Rechtsbegriffe*).”⁴⁷³

A finalidade da utilização do expediente em foco é conferir flexibilidade na aplicação do ordenamento jurídico, permitindo-lhe maior permanência no tempo. Neste sentido, as colocações de TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER:

“Parece-nos que, de fato, a função do conceito vago não é outra senão a de driblar a complexidade das relações sociais do mundo contemporâneo e a de fazer com que haja certa flexibilização adaptativa na construção e na aplicação da norma jurídica. Eles se constituem na resposta adequada à permanente e frequentíssima mobilidade da realidade objetiva abrangida pela previsão normativa, permitindo ‘uma aplicação atualista e individualizada da norma, ajustada às peculiaridades de cada situação concreta’. Uma das mais relevantes funções do conceito vago é a de fazer com que a norma dure mais tempo, fixar flexivelmente os limites de abrangência da norma, fazê-la incidir em função das peculiaridades dos casos específicos.”⁴⁷⁴

Para atingir seu desígnio, o conteúdo do conceito jurídico indeterminado é construído sob dois planos bem determinados, um núcleo e uma zona intermediária. A propósito da distinção entre os planos, colhe-se a doutrina de SÉRGIO TAMAYO YAÑEZ:

“Así, se planteó que los conceptos jurídicos se caracterizan por tener 1) una zona central donde se puede (*sic*) identificar claramente el supuesto referido por el concepto jurídico 2) Una zona intermedia en que la distinción no sería tan clara. En la primera zona encontramos los casos claros (*sic*) donde se pueden aplicar los conceptos y, en el segundo, los casos dudosos.”⁴⁷⁵

De outro lado, a generalidade e a vagueza dos princípios permitem a aplicação da norma a diferentes situações (capacidade expansiva) e o acompanhamento da evolução da sociedade. Para significar tal finalidade, CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA utiliza a expressão *poliformia principiológica*:

“A poliformia principiológica na Constituição é que possibilita a multiplicidade de sentidos que se acrescentam e se sucedem, a fim de que o sistema tenha permanência, presença e eficácia social e jurídica. Fosse o princípio encarcerado num único sentido e a sua cristalização unívoca e imutável imporia, como condição de eficiência do sistema jurídico, que a cada nova visão social do Direito se alterasse, formalmente, a ordem normada, a fim de que os novos termos, nos quais fossem eles expostos, sintonizasse o ideário social com o definido constitucionalmente.”⁴⁷⁶

⁴⁷³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual (Segunda série)** cit., p. 64.

⁴⁷⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória: recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?** São Paulo: RT, 2001, p. 367-367.

⁴⁷⁵ YAÑEZ, Sergio Tamayo. **Conceptos jurídicos indeterminados e interpretación constitucional**. Lima: Ara Editores, 2009, p. 33.

⁴⁷⁶ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 39.

Na mesma linha, CARLOS AYRES BRITTO sustenta que determinados princípios possuem um viés prospectivo, atribuindo à Constituição a capacidade de se adaptar à evolução social sobre o modo de conceber a vida:

“Com efeito, os princípios de que falamos (cidadania, dignidade da pessoa humana, valorização do trabalho, pluralismo político, desenvolvimento nacional...) ostentam um núcleo e uma periferia em sua própria circunferência deontica. Naquele núcleo, a imutabilidade. Na periferia, a possibilidade de mudança. **Desde que tal mudança tenha o significado de aumentar a perspectiva de funcionalidade do núcleo do mesmo.** Com o que os princípios axiais da Constituição operam, ambivalentemente, como fator de estabilidade e de atualização constitucional.”⁴⁷⁷

A vagueza e a indeterminação dos termos utilizados na hipótese de fato dificultam a simplicidade da interpretação e a realização de uma subsunção meramente lógica-formal para incidência do Direito. Confere-se ao aplicador da norma certa margem de liberdade, no tocante à definição do fato típico. Cuida-se de uma discricionariedade fraca, na determinação da hipótese de fato sobre a qual é passível a incidência da norma. O intérprete exerce um *munus* de auxiliar na construção do sentido da norma, tomando por base elementos colhidos do próprio plano fático.

Nem por isto, contudo, o preenchimento da abertura normativa concedida pelos tipos indeterminados ou pela baixa densidade normativa dos princípios será procedido mediante opções arbitrárias ou subjetivistas do intérprete. Neste ponto, vale anotar as considerações de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO acerca da distinção entre discricionariedade e arbitrariedade, ainda que voltadas para a seara do Direito Administrativo:

“Não se confundem discricionariedade e arbitrariedade. Ao agir *arbitrariamente* o agente estará agredindo a ordem jurídica, pois terá se comportado fora do que lhe permite a lei. Seu ato, em consequência, é ilícito e por isso mesmo corrigível judicialmente. Ao agir *discricionariamente* o agente estará, quando a lei lhe outorga tal faculdade (que é simultaneamente um dever), *cumprindo* a determinação normativa de ajuizar sobre o melhor meio de dar satisfação ao interesse público por força de indeterminação legal quanto ao comportamento adequado à satisfação do interesse público no caso concreto.”⁴⁷⁸

Os conceitos normativos indeterminados (no tocante às referidas zonas intermediárias ou de penumbra) e os princípios jurídicos já possuem densificação jurídica mínima, desvelada pela doutrina e pela jurisprudência. Esse conteúdo mínimo delineado em nível doutrinário e jurisprudencial não pode ser de qualquer forma desprezado pelo

⁴⁷⁷ BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 171.

⁴⁷⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo** cit., p. 426. Também OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO tece comentários sobre a distinção: “Não se confundem, convém observar, como a muitos poderá parecer, à primeira vista, poder discricionário com poder arbitrário. Este último é a faculdade de agir de acordo com os impulsos individuais, sem o reconhecimento de qualquer entrave, ao passo que aquele é a faculdade de agir livremente, dentro de um campo limitado pelo direito” (BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **A teoria das constituições rígidas** cit., p. 134).

aplicador do direito nos casos duvidosos, de modo a aplicar o conceito para alcançar situações qualitativamente distintas das já consolidadas.

HUMBERTO ÁVILA oferece fundamentação adequada à conclusão firmada, ao reconhecer a existência de sentidos mínimos do dispositivo, anteriores e intransponíveis ao próprio processo de interpretação:

“(…) a constatação de que os sentidos são construídos pelo intérprete no processo de interpretação não deve levar à conclusão de que não há significado algum antes do término desse processo de interpretação. Afirmar que o significado depende do uso não é o mesmo que sustentar que ele só surja com o uso específico e individual. Isso porque há traços de significado mínimos incorporados ao uso ordinário ou técnico da linguagem. Wittgenstein refere-se *aos jogos de linguagem*: há sentidos que preexistem ao processo particular de interpretação, na medida em que resultam de estereótipos de conteúdos já existentes na comunicação linguística geral. Heidegger menciona o *enquanto hermenêutico*: há estruturas de compreensão existentes de antemão ou *a priori*, que permitem a compreensão mínima de cada sentença sob certo ponto de vista já incorporado ao uso comum da linguagem. Miguel Reale faz uso da condição *a priori* intersubjetiva: há condições estruturais preexistentes no processo de cognição, que fazem com que o sujeito interprete algo anterior que se lhe apresenta para ser interpretado. Pode-se, com isso, afirmar que o uso comunitário da linguagem constitui algumas condições de uso da própria linguagem. (...)”⁴⁷⁹

Entendimento semelhante é sustentado por CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, que reconhece a existência de um significado inerente aos princípios, válido e vigente em dado momento histórico:

“Todavia, a poliformia dos princípios constitucionais não propicia a multiplicidade conceitual simultânea, vale dizer, não se tem como válida a variedade de significados imputados ou encontrados em determinado princípio ao mesmo tempo. Antes, os princípios constitucionais têm um significado considerado institucional e formalmente válido e vigente em dado momento. A mutação havida no Direito é que substancia um novo entendimento a ser nele vislumbrado e observado normativa e imperativamente.”⁴⁸⁰

ELIVAL DA SILVA RAMOS menciona a existência de uma consciência jurídica geral como determinante do conteúdo normativo a ser aplicado pelo juiz:

“Nos casos-limites envolvendo o limiar de conceitos indeterminados ou a opção entre soluções exegéticas discrepantes, metodicamente fundadas, o juiz, ao contrário do que sucede nas vertentes legislativa e administrativa da discricionariedade, não se guia por critérios de conveniência e oportunidade política e sim por sua própria perspectiva de qual seria a solução justa para o caso, sempre procurando refletir a ‘consciência jurídica geral’. A repetição do julgamento de casos similares, com a adoção do entendimento prevalecente no *leading case*, servirá para dar maior objetividade àquele critério valorativo, reduzindo, de certo modo, a discricionariedade judicial.”⁴⁸¹

⁴⁷⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios...** cit., p. 32-33.

⁴⁸⁰ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública** cit., p. 39. WALTER CLAUDIUS ROTHENBURG pressupõe a existência de um conteúdo de significação inerente aos princípios para assegurar o desempenho de sua função normativa (ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 22).

⁴⁸¹ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial...** cit., p. 125.

JORGE MIRANDA faz referência aos limites de interpretação do conceito jurídico indeterminado, exatamente com o propósito de afastar dimensões certamente não consentidas por seu conteúdo:

“A sua determinação ou densificação tem de ser pautada pela perspectiva dos princípios, bens e interesses constitucionalmente relevantes. Se importa reconhecer ao legislador uma margem relativamente grande de conformação, ele não pode *transfigurar* o conceito, de modo a que cubra dimensões essenciais e qualitativamente distintas daquelas que caracterizam a sua intenção jurídico-normativa; e o mesmo vale, por maioria de razão, para o intérprete.”⁴⁸²

3.5 Ponderação e modulação de efeitos

Cumprido, ao cabo, aprofundar a relação entre os contornos do método da ponderação anteriormente esboçados e a técnica de modulação de efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade.

3.5.1 Aspectos gerais

Como restou assentado, o STF relacionou a modulação de efeitos no controle de constitucionalidade ao método de ponderação de interesses de modo inexorável.

Adequada a eleição do método pela jurisdição constitucional, diante das características específicas do conflito enunciado: (1) estabelecido entre normas de idêntica postura hierárquica, pertinentes ao mesmo ordenamento jurídico, dotadas de igual âmbito de validade, sob os aspectos temporal, espacial, pessoal e material; (2) travado entre princípios constitucionais; (3) passível de constatação somente no plano concreto, no momento da aplicação de duas normas harmônicas no plano da validade; (4) real, para o qual o ordenamento jurídico não oferece critério legal para a resolução, demandando a formulação de regra específica nos planos constitucional, legislativo ou judicial; e (5) de extensão parcial-parcial, delimitada pela coincidência parcial do âmbito de eficácia das normas.

A interpretação das normas jurídicas é insuficiente para afastar a contradição, reclamando a interação com o método da ponderação. O conflito não pode ser resolvido pelos critérios clássicos de solução de antinomia. A CRFB/88 não consagra uma solução

⁴⁸² MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo II cit., p. 309. Ainda no Direito Português, CANOTILHO acena com a impossibilidade de os princípios funcionarem como opções livres aos agentes concretizadores da Constituição (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional...** cit., p. 1183).

harmonizadora ditada pelo plano constitucional ao conflito de princípios por ocasião da afirmação da inconstitucionalidade, incumbindo mesmo à jurisdição construir norma de precedência, válida para a solução da antinomia fundada no peso dos valores em jogo, de acordo com as circunstâncias do caso concreto. Por consequência, conforme assinala LUIZ GUILHERME MARINONI, “[o] balanceamento é um critério ou método de decisão a ser adotado à falta de outros que permitam um discurso racionalizado e uma decisão mais segura.”⁴⁸³

A construção de ROBERT ALEXY é suficiente para justificar o emprego da ponderação por ocasião da modulação temporal levada a cabo pela jurisdição constitucional brasileira, porquanto posta como instrumento de solução da colisão entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional e o princípio da segurança jurídica ou outro de *status* constitucional. A propósito, DANIEL SARMENTO tece as seguintes considerações, sob a premissa de constituir a nulidade da lei inconstitucional um princípio a ser observado em consideração a outros:

“Diante de tudo isso, entendemos que embora proceda à tese da nulidade da norma inconstitucional, ela traduz um princípio jurídico, que pode ser ponderado com outros princípios constitucionais incidentes em determinadas situações concretas. Assim, quando a atribuição de efeitos retroativos à decisão de inconstitucionalidade acarretar grave lesão a outros interesses tutelados pela Lei Fundamental, pode o Judiciário restringir tais efeitos, valendo-se do princípio da proporcionalidade.”⁴⁸⁴

CHRISTINA AIRES CORREA LIMA labora sob raciocínio similar:

“Sendo assim, quando o tribunal, após uma declaração de inconstitucionalidade, chegar ao momento de decidir quanto aos efeitos da lei declarada inconstitucional ele – tribunal - pode se deparar com princípios conflitantes: uns determinando a ineficácia *ex tunc* do ato, outros determinando a preservação da eficácia dos mesmos atos.

Como se trata, portanto, de choques de princípios, a solução estaria na teoria dos princípios constitucionais, que desenvolveu a lei de colisão de princípios, para determinar seja feita uma ponderação caso a caso, a fim de verificar qual dos princípios deve se sobrepor ao outro, naquela situação particular.”⁴⁸⁵

Ora, o princípio da nulidade não é absoluto e deve ser sopesado na hipótese de colidência com outros princípios, como professa JULIANO TAVEIRA BERNARDES:

“Ainda que se considere de *status* constitucional o princípio da nulidade do ato impugnado, ele não é absoluto, daí por que pode ser ponderado em face de outros princípios, desde que igualmente sediados na constituição. Nesse rumo, se a constituição contempla princípios outros como o da segurança jurídica, em

⁴⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional**. 2. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 175.

⁴⁸⁴ SARMENTO, Daniel. Eficácia temporal do controle de constitucionalidade (o princípio da proporcionalidade e a ponderação de interesses) das leis. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, v. 212, p. 27-40, abr./ jun. 1998, p. 39.

⁴⁸⁵ LIMA, Christina Aires Correa. Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade... cit., p. 204.

caso de colisão com o princípio da nulidade, nem sempre este deverá prevalecer em detrimento daquele.”⁴⁸⁶

Exatamente nesse ponto, é importante perceber que não é a supremacia da Constituição que se dispõe ao confronto ou que cederá espaço por ocasião da ponderação, consoante precisa observação de ANA PAULA ÁVILA:

“(…) a supremacia da Constituição não se sujeita à ponderação e nem é aplicável em graus. Ela é uma norma estrutural do sistema constitucional e, se diferente fosse, haveria, sim, uma ruptura de todo este sistema, situação não tolerada pela lógica do Estado Democrático de Direito. É fácil perceber que a supremacia da Constituição não se sujeita à ponderação e nem à satisfação em grau mínimo – ou ela é satisfeita, ou não é. Nesse sentido, aproxima-se mais das regras, que são aplicadas na *all or nothing fashion*.”⁴⁸⁷

Acerca do resultado viável da ponderação, afasta-se a pretensão de alcançar uma única resposta correta, no respeitante à análise judicial dos fatos que oferecem ensejo à modulação. Tenciona-se, entretanto, que a resposta ofertada seja subserviente aos parâmetros constitucionais vigentes, de modo a não desbordar os limites de interpretação delimitados pelo texto constitucional e o âmbito legítimo de movimentação do Poder durante a tarefa de concreção.

Importante anotar que a pequena margem de manobra do aplicador do Direito exaure-se na verificação dos pressupostos fáticos para a manipulação, em razão da baixa densidade normativa dos princípios e da impossibilidade de pré-fixação de uma ordem de precedência das normas colidentes. Circunstantes os pressupostos fáticos da modulação, os efeitos jurídicos são preordenados pelo sistema jurídico. Já restou anteriormente exposto que a modulação temporal é técnica vinculada, não sujeita à avaliação de conveniência ou oportunidade por parte do aplicador do Direito.⁴⁸⁸

Com a finalidade de assegurar a racionalidade e a objetividade, vinculando o aplicador do Direito aos limites do texto, a decisão judicial que veicula a modulação temporal de efeitos deve evidenciar a passagem por um procedimento bem estruturado, marcado por ao menos três fases distintas: (1) a identificação dos princípios em conflito; (2) a aferição dos aspectos relevantes da hipótese de fato; e (3) a elaboração da norma de decisão, orientada por critérios de ordenamento do sopesamento (v.g. os postulados normativos da proporcionalidade, da isonomia e da razoabilidade).

⁴⁸⁶ BERNARDES, Juliano. **Controle abstrato de constitucionalidade: elementos materiais e princípios constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 351.

⁴⁸⁷ ÁVILA, Ana Paula. **A modulação de efeitos temporais pelo STF...** cit., p. 66.

⁴⁸⁸ A propósito, em contemplação ao ordenamento jurídico português, observa RUI MEDEIROS: “(...) verificados os pressupostos respectivos, a limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade é um *dever* ou uma *obrigação* a que o Tribunal Constitucional não se pode furtar. *Poder*, no nº 4 do artigo 282º da Constituição, aparece, portanto, não por contraposição a *dever*, mas como sinônimo de *potestas* ou de *competência*” (MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade...** cit., p. 736-737).

Na modulação de efeitos perpetrada no controle de constitucionalidade, o cumprimento da primeira fase do procedimento de ponderação é parcialmente facilitado, uma vez que a hipótese de fato deve estar necessariamente abrigada pelo princípio da nulidade da lei inconstitucional. De outro lado, faz-se imperativo que a mesma situação de fato esteja resguardada por outra norma que reclame a preservação das situações constituídas sob o manto da norma invalidada. Interesses jurídicos não tutelados pela Constituição não servirão para limitar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

A segunda fase do procedimento de ponderação reclamará a aferição dos aspectos relevantes da realidade fática subjacente. O lapso temporal decorrido até o reconhecimento da inconstitucionalidade, o número de situações jurídicas regidas pelo ato impugnado e o grau de aplicação judicial da lei são circunstâncias de fato relevantes que devem ser tomadas em conta pelo julgador. Note-se que, ainda que realizado o controle em plano abstrato, não é possível dimensionar os efeitos sem proceder à análise do plano concreto, consoante precisa observação de PAULO ROBERTO LYRIO PIMENTA:

“Em sede de controle concentrado de constitucionalidade das leis, a lei inconstitucional é impugnada no plano abstrato, sem que ocorra, de forma direta, qualquer investigação acerca dos direitos subjetivos por tal regra violados. Entretanto, no momento de definir a eficácia no tempo do provimento jurisdicional que certifica a invalidade da norma inconstitucional, o órgão competente – no caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal – levará em consideração as situações jurídicas surgidas com base na lei inconstitucional. Vale dizer, o Pretório Excelso deverá verificar se tais situações receberam a tutela de alguma regra ou princípio jurídico. Em caso afirmativo, efetuará um juízo de ponderação entre o princípio que protege os efeitos de tais situações jurídicas e o princípio da nulidade da lei inconstitucional. É com base nessa ponderação que o Tribunal poderá atribuir eficácia retroativa ou prospectiva à decisão de inconstitucionalidade em controle abstrato.”⁴⁸⁹

A terceira fase ensejará a tomada de decisão sobre a prevalência de um princípio sobre o outro, afirmando ou não a necessidade de modular os efeitos temporais da pronúncia de inconstitucionalidade. É o princípio da nulidade do ato inconstitucional que cederá espaço a outros valores e princípios de estatura constitucional e que se sobreponham a ele no confronto da ponderação. Para tanto, os postulados normativos da proporcionalidade, da isonomia e da razoabilidade desempenham papéis fundamentais.

Em determinadas hipóteses, dois meios podem apresentar-se para atingir a idêntica finalidade do controle de constitucionalidade (preservar a supremacia das normas constitucionais): a declaração de inconstitucionalidade com efeitos ordinários ou a declaração de inconstitucionalidade acompanhada da manipulação dos seus efeitos.

⁴⁸⁹ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro: aspectos constitucionais e processuais**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 63.

Concebido como postulado estruturador da aplicação de princípios, o recurso à proporcionalidade servirá como *fiel da balança* na manipulação dos efeitos,⁴⁹⁰ determinando se o princípio da nulidade deverá ser mitigado, em algum aspecto, em favor da prevalência de outro princípio constitucional.

Nessa toada, através do exame da *adequação*, será possível verificar se a modulação de efeitos será apta para garantir princípios constitucionais contrapostos à nulidade com efeitos absolutos. Em relação à *necessidade*, deve-se perquirir a existência de outra maneira menos onerosa de rechaço às consequências deletérias da retroatividade plena da decisão. Por fim, por intermédio da *proporcionalidade em sentido estrito* será possível aferir se o benefício obtido em razão do dimensionamento temporal de efeitos é compatível com a supressão dos efeitos absolutos decorrentes do princípio da nulidade.

Conforme se infere da síntese de DANIEL SARMENTO, o princípio da proporcionalidade autorizará a restrição da eficácia *ex tunc* da decisão proferida no controle de inconstitucionalidade, quando a medida: “(a) mostrar-se apta a garantir a sobrevivência do interesse contraposto, (b) não houver solução menos gravosa para proteger o referido interesse, e (c) o benefício logrado com a restrição à eficácia retroativa da decisão compensar o grau de sacrifício imposto ao interesse que seria integralmente prestigiado, caso a decisão surtisse seus efeitos naturais.”⁴⁹¹

O postulado da igualdade também é fundamental para orientar a decisão que modula a incidência no tempo dos efeitos da inconstitucionalidade. O dimensionamento temporal não poderá ensejar tratamento desigual (em prejuízo ou em benefício) entre os jurisdicionados em relação aos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade, sem estar amparado por justificativa plausível. De rigor seja externado, em decisão motivada, o critério de diferenciação eleito, que justificou a distinção de tratamento em relação aos efeitos temporais conferida pela jurisdição constitucional.⁴⁹²

⁴⁹⁰ Cf. FISCHER, Octávio Campos. **Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade...** cit., p. 251.

⁴⁹¹ SARMENTO, Daniel. Eficácia temporal do controle de constitucionalidade (o princípio da proporcionalidade e a ponderação de interesses) das leis cit., p. 38.

⁴⁹² A probabilidade de ocorrer tal disfunção advém ao ensejo da limitação do alcance temporal a uma data específica, sem apresentação de motivação suficiente, conforme discorre CARLOS BLANCO DE MORAIS: “Um outro tipo de restrição pode consistir, em tese, na *limitação do alcance temporal da eficácia repressiva da declaração*. Esta reportará a sua potência sancionatória aos factos praticados até a uma data determinada, ou até a ocorrência de um evento verificado numa determinada data, imunizando das consequências da nulidade factos ocorridos em momento anterior. Estamos perante uma restrição parcial da eficácia ‘*ex tunc*’ da sentença, a qual aumenta a probabilidade de risco de violação do princípio da igualdade. Por exemplo, contratos celebrados no momento imediatamente anterior a uma determinada data podem ficar salvaguardados, enquanto outros celebrados em data imediatamente posterior e revestindo a mesma natureza e objecto idêntico serão declarados nulos. Necessário, pois, será que as situações imunizadas aos efeitos da

Sobre o dever de observância à igualdade por ocasião da modulação temporal, anota HUMBERTO ÁVILA:

“É preciso, de qualquer modo, atentar para o princípio da igualdade. A modulação de efeitos deve ser mecanismo de supremacia da ordem constitucional, nunca instrumento da sua transgressão. A modulação deve, pois, ser afastada se dela resultar grave e injustificado tratamento diferenciado. Foi precisamente o que ocorreu no caso em que o Supremo Tribunal Federal, ao analisar se o legislador ordinário poderia fixar prazos de decadência e de prescrição, excluiu da eficácia da decisão os contribuintes que há haviam efetuado o pagamento. (...)”⁴⁹³

Por fim, a decisão deverá ser razoável, no sentido de estar conforme aos valores sociais vigentes sob determinadas coordenadas de espaço e tempo, bem como de importar a justiça no caso concreto. Daí o dever de acatamento ao postulado da razoabilidade em sua plenitude.

Ainda com o fito de preservar a racionalidade e a objetividade da ponderação, o dever de motivar a decisão de manipulação dos efeitos é reforçado. Além da observância ao disposto no art. 93, inc. IX da CRFB/88, a motivação cumpre o especial relevo de apontar as razões que determinaram a necessidade de manipulação dos efeitos e também os motivos que ensejaram a escolha do momento da produção de efeitos, dentre os vários possíveis. A fundamentação exauriente é necessária, não apenas em decorrência de sua natureza excepcional, mas também pelo fato de estar relacionada à manipulação de conceitos jurídicos indeterminados e princípios de baixa densidade normativa. A linguagem deve ser clara e sucinta, acessível ao povo, detentor originário do poder. Não obstante, a fundamentação da decisão de manipulação deve ser dotada de um grau de generalização que permita aplicá-la a todos os casos em que se reproduzam as mesmas circunstâncias de fato.

Ao término, impõe-se afirmar que a fluidez ou a indeterminação dos conceitos envolvidos não são suficientes para dotar a atividade de manipulação temporal de efeitos do atributo de arbitrariedade. A despeito do maior campo para interpretação e adequação social, o emprego das expressões *segurança jurídica* ou *excepcional interesse social* não remetem a um espaço vazio, sem significação jurídica alguma, a ser preenchido por critérios pessoais de conveniência ou oportunidade. A doutrina e a jurisprudência conferem

declaração revistam uma especificidade justificante da sua salvaguarda em relação a outras, de natureza análoga, constituídas em data diferente e que não foram preservadas. A fixação pelo Tribunal Constitucional de um simples prazo, como parâmetro da eficácia temporal limitada dos efeitos repressivos da nulidade não constitui fundamento material relevante para justificar as desigualdades arbitrariamente criadas com semelhante sentença manipulativa, devendo a diferença de tratamento ser devidamente motivadas” (MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional. Tomo II...** cit., p. 301-302).

⁴⁹³ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica...** cit., p. 573.

às expressões densidade jurídica suficiente para coibir o emprego das expressões para referir realidades distintas ou aleatórias, como adiante será demonstrado. Demais disso, ao cumprir função de suma relevância, a argumentação jurídica permite comprovar a observância do conteúdo conferido pela Ciência do Direito aos princípios e conceitos indeterminados. Por corolário, a atividade continua alheia ao subjetivismo, ainda que relacionada à utilização de conceitos jurídicos indeterminados.

3.5.2 Solução para a colidência de princípios constitucionais

Linhas atrás, ficou caracterizada a norma de nulidade como um princípio, para, a partir daí, explicar o fenômeno da modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade e o método utilizado para a definição do direito aplicável (ponderação).⁴⁹⁴ Neste passo, entretanto, não se entremostraria expletivo abrir um parêntese para lançar justificção detida e discutir possível crítica à posição assumida.

Para defender a conclusão alcançada, faz-se imperativo evidenciar proposição fundamental considerada como *a priori* demonstrada: o conceito de norma é semântico, vale dizer, refere-se ao significado deôntico extraído de um enunciado normativo qualquer. Diz-se semântico porque o conceito de norma relaciona a linguagem do texto normativo com estruturas deônticas.

De fato, poder-se-ia aventar que da proposição fundamental adviria incerteza jurídica, uma vez que ao intérprete seriam facultadas ilimitadas possibilidades de construção de normas a partir de um texto objetivo. Diga-se, no entanto, que, em primeiro lugar, a construção da norma não prescinde da argumentação racional⁴⁹⁵ necessária para

⁴⁹⁴ A proposta é antiga. Em 1999, CHRISTINE AIRES CORREA LIMA teceu as seguintes considerações: “Ao ser reconhecida hierarquia constitucional ao postulado da lei inconstitucional, devemos enquadrá-lo em uma das categorias jurídicas – regras, normas ou princípios. Conforme a teoria dos princípios constitucionais anteriormente exposta, bem se vê que o referido postulado se enquadra na categoria de *princípio constitucional implícito*, já que não se encontra expressamente redigido no texto constitucional, porém decorre logicamente de outros princípios de estatura constitucional. (...) E, as decisões do Supremo Tribunal Federal, também parecem apontar neste sentido, posto que, mesmo sem ser exposto, o que o Tribunal fez foi uma ponderação entre os princípios da nulidade e da irredutibilidade de vencimentos dos magistrados, técnica esta típica para a solução dos conflitos entre princípios constitucionais, conforme a teoria geral dos princípios constitucionais” (LIMA, Christina Aires Correa. Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade... cit., p. 198-199).

⁴⁹⁵ Assume-se aqui a noção de argumentação racional exposta por ROBERT ALEXY em Teoria da Argumentação Jurídica.

justificá-la. Ao depois, a própria justificação é passível de corroboração ou refutação a partir de um sistema de crítica.⁴⁹⁶

Superado isso, avança-se à análise das demais proposições decorrentes.

A primeira delas é um corolário do conceito semântico de norma. De um enunciado normativo afigura-se possível (não necessário) extrair ora uma regra, ora um princípio, dependendo da estrutura deontica selecionada pelo intérprete. De uma estrutura deontico-deontológica, ter-se-á uma regra; de uma estrutura deontico-teleológica, um princípio; de uma deontico-metodológica, um postulado.⁴⁹⁷

Quer-se significar que regras são normas do-que-fazer; ao passo que princípios do-que-atingir.⁴⁹⁸ Resta claro, pois, que as primeiras enfatizam o meio; as últimas, o fim. Noutras palavras, quanto à natureza do comportamento prescrito, a regra emite um comando comportamental do tipo *dado um fato qualquer, aja (comporte-se) de tal forma*; enquanto o princípio, *busque, dadas as demais circunstâncias jurídicas e fáticas, tal e qual resultado*, que ÁVILA denominou estado de coisas: “Estado de coisas pode ser definido como uma situação qualificada por determinadas qualidades.”⁴⁹⁹ O princípio, como se vê, não indica o comportamento a ser seguido, senão apenas o resultado a ser alcançado.

Há quem poderia sustentar em oposição ao acima descrito que princípios também admitiriam estrutura deontológica, bem como regras, teleológica. Ou seja, ambas as estruturas, quer deontológicas quer teleológicas, poderiam ser determinadas por princípios ou por regras, já que as diferentes estruturas estariam ligadas ao escopo de aplicabilidade do comando normativo, não à sua natureza. De fato, não se dissente que as características teleológicas estão presentes também nas regras (toda regra impõe um comportamento por alguma razão); assim como características deontológicas nos princípios, já que, como norma que é, visa em última análise à regulamentação de

⁴⁹⁶ KARL POPPER sustenta “a tese de que o método da ciência consiste na escolha dos problemas interessantes e na crítica de nossas permanentes tentativas experimentais e provisórias para solucioná-los” (POPPER, Karl. **Lógica das ciências sociais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004, p. 26).

⁴⁹⁷ Nesse sentido, HUMBERTO ÁVILA: “A proposta aqui defendida diferencia-se das demais porque admite a coexistência das espécies normativas em razão de um mesmo dispositivo. Um ou mais dispositivos podem funcionar como ponto de referência para a construção de regras, princípios e postulados. Ao invés de *alternativas exclusivas* entre as espécies normativas, de modo que a existência de uma espécie excluiria a existência das demais, propõe-se uma classificação que alberga *alternativas inclusivas*, no sentido de que os dispositivos podem gerar, simultaneamente, mais de uma espécie normativa. Um ou vários dispositivos, ou mesmo a implicação lógica deles decorrente, pode experimentar uma *dimensão* imediatamente comportamental (regra), finalística (princípio) e/ou metódica (postulado)” (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios...** cit., p. 68-69).

⁴⁹⁸ HUMBERTO ÁVILA usa para regras normas-do-que-fazer; para princípios, normas-do-que-deve-ser (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios...** cit., p. 72).

⁴⁹⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios...** cit., p. 71.

comportamentos humanos. A regra, com efeito, especificaria um comportamento em vista de uma finalidade; ao passo que o princípio apenas a finalidade, sem delimitação do comportamento específico. Entrementes, essa diferença não deixa de ser estrutural, visto que referente aos elementos que compõe (estruturantes) a significação da norma-regra e da norma-princípio. A estrutura do princípio é enunciar uma finalidade; a estrutura da regra é enunciar um comportamento. Isso não quer dizer que princípio não seja norma de comportamento; toda norma jurídica é voltada para regular comportamentos humanos, donde princípios são normas de comportamento, embora este comportamento não esteja especificado. A respeito, esclarece HUMBERTO ÁVILA:

“Note-se que o tópico em pauta indica que os princípios estabelecem com menor determinação qual o comportamento necessário à sua concretização. Não se está, com isso, afirmando que os princípios possuem um *elemento descritivo aparente*, como ocorre no caso das regras. Em vez disso, quer-se enfatizar que os princípios, na medida em que impõem a busca ou a preservação de um estado ideal de coisas, terminam por prescrever a adoção de comportamentos necessários à sua realização, mesmo sem a descrição dianteira desses comportamentos. Dito de outro modo, os princípios não determinam imediatamente o objeto do comportamento, mas determinam a sua espécie.”⁵⁰⁰

É essa configuração estrutural que impôs a distinção forte entre princípios e regras. Não dispondo do comportamento a ser seguido, o princípio impõe o comportamento que mais e melhor atinja o resultado almejado; ao contrário das regras, que determinam o comportamento a ser seguido independente do resultado obtido. Onde ROBERT ALEXY conceituou princípios como mandamentos de otimização.⁵⁰¹

Outro pormenor merece referência. De modo preempatório não haveria sentido indigitar *a priori* uma dada Constituição de deontológica ou teleológica. Até mesmo porque, normalmente, contempla ambos os tipos de norma. O que se pode garantir é que a atual CRFB/88 também é teleológica, considerando a grande quantidade de princípios que encampa.

Assentado isso, é azado o momento de se voltar ao exame do princípio da nulidade.

Com efeito, dos enunciados normativos constitucionais, a *norma de nulidade* assumirá a feição de uma regra quando determinar o comportamento dos legisladores e dos

⁵⁰⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios...** cit., p. 75-76.

⁵⁰¹ Consoante a doutrina de ROBERT ALEXY: “O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes” (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais** cit., p. 90).

tribunais frente à lei inconstitucional. De outro prisma, será um princípio quando ditar um estado de coisas a ser atingido, a saber, o restabelecimento da supremacia da Constituição.

Na condição de princípio, a nulidade admite ponderação à vista de princípios outros colidentes. É o caso do princípio da segurança jurídica e da proteção dos interesses públicos. Através deste método, a jurisdição constitucional ratifica a noção de que nenhum princípio possui âmbito de aplicação absoluto, admitindo a realização em diferentes graus, de acordo com as especificidades do caso concreto.

Segundo essa concepção, a aplicação do princípio da nulidade não estaria atada ao raciocínio do *tudo ou nada*. Na ponderação do caso concreto, seria possível justificar uma solução intermediária de aplicação do princípio, tal como a afirmação de uma nulidade atípica, com o afastamento de uma característica da sanção, sem importar a modificação da tipologia sancionatória. Viável, portanto, a aplicação gradual e reduzida, de sorte que o mandamento contido no princípio da nulidade apresenta-se como uma razão *prima facie* para decisão.

É de obrigatória constatação, ainda, que a norma-princípio de nulidade incide sobre normas válidas, excluindo-se-lhe a incidência sobre aquelas não existentes. O ponto traz à baila a interessante indagação sobre até que ponto a tese da nulidade se confunde com a da não existência, especialmente no sistema-padrão americano adotado no Brasil. Na visão de ELIVAL DA SILVA RAMOS, a norma inexistente não é nula, visto que sequer os pressupostos para ser norma preencheu. Referido doutrinador extraiu da teoria da existência do negócio jurídico elementos para construção de uma teoria da existência da lei. Poder-se-ia dizer que é existente a lei, quando emitida pelo agente competente (Poder Legislativo e Executivo), possui objeto normativo (emite um comando dotado de imperatividade) e forma pública (requisito que negaria existência a uma lei emitida por agente competente, com objeto normativo, porém por instrumento particular).⁵⁰² A nulidade, pois, incidirá sobre a norma que cumprir os requisitos de existência.

Críticas ao modelo teórico ora proposto merecem reflexão.

De início, seria possível objetar que a distinção que permite considerar a nulidade ora como um princípio ora como uma regra dependeria da admissão da artificial cisão entre um momento de cognição e um de execução no processo de inconstitucionalidade, tendo em vista que o natural seria que provimentos declaratórios como esse contivessem em si mesmo carga executiva completa. A objeção, no entanto,

⁵⁰² Cf. RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis...** cit., p. 22-27.

peça ao deduzir a extração das normas de nulidade-princípio e nulidade-regra da separação entre cognição e execução no processo de inconstitucionalidade. Neste, a bem da verdade, admite outros dois momentos distintos, a saber: (1) o momento da cognição sobre a declaração no plano abstrato e (2) outro momento, igualmente cognitivo, porém ligado aos efeitos desse provimento no plano concreto.⁵⁰³ Essa separação permite a manipulação dos efeitos para mais ou para menos de acordo com as possibilidades limitantes existentes; daí a factibilidade de construção da norma de nulidade como princípio.

Sob outro enfoque, a crítica de que o uso da técnica da ponderação seria viável apenas quando o conflito de normas é de mesma hierarquia e, também, de mesma natureza, o que não ocorreria no caso, uma vez que a nulidade não constitui um princípio, mas uma *regra*. Regras não são ponderadas, por mais conceitos indeterminados que possuam. Ora, a imposição da sanção de nulidade para a lei inconstitucional seria uma regra, não um princípio.⁵⁰⁴

Em resposta, imperioso dizer que a crítica não se sustentaria por conta da premissa do conceito semântico de norma. Como já escrito, ao enfatizar imediatamente uma *finalidade* e não um meio, está-se a construir um princípio; ao passo que priorizar o *meio* e apenas mediamente uma finalidade é estabelecer uma regra. Destarte, dizer que a nulidade é uma regra não está errado, mas incompleto, pois a nulidade pode ser construída como uma regra ou como um princípio, de acordo com a estrutura deôntica semanticamente levada a cabo. ELIVAL DA SILVA RAMOS, do qual restou colhida a crítica, escreveu a respeito da nulidade:

“Permito-me mencionar o Ministro Gilmar Mendes, ex-presidente do Supremo Tribunal Federal e um dos grandes responsáveis pela construção da jurisprudência mais recente da Corte, que tem dito em todos os seus trabalhos, reiteradamente, inclusive em obra escrito em conjunto com o Professor Inocêncio, aqui presente, que, no Brasil, adota-se o ‘princípio’ da nulidade. Eu diria que não se está diante de um princípio, ao menos no sentido dworkiniano ou de Alexy, mas que se cuida de uma regra implícita, de nível constitucional, a de que para um ato normativo inconstitucional a sanção aplicável é a de nulidade. Também quanto a esse aspecto, estamos todos de acordo.”⁵⁰⁵

⁵⁰³ Anote-se, a propósito, a lição de RUI MEDEIROS: “A retroactividade (ainda que em sentido impróprio) da decisão de inconstitucionalidade significa fundamentalmente duas coisas: (a) a invalidade das normas declaradas inconstitucionais opera ‘a partir do momento da entrada em vigor destas normas e não apenas a partir do momento da declaração de inconstitucionalidade’; (b) proibição da aplicação das normas inconstitucionais a situações ou relações desenvolvidas à sombra da sua eficácia e ainda pendentes. Assim, quanto ao passado, a decisão de inconstitucionalidade tem inegavelmente um efeito processual ou procedimental, o qual se reflecte naturalmente no plano das relações substanciais em curso” (MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade...** cit., p. 539).

⁵⁰⁴ Nesse sentido, RAMOS, Elival da Silva. Segurança Jurídica e efeitos da Declaração Incidental de Inconstitucionalidade. **Revista Acadêmica da Justiça Federal da 3ª Região**. São Paulo: Tribunal Regional Federal da 3ª Região, v. 3, p. 61-83, jan./jun. 2011, p. 66.

⁵⁰⁵ RAMOS, Elival da Silva. Segurança Jurídica e efeitos da Declaração Incidental...cit., p. 66.

No entanto, a norma segundo a qual “para um ato normativo inconstitucional a sanção aplicável é a de nulidade” não estabelece imediatamente nenhum comportamento, mas um *estado de coisas a ser atingido*, donde, mesmo na formulação crítica de ELIVAL DA SILVA RAMOS, tem-se um princípio, não uma regra. Dissesse “dado um ato normativo inconstitucional, então o Tribunal Constitucional declarar-lhe-á a nulidade com efeitos *ex tunc*”, então configuraria agora sim uma regra de nulidade. A bem da verdade, o problema da crítica não é considerar a nulidade como uma regra, mas proscrever que ela possa ser construída como princípio.

Outrossim, a propósito das críticas possíveis, não afasta a possibilidade de ponderação, ou a técnica de uma resposta ponderada, o reconhecimento de algum recôndito cujo peso seria muito grande em casos de colisão de princípios (como seria o caso de alguns direitos fundamentais, dos quais a eliminação nem mesmo diante de grandes benefícios sociais seria possível – um núcleo de proteção indelével do interesse privado oponível também contra o interesse público).⁵⁰⁶ Ao contrário, a ponderação é pressuposto desse reconhecimento, já que é por meio dela que o peso maior de alguns direitos fundamentais é revelado. Com efeito, o princípio da inocência, citado por DWORKIN, constituiria exemplo de reserva indelével do indivíduo, oponível contra os interesses da coletividade.

Pode-se concluir, portanto, o acerto das colocações de GILMAR FERREIRA MENDES, acerca da natureza da sanção de inconstitucionalidade e da relatividade de sua aplicação:

“Não se nega, pois, o 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).”⁵⁰⁷

Seção II

Os pressupostos de aplicação

⁵⁰⁶ No caso de DWORKIN, por exemplo, o princípio da presunção de inocência não pode ceder ao princípio da felicidade ou do benefício para a sociedade, mesmo que haja consequências financeiras para o Estado para manter um aparato que honre minimamente tal princípio, como Polícia Judiciária aparelhada, Defensoria Pública, Ministério Público e o próprio Judiciário.

⁵⁰⁷ MENDES, Gilmar Ferreira Mendes; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle concentrado de constitucionalidade...** cit., p. 490.

O dimensionamento temporal de efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade não constitui providência adotada ao livre arbítrio da jurisdição constitucional. Determinados pressupostos⁵⁰⁸ devem restar atendidos, para que a manipulação seja consentânea com a própria Constituição.

Dedica-se, doravante, à sistematização dos pressupostos para a aplicação da modulação temporal, contemplados sob três ordens: (1) fáticos; (2) materiais (ou finalísticos); e (3) formais.

3.6 Pressupostos fáticos de aplicação

A hipótese de fato submetida à apreciação tomará em consideração quatro pressupostos: (1) afigurar como decorrência de pronúncia de inconstitucionalidade; (2) traduzir um intolerável sacrifício a interesse protegido pela Constituição; (3) constituir uma hipótese excepcional; e (4) não contar com solução constitucional ou legislativa razoável posta no sistema.

3.6.1 Decorrência de pronúncia de inconstitucionalidade

A modulação temporal de efeitos temporais somente será cabível por ocasião da pronúncia de inconstitucionalidade. Ao reverso, evidencia-se inaplicável ao ensejo de declarações que afirmam a constitucionalidade da lei ou ato normativo impugnado.⁵⁰⁹

Corolário da declaração de inconstitucionalidade, o reconhecimento da ineficácia da norma jurídica desde a sua promulgação. Por isso, o advento da modulação de efeitos, com as finalidades imediatas anteriormente anotadas, de resguardar os efeitos pretéritos da lei ou ato normativo inconstitucional ou, ainda, sob outra perspectiva, de afastar as consequências deletérias da anomia.

Ausente o antecedente necessário, a utilidade da técnica não se afigura. A propósito do tema, anota JOSÉ CARLOS FRANCISCO a imprescindibilidade da declaração de inconstitucionalidade:

⁵⁰⁸ Colhe-se a significação do signo *pressuposto* da doutrina de MARCELO REBELO DE SOUSA: “São pressupostos aqueles dados subjetivos e objetivos que devem encontrar-se previamente preenchidos para que haja *acto e acto válido*” (SOUSA, Marcelo Rebelo de. **O valor jurídico...** cit., p. 115).

⁵⁰⁹ Nesse sentido, adverte OCTÁVIO CAMPOS FISCHER: “Observe-se, ainda que seja óbvio, que a modulação dos efeitos da decisão no controle de validade não é aplicável quando a decisão declarar a constitucionalidade da norma” (FISCHER, Octávio Campos. **Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade...** cit., p. 323).

“Os efeitos que podem ser dados são tanto o *ex nunc* quanto para o futuro, situação que cabe ao juízo do Supremo Tribunal Federal definir. Porém, convém lembrar que efeito diverso do *ex tunc* somente poderá ser dado em caso de julgamento pela inconstitucionalidade, já que em sendo declarada constitucional, a norma obrigatoriamente produzirá efeito *ex tunc*.”⁵¹⁰

Ainda, citando precedente do STF, HUMBERTO ÁVILA assenta a declaração de inconstitucionalidade dentre os pressupostos necessários para a modulação de efeitos:

“A modulação de efeitos é própria da declaração de inconstitucionalidade, já que, tendo a lei presunção de constitucionalidade, a sua confirmação não altera o estado de coisas anteriormente existente, não havendo razão para qualquer tipo de restrição aos efeitos da decisão. Esse é, inclusive, o entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, a modulação da eficácia da declaração de constitucionalidade (modulação invertida) foi rejeitada no ADI n. 1.040-9. Nesse julgamento, o Tribunal declarou a constitucionalidade da exigência temporal de dois anos de Bacharelado em Direito como requisito para a inscrição em concurso público para ingresso nas carreiras do Ministério Público da União. Instado a se manifestar, em embargos de declaração, a respeito do cabimento da atribuição de efeitos prospectivos à decisão, decidiu o Tribunal pela impossibilidade de tal medida, em virtude da ‘inversão do princípio da presunção de constitucionalidade das leis’. Como afirmou a Ministra Ellen Gracie em seu voto, ‘a pretensão envolve completa inversão da presunção de constitucionalidade das leis, dogma fundamental do nosso ordenamento jurídico’.”⁵¹¹

Ora, nas hipóteses de não declaração da inconstitucionalidade, a presunção de constitucionalidade que incidia sobre o ato impugnado desde a sua promulgação é ratificada. Com isso, a regência dos fatos pretéritos ou futuros não poderá ocorrer, senão, pela própria norma editada pelos Poderes constituídos, validamente posta no sistema. À jurisdição constitucional não é dado substituir o legislador e impor ressalvas ao império da lei constitucional, sob a singela justificativa de estar modulando os efeitos de sua decisão. Neste sentido, ANDRÉ DIAS FERNANDES é taxativo:

“De feito, se fosse permitido ao STF restringir os efeitos da declaração de **constitucionalidade** em ADIn e em ADC, **inverter-se-ia a presunção de constitucionalidade de que desfrutam as normas**, pois apesar de reconhecer a constitucionalidade da norma *ab origine*, que é presumida até declaração judicial em contrário, o STF estaria autorizando o seu *descumprimento* até a data por ele prefixada para que norma pudesse ser *considerada como constitucional*, gerando uma enorme insegurança jurídica.”⁵¹²

Supõe-se, portanto, a prévia pronúncia de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Daí se concluir pelo descabimento da modulação de efeitos também nas hipóteses de decisões que encerram interpretação conforme a Constituição, diante da inexistência de nova conformação do ordenamento jurídico, mas mera explicitação de significado da vontade legislativa já existente.

⁵¹⁰ FRANCISCO, José Carlos. Natureza das normas e atos inconstitucionais cit., p. 631.

⁵¹¹ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica...** cit., p. 533-534.

⁵¹² FERNANDES, André Dias. **Eficácia das decisões do STF...** cit., p. 244.

3.6.2 A imposição de inevitável e intolerável sacrifício a interesse relevante protegido pela Constituição em decorrência da pronúncia de inconstitucionalidade

O dimensionamento temporal de efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade constitui exceção em um sistema de fiscalização da constitucionalidade fundado na depuração total do ordenamento jurídico, com a eliminação *ab initio* da norma e de todos os efeitos produzidos.

Nessa condição, reclama-se que a realidade fática resultante da pronúncia de inconstitucionalidade afigure situação inevitável e excessivamente ofensiva ao interesse tutelado pela Constituição, contraposto à nulidade. Não basta, portanto, mera contrariedade ao interesse, mas se exige verdadeira oposição de ofensa intolerável e intransponível. À luz do Direito Constitucional português, RUI MEDEIROS delinea o pressuposto fático necessário:

“A segurança jurídica, a equidade e o interesse público de excepcional relevo não constituem, já o dissemos, fórmulas vazias e sem conteúdo. Todavia, mesmo que os fundamentos explícitos no n.º 4 do artigo 282.º permitissem incluir lá quase tudo e fosse difícil encontrar uma situação em que não se pudesse invocar razões de segurança jurídica, de equidade ou de caráter público, sempre se deveria acrescentar que o princípio da proporcionalidade em sentido estrito não toleraria que a mera invocação de um interesse constitucionalmente protegido afastasse os efeitos típicos da declaração de inconstitucionalidade.

O afastamento da eficácia retroactiva e repristinatória só é admissível quando se demonstre, com base numa ponderação concreta, que a adopção de uma declaração de inconstitucionalidade pura e simples envolveria o sacrifício excessivo da segurança jurídica, da equidade ou de outro interesse público de excepcional relevo.”⁵¹³

Pressupõe-se, portanto, que a manipulação dos efeitos seja invocada em situações extremas, nas quais o direito não tolere a aplicação dos efeitos retroativos plenos da declaração de inconstitucionalidade ou a ausência de norma para conformar os efeitos futuros. Adverte, a propósito, MARCELO REBELO DE SOUSA:

“(…) não deve o Tribunal Constitucional converter a excepção em regra e o recurso à invocação de razões de equidade e de um interesse público de excepcional relevo não pode subverter a essência do regime jurídico da nulidade do acto inconstitucional, quer levando o Tribunal Constitucional a substituir-se ao órgão que praticou ou deveria ter praticado o acto nulo, quer banalizando e

⁵¹³ MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade...** cit., p. 716. JORGE MIRANDA alcança idêntica conclusão, ao entoar a natureza excepcional da medida (MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo VI cit., p. 301-302).

depreciando o preenchimento dos pressupostos objectivos do Artigo 282 n° 4 da Constituição.”⁵¹⁴

De modo contrário, admitida a modulação sem restrições, a exceção converter-se-ia em regra, solapando a supremacia das normas constitucionais e o dever de restauração da ordem jurídica violada. A propósito, as considerações de CARLOS BLANCO DE MORAIS:

“Isto, porque outro regime sancionatório mais suave, decorrente da Constituição ou criado por via jurisprudencial que permitisse, por regra, a salvaguarda de efeitos inconstitucionais passados ou a sua subsistência transitória no futuro, depreciaria o princípio da constitucionalidade e o princípio da confiança das instituições e dos cidadãos na Justiça Constitucional como meio de restauração da ordem jurídica violada.”⁵¹⁵

3.6.3 Excepcionalidade

Dentre os pressupostos fáticos, HUMBERTO ÁVILA reclama a necessidade de o fato ser de difícil repetição no futuro, sob pena de a preservação de seus efeitos constituir fator de incremento dos atos de ofensa à Constituição:

“O caso objeto de modulação eficaz deve ser realmente excepcional. Essa excepcionalidade deve estar vinculada à dificuldade de repetitividade do caso no futuro. Toda manutenção de efeitos passados de leis inconstitucionais envolve um ‘contrassentido’: como a norma constitucional, que deveria ter sido respeitada, foi violada, mas os efeitos da violação não foram desencadeados, a transgressão constitucional é, ainda que indiretamente, incentivada, pela ausência de consequências decorrentes da violação. Sendo assim – e utilizando uma linguagem mais afeita ao tema da segurança jurídica –, toda manutenção de efeitos de leis inconstitucionais envolve um conflito interno entre as dimensões temporais da própria segurança jurídica: mantém-se a segurança jurídica no passado, pela preservação da intangibilidade dos atos praticados ou dos efeitos produzidos, mas, ao mesmo tempo, restringe-se a segurança jurídica no futuro, pelo incentivo à prática de novo ato inconstitucional.”⁵¹⁶

Nesse cenário, sob o viés da excepcionalidade, deve estar compreendida a pouca frequência da edição do ato contraventor. Assim, ao desígnio de não constituir fator de incentivo à produção de legislação inconstitucional, exige-se que a modulação ampare declarações de inconstitucionalidade que não constituam questão pacífica ao tempo da produção do ato viciado. É dizer, a jurisdição constitucional não pode ser leniente com os efeitos de um ato cuja incompatibilidade com a Constituição já constituía questão pacífica por ocasião de sua produção.

⁵¹⁴ SOUSA, Marcelo Rebelo de. **O valor jurídico...** cit., p. 269.

⁵¹⁵ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional. Tomo II...** cit., p. 299. HUMBERTO ÁVILA também divisa a ocorrência de consequências nocivas (barateamento do postulado da supremacia da Constituição e incentivo à prática de atos inconstitucionais) na hipótese de aplicação da modulação tendo por pressuposto ofensa mínima à Constituição (ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica...** cit., p. 573).

⁵¹⁶ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica...** cit., p. 563.

3.6.4 Inexistência de regra de prevalência

Para que o dimensionamento temporal seja realizado por ocasião do exercício da jurisdição constitucional, devem estar ausentes soluções harmonizadoras ditadas por parte da Constituição ou por lei razoável para reger a hipótese de fato.

Pontue-se, como já assentado, que a própria ordem constitucional poderá indicar, em abstrato, solução precisa para fazer preponderar um interesse constitucional sobre o outro, na hipótese de eventual colisão. Produto da vontade do Poder Constituinte, o sopesamento realizado é imune à apreciação dos Poderes constituídos.

De outro modo, tendo em vista o princípio democrático, a separação dos Poderes e a legalidade, a preferência para a construção de regra destinada a reger a hipótese de fato, especialmente naquelas situações em que é dado solucionar o impasse mediante mais de um caminho, é dada ao Poder Legislativo. Nesta senda, todavia, o Poder Judiciário poderá avaliar a razoabilidade e a coerência da norma produzida com o parâmetro constitucional vigente.

3.7 Pressupostos materiais (ou finalísticos) de aplicação

Afora os pressupostos relacionados à hipótese de fato, outra ordem de elementos deve estar circunstante para que a jurisdição constitucional possa modular os efeitos típicos da declaração de inconstitucionalidade. Alude-se, de agora em diante, ao conhecimento dos pressupostos materiais (ou finalísticos), isto é, dos interesses jurídicos tutelados pela Constituição passíveis de confronto com o princípio da nulidade.

Para além de meramente apresentar as matérias que justificam o emprego da técnica, é preciso oferecer-lhes densidade jurídica. Com efeito, apesar de frequentemente instituídos por conceitos jurídicos indeterminados ou preceitos de baixa densidade normativa, os princípios constitucionais contrapostos não remetem a um espaço vazio, sem significação jurídica alguma, passíveis de livre utilização por parte do operador do direito. A doutrina e a jurisprudência já dotaram as expressões de conteúdo jurídico suficiente para afastar o emprego diante de realidades distintas ou aleatórias, como adiante será demonstrado.

Por fim, em conclusão à apresentação do tema, vale afirmar que qualquer princípio constitucional, desde que relevante e conflitante com o regime jurídico da sanção de nulidade com efeitos absolutos, pode ser chamado para justificar materialmente o emprego da técnica. Todavia, para que não se exceda demasiadamente aos propósitos da presente dissertação, serão examinados unicamente os principais interesses jurídicos invocados por parte da jurisdição constitucional no Brasil, para conceder ou negar a proposta de modulação temporal de efeitos.

3.7.1 Segurança Jurídica

3.7.1.1 Aproximação conceitual e conteúdo

Segurança jurídica traduz expressão que não possui significação unívoca, apresentando-se fluída e aberta. Por esta razão, alguns juristas criticam a viabilidade de se proceder à modulação temporal tomando-se em um dos extremos do processo de ponderação parâmetro tão indeterminado.

Não se adere à crítica formulada, porquanto a expressão referida contém densificação jurídica mínima formatada pela doutrina e pela jurisprudência. Resta, aqui, demonstrar o que já se produziu para a formação de um conteúdo jurídico mínimo, do qual não se pode apartar, de qualquer modo, durante o processo de interpretação e aplicação do direito.

Em uma primeira aproximação, a segurança jurídica foi concebida sob o prisma de uma *segurança pelo direito*.⁵¹⁷ Tratava-se da visão consagrada por ocasião do surgimento do Estado de Direito, inspirado por noções liberais, de não intervenção do Poder Público e da soberania popular traduzida na supremacia da lei. Através da simples positivação de leis no ordenamento jurídico, oferecia-se ao indivíduo segurança e previsibilidade em suas relações sociais, consoante considerações de THEOPHILO CAVALCANTI FILHO sobre o tema:

“Como se vê, o Direito estatal representa o máximo de certeza e de segurança para a coletividade. Constitui uma garantia de orientação e de comportamento,

⁵¹⁷ Acerca da evolução histórica e diferentes concepções de *segurança jurídica*, confira-se o percuciente estudo de BAPTISTA, Patrícia Ferreira. **Segurança Jurídica e proteção da confiança legítima no Direito Administrativo: análise sistemática e critérios de aplicação no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Tese apresentada à Universidade de São Paulo como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito- Direito Administrativo, 2006.

não só no que diz respeito a si mesmo como também aos demais ordenamentos. E assim é porque, como acabamos de vêr, há uma gradação de positividade, uma gradação de eficácia, de modo que a norma que, a final, prevalece, é aquela imposta pelo poder estatal. A experiência jurídica, em toda a sua plenitude, encontra portanto aí o seu núcleo central, o seu ponto fundamental. Do Estado irradia a positividade plena, o que importa em dizer, que dele emana o estímulo principal de segurança e de certeza para a coletividade, como um todo, e para cada membro, em particular. (...)⁵¹⁸

Ao longo do desenvolvimento histórico, o homem percebeu, no entanto, que o mecanismo criado para preservar a segurança não era em si mesmo seguro. O aumento da complexidade normativa derivada da atribuição de novas funções ao *Welfare State*, agregado a outros fatores políticos (v.g. as deficiências da democracia partidária e a inaptidão do Parlamento para apreender a vontade geral), sociais (v.g. o galopante desenvolvimento tecnológico e científico a impor atraso no acompanhamento do legislador em relação aos fatos) e jurídicos (v.g. o reconhecimento de âmbito de criação ao juiz por ocasião da interpretação da lei e a necessidade de aplicar ordenamentos de dimensão transnacional), deram ensejo à criação de um sistema jurídico composto por número excessivo de normas, nem sempre de boa qualidade técnica e de notável instabilidade.⁵¹⁹

Demandou-se, portanto, a introdução de mecanismos para proporcionar a segurança do próprio sistema jurídico. Daí a concepção, no Estado contemporâneo, da *segurança jurídica* como *segurança do Direito*. É sob tal prisma que se pretende abordar a questão.

Acerca dessa acepção específica de segurança jurídica, CARLOS BLANCO DE MORAIS oferece delimitação conceitual adequada aos propósitos da presente dissertação:

“Definimos segurança jurídica, na linha de Corsale, Radbruch e Pérez Luño, como um princípio imanente ao conceito de Direito, que *enuncia o imperativo de garantia da certeza da ordem jurídica, nas suas dimensões de estabilidade, coerência e igualdade, permitindo aos cidadãos organizarem a sua vida*

⁵¹⁸ CAVALCANTI FILHO, Theophilo. **O problema da segurança no Direito**. São Paulo: RT, 1964, p. 50.

⁵¹⁹ O relato de ANTONIO-ENRIQUE PÉREZ LUÑO denuncia o aparecimento das ofensas à segurança do ordenamento jurídico: “El tránsito del Estado liberal al Estado social de Derecho ha comportado una presencia creciente de los órganos administrativos en diferentes sectores de la sociedad civil. Pero la satisfacción de esa ‘procura existencial’ (*Daseinvorsorge*), a través de las consiguientes prestaciones y servicios publicos, que distingue al *Welfare State* ha tenido su coste en términos de erosión del principio de legalidad. La multiplicación de intervenciones normativas del Estado se realiza, las más de las veces, por vía de medidas o providencias administrativas. Con ello, se disuelve la tradicional división de funciones entre el legislativo y el ejecutivo: las clásicas leyes formales (*Rechtsgesetze*) se han visto, de forma paulatina, suplantadas por leyes medida (*MassnahmeGesetze*). La **inflación normativa**, que ha dado renovada actualidad a la consabida advertencia de Tácito: ‘*Corruptissima respublica plurimae leges*’, se ha visto acompañada del grave menoscabo de la propia estructura formal de las normas legales. La certeza del Derecho, en cuanto posibilidad real de sus destinatarios de conocer y cumplir sus prescripciones, se ha resentido del aluvión normativo y de su continua modificación, pero en grado no menor de la **prolijidad, complejidad y equívocidad del lenguaje** en el que son expresadas las disposiciones legales. En esas circunstancias no solo los ciudadanos, sino incluso el mismo legislador y los juristas – funcionarios, administrativos, jueces o abogados – tienen graves dificultades para conocer y aplicar el Derecho” (LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. **La seguridad jurídica**. Barcelona: Ariel Derecho, 1991, p. 45-46).

*individual, relacional e colectiva, no respeito pela previsibilidade ou calculabilidade normativa de expectativas de comportamento e consequencialidade nas respectivas acções.*⁵²⁰

RAFAEL VALIM observa, no entanto, que a grande maioria dos doutrinadores não apresenta definição específica, e se limitam a referir-se aos elementos que conferem conteúdo ao princípio. Na dicção de referido autor, “(...) parece este princípio, em virtude de sua amplitude semântica, subtrair-se a qualquer tentativa de definição *útil*, sendo compreendido de modo integral mediante a exposição dos elementos que lhe dão concreitude.”⁵²¹

Sob essa orientação, para J. J. GOMES CANOTILHO a segurança jurídica seria integrada por duas noções essenciais:

“O **princípio da segurança jurídica** não é apenas um elemento essencial do princípio do estado de direito relativamente a actos normativos. As ideias nucleares da segurança jurídica desenvolvem-se em torno de dois conceitos: (1) *estabilidade* ou eficácia *ex post* da segurança jurídica dado que as decisões dos poderes públicos uma vez adoptadas, na forma e procedimento legalmente exigidos, não devem poder ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoável a alteração das mesmas quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes; (2) *previsibilidade* ou eficácia *ex ante* do princípio da segurança jurídica, que fundamentalmente, se reconduz à exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos actos normativos.”⁵²²

SYLVIA CALMES sistematizou a segurança jurídica tendo em vista três ideias fundamentais: (1) a previsibilidade; (2) a acessibilidade; (3) a estabilidade. A previsibilidade outorgaria a possibilidade de o destinatário das funções estatais conhecer as medidas do Poder Público antes de sua realização; a acessibilidade demandaria o conhecimento irrestrito do conteúdo das ações estatais, a reclamar a adoção de providências materiais (motivação, coerência e clareza) e formais (publicidade); a estabilidade ensejaria a permanência dos efeitos das situações e relações jurídicas vigentes.⁵²³

Fundado em bases doutrinárias semelhantes, LUIZ GUILHERME MARINONI sugere os elementos (1) univocidade em relação à qualificação das situações jurídicas, (2) previsibilidade das consequências jurídicas e (3) estabilidade da ordem jurídica como fundamentais à caracterização da segurança jurídica:

“(...) Para que o cidadão possa esperar um comportamento ou se postar de determinado modo, é necessário que haja univocidade na qualificação das

⁵²⁰ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional. Tomo II...** cit., p. 284-285.

⁵²¹ VALIM, Rafael. **O princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo Brasileiro.** São Paulo: Malheiros, 2010, p. 44.

⁵²² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional...** cit., p. 264.

⁵²³ CALMES, Sylvia. **Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français.** Paris: Dalloz, 2001, p. 158-161.

situações jurídicas. Além disso, há que se garantir-lhe previsibilidade em relação às consequências das suas ações. O cidadão deve saber, na medida do possível, não apenas os efeitos que as suas ações poderão produzir, mas também como os terceiros poderão reagir diante delas. Note-se, contudo, que a previsibilidade das consequências oriundas da prática de conduta ou ato pressupõe univocidade em relação à qualificação das situações jurídicas, o que torna esses elementos indissociavelmente ligados.

Em outra perspectiva, a segurança jurídica reflete a necessidade de a ordem jurídica ser estável. Esta deve ter um mínimo de continuidade. E isso se aplica tanto à legislação quanto à produção judicial, embora ainda não haja, na prática dos tribunais brasileiros, qualquer preocupação com a estabilidade das decisões.(...)»⁵²⁴

LUÍS ROBERTO BARROSO divisa a segurança jurídica como expressão que designa um conjunto complexo de ideias, o qual abrange:

- “1. a existência de instituições estatais dotadas de poder e garantias, assim como sujeitas ao princípio da legalidade;
2. a confiança nos atos do Poder Público, que deverão reger-se pela boa-fé e pela razoabilidade;
3. a estabilidade das relações jurídicas, manifestada na durabilidade das normas, na anterioridade das leis em relação aos fatos sobre os quais incidem e na conservação de direitos em face da lei nova;
4. a previsibilidade dos comportamentos, tanto os que devem ser seguidos como os que devem ser suportados;
5. a igualdade na lei e perante a lei, inclusive com soluções isonômicas para situações idênticas ou próximas.”⁵²⁵

À guisa de conclusão, com fundamento nos delineamentos doutrinários expostos, é possível compreender a segurança jurídica com base em duas noções fundamentais: (1) a certeza; e (2) a estabilidade. Sob o aspecto da certeza, contempla-se a necessidade de o indivíduo conhecer a norma jurídica aplicável, bem como de antever as consequências derivadas do comportamento vinculado à hipótese normativa. Em outro flanco, sob o aspecto da estabilidade, contempla-se a necessidade de a ordem jurídica ser contínua ao longo do tempo, sem alterações injustificadas ou imprevistas. Diante da necessidade de alteração das normas, situações ou atos praticados devem ser resguardados.

3.7.1.2 Natureza jurídica

Acerca da natureza, convém assinalar que a segurança jurídica afigura-se no ordenamento jurídico brasileiro como norma de natureza principiológica. Visa à concreção de um definido estado de coisas: a cognoscibilidade do direito e das consequências jurídicas derivadas de determinado comportamento, bem como a permanência do ordenamento e das situações individuais ao longo do tempo.

⁵²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios** cit., p. 123-124.

⁵²⁵ BARROSO, Luís Roberto. A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo. In: BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Vol. 1. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2002, p. 50-51.

Cuida-se, é verdade, de norma-princípio implícita. No entanto, diversas disposições expressamente veiculadas pelo ordenamento jurídico brasileiro conformam comportamentos em direção ao resultado pretendido pelo princípio da segurança jurídica. Neste sentido, INGO WOLFANG SARLET apresenta um rol de disposições voltadas a alcançar o propalado estado de coisas a ser promovido:

“(…) Muito embora em nenhum momento tenha o nosso Constituinte referido expressamente um direito à segurança jurídica, este (em algumas de suas manifestações mais relevantes) acabou sendo contemplado em diversos dispositivos da Constituição, a começar pelo princípio da legalidade e do correspondente direito de não ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (artigo 5º, inciso II), passando pela expressa proteção do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito (artigo 5º, inciso XXXVI), bem como pelo princípio da legalidade e anterioridade em matéria penal (de acordo com o artigo 5º, inciso XXXIX, não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal) e da irretroatividade da lei penal desfavorável (artigo 5º, inciso XL), até chegar às demais garantias processuais (penais e civis), como é o caso da individualização e limitação das penas (artigo 5º, incisos XLV a XLVIII), das restrições à extradição (artigo 5º, incisos LI e LII) e das garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, incisos LIV e LV), apenas para referir algumas das mais relevantes, limitando-nos aqui aos exemplos extraídos do artigo 5º, que, num sentido amplo, também guardam conexão com a segurança jurídica.”⁵²⁶

A caracterização da segurança jurídica como norma-princípio de natureza implícita não afeta, de qualquer modo, a sua eficácia jurídica ou aplicabilidade. Sobre o assunto, JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES é enfático:

“Não está entretanto o princípio da segurança enunciado em preceito constitucional genérico, que assim expressamente dispusesse: ‘É garantida a segurança jurídica’. Mas a sua implicitude em nada lhe subtrai eficácia; não lhe amesquinha a susceptibilidade à autoaplicabilidade. Em decorrência dessa implicitude, ele não decai de sua hierarquia semântica e sintática dentre os princípios constitucionais, nem é afetado em sua efetividade, mas condiciona, como se expresse fora, a interpretação e aplicação da CF toda. O estar implícita não é obstáculo à efetividade da normatividade constitucional. Os princípios e normas implícitos estão submissos ao mesmo regime constitucional dos princípios e normas expressos. Revestem-nos a mesma força vinculante.”⁵²⁷

3.7.1.3 Fundamento

⁵²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no Direito Constitucional Brasileiro. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (org.). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 91. LUIS ROBERTO BARROSO pratica o mesmo exercício de identificação de regras e princípios constantes do ordenamento voltados à concreção do princípio da segurança jurídica (BARROSO, Luís Roberto. A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo cit., p. 52).

⁵²⁷ BORGES, José Souto Maior. O princípio da segurança na Constituição Federal e na Emenda Constitucional 45/2004. Implicações Fiscais. In: PIRES, Adilson Rodrigues; TÔRRES, Heleno (org.) **Princípios de Direito Financeiro e Tributário: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. São Paulo: Renovar, 2006, p. 248-249.

Em relação ao fundamento constitucional, é firme a doutrina ao reconhecer a segurança jurídica como desdobramento do princípio do Estado de Direito, previsto no art. 1º, *caput*, da CRFB/88. Colhe-se, a propósito, a análise do tema formulada por HUMBERTO ÁVILA:

“Com efeito, o princípio da segurança jurídica é normalmente deduzido do princípio do Estado de Direito. Tal princípio – como afirma Carrazza – ‘hospeda-se nas dobras do Estado Democrático de Direito’. Esse princípio não apenas é associado com a universalidade e com a não arbitrariedade do Direito, mas também com a exigência de que a atuação estatal seja governada por regras gerais, claras, conhecidas, relativamente constantes no tempo, prospectivas e não contraditórias. Um Estado de Direito caracteriza-se igualmente pelo ideal de protetividade de direitos e de responsabilidade estatal, somente atingido por meio de um ordenamento inteligível, confiável e previsível: a atividade estatal não é fundada e limitada pelo Direito se os poderes e se os procedimentos não são previstos, estáveis e controláveis (segurança do Direito); ainda, os direitos fundamentais não são minimamente efetivos se o cidadão não sabe previamente dentro de que limites pode exercer plenamente a sua liberdade (segurança de direitos) e se não há instrumentos que possam assegurar as suas expectativas (segurança pelo Direito) e atribuir-lhe eficácia no caso de restrições injustificadas (segurança frente ao Direito). Se o Estado de Direito é a proteção do indivíduo contra a arbitrariedade, somente um ordenamento acessível e compreensível pode desempenhar essa função. O Estado de Direito ou é seguro, ou não é Estado de Direito. (...)”⁵²⁸

No mesmo sentido, a jurisprudência do STF vislumbra “(...) hodiernamente, que o tema tem, entre nós, assento constitucional (princípio do Estado de Direito) e está disciplinado, parcialmente, no plano federal, na Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1992 (v.g. art. 2º).”⁵²⁹

Restam, assim, demonstrados tanto o fundamento constitucional da segurança jurídica nas dobras do Estado de Direito como a consagração, no ordenamento jurídico brasileiro, de várias normas jurídicas tendentes à concretização do fim almejado.

3.7.1.4 Âmbitos de projeção

Sobre os âmbitos de projeção da tutela da segurança jurídica, a doutrina consagrou a distinção entre a proteção objetiva da formação, da aplicação e da estabilidade do sistema jurídico e a proteção subjetiva da confiança creditada pelo indivíduo no

⁵²⁸ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica...** cit., p. 207. Vários outros juristas de escol avistam a segurança jurídica como derivação do Estado de Direito. Dentre outros: CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (**Curso de Direito Administrativo**), J. J. GOMES CANOTILHO (**Direito Constitucional e teoria da Constituição**) e LUÍS ROBERTO BARROSO (Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo Código Civil).

⁵²⁹ Excerto do voto proferido pelo MIN. GILMAR MENDES por ocasião do julgamento do MS 22.357-0/DF (Tribunal Pleno, j. 27.05.2004, rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* 05.11.2004, *RTJ* 192-02/620).

comportamento dos Poderes públicos. Precursor da questão no país, ALMIRO DO COUTO E SILVA consagrou a distinção indigitada:

“A segurança jurídica é entendida como sendo um conceito ou um princípio jurídico que se ramifica em duas partes: uma de natureza *objetiva* e outra de natureza *subjéctiva*. A primeira, de natureza *objetiva*, é aquela que envolve a questão dos limites à retroatividade dos atos do Estado até mesmo quando estes se qualifiquem como atos legislativos. Diz respeito, portanto, à protecção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. Diferentemente do que acontece em outros países cujos ordenamentos jurídicos frequentemente têm servido de inspiração ao direito brasileiro, tal protecção está há muito incorporada à nossa tradição constitucional e dela expressamente cogita a Constituição de 1988, no art. 5º, inciso XXXVI. A outra, de natureza *subjéctiva*, concerne à *protecção à confiança* das pessoas no pertinente aos atos, procedimentos e condutas do Estado, nos mais diferentes aspectos de sua atuação.”⁵³⁰

J. J. GOMES CANOTILHO da mesma forma percebeu a distinção dos âmbitos de atuação da segurança jurídica, a ponto de firmar a existência de dois princípios diferentes:

“Estes dois princípios – segurança jurídica e protecção da confiança – andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da protecção da confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a **segurança jurídica** está conexcionada com elementos objectivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a **protecção da confiança** se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos. A segurança e a protecção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos. (...)”⁵³¹

Não há dúvida que a feição objectiva do princípio da segurança jurídica é dotada de hipertrofia no Direito Brasileiro, sendo alvo constante de preocupação por parte da doutrina e da jurisprudência.⁵³² Entrementes, apesar de pouco explorado no Brasil,⁵³³ é

⁵³⁰ COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (protecção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei n.º 9.784/99). **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, jul./set. 2004, vol. 237, p. 271-315, p. 273-274. Ainda no Direito Brasileiro, o tema é tratado por MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Os princípios da protecção à confiança, da segurança jurídica e da boa-fé na anulação do ato administrativo. **Fórum Administrativo – Direito Público**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, v. 100, p. 155-166, jun. 2009, p. 159). ODETE MEDAUAR apresenta os principais aspectos conformadores da protecção da confiança: “A protecção da confiança diz respeito à continuidade das leis, à confiança dos indivíduos na subsistência das normas. Isso não protege os cidadãos genericamente de toda alteração legal, pois cada situação terá a peculiaridade para detectar, ou não, a confiança suscitada. Apresenta-se mais ampla que a preservação dos direitos adquiridos, porque abrange direitos que não são ainda adquiridos, mas se encontram em vias de constituição ou susceptíveis de se constituir; também se refere à realização de promessas ou compromissos da Administração que geraram, no cidadão, esperanças fundadas; visa, ainda, a proteger os particulares contra alterações normativas que, mesmo legais, são de tal modo abruptas ou radicais que suas consequências relevam-se chocantes” (MEDAUAR, Odete. Segurança jurídica e confiança legítima. In: ÁVILA, Humberto (org.). **Fundamentos do Estado de Direito: estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 117).

⁵³¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional...** cit., p. 257.

⁵³² ALMIRO DO COUTO E SILVA revela as causas do fenómeno: “No direito brasileiro, muito provavelmente em razão de ser antiga em nossa tradição jurídica a cláusula constitucional da protecção ao direito adquirido,

viável o reconhecimento de um âmbito de proteção subjetivo imposto pela segurança jurídica, consoante conclusão de CLÊMERTON MERLIN CLÈVE:

“A alusão à proteção de direitos não adquiridos, mas fundados em um estado de confiança tutelado juridicamente não é construção fantasiosa, mas tese absolutamente plausível, consentânea com nosso sistema de proteção de direitos. Não surpreende, portanto, a disseminação desse entendimento na doutrina nacional. É o caso, por exemplo de Ingo Sarlet: ‘ a irretroatividade de determinados atos do Poder Público encontra o seu fundamento justamente na necessidade de proteger a confiança do cidadão na estabilidade de suas posições jurídicas e do próprio ordenamento, o que tem levado ao reconhecimento, para além da salvaguarda dos direitos adquiridos, até mesmo de um certo grau de proteção das assim denominadas expectativas de direitos, assim como da necessidade de estabelecer regras de transição razoáveis, nos casos de uma alteração de determinados regimes jurídicos.’”⁵³⁴

Especificamente sobre as obrigações impostas ao Poder Público em razão do princípio da proteção da confiança, aponta ALMIRO DO COUTO E SILVA para o dever de não proceder à alteração repentina de comportamento e para o dever de indenizar eventuais prejuízos derivados de conduta contrária às expectativas legítimas dos cidadãos:

“(a) impõe ao Estado limitações na liberdade de alterar sua conduta e de modificar atos que produziram vantagens para os destinatários, mesmo quando ilegais, ou (b) atribui-lhe consequências patrimoniais por essas alterações, sempre em virtude da crença gerada nos beneficiários, nos administrados ou na sociedade em geral de que aqueles atos eram legítimos, tudo fazendo razoavelmente supor que seriam mantidos.”⁵³⁵

Anote-se, contudo, que não é qualquer expectativa de direito que se legitima para ser tutelada pela segurança jurídica. Acerca dos pressupostos necessários para a caracterização de confiança digna de proteção, curial é a transcrição da apreciação crítica de LUÍS ROBERTO BARROSO:

“A doutrina tem construído alguns parâmetros a fim de conferir maior densidade jurídica à noção de expectativa legítima que merece proteção jurídica. Três deles merecem especial registro. Em *primeiro lugar*, será juridicamente legítima, e merecerá proteção, a expectativa que decorra de um comportamento objetivo do Poder Público, isto é, que não seja apenas uma esperança inconsequente sem vínculo com elementos reais e objetivos da atuação estatal. Um discurso do Chefe do Executivo não gera, por si só, uma expectativa legítima, mas um decreto poderá justificá-la. (...) Em *segundo lugar*, a expectativa será digna de proteção se a conduta estatal que a gerou perdurou razoavelmente no tempo, de modo a ser descrita como consistente e transmitir a

ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada – pontos eminentes nos quais se revela a segurança jurídica, no seu aspecto objetivo- não houve grande preocupação na identificação da segurança jurídica, vista pelo ângulo subjetivo da proteção à confiança, como princípio constitucional, situado no mesmo plano de importância do princípio da legalidade” (COUTO E SILVA, Almiro. O princípio da segurança jurídica... cit., p. 278).

⁵³³ Consoante relato histórico tecido por ALMIRO DO COUTO E SILVA, a transposição do princípio da proteção da confiança do Direito Privado para o Direito Público ocorreu, pela primeira vez, perante o Superior Tribunal Administrativo de Berlim, em 14/11/1956. Posteriormente, foi previsto no § 48 da Lei do Processo Administrativo Alemão de 1976 e reconhecido como princípio de valor constitucional em 1970 (COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica... cit., p. 273-275).

⁵³⁴ CLÈVE, Clèmerton Merlin. Crédito-prêmio de IPI e princípio constitucional da segurança jurídica. **Crédito-Prêmio de IPI: Estudos e Pareceres III**. Barueri: Minha Editora, 2005, p. 152-153.

⁵³⁵ COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica... cit., p. 274.

idéia de certa estabilidade, levado o particular a praticar atos fiado na conduta estatal. Por fim, *em terceiro lugar*, será relevante saber, para a avaliação da legitimidade da expectativa, se o particular podia ou não razoavelmente prever o risco de futura modificação do ato do Poder Público. É natural e esperado que uma decisão liminar proferida por um juiz de primeiro grau, ou mesmo uma sentença, sejam posteriormente modificadas, o mesmo não se passando com decisões transitadas em julgado, por exemplo.”⁵³⁶

De modo semelhante, com base em estudo de direito comparado, DIEGO CALDAS RIVAS DE SIMONE elenca os requisitos para a admissibilidade da proteção da confiança: (1) imprevisibilidade e caráter repentino da mudança; (2) existência de razões objetivas para se acreditar na estabilidade das posições jurídicas; e (3) preponderância da confiança legítima do particular em face do interesse público concreto em eventual juízo de ponderação.⁵³⁷

3.7.1.5 Sujeitos vinculados ao dever de tutela

No respeitante aos sujeitos vinculados à tutela da segurança jurídica em sentido amplo, convém anotar que, usualmente, referido princípio é relacionado às funções legislativa e executiva. No entanto, nada afasta a incidência do princípio sobre a função jurisdicional. Conforme noções originariamente fornecidas por HANS Kelsen, mais atualmente anotadas por LUÍS ROBERTO BARROSO, o Poder Judiciário faz parte do processo de produção do direito:

“Nesse sentido, as garantias inerentes ao princípio da segurança jurídica não se destinam a proteger os indivíduos apenas contra os enunciados normativos em abstrato, antes de um ato de interpretação e aplicação que defina as normas efetivamente impostas. Como já referido, embora caiba à lei inovar na ordem jurídica para criar direitos e obrigações, juízes e tribunais é que vão dizer, de modo definitivo, o sentido e o alcance da lei.

Em outras palavras, é o Judiciário, em última análise, a instância que irá decidir quais direitos e obrigações foram criados pelos dispositivos legais. Dentro dessa linha de raciocínio, é natural que o princípio da segurança jurídica se dirija também à atividade jurisdicional. Mesmo porque, se a cada momento o Judiciário pudesse modificar o seu entendimento sobre a legislação em vigor e atribuisse às novas decisões efeitos retroativos, instalar-se-ia a absoluta insegurança jurídica. (...)”⁵³⁸

“Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da protecção da confiança são exigíveis perante *qualquer acto de qualquer poder* – legislativo, executivo e

⁵³⁶ BARROSO, Luís Roberto. Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária. Segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, v. 1, p. 261-288, abr./jun. 2006, p. 278-279.

⁵³⁷ SIMONE, Diego Caldas Rivas de. **Segurança Jurídica e tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 158-165.

⁵³⁸ BARROSO, Luís Roberto. Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal... cit., p. 275.

judicial”, conclui J. J. GOMES CANOTILHO.⁵³⁹ Com efeito, o dever de cumprir o necessário para alcançar a segurança jurídica vincula o legislador (responsável por editar normas gerais e abstratas), bem como o administrador e o juiz (responsáveis por editar normas individuais e concretas). De modo mais abrangente, é correto afirmar que as exigências de previsibilidade e de estabilidade não incidem apenas sobre a elaboração da ordem jurídica objetiva, mas também sobre a interpretação e a aplicação do direito perpetrada por quaisquer das funções do Estado.

Não por outro motivo, JOSÉ CARLOS FRANCISCO apresenta o princípio da proteção da confiança como direito subjetivo de proteção em face da mudança de postura por parte de qualquer Poder constituído:

“Assim, a confiança legítima em sentido jurídico procura se afirmar como direito subjetivo que protege cidadãos e demais destinatários do Estado em face de mudanças de postura, políticas ou entendimentos por parte do Poder Executivo (p. ex., alterações de políticas ou atividades estatais), do Poder Legislativo (p. ex., mudanças legislativas) e também do Poder Judiciário (p. ex., mutação constitucional reconhecida pela jurisprudência).”⁵⁴⁰

3.7.1.6 Desdobramentos do princípio

Como caminhos de concreção da segurança jurídica, diversas regras e princípios constitucionais foram integrados ao ordenamento jurídico.

Nesse contexto, deparando-se inicialmente com a atividade de produção normativa do Estado, exige-se que as normas jurídicas sejam dotadas de precisão, determinabilidade, clareza e densidade suficiente. A propósito, colhem-se os ensinamentos de J. J. GOMES CANOTILHO:

“A segurança jurídica postula o **princípio da precisão ou determinabilidade dos actos normativos**, ou seja, a conformação material e formal dos actos normativos em termos linguisticamente claros, compreensíveis e não contraditórios. Nesta perspectiva se fala de *princípios jurídicos de normação jurídica* concretizadores das exigências de determinabilidade, clareza e fiabilidade da ordem jurídica e, conseqüentemente, da segurança jurídica e do Estado de Direito.

O princípio da determinabilidade das leis reconduz-se, sob o ponto de vista intrínseco, a duas ideias fundamentais. A primeira é a da *exigência de clareza das normas legais*, pois de uma lei obscura ou contraditória pode não ser possível, através da interpretação, obter um sentido inequívoco capaz de alicerçar uma solução jurídica para o problema concreto. A segunda aponta para a *exigência de densidade suficiente* na regulamentação legal, pois um acto

⁵³⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional...** cit., p. 257. Ainda sobre o assunto, MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional. Tomo II...** cit., p. 285.

⁵⁴⁰ FRANCISCO, José Carlos. Confiança legítima, modulação de efeitos e súmula vinculante 8 do E. STF. In: MESSA, Ana Flávia; MAC CRACKEN, Roberto Nussinkis (coord.). **Tendências jurídicas contemporâneas: estudos em homenagem a Nuncio Theophilo Neto**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 455.

legislativo (ou um acto normativo em geral) que não contém uma disciplina suficientemente concreta (=densa, determinada) não oferece uma *medida* jurídica capaz de: (1) alicerçar *possíveis* juridicamente protegidas dos cidadãos; (2) constituir uma *norma de actuação* para a administração; (3) possibilitar, como *norma de controlo*, a fiscalização da legalidade e a defesa dos direitos e interesses dos cidadãos (Acs. 285/92, DR, 17-8-92 e 233/94, DR, II, 27-8-94).⁵⁴¹

Ainda em relação à produção normativa, a segurança jurídica impõe limitações à retroatividade das normas. Repudiam-se, assim, ofensas à estabilidade do ordenamento jurídico, consoante aponta J. J. GOMES CANOTILHO:

“A mudança ou alteração frequente das leis (de normas jurídicas) pode perturbar a confiança das pessoas, sobretudo quando as mudanças implicam efeitos negativos na esfera jurídica dessas mesmas pessoas. O princípio do estado de direito, densificado pelos princípios da segurança e da confiança jurídica, implica, por um lado, na qualidade de elemento objectivo da ordem jurídica, a durabilidade e permanência da própria ordem jurídica, da paz jurídico-social e das situações jurídicas; por outro lado, como dimensão garantística jurídico-subjectiva dos cidadãos, legitima a confiança na permanência das respectivas situações jurídicas. Daqui a ideia de uma *certa medida de confiança* na actuação dos entes públicos dentre das leis vigentes e de uma *certa protecção* dos cidadãos no caso de mudança legal necessária para o desenvolvimento da actividade de poderes públicos. Todavia, uma absoluta proibição da retroactividade de normas jurídicas impediria as instâncias legiferantes de realizar novas exigências de justiça e de concretizar as ideias de ordenação social positivamente plasmadas na Constituição.”⁵⁴²

A segurança na aplicação do direito, por sua vez, corporifica-se nas regras de rejeição ao arbítrio, na imposição do dever de racionalidade ao ato decisório e no respeito à estabilidade das situações resultantes das concretizações das normas. Sobre o último aspecto, destaca J. J. GOMES CANOTILHO a importância dos atributos de imutabilidade das decisões administrativas e judiciais.⁵⁴³

À vista dos desdobramentos do princípio da segurança jurídica, ANTONIO-ENRIQUE PÉREZ LUÑO propôs didática sistematização, fundada em dois critérios: a correção estrutural e a correção funcional do direito.

Por correção estrutural, refere-se à garantia de formulação regular das normas e instituições integrantes do sistema jurídico. A lei deve ser promulgada (sem a promulgação, não poderia a lei chegar ao conhecimento da comunidade e obrigar), manifesta (sem a clareza e precisão, pode-se induzir alguém a erro), plena (sem alcançar todos os comportamentos relevantes juridicamente, o ordenamento não é capaz de ordenar a convivência humana), escrita (sem a previsão de normas gerais e abstratas promulgadas pelo Parlamento, não há Estado de Direito), prévia (sem a antecedência, não é possível

⁵⁴¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional...** cit., p. 258.

⁵⁴² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional...** cit., p. 259-260.

⁵⁴³ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional...** cit., p. 264-265.

calcular os efeitos jurídicos do comportamento) e tendente à definitividade (sem a estabilidade do Direito, não há clima de confiança em seu conteúdo).

Por correção funcional, assinala a garantia de cumprimento do direito por todos os seus destinatários e a regularidade de atuação dos órgãos encarregados de sua aplicação. Mediante esta concepção, verifica-se a regularidade da metodologia de aplicação do direito ao caso concreto, com observância do prescrito em abstrato, rechaçando-se a arbitrariedade. Para tanto, a aplicação do direito deve ser pública, razoável, moral e fundada em critérios interpretativos corretos.⁵⁴⁴

3.7.1.7 Segurança jurídica e Estado

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

A propósito do tema, ANA PAULA ÁVILA invoca três razões para obstar a modulação temporal com base na proteção da confiança do próprio Estado:

“Questão interessante é responder se o Estado pode também invocar a segurança jurídica, nesse mesmo aspecto, para a manutenção de situações em que a lei inconstitucional tenha gerado em seu benefício. A resposta é não, taxativamente, não, por diversas razões. Primeiro, porque, se esse benefício se deu em detrimento de direitos fundamentais do indivíduo, já se concluiu pela prevalência desses em caso de conflito. Segundo, porque a segurança jurídica é, também, um direito fundamental do cidadão (art. 5º, caput) oponível ao Estado, e o Supremo Tribunal Federal, na esteira do pensamento constitucional germânico, tem confirmado o entendimento de que os direitos fundamentais aproveitam aos cidadãos e, não, ao Estado.”⁵⁴⁵

Linhas adiante, complementa a referida autora:

“E terceiro, porque uma análise mais aprofundada de alguns aspectos do princípio da boa-fé, que, por aqui, tem servido para complementar a segurança jurídica no sentido de proteção da confiança, jamais autorizaria que o autor de um ato inválido pudesse lograr proveito através dele. (...)”⁵⁴⁶

Centrado nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade de normas impositivas de tributo, DIEGO CALDAS RIVAS DE SIMONE oferece razões de sustentação à tese de não reconhecimento da frustração da confiança em favor do próprio Estado:

⁵⁴⁴ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *La seguridad jurídica* cit., p. 23-27.

⁵⁴⁵ ÁVILA, Ana Paula. *A modulação de efeitos temporais pelo STF...* cit., p. 151.

⁵⁴⁶ ÁVILA, Ana Paula. *A modulação de efeitos temporais pelo STF...* cit., p. 152.

“Repise-se, neste particular, que a confiança legítima atua exclusivamente em favor dos cidadãos, uma vez que (i) sua utilização em favor do Estado equivaleria a protegê-lo, de forma incompreensível, contra os seus próprios atos; (ii) todo aquele que tem posição soberana sobre os acontecimentos/eventos não tem confiança a proteger; (iii) o Estado é soberano, futor e aplicador da lei, de sorte que a relação Estado/cidadão está marcada pelo domínio do Estado sobre os atos praticados pelos três poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) e não o contrário; (iv) se trata de uma garantia constitucional dos cidadãos, verdadeira limitação ao poder de tributar, aplicável somente aos justicáveis; e (v) os atos, ações e omissões do cidadão em face do Estado, praticados de forma abusiva, com intuito de fraude, de maneira delituosa ou de má-fé, já estão previstos e sancionados no termos da legislação em vigor.”⁵⁴⁷

De outro modo, de maneira mais acertada, JOSÉ CARLOS FRANCISCO admite que, em hipóteses excepcionais, pessoas jurídicas de Direito Público sejam tuteladas pela segurança jurídica, inclusive sob o viés subjetivo:

“Parece-me claro que a confiança legítima abriga pessoas físicas e pessoas jurídicas de Direito Privado, mas também deve acolher pessoas jurídicas de Direito Público que igualmente pautaram suas decisões e condutas pelas orientações dignas de proteção emanadas pelo Estado. Por exemplo, se adotada a forma federativa já tradicional no sistema constitucional brasileiro, há muitas competências atribuídas apenas à União Federal (como a atribuição para editar normas gerais no âmbito das competências legislativas concorrentes, por óbvio, também as competências legislativas privativas) e que, portanto, delimitam as atividades normativas e administrativas dos Estados-Membros, do Distrito Federal e dos Municípios, assim como de diversas pessoas jurídicas de Direito Público e de Direito Privado vinculadas a essas unidades federativas, certamente todas igualmente carentes de proteção pela confiança legítima.”⁵⁴⁸

Ainda, a inversão de jurisprudência consolidada sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo reiteradamente aplicado é capaz de afetar a confiança legítima depositada pelo administrador público e pelo executor da lei, que pautaram sua conduta ao longo do tempo na convicção de correção do entendimento posteriormente derribado pela nova convicção judicial. Nestes casos, possível cogitar a modulação temporal de efeitos, ainda que em benefício do próprio Estado.

3.7.1.8 Segurança jurídica e modulação temporal

A segurança jurídica tem sido o pressuposto material mais invocado para justificar o dimensionamento temporal dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade. A esta altura, convém analisar de que modo o referido princípio desempenha específica função no ordenamento jurídico.

⁵⁴⁷ SIMONE, Diego Caldas Rivas de. **Segurança jurídica e tributação** cit., p. 126-127.

⁵⁴⁸ FRANCISCO, José Carlos. *Confiança legítima...* cit., p. 455.

O princípio da segurança jurídica limita a aplicação do princípio da nulidade da lei ou ato normativo inconstitucional, de acordo com as circunstâncias de fato e de direito existentes em dada situação concreta.

Com efeito, reportando-se aos fundamentos já assentados sobre o sistema de controle de constitucionalidade de leis ou atos normativos, estipulada a sanção de nulidade com efeitos absolutos como consequência jurídica à inconstitucionalidade, a decisão que pronuncia o vício tem caráter meramente declaratório, limitando-se a constatar uma circunstância congênita. Caracterizada a natureza declaratória da sentença, a sua eficácia temporal se perfaz em aparente retroatividade, retroagindo ao momento da incorporação do ato ao mundo jurídico. Com isto, quer-se significar que o provimento jurisdicional afasta o ato nulo desde o instante de sua incorporação ao sistema de direito positivo, não enquanto realidade perceptível, mas como instrumento jurídico hábil a incidir e juridicizar suportes fáticos.

Tolhida *ab initio* a eficácia do ato inconstitucional, todas as situações jurídicas praticadas sob o seu influxo ficam desamparadas de fundamento legítimo, afigurando-se passíveis de revisão para restabelecimento do *status quo ante*. Não é dado olvidar que, até a declaração de inconstitucionalidade, incide sobre a norma produzida a presunção de constitucionalidade, restando cotidianamente aplicada pelos destinatários, que creditam confiança no ordenamento jurídico enquanto instituição. De outro modo, em relação às situações jurídicas futuras, em razão da retirada jurídica da lei ou do ato normativo declarado inconstitucional do ordenamento, configura-se um nocivo estado de desorientação e incerteza, oriundo da ausência de regulamentação normativa.

Com base em tais premissas, é possível verificar que, em determinadas hipóteses, a carga retroativa máxima da declaração de inconstitucionalidade agride os principais elementos que conferem conteúdo ao princípio da segurança jurídica: (1) a *certeza do Direito*, porque a alteração da norma de regência decorrente da pronúncia de inconstitucionalidade impede a prévia definição do direito aplicável e a antecipada percepção das consequências jurídicas decorrentes da conduta perpetrada; (2) a *estabilidade da ordem e das situações jurídicas*, porque rompe com a tendência de definitividade e permite a revisão de situações jurídicas inicialmente tendentes à continuidade; e (3) a *confiança legítima dos cidadãos em relação aos atos dos Poderes Públicos*, porque corrompe a suposta validade da lei ou ato normativo e frustra a

expectativa legitimamente fundada de que o ordenamento seria cumprido e os efeitos originariamente pretendidos respeitados.

Daí restar caracterizada colidência de princípios constitucionais, cujo desate importa o confronto axiológico delimitado em seus flancos por CARLOS BLANCO DE MORAIS:

“O ‘telos’ da convocação do princípio implica um balanceamento axiológico entre dois valores com impacto na situação em julgamento. De um lado a exigência do ‘império’ de um *princípio da constitucionalidade* que reclama, através da sanção da nulidade, a reconstituição, dentro do possível, da situação que existia antes da aprovação da norma inconstitucional, reconstituição que implica a repristinação do direito revogado pela norma inconstitucional e a eliminação das situações jurídicas constituídas à sua sombra. De outro, a necessidade da salvaguarda da *paz jurídica e das legítimas expectativas das pessoas* na subsistência de situações estabilizadas e geradas por actos e contratos formados em execução, ou no respeito da norma inconstitucional e cuja destruição poderia impor sacrifícios materialmente infundados, exorbitantes ou desnecessários.”⁵⁴⁹

Ponderada, no caso, a prevalência da segurança jurídica em face dos efeitos nocivos da declaração de inconstitucionalidade, o referido princípio passa a funcionar como limite à incidência do princípio da nulidade com efeitos absolutos da lei ou ato normativo inconstitucional. Em outras palavras, em casos excepcionais, a jurisdição constitucional pode determinar que, em atenção ao conteúdo da segurança jurídica e sopesadas as circunstâncias de fato e de direito do caso concreto, alguns efeitos devam ser preservados, em detrimento da norma objeto de fiscalização ser flagrantemente inconstitucional.

O dimensionamento temporal de efeitos vem, exatamente, para conter a aplicação do princípio da nulidade com a finalidade de tutelar a segurança jurídica. É o que também presente HUMBERTO ÁVILA:

“A modulação de efeitos deve constituir um meio de preservar a segurança jurídica em toda a sua amplitude, especialmente pela estabilidade institucional do ordenamento jurídico. Esta estabilidade, porém, não pode ser relacionada meramente a questões financeiras. Ela deve dizer respeito à proteção da credibilidade do ordenamento jurídico, no sentido de que a decretação da nulidade terminaria afetando de forma negativa, comprovada ou presumidamente, um sem-número de pessoas, cujos direitos fundamentais terminariam por ser desnecessariamente restringidos e cuja confiança no ordenamento, globalmente considerada, seria fortemente afetada.”⁵⁵⁰

TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR equipara limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade a uma regra de não retroatividade:

“(…) Trata-se de respeitar o passado em face das alterações no sentido normativo dos fatos, precavendo-se da possibilidade de tornar ilusórias, por força do efeito *ex tunc*, expectativas legítimas então vigentes (*boa fé, promessas, acordos*)

⁵⁴⁹ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional. Tomo II...** cit., p. 286-287.

⁵⁵⁰ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica...**, p. 571.

firmados, confiança em decisões). A atribuição de efeitos *ex nunc* resgata e sustém, assim, um passado em face do futuro, garantindo essas expectativas em face de modificações ocorridas no presente (declaração de inconstitucionalidade). Com isso, o sentido dos eventos passados mantém um contorno próprio, conforme critérios então vigentes com a emanção da lei inconstitucional, tornando-se imune à perda de sentido provocada pela nulidade (quando, por exemplo, da declaração de inconstitucionalidade resulta uma anomia), ou imune ao sentido que se lhes volte a atribuir pelo restabelecimento da lei que havia sido revogada pela norma declarada inconstitucional.”⁵⁵¹

3.7.1.9 Algumas situações aventadas pela doutrina

As hipóteses de fato que podem desencadear a colidência dos princípios da nulidade da lei ou ato normativo inconstitucional e a segurança jurídica são infundáveis. Entretanto, algumas situações são constantemente invocadas para justificar a modulação temporal de efeitos com esteio na segurança jurídica. Elencam-se, doravante, as principais menções por parte da doutrina:

(1) *Inversão de jurisprudência consolidada que entendia constitucional lei ou ato normativo posteriormente declarado inconstitucional.*

Em sistemas não filiados à *common law*, a jurisprudência não se apresenta como fonte de preceitos de observância obrigatória. No entanto, não há dúvida que a repetição reiterada de julgados exerce forte influência na definição do real significado do direito vigente, contribuindo para a determinação da univocidade do sentido da norma e para a antecipação das consequências possíveis de determinada conduta. A propósito do assunto, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO aponta duas vias de intersecção entre a reiteração de julgados e a definição do direito aplicável:

“(…) o que diz um tribunal em suas súmulas ou acórdão, especialmente quando estes se reiteram de modo regularmente uniforme ou vêm de uma célula colegiada de elevado nível (Plenário, Seções etc.), não só tende a reproduzir em outros julgados dele próprio, como ainda flui como que por osmose para os julgados dos órgãos que lhe são hierarquicamente subordinados, com fortíssima tendência a se impor nas práticas decisórias destes. Para isso concorrem: (a) de um lado, o *elemento cultural* consistente na reverência aos precedentes jurisprudenciais, que leva tribunais, juízes e inferiores, às vezes até por

⁵⁵¹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Do efeito *ex nunc* na declaração de inconstitucionalidade pelo STF. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (org). **O processo na Constituição**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 538-539. Do mesmo modo, EDUARDO APPIO justifica a regulação dos efeitos com base nos fundamentos da não retroatividade: “(…) Uma decisão retroativa da Suprema Corte nada mais é do que uma lei (pessoal) para o passado, ou seja, mensura já a partir do futuro, de que maneira que a lei foi sendo aplicada durante o período – geralmente longo – de sua vigência para decidir de que maneira a decisão será proferida. Bem por isto, a regulação dos efeitos da decisão se apresenta como um poder político tão ou até mais importante que o poder de controlar atividade do Parlamento (controle de constitucionalidade). A regulação dos efeitos é, por conseguinte, tema de primeira grandeza nos Estados Unidos” (APPIO, Eduardo. **Controle difuso de constitucionalidade...** cit., p. 76).

comodismo, a afeiçoar-se aos ventos que vêm do alto e (b) de outro, certas *precisas disposições legais* aportadas ao direito processual positivo nas últimas décadas e convergentes à oficial valorização dos precedentes jurisprudenciais em associação ao reforço dos poderes do relator.”⁵⁵²

Para além de contribuir para a determinação do significado do Direito – e, por consequência, para a certeza do Direito –, CLÈMERSON MERLIN CLÈVE avista outras relações possíveis entre a reiteração uniforme de julgados e a segurança jurídica:

“Tanto é desta forma que a jurisprudência, além de influenciar, muitas vezes de forma decisiva, a produção legislativa, a ação administrativa e o horizonte decisional dos particulares, também pode propiciar outras consequências vinculadas à segurança jurídica:

- a) para as partes, na medida em que possibilita uma certa previsibilidade quanto à solução final do caso, operando assim como fator de segurança e de tratamento judicial isonômico;
- b) para o *Judiciário*, porque a jurisprudência sumulada agiliza as decisões, alivia a sobrecarga acarretada pelas demandas repetitivas e assim poupa precioso tempo, que poderá ser empregado no exame de casos mais complexos e singulares;
- c) para o próprio Direito, em termos de sua eficácia prática e credibilidade social, porque o *tratar igualmente as situações análogas* é algo imanente a esse ramo do conhecimento humano, certo que o *sentimento do justo* integra a essência do Direito desde suas origens: *jus est ars boni et aequo*.”⁵⁵³

Diante das relevantíssimas funções desempenhadas, a alteração significativa da jurisprudência não pode ocorrer de inopino ou de modo não anunciado, sob pena de configurar grave ofensa ao conteúdo da segurança jurídica. “A estabilidade, como oposto de insegurança, nas decisões judiciais, é elemento de resgate da indispensável fidúcia do jurisdicionado em relação ao Estado-juiz, que detém o monopólio da jurisdição, na medida em que aumenta a confiabilidade, a previsibilidade, a calculabilidade”, considera CLÈMERSON MERLIN CLÈVE.⁵⁵⁴

Vale recordar que a segurança jurídica não se atém à mera elaboração, mas repercute na aplicação do Direito. Por esta razão, as alterações de jurisprudência consolidada devem respeitar os fatos já ocorridos, impregnados de expectativa legítima do cidadão em relação à correção da interpretação pretérita emprestada ao Direito. A conclusão alcançada é ratificada por ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO:

“Sendo o direito um sistema com função social, não são, pois, somente as leis (que são parte do direito, mas não todo o direito), que não podem confiscar direitos adquiridos, mas também toda espécie de comando integrante do sistema. Uma alteração de jurisprudência reiterativa somente pode, por respeito as

⁵⁵² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Mutações jurisprudenciais e as expectativas dos jurisdicionados. A garantia constitucional de acesso à justiça e a irrelevância da inexistência de instrumentos processuais específicos. Crédito-Prêmio de IPI: Estudos e Pareceres III*. Barueri: Minha Editora, 2005, p. 91.

⁵⁵³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Crédito-prêmio de IPI... cit.*, p. 164.

⁵⁵⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Crédito-prêmio de IPI... cit.*, p. 167.

situações consolidadas, atingir os fatos posteriores à reviravolta (*revirement*) das decisões. Seus efeitos devem ser *ex nunc*.⁵⁵⁵

Com o intuito de afastar os efeitos nocivos da declaração de inconstitucionalidade, harmonizando a alteração da jurisprudência e os elementos da segurança jurídica, respeitável doutrina recomenda a atribuição de efeitos meramente prospectivos às decisões que veiculam a inovação de posicionamento jurisprudencial. Com isto, restariam preservados os atos e situações jurídicas praticados sob a orientação anterior.

A orientação é firmada por JOSÉ CARLOS FRANCISCO, para quem a modulação de efeitos é instrumento adequado para a tutela da confiança legítima em face da alteração de posição jurisprudencial:

“Parece-nos evidente que a modulação de efeitos é instrumento de proteção à confiança legítima, aplicável a situações nas quais é aconselhável a aplicação de efeitos *ex nunc* ou prospectivos à nova orientação jurisprudencial, pois, com relação aos cidadãos e demais destinatários que se orientavam pelo que o Estado anteriormente sinalizava, havia fundamento jurídico no posicionamento anterior (derivado de processos interpretativos diversos), as atitudes estatais geraram uma confiança digna de proteção da parte de quem se orientava pelos atos normativos que ensejavam a verdadeira divergência ou na jurisprudência consolidada e, afinal, a modulação de efeitos (*ex nunc* ou prospectivo) se justifica por juízo de ponderação que procura compor os interesses em colisão. Particularmente em casos de mutação ou mudança informal, ou de alteração de matéria sumulada, parece-nos que a eficácia *ex nunc* é altamente recomendável justamente porque novos dados tirados da evolução de valores da sociedade impedem aplicação, de modo que nesse caso é bastante reduzida a discricionariedade do Poder Judiciário para a modulação (discricionariedade que pode ser reconhecida em maiores proporções para casos de divergências que se arrastam por anos ou décadas ou em casos de mudanças na composição das cortes).⁵⁵⁶

De modo análogo, LUÍS ROBERTO BARROSO recomenda a utilização da técnica da modulação dos efeitos para sanear a ofensa aos elementos da segurança jurídica decorrente da mudança de interpretação, preservando os efeitos fundados na anterior interpretação:

“A atribuição de efeitos meramente prospectivos à mudança de orientação jurisprudencial deverá ser especialmente considerada nos casos em que o entendimento que está sendo alterado tornou-se pacífico por longo período. É que uma nova interpretação tende a produzir efeitos práticos semelhantes aos que decorrem da edição de lei nova. Vale dizer: embora não haja uma alteração formal do Direito vigente, verifica-se uma alteração substancial. Diante de tal situação, o valor a ser promovido com a nova orientação deverá ser ponderado

⁵⁵⁵ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Nulidade parcial de ato normativo, certeza e segurança jurídica diante de alteração de jurisprudência consolidada. Aplicação da boa-fé objetiva ao Poder Público. **Crédito-Prêmio de IPI: Estudos e Pareceres III**. Barueri: Minha Editora, 2005, p. 61.

⁵⁵⁶ FRANCISCO, José Carlos. Confiança legítima... cit., p. 459-460. No mesmo sentido, TALAMINI, Eduardo. **Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira...** cit., p. 215. Segundo o entendimento do referido autor, a modulação seria cabível independentemente dos motivos (câmbio de valores jurídicos ou incorreção da orientação anterior) que ensejaram a alteração do entendimento jurisprudencial consolidado (TALAMINI, Eduardo. **Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira...** cit., p. 217).

com outros valores, como a boa-fé, a proteção da confiança e a segurança jurídica.”⁵⁵⁷

No mais, PAULO DE BARROS CARVALHO reconhece a hipótese como propícia ao exercício da modulação temporal dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade, independentemente da alteração jurisprudencial ter ocorrido em sede de controle de constitucionalidade abstrato ou concreto:

“A modulação dos efeitos em benefício da segurança jurídica é tema conhecido pela Suprema Corte, que se manifestara, já em 1977, pela possibilidade de concessão de efeitos *ex nunc* diante de hipótese de mudança substancial da jurisprudência assentada sobre o assunto. Ora, de ver está, não seria justo surpreender aqueles jurisdicionados que seguiram as diretrizes vigentes ao tempo da lei, agravado pelas sanções da ilicitude, precisamente quando da mudança de entendimento jurisprudencial, pela nova orientação do Egrégio tribunal. De fato, não há disciplina expressa sobre a vedação do uso retroativo da jurisprudência no que concerne ao controle difuso de constitucionalidade. No entanto, em vista das sentenças prescritivas implícitas, compostas, por derivação lógica, de formulações expressas do direito positivo, onde se encontram tanto o magno princípio da *segurança jurídica* quanto o limite objetivo da *irretroatividade*, o Direito adquire a possibilidade de estabelecer expectativas de comportamento e de torná-las efetivas ao longo do tempo, impedindo-se, com isso, que o próprio ordenamento jurídico assumia feição caótica.”⁵⁵⁸

Ao cabo, convém registrar que, se a doutrina é majoritária em recomendar a adoção de efeitos meramente prospectivos às decisões que alteram jurisprudência consolidada, a jurisdição constitucional oferece fortes resistências ao acolhimento do entendimento, notadamente nas hipóteses em que as decisões de inconstitucionalidade objeto de revisão não estavam dotadas de eficácia vinculante ou *erga omnes*.⁵⁵⁹ De qualquer modo, verifica-se que a alteração de jurisprudência do STF sobre questão constitucional já foi considerada para fins de modulação nas hipóteses de

⁵⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade...** cit., p. 101.

⁵⁵⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. Segurança jurídica e modulação dos efeitos cit., p. 28. A posição é compartilhada por LUIZ GUILHERME MARINONI: “A decisão proferida em recurso extraordinário, considerando inconstitucional a norma antes afirmada constitucional pelo precedente também derivado de recurso extraordinário, não deve ter efeitos retroativos em relação à própria situação litigiosa sob julgamento. Em todos os casos em que a revogação do precedente não só conduzir a uma nova decisão acerca da questão de constitucionalidade, mas puder apanhar situação jurídica que se formou em benefício do recorrido, os efeitos retroativos da decisão proferida no recurso extraordinário deverão ser limitados ou mesmo inibidos” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios** cit., p. 314).

⁵⁵⁹ Ainda que fundado em proposta de modulação de efeitos em razão de mera alteração de interpretação constitucional consolidada – e não propriamente em inversão de jurisprudência consolidada que entendia constitucional lei ou ato normativo posteriormente declarado inconstitucional –, paradigmático é o excerto do voto proferido pelo Min. CEZAR PELUSO, por ocasião do multicitado RE 353.657-5/PR: “Nesse contexto, indaga-se: há ofensa ao princípio da segurança jurídica ou excepcional interesse social que justifique restrição da eficácia da decisão apenas aos fatos futuros? *Data venia*, tenho que não. E, partindo da hipótese, para efeito de argumentação, que tenha havido mudança da jurisprudência, eu diria que tal mudança, neste caso, embora pudesse frustrar expectativas, não causaria instabilidade nem insulto ao postulado da confiança e segurança das relações econômicas, sociais ou jurídicas, porque sua eficácia não é vinculante nem *erga omnes*, e a legislação infraconstitucional determinava comportamento contrário, isto é, não apropriação do crédito, essa, sim, com eficácia *erga omnes* e força vinculante para as autoridades, conforme determina o art. 142 do Código Tributário Nacional.” (STF, RE 353.657, Tribunal Pleno, j. 25.06. 2007, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 07.03.2008, v. 2310-03, p. 502 RTJ 205-02/807)

proporcionalidade do número de vereadores⁵⁶⁰ e de progressão no regime de cumprimento de pena.⁵⁶¹

(2) *Necessidade de harmonização dos diversos modos de controle de constitucionalidade*

O dimensionamento temporal dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade é invocado, por parte da doutrina, com a finalidade de compatibilizar o controle realizado em abstrato com a fiscalização em concreto. Conforme explicita CARLOS BLANCO DE MORAIS, a confiança dos cidadãos que se socorreram da impugnação em concreto justificaria a ressalva dos casos pendentes e já decididos dos efeitos restritos fixados no sistema de fiscalização abstrato:

“Quando, por razões de segurança jurídica ou outras previstas no n.º 4 do art. 282.º da CRP, o Tribunal Constitucional determina que os efeitos da declaração, fixados com alcance mais restrito, se produzem apenas após a respectiva publicação no *Diário da República*, o mesmo órgão procura ressaltar, igualmente e de forma expressa, os processos pendentes de impugnação contenciosa, relativamente à aplicação dos efeitos da declaração que forma objecto dessa restrição (cfr. Ac. n.º 405/2003, de 15-10).

A ressalva descrita destina-se a evitar que processos pendentes de impugnação contenciosa com fundamento na mesma questão de constitucionalidade possam ser afectados pela restrição do alcance de efeitos sancionatórios fixada pela sentença manipulativa do Tribunal Constitucional, restrição que, se fosse projectada sobre essas pendências, frustraria a confiança dos cidadãos que impugnaram a norma em sede de controlo concreto. Por conseguinte, por força desta salvaguarda, a eficácia da declaração de invalidade do acto normativo inconstitucional fulminará a aplicação da mesma norma nos referidos processos pendentes.”⁵⁶²

GILMAR FERREIRA MENDES admite a conformidade da solução harmonizadora proposta ao Direito Brasileiro:

“Assim, pode-se entender que se o STF declarar a inconstitucionalidade restrita, sem qualquer ressalva no controle abstrato, essa decisão afeta os demais processos com pedidos idênticos pendentes de decisão nas diversas instâncias. Os próprios fundamentos constitucionais legitimadores da restrição embasam a declaração de inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* nos casos concretos. A inconstitucionalidade da lei há de ser reconhecida a partir do trânsito em julgado. Os casos concretos ainda não transitados em julgado não de ter o mesmo tratamento (decisões com eficácia *ex nunc*) se e quando submetidos ao STF. É verdade que, tendo em vista a autonomia dos processos de controle incidental ou concreto e de controle abstrato, entre nós, mostra-se possível um distanciamento temporal entre as decisões proferidas nos dois sistemas (decisões anteriores, no sistema incidental, com eficácia *ex tunc* e decisão posterior, no

⁵⁶⁰ O STF já se havia pronunciado sobre a competência do Município – e não do Estado – para dispor sobre a composição de suas Casas Legislativas em AgRRcl 488-TO, rel. Min. CARLOS VELLOSO, *DJ* de 06.12.1996. O TSE ostentava jurisprudência consolidada sobre o assunto, acatando a autonomia do Município para fixação do número de vereadores (Cf. STF, RMS 1.945, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 11.06.1993 e RMS 1.949, rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* 17.08.1993).

⁵⁶¹ Em oportunidade anterior, mais precisamente por ocasião do julgamento do HC 69.657, rel. para acórdão Min. Francisco Rezek, *DJ* 18.06.1993, o STF já havia afirmado a constitucionalidade do art. 2º da Lei n.º 8.072/90.

⁵⁶² MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional. Tomo II...** cit., p. 302-303.

sistema abstrato, com eficácia *ex nunc*). Esse fato poderá ensejar uma grande insegurança jurídica. Daí parecer razoável que o próprio STF declare, nesses casos, a inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* na ação direta, ressalvando, porém, os casos concretos já julgados ou, em determinadas situações, até mesmo os casos *sub judice*, até a data de ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade. Essa ressalva assenta-se em razões de índole constitucional, especialmente no princípio da segurança jurídica. (...)»⁵⁶³

Sendo assim, com o intuito de resguardar a expectativa legítima dos jurisdicionados, por ocasião da limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade proferida em controle abstrato, a jurisdição constitucional pode ressalvar os casos pendentes ou já decididos de impugnação específica em concreto.

De modo interessante, firma-se ressalva à exceção posta quanto aos efeitos ordinários da pronúncia de inconstitucionalidade. O assunto é considerado por CARLOS BLANCO DE MORAIS como uma solução manipulativa atípica no contexto de uma sentença manipulativa típica:

“(…) Na realidade, se uma decisão de acolhimento com restrição do alcance temporal da sua eficácia sancionatória tem por escopo ‘temperar’ o rigor da declaração típica da nulidade com efeitos absolutos, em nome da segurança jurídica ou de outros pressupostos previstos no n.º4 do art. 282.º da CRP, não deixou o Tribunal de verificar que o referido tempero poderia, em relação a casos pendentes, gerar lesões injustificadas ao princípio da mesma segurança jurídica que se pretenderia originariamente acautelar. Impunha-se, por conseguinte, ‘restringir a restrição’.”⁵⁶⁴

Vale estabelecer que a jurisdição constitucional não está obrigada a sempre ressalvar os casos pendentes. Somente em hipóteses específicas, nas quais a ausência da providência importaria em ofensa ao princípio da segurança jurídica, seria reclamada a aposição da ressalva.⁵⁶⁵ Já em relação aos casos decididos, de outro modo, a restrição proposta parece servir apenas para obstar a possibilidade de revisão da coisa julgada, uma vez que a própria decisão alcançada em controle concreto não seria automaticamente desconstituída pelos efeitos retroativos da superveniente decisão proferida em controle abstrato. Segundo esta concepção, no caso concreto, estaria definitivamente resguardada a declaração de inconstitucionalidade, ainda que em período anterior ao marco mitigado fixado por ocasião da apreciação da questão em abstrato.

Sob o aspecto prático, a hipótese de modulação em comento foi invocada pelo STF por ocasião do julgamento do RE 556.664/RS, no qual foi apreciada a constitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei n.º 8.212 e do art. 5º, parágrafo único, do

⁵⁶³ MENDES, Gilmar Ferreira. Limitação de efeitos no sistema difuso e a aplicação do art. 27 da Lei 9.868/99: algumas notas. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (coord.). **Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 33.

⁵⁶⁴ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional. Tomo II...** cit., p. 304.

⁵⁶⁵ Cf. MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional. Tomo II...** cit., p. 305.

Decreto-Lei n.º 1.569/77. Ao cabo da deliberação colegiada, resolveram os Ministros modular os efeitos da decisão, para que os efeitos *ex nunc* arbitrados não lograssem atingir as eventuais repetições de indébito ajuizadas até a decisão assentada na sessão do dia 11/06/2008. Sem adentrar à apreciação crítica que será realizada em azado momento sobre a adequação da modulação nesta hipótese, infere-se que a jurisdição constitucional buscou resguardar a confiança legítima do jurisdicionado (ao não esvaziar o controle em concreto), ao mesmo passo em que tutelou o interesse público (ao não criar ônus financeiro excessivo ao Estado).

(3) *Óbice à repristinação de lei penal menos favorável por ocasião da pronúncia de inconstitucionalidade*

Outra hipótese de modulação temporal de efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade é lembrada por parte da doutrina ao ensejo da declaração de inconstitucionalidade de lei penal menos favorável. Consoante didática exposição de REGINA MARIA MACEDO NERY FERRARI:

“(…) Se a norma repristinada qualifica como ilícito um fato, ou o sancione com pena mais severa, deve, no caso, o STF determinar que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade não alcancem a situação anterior mais benéfica, em que pese fundada em lei inconstitucional.”⁵⁶⁶

O fundamento para a obrigatoriedade da limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade de normas penais de tratamento mais favorável não está radicado na regra de sucessão de leis penais no tempo vertida pelo art. 5º, inc. XL, da CRFB/88. Cuidando-se de inconstitucionalidade, a lei anterior sequer chegou a cessar a sua vigência, dada a nulidade da lei posterior inconstitucional.⁵⁶⁷ “A configuração da declaração de inconstitucionalidade como um caso de sucessão de leis penais é, por conseguinte, uma solução simplista que parte de um pressuposto inexacto”, adverte RUI MEDEIROS.⁵⁶⁸

A chave da questão está em considerar como pressuposto da modulação a segurança jurídica, sob o viés subjetivo da confiança legítima do cidadão na integridade do ordenamento. É o que se extrai da leitura atenta das lições de RUI MEDEIROS:

“Mas, se é este factor que releva, já se vê que a solução não pode passar por uma aplicação geral e indiscriminada das regras sobre sucessão de leis penais no tempo, como se de uma lei válida se tratasse. Como lembra RUI PEREIRA, ‘só existirão expectativas quando o agente conhecer a lei penal inconstitucional e ignorar a sua inconstitucionalidade. Se o agente ignorar a própria existência

⁵⁶⁶ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. O ato jurídico perfeito e a segurança jurídica no controle da constitucionalidade. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord.). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada – Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 252.

⁵⁶⁷ MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade...** cit., p. 754.

⁵⁶⁸ Cf. MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade...** cit., p. 754.

daquela lei, não poderá esperar, obviamente, que ela lhe seja aplicada. E se, sabendo da sua existência, conhecer a inconstitucionalidade, não deverá contar com a sua aplicação. Por conseguinte, só tem sentido identificar expectativas atendíveis quando a lei penal inconstitucional de conteúdo mais favorável, discriminadora ou atenuante, era, na perspectiva do agente, ao tempo da prática do seu facto, a aplicável.’ Verifica-se assim que o n.º 4 do artigo 29.º da Constituição não constitui um limite autónomo à reprimenda. A limitação do efeito reprimendatário deve antes ser ponderada e decidida autonomamente em face das circunstâncias do caso. E essa é uma tarefa a que o n.º 4 do artigo 282º pretende, justamente, dar resposta. Logo, havendo expectativas geradas à sombra da lei inconstitucional, e que não sejam suficientemente atendidas pelas regras gerais aplicáveis (v.g., normas que atribuem em geral relevância ao erro sobre a ilicitude), deve, por razões de segurança jurídica, restringir-se o alcance da decisão de inconstitucionalidade.”⁵⁶⁹

(4) *Óbice à reprimenda de lei tributária menos favorável por ocasião da pronúncia de inconstitucionalidade*

A modulação temporal de efeitos é postulada por estudiosos do Direito Tributário, nas hipóteses em que a declaração de inconstitucionalidade induz a um regime tributário mais severo ao contribuinte. Por corolário, decisões que importem ao fim em majoração da base de cálculos ou alíquotas, bem como em afastamento de normas instituidoras de benefícios fiscais, só poderiam ser dotadas de eficácia prospectiva.

Nessa linha de argumentação, PAULO ROBERTO LYRIO PIMENTA defende que a reprimenda de lei menos favorável ao contribuinte não poderá agravar de qualquer modo a situação do contribuinte:

“Com relação à eficácia de decisão de inconstitucionalidade de norma isentiva, pensamos que o princípio da nulidade da norma inconstitucional é inaplicável em tal situação. Em verdade, há uma tensão entre esse princípio e o da segurança jurídica, posto que o primeiro importa na exigibilidade imediata do tributo objeto da isenção, enquanto o segundo veda que os beneficiários sejam surpreendidos com a criação, ou majoração de tributo no curso do exercício fiscal. Para nós, neste caso deverá ser aplicado o princípio da anterioridade, em detrimento da nulidade da norma inconstitucional. Isso implica em admitir que o tributo criado, ou majorado, com a expulsão da decisão de inconstitucionalidade, só será exigido a partir do exercício posterior à data da decisão do STF (ou da publicação da Resolução do Senado, em se tratando de controle difuso), qualquer que seja a modalidade de isenção.”⁵⁷⁰

EMILIA MARIA VELANO propõe que a decisão de inconstitucionalidade que importe em criação ou majoração de tributo não previsto pelo contribuinte seja necessariamente objeto de dimensionamento dos efeitos temporais:

“A concepção de segurança jurídica como previsibilidade da tributação é de grande valia para traçar-se diretrizes de sua interpretação em relação ao Direito Tributário. Assim, as decisões judiciais sobre os princípios tributários devem considerar que o Sistema Tributário Nacional proíbe a instituição de ‘tributo surpresa’, ou seja, um tributo exigido sem o prévio conhecimento do contribuinte. Por este motivo, as declarações de inconstitucionalidade da lei

⁵⁶⁹ MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade...** cit., p. 755.

⁵⁷⁰ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Efeitos da decisão de inconstitucionalidade em direito tributário.** São Paulo: Dialética, 2002, p. 186.

tributária não devem resultar em uma permissão de exigência repentina e retroativa de um tributo. Portanto, a segurança jurídica deve justificar a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei tributária (Lei 9.868/99, art. 27) quando a retroatividade da decisão judicial propiciar a cobrança de um tributo não previsto pelo contribuinte.”⁵⁷¹

3.7.2 Interesse público (ou excepcional interesse social)

Também se apresenta como pressuposto material, apto a justificar a modulação temporal, a ofensa a *interesse público* derivada da eficácia retroativa da pronúncia de inconstitucionalidade. Cuida-se de noção pouco explorada pelos constitucionalistas brasileiros, apesar de sua imensa relevância para o estudo da eficácia da decisão de controle de constitucionalidade.

À semelhança da invocação da *segurança jurídica*, parte da doutrina tece vigorosas críticas contra a manipulação temporal fundada na contraposição do interesse público à nulidade, em razão da fluidez e polissemia da expressão. O texto elaborado por ANA PAULA ÁVILA é paradigmático:

“(…) a absoluta indeterminação deste conceito contrasta com o próprio princípio constitucional da segurança jurídica, à medida que dele decorre a exigência de mecanismos que assegurem previsibilidade e certeza à ordem jurídica. Ora, a utilização de expressão com tamanha fluidez e ambiguidade no significado torna o preenchimento do conceito um processo cujo resultado é ‘imprevisível’, impedindo que se assegure a previsibilidade necessária à manutenção da ordem jurídica como um todo. E, se essa expressão contrasta com a segurança jurídica, contrasta também com o próprio princípio do Estado de Direito, ao qual a segurança serve de suporte. A conclusão parece lógica e insofismável, razão por que há que levar a sério o argumento no sentido de que a utilização do art. 27, estada no excepcional interesse social, é inconstitucional por desconformidade aos princípios fundamentais da Constituição.”⁵⁷²

DANIEL SARMENTO, ao sustentar objeção contra o princípio da supremacia do interesse público reinante no Direito Administrativo, igualmente aventa a imprecisão semântica da expressão *interesse público* para externar o receio de utilização indevida do conceito:

“Acrescente-se a isso a absoluta indeterminação do conceito de interesse público, em profunda crise no contexto de fragmentação e pluralismo que caracteriza as sociedades contemporâneas, nas quais se torna por vezes impossível extrair, à moda de Rousseau, uma noção homogênea de bem comum ou de vontade geral. Neste quadro, a profunda indeterminação semântica do conceito pode permitir às autoridades públicas que o manuseiem as mais perigosas malversações. O interesse público periga tornar-se o novo figurino

⁵⁷¹ VELANO, Emília Maria. **Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei tributária**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 126. No mesmo sentido, MACHADO, Hugo de Brito. *Declaração de inconstitucionalidade e Direito intertemporal*. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Oliveira Rocha, v. 57, p. 72-87, jun. 2000, p. 86-87.

⁵⁷² ÁVILA, Ana Paula. **A modulação de efeitos temporais pelo STF...** cit., p. 166-167.

para a ressurreição das ‘razões de Estado’, postas como obstáculo intransponível para o exercício de direitos fundamentais, sobretudo num momento como o que o mundo hoje vivencia desde o 11 de Setembro, em que a exacerbação do discurso da segurança assedia a defesa da liberdade.’⁵⁷³

No entanto, mais uma vez, a crítica não colhe adesão. Com base em importes doutrinários do Direito Constitucional comparado, bem como em incursão nos trabalhos científicos de Direito Administrativo, é possível oferecer uma delimitação semântica adequada ao ordenamento jurídico brasileiro, coibindo-se o arbítrio ao ensejo da interpretação.⁵⁷⁴

O propósito acima delineado granjeia vigor quando se remonta à discussão havida no Direito Português ao tempo da introdução do mesmo pressuposto no corpo constitucional. Consoante relato histórico fornecido por RUI MEDEIROS, os responsáveis pela revisão constitucional de 1982 avistaram a necessidade de dotar o Tribunal Constitucional do poder de autolimitar os efeitos de seus pronunciamentos em outras situações além das ancoradas na segurança jurídica e na equidade. Ao final, elegeram a expressão *interesse público de excepcional relevo* para o cumprimento da tarefa, mas se preocuparam em consignar que a hipótese não comportava livre apreciação:

“A introdução ulterior de uma referência ao interesse público de excepcional relevo não contrariou essa intenção restritiva. Ela nasceu tão somente da verificação de que a segurança jurídica e a equidade não esgotavam o universo ‘dos valores últimos do direito’ que, em situações manifestamente excepcionais, podiam justificar uma limitação de efeitos. ‘Torturados’ à volta da expressão que permitisse sair do imbróglio e não encontrando ‘outra melhor’, os deputados lançaram mão do conceito de interesse público de excepcional relevo. Mas logo na mesma altura advertiram para a necessidade de interpretar restritivamente a fórmula em causa. Foi, na verdade, nítido o receio de que se abrisse a porta a uma grande margem de liberdade do Tribunal Constitucional, pondo em perigo o princípio da constitucionalidade. É que havia o risco, até pela contraposição à segurança jurídica e à equidade, de se entender que o interesse público de excepcional relevo correspondia a valores políticos, a considerações de ordem política, colocando em causa a fiscalização da constitucionalidade. Chegou mesmo a ser pedido, insistentemente, ‘que se fizesse um esforço para uma definição mais precisa deste conceito’, de tal sorte que não se permitisse que, em nome de quaisquer motivos de interesse público ou político, os quais podiam até ser extraordinariamente importantes, o Tribunal Constitucional viesse, na prática, a reduzir ou não atribuir nenhuns efeitos à declaração de inconstitucionalidade. O modo de atenuar tais riscos passou, depois de uma nova pausa de reflexão,

⁵⁷³ SARMENTO, Daniel. *Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional*. In: Sarmento, Daniel (org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 27-28.

⁵⁷⁴ Anote-se, com JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO: “A despeito de não ser um conceito exato, aspecto que leva a doutrina em geral a configurá-lo como conceito jurídico indeterminado, a verdade é que, dentro da análise específica das situações administrativas, é possível ao intérprete, à luz de todos os elementos do fato, identificar o que é e o que não é interesse público. Ou seja: é possível encontrar as balizas do que seja interesse público dentro de suas zonas de certeza negativa e de certeza positiva. Portanto, cuida-se de conceito determinável” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 29).

pela exigência de uma especial fundamentação da decisão de limitação de efeitos com base em interesse público de excepcional relevo.”⁵⁷⁵

Demais disso, consoante advertência de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, passível de transposição ao tema ora tratado:

“A *indeterminação do conceito de ‘interesse público’* não pode servir de empecilho à aplicação das normas constitucionais. Sendo conceitos jurídicos, são passíveis de interpretação. Existe hoje toda uma doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados, exatamente para permitir ao intérprete sua definição e ampliar a possibilidade de controle judicial sobre os atos administrativos.”⁵⁷⁶

A bem da verdade, a locução detém conteúdo determinável, o que doravante pretende-se evidenciar.

3.7.2.1 Aproximação conceitual

A jurisprudência e a legislação infraconstitucional consagraram a expressão *excepcional interesse social* como pressuposto material do dimensionamento temporal de efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade no Brasil. E assim o fizeram em razão da denotada influência do Direito Português, que expressamente estatuiu em sua Constituição a expressão *interesse público de excepcional relevo* para autorizar a fixação de efeitos da inconstitucionalidade com alcance mais restrito do que a regra geral (art. 282.º n.º 4, da CRP).

Acerca do conceito de excepcional interesse social, viável atribuir o mesmo conteúdo jurídico conferido tradicionalmente à expressão *interesse público*. Consoante doutrina de RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, as expressões *interesse social*, *interesse geral* e *interesse público* possuem conteúdo tão aproximado que poderiam ser empregadas como sinônimas:

“Quer nos parecer que a tarefa de se tentar a separação rigorosa dessa trilogia não seria fadada a um bom termo: mesmo que seja possível, como visto, surpreender certos elementos identificadores de cada espécie, eles não são em número e intensidade tal que permita a autonomia conceitual dessas expressões entre si. (...)”⁵⁷⁷

Deste modo agiu com acerto CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, ao interpretar a locução constante no art. 27 da Lei n.º 9.868/99 como representante do interesse público em geral:

⁵⁷⁵ MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade...** cit., p. 707.

⁵⁷⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, v. 48, p. 63-76, 2004, p. 72.

⁵⁷⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 5. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 33.

“Leio essa locução como alusiva ao *interesse público em geral*, quer de ordem social mesmo, quer de ordem econômica, quer relacionado com as instituições políticas do país. Atento, agora, ao que a propósito disse o saudoso Mauro Cappelletti, no sentido de que interesses públicos são interesses ‘*permeati di un valore che trascende lo uomo singolo e investe tutta intera la società*’. Ocorrendo violação a direitos dessa ordem: ‘*si sentono colpiti tutti i cittadini e non quelli soli, che immediatamente siano interessati: colpiti in quel loro diritto di libertà, che è in fondo uno solo (o meglio sta alla base, è la causa, di tutti i diritti): spetta ad ogni uomo e la sua lesione lede ciascuno.*”⁵⁷⁸

Em termos gerais, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO relaciona o interesse público ao interesse do todo, do próprio conjunto social. Salienta referido publicista que a noção não se contrapõe aos interesses dos indivíduos, mas constitui uma dimensão específica dos interesses de cada parte enquanto integrante de uma coletividade maior na qual está inserida:

“*Donde, o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem.*”⁵⁷⁹

É possível, no entanto, aprofundar a noção tecida em termos gerais. Consoante anota JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, desde o Direito Romano, era instintivo visualizar a noção de interesse público sob duas vertentes:

“Quase de forma instintiva, a interpretação do interesse público levava em consideração dois vetores: um relativo ao interesse do próprio Estado e outro pertencente à coletividade, com representação do Estado. Seja direta, seja indiretamente, o Estado sempre polarizou o interesse público e desempenhou o papel de árbitro para identificá-lo no âmbito das relações sociais, políticas e econômicas. E, como não podia deixar de ser, as relações jurídicas se viram permeadas pelo influxo da mesma ideia.”⁵⁸⁰

DANIEL WUNDER HACHEM, em preciosa pesquisa sobre o princípio constitucional da supremacia do interesse público, a partir das lições de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO e FRANÇOIS OST, também depara-se com a possibilidade de atribuir duas acepções ao interesse público: (1) interesse público em sentido amplo; e (2) interesse público em sentido estrito.

Segundo DANIEL WUNDER HACHEM, o conteúdo do *interesse público em sentido amplo* congregaria a totalidade dos interesses juridicamente resguardados pelo direito positivo:

“O primeiro sentido que se pode atribuir ao termo *interesse público* tem uma conotação ampla: será público todo o interesse protegido pelo ordenamento jurídico, cuja satisfação deva ser assegurada pelo Estado, direta ou

⁵⁷⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Mutações jurisprudenciais...* cit., p. 108.

⁵⁷⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo* cit., p. 61.

⁵⁸⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Interesse Público: Verdades e Sofismas*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coord.). *Supremacia do Interesse Público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 69.

indiretamente, e que constitui uma barreira negativa para a sua atuação, impedindo-o de agir de maneira a contrariá-lo.(...)

Sob esse ponto de vista, um determinado interesse passa a ser reconhecido como público a partir do momento em que o legislador (constituente ou ordinário) reconhece a conveniência ou a necessidade de recepcioná-lo como tal, outorga-lhe proteção jurídica, e determina se ele será realizado pelos particulares ou pela Administração. Por exemplo: a proibição da poligamia retrata interesse público cujo cumprimento incumbe aos particulares; o dever de instaurar processo de licitação para contratação de obras, serviços, compras e alienações pelo Poder Público traduz interesse público a ser obedecido pela Administração.”⁵⁸¹

Sobre a razão da abrangência do interesse público visto sobre o primeiro aspecto, apõe o referido autor a seguinte justificativa:

“Se o Direito positivo, criado através dos representantes da coletividade, protegeu tais interesses, por consequência presume-se que eles traduzem anseios dos indivíduos na qualidade de membros da sociedade. Sejam de natureza coletiva ou de cunho individual, tais interesses devem ser qualificados como *públicos (lato sensu)*, em virtude de sua salvaguarda proporcionada pelo sistema normativo. Dentro desse gênero de interesses, resguardados pelo ordenamento jurídico, podem ser encontradas duas espécies: os *direitos subjetivos* e os *interesses legítimos*.”⁵⁸²

Diante da proposta doutrinária, seria possível reunir, sob o mesmo critério, os interesses individuais (detidos por indivíduos singularmente considerados), os interesses coletivos (detidos por grupo, categoria ou classe de pessoas relacionadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base) e os interesses difusos (detidos por pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato), desde que recepcionados e tutelados pelo direito positivo. Os interesses puros e simples (detidos sem amparo do ordenamento jurídico) e os interesses ilícitos (detidos em contrariedade à ordem jurídica) estariam excluídos da classificação proposta.⁵⁸³

De outro lado, DANIEL WUNDER HACHEM visualiza, dentro do conteúdo do interesse público em sentido amplo, uma porção diferenciada de interesses, ao qual submete à denominação de *interesse público em sentido estrito*. Estariam colhidas por esta acepção não a totalidade dos interesses tutelados pela ordem jurídica, mas apenas aqueles voltados à coletividade em si mesma considerada:

“Entre os interesses juridicamente protegidos, que configuram o *interesse público em sentido amplo*, há uma parcela que se refere à coletividade considerada em si mesma (*interesse geral*), cuja identificação deve ser efetuada no caso concreto pelo Estado, nas hipóteses em que a norma jurídica atribui a determinado órgão, explícita ou implicitamente, uma competência para tanto, conferindo-lhe prerrogativas para assegurar a prevalência desses interesses sobre *interesses específicos (individuais e coletivos)* também tutelados pelo sistema normativo. Poderá ser uma competência instituída pelo constituinte ao legislador ordinário, ou por qualquer um destes à Administração Pública ou à jurisdição.

⁵⁸¹ HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 162-163.

⁵⁸² HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público** cit., p. 291-292.

⁵⁸³ Cf. HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público** cit., p. 149.

Em tais situações, está-se diante daquilo que se propõe a denominar de *interesse público em sentido estrito*.⁵⁸⁴

Note-se que a proposta de DANIEL WUNDER HACHEM, consistente em igualar o conceito de interesse público em sentido amplo a todo interesse tutelado pelo ordenamento jurídico, assemelha-se à do jurista italiano LEOPOLDO PICCARDI, formulada em sua obra sobre distinção entre direito e interesse:

“L’organizzazione giuridica della collettività rappresenta il prevalere di una determinata serie di interessi collettivi su ogni altro interesse, individuale o collettivo, esistente nel seno della collettività stessa, che sia in contrasto con quello: il complesso degli interessi collettivi prevalenti si è chiamato, com una formula sintetica, interesse *collettivo primario*.”⁵⁸⁵

Curial observar que, para o reconhecimento do interesse público, tanto em sentido amplo como em sentido estrito, fundamental é a análise de conteúdo de direito positivo. Com efeito, determinado interesse passa a ostentar a qualidade de público somente por ocasião de seu acolhimento por parte do direito positivo, mediante normas produzidas pelos representantes do povo.⁵⁸⁶ Neste sentido, observa CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO MELLO que “(...) dita qualificação quem a faz é a Constituição e, a partir dela, o Estado, primeiramente através dos órgãos legislativos, e depois por via dos órgãos administrativos, nos casos e limites da discricionariedade que a lei lhes haja conferido.”⁵⁸⁷

Assentadas tais premissas, oportunamente, pretende-se invocar o interesse público em sentido amplo para justificar a técnica do dimensionamento temporal.

3.7.2.2 Desdobramentos

Respeitável doutrina não avista, para o interesse público e seus mecanismos de consecução, fundamento constitucional específico. Assim posiciona-se CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, para quem a supremacia do interesse público constituiria princípio geral do direito inerente a qualquer sociedade, não se radicando em qualquer dispositivo específico da Constituição.⁵⁸⁸

⁵⁸⁴ HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público** cit., p. 181.

⁵⁸⁵ apud ALESSI, Renato. **Sistema istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1958, p. 180, nota 3.

⁵⁸⁶ Cf. HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público** cit., p. 163.

⁵⁸⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo** cit., p. 68. No mesmo sentido, adverte PAULO ROBERTO LYRIO PIMENTA: “Não basta, porém, a existência de interesse da coletividade, é necessário que tal interesse seja tutelado pelo ordenamento jurídico. Sem essa tutela, o interesse terá a natureza de mero interesse de fato, e não de direito” (PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **O controle difuso de constitucionalidade das leis...** cit., p. 65).

⁵⁸⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo** cit., p. 96.

Na mesma toada, assinala ANA PAULA ÁVILA a ausência de fundamento constitucional para o interesse público:

“A ausência de suporte na Constituição, por si só, permite que se questione a possibilidade de modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade com base no excepcional interesse social. É que, resgatando o que se vem sustentando desde o início desta investigação, diante da necessidade de manutenção da supremacia da Constituição (sob pena de ruptura da própria ordem constitucional), a modulação de efeitos somente estará autorizada na medida em que contemplar a aplicação de outras normas constitucionais que, após justificada ponderação, se sobreporiam àquela que foi violada pela lei declarada inconstitucional. Aliás, existentes os fundamentos naquelas normas, o termo torna-se até mesmo dispensável, pois assegurar a supremacia da Constituição já implicaria, naturalmente, a proteção dos efeitos. No entanto, é fato que falece ao excepcional interesse social previsão constitucional que lhe sirva de fundamento, ao contrário do que ocorre com segurança jurídica, que, como foi visto, trata de princípio que conta com ampla fundamentação constitucional e com conteúdo bem delineado.”⁵⁸⁹

No entanto, restou assentado em item precedente que a integralidade dos interesses tutelados pelo direito positivo, espalhados por diversos ramos, constitui manifestações concretas do interesse público em sentido amplo, traduzindo anseios dos indivíduos na qualidade de membros da sociedade.

Por consequência, interesses tutelados pela ordem jurídica, tais como a legalidade, a publicidade, a continuidade dos serviços públicos, o primado da segurança pública, a ampla defesa e o contraditório, a inafastabilidade da jurisdição e o equilíbrio orçamentário, dentre tantos outros, integram a noção de interesse público em sentido amplo. Em relação a cada um deles, assinala-se, é possível divisar fundamento constitucional próprio.

Sobre a natureza jurídica, em numerosos casos o interesse público pode ser desdobrado em mandamentos definitivos que devem ser sempre realizados, ressalvada a existência de alguma exceção (*regras*); em outros, em mandamentos de otimização passíveis de realização na maior medida possível, de acordo com as circunstâncias de fato e de direito existentes no caso concreto (*princípios*).

3.7.2.3 Interesse público e modulação

Ao relacionar o pressuposto material do interesse público à modulação, pretende-se convocar a noção de *interesse público em sentido amplo* para justificar a possibilidade de contraposição ao princípio da nulidade com efeitos absolutos.

⁵⁸⁹ ÁVILA, Ana Paula. **A modulação temporal de efeitos pelo STF...** cit., p. 166.

GILMAR FERREIRA MENDES define os pressupostos materiais da modulação de efeitos temporais:

“O princípio da nulidade continua a ser a 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 idéia 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.

O princípio da nulidade somente há de ser afastado se se puder demonstrar, com base numa ponderação concreta, que a declaração de inconstitucionalidade ortodoxa envolveria o sacrificio da segurança jurídica ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social. (...)”⁵⁹⁰

Nessa ordem de ideias, qualquer direito ou interesse legítimo tutelado por norma de estatura constitucional e de natureza principiológica serve de pressuposto material para, após fundado juízo de proporcionalidade, subsidiar o exercício da técnica de manipulação dos efeitos temporais da pronúncia de inconstitucionalidade. Alberga-se, deste modo, a noção de interesse público em sentido amplo para fundar as possibilidades de modulação.

Note-se que a proposta não é inédita. À luz da Constituição Portuguesa, RUI MEDEIROS atribuiu à expressão *interesse público de excepcional relevo* um caráter residual, a fim de englobar as situações de fato que não se adaptariam aos quadrantes normativos das expressões *segurança jurídica* e *equidade*, com o escopo de justificar o dimensionamento temporal dos efeitos:

“A nossa proposta é diferente: **o n.º 4 do artigo 282.º da Constituição, com a referência ao interesse público de excepcional relevo, adopta um conceito indeterminado para abarcar todos os interesses constitucionalmente protegidos não subsumíveis nas noções de segurança jurídica e de equidade.** Ou seja, e por outras palavras, é na própria Constituição, enquanto *tête de chapitre* do ordenamento, que residem os fundamentos da limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. E se parece evidente, até por contraposição à segurança jurídica e à equidade, que o campo de aplicação por excelência do conceito de interesse público de excepcional relevo se situa fora do domínio dos interesses privados, não se pode esquecer que, na actual ordem constitucional portuguesa, o próprio interesse consistente na salvaguarda dos direitos fundamentais dos particulares é também um interesse público e não meramente privado.”⁵⁹¹

Até mesmo JORGE MIRANDA, autor intelectual da proposta prevalecente para introdução do art. 282.º, n.º 4 na ordem constitucional portuguesa, após originariamente admitir o emprego da expressão para referir *interesses meramente políticos*, procedeu à

⁵⁹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade e a declaração de inconstitucionalidade de caráter restritivo ou limitativo no direito brasileiro. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). **As vertentes do direito constitucional contemporâneo**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 443.

⁵⁹¹ MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade...** cit., p. 710.

revisão de seu entendimento, a fim de vincular o significado à noção de *interesses constitucionalmente relevantes*.⁵⁹² Neste sentido, a posição atual do constitucionalista português:

“(...) Estará em causa algo não muito distante da razão de Estado, algo dominado por elementos políticos, ou, pelo contrário, deparar-se-ão aqui outros bens ou interesses constitucionalmente relevantes, por ventura complementares das razões de equidade e segurança jurídica?

Propendemos hoje para o segundo termo da alternativa (apesar da letra e, dalgum modo, da história do preceito), por melhor se coadunar com as imposições do princípio da constitucionalidade. Uma derrogação deste princípio por motivos políticos brigaria com o Estado de Direito democrático. E, seguindo RUI MEDEIROS, aceitamos que interesse público de excepcional relevo possa considerar-se qualquer interesse constitucionalmente não subsumível nas noções de segurança jurídica e de equidade e que tem de ser especificado sempre que invocado.

De resto, fundamentação tem sempre de existir, seja em nome da segurança jurídica, seja em nome de interesse público de excepcional relevo.”⁵⁹³

Curiosamente, vale observar que, em razão de o princípio da nulidade estar tutelado igualmente em seara constitucional, o dimensionamento temporal de efeitos se impõe como solução ao confronto entre interesses públicos, consoante observa CARLOS BLANCO DE MORAIS:

“Quando o valor em epígrafe é invocado, encontram-se em tensão duas dimensões distintas do interesse público que importa avaliar e graduar, em termos de relevo ou importância. Nesse exercício de avaliação, necessário se torna proceder a uma ponderação de valores e de interesses, de modo a que fique inequivocadamente demonstrado que o interesse público em conservar uma situação jurídica imune aos efeitos repressivos de uma declaração de invalidade, se superioriza *manifesta e inequivocadamente* ao interesse público em garantir, nesse mesmo cenário, o princípio da constitucionalidade. (...)”⁵⁹⁴

Nesse sentido e indo além, MARCELO REBELO DE SOUSA indica os interesses públicos contrapostos:

“Tal como pudemos explicar no termo da Secção anterior e no início desta, essa atipicidade resulta da ponderação constitucional de quatro tipos diversos de interesses públicos – o interesse público da certeza e segurança jurídicas, o interesse público que deriva do próprio sistema de fiscalização da constitucionalidade entre nós vigente, o interesse público da prevalência da equidade e um qualquer interesse público de excepcional relevo, devidamente fundamentado.

Todos estes interesses públicos cedem perante o interesse público cimeiro da salvaguarda do princípio da Constitucionalidade – do que advém a opção pela nulidade como forma de invalidade do acto inconstitucional –, mas, ainda assim, a Constituição não deixa de os tutelar minimamente, introduzindo atenuações ou desvios à nulidade típica, ou seja, consagrando uma atipicidade evidente.”⁵⁹⁵

É importante verificar, no entanto, que o dimensionamento temporal com esteio no interesse público demanda maior esforço argumentativo, para que não se proceda

⁵⁹² Cf. MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade...** cit., p. 708.

⁵⁹³ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo VI cit., p. 300.

⁵⁹⁴ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional. Tomo II...** cit., p. 290.

⁵⁹⁵ SOUSA, Marcelo Rebelo de. **O valor jurídico...** cit., p. 257.

à mitigação de efeitos com fundamento em meras razões de conveniência ou oportunidade ou, ainda, em motivos que sequer consultam ao interesse da coletividade como um todo.

Mais uma vez, cita-se a doutrina de RUI MEDEIROS sobre o tema:

“O alcance residual do fundamento do interesse público de excepcional relevo explica a exigência de uma fundamentação *especial* ou *reforçada*. Naturalmente, todas as decisões judiciais devem à partida ser fundamentadas (n.º 1 do artigo 205.º da Constituição) e o mesmo não pode deixar de valer para as decisões do Tribunal Constitucional, *maxime* quando assentam numa ponderação entre interesses conflitantes. Mas a exigência de uma especial fundamentação significa que, quando o Tribunal Constitucional invoca o interesse público de excepcional relevo para limitar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, ele deve indicar claramente o interesse constitucional que se pretende salvaguardar com a restrição de efeitos e os motivos concretos que impõem uma tal medida.”⁵⁹⁶

Consagrado o dever de motivar, afasta-se o intento de invocar um falso interesse público para dimensionar os efeitos temporais. Reprise-se que o interesse público deve ser excepcional e extraído do próprio direito positivo. Deste modo, apenas interesses concebidos pela Constituição são passíveis de confronto com o princípio da nulidade. Excluem-se, por óbvio, do âmbito de alcance da expressão interesse público – e, por via de consequência, do espectro de pressupostos materiais da modulação temporal de efeitos –, os interesses detidos sem amparo no ordenamento jurídico e os detidos em contrariedade ao direito positivo. Deste modo, sublinhe-se que interesses secundários do Estado, não referendados pelo ordenamento jurídico, não constituem interesse público e não se subsumem à expressão invocada por ocasião do dimensionamento temporal de efeitos. Interesses estatais, não condizentes com o interesse de toda a coletividade mediante previsão específica no ordenamento jurídico, não podem ser perseguidos por qualquer braço do Estado. Nesta hipótese, não haverá interesse público a justificar a proposta de modulação.

3.7.2.4 Algumas situações aventadas pela doutrina

A exemplo do que já se mencionou em relação à segurança jurídica, as situações de fato que podem deflagrar a colidência entre o princípio da nulidade da lei ou ato normativo inconstitucional e o interesse público não são passíveis de delimitação quantitativa. Todavia, algumas situações são constantemente lembradas para justificar a modulação temporal de efeitos com esteio no interesse público. Recordam-se, a título ilustrativo, algumas menções por parte da doutrina:

⁵⁹⁶ MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade...** cit., p. 710-711.

(1) *O desequilíbrio orçamentário severo em razão da desconsideração de todos os efeitos da norma inconstitucional*

Especialmente no trato de questões tributárias, diversos autores refutam a possibilidade de modular a pronúncia de inconstitucionalidade, reservando-lhe apenas a proteção dos cidadãos e dos contribuintes. Com a total e a absoluta vedação ao exercício da modulação não se pode concordar.

É verdade que o interesse secundário do Estado, de locupletar-se sem amparo no ordenamento, não pode preponderar. A singela diminuição da arrecadação ou outras *razões de Estado* não se prestam a justificar a modulação e impedir que os contribuintes reatem os valores indevidamente recolhidos aos cofres públicos. Consoante observa EMÍLIA MARIA VELANO:

“(…) ao menos, em nosso sistema jurídico, a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, em razão de interesse social relevante, deve ser justificada por normas constitucionais, aliadas ao citado dispositivo legal. Nossa Constituição não contém normas que assegurem a proteção da arrecadação tributária nos casos em que a lei contrariar direitos e garantias do contribuinte, ou seja, não está garantido ao Estado o direito de arrecadar tributos inconstitucionais ou de não os devolver. Ao revés, a interpretação sistemática da Constituição demonstra a sua preocupação demasiada em desautorizar a cobrança de tributo inconstitucional, haja vista o rol de direitos e garantias constitucionais do contribuinte.”⁵⁹⁷

Todavia, em situações extremas, rigorosamente demonstradas, nas quais a restituição importará em ruptura financeira do Estado, lícito o dimensionamento temporal dos efeitos para obstar o dever de restituir. Ainda que situado no ordenamento jurídico português, RUI MEDEIROS traduz com exatidão o entendimento ora sustentado:

“- Mesmo naqueles casos em que, segundo o sentimento generalizado, mais repugna proferir uma declaração de inconstitucionalidade com eficácia retroactiva e repristinatória – situações em que uma declaração de inconstitucionalidade sem mais provocaria a total ruptura financeira do Estado – a interpretação por nós adoptada não impede necessariamente o recurso à limitação de efeitos. Como se sabe, tais situações estiveram bem presentes, tanto durante a discussão parlamentar sobre o actual n.º 4 do artigo 282.º, como no estrangeiro. É que, ‘estando o Direito Financeiro estruturalmente ligado à forma orgânica do Estado e sua relação com os cidadãos, não se estranhará a importância que assume como sua fonte a Constituição formal’. Nela avulta a preocupação em assegurar ‘a satisfação das necessidades financeiras do Estado e outras entidades públicas’ (n.º 1 do artigo 103º) e em garantir ‘a aplicação dos meios financeiros necessários ao desenvolvimento económico e social’ (artigo 101.º). Sobressai ainda no texto constitucional a afirmação de que o Orçamento deve prever as receitas necessárias para cobrir as despesas (n.º 4 do artigo 105.º) e de que ‘os deputados, os grupos parlamentares, as assembleias legislativas regionais e os grupos de cidadãos eleitores não podem apresentar projectos de lei, propostas de lei ou propostas de alteração que envolvam, no ano económico em curso, aumento das despesas ou diminuição das receitas do Estado previstas no Orçamento’ (n.º 2 do artigo 167.º). Por isso, a necessidade de evitar uma total

⁵⁹⁷ VELANO, Emília Maria. **Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade...** cit., p. 133.

ruptura financeira do Estado constitui fundamento jurídico-constitucional para, sob a capa da fórmula genérica do interesse público de excepcional relevo, limitar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de uma norma tributária.”⁵⁹⁸

Perante o ordenamento jurídico nacional, OCTÁVIO CAMPOS FISCHER do mesmo modo vislumbra a hipótese excepcional de dimensionamento temporal de efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei impositiva tributária fundado no interesse público, ainda que em contrariedade aos interesses dos contribuintes:

“Em casos de *extrema* impossibilidade (demonstrada cabalmente) de restituição do que foi pago a mais, seria admissível uma restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, com o fim de evitar uma derrocada financeira *completa* do Estado. Portanto, a manipulação dos efeitos, voltamos a frisar, opera, sob este aspecto, de forma *absolutamente excepcional*.”⁵⁹⁹

RICARDO LODI RIBEIRO recomenda a eficácia prospectiva da decisão infirmatória da constitucionalidade como recurso hábil a afastar o que denomina de *catástrofe financeira*:

“(…) Afinal, não tendo o Estado capitalista recursos próprios e nem adicionais disponíveis para a devolução de tributo a todos os seus contribuintes, deverá optar entre duas alternativas sombrias: ou estabelece a moratória no atendimento das prestações públicas essenciais para a população, o que acaba sempre prejudicando mais os extratos de menor renda que dependerem das ações estatais para a subsistência; ou busca novas receitas na criação ou majoração da mesma ou de outras exações, o que torna inócua a devolução. Se todos têm direito à devolução, todos pagarão mais para custear a repetição do indébito. Assim, o Estado devolve com uma mão e tira com outra, como aconteceu com a criação do adicional ao FGTS pela LC Nº 110/01. Tais situações acabavam por inibir os tribunais superiores a declarar a inconstitucionalidade de tributos, o que torna o instrumento da declaração de inconstitucionalidade com efeitos prospectivos um instrumento adequado à ponderação dos interesses em jogo pelo STF.”⁶⁰⁰

(2) *A continuidade da prestação dos serviços públicos*

DANIEL MARCHIONATTI BARBOSA observa que o STF já evidenciou ter simpatia pela preservação dos efeitos e concessão de prazo para adaptação da Administração quando a declaração de inconstitucionalidade atinge a sua própria estrutura e pode afetar a continuidade dos serviços públicos prestados aos cidadãos:

“É possível concluir que o Tribunal tende a preservar a eficácia e mesmo conferir prazo para adaptação aos atos inconstitucionais que dizem respeito à organização da administração.

Em alguns casos, a atribuição de efeitos *ex tunc*, ou mesmo imediatos, à decisão de inconstitucionalidade, poderia comprometer seriamente a ordem administrativa e impedir a continuidade de serviços públicos.

⁵⁹⁸ MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade...** cit., p. 714-715.

⁵⁹⁹ FISCHER, Octávio Campos. **Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade...** cit., p. 280.

⁶⁰⁰ RIBEIRO, Ricardo Lodi. A proteção da confiança legítima do contribuinte. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Oliveira Rocha, v. 145, p. 99-115, out. 2007, p. 109-110.

Em verdade, a modulação de efeitos é propícia nesse campo: por serem os atos controlados relativos à organização da administração, a modulação temporal dos efeitos não gera redução de direitos individuais.”⁶⁰¹

(3) *Proteção da livre concorrência e do mercado nacional*

HELENO TAVEIRA TORRES defende a utilização da modulação temporal de efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade para preservar a isonomia entre as empresas concorrentes no mercado interno, nas hipóteses de declaração de incompatibilidade de leis impositivas de obrigações principais e deveres instrumentais:

“Em alguns casos, os pressupostos justificadores da modulação podem decorrer das complexas relações entre empresas que atuam no mercado interno e cuja consequência pode privilegiar uma em detrimento da outra. Nesse caso, deve-se examinar até que ponto uma declaração de nulidade poderia criar vantagens competitivas para uma parcela de empresas, em detrimento das demais.

Como sabido, o princípio da *neutralidade concorrencial* permite a intervenção do Estado na economia, inclusive por meio de normas tributárias, mas impede que sejam privilegiados determinados agentes econômicos, em detrimento de outros que atuem no mesmo mercado relevante, de forma a provocar distúrbios concorrenciais. Este princípio da neutralidade, guardada as devidas proporções, pode aplicar-se também às decisões judiciais, no sentido de se reconhecer a garantia de neutralidade entre os agentes econômicos em virtude de decisões judiciais. Este é, sem dúvidas, um motivo de excepcional interesse social.

Em matéria tributária, portanto, o controle de inconstitucionalidade pode ser modulado no tempo por considerações de neutralidade concorrencial, em virtude de obrigações principais ou acessórias, mormente nos casos de controles de poder de polícia, como se verifica com os registros e outros. (...)”⁶⁰²

(4) *Impedimento ao caos administrativo, legislativo ou judicial*

A hipótese de modular os efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade com o escopo de evitar a desordem total das funções do Estado é constantemente lembrada pela doutrina, sob diversos aspectos.

A título paradigmático, MARCO FÉLIX JOBIM relata que a eventual declaração de inconstitucionalidade do art. 285-A do CPC (redação ofertada pela Lei n.º 11.277, de 27/02/2006), nos autos da ADIn n.º 3.695-5, seria capaz de criar um verdadeiro caos no Judiciário e na sociedade, em razão da retomada do curso dos processos, após longo período:

“I- A procedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade declarando o artigo 285-A do Código de Processo Civil brasileiro inconstitucional com efeitos *ex tunc*, ou seja, todos aqueles que tiveram processos julgados com base na referida norma poderão ser alvo de algum pedido de anulação ou nulidade da sua ação criando-se um verdadeiro caos no Poder Judiciário e na vida desses jurisdicionados.”⁶⁰³

⁶⁰¹ BARBOSA, Daniel Marchionatti. Quando o STF opta pela eficácia prospectiva das decisões de inconstitucionalidade? *Revista CEJ*. Brasília: CJF, v. 12, p. 4-11, out./dez. 2008, p. 9.

⁶⁰² TORRES, Heleno Taveira. Modulação de efeitos da decisão e o ativismo judicial. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-18/consultor-tributario-modulacao-efeitos-decisoes-fundamental>>. Acesso em: 18 jul. 2012.

⁶⁰³ JOBIM, Marco Félix. Os efeitos modulatórios na Ação Direta de Inconstitucionalidade e seus critérios de fixação: podem-se prever os efeitos no julgamento da ADI n. 3695-5. In: ZAVASCKI, Liane Tabarelli; JOBIM,

CARLOS BLANCO DE MORAIS cita tanto o tumulto gerado em razão da reabertura de grande número de processos sujeitos à revisão como a perturbação do serviço público como causas suscetíveis de amparar eventual mitigação dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade sob o intento de proteção do interesse público:

“A *prática* demonstrou que o pressuposto do interesse público de excepcional relevo foi muitas vezes chamado à colação na nossa ordem jurídica, quando se encontrava em causa o equilíbrio orçamental; as dificuldades inerentes à devolução de dinheiros públicos; a inviabilidade da reabertura de numerosos processos administrativos; ou o maior dano ou perturbação que os efeitos ‘*ex tunc*’ poderiam causar no serviço público (cfr., cumulando todas as situações, o Ac. N.º 671/99).”⁶⁰⁴

3.7.3 Pressupostos materiais e relação com o tempo

Os pressupostos materiais para a modulação temporal – segurança jurídica e excepcional interesse social - guardam interessante relação com a passagem do tempo. Quanto maior a demora em afirmar a inconstitucionalidade, maior será o número de efeitos produzidos no plano normado a reclamar a mitigação dos efeitos absolutos da pronúncia de inconstitucionalidade.

Nesse sentido, anote-se o vaticínio de CARLOS ALBERTO LÚCIO BITTENCOURT, que, em 1949, já pregava contra a regra de bom aviso consistente no dever do juiz de abster-se ao pronunciamento da inconstitucionalidade, sempre que pudesse julgar a causa e restaurar o direito violado sem a adoção de tal providência:

“O princípio da economia que domina o direito processual moderno e os elevados interesses sociais em jogo tornam aconselhável o pronunciamento dos tribunais no prazo mais breve, pois quanto mais tarde ocorrer essa manifestação tanto mais numerosas serão as relações jurídicas que se terão criado à sombra da lei afinal julgada inválida.”⁶⁰⁵

Mais recentemente, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO delata a existência da relação entre decurso do tempo e necessidade de adoção das medidas excepcionais, em comentários tecidos às disposições contidas no art. 27 da Lei nº 9.868/99 e no art. 11 da Lei n.º 9.882/99:

“Os dois dispositivos transcritos fazem referência à *segurança jurídica* e ao excepcional *interesse social*. É a mesma idéia que inspira a possibilidade de confirmação de atos ilegais, que impede a retroatividade de nova interpretação e a fixação de prazo de decadência para a anulação de atos administrativos ilegais. Em todas essas hipóteses, o *decurso de tempo* contribui para a adoção das medidas excepcionais. Elas constituem o preço que o poder público paga pela

Marco Félix (org.). **Diálogos constitucionais de direito público e privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 326.

⁶⁰⁴ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional. Tomo II...** cit., p. 293.

⁶⁰⁵ BITTENCOURT, C. A. Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis** cit., p. 118.

demora em suas decisões (seja na esfera administrativa, seja na esfera judicial). A demora (para não dizer inércia das autoridades constituídas) faz com que se consolidem os efeitos de atos administrativos ilegais e de leis e atos normativos inconstitucionais, de tal forma que a sua invalidação, com efeitos retroativos, acabaria por causar prejuízos maiores ao interesse público.”⁶⁰⁶

Não há dúvida que o decurso do tempo contribui para o incremento de casos sujeitos à modulação temporal de efeitos. E, como medida excepcional, que não pode ser adotada rotineiramente sob pena de solapamento do princípio da constitucionalidade, o dimensionamento temporal não pode ser fomentado pelo ordenamento jurídico.

Desvelada a conexão entre a demora e a modulação, reformas institucionais e legislativas devem ser perpetradas, com o escopo de diminuir os entraves à célere apreciação da inconstitucionalidade.

Exatamente por essa razão, a doutrina clássica viu com bons olhos a instituição do prazo decadencial de cinco anos para a arguição de inconstitucionalidade, intentada pela Comissão do Itamaraty, responsável pela elaboração do Anteprojeto da Constituição de 1934. Neste sentido, THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI:

“No anteprojeto da Constituição de 1934, elaborado pela Comissão do Itamaraty, essa arguição não poderia ser feita quando aplicada a lei, sem contestação, por mais de cinco anos.

Repugna, sem dúvida, declarar contrária à Constituição uma lei aplicada, sem contestação, e integrada em nosso sistema jurídico, tendo produzido, durante largo tempo, efeitos jurídicos.

É evidente que somente preceito constitucional expresso poderia excluir tais normas da regra geral de controle jurisdicional, ou melhor, de controle específico de constitucionalidade.”⁶⁰⁷

Da mesma forma, JOSÉ LUIZ DE ANHAIA MELLO defendia a necessidade de estipulação de prazo para o exercício do controle de constitucionalidade. Com argúcia, relacionava a questão ao problema dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade:

“Quanto ao tempo em que se deve e se pode exercer o controle de constitucionalidade em geral são omissas as legislações.

Cremos não deveriam ser.

Na verdade, se o fim do direito é a segurança e a certeza para os indivíduos que vivem numa sociedade, e se a legislação tão logo publicada começa a surtir efeitos a questão de se saber se a lei ou ato não ofende a Constituição deveria ser solvida dentro de um curto espaço de tempo. Se nesse ínterim a matéria não fôsse arguida não poderia mais dúvida haver sob esse aspecto.

É claro que o assunto está intimamente ligado ao problema dos efeitos de declaração de inconstitucionalidade.

Se os efeitos são *ex tunc*, ou seja, declarativos, anulando a lei, deveria o prazo ser menor; se os efeitos são *ex nunc*, ou seja, constitutivos, a questão do prazo não tem tanta importância, uma vez que se convalidam os atos até a declaração.”⁶⁰⁸

⁶⁰⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Os princípios da proteção à confiança... cit., p. 165.

⁶⁰⁷ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Do controle de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 87-88.

⁶⁰⁸ MELLO, José Luiz de Anhaia. **Da separação de poderes...** cit., p. 108.

Ainda no sentido de fixação de prazo para a afirmação da inconstitucionalidade, JOSÉ MANUEL M. COSTA refere-se à existência de solução intermediária em alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros, ao inibir, após certo lapso temporal, apenas o controle mais abrangente, ressalvando a impugnação específica em cada caso concreto:

“Ainda quanto ao controlo abstracto refira-se que nalguns ordenamentos se estabelece *um prazo* dentro do qual ele deve ser requerido, após o que o controlo das correspondentes normas só poderá ter lugar através de outra via (*maxime*, do controlo concreto). Assim acontece na Itália (prazos de 30 ou 60 dias, a contar da publicação, para a impugnação por uma Região de leis da República ou de outra Região), na Espanha (três meses a partir da publicação da lei), na Turquia (10 dias ou 60 dias, a contar da promulgação, consoante a irregularidade seja ou não de natureza formal) e na Polónia (cinco anos, a contar da publicação ou da aprovação do diploma, consoante os casos).”⁶⁰⁹

Note-se que a proposta de JOSÉ MANUEL M. COSTA é coerente com o regime jurídico sancionatório da nulidade. Consoante expõe com precisão ELIVAL DA SILVA RAMOS, as características da prescrição não são compatíveis com a imposição de um prazo prescricional, mas não se chocam com a possibilidade da instituição de um prazo decadencial para a propositura de ação direta declaratória de inconstitucionalidade:

“No tocante à sanção de nulidade, não faz sentido falar em prescrição, que, como se sabe, é entendida como a perda da exigibilidade de um direito em virtude da inércia do titular em buscar a proteção judicial no caso de sua violação. Como já vimos, a sanção de nulidade opera de pleno direito, não dando, por conseguinte, azo à inação. O que se pode admitir é que o ordenamento estipule um prazo decadencial (e não prescricional) para a propositura de ação direta declaratória de inconstitucionalidade, restando, entretanto, sempre a possibilidade de se invocar a nulidade da lei incidentalmente.”⁶¹⁰

Além da fixação de prazo para controverter a constitucionalidade em abstrato, o aumento do número de ministros e a depuração da competência, notoriamente do STF, principal órgão incumbido de jurisdição constitucional no Brasil, abreviariam o tempo de julgamento da questão perante o Poder Judiciário. Relembre-se que o STF reúne competência originária e recursal, definida nos arts. 102 e 103 da CRFB/88. Em razão de sua atual competência, em 4/06/2012, o acervo do STF era de 62.680 processos.⁶¹¹ Durante o ano de 2011, foram proferidas 102.414 decisões.⁶¹² Manifesta a desproporção entre a demanda processual e o número de integrantes da Corte.

⁶⁰⁹ COSTA, José Manuel M. Cardoso da. A Justiça Constitucional no quadro... cit., p. 45.

⁶¹⁰ RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis...** cit., p. 92-93.

⁶¹¹ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=acervoatual>>. Acesso em: 4 jun. 2012.

⁶¹² Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=decisoesgeral>>. Acesso em: 4 jun 2012.

A propósito, em trabalho acadêmico publicado no ano de 2000, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO já advertia que “a eficácia real do controle depende antes de tudo da rapidez com que o Supremo Tribunal Federal possa manifestar-se”, motivando-lhe a sugerir a alteração da competência da mais alta Corte para exercer apenas a tarefa de *guarda da Constituição*.⁶¹³

Por fim, a otimização das regras processuais, tendo por objetivo a célere apreciação, ainda que em caráter provisório, da inconstitucionalidade, prestaria importante colaboração na prescindibilidade do recurso à modulação.

Nesse contexto, dispositivos como o constante no art. 12 da Lei n.º 9.868, de 10/11/1999, que permitem a não apreciação imediata da medida cautelar, devem ser repensados.⁶¹⁴ A relação entre a adoção do procedimento abreviado previsto no artigo referido e a necessidade de modulação temporal é afirmada por SORAYA GASPARETTO LUNARDI:

“A utilização das liminares como ferramenta para administrar o fluxo das ADINs está em declínio nos últimos anos. Após o surgimento da possibilidade de remeter diretamente ao plenário a decisão sem apreciar a liminar, diminuiu de maneira considerável o número de liminares julgadas no mérito. Calculou-se que, de 1988 até 2002, 62% dos pedidos de liminar em ADIN recebiam julgamento de mérito, sendo que a porcentagem caiu para 8% após 2002. Esta tendência pode tornar mais necessária a modulação, uma vez que o desuso da medida cautelar prorroga o tempo de vida da norma inconstitucional.”⁶¹⁵

Ainda, outras propostas de reforma são apresentadas pela doutrina. À guisa de exemplo, CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO propõe a criação do recurso constitucional, que viabilizaria a enunciação de decisão definitiva sobre a questão de constitucionalidade em curto período de tempo:

“Por isso mesmo, tenho propugnado pela adoção do recurso constitucional: estando sendo debatida, numa demanda, questão constitucional, ou existente controvérsia sobre determinado tema constitucional, em demandas que correm em diversos juízos ou tribunais, poderia essa questão constitucional ser submetida, desde logo, ao julgamento da Corte Constitucional. Proferida a decisão pela Corte Constitucional, a demanda prosseguiria no juízo ou tribunal de origem. Vejam, senhores, que o Supremo Tribunal ainda aprecia, hoje, questões constitucionais, oriundas de planos econômicos que datam de mais de dez anos. Se tivéssemos o recurso constitucional, isto não estaria ocorrendo. Quantas e quantas demandas poderiam ser solucionadas em uma só decisão.

⁶¹³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O sistema constitucional brasileiro... cit., p. 15.

⁶¹⁴ O dispositivo citado foi alvo de apreciação crítica pelo Prof. JOSÉ LEVI MELLO DO AMARAL JÚNIOR, por ocasião da Banca de Qualificação da presente dissertação. Segundo o Eminentíssimo Professor, o dispositivo seria uma das grandes causas de incremento da necessidade de dimensionamento temporal de efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade no Brasil.

⁶¹⁵ LUNARDI, Soraya Gasparetto. Modulação temporal dos efeitos no processo de controle de constitucionalidade e influência de argumentos econômicos. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**. Belo Horizonte: Fórum, v. 3, p. 209-227, jan./mar. 2009, p. 225.

Esse recurso constitui o que, no Tribunal Constitucional alemão, é denominado de controle concentrado em concreto.”⁶¹⁶

3.8 Pressupostos formais de aplicação

Além dos pressupostos fáticos e materiais (finalísticos), a aplicação da técnica de modulação temporal de efeitos da decisão de controle deve atender a pressupostos formais, relacionados aos aspectos procedimentais. A complexidade do tema afeto à modulação temporal aproxima-se, desta feita, aos quadrantes do direito processual constitucional.⁶¹⁷

Vale esclarecer que os requisitos específicos previstos no art. 27 da Lei n.º 9.868/99 e no art. 11 da Lei 9.882/99 serão analisados, inclusive quanto à sua constitucionalidade, em tópico apartado. O que se pretende, no presente espaço, é averiguar quais são os procedimentos exigidos para que a modulação temporal se faça presente, em atenção às diretrizes e aos princípios processuais preconizados na Constituição.

Desde logo, importante verberar que a questão ressepte-se de uma legislação uniformizadora, que estipule uma linha padrão de atuação da jurisdição constitucional. Note-se que a criação e o aprimoramento de pressupostos formais têm sido realizados no bojo da própria prática judiciária, o que não é recomendável, em razão da possível quebra de isonomia entre os jurisdicionados e da absoluta ausência de previsibilidade em relação aos requisitos procedimentais reclamados. Cabível, à espécie, transpor a advertência formulada por JULIANO TAVEIRA BERNARDES:

“(…) embora se reconheça o brilho desse notável esforço de construção empreendido pela Corte, precedentes judiciais não são o campo teórico mais recomendado para estabelecer padrões teóricos sistematizadores da atividade instrumental de garantia da supremacia constitucional. A ciência jurídica, como forma de alcançar menor grau de relatividade dos conceitos jurídicos, deve visar

⁶¹⁶ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Da jurisdição constitucional: aspectos inovadores no controle concentrado de constitucionalidade. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, p. 29, p. 5-18, 2000, p. 9-10. No mesmo sentido, propõe JOSÉ LEVI MELLO DO AMARAL JÚNIOR a adoção de um incidente de inconstitucionalidade que permita a rápida apreciação da potencial inconstitucionalidade por parte do STF (AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello. Controle de constitucionalidade: evolução brasileira determinada pela falta do *stare decisis* cit., p. 146).

⁶¹⁷ “Por **direito processual constitucional** entende-se o conjunto de regras e princípios positivados na Constituição e noutras fontes de direito (leis, tratados) que regulam os procedimentos juridicamente ordenados à solução de questões de natureza jurídico-constitucional pelo Tribunal Constitucional (...)” (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional...** cit., p. 965). Acerca do propósito do Direito Processual Constitucional, CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional...** cit., p. 969.

à obtenção de regularidade sistêmica na qual se abstraia a singularidade de situações concretas.”⁶¹⁸

3.8.1 A necessidade de formular pedido expresso na petição inicial

Principia-se a análise dos aspectos procedimentais pela verificação da necessidade de constar, dentre as especificações do pedido inicial, o pleito de modulação dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade.

No âmbito da doutrina processual tradicional, o assunto relaciona-se com os princípios da demanda e da congruência. Em razão do primeiro princípio, o juiz deverá abster-se de instaurar o processo de ofício ou determinar providências que superem os lindes do pedido inicial; em decorrência do segundo, o juiz não poderá conceder, em termos de qualidade ou quantidade, provimento diverso daquele invocado pelas partes. Daí a importância da delimitação adequada do pedido pela parte interessada.

Dada a relevância do pedido para o desenvolvimento do processo até a entrega do provimento jurisdicional, a legislação dedicou espaço para a regulamentação específica do assunto em relação a todas as espécies de demandas relacionadas ao controle principal de constitucionalidade. Assim, tratou dos requisitos da petição inicial no art. 3º da Lei n.º 9.868/99 (em relação à ADIn), no art. 14 da Lei n.º 9.868/99 (em relação à ADC) e no art. 3º da Lei n.º 9.882/99 (em relação à ADPF). Nestas hipóteses, tendo por escopo a própria declaração de inconstitucionalidade, a apresentação da petição inicial reclama a elaboração de pedido no qual se controverta a compatibilidade constitucional e se indique expressamente o dispositivo impugnado. Sem pedido expresso, a jurisdição constitucional não pode atuar por conta própria, sob pena de se converter em um órgão revisor de natureza política.⁶¹⁹

O mesmo não se pode dizer, contudo, da fiscalização em concreto, na qual a apreciação da constitucionalidade se impõe como mera questão prejudicial de outra principal, passível de verificação até mesmo *ex officio* pelo órgão jurisdicional. Deste modo, prescinde-se de pedido expresso de declaração de inconstitucionalidade como requisito da petição inicial.

Já sobre a pretensão de dimensionar temporalmente os efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade, a questão não se afigura pacífica. Respeitabilíssima doutrina divisa a

⁶¹⁸ BERNARDES, Juliano Taveira. **Controle abstrato de constitucionalidade...** cit., p. 3.

⁶¹⁹ Cf. TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional** cit., p. 406.

imprescindibilidade do pleito específico, diante do seu caráter excepcional à ordem natural das coisas. A propósito, paradigmática a análise de CARLOS ROBERTO DE ALCKMIN DUTRA:

“Outrossim, se o requerente ou o requerido pretendem a *modulação dos efeitos* temporais da eficácia da decisão proferida na ação direta, deve haver formulação expressa nesse sentido no pedido.

De fato, tendo em vista, como mencionado anteriormente, que a regra em termos dos efeitos da decisão de controle é a de retroação completa, desde a edição da lei (efeitos *ex tunc*), eventual pedido de modulação de efeitos deve ser *expressamente* formulado na petição inicial. O Supremo Tribunal Federal tem entendido que a ausência de formulação de pedido neste sentido inviabiliza que o tema seja suscitado em sede de embargos de declaração.”⁶²⁰

Em solução intermediária, FÁBIO MARTINS DE ANDRADE defende que, para determinadas áreas do direito, nas quais os interesses são preponderantemente disponíveis, faz-se imprescindível a formulação de prévio requerimento da parte interessada para a modulação dos efeitos, especialmente no controle concreto de constitucionalidade:

“Esta pode não ser a orientação necessária para a generalidade das áreas do Direito, mas deve prevalecer na seara tributária. É que, aqui, os direitos em jogo são sempre disponíveis. Além disso, há uma relevante distinção entre os modelos abstrato (pela via da ação direta) e concreto (pela via dos recursos) de controle de constitucionalidade. No primeiro, a interpretação em torno da compatibilidade e aplicação da lei com a Lei Maior é ampla, permitindo, em tese, que a Corte levante o tema da modulação de ofício. Cuidando-se do modelo difuso, contudo, para atender aos elevados princípios constitucionais referentes ao processo judicial deveria ser ouvida a outra parte da lide.”⁶²¹

Às concepções mais ou menos restritivas acima aludidas não se adere. O dimensionamento temporal deve ser realizado, até mesmo de ofício, sem prévio requerimento dos interessados.

Suscitar a declaração de inconstitucionalidade implica, automaticamente, deflagrar a possibilidade de gerenciar os efeitos do seu reconhecimento. Trata-se de providências complementares e decorrentes, relacionadas de modo inexorável. Consoante adverte o Min. GILMAR MENDES, “(...) quando se coloca a questão constitucional, já está implícita essa possibilidade.”⁶²² De fato, deferida à jurisdição constitucional a guarda da Constituição, implicitamente todos os poderes necessários para o cumprimento de tal tarefa foram autorizados.

Deixar de modular quando circunstantes os pressupostos necessários é realizar apenas parcialmente o controle de constitucionalidade, especialmente quando já se afirmou que os fundamentos do uso da técnica são a unidade da Constituição, a concordância

⁶²⁰ DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. **O controle abstrato de constitucionalidade sob o enfoque dos princípios processuais**. São Paulo: Tese apresentada à Universidade de São Paulo como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito – Direito Constitucional, 2010, p. 122-123.

⁶²¹ ANDRADE, Fábio Martins de. **Modulação em matéria tributária: o argumento pragmático ou consequentialista de cunho econômico e as decisões do STF**. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 295-296.

⁶²² Excerto do voto proferido no julgamento do RE 559943, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 12/06/2008.

prática e a própria supremacia das normas constitucionais. *Mutatis mutandis*, admitir a declaração de inconstitucionalidade desvinculada da possibilidade de modular seria atribuir apenas importância à extração do apêndice vermiforme, sem atentar à necessidade de, ato contínuo, suturar o corte de abertura na região abdominal.

Vale observar que a imposição constitucional não pode estar condicionada à vontade da parte proponente da demanda infirmatória da constitucionalidade, ainda mais quando o controle é realizado em abstrato, no qual o objetivo é fazer preponderar a vontade constitucional e não a posição subjetiva de um interessado. Nesta senda, convém aduzir, como lembrou CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA por ocasião do julgamento dos embargos de declaração apresentados no RE 500.171/GO, que o legitimado para a propositura da demanda, por vezes, não suscita o pedido de modulação de efeitos somente como estratégia de fortalecimento de sua tese principal. Idêntica preocupação foi compartilhada pelo Min. ANTÔNIO DIAS TOFFOLI, por ocasião da apreciação dos Embargos de Declaração opostos na ADIn 3601/DF: “Tal posicionamento, a meu ver, é, inclusive, consentâneo com a natureza objetiva do controle concentrado de constitucionalidade, não sendo razoável permitir-se, por um descuido dos participantes do processo, ou mesmo por seu receio de enfraquecer sua tese, que haja consequências adversas ao princípio da segurança jurídica ou a excepcional interesse social.”

A tese ora proposta, no sentido de ser prescindível prévia postulação da parte para apreciação da modulação, foi consagrada por ocasião do julgamento dos Embargos de Declaração opostos nos autos da ADIn n.º 3.601/DF.

“EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DISTRITAL Nº 3.642/05, QUE ‘DISPÕE SOBRE A COMISSÃO PERMANENTE DE DISCIPLINA DA POLÍCIA CIVIL DO DISTRITO FEDERAL’. AUSÊNCIA DE PEDIDO ANTERIOR. NECESSIDADE DE MODULAÇÃO DOS EFEITOS. 1. O art. 27 da Lei nº 9.868/99 tem fundamento na própria Carta Magna e em princípios constitucionais, de modo que sua efetiva aplicação, quando presentes os seus requisitos, garante a supremacia da Lei Maior. Presentes as condições necessárias à modulação dos efeitos da decisão que proclama a inconstitucionalidade de determinado ato normativo, esta Suprema Corte tem o dever constitucional de, independentemente de pedido das partes, aplicar o art. 27 da Lei nº 9.868/99. (...) 5. Embargos declaratórios conhecidos e providos para esclarecer que a decisão de declaração de inconstitucionalidade da Lei distrital nº 3.642/05 tem eficácia a partir da data da publicação do acórdão embargado.”⁶²³

⁶²³ STF, ADIN 3601 ED, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2010, DJe-244 DIVULG 14-12-2010 PUBLIC 15-12-2010 EMENT VOL-02451-01 PP-00001 RTJ VOL-00217- PP-00230.

3.8.2 A possibilidade de veicular o primeiro pedido em sede de embargos de declaração e legitimados para a oposição da medida

A possibilidade de reconhecer, nos embargos de declaração, instrumento processual adequado para vindicar a modulação dos efeitos, ainda quando a pretensão não tenha sido externada em momento precedente, constitui questão bastante controvertida.

Sob o argumento de tratar de imposição constitucional, GILMAR FERREIRA MENDES defende o cabimento dos embargos de declaração para suprir eventual omissão quanto à necessidade de modular os efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade:

“Se se entender que o fundamento para a limitação dos efeitos é de índole constitucional e que, presentes os requisitos para a declaração de inconstitucionalidade com efeitos restritos, não poderá o Tribunal fazê-lo com eficácia *ex tunc*, afigura-se inevitável o acolhimento dos embargos de declaração nas hipóteses em que de fato se configura uma omissão do Tribunal na apreciação dessas circunstâncias.”⁶²⁴

EDUARDO TALAMINI também posiciona-se de modo favorável ao reconhecimento dos embargos de declaração como veículo apropriado a suscitar, pela primeira vez, a pretensão de modulação:

“Nessa hipótese, não parece correta a tese que sustenta não caber embargos por inexistir omissão. Em primeiro lugar, o emprego da modulação deve até mesmo ser feito de ofício – sendo irrelevante o argumento de que não houve prévio pedido da parte interessada. Lembre-se que a atividade de Tribunal não é facultativa e nem mesmo discricionária. Se houver motivos justificadores da modulação, cabe-lhe, de ofício, adotar essa técnica. Se não o fizer, terá sido omisso. Em segundo lugar – e ainda que se reputasse que não se trata tecnicamente de uma omissão –, a gravidade e relevância da questão justificaria, do mesmo modo, que se procedesse a modulação nos embargos declaratórios. Como indicado, na ADI 3.756, o Tribunal não teve nenhuma dúvida quanto a isso.”⁶²⁵

Todavia, a jurisprudência não reproduziu a serenidade com a qual a doutrina aborda o tema. Em reiteradas oportunidades, o STF travou intensos debates sobre o cabimento dos embargos de declaração para modular os efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade.

Assim, por ocasião do julgamento dos Embargos de Declaração opostos na ADIn nº 483/PR (22/08/2001), na ADIn n.º 1.498/RS (10/04/2003), na ADIn n.º 2.728/AM (19/10/2006) e na ADIn n.º 2.791/PR (22/04/2009), a Corte reconheceu que a ausência de pedido anterior de fixação de efeito temporal excluía o pressuposto específico omissão,

⁶²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle concentrado de constitucionalidade...** cit., p. 449.

⁶²⁵ TALAMINI, Eduardo. **Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira...** cit., p. 208-209.

sendo que o silêncio a respeito da questão no Acórdão correspondia à aceitação da regra geral de determinação dos efeitos (eficácia *ex tunc* desde a vigência da lei ou do ato inconstitucional). Em regra, os julgados foram firmados sem contar com a unanimidade dos Ministros presentes, havendo aqueles que reconheciam na modulação de efeitos uma imposição constitucional, de modo que o não pronunciamento a respeito do tema estaria a configurar uma omissão sanável mediante oposição de embargos de declaração.

De modo contrário, por ocasião da apreciação dos Embargos de Declaração opostos na ADIn n.º 3.601/DF (09/09/2010), houve a atribuição de efeitos *ex nunc* ao julgamento, cravando-se a eficácia a partir da publicação da decisão, ainda que sem prévio requerimento neste sentido por qualquer interessado, com o intuito de preservar as situações jurídicas firmadas sob o império da lei distrital declarada inconstitucional.

No julgamento dos embargos de declaração opostos no acórdão proferido no RE 500.171/GO (16/03/2011) - apesar do entendimento assente de estar ausente omissão no julgado - por iniciativa da Min. CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, a modulação foi admitida pela maioria dos Ministros sob o argumento de o processo constituir instrumento que não pode sobrepor-se ao direito material (instrumentalidade do processo): “(...) reconheço que não houve nem omissão, nem obscuridade, nem contradição; apenas não há outro instrumento, e eu não posso sacrificar o direito por causa da forma que, neste caso, me parece que leva, não a uma justiça material no caso concreto, mas a uma injustiça.”⁶²⁶

Em recente julgado, realizado em 16/05/2012, o Plenário do STF, ao apreciar os Embargos de Declaração opostos na ADIn n.º 2.797/DF, admitiu a medida para sanar a omissão e preservar a validade de todos os atos processuais que eventualmente tenham sido praticados em processos de improbidade administrativa e ações penais contra ex-detentores de cargos públicos e de mandatos eletivos, julgados anteriormente, ao abrigo dos parágrafos 1º e 2º do art. 84 do CPP, isto é, no período de vigência da Lei 10.628, que foi de 24 de dezembro de 2002 até 15 de setembro de 2005, quando foi declarada inconstitucional pela Suprema Corte. Segundo o Min. RICARDO LEWANDOWSKI, para firmar o julgamento, “a Suprema Corte teve de evoluir, de um entendimento anterior, segundo o qual a modulação não poderia ser pedida em recurso de embargos. Segundo

⁶²⁶ Excerto do voto proferido em RE 500.171 ED, Tribunal Pleno, j. 16.03.2011, rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJe* 03.06.2011.

aquele entendimento, isso somente seria possível já na petição inicial ou, pelo menos, por ocasião da sustentação oral do autor do pedido.⁶²⁷

Diante do novo posicionamento, a jurisprudência emparelhou-se à doutrina, para admitir os embargos de declaração com o escopo de modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade. E, sobretudo, para reconhecer no dimensionamento temporal uma imposição constitucional defluente do dever-poder de fiscalizar a constitucionalidade da lei e atos normativos, que pode ser apreciado a despeito do efetivo impulso do demandante.

Acerca dos legitimados para oposição dos embargos de declaração, observa PÉRICLES PRADE:

“Somente podem opô-los os legitimados (os sujeitos processuais taxativamente relacionados: CF, art. 103) para as ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade, bem como os componentes do pólo passivo da relação objetiva, mas desde que integrem como *requerentes ou requeridos*.”⁶²⁸

Excluem-se, portanto, do rol de legitimados para a oposição dos embargos de declaração: (1) quem, embora legitimado para a propositura do processo, dele efetivamente não participe (ED na ADIn n.º 1.105-7/DF); (2) as entidades estatais (Ag. na ADIn n.º 2.130-3); e (3) o terceiro interessado, enquanto *amicus curiae* (Ag. na ADIn n.º 1.103-3).

3.8.3 Observância do contraditório

Dentre outras garantias, a Constituição assegurou, aos litigantes de processos administrativos e judiciais, o contraditório (art. 5º, inc. LV). Trata-se de garantia destinada a assegurar a participação das partes na formação do convencimento do julgador. Abstratamente, três valores fundamentais estão envolvidos na outorga do contraditório, consoante doutrina de JULIANO TAVEIRA BERNARDES:

“Em primeiro lugar, o valor da **informação**, que se traduz na chance de melhor participação e conhecimento da demanda e dos atos processuais. Além disso, a informação é pressuposto de outro valor garantido pelo contraditório: a possibilidade de **reação** quanto aos atos praticados por quaisquer dos sujeitos e/ou agentes auxiliares do processo. Enfim, decorrência do princípio constitucional da isonomia, pelo contraditório também se tenta garantir a **paridade de armas** entre as partes.”⁶²⁹

⁶²⁷ Disponível em: <<http://m.stf.jus.br/portal/noticia/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=207570>>. Acesso em: 26 set. 2012.

⁶²⁸ PRADE, Péricles. Embargos declaratórios em ação direta de inconstitucionalidade e a omissão quanto ao exame do art. 27 da Lei n.º 9.868/99: breves considerações. In: ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (coord.). **Direito e processo: estudos em homenagem ao Desembargador Norberto Ungaretti**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, p. 813.

⁶²⁹ BERNARDES, Juliano Taveira. **Controle abstrato de constitucionalidade...** cit., p. 293.

A incidência do princípio do contraditório nos processos relativos à fiscalização concreta de inconstitucionalidade não está sujeita a qualquer questionamento. Há partes e conflito de interesse qualificado por uma pretensão resistida, a importar a condução dialética do processo, assegurando-se aos interessados a produção de suas razões em juízo. Com efeito, trata-se de processo comum, no bojo do qual, em questão prejudicial ao mérito, discute-se a constitucionalidade de lei ou de ato normativo.

Já em relação à incidência do princípio do contraditório nos feitos concernentes à fiscalização abstrata de inconstitucionalidade, a questão é seriamente controvertida. Para parcela substancial da doutrina, em razão da natureza objetiva do contencioso, no qual não se discutem posições em relações jurídicas ou direitos subjetivos mas a constitucionalidade de lei ou ato normativo em abstrato, não há falar em partes ou interesses contrapostos.⁶³⁰ O interesse é comum às partes, centrado na preservação da supremacia das normas constitucionais. Trata-se, na verdade, de instrumento de restauração da ordem constitucional vigente, promovido por legitimados ativos.⁶³¹

Por consequência, as especificidades da ação exercida para o controle abstrato impõem cautela por ocasião da aplicação dos princípios constitucionais processuais.⁶³² Mais especificamente, as características anteriormente assinaladas prejudicariam o próprio exercício do contraditório, consoante anota ELIVAL DA SILVA RAMOS:

“Uma derradeira consequência da natureza abstrata e objetiva do controle principal se verifica em relação ao princípio do contraditório. Cuida-se, é certo, de princípio processual de porte constitucional (art. 5º, LV, da CF), que não admite exceções no plano dos processos de índole subjetiva, cuja configuração, porém, está diretamente vinculada a essa modalidade de contencioso. Não se estabelece propriamente um contraditório nos processos de controle abstrato de normas, o que não significa, porém, tendo em vista a complexidade que a interpretação constitucional assume nas sociedades democráticas contemporâneas e a necessidade de legitimar os seus resultados, que não se deva propiciar certa abertura procedimental para a manifestação de certos órgãos ou entidades, públicas ou privadas, aferindo-se, previamente, a sua representatividade, como, em boa hora, permitiu a Lei Federal n. 9868/99 (art. 7º, § 2º). De outra banda, o caráter técnico e frequentemente prospectivo da abrangente legislação dos Estados democrático-sociais impõe ao órgão de controle a necessidade de melhorar o nível de informação sobre a repercussão, existente ou esperada, do ato objeto de controle sobre a realidade fática. Nessa linha, a disposição do art. 9º, § 1º da Lei Federal n. 9.868/99.”⁶³³

Do mesmo modo, GILMAR FERREIRA MENDES anota o caráter não contraditório do processo instaurado para confrontar, em abstrato, a compatibilidade constitucional:

⁶³⁰ Cf. RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil...** cit., p. 259-260.

⁶³¹ Cf. BERNARDES, Juliano Taveira. **Controle abstrato de constitucionalidade...** cit., p. 286.

⁶³² Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade...** cit., p. 142-145.

⁶³³ RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil...** cit., p. 263.

“Tem-se aqui, pois, o que a jurisprudência dos Tribunais Constitucionais costuma chamar de processo objetivo (*objektives Verfahren*), isto é, um processo sem sujeitos, destinado, pura e simplesmente, à defesa da Constituição (*Verfassungsrechtsbewahrungsverfahren*). Não se cogita, propriamente, da defesa de interesse do requerente (*Rechtsschutzbedürfnis*), que pressupõe a defesa de situações subjetivas. Nesse sentido, assentou o *Bundesverfassungsgericht* que, no controle abstrato de normas, cuida-se, fundamentalmente, de um processo unilateral, não contraditório, isto é, de um processo sem partes, no qual existe um requerente, mas inexistente requerido. ‘A admissibilidade do controle de normas – ensina Söhn – está vinculada, tão somente, a uma ‘necessidade pública de controle’ (*öffentliches Kontrollbedürfnis*)’.

A provocação de um órgão externo é imprescindível, inclusive como garantia contra eventual supremacia da jurisdição constitucional. Não obstante, não se reconhece aos órgãos legitimados para desencadear o processo do controle abstrato de constitucionalidade qualquer poder de disposição.”⁶³⁴

De modo contrário, outra parcela da doutrina defende o cabimento do princípio do contraditório no processo objetivo de controle de constitucionalidade.

Para JULIANO TAVEIRA BERNARDES, em razão da natureza processual dos instrumentos destinados ao controle abstrato de constitucionalidade, alguns valores relacionados ao contraditório comportariam materialização, ainda que diante da ausência de partes ou interesses subjetivos contrapostos:

“Mesmo não havendo partes no sentido material, porém simples figurantes processuais ocupando pólos distintos na relação processual, remanesce necessário garantir-lhes tanto o direito à informação quanto o direito de igualdade no curso da relação processual (paridade de armas). A qualificação objetiva do processo não implica subtração das garantias processuais ligadas ao princípio do contraditório. Tanto é que o próprio STF já reconheceu a existência de direito subjetivo à utilização das vias recursais inclusive nas ações diretas de inconstitucionalidade.”⁶³⁵

Após sustentar que a noção de relação de direito processual é distinta da relação de direito material e aventar a possibilidade de existir contraposição de interesses no mesmo intento de preservar a ordem constitucional, CARLOS ROBERTO DE ALCKMIN DUTRA sustenta o cabimento do princípio do contraditório no âmbito do controle abstrato, desde que ressalvadas as peculiaridades da espécie de processo:

“(…) não se pode conceber, em um Estado democrático de Direito, a realização de processo de controle de constitucionalidade sem a observância do princípio do contraditório. Este princípio é inerente à própria democracia, cuja essência exige, para a prolação de uma decisão que venha a intervir na esfera de indivíduos (um provimento), que seja ela precedida do contraditório, isto é, da oportunidade

⁶³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 250-251. Na mesma linha, J. J. GOMES CANOTILHO ressalta a ausência de lide e contraditório nos processos de controle abstrato de fiscalização (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional...** cit., p. 900). IVO DANTAS reconhece que no processo constitucional em sentido estrito, voltado ao controle da constitucionalidade das leis e atos, nem todos os princípios constitucionais de processo comportam aplicação, dentre os quais o próprio contraditório (DANTAS, Ivo. **Novo processo constitucional brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 65).

⁶³⁵ BERNARDES, Juliano Taveira. **Controle abstrato de constitucionalidade...** cit., p. 293-294.

de os interessados apresentarem seus argumentos com a finalidade de influir no resultado do julgamento.”⁶³⁶

A divergência constante na doutrina, acima circunscrita, parece mais centrada na nomenclatura do que na essência do princípio processual a ser aplicado. Ao referir-se a um *contraditório sui generis* ou a um *contraditório de acordo com as peculiaridades*, a divergência parece pautar-se na necessidade de conferir ao amplo rol de interessados na questão constitucional a oportunidade de influir na convicção do órgão jurisdicional, de acordo com as peculiaridades do controle objetivo. E, para tanto, basta uma abertura procedimental para a manifestação de certos órgãos ou entidades públicas, a admissão de litisconsórcio ativo entre os vários legitimados, a requisição de informações, a nomeação de peritos, a realização de audiências públicas para oitiva de pessoas com experiência e autoridade sobre a matéria em discussão e a intervenção do *amicus curiae*. Não se trata, portanto, de uma manifestação específica do princípio do contraditório, mas, como quer ELIVAL DA SILVA RAMOS, a atuação de um princípio afeto ao pluralismo na convicção do julgador.

Desse modo, conclui-se que a modulação de efeitos temporais da pronúncia de inconstitucionalidade realizada no controle abstrato não está sujeita ao princípio do contraditório. No entanto, com o escopo de suprir a ausência de legitimidade democrática do Poder Judiciário, convém orientar o julgamento da questão para um modelo que assegure abertura procedimental, viabilizando ao órgão jurisdicional tomar contato com o maior número possível de variantes sobre a exegese do texto constitucional. Por consequência, desde que interessado o proponente na questão constitucional concernente ao dimensionamento temporal, ao menos sua manifestação na demanda infirmatória de constitucionalidade deve ser admitida.

3.8.4 Motivação

Consoante restou anotado em item precedente, motivar consubstancia a tarefa de expor a convicção e a decisão, com o escopo de: (1) permitir aos interessados o conhecimento e a rediscussão das razões que formaram a convicção do julgador; e (2) facultar a crítica pública e permitir a fiscalização do exercício da função jurisdicional pelo

⁶³⁶ DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. **O controle abstrato de constitucionalidade sob o enfoque dos princípios processuais** cit., p. 193.

povo. No Brasil, o dever de motivar foi alçado ao patamar de princípio constitucional expreso (art. 93, inc. IX, da CRFB/88).

O provimento jurisdicional que modula os efeitos temporais da pronúncia de inconstitucionalidade deve ser alvo de rigorosa motivação por parte da jurisdição constitucional, sobretudo para assegurar a objetividade e a racionalidade da decisão judicial, permitindo o controle pela pluralidade de interlocutores.⁶³⁷ Relembre-se que as decisões proferidas em sede de ações diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade não estão sujeitas, em regra, a rediscussão em recurso ou ação rescisória, ressalvadas as hipóteses de oposição de embargos de declaração (art. 26 da Lei n.º 9.868/99) e de interposição de agravos regimentais (em relação a decisões monocráticas interlocutórias).⁶³⁸

Nesse âmbito, reprise-se que vigorosa corrente doutrinária baseia-se na indeterminação dos conceitos de segurança jurídica e de interesse público, bem como no amplo espaço de movimentação conferido pelo método de ponderação de interesses ao intérprete, com a finalidade de repudiar o dimensionamento temporal de efeitos. Daí a importância da motivação, para indigitar a adoção de uma metodologia bem estruturada de cognição e aplicação do direito.

Os aspectos gerais sobre extensão e forma da motivação foram abordados no item 3.4.7 (*Ponderação e motivação*), de modo a tornar desnecessária a reapreciação dos temas. Vale aduzir, em acréscimo, que a decisão deverá guardar expressa menção ao exame dos pressupostos fáticos, materiais e processuais que permitiram a modulação, bem como examinar eventuais limites que se imponham ao exercício da técnica.

Note-se, ao cabo, que a motivação igualmente deverá cumprir o especial desiderato de demonstrar os motivos que deram ensejo à escolha do momento da produção de efeitos, dentre os vários possíveis. Com isto, coíbe-se a discriminação injustificada entre os jurisdicionados e a ofensa ao princípio da isonomia.

⁶³⁷ Observa, nesse sentido, ROBERTO ROMBOLI: “Ha sido acertadamente observado por Mortati que el sentido y el valor de la actividad de la Corte constitucional quedan confiados sobre todo a la motivación, por lo que parece necesario que las decisiones constitucionales sean siempre completamente motivadas, no tanto con el fin de una eventual impugnación, dada la irrecurribilidad de las mismas, como por el hecho de dirigirse a una pluralidad de interlocutores y de poder ser, por tanto, controladas en tal sentido” (ROMBOLI, Roberto. *La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en via incidental*. **Revista Española de Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, v. 48, p. 35-80, set./dez 1996, p. 46).

⁶³⁸ Ressalva-se, ainda, a interposição de recurso extraordinário em ação direta de inconstitucionalidade estadual proposta em face de norma da Constituição Estadual que reproduz obrigatoriamente a norma de Constituição.

3.8.5 O quórum e o modelo bifásico de julgamento

Ainda sobre o procedimento perpetrado para o dimensionamento temporal de efeitos, convém anotar certas especificidades sobre o quórum e o modelo de julgamento afetos ao dimensionamento temporal dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade. Remarque-se não constituir o presente tópico momento adequado para tecer críticas à constitucionalidade da lei e de atos normativos editados para regulamentar o tema, mas apenas expor aspectos do procedimento de modulação.

Sobre o quórum, importante perceber que as Leis n.º 9.868/99 e 9.882/99 preconizaram o número mínimo de oito ministros presentes para o início da apreciação da questão afeta à constitucionalidade da lei ou do ato normativo⁶³⁹ e de seis ministros para proclamar a declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade da norma impugnada.⁶⁴⁰ Neste último aspecto, a disposição conta com orientação constitucional específica (art. 97, *caput* da CRFB/88). Ausentes ministros em número relevante para determinar o deslinde do feito e não alcançado o quórum necessário para a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, o julgamento será suspenso, a fim de aguardar o comparecimento dos julgadores à próxima sessão.

Por imperativo infraconstitucional, a modulação dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade nas ações diretas reclama um quórum mais elevado, consubstanciado em 2/3 (dois terços) dos membros do Tribunal Pleno, isto é, oito ministros.⁶⁴¹ Cuida-se de patamar quantitativo idêntico ao exigido para a edição de súmula vinculante e para a determinação dos critérios da repercussão geral.

Acerca da razão do quórum elevado, invoca JOSÉ LEVI MELLO DO AMARAL JÚNIOR a suposta natureza não meramente jurídica da atividade desenvolvida por parte da jurisdição constitucional ao dimensionar os efeitos:

⁶³⁹ Lei 9.868/99. Artigo 22. A decisão sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo somente será tomada se presentes na sessão pelo menos oito Ministros.

⁶⁴⁰ Lei 9.868/99. Art. 23. Efetuado o julgamento, proclamar-se-á a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da disposição ou da norma impugnada se num ou noutro sentido se tiverem manifestado pelo menos seis Ministros, quer se trate de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade.

⁶⁴¹ Lei 9.868/99. 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.

“Tanto é assim que o art. 27 traz um inusitado requisito formal à modulação dos efeitos da decisão: deve ser tomada por maioria de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal. O que se busca com isso? A resposta é uma só: legitimação para uma decisão que não é meramente jurídica, mas, sim, envolve ‘severo juízo de ponderação’ entre princípios e valores constitucionais frente aos dois parâmetros – axiológicos – postos pela Lei das Ações Diretas (‘razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social’).”⁶⁴²

Parte da doutrina que se debruçou sobre o tema entendeu benéfica a majoração do quórum, consoante se infere da leitura da obra de ANA PAULA ÁVILA:

“É de se entender que a exigência é salutar. Trata-se de um requisito que *reforça*, no aspecto formal, a decisão que venha a superar a regra da retroação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Essa disposição vai, portanto, ao encontro da tese, mais adiante firmada, no sentido de que também materialmente, isto é, no que diz respeito aos seus fundamentos e argumentos, a decisão deve ser *reforçada*.”⁶⁴³

DANIEL SARMENTO também se posicionou favoravelmente ao recrudescimento do número de votos determinado pela lei:

“(…) a exigência de um quorum qualificado de dois terços para modificação da eficácia temporal da decisão, também se nos afigura positiva, na medida que visa impedir uma possível banalização das decisões prospectivas no controle de constitucionalidade das leis.”⁶⁴⁴

GUSTAVO BINENBOJM considera compatível com a CRFB/88 a fixação de quórum qualificado de 2/3 (dois terços), em razão da não incidência à espécie do disposto no art. 97, bem como em decorrência do maior grau de responsabilidade que provém da adoção de uma postura temporal não retroativa. Acerca deste último aspecto, disserta o autor:

“Como é intuitivo, a exigência de *quorum* mais elevado guarda uma relação de proporcionalidade com o grau de responsabilidade e a repercussão social e política da decisão. Portanto, como a limitação temporal do juízo de inconstitucionalidade constitui um *plus*, em termos de responsabilidade, se comparado com a pura e simples proclamação da nulidade, é razoável a exigência de um *plus* no *quorum* necessário à prolação da primeira decisão. É de bom alvitre que um consenso maior seja exigido dentro da Corte Suprema, nas hipóteses de *validação* dos efeitos pretéritos de uma lei inconstitucional, como garantia de que a decisão, apesar de sua excepcionalidade, é adequada, necessária e conforme ao interesse público.”⁶⁴⁵

Registre-se, ao final, a posição de ANDRÉ DIAS FERNANDES, para quem a majoração do quórum necessário à modulação é exigível apenas para o dimensionamento temporal de efeitos perpetrado em controle abstrato, em razão da disposição expressa do art. 27 da Lei n.º 9.868/99:

⁶⁴² AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Da admissibilidade da restrição temporal de efeitos das decisões de inconstitucionalidade em controle concreto. In: HORBACH, Carlos Bastide; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; LEAL, Roger Stiefelmann. **Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia: homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho**. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 433- 443.

⁶⁴³ ÁVILA, Ana Paula. **A modulação de efeitos temporais pelo STF...** cit., p. 59.

⁶⁴⁴ SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no Controle de Constitucionalidade cit., p. 32.

⁶⁴⁵ BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 230-231.

“A diferença está em que nos processos *subjetivos* não há necessidade de obediência ao *quorum* qualificado de 2/3 para restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, bem como na possibilidade de qualquer juízo de 1º grau ou Tribunal proceder a essa restrição eficaz, justamente porque essa restrição de efeitos não se lastreia no art. 27 da Lei nº 9.868-99 (aplicável apenas *ao STF* e aos *processos abstratos*), mas a própria Constituição, designadamente no princípio da proporcionalidade.”⁶⁴⁶

No concernente ao julgamento da questão afeta à modulação temporal, ao menos no STF, consagrou-se um modelo bifásico, consoante designação cunhada pelo MIN. GILMAR MENDES no julgamento do RE n.º 559.943-4/RS. Em consonância com o modelo proposto, inicialmente, dedicam-se a totalidade dos julgadores presentes a votar sobre a questão principal, centrada na declaração (ou não) da inconstitucionalidade da norma impugnada. Assentada a questão e verificada a convicção da maioria absoluta sobre a inconstitucionalidade da norma, em momento ulterior, deflagra-se nova votação, a envolver a manifestação de todos os julgadores, desta feita apenas sobre a constituição dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade. Trata-se, portanto, de julgamento por degraus ou fases, destinado a apreciar questões distintas. O Min. MARCO AURÉLIO explicitou o modelo de julgamento acolhido por ocasião da votação da proposta modulatória firmada na ADIn 3.819-2/MG:

“Senhora Presidente, na assentada anterior, surgiu uma dúvida quanto ao alcance do artigo 27 da Lei de regência, a Lei n.º 9.868/99: saber se aqueles que formaram na corrente minoritária da constitucionalidade participam, ou não, da modulação. O que prevê o artigo? Duas fases: na primeira, no julgamento sobre a procedência ou improcedência do pedido inicial, evidentemente, há a participação de todos. Na segunda fase, que é a da modulação propriamente dita, exige-se o *quorum* qualificado de dois terços – oito votos.

Aqueles que votaram pela constitucionalidade participam, ou não, dessa segunda discussão, dessa segunda fase? A resposta, para mim, é desenganadamente positiva, porque o inverso levaria à incongruência de, em situação concreta em que se chegasse à declaração de inconstitucionalidade, considerados oito ou mais votos, haveria a possibilidade de modulação. Em situação ambígua, até mesmo numa votação de seis votos a cinco, quanto à inconstitucionalidade, já não se poderia acionar o artigo 27, porque, com a participação apenas daqueles que concluíram pela pecha, não se teria como formar a corrente com oito pensamentos no sentido da modulação.

Creio que todos participam dessa segunda etapa.(...)”

Três decorrências podem ser inferidas do modelo instituído. A primeira, no sentido de que deverão participar do julgamento todos os juízes, inclusive aqueles que eventualmente se tenham pronunciado de modo não vitorioso pela improcedência do pedido de reconhecimento da inconstitucionalidade na primeira fase. A segunda, no sentido de que a ausência de manifestação preliminar sobre a matéria, durante o curso da votação sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma, não impõe preclusão à votação do dimensionamento temporal, quando demandado em degrau

⁶⁴⁶ FERNANDES, André Dias. **Eficácia das decisões do STF...** cit., p. 246.

subsequente, por impulso das partes ou do próprio órgão julgador. A terceira, no sentido de que, na eventualidade de não existir quórum para a deliberação da matéria, após assentada a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, o julgamento deve ser suspenso e posteriormente retomado para a apreciação da questão específica.

3.9 A possibilidade de legislação infraconstitucional prescrever pressupostos (fáticos, materiais ou formais) para a modulação temporal de efeitos

A possibilidade de a legislação infraconstitucional tratar dos pressupostos para modulação de efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade é tema que merece detida atenção. Sobretudo no Brasil a matéria ganha especial relevo, porque o legislador ordinário efetivamente regulamentou o dimensionamento temporal dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade nos arts. 27 da Lei n.º 9.868/99⁶⁴⁷ e 11 da Lei n.º 9.882/99,⁶⁴⁸ sem contar com prévia delegação constitucional para a assunção da tarefa.

No âmbito dos dois dispositivos citados, o legislador infraconstitucional explicitou o dever-poder de dimensionar os efeitos temporais da pronúncia de inconstitucionalidade, autorizando especialmente o STF a eleger, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e mediante rigoroso juízo de ponderação de princípios colidentes, três momentos distintos como marco inicial da produção de efeitos: (1) momento posterior à promulgação da lei ou do ato normativo e anterior ao trânsito em julgado da declaração; (2) o trânsito em julgado da decisão declaratória; e (3) momento posterior ao trânsito em julgado do provimento de natureza declaratória, caso em que a própria eficácia da decisão restaria postergada.

Para além de explicitar o conteúdo da técnica e as espécies de decisão possíveis, o legislador firmou a exigência de dois pressupostos específicos: (1) um, de natureza formal, consubstanciado no quórum qualificado de dois terços dos membros do

⁶⁴⁷ Lei 9.868/99. 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.

⁶⁴⁸ Lei 9.882/99. 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.

tribunal (oito ministros); e (2) outro, de natureza material, respeitante à prevalência da segurança jurídica ou de outro interesse público relevante, por ocasião do confronto ponderativo com o princípio da nulidade.

Grande testilha doutrinária foi instaurada desde a entrada em vigor dos diplomas normativos que pretenderam regulamentar o tema. Os comentadores do Direito Constitucional dividiram-se, basicamente, em dois grupos: (1) os que avistaram a constitucionalidade da inovação normativa; e (2) os que afirmaram a inconstitucionalidade, total ou parcial, dos dispositivos legais. Os argumentos de cada grupo serão abordados a seguir e a crítica pessoal declinada ao final.

No entanto, convém consignar que a discussão não se limitou ao âmbito acadêmico. O dispositivo da Lei n.º 9.868/99 (art. 27) foi objeto de duas ações diretas de inconstitucionalidade (ADIns 2.154⁶⁴⁹ e 2.258⁶⁵⁰), enquanto o dispositivo da Lei n.º 9.882/99 (art. 11) foi objeto de outra (ADIn 2.231⁶⁵¹), todas sem apreciação definitiva de mérito até o momento.

Iniciado o julgamento das duas primeiras ações retrocitadas, em 14/02/2007, o Min. SEPÚLVEDA PERTENCE entendeu por bem conferir procedência ao pedido de declaração de inconstitucionalidade do art. 27 da Lei n.º 9.868/99, ao argumento de que a consagração da sanção de nulidade no sistema de controle de constitucionalidade no Brasil determina que a alteração da modalidade sancionatória seja procedida mediante emenda constitucional. De outro lado, considerou que “(...) ainda que ultrapassada a inconstitucionalidade formal, seria necessário dar interpretação conforme ao referido dispositivo, a fim de evitar que sua aplicação pudesse atingir o ato jurídico perfeito, a coisa

⁶⁴⁹ A CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS PROFISSÕES LIBERAIS – CNPL aforou ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, com o escopo de obter provimento jurisdicional que declarasse a inconstitucionalidade dos arts. 26 e 27 da Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999. Em relação ao art. 27 da lei impugnada, sustentou a incompatibilidade com o art. 5º, incs. I e II da CRFB/88, em razão de: (1) ofender diretamente o princípio da legalidade, por obrigar determinado comportamento sem amparo em legislação válida; e (2) ofender indiretamente o princípio da igualdade formal, visto que a declaração de eficácia poderá beneficiar apenas alguns, em detrimento dos demais.

⁶⁵⁰ O CONSELHO FEDERAL DA OAB aforou ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de liminar, contra o § 2º do art. 11, o art. 21 e art. 27, todos da Lei n.º 9.868/99. Especificamente sobre o art. 27 da referida lei, advogou a inconstitucionalidade por ofensa ao Estado Democrático de Direito e ao princípio da legalidade (por permitir que atos normativos inconstitucionais produzam algum tipo de efeito em algum momento de tempo ou, em outras palavras, por admitir que aquilo que não é lei possa reger condutas).

⁶⁵¹ O CONSELHO FEDERAL DA OAB aforou ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de liminar, contra a íntegra da Lei n.º 9.882/99. No concernente ao art. 11, defendeu a inconstitucionalidade por ofensa ao Estado Democrático de Direito e ao princípio da legalidade (por admitir que aquilo que não é lei possa reger condutas).

julgada e o direito adquirido, eventualmente surgidos da inconstitucionalidade da lei.”⁶⁵² Após o pronunciamento do relator, pediu vista a MINISTRA CÁRMEN LÚCIA, que ainda retém os autos.

Em relação à ADIn 2.231, o MIN. NÉRI DA SILVEIRA indeferiu a medida cautelar incidental pretendida pelo Conselho Federal da OAB, sob argumento de que “(...) cuidando-se de processo de natureza objetiva, não há norma constitucional que impeça o legislador ordinário autorizar o STF a restringir, em casos excepcionais, por razões de segurança jurídica, os efeitos de suas decisões.”⁶⁵³ Após solicitação de vistas dos autos pelo MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE, não há registro de outros provimentos jurisdicionais relevantes proferidos no feito.

A despeito da indefinição doutrinária e jurisprudencial sobre a constitucionalidade dos dispositivos controvertidos, os mesmos já foram invocados pela jurisdição constitucional em reiteradas oportunidades, logrando aplicação com fundamento em maioria de votos.

3.9.1 Argumentos contrários à possibilidade de legislação infraconstitucional prescrever pressupostos para a modulação temporal de efeitos

Ao apreciar a constitucionalidade do conteúdo das Leis n.º 9.868/99 (art. 27) e 9.882/99 (art. 11), respeitável parcela da doutrina divisou a ocorrência de incompatibilidade. Três ordens de razões foram engendradas para sustentar a dissonância constitucional.

A primeira ordem de argumentos propendeu a afirmar a inconstitucionalidade total dos dispositivos, tanto por incompatibilidade formal como material.

Diversos juristas aventaram a ocorrência de vício formal, em razão da relativização do princípio constitucional da nulidade sem anterior modificação da Constituição por Emenda Constitucional.

⁶⁵² Informativo do STF n.º 476 (13 a 17 de agosto de 2007). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo476.htm#ADIELei9.868/99-6>>. Acesso em: 26 set. 2012.

⁶⁵³ Informativo do STF n.º 253 (3 a 07 de dezembro de 2001), Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo253.htm>>. Acesso em: 26 set. 2012.

Dentre outros,⁶⁵⁴ ELIVAL DA SILVA RAMOS fundou seu raciocínio nas características do sistema de fiscalização de constitucionalidade brasileiro e na consagração do princípio da nulidade para rejeitar a compatibilidade do art. 11 da Lei n.º 9.882/99 com a ordem constitucional, tendo em vista a pretensa convalidação da lei ou do ato normativo inconstitucional:

“De igual modo, as características de nosso sistema de controle, extraídas das disposições pertinentes da Constituição de 1988, conduzem à conclusão, pode-se dizer pacífica, doutrinária e jurisprudencialmente, de que a lei inconstitucional, entre nós, é sancionada com nulidade.

Como se admitir, entretanto, que disposição infraconstitucional confira ao Supremo Tribunal Federal um poder de saneamento parcial da invalidade legislativa, em face do descumprimento de preceito fundamental, invalidade, com suas características de nulidade de pleno direito, que brota do sistema de controle disciplinado em nível superior?

Em suma, olvidou-se o Legislador Ordinário que a matéria exigia disciplina em nível constitucional e, com isso, acabou perpetrando rematada inconstitucionalidade, ao permitir algo que a Constituição não permite.”⁶⁵⁵

Em produção acadêmica mais recente, a mesma orientação foi observada pelo professor da USP, ao ensejo da apreciação do art. 27 da Lei n.º 9.868/99:

“O ponto mais importante, entretanto, reside na patente inconstitucionalidade do art. 27 da Lei Federal n. 9.868/99, na medida em que interfere nos efeitos inerentes à sanção de nulidade com que, em nosso sistema jurídico, se combate a inconstitucionalidade legislativa, sanção essa que decorre das características do modelo de fiscalização traçado pela Lei Maior, configurando, como já se viu, um princípio constitucional implícito. O sistema de controle português, com características estruturais bastante próximas às do brasileiro, também contempla o instituto da convalidação parcial da lei declarada nula por inconstitucionalidade, porém ali, acertadamente, a matéria foi disciplinada em nível constitucional. Referimo-nos ao art. 282, n. 4, da Constituição portuguesa, segundo a qual, ‘quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos ns. 1 e 2’. Ao que tudo indica, esse dispositivo, que também atenua em termos temporais a ineficácia absoluta congênita do ato normativo inconstitucional, constitui a fonte inspiradora do legislador infraconstitucional brasileiro, que, todavia, não atentou aos limites de sua atuação nessa matéria. (...)”⁶⁵⁶

⁶⁵⁴ Como exemplo, INGO WOLFGANG SARLET postou-se ao lado dos críticos da incompatibilidade formal das leis controvertidas, por disporem de modo contrário ao princípio da nulidade sem prévia autorização constitucional (SARLET, Ingo Wolfgang. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: alguns aspectos controversos in TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (org.). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n.º 9.882/99**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 158-159). Do mesmo modo, ROBERTO MENDES MANDELLI JÚNIOR considerou que a sanção de nulidade é princípio constitucional implícito, contrariado pelo legislador ordinário responsável pela edição do art. 11 da Lei n.º 9.882/99 (MANDELLI JÚNIOR, Roberto Mendes. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: em defesa do Estado Social Democrático de Direito. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius. **Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 239).

⁶⁵⁵ SILVA, Elival da Silva. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: delineamento do instituto in TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (org.). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n.º 9.882/99**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 125.

⁶⁵⁶ RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil...** cit., p. 300.

Note-se que esse argumento foi sustentado em sua integralidade pelo MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE, no voto em que proferiu nas ações diretas voltadas ao exame de compatibilidade do art. 27 da Lei n.º 9.868/99. Divisou o então Ministro que “(...) a nulidade da lei inconstitucional decorre, no sistema da Constituição, da adoção, paralela ao controle direto e abstrato, do controle difuso de inconstitucionalidade”, de modo que “(...) uma alteração dessa magnitude só poderia ser feita por emenda constitucional.”⁶⁵⁷

Ainda sob o viés da inconstitucionalidade formal, mas em relação à impossibilidade de lei ordinária disciplinar o rol de competências do STF, MARIA GARCIA considerou o art. 27 da Lei 9.868/99 incompatível com a CRFB/88:

“À Constituição, somente, cabe determinar competências e atribuições aos órgãos estatais descabendo à lei ordinária, pelo órgão legislativo, adentrar essa área restrita ao poder constituinte originário.

Daí a afrontosa inconstitucionalidade do art. 27 da Lei 9.868/1999.”⁶⁵⁸

Para além da ocorrência de vício formal, vasta bibliografia apontou a incompatibilidade material dos dispositivos impugnados em relação à Constituição vigente.

A propósito, OCTAVIO CAMPOS FISCHER pendeu ao reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 27 da Lei n.º 9.868/99, em decorrência de implicar restrição desautorizada de prerrogativa do STF outorgada pela própria Constituição. Perante a concepção de referido tributarista, sequer por emenda constitucional seria possível ao poder controlado dispor de modo restritivo sobre a atuação do poder controlador, em decorrência da vedação contida no art. 60, § 4º, inc. III da CRFB/88:

“Com efeito, é o nosso entendimento que a modulação dos efeitos insere-se nas prerrogativas do Tribunal, sendo desnecessária previsão constitucional expressa. Se a Constituição omitiu-se em matéria dessa relevância, há de se considerar que relegou a questão à prudente discricionariedade do Tribunal.

Não se alegue que a legislação em comento tem natureza jurídica de ‘lei interpretativa’, porque não se afigura como algo admissível uma lei infraconstitucional interpretar uma Constituição.”⁶⁵⁹

Para o jurista paranaense, o dispositivo infraconstitucional não teria apenas interpretado, mas inadvertidamente incidido em restrição aos poderes do STF:

“Note-se que a restrição deu-se no sentido de que, antes dessa norma, o Supremo Tribunal Federal poderia, em tese, manipular os efeitos, fundando-se em qualquer valor constitucional que fosse necessário e adequado para tal fim. Agora, porém, somente em caso de ‘segurança jurídica’ ou de ‘excepcional interesse social’, ‘poderá o Supremo Tribunal Federal (...) restringir os efeitos

⁶⁵⁷ Informativo do STF n.º 476 (13 a 17 de agosto de 2007). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo476.htm#ADI> e Lei 9.868/99 - 6>. Acesso em: 26 set. 2012.

⁶⁵⁸ GARCIA, Maria. Inconstitucionalidades: o voto de Marshall (1803) e a modulação de efeitos da Lei 9.868/99. **Revista de Direito Constitucional e internacional**. São Paulo: RT, v. 18, p. 206-223, out./dez. 2010, p. 222.

⁶⁵⁹ FISCHER, Octávio Campos. **Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade...** cit., p. 216.

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’.”⁶⁶⁰

De modo semelhante, OLAVO ALVES FERREIRA assinalou a desconformidade material dos dispositivos, centrando-se, contudo, na ofensa à competência de qualquer juiz ou tribunal deixar de aplicar a lei inconstitucional e na impossibilidade de o Poder Judiciário executar atribuições próprias do Poder Legislativo:

“Há, outrossim, desconformidade das normas em estudo com os arts. 97 e 102, III, *a, b e c*, da Constituição Federal, que estabelecem o poder de qualquer juiz ou tribunal deixar de aplicar a lei inconstitucional, já que tais atos infraconstitucionais prevêm a possibilidade da decisão do Supremo Tribunal Federal adiar a sanção de nulidade, que terá efeito vinculante, e, estarão, os demais órgãos do Poder Judiciário, impossibilitados de decidir em sentido contrário ao Supremo Tribunal Federal, mas contrariamente à Lei Fundamental. A separação de poderes, ao nosso sentir, também restou violada, pois o Supremo Tribunal Federal poderá, com uma margem de discricionariedade muito ampla, legislar, ao determinar que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade da lei somente incidam no futuro, caracterizando-se como verdadeiro legislador positivo, decidindo sobre o momento de incidência de normas nulas vigentes.”⁶⁶¹

A segunda gama de razões disparou a favor do reconhecimento da inconstitucionalidade parcial dos dispositivos controvertidos, apenas na porção em que permitiu a fixação de efeitos *pro futuro* à declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo inconstitucional.

Filiou-se a tal posição OSWALDO LUIZ PALU, ao não admitir que lei ordinária incluía no rol de competências do STF a atividade de preservar no sistema lei declarada inconstitucional, no intuito de viabilizar a aplicação em casos futuros:

“O legislador ordinário não tem poderes para atribuir ao STF competência para que este determine a observância de uma lei, já declarada inconstitucional – somente a Constituição poderia fazê-lo. Os casos pretéritos podem ser imunizados pelo STF, eis que, para estes, a lei não tivera sua ilegitimidade constitucional declarada; os casos pendentes também podem ser ressaltados dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade e daí se entende o efeito puramente prospectivo (ademais havia, então, a ‘presunção de constitucionalidade’ da lei). Mas, uma vez declarada inconstitucional determinada norma, somente a Constituição pode, excepcionando-se a si mesma e em atenção a outros princípios que não somente ao da nulidade da norma inconstitucional, atribuir a um Tribunal poderes para impor a observância da norma inconstitucional, e que

⁶⁶⁰ FISCHER, Octávio Campos. **Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade...** cit., p. 216-217. Após sustentar em uma primeira aproximação que a previsão normativa infraconstitucional era prescindível para autorizar a prática do dimensionamento temporal de efeitos, PAULO ROBERTO LYRIO PIMENTA também aventa a impossibilidade de o poder controlado restringir as faculdades do poder controlador com esteio em alteração procedida por lei ordinária (PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Efeitos da decisão de inconstitucionalidade...** cit, p. 99).

⁶⁶¹ FERREIRA, Olavo Alves. **Controle de constitucionalidade e seus efeitos**. São Paulo: Método, 2003, p. 96. Referido autor também apontou a ocorrência de inconstitucionalidade formal em razão da pretensão legal de reformar o gerenciamento constitucional da sanção preconizada ao ato incompatível (FERREIRA, Olavo Alves. **Controle de constitucionalidade e seus efeitos** cit., p. 95).

esta continue a ser aplicada durante certo tempo; jamais a lei poderá fazê-lo, sendo inconstitucional, no particular, se o fizer.”⁶⁶²

LÊNIO LUIZ STRECK defendeu que a outorga de poder para fixação de data futura para a eficácia da decisão de inconstitucionalidade importou em enfraquecimento à força normativa da Constituição e em infringência aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade:

“(…) que uma coisa é conceder efeito *ex nunc* às decisões em sede de controle concentrado de constitucionalidade; outra é especificar, para além do efeito *ex nunc* ou para aquém do efeito *ex tunc*, outra data para a eficácia da decisão de pronúncia de inconstitucionalidade. Com efeito, tenho que a concessão desse arbítrio ao Supremo Tribunal Federal tem o condão de disponibilizar, a este, a própria constitucionalidade da lei. Ora, nem a Constituição está disponível ao Supremo Tribunal Federal e tampouco este pode dispor do prazo para o início da eficácia de sua decisão (ressalvado o caso do efeito *ex nunc*, *stricto sensu*, já praticado desde há muito em Tribunais Europeus, na tradição da doutrina kelseniana). Tal possibilidade enfraquece a força normativa da Constituição, em virtude da possibilidade de manipulação dos efeitos, a partir de vagos e ambíguos fundamentos da existência de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social (sic). Tal previsão é absolutamente estranha ao Direito Constitucional brasileiro. Se há razões de ordem pragmática que apontam para a necessidade da mitigação da previsão do efeito *ex tunc*, a partir da possibilidade de o Tribunal Constitucional estabelecer efeito *ex nunc*, não parece razoável admitir que a decisão de inconstitucionalidade venha a contemplar eficácia pró-futuro, para além do mero efeito *ex nunc*, ou em parte para o passado, com o que o efeito nem seria *ex tunc* e nem *ex nunc*. Estar-se-ia atribuindo um espaço de arbitrariedade ao Supremo Tribunal Federal que, a toda evidência, viola os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.”⁶⁶³

FLÁVIA CERQUEIRA SAMPAIO indigitou ofensa ao princípio da nulidade por ocasião da manutenção da lei inconstitucional no ordenamento jurídico:

“Eventual concessão de efeitos *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade não alcança o ponto extremo de desfigurar o regime da nulidade, enquanto sanção-regra, apenas acarreta uma flexibilização do seu regime, sem, contudo, impedir a eliminação da norma desconforme após a publicação da decisão. O mesmo não ocorre com a concessão de efeitos para o futuro. Esse diferimento no tempo termina por romper com a tradição da nulidade ao descaracterizar o regime da nulidade da lei inconstitucional, na medida em que impõe a manutenção da norma desconforme constitucionalmente no ordenamento jurídico.”⁶⁶⁴

A terceira série de argumentos aspirou, do mesmo modo, à declaração de inconstitucionalidade parcial dos dispositivos positivados em 1999. Referiu-se ao recrudescimento do quórum necessário, definindo a quantidade de dois terços dos membros do STF para manipular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

⁶⁶² PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade...** cit., p. 186-187. OSWALDO LUIZ PALU também defende a prescindibilidade de lei ordinária para o STF deixar de aplicar em sua integralidade o princípio da nulidade da lei inconstitucional em relação aos efeitos pretéritos (PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade...** cit., p. 187).

⁶⁶³ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 544-545.

⁶⁶⁴ SAMPAIO, Flávia Cerqueira. Os efeitos diferidos para o futuro... cit., p. 701.

PAULO ROBERTO LYRIO PIMENTA foi enfático ao sustentar a impossibilidade de a parte constitutiva da decisão, afeta à fixação dos efeitos da inconstitucionalidade, possuir quórum de votação diferenciado da parte declaratória, destinada à afirmação da inconstitucionalidade. Para o autor, as duas partes constituem elementos parciais de uma só norma jurídica, cujo quórum de construção foi estipulado na Constituição:

“A Constituição estabeleceu em seu art. 97 o quórum necessário à produção da norma invalidante em epígrafe, e, por conseguinte, de seu âmbito de validade temporal, exigindo a maioria absoluta dos membros do Tribunal.

Sendo assim, não poderia o legislador ampliar esse quórum, como o fez, porque o âmbito temporal é parte inseparável da norma invalidante, formando com ela uma unidade incidível. Em outras palavras, não poderia o Legislativo dissociar o quórum da declaração, do previsto para mitigar a eficácia temporal, porque tais efeitos integram o âmbito de validade da própria declaração. O quórum para a produção da norma invalidante e, por conseguinte, do seu âmbito de validade temporal é um só: maioria absoluta dos votos (art. 97, CF).”⁶⁶⁵

LUÍS ROBERTO BARROSO questionou a constitucionalidade do agravamento do quórum para a modulação temporal, em decorrência de restringir o exercício de um poder reservado ao Poder Judiciário pela Constituição (ponderação de valores constitucionais):

“No mérito, é respeitável a tese de que, por vezes, a produção de efeitos retroativos pode trazer consequências indesejadas pelo próprio texto constitucional. Mas a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já vinha tratando a questão de forma equilibrada e construtiva. Não havia necessidade de ato legislativo interferindo nesse mandato. Aliás, em testemunho da riqueza do universo da interpretação constitucional, é possível uma leitura singular e muito razoável do dispositivo, embora contrária ao legislador histórico (isto é, à *mens legislatoris*): a de que, na verdade, veio ele restringir a liberdade de ponderação até então exercida pelo Supremo Tribunal Federal, ao impor o *quorum* de dois terços dos seus membros. Nesse caso, também caberia questionar se o legislador ordinário poderia impor condições para a ponderação de valores constitucionais.”⁶⁶⁶

Por fim, ROBERTO DIAS e LUCAS DE LAURENTIIS avistaram a inconstitucionalidade do quórum estipulado, por construir uma prevalência abstrata de princípios constitucionais não autorizada pela CRFB/88, impondo dificuldades à tutela do ponto específico da Constituição contraposto ao princípio da nulidade:

“(…) Essa trilha argumentativa leva ao maior dos paradoxos do art. 27, da Lei 9.868/99. É que dito quórum tem, na verdade, o efeito de rebaixar – não aumentar, o valor argumentativo dos princípios que por ele são regidos. (...)

Aí está a grande ironia do art. 27, da Lei 9.868/99: sob o discurso da tutela da segurança jurídica, o resultado imediato desse dispositivo é o de podar a força persuasiva de tal princípio pela metade, se comparado com os demais princípios

⁶⁶⁵ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Efeitos da decisão de inconstitucionalidade...** cit., p. 100. No mesmo sentido, LUCIANA DE ASSUNÇÃO MACIEIRA defendeu a inconstitucionalidade da mencionada lei ordinária, em razão de impor embaraços ao número fixado no art. 97 da CRFB/88 (MACIEIRA, Luciana de Assunção. A inconstitucionalidade do art. 27 da Lei n.º 9868/99 quanto ao regulamento processual dos efeitos do provimento final em sede de controle abstrato. **Revista da Esmape**. Recife: Esmape, v. 6, p. 291-309, jan./junho 2001, p. 300). ROBERTO MENDES MANDELLI JÚNIOR não avistou justificativa plausível para afirmação de quórum distinto do previsto no art. 97 da CRFB/88 (MANDELLI JÚNIOR, Roberto Mendes. Arguição de descumprimento de preceito fundamental... cit., p. 242).

⁶⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade...** cit., p. 47.

constitucionais. Importante contradição, se considerarmos que hoje se admite, com boas razões, que a segurança jurídica tem um conteúdo que ‘coincide com uma das mais profundas aspirações do Homem’. Provavelmente, tal ‘Homem’ não é o brasileiro. Afinal, se considerarmos que a regulamentação do processo objetivo do controle de constitucionalidade brasileiro não fere a Constituição, devemos concluir que a segurança jurídica é um princípio constitucional que teve seu valor persuasivo expressamente rebaixado, abstratamente, pelo Poder Legislativo.”⁶⁶⁷

3.9.2 Argumentos favoráveis à possibilidade de legislação infraconstitucional prescrever pressupostos para a modulação temporal de efeitos

Sediados no outro polo da discussão, juristas consagrados lançaram as razões necessárias para defender a compatibilidade do disposto nos arts. 27 da Lei n.º 9.868/99 e 11 da Lei n.º 9.882/99 com a CRFB/88.

GILMAR FERREIRA MENDES não avistou qualquer mácula na legislação infraconstitucional, porque restou limitada a regulamentar atribuição inerente à jurisdição constitucional, previamente autorizada pela CRFB/88, consistente na harmonização de princípios constitucionais em colidência diante de um caso concreto:

“(…) resta evidente que a norma contida no art. 27 da Lei n. 9.868/99 tem caráter fundamentalmente interpretativo, desde que se entenda que os conceitos jurídicos indeterminados utilizados – segurança jurídica e excepcional interesse social – revestem-se de base constitucional. No que diz respeito à segurança jurídica, parece não haver dúvida de que encontra expressão no próprio princípio do Estado de Direito consoante, amplamente aceito pela doutrina pátria e alienígena. Excepcional interesse social pode encontrar fundamento em diversas normas constitucionais. O que importa assinalar é que, consoante a interpretação aqui preconizada, o princípio da nulidade somente há de ser afastado se se puder demonstrar, com base numa ponderação concreta, que a declaração de inconstitucionalidade ortodoxa envolveria o sacrifício da segurança jurídica ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social.”⁶⁶⁸

No mesmo sentido, GUSTAVO BINENBOJM entendeu legítima a previsão de limitação dos efeitos temporais por intermédio de lei ordinária, uma vez que os pressupostos permissivos encontravam-se dispostos na própria Constituição:

⁶⁶⁷ DIAS, Roberto; LAURENTIIS, Lucas de. A segurança jurídica e o Supremo Tribunal Federal: modulação dos efeitos temporais no controle da constitucionalidade. In: OLIVEIRA, José Roberto; VALIM, Rafael e DAL POZZO, Augusto Neves. **Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, no prelo.

⁶⁶⁸ MENDES, Gilmar Ferreira Mendes; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle concentrado de constitucionalidade...** cit., p. 490. GILMAR FERREIRA MENDES destacou, ainda, a peculiar utilidade da modificação do termo inicial da eficácia da decisão de inconstitucionalidade para assegurar o estado de constitucionalidade nas hipóteses de omissão parcial e de inidoneidade da declaração de nulidade (MENDES, Gilmar Ferreira. A constitucionalidade do art. 27 da Lei n.º 9.868/99. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno. **Direito Constitucional contemporâneo: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 319).

“Quanto à primeira questão, é de ser ver que o art. 27 da Lei n.º 9.868/99 não será, em verdade, o fundamento das decisões do Supremo Tribunal Federal que venham a restringir a eficácia temporal da declaração de inconstitucionalidade de determinadas leis. Seu fundamento será a proteção de outros valores e princípios constitucionalmente assegurados – ligados à segurança jurídica ou a excepcional interesse social – e que seriam colocados em risco por uma decisão retroativa. Ao assim decidir, não estará o Supremo Tribunal sobrepondo uma lei ordinária – a Lei n.º 9.868/99 – à Constituição, mas, diversamente, estará *ponderando* valores e princípios de mesma hierarquia e igual dignidade constitucional.”⁶⁶⁹

ANDRÉ RAMOS TAVARES não verificou qualquer inconstitucionalidade na fixação de quórum diferenciado para o dimensionamento temporal:

“Percebe-se que, no caso, a Lei exige a maioria de dois terços dos membros do Tribunal, o que supera a denominada maioria absoluta, necessária para o julgamento ‘comum’, do qual não conste esse dimensionamento temporal. A exigência de *quorum* diferenciado justifica-se e legitima-se na medida em que não se trata de *quorum* para julgamento e, muito menos, para sua instauração. Trata-se de algo mais, que contraria o princípio constitucional implícito de que as decisões em sede de controle abstrato têm alcance retroativo.”⁶⁷⁰

No mais, entendeu o referido professor que, diante do silêncio constitucional, a matéria podia ser alvo de regulamentação pelo próprio Tribunal, sem exigência de prévia autorização constitucional:

“A graduação (dimensionamento) temporal das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de descumprimento de preceito fundamental e, de resto, em sede de qualquer processo objetivo, é poder que se insere, naturalmente, nas prerrogativas do Tribunal, sendo desnecessário previsão constitucional expressa. Se a Constituição omitiu-se em matéria dessa relevância, há de se considerar que relegou a questão à prudente discricionariedade do Tribunal.”⁶⁷¹

CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO procurou refutar as críticas tecidas por ELIVAL DA SILVA RAMOS, ao admitir a regulamentação da questão concernente aos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade sem a interveniência de emenda constitucional:

“Com todo respeito à crítica formulada pelo Professor Elival da Silva Ramos, não creio que haja inconstitucionalidade. É certo que a novidade, a revelar basicamente uma influência clara da operação constitucional do direito alemão, rompe com a tradição brasileira; mas, não é menos certo que é benfazeja diante de nossa realidade legislativa. E não vejo inconstitucionalidade no dispositivo que, apenas, regula os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal, o que está mesmo na alçada do legislador infraconstitucional.”⁶⁷²

⁶⁶⁹ BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira** cit., p. 227. Por idêntico caminho enveredou JULIANO TAVEIRA BERNARDES, para quem a ponderação podia ser feita com fundamento na própria Constituição, de modo a prescindir de autorização expressa veiculada por reforma constitucional (BERNARDES, Juliano Taveira. **Controle abstrato de constitucionalidade...** cit., p. 354). PAULO GUSTAVO GONET BRANCO acenou com a improcedência do pedido formulado na ação direta proposta contra o art. 27 da Lei n.º 9.868/99, em razão de a legislação infraconstitucional apenas positivou uma competência constitucional implícita, voltada ao equilíbrio de princípios concorrentes (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Efeitos da inconstitucionalidade da lei** cit., p. 158).

⁶⁷⁰ TAVARES, André Ramos. **Tratado da arguição de preceito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 389.

⁶⁷¹ TAVARES, André Ramos. **Tratado da arguição de preceito fundamental** cit., p. 389.

⁶⁷² DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **Tendências do Direito Constitucional brasileiro: a ampliação da jurisdição constitucional e da proteção dos direitos do homem e do cidadão**. A Lei n.º 9.882, de 3 de

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO depôs a favor da constitucionalidade dos arts. 27 da Lei n.º 9.868/99 e 11 da Lei n.º 9.882/99, em razão de verificar a ausência de ofensa ao princípio da legalidade em sentido estrito:

“Da mesma forma que não existe inconstitucionalidade nos dispositivos citados da Lei n.º 9.784, também não me parece que haja inconstitucionalidade nessa lei ou na Lei 9.882. Elas albergam hipóteses excepcionais em que o princípio da legalidade cede ante outros valores albergados pela Constituição, como é o caso da segurança jurídica, referida já em seu preâmbulo. Poder-se-ia falar em inobservância do princípio da legalidade em sentido estrito (que exige o cumprimento da lei em sentido formal), mas preserva-se o princípio da legalidade em seu sentido amplo (que exige o cumprimento de princípios e valores consagrados pelo ordenamento jurídico), e que se insere no próprio conceito de Estado de Direito.”⁶⁷³

ANA PAULA ÁVILA rejeitou o argumento baseado na ofensa ao princípio da nulidade da lei ou do ato inconstitucional. Inicialmente, sustentou que a seara adequada para determinação do regime jurídico da sanção é a lei:

“(…) em matéria de invalidades, a disciplina dos efeitos para as nulidades e anulabilidades decorre *mesmo* é da lei, e, não, da identidade típica de uma ou outra forma de invalidade, até porque, se essa identidade realmente existe, é fato que já foi fartamente questionado. Como já se observou, a ausência de características intrínsecas às duas formas de invalidade – nulidade e anulabilidade – já seria suficiente para justificar que o Legislativo, para a elaboração de normas gerais, e o Judiciário, para a resolução de situações concretas, não sejam compelidos à adoção de um regime específico e rígido quanto à atribuição de efeitos para cada qual e possam adotar a solução mais adequada ao caso examinado. Essa tendência, inclusive, já estava presente no direito constitucional norte-americano que, desde *Linkletter v. Walker*, adotou semelhante posicionamento no que concerne à matéria.”⁶⁷⁴

Com base em tal premissa, a publicista gaúcha afastou a propalada inconstitucionalidade formal por ocasião do advento das Leis n.º 9.868/99 e 9.882/99, sobretudo porque a Constituição omitiu-se ao trato do tema:

“(…) O constituinte brasileiro optou por omitir-se sobre o tema na Constituição, de modo que não se constata, aprioristicamente, qualquer norma constitucional violada. A decisão em *Linkletter vs. Walker* também foi sensível a essa circunstância, uma vez que a Constituição norte-americana, igualmente, é omissa sobre a necessidade de retroação dos efeitos. Essa omissão confere suficiente legitimidade ao poder de conformação do legislador, que houve por bem regular a questão nos termos do art. 27.”⁶⁷⁵

3.9.3 A inconstitucionalidade parcial ora sustentada

Diante da diversidade de regimes jurídicos a que está submetida, percebe-se que a análise da questão afeta à constitucionalidade da previsão em lei dos pressupostos

dezembro de 1999. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coordenador). **As vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 171.

⁶⁷³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Os princípios da proteção à confiança... cit., p. 165.

⁶⁷⁴ ÁVILA, Ana Paula. **A modulação de efeitos temporais pelo STF...** cit., p. 64.

⁶⁷⁵ ÁVILA, Ana Paula. **A modulação de efeitos temporais pelo STF...** cit., p. 64-65.

inerentes à modulação não pode ser realizada sem a necessária distinção entre a modulação temporal enquanto instrumento de preservação dos efeitos sucedidos da norma inconstitucional no plano normado e, de outro lado, a modulação temporal dos efeitos como instrumento de preservação da própria existência jurídica da norma declarada inconstitucional, com o intuito de afastar a anomia e assegurar a produção de efeitos prospectivos.

Arrostada a questão sob o prisma da modulação enquanto *instrumento destinado ao resguardo de efeitos pretéritos da norma inconstitucional*, verifica-se que os arts. 27 da Lei n.º 9.868/99 e 11 da Lei n.º 9.882/99 apenas positivaram um dever-poder implicitamente previsto na Constituição. Com efeito, a aplicação mitigada do princípio da nulidade da lei ou do ato normativo declarado inconstitucional decorre de imposição da própria Constituição, ao tutelar interesses jurídicos eventualmente contrapostos. Logo, mesmo que não houvesse os dispositivos infraconstitucionais controvertidos, em determinadas hipóteses, deveria a jurisdição constitucional restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, mediante juízo de ponderação específico ao caso concreto, em atenção a uma leitura sistemática e harmônica da Constituição.

É importante verberar que, para preservar efeitos pretéritos produzidos pela norma inconstitucional, não é necessário alterar a sanção preconizada, mas apenas mitigar a aplicação de uma das suas possíveis consequências (desconstituição integral dos atos de execução da lei). Reafirma-se que a ponderação entre a nulidade e outras normas não influi no âmbito de *validade* da lei inconstitucional, senão na respectiva *aplicabilidade*. Logo, a ponderação atenua os *efeitos* da nulidade em vista das limitantes possibilidades jurídicas e reais existentes. A lei inconstitucional continua a ser nula desde a sua origem, mas apenas se preservam os efeitos produzidos no prosclênio social, à vista do âmbito de proteção delimitado por outros princípios constitucionais. Desta forma avistada, a modulação via ponderação não traduz a adoção da anulabilidade, restando suficiente a admissão de uma sanção de nulidade atípica, dotada de efeitos relativos (a norma inconstitucional é eliminada, mas determinados efeitos pretéritos são preservados). Daí que a possível relação entre a modulação e a teoria da anulabilidade há de ser desde logo descartada, não se caracterizando a alegada inconstitucionalidade formal.

De outro lado, mediante o empréstimo de uma interpretação conforme a Constituição, é possível assentar que as normas controvertidas não ensejaram restrição indevida ao poder inerente à jurisdição constitucional, por limitar as hipóteses de

cabimento do dimensionamento temporal à presença da segurança jurídica ou do excepcional interesse social. Consoante restou demonstrado no decorrer do presente estudo, a locução *excepcional interesse social* está impregnada de um sentido amplo, suscetível de congregar sob sua égide todos os interesses jurídicos tutelados pela Constituição que não se enquadrem na moldura ofertada pelo conceito de segurança jurídica. Por corolário, em qualquer circunstância excepcional, tutelada pela Constituição, será possível proceder à modulação dos efeitos.

Diante do exposto, é possível reconhecer validade à Lei n.º 9.868/99, ao explicitar que, “ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal (...) restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado (...).” O mesmo se diga em relação à Lei n.º 9.882/99, ao estatuir que “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 (...) restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado (...).”

Todavia, a compatibilidade dos dispositivos com a ordem constitucional cessa por aí. Ao menos duas ofensas à Constituição foram cometidas pelas legislações sob apreciação.

De início, a legislação não poderia admitir a atribuição de eficácia da declaração de inconstitucionalidade para momento posterior ao trânsito em julgado, ainda que motivada por virtuosa pretensão. Com efeito, a modulação de efeitos *pro futuro* preserva a vigência da norma inconstitucional, pelo prazo considerado hábil por parte da jurisdição, com a finalidade de evitar gravames maiores à vontade constitucional, sobretudo nos âmbitos do princípio da isonomia e da inconstitucionalidade por omissão.

Para produzir efeitos prospectivos, a norma jurídica inconstitucional não pode ser apagada do mundo jurídico por ocasião da declaração de inconstitucionalidade. Trata-se de conclusão de ordem lógica: somente a manutenção da própria norma no plano jurídico permitirá a continuidade da vigência após a declaração de inconstitucionalidade, dando ensejo à incidência sobre determinado suporte fático e ao surtimento de novos efeitos no plano normado. Note-se que, ao aprofundar o estudo da modulação temporal de efeitos nas espécies *ex nunc* e *pro futuro*, GILMAR FERREIRA MENDES não controverteu a

preservação da própria norma inconstitucional no sistema, após a declaração de inconstitucionalidade:

“Outra hipótese (hipótese ‘b’) expressamente prevista no art. 27 diz respeito à declaração de inconstitucionalidade com eficácia a partir de um dado momento no futuro (declaração de inconstitucionalidade com efeito *pro futuro*). Nesse caso a lei reconhecida como inconstitucional, tendo em vista fortes razões de segurança jurídica ou de interesse social, continuará a ser aplicada dentro do prazo fixado pelo Tribunal. A eliminação da lei declarada inconstitucional do ordenamento submete-se a um termo pré-fixo. Considerando que o legislador não fixou o limite temporal para aplicação excepcional da lei inconstitucional, caberá ao próprio Tribunal essa definição.(...)”⁶⁷⁶

Na mesma trilha, RICARDO LEWANDOWSKI constatou a *subsistência temporária da norma declarada inconstitucional* como resultado à pronúncia de inconstitucionalidade com efeitos temporais modelados para o futuro:

“O efeito *pro futuro*, previsto nas Leis 9.868/1999 e 9.882/1999, convém registrar, difere do efeito *ex nunc*: este opera desde a decisão de inconstitucionalidade, ao passo que aquele atua a partir do momento escolhido pelo Supremo. Embora o efeito prospectivo variável possa causar certa espécie, seja por seu aspecto inovador, seja por não encontrar previsão constitucional expressa, quando compreendido sob uma ótica teleológica, não é difícil constatar que ele encontra fundamento no princípio da razoabilidade, porquanto objetiva não apenas minimizar o impacto das decisões do Supremo sobre relações jurídicas já consolidadas, como também evitar a ocorrência de um vácuo legislativo, em tese mais gravoso para o ordenamento legal do que a subsistência temporária da norma declarada inconstitucional.”⁶⁷⁷

Nesse passo, importante deixar nítida a distinção entre a determinação de efeitos *ex nunc* e *pro futuro*. Adotada a primeira postura, a norma é eliminada juridicamente do sistema de direito positivo, por ocasião do trânsito em julgado da decisão, preservando-se apenas as alterações no plano concreto. Diferentemente, a fixação de efeitos *pro futuro* assegura a permanência jurídica da norma no sistema de direito positivo, mesmo após a declaração de inconstitucionalidade.

Reforça-se que não é possível refutar a virtuosidade da legislação, ao pretender encontrar resposta ao estado de inconstitucionalidade que pode aflorar em decorrência da expulsão jurídica da norma do sistema *ab initio*, seja em razão da desestabilidade social gerada pela anomia jurídica, seja pelo agravamento ao princípio da igualdade perpetrado pela exclusão da norma na hipótese de omissão relativa.⁶⁷⁸ No entanto, não se pode olvidar

⁶⁷⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional...** cit., p. 396.

⁶⁷⁷ STF, RE 370682, Tribunal Pleno, j. 25.06.2007, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 19.12.2007, p. 24.

⁶⁷⁸ O relatório apresentado pelo Tribunal Constitucional Federal da República Federal da Alemanha já apresentava o raciocínio elaborado para fixação de efeitos *pro futuro*: “Nessa matéria, o Tribunal Constitucional orienta-se pelo seguinte raciocínio: é de, excepcionalmente, continuar a aplicar total ou parcialmente uma prescrição legal declarada inconstitucional, quando a peculiaridade da norma declarada inconstitucional, em função de razões jurídico-constitucionais, especialmente de segurança jurídica, impõe que tal regra inconstitucional se mantenha por um período transitório, a fim de que durante esse lapso de tempo não se caia numa situação ainda mais afastada da ordem constitucional. Todavia, as questões ligadas a esta matéria necessitam de ser ainda clarificadas pela jurisprudência” (ZEIDLER, Wolfgang. A justiça

que as respostas ofertadas devem ser antes de tudo consentâneas com a Constituição vigente, o que, como se verá adiante, não se coaduna com a utilização do instrumento da ponderação de interesses pelo Poder Judiciário como fonte de *direito novo*, caracterizando inexorável ativismo judicial (exercício de competência desautorizada pela CRFB/88).

Além da primeira deficiência apontada, é possível indigitar outra incompatibilidade que se extrai do confronto entre a legislação em comento e a CRFB/88: o estabelecimento de quórum mais oneroso para o dimensionamento temporal do que para a própria declaração de inconstitucionalidade.

O dimensionamento temporal de efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade constitui apenas o aspecto temporal da declaração de incompatibilidade, não comportando quórum distinto daquele estimado no art. 97, *caput* da CRFB/88. Para além disso, outros argumentos reforçam a impossibilidade de o quórum de aprovação do dimensionamento ser fixado em número diferenciado ao previsto no mencionado art. 97: (1) a Constituição é uma unidade e tudo o que está nela disposto merece idêntica proteção, de modo que a estipulação de número mais oneroso para defesa do princípio da *segurança jurídica* ou de *excepcional interesse social* traduz distinção não autorizada pela Constituição, a onerar indevidamente a preservação da supremacia de parte das normas constitucionais; e (2) a despeito da inquestionável importância, não se pode qualificar o assunto como mais relevante do que a própria declaração de inconstitucionalidade, cujo quórum é expressamente previsto no art. 97, *caput* da CRFB/88, de modo que a exasperação constitui providência legislativa não razoável.

Por fim, a modulação temporal constitui providência inerente ao exercício do poder de controle de constitucionalidade assegurado ao Poder Judiciário pela Constituição, de modo a tornar inadmissível qualquer restrição por parte da legislação ordinária, derivada de uma maioria legislativa simples, ocasionalmente formada. Destarte, (3) a previsão legislativa de quórum elevado incide em afronta ao princípio da separação dos Poderes (arts. 2º combinado com 60, § 4º, inc. III da CRFB/88).

3.10 A modelação temporal de efeitos no controle de constitucionalidade da lei estadual e municipal no âmbito do Estado-membro

constitucional no quadro das funções do Estado, em especial tipos, conteúdos e efeitos das decisões sobre a constitucionalidade de normas. Tribunal Constitucional Federal da República Federal da Alemanha. **VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus**. Lisboa: Tribunal Constitucional, 1987, p. 74).

Admitida a constitucionalidade parcial do art. 27 da Lei n.º 9.868/99, remanesce ainda questão sobre a viabilidade de sua invocação para fundamentar a modulação temporal de efeitos no controle de constitucionalidade da lei estadual ou municipal no âmbito do Estado-membro.

Acerca da regulamentação do procedimento, a Lei n.º 9.868/99 não comporta aplicação direta no sistema de controle de constitucionalidade estadual. Conforme pondera CARLOS ROBERTO DE ALCKMIN DUTRA, a competência para legislar sobre a matéria é exclusiva do Estado-membro:

“Em âmbito federal, como mencionado, o procedimento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade *perante o Supremo Tribunal Federal* está disciplinado na Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999.

Essa lei não se aplica aos Estados-membros. De fato, preceitua o seu art. 1º que ‘dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.’ Nem poderia a lei federal disciplinar a matéria em âmbito estadual, pois a Carta Magna expressamente conferiu essa competência ao Estado-membro, como preceitua o § 2º do art. 125 da Constituição Federal.

Trata-se, portanto, de matéria de competência exclusiva do Estado-membro, expressamente atribuída pela Constituição Federal.

A Constituição do Estado de São Paulo a disciplinou, em linhas gerais, no art. 90 e seus parágrafos, não existindo, no âmbito do Estado de São Paulo, lei que discipline esse procedimento, sendo certo que a sua edição seria louvável e muito bem-vinda.”⁶⁷⁹

Não obstante, nada impede que o órgão judiciário estadual proceda à modulação temporal dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade independentemente da existência de lei regulamentando a questão. Já restou assentado que o dimensionamento temporal constitui um dever-poder previsto implicitamente na Constituição, vinculado inexoravelmente ao controle de constitucionalidade. Com efeito, a mitigação da nulidade da lei ou do ato normativo declarado inconstitucional decorre de imposição da própria Constituição, ao tutelar interesses jurídicos eventualmente contrapostos.

Nesse passo, após verificar que o STF já procedeu à declaração de inconstitucionalidade sem as consequências da nulidade mesmo antes da edição da Lei n.º 9.868/99, bem como ressaltar que aquele órgão limitou os efeitos da decisão no controle concreto sem contar com expressa autorização legal, de modo irreparável, CARLOS ROBERTO DE ALCKMIN DUTRA conclui acerca da possibilidade de os órgãos judiciários estaduais procederem ao uso da técnica:

“Desse modo, não havendo diferença quanto à essência do papel desenvolvido pelo Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião da Constituição Federal, e aquele exercido pelos Tribunais de Justiça na preservação dos textos

⁶⁷⁹ DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. **O controle estadual de constitucionalidade de leis e atos normativos**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 94-95.

fundamentais estaduais, entendemos perfeitamente possível a aplicação da declaração de inconstitucionalidade sem as consequências da nulidade em âmbito estadual. Os Tribunais de Justiça devem verificar, no caso concreto, e sempre à luz do princípio da proporcionalidade, diante de um confronto entre o princípio da nulidade da norma inconstitucional (que continua sendo regra) e o princípio da segurança jurídica, ou outro princípio constitucional de igual estatura, a excepcional prevalência desses últimos princípios, mitigando-se a aplicação do princípio da nulidade da norma inconstitucional (AC 189MC-SP, Rel. Min. GILMAR FERREIRA MENDES).⁶⁸⁰

Seção III

As limitações da técnica

Ultrapassada a análise dos pressupostos, convém direcionar o estudo para as diversas limitações que demarcam os lindes adequados de movimentação da técnica de dimensionamento temporal de efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade.

Mais precisamente, pretende-se averiguar: (1) quais os atributos da lei ou do ato inconstitucional que não permitem o dimensionamento temporal de efeitos; (2) qual a influência do trânsito em julgado da decisão de controle na construção do marco prospectivo do dimensionamento temporal de efeitos da decisão; (3) quais os aspectos modais de controle de constitucionalidade que comportam a técnica de modulação de efeitos; (4) quais os órgãos jurisdicionais habilitados a proceder ao uso da técnica; (5) qual a influência da coisa julgada na construção do marco retroativo da modulação; e (6) qual a influência da consolidação das relações jurídicas na determinação do marco retroativo da modulação.

Incumbe desde logo anotar que o direito positivo é silente sobre a imposição de limites ao emprego da técnica, cabendo à doutrina e à jurisprudência a tarefa de delimitar o âmbito possível de dimensionamento temporal dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade.

3.11 Quanto às características da norma objeto do controle

Em relação às características da norma objeto de controle que inviabilizam o dimensionamento temporal de efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade, a doutrina controverte sobre três atributos específicos: (1) a anterioridade da norma sindicada em

⁶⁸⁰ DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. **O controle estadual de constitucionalidade...** cit., p. 117.

relação à Constituição vigente; (2) a inexistência (ou ausência de elemento estrutural) da norma sindicada; e (3) a ofensa a direitos insuscetíveis de suspensão durante os sistemas emergenciais perpetrada pela norma sindicada.

No respeitante às leis ou aos atos normativos anteriores à Constituição Federal, a questão remonta inicialmente à vetusta discussão sobre a natureza do fenômeno jurídico ocorrente em relação aos atos normativos ordinários não consentâneos com Constituição superveniente. No particular, questiona-se se referidos atos normativos sofrem revogação por parte da nova ordem constitucional ou, se ao contrário, postam-se em relação de inconstitucionalidade superveniente.

Doutrina dominante optou por reconhecer na espécie a ocorrência de revogação simples. A posição é explicitada, com clareza, por OSWALDO LUIZ PALU:

“Em conclusão, a revogação das leis inferiores e anteriores, portanto, tem efeitos de *revogação simples*. A lei posterior constitucional não torna inconstitucional a constituição anterior, revoga-a; revoga também leis inferiores, anteriores, nela fundadas, e, agora, incompatíveis com o novo texto. (...)”⁶⁸¹

CLÊMERTON MERLIN CLÈVE compartilha o mesmo entendimento:

“Como já foi afirmado, o direito brasileiro não admite ação direta de inconstitucionalidade contra lei ou ato normativo anterior à Constituição, em confronto com esta. Entende o Supremo Tribunal Federal que a hipótese não é de inconstitucionalidade, mas sim de revogação. Como a questão não é constitucional, mas de direito intertemporal, à luz da compreensão brasileira, os tribunais não estão julgados à exigência do art. 97 da Constituição da República (maioria absoluta). Constitui, igualmente, hipótese de revogação a incompatibilidade de lei anterior com Emenda Constitucional nova (ou, por óbvio, com nova norma decorrente da revisão). O Supremo Tribunal Federal não aceita a tese de inconstitucionalidade superveniente, ou seja, do ato normativo que, constitucional no momento de sua edição, deixa de sê-lo em virtude da atuação do poder de reforma constitucional (caso específico de Portugal) ou do próprio poder constituinte.”⁶⁸²

O STF acolheu o entendimento dominante na doutrina por ocasião do julgamento da ADIN n.º 2-1/DF, para consolidar que a incompatibilidade entre leis ou atos normativos pré-constitucionais e um novo ordenamento constitucional resolve-se pela revogação pura e simples do ato de menor hierarquia:

“EMENTA: CONSTITUIÇÃO. LEI ANTERIOR QUE A CONTRARIE. REVOGAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE. IMPOSSIBILIDADE. 1. A lei ou é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel à Constituição; inconstitucional na medida em que a desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vedado. O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos

⁶⁸¹ PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade...** cit., p. 225.

⁶⁸² CLÈVE, Clémerton Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade...** cit., p. 219.

revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária. 2. Reafirmação da antiga jurisprudência do STF, mais que cinquentenária. 3. Ação direta de que se não conhece por impossibilidade jurídica do pedido.”

(ADI 2, Relator(a): Min. PAULO BROSSARD, Tribunal Pleno, julgado em 06/02/1992, DJ 21-11-1997 PP-60585 EMENT VOL-01892-01 PP-00001)

Vitoriosa a tese de revogação do ato normativo ordinário anterior contrário à nova ordem constitucional, resta afastada a possibilidade de modulação dos efeitos temporais, exatamente por não estar circunstante juízo de inconstitucionalidade desferido sobre a norma. Com efeito, dentre os pressupostos fáticos a serem observados para invocação da técnica da modulação, afigura-se a existência de juízo de inconstitucionalidade, como restou analisado com maior detença em item anterior.

O Min. CELSO DE MELLO sustentou o raciocínio sobredito por ocasião do julgamento do AgRgAI 453.071/RJ, com o escopo de desacolher a pedido de modulação dos efeitos temporais. Consoante a percuciente fundamentação lançada pelo Ministro, a não recepção do ato estatal pré-constitucional descaracteriza um dos pressupostos indispensáveis à técnica da modulação.⁶⁸³

Da mesma forma, ANDRÉ DIAS FERNANDES não admite a modulação na hipótese de normas não recepcionadas pela nova ordem constitucional. No entanto, para sustentar seu posicionamento, conclama fundamento diverso, consistente na vedação imposta ao Poder Judiciário de prorrogar a vigência de norma já revogada, sob pena de incidir em ofensa ao princípio da separação dos Poderes:

“Conquanto discordemos da premissa de que não há declaração de inconstitucionalidade superveniente em tais casos – pois ao afirmar que a norma foi **revogada** pela norma constitucional posterior, o STF formula uma **declaração** de inconstitucionalidade, **ainda que implícita**, sobre a norma pré-constitucional (tese da revogação por inconstitucionalidade) -, concordamos com a conclusão de que não é possível a restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade (**explícita ou implícita**) em casos que tais, porque a consequência da **revogação** é a cessação total da vigência e, portanto, da eficácia da norma a partir da revogação. Ora, ao Poder Judiciário não é dado manipular os efeitos dessa **revogação (atividade puramente legislativa)**, à semelhança do

⁶⁸³ Colhe-se, a propósito, da ementa do julgado: “(...) - Revela-se inaplicável, no entanto, a teoria da limitação temporal dos efeitos, se e quando o Supremo Tribunal Federal, ao julgar determinada causa, nesta formular juízo negativo de recepção, por entender que certa lei pré-constitucional mostra-se materialmente incompatível com normas constitucionais a ela supervenientes. - A não recepção de ato estatal pré-constitucional, por não implicar a declaração de sua inconstitucionalidade - mas o reconhecimento de sua pura e simples revogação (RTJ 143/355 - RTJ 145/339) -, descaracteriza um dos pressupostos indispensáveis à utilização da técnica da modulação temporal, que supõe, para incidir, dentre outros elementos, a necessária existência de um juízo de inconstitucionalidade. - Inaplicabilidade, ao caso em exame, da técnica da modulação dos efeitos, por tratar-se de diploma legislativo, que, editado em 1984, não foi recepcionado, no ponto concernente à norma questionada, pelo vigente ordenamento constitucional” (AI 453071 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 21/02/2006, DJ 13-10-2006 PP-00059 EMENT VOL-02251-03 PP-00658).

que faz com os efeitos da sanção de nulidade (**atividade jurisdicional**), sob pena de malferir o princípio da separação dos Poderes. De fato, não cabe ao Poder Judiciário **alterar a data de revogação de uma lei**, protraindo-a para data diversa da querida pelo Poder Legislativo, no uso de seu poder **político** de legislar. A edição ou não de lei revogatória, bem como da data do início da sua vigência e da sua eficácia revogatória configura decisão de natureza essencialmente **política**, não cabendo ao Poder Judiciário atuar em substituição ao Poder Legislativo, usurpando as funções constitucionalmente reservadas a este Poder. Dizer se uma norma nula produziu ou não poderá produzir tais e quais efeitos residuais é da competência do Poder Judiciário; **prorrogar a vigência de uma lei** é atribuição do Poder Legislativo.”⁶⁸⁴

Ainda que de modo minoritário, impende consignar a existência de vozes dissonantes, tanto na doutrina como na jurisprudência, a fim de considerar a viabilidade da modulação de efeitos da decisão que pronuncia a incompatibilidade de normas preexistentes à Constituição com a nova ordem constitucional.

EDUARDO TALAMINI argumenta que as mesmas razões que justificam a modulação temporal da pronúncia de inconstitucionalidade prestam-se a dimensionar os efeitos no tempo da decisão que afirma a não recepção de norma anterior à Constituição-parâmetro:

“ (...) Os mesmos valores fundamentais que justificam em situações excepcionais a preservação de efeitos da lei inconstitucional (editada sob a vigência da Constituição atual) justificam igualmente, também em caráter excepcional, a preservação de efeitos da lei preexistente incompatível com a atual Constituição. A comprovação dessa possibilidade é dada pelas disposições que permitem a modulação dos efeitos na decisão da arguição de descumprimento de preceito fundamental e na súmula vinculante (Lei 9.882/1999, art. 11, e Lei 11.417/2008, art. 4º), respectivamente. Ambas as medidas podem ter por objeto a invalidade de leis preexistentes à Constituição atual (aliás, esse tem sido o principal campo de incidência da arguição de descumprimento) – e nelas é explicitamente autorizada a modulação. Não consta que o Supremo Tribunal tenha formulado até agora qualquer censura à constitucionalidade de tais dispositivos nem tenha reputado que a única interpretação deles em conformidade com a Constituição seria aquela que excluísse a possibilidade de modulação quando a decisão da arguição ou a súmula versassem sobre invalidade de lei ‘pré-constitucional’.”⁶⁸⁵

Na mesma toada, por ocasião do julgamento do AgRgAI 582.280, o MIN. GILMAR MENDES pontuou a ausência de pressuposto material para embasar o pedido de modulação dos efeitos formulado pela parte interessada. No entanto, expressamente, deixou consignado que “(...) há possibilidade de se modularem os efeitos da não recepção de norma pela Constituição de 1988, conquanto que juízo de ponderação justifique o uso de tal recurso de hermenêutica constitucional.”⁶⁸⁶

⁶⁸⁴ FERNANDES, André Dias. **Eficácia das decisões do STF...** cit., p. 248-249.

⁶⁸⁵ TALAMINI, Eduardo. **Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira...** cit., p. 222.

⁶⁸⁶ Excerto do voto proferido no AgRgAI 582.280/RJ. Em obra mais recente, GILMAR FERREIRA MENDES ratificou seu entendimento: “Daí não se vislumbrar qualquer razão, de ordem prática ou jurídica, que concorresse para a vedação da aplicação da técnica da modulação de efeitos também em decisões que declarem não recepção, pela Constituição, determinada norma editada sob regime constitucional

Em relação às leis ou atos normativos inexistentes, divergem os estudiosos do Direito Constitucional, principalmente de berço português, sobre a admissibilidade do dimensionamento temporal de efeitos da decisão que pronuncia a inexistência. Aqui cabe explicitar, desde logo, que a doutrina portuguesa considera a inexistência espécie de sanção a ser preconizada ao ato inconstitucional, posição não perfilhada no curso do presente trabalho.

Dentre aqueles que não admitem a modulação dos efeitos temporais de uma decisão fundada no reconhecimento da inexistência de um ato normativo, figura CARLOS BLANCO DE MORAIS:

“Anuímos, também, por razões dogmáticas já enunciadas, ao entendimento de que um *acto jurídico inexistente*, porque aparente, não produz qualquer consequência jurídica, fora de cenários de putatividade.

Não faria, pois, sentido restringir os efeitos repressivos inerentes a uma declaração de inexistência, já que essa restrição, a ocorrer, implicaria uma preservação de efeitos do acto inexistente, realidade intrinsecamente incompatível com o regime de improdutividade total desse valor negativo.”⁶⁸⁷

JORGE MIRANDA trilha o mesmo caminho, ao sustentar que “(...) não pode haver limitação de efeitos de inconstitucionalidade quanto a actos normativos juridicamente inexistentes.”⁶⁸⁸

Em outra vertente, RUI MEDEIROS anui à restrição dos efeitos da declaração de inexistência:

“Quanto a nós, se é indiscutível que a gravidade do vício subjacente às hipóteses da chamada inexistência da lei dificilmente se compadece com uma limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade – e a conclusão impõe-se, por maioria de razão, quando se acrescenta a exigência da evidência do vício -, não é menos verdade que, em situações-limite, a salvaguarda de outros interesses constitucionais igualmente fundamentais pode, em face das circunstâncias concretas do caso, impor uma restrição dos efeitos da declaração de inexistência. (...)”⁶⁸⁹

Perante o ordenamento jurídico brasileiro, sustenta-se que idêntica discussão não se impõe. Primeiro, porque o reconhecimento da inexistência não oferece ensejo à declaração de inconstitucionalidade, vício sediado no plano da validade.⁶⁹⁰ A apuração da conformidade constitucional pressupõe ultrapassagem do prévio juízo sobre a existência da lei. Inconcebível, portanto, a modulação de efeitos da decisão que pronuncia a inexistência

anterior” (MENDES, Gilmar. **Estado de Direito e Jurisdição constitucional: Gilmar Mendes 2002-2010**. São Paulo: Saraiva, 2011, p.125).

⁶⁸⁷ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional. Tomo II...** cit., p. 321.

⁶⁸⁸ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo VI cit., p. 303. A mesma posição é sustentada em CANAS, Vitalino. Os efeitos das decisões do Tribunal Constitucional: a garantia da segurança jurídica, da equidade e do interesse público. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. São Paulo: Escola Superior de Direito Constitucional – ESDC, v. 2, p. 225-239, jul./dez. 2003, p. 230.

⁶⁸⁹ MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade...** cit., p. 718.

⁶⁹⁰ Cf. RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis...** cit., p. 62-63.

de lei ou do ato normativo. Segundo, porque mesmo que assim não fosse, a inexistência jurídica importaria na inaptidão total do ato normativo para produzir efeitos jurídicos, por carecer de algum elemento estrutural (agente, manifestação da vontade, objeto e forma). Daí a inexistência de qualquer efeito (típico, lateral ou secundário) para ser preservado em relação à retroatividade ou a ser mantido por força da prospectividade, ao ensejo da suposta pronúncia de inconstitucionalidade.⁶⁹¹

No concernente a leis ou aos atos normativos que imponham violação a direitos insuscetíveis de suspensão durante os sistemas de crise (estado de sítio e estado de defesa), REGINA MARIA MACEDO NERY FERRARI sustenta a impossibilidade de dimensionar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade:

“Cabe ressaltar, conforme ensina o mestre português, que não pode o Tribunal Constitucional, e no caso brasileiro o Supremo Tribunal Federal, restringir os efeitos de declaração de norma violadora de direitos insuscetíveis de suspensão na vigência do estado de sítio.”⁶⁹²

Explicitamente, sobredita doutrinadora funda seu entendimento na doutrina de JORGE MIRANDA, segundo a qual:

“a) Não pode o Tribunal Constitucional restringir os efeitos de declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade de norma violadora de direitos insuscetíveis de suspensão em estado de sítio (art. 19.º, n.º 6, da Constituição) – se mesmo *salus populi* não autoriza a suspensão destes direitos, muito menos em normalidade constitucional poderiam normas que os violassem produzir efeitos salvaguardados na declaração de inconstitucionalidade.”⁶⁹³

Nos termos do art. 19, n.º 6, da CRP, de 2/04/1976:

“A declaração do estado de sítio ou do estado de emergência em nenhum caso pode afectar os direitos à vida, à integridade pessoal, à identidade pessoal, à capacidade civil e à cidadania, a não retroactividade da lei criminal, o direito de defesa dos arguidos e a liberdade de consciência de religião.”

Guardado o devido respeito às posições acima aventadas, entende-se que as mesmas não traçam corretamente os limites do dimensionamento temporal de efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade. É verdade que o sistema constitucional de crises, preconizado para restabelecer o equilíbrio institucional, permite um regime de legalidade extraordinária, que limita, por determinado período de tempo, o gozo de certas liberdades

⁶⁹¹ JULIANO TAVEIRA BERNARDES aborda a questão sob outro enfoque, para concluir pela inadmissibilidade do controle de constitucionalidade de ato normativo inexistente: “É que, por via das ações diretas, a fiscalização só pode ser instaurada em face de ‘leis ou atos normativos’. Logo, é lícito concluir, pressupõe a Constituição Federal, ao menos, o preenchimento dos pressupostos de existência de atos impugnados” (BERNARDES, Juliano Taveira. **Controle abstrato de constitucionalidade...** cit., p. 175).

⁶⁹² FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. O ato jurídico perfeito e a segurança jurídica no controle da constitucionalidade cit., p. 250-251.

⁶⁹³ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo VI cit., p. 302-303.

públicas.⁶⁹⁴ Trata-se de situações extremas, que apenas de modo excepcional justificam a adoção de um regime de legalidade específico e mais restritivo às liberdades dos cidadãos.

No entanto, a extrema excepcionalidade da medida constitutiva do regime de legalidade extraordinária não é suficiente para impor um limite à tarefa de dimensionamento temporal de efeitos. Na verdade, trata-se de questões desvinculadas e com finalidades claramente distintas: o dimensionamento temporal possui por finalidades (mediatas) restaurar a constitucionalidade, conferir efetividade à Constituição e oferecer mecanismo que permita a interpretação da norma constitucional de modo consentâneo com as circunstâncias históricas contemporâneas; o regime de legalidade extraordinária possui por finalidade restabelecer a normalidade institucional em situações caóticas (guerras externas, comoções internas graves, rebeliões, calamidades da natureza etc.).⁶⁹⁵

CARLOS BLANCO DE MORAIS oferece trato à matéria com fundamento em idêntica pretensão desvinculativa:

“A circunstância de os referidos direitos não serem susceptíveis de suspensão não tem qualquer conexão directa com o facto de normas inconstitucionais que os ofendam não poderem ver salvaguardados alguns dos seus efeitos. É que, sendo insusceptíveis de suspensão, não deixam os mesmos direitos de poder ser restringidos por lei, nomeadamente no caso de colisão com outros direitos com o mesmo valor, ou com interesses públicos de essencialidade equiparada que se encontrem constitucionalmente garantidos.”⁶⁹⁶

Assim, à guisa de exemplo, aventa-se a tutela dos efeitos de um aborto realizado sob o amparo de uma legislação instituidora de uma nova hipótese de interrupção da gravidez, posteriormente declarada inconstitucional por parte da jurisdição constitucional. Apesar de a norma jurídica atentar indubitavelmente contra a vida do feto, direito absoluto não suscetível de restrição durante os sistemas de crise, a gestante autorizada pela norma produzida ao arrepio da Constituição não poderá ser alvo de perseguição na esfera criminal.⁶⁹⁷

⁶⁹⁴ UADI LAMMÊGO BULOS arrola o alcance das restrições admitidas no estado de sítio (arts. 137 a 139 da CRFB/88): “(...) só podem ser tomadas as seguintes medidas: (i) dever de permanência em localidade determinada; (ii) detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns; (iii) restrições à inviolabilidade de correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiofusão e televisão, na forma da lei; (iv) suspensão da liberdade de reunião; (v) busca e apreensão domiciliares; (vi) intervenção nas empresas de serviços públicos; e (vii) requisição de bens” (BULOS, Uadi Lammêgo. **Direito Constitucional ao alcance de todos**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 557). Acerca do alcance das restrições admitidas no estado de defesa (art. 136, §§ 1º a 7º da CRFB/88): “(...) o decreto que instituir o estado de defesa só pode restringir os direitos de: (i) reunião, ainda que exercida no seio das associações; (ii) sigilo de correspondência; (iii) sigilo de comunicação telegráfica e telefônica; (iv) ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, na hipótese de calamidade pública, respondendo a União pelos danos e custos decorrentes” (BULOS, Uadi Lammêgo. **Direito Constitucional...** cit., p. 557).

⁶⁹⁵ Cf. UADI LAMMÊGO BULOS (BULOS, Uadi Lammêgo. **Direito Constitucional...** cit., p. 550-558).

⁶⁹⁶ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional. Tomo II...** cit., p. 321.

⁶⁹⁷ Cf. doutrina de MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional. Tomo II...** cit., p. 322.

Cumpra anotar, ao final, que a doutrina não traz divergência sobre a possibilidade de modulação temporal de efeitos depender da espécie de vício, material ou formal, a macular a norma jurídica. A bem da verdade, por constituir técnica afeta à mitigação dos efeitos nocivos da sanção, a espécie de vício não se põe de qualquer modo relevante para conferir destino à questão.

3.12 Quanto à influência do trânsito em julgado para a delimitação do termo *ad quem* do dimensionamento temporal de efeitos

Sob outro ângulo, impõe-se averiguar se o trânsito em julgado da decisão de controle constitui o termo *ad quem* para o dimensionamento dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade. Em outros termos, alude-se à análise da viabilidade da jurisdição constitucional postergar a eficácia da decisão de inconstitucionalidade para momento posterior ao trânsito em julgado (*pro futuro*), de modo a consentir com a possibilidade de a lei ou o ato normativo incidir, mesmo após a declaração da incompatibilidade.

Em Portugal, a esmagadora maioria da doutrina inclina-se por negar a possibilidade de dotar a pronúncia de inconstitucionalidade de eficácia perspectiva, sob pena de incidir em ofensa ao princípio da constitucionalidade.

Nesse sentido, pronuncia-se MARCELO REBELO DE SOUSA, que admite apenas a restrição temporal dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade até a publicação oficial da declaração de inconstitucionalidade:

“O horizonte temporal máximo admissível corresponde à repescagem de efeitos do acto nulo desde a sua prática até ao momento da publicação oficial da declaração de inconstitucionalidade e, no caso vertente, também de nulidade. Não parece tolerável admitir que a atipicidade da nulidade possa levar a que o acto nulo produza efeitos mesmo depois da publicação oficial da correspondente declaração jurisdicional, o que quereria dizer que essa declaração nem sequer efeitos ‘ex nunc’ produziria. O horizonte temporal mínimo é o que resulta do regime típico da nulidade, ou seja a imediatividade pura e simples da paralisia dos efeitos do acto nulo.”⁶⁹⁸

CARLOS BLANCO DE MORAIS elenca quatro razões para pronunciar-se contrariamente à admissão da restrição de efeitos da declaração de inconstitucionalidade para data futura: (1) a primeira, de ordem jurídico-positiva (a possibilidade não se encontra consagrada expressa ou implicitamente na Constituição ou na LTC); (2) a segunda, respeitante ao regime da nulidade como sanção-regra (as limitações contidas no n.º 4 do art. 282.º relativizam os efeitos da nulidade, mas não alteram o seu conteúdo nuclear, que é o

⁶⁹⁸ SOUSA, Marcelo Rebelo de. **O valor jurídico...** cit., p. 261.

da necessária eliminação do ato nulo da ordem jurídica); (3) a terceira, afeta à segurança jurídica (não haveria certeza quanto ao prazo de futura vigência da norma inconstitucional, tornando-a indeterminada, bem como haveria desconfiança das partes em laborar sob a regulamentação de norma já declarada inconstitucional); e (4) a quarta, calcada na existência de remédios alternativos mais adequados (por exemplo, o retardamento da publicação da declaração de inconstitucionalidade, prática na qual o Tribunal posterga a publicidade para que a norma continue a produzir efeitos jurídicos isentos de sanção).⁶⁹⁹ Detidamente sobre a ofensa ao regime da nulidade como sanção-regra, expõe o constitucionalista português:

“As pronúncias pela inconstitucionalidade ou de ilegalidade sem o efeito da nulidade são contrários à regra geral dos efeitos repressivos típicos da sanção da nulidade enunciados nos n.º 1 e 2 do art. 282.º da CRP, os quais determinam a eliminação imediata da norma inválida, não havendo cobertura para que a mesma norma, em abstracto, continue a vigorar no ordenamento após a declaração, ou em certos casos de sentença manipulativa, após a publicação da decisão. (...)”

Tão pouco existe margem de manobra a apelos ao legislador dotados de vinculatividade, dado que o instituto repristinatório se destina a suprir, no imediato, um vazio normativo, podendo esta situação prosseguir indefinidamente sem que o legislador intervenha.”⁷⁰⁰

Em leitura semelhante da limitação oposta à técnica, J. J. GOMES CANOTILHO estima ser inadmissível a declaração de incompatibilidade da norma com a Constituição sem a imposição das consequências jurídicas da nulidade, ao menos a partir da publicação da decisão do Tribunal Constitucional:

*“Não há cobertura constitucional para as **sentenças de mera declaração de inconstitucionalidade**, se com este tipo de sentenças se quiser configurar a hipótese de efeitos ainda mais restritos do que os da anulabilidade com eficácia *ex nunc*. A não atribuição dos efeitos da nulidade *ipso jure* não pode implicar a sobrevivência e aplicação da norma considerada inconstitucional, nem os ‘perigos’ de lacunas legislativas se podem sobrepor os perigos da erosão do princípio da constitucionalidade dos actos normativos.”⁷⁰¹*

E, mais adiante, conclui o autor: “Isto significa que a publicação oficial da decisão do TC é um limite temporal absoluto: uma norma não pode continuar a produzir efeitos após a publicação da decisão que a declare inconstitucional com força obrigatória geral.”⁷⁰²

⁶⁹⁹ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional. Tomo II...** cit., p. 306-315.

⁷⁰⁰ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional. Tomo II...** cit., p. 272.

⁷⁰¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional...** cit., p. 1018.

⁷⁰² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional...** cit., p. 1018.

JORGE MIRANDA também é incisivo ao opinar sobre a matéria: “Não pode o Tribunal Constitucional diferir para o futuro a produção de efeitos porque tal brigaria com o próprio princípio da constitucionalidade (...).”⁷⁰³

RUI MEDEIROS se posta contra a corrente majoritária e admite, após juízo de ponderação, que a lei inconstitucional produza efeitos em momento posterior à publicação da decisão. Consoante a doutrina do consagrado constitucionalista, a limitação de efeitos *pro futuro* se apresentaria como imposição do próprio princípio da constitucionalidade em sentido amplo, no intuito de salvaguardar interesses constitucionalmente protegidos, durante um período transitório, quando expostos a consequências graves ou catastróficas derivadas da declaração de inconstitucionalidade.⁷⁰⁴ Demandado pela própria ordem constitucional, o diferimento para o futuro da eficácia não ofenderia o princípio da constitucionalidade:

“O princípio da constitucionalidade não constitui obstáculo, visto que, em rigor, não se trata de atribuir ao Tribunal Constitucional competência para derrogar temporariamente as normas constitucionais, transformando-o numa espécie de legislador constitucional provisório. Pelo contrário, como dissemos atrás, mas não é de mais repeti-lo, a reacção à norma inconstitucional é, mesmo no caso de limitação de efeitos *in futuro*, aferida reflexivamente a partir da própria ordem constitucional. O princípio da primazia da Constituição não é, portanto, beliscado. São, no fundo, ainda razões constitucionais que impõem, excepcionalmente, o diferimento da produção dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade para uma data posterior à publicação do acórdão. Por aqui se vê que, ao contrário de uma visão muito difundida, bem sintetizada por D’Orazio, a manutenção temporária em vigor de normas reconhecidas como inconstitucionais não aparece, de forma alguma, como um *monstrum* numa ordem jurídica fundada no princípio da constitucionalidade.”⁷⁰⁵

Para RUI MEDEIROS, a ponderação de princípios constitucionais colidentes enseja a preferência da determinação de efeitos *ex nunc* à eficácia *pro futuro*, quando ambas se apresentem como providências viáveis:

“O carácter restritivo da limitação de efeitos obriga, certamente, o Tribunal Constitucional a optar pela solução que, não envolvendo um sacrifício excessivo da segurança jurídica, da equidade ou de um interesse público de excepcional relevo, ofenda o menos possível o princípio da constitucionalidade em sentido estrito.

Assim, sendo admissível a opção pela simples suspensão da aplicação da norma, o Tribunal Constitucional deve preferir essa solução em vez de determinar a manutenção temporária em vigor da norma declarada inconstitucional. A opção deve, no entanto, ser apreciada caso a caso: haverá hipóteses em que será ‘conveniente a aplicação, outras em que bastará a suspensão da instância’.”⁷⁰⁶

⁷⁰³ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo VI, cit., p. 303.

⁷⁰⁴ MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade...** cit., p. 726.

⁷⁰⁵ MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade...** cit., p. 725.

⁷⁰⁶ MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade...** cit., p. 731.

De qualquer modo, a solução conformada pela eficácia futura da decisão deve ser marcada pela transitoriedade e pela efetiva aplicação da sanção, ainda segundo a concepção permissiva de RUI MEDEIROS:

“Uma decisão que declare a inconstitucionalidade de uma norma sem que tal venha a implicar a sua invalidação envolve, portanto, um sacrifício excessivo do princípio da constitucionalidade em sentido estrito e, como tal, não é permitida pelo n.º 4 do artigo 282.º da Constituição. Confirma-se assim a ideia de que o princípio da primazia da Constituição *stricto sensu* impõe necessariamente que a manutenção em vigor de normas inconstitucionais constitua uma *solução transitória*.”⁷⁰⁷

VITALINO CANAS integra a mesma corrente minoritária sobre o assunto. Consente à possibilidade de postergar a eficácia para o futuro, notadamente nas hipóteses de criação de vazios normativos intoleráveis. Impõe, todavia, severas restrições ao manejo da técnica:

“Em meu entender, estas decisões são *um instrumento de último recurso*. Só devem ser emitidas pelo Tribunal Constitucional como órgão de garantia *da segurança jurídica, da equidade e do interesse público de excepcional relevo*, quando tudo o resto falhe e quando uma decisão de provimento de outro tipo possa causar prejuízos que, numa perspectiva de ponderação de interesses, sejam mais graves do que a aplicação da norma inconstitucional. Nesse contexto, estas decisões só podem ser adoptadas verificadas as seguintes circunstâncias:

- na ponderação concreta dos bens em presença verifica-se que a inconstitucionalidade é de reduzida monta ou censurabilidade ou é uma inconstitucionalidade formal ou orgânica, tal como sucede no artigo 277.º, n.º 2;
- a irradicação da norma causaria danos graves em direitos e expectativas de pessoas (por exemplo, normas que atribuem pensões, benefícios fiscais, etc.);
- não estão preenchidos os pressupostos ou requisitos para a produção que qualquer outra decisão atípica quanto ao conteúdo, o objecto ou os efeitos (não é viável uma interpretação conforme a Constituição; é contra-indicado emitir decisão redutiva, aditiva ou substitutiva; a produção de qualquer outra de decisão atípica quanto aos efeitos não é garante suficiente de que não haverá hiatos entre a vigência da norma inconstitucional e a vigência de outra; etc.).”⁷⁰⁸

Note-se que a posição majoritária da doutrina portuguesa coaduna-se com a maior parte dos ordenamentos constitucionais europeus, consoante anunciou JOSÉ MANUEL M. CARDOSO DA COSTA ao ensejo da VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus:

“Nos ordenamentos em que se atribui às declarações de inconstitucionalidade, em princípio, simples eficácia *ex nunc*, poderá também dizer-se que as correspondentes decisões apenas surtem efeitos *pro futuro* (com as limitações apontadas). O que a generalidade dos ordenamentos não prevê é a possibilidade de os Tribunais Constitucionais *fixarem um prazo* para a cessação da vigência das normas declaradas inconstitucionais.

Uma tal possibilidade, em todo o caso, é admitida – por disposição expressa – nos ordenamentos da Áustria, Liechtenstein e Turquia, enquanto o ordenamento belga confere ao Tribunal de Arbitragem poderes de modelação dos efeitos da decisão susceptíveis de conduzirem a um resultado equivalente (ainda que parcial). Nos demais ordenamentos considera-se em geral que semelhante possibilidade é excluída pela própria natureza do controlo de constitucionalidade

⁷⁰⁷ MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade...** cit., p. 734.

⁷⁰⁸ CANAS, Vitalino. Os efeitos das decisões do Tribunal Constitucional... cit., p. 235.

e pelo respectivo regime constitucional e legal (assim também, segundo a doutrina dominante, em Portugal, não obstante os poderes de delimitação da eficácia das decisões de que dispõe o respectivo Tribunal).⁷⁰⁹

Curiosamente, no Brasil, a aceitação do manejo da técnica em epígrafe não encontrou o tamanho repúdio oferecido pelos comentadores do art. 282.º, nº 4 da CRP ou pelos ordenamentos constitucionais do velho continente. Note-se que a técnica foi positivada no art. 27 da Lei n.º 9.868/99 e no art. 11 da Lei n.º 9.882/99.

A despeito disso, alguma discussão remanesce na doutrina.

GILMAR FERREIRA MENDES destaca a peculiar utilidade da modificação do termo inicial da eficácia da decisão de inconstitucionalidade para assegurar o estado de constitucionalidade nas hipóteses de omissão parcial e de inidoneidade da declaração de nulidade. Segundo o autor, diante da lacuna constitucional em relação ao trato da questão, incumbiria mesmo à lei ordinária prescrever os pontos relevantes para a superação do estado de inconstitucionalidade:

“Não tem razão, portanto, aqueles que, como Oswaldo Luiz Palu, sustentam que o art. 27 seria inconstitucional caso se pretendesse extrair daí uma permissão para que a lei declarada inconstitucional continuasse a ser aplicada a casos futuros. É que, como demonstrado, a decisão do Supremo Tribunal não decorre da disposição legislativa contida no art. 27, mas da própria aplicação sistemática do texto constitucional. Como a Constituição não contém qualquer decisão a respeito, devem ser regulamentadas por lei as importantes questões relacionadas com a superação desse estado de inconstitucionalidade. No interesse da segurança, da clareza e determinação jurídicas, afigura-se recomendável a edição de regra sobre suspensão de aplicação apta a legitimar o Supremo Tribunal a, sob determinadas condições, autorizar a aplicação do direito inconstitucional, nos casos constitucionalmente exigidos. É o que admite expressamente o texto do art. 27 da Lei n. 9.868/99, ao autorizar que o Tribunal declare a inconstitucionalidade com eficácia a partir de um dado momento no futuro”⁷¹⁰

Em relação ao *dies ad quem* da postergação da eficácia, GILMAR FERREIRA MENDES entende constituir faculdade da Corte determiná-lo:

“A eliminação da lei declarada inconstitucional do ordenamento submete-se a um termo pré-fixo. Considerando que o legislador não fixou o limite temporal para a aplicação excepcional da lei inconstitucional, caberá ao Tribunal essa definição.”⁷¹¹

DANIEL SARMENTO encontra fundamento constitucional para justificar, de modo excepcional, o recurso ao diferimento da eficácia da decisão de inconstitucionalidade. Suscita, entretanto, ressalvas quanto à determinação do *dies ad quem* da medida excepcional:

“Na verdade, a eficácia *pro futuro* visa impedir que o expurgo da norma inconstitucional gere um ‘buraco negro’ legislativo, que, em certas situações, pode se revelar mais danoso à ordem constitucional do que a manutenção

⁷⁰⁹ COSTA, José Manuel M. Cardoso da. A Justiça Constitucional no quadro... cit., p. 71.

⁷¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. A constitucionalidade do art. 27 da Lei n.º 9.868/99 cit., p. 319.

⁷¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1321.

provisória do diploma legal questionado. Como observou Thierry di Manno, com base em extensa doutrina e jurisprudência, foi exatamente o horror aos vazios normativos (*horror vacui*) que conduziu a que se ‘forjassem instrumentos decisórios para permitir a conciliação das exigências de eficácia do controle de constitucionalidade e de certeza do direito’.

Assim, ao fixar um momento, no futuro, a partir do qual a norma perderá eficácia, o STF confere aos órgãos legiferantes competentes a possibilidade de colmatar, em tempo hábil, a lacuna criada pelo exercício do controle de constitucionalidade, impedindo a produção de efeitos que poderiam ser altamente ofensivos a interesses e valores constitucionalmente amparados. Portanto, e tendo em vista a absoluta excepcionalidade desta modalidade de decisão, não há porque conceder-se prazo superior àquele necessário para que um legislador diligente edite a norma cabível. Um parâmetro útil pode ser inferido dos prazos para tramitação dos projetos de lei em regime de urgência (art. 64 da Constituição). De qualquer forma, nada justifica que se retarde por mais de seis meses os efeitos da decisão no controle de constitucionalidade.”⁷¹²

CARLOS FLÁVIO VENÂNCIO MARCÍLIO considera que o princípio da constitucionalidade não constitui obstáculo à possibilidade de produção de efeitos futuros, porque a providência encontra amparo em razões dispostas na própria Constituição:

“Há casos em que a limitação de efeitos *in futuro* é a única solução adequada para a proteção de interesses constitucionais, sendo, inclusive, o único meio de não sacrificar excessivamente tais interesses. Em alguns casos, mesmo a declaração de inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc*, pode gerar consequências graves. Então, necessário afirmar-se, mais uma vez, que é o próprio princípio da constitucionalidade que impõe a manutenção da lei inconstitucional temporariamente em vigor.

Em determinadas situações, os efeitos gravosos advindos da declaração de inconstitucionalidade com efeito retroativo impõem a limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade e até a concessão de efeitos futuros à lei inconstitucional, para que a situação de inconstitucionalidade não seja majorada e para a preservação de outros princípios e interesses constitucionais.”⁷¹³

De outro lado, afiguram-se os argumentos já referenciados, engendrados por OSWALDO LUIZ PALU, LÊNIO LUIZ STRECK e FLÁVIA CERQUEIRA SAMPAIO, no sentido de que a manipulação da eficácia da decisão de inconstitucionalidade para momento futuro exigiria autorização constitucional expressa, sem a qual a permanência da norma inconstitucional no sistema após a declaração de inconstitucionalidade importaria em ofensa à separação de Poderes, à supremacia da Constituição e à sanção de nulidade.

Ao seletto grupo de estudiosos, aproxima-se DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR, a fim de sustentar a ausência de permissão constitucional para viabilizar a permanência da norma declarada inconstitucional no sistema de direito positivo:

“Relativamente à modulação da eficácia temporal, pode o Supremo Tribunal Federal deliberar que a decisão só opere efeitos a partir de seu trânsito em julgado (*ex nunc*) ou a partir de outro momento que deve se situar, segundo pensamos, dentro do lapso compreendido entre a entrada em vigor da norma impugnada e o trânsito em julgado da decisão que a declarou inconstitucional. Não compartilhamos, destarte, do entendimento que vislumbra no art. 27 ora em

⁷¹² SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade cit., p. 33-34.

⁷¹³ MARCÍLIO, Carlos Flávio Venâncio. **Limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade: repercussão para os contribuintes**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010, p. 134.

comento a possibilidade de *diferimento* da eficácia constitutiva da decisão do Supremo Tribunal Federal. Tal posição é tanto mais inaceitável quando se percebe que inexistente qualquer prazo para a manutenção da lei ou ato normativo declarado inconstitucional para além do trânsito em julgado da decisão. Na Áustria, como já se salientou, há previsão constitucional expressa (art. 140, seção 3º) desse diferimento, sujeito, contudo, a prazo não superior a um ano, circunstância que inibe, decerto, a ocorrência de abusos.”⁷¹⁴

Também INGO WOLFGANG SARLET suscita severas dúvidas sobre a compatibilidade constitucional do manejo prospectivo da eficácia da pronúncia de inconstitucionalidade, em razão da ameaça firmada contra o Estado Democrático de Direito e os direitos fundamentais:

“Com efeito, postergar no tempo, para além das alternativas *ex tunc* e *ex nunc* (ainda mais sendo esta última de cunho excepcional), os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, isto é, a nulidade do ato, constitui fator de grande insegurança jurídica e institucional, por si só potencial ameaça ao princípio do Estado de Direito, além dos graves riscos até mesmo de ofensas aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. Pelo menos, tal prerrogativa, exercida sem a devida moderação, poderá colocar em cheque o princípio da separação de poderes consagrado pela nossa Carta Magna, por mais que se possa (e deva) relativizar e contextualizar seu sentido e alcance.”⁷¹⁵

LUÍS ANTÔNIO CUNHA RIBEIRO considera o deslocamento da eficácia da decisão para momento posterior ao trânsito em julgado como um ato de disposição de bem indisponível (respeito à Constituição) e fator de incremento do arbítrio:

“(…) Se passaremos a uma era em que o cumprimento da Constituição tornar-se-á matéria de conveniência e oportunidade, ou seja, caberá ao STF não impor o cumprimento da Carta, mas decidir quando é conveniente ou não que a mesma seja respeitada, abandonaremos o Estado de Direito rumo ao odioso arbítrio. O dispositivo, a meu ver, não pode determinar que a eficácia da decisão do STF somente se dê após o seu trânsito em julgado, por violar o princípio basilar da supremacia constitucional e por agredir o fundamento mesmo do Estado de Direito de que a Constituição deve ser cumprida, direito difuso indisponível de todo cidadão brasileiro.”⁷¹⁶

OCTÁVIO CAMPOS FISCHER imputa ao Poder competente o dever de agilizar os procedimentos necessários para sanar a ausência de lei e integrar a lacuna normativa após o resultado da fiscalização do controle de constitucionalidade, coibindo-se a prorrogação da aplicação da lei inconstitucional:

“Se, por qualquer motivo extremamente relevante, é possível que os efeitos da decisão sejam estabelecidos ‘*ex nunc*’ (a partir desta), não há como explicar uma dilação temporal mais ampla para os mesmos.

(…)

Em outras palavras, sustentamos que é um problema exclusivo do poder público adaptar-se o mais rápido possível à decisão do STF, como também é um problema exclusivamente deste julgar com a maior rapidez as ações (diretas) que

⁷¹⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 190.

⁷¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Arguição de descumprimento de preceito fundamental cit., p. 162.

⁷¹⁶ RIBEIRO, Luís Antônio Cunha. Democracia e controle da constitucionalidade. In: SARMENTO, Daniel (org.) **O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 231.

lhes são propostas, não podendo utilizar-se de situações daí decorrentes para restringir os efeitos para além da sua decisão.”⁷¹⁷

JOÃO BOSCO MARCIAL DE CASTRO, em estudo acurado sobre a legitimidade do STF para modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, estima ser necessária cláusula constitucional autorizadora para se proceder a qualquer espécie de dimensionamento. Sobre a aplicação continuada da lei inconstitucional, extrai ofensa ao princípio da separação dos Poderes e a outros interesses constitucionais:

“Acertadas estas premissas, tem-se que a aplicação continuada de lei declarada inconstitucional somente poderia justificar-se com fundamento em uma *alternativa normativa de hierarquia constitucional*, disposição inexistente no Direito brasileiro. Logo, seja pela via da interpretação ou pela via de edição de legislação ordinária, a adoção da técnica de limitação dos efeitos do ato mediante o qual declarada a inconstitucionalidade não encontra fundamento de validade na Constituição Federal e a Corte, assim atuando, pratica ato ‘ultra vires’, exerce ingerência indevida na esfera constitucional do Poder Legislativo, órgão representativo do povo-soberano, e afronta os princípios da constitucionalidade e o democrático, uma vez que, utilizando-se da via do assentamento jurisprudencial, procede à alteração no corpo da Constituição Federal. Olvida-se de que na arguição de inconstitucionalidade se busca o estabelecimento do que assentado pela maioria no momento da elaboração do Texto Constitucional, preceitos fundamentais que servem para fincar o parâmetro a ser observado pelo poder constituído, o legislador ordinário, na composição do direito objetivo.”⁷¹⁸

LUCIANA DE ASSUNÇÃO MACIEIRA não admite a instituição da *constitucionalidade interrompida* através de legislação ordinária, sob pena de malferimento à supremacia das normas constitucionais:

“Permitir que o STF, reconhecendo uma norma como inconstitucional, possa prostrar os seus efeitos de nulidade para o futuro, fazendo com que haja a constitucionalização temporária do que é inconstitucional, afasta a sua função de guardião da Constituição.”⁷¹⁹

ALEXANDRE DE MORAES concebe a publicação da declaração de inconstitucionalidade como termo final de produção de efeitos:

“(…) se o STF entender pela aplicação dessa hipótese excepcional, deverá escolher como termo inicial da produção dos efeitos qualquer momento entre a edição da norma e a publicação oficial da decisão. Dessa forma, não poderá o STF estipular como termo inicial para produção dos efeitos da decisão, data posterior à publicação da decisão no *Diário Oficial*, uma vez que a norma inconstitucional não mais pertence ao ordenamento jurídico, não podendo permanecer produzindo efeitos.”⁷²⁰

Dispostas as diversas leituras sobre o tema, incumbe, nesse passo, externar o que se entende linear, diante da ordem constitucional construída no Brasil pela CRFB/88.

⁷¹⁷ FISCHER, Octávio Campos. *Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade...* cit., p. 256-258.

⁷¹⁸ CASTRO, João Bosco Marcial de. *O controle de constitucionalidade das leis: a legitimidade do Supremo Tribunal Federal para modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2012, p. 279.

⁷¹⁹ MACIEIRA, Luciana de Assunção. A inconstitucionalidade do art. 27 da Lei n.º 9868/99... cit., p. 302-303.

⁷²⁰ MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 280.

Sem dúvida, é louvável a pretensão de aplicar a técnica de modulação dos efeitos *pro futuro*, com o escopo de determinar o momento a partir do qual a decisão surtirá efeitos, viabilizando ao legislador adotar as providências necessárias para integrar ou adequar o ordenamento jurídico à Constituição. Mediante o emprego da técnica neste sentido seria possível aprontar solução para o estado de inconstitucionalidade, conformado a partir da pronúncia de inconstitucionalidade e caracterizado pelo vazio normativo, permitindo a aplicação da norma inconstitucional por período de tempo suficiente à movimentação do órgão legislativo.

Todavia, o fato é que a virtuosa espécie de provimento intermediário da jurisdição constitucional em comento é incompatível com o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, relacionado visceralmente com a sanção de nulidade. Não se pode esquecer a advertência posta por FRANCISCO JAVIER DÍAZ REVORIO: “Las características propias de cada sistema constitucional condicionan de manera decisiva los remedios aceptables en el mismo.”⁷²¹

O dimensionamento temporal da eficácia da pronúncia de inconstitucionalidade para momento posterior ao trânsito em julgado permite a sobrevivência da norma inconstitucional para o direito, facultando-lhe a produção de efeitos no plano normado. Importante perceber que, nesta hipótese, fica clara a utilização da ponderação por parte do Poder Judiciário como mecanismo para alcançar resultado similar ao da produção legislativa, cuja nota característica maior é a produção de norma regente de fatos futuros. Note-se que, quando se admite a preservação dos efeitos pretéritos ou até mesmo pendentes da norma inválida, não se está a demandar qualquer alteração de competência. Contrariamente, a produção de efeitos prospectivos deriva, necessariamente, da manutenção da norma no sistema, circunstância denunciadora de indevido ativismo judicial – incorrente, diga-se tudo, na modulação de efeitos pretéritos. Admite-se, portanto, que somente por intermédio de reforma constitucional seja possível legitimar o uso da técnica de dimensionamento temporal da eficácia da decisão de inconstitucionalidade para momento posterior ao trânsito em julgado.

Não se pode descurar que a adoção da técnica proporciona clara perturbação no esquema organizatório de funções do Estado arbitrado pela CRFB/88, ao conferir ao Poder Judiciário o desbordamento de suas funções típicas. Com efeito, ao se prorrogar a vigência

⁷²¹ REVORIO, Francisco Javier Díaz. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el Derecho Comparado Europeo. **Revista Española de Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, v. 61, p. 81-130, jan./abr. 2001, p. 128.

de um ato inválido, mantendo-o aplicável a casos futuros, ainda que temporariamente, aproxima-se a jurisdição constitucional de uma atividade meramente legislativa, facultando-lhe inovar a ordem jurídica em relação ao regime anterior. Atente-se que a ausência de prazo constitucional para o legislador cumprir as providências necessárias implica a permanência da lei ou do ato normativo inconstitucional por tempo indefinido no ordenamento jurídico, a aproximar ainda mais a jurisdição constitucional da atividade legislativa. O tema será retomado por ocasião do trato da questão concernente ao ativismo judiciário no Brasil.

3.13 Quanto aos aspectos do sistema de controle

A viabilidade de se proceder à modulação temporal de efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade em controle concreto-incidental constitui um dos pontos mais controvertidos da matéria sob o aspecto doutrinário. Essencialmente, divergem os comentadores sobre a conformidade constitucional da restrição temporal dos efeitos diante das características de tal espécie de fiscalização.

3.13.1 Acerca da conformidade constitucional da restrição temporal dos efeitos em sede de fiscalização concreta-incidental

Respeitável parcela da doutrina não avista qualquer mácula na adoção da técnica de modulação temporal de efeitos em sede de fiscalização concreta-incidental. Pilar de sustentação de referido raciocínio é que a proposta de solução consubstanciada no dimensionamento dos efeitos mantém-se no altiplano das normas constitucionais, sem recorrer a preceitos legais. Por corolário, com base nos mesmos fundamentos constitucionais que legitimam a modulação temporal no controle abstrato-principal, permaneceria viável o exercício da técnica na via concreta-incidental.

GILMAR FERREIRA MENDES filia-se ao entendimento ora aventado, ao justificar a permissão para o dimensionamento temporal com base em razões jurídico-constitucionais:

“Essas colocações têm a virtude de demonstrar que 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, o 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, esta decisão poderá afetar, igualmente, os processos do modelo concreto ou incidental de normas. Do contrário, poder-se-ia ter inclusive um esvaziamento ou uma perda de significado da própria declaração de inconstitucionalidade restrita ou limitada.”⁷²²

PAULO ROBERTO LYRIO PIMENTA admite a modulação dos efeitos temporais no controle concreto com esteio nos mesmos fundamentos que permitem o dimensionamento no controle abstrato, recorrendo-se ao princípio da proporcionalidade e não à autorização prevista na Lei n.º 9.868/99:

“(…) as diferenças do controle difuso em relação ao abstrato, mormente no que se refere à eficácia subjetiva e material da decisão de inconstitucionalidade, não representam obstáculo ao reconhecimento da possibilidade da modulação da eficácia temporal de tal provimento jurisdicional.

Ademais, os motivos que justificam a possibilidade de modulação dos efeitos temporais no controle abstrato também se fazem presentes no tipo de fiscalização em pauta, posto que a pronúncia de inconstitucionalidade com eficácia retroativa pode conduzir a resultados graves, à medida que os efeitos dos atos jurídicos praticados com base na norma inconstitucional muitas vezes são tutelados pela lei ou por princípios jurídicos. É necessário, portanto, causar o menor sacrifício possível aos bens e interesses em colisão.”⁷²³

A despeito da ausência de legislação específica, JOSÉ CARLOS FRANCISCO admite a modulação no controle concreto com base em juízo de proporcionalidade e de razoabilidade suscitado para colocar fim a confronto de princípios constitucionais:

“Embora não exista legislação específica prevendo a modulação dos efeitos no caso de decisões em controle difuso, acreditamos que a razoabilidade e a proporcionalidade permitem que os efeitos quanto ao tempo ou até mesmo quanto ao alcance pessoal possam ser modificados em decisões proferidas pelo egrégio STF (por exemplo, fixando eficácia *ex nunc* na decisão definitiva pela inconstitucionalidade de ato normativo), sustentadas por relevante interesse público e social e pelos princípios orientadores do Estado Democrático de Direito.”⁷²⁴

OCTÁVIO CAMPOS FISCHER defende a manipulação dos efeitos no controle concreto-incidental, preocupando-se em refutar a objeção de que a análise de um caso

⁷²² MENDES, Gilmar Ferreira. A constitucionalidade do art. 27 da Lei n. 9.868/99 cit., p. 326.

⁷²³ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. A modulação da eficácia temporal da decisão de inconstitucionalidade da lei tributária em controle difuso. In: ROCHA, Valdir de Oliveira. **Grandes questões atuais de direito tributário**. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 425-426.

⁷²⁴ FRANCISCO, José Carlos. Controle de constitucionalidade. In: TANAKA, Sônia Yuriko Kanashiro (coord.). **Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 115. Por igual modo, ROQUE ANTÔNIO CARRAZZA conclui pela aptidão de se proceder à modulação temporal em sede de controle concreto-incidental (CARRAZZA, Roque Antônio. Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais: competência dos Tribunais Superiores para fixá-la – questões conexas. In: FERRAZ JR. Tércio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. **Efeitos ex nunc e as decisões do STJ**. 2. ed. Barueri: Manole, 2009, p. 67). Na mesma obra, NELSON NERY JÚNIOR apresenta entendimento favorável a conferir efeito meramente prospectivo às decisões judiciais do STF que declaram em concreto a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo (NERY JUNIOR, Nelson. Boa fé objetiva e segurança jurídica. In: FERRAZ JR. Tércio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. **Efeitos ex nunc e as decisões do STJ**. 2. ed. Barueri: Manole, 2009, p. 105).

concreto não seria o melhor âmbito para verificar a efetiva ocorrência de lesão a um princípio constitucional:

“Ao contrário, porém, pensamos que será o controle difuso o local mais apropriado para que tal ocorra. Afinal, será na análise das situações concretas que se apresentam ao Poder Judiciário que este poderá verificar se e em que medida, de fato, estão presentes outros valores, que não só o princípio da constitucionalidade em sentido estrito. Será, então, na análise do caso concreto que o Judiciário poderá sopesar a boa-fé, a segurança jurídica, a igualdade para melhor concluir pela restrição dos efeitos. Ora, no controle abstrato, dissociado da apreciação de fatos específicos, o Judiciário terá muitas vezes que trabalhar à luz de situações generalizadas ou até mesmo de presunções, se quiser concluir pela necessidade de manipulação daqueles. Com isso, a sua apreciação da matéria torna-se mais sujeita a provocar rupturas em relação a outros valores que repousam em situações individuais e que destoam da generalização alcançada.”⁷²⁵

Na mesma vereda, considera EDUARDO TALAMINI o controle concreto como o espaço mais apropriado para avaliar a necessidade de dimensionamento temporal dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade:

“A preservação de efeitos da norma inconstitucional é cabível não apenas em sede de controle direto e abstrato. As mesmas razões que o impõem nesse âmbito justificam também sua adoção no controle incidental. Aliás, é o controle incidental, que examina a compatibilidade da lei com a Constituição à luz do caso concreto, o campo por excelência para o emprego da técnica da preservação dos efeitos, mediante a aplicação da proporcionalidade. São as circunstâncias concretas que viabilizam uma mais perfeito e adequado sopesamento dos valores em conflito. Haverá situações em que só no caso concreto será viável a ponderação de valores, a fim de se verificar a necessidade de preservação de determinados efeitos da norma inconstitucional.”⁷²⁶

O referido professor da UFPR não acolhe o argumento de que a ausência de previsão legal constitui óbice impeditivo à manipulação dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade em caso concreto:

“A vigência do art. 27 da Lei 9.868/1999 e 11 da Lei 9.882/1999 certamente não alterou a possibilidade de a modulação fazer-se na via incidental. Uma interpretação dessas disposições nesse sentido seria inconstitucional (...). As regras veiculadas nas leis das ações diretas apenas se destinaram a estabelecer que, quando possível (i.e., quando já se antevêem no exame geral e abstrato efeitos que haverão de ser preservados por especiais razões de segurança jurídica e interesse social), a modulação já se faça na via abstrata. Mas não vetaram o emprego da técnica na via concreta, seu campo de aplicação por excelência.”⁷²⁷

Acerca da finalidade da modulação dos efeitos da inconstitucionalidade pronunciada em controle concreto-incidental, enumera EDUARDO TALAMINI:

“Os efeitos da modulação no concreto incidental têm exatamente a mesma abrangência que a própria decisão presta-se a ter. Isso significa que a modulação, tanto quanto a decisão como um todo na via incidental, pode servir para: (i) aplicação ao caso concreto (...); (ii) pautar a eventual resolução do Senado destinada a ‘suspender a eficácia’ do dispositivo normativo declarado inconstitucional (...); (iii) exercer força persuasiva sobre os demais órgãos

⁷²⁵ FISCHER, Octávio Campos. **Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade...** cit., p. 307.

⁷²⁶ TALAMINI, Eduardo. **Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira...** cit., p. 209.

⁷²⁷ TALAMINI, Eduardo. **Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira...** cit., p. 210.

judiciários (...); (iv) exercer vinculação ‘média’ (n. 3.2.2, acima), ou seja, poderá dar respaldo à aplicação de regras como a do art. 557, *caput* e § 1º-A.”⁷²⁸

Cite-se, ainda, sem a pretensão de exaurir o rol de doutrinadores favoráveis à modulação temporal de efeitos no controle incidental, a conclusão de EDUARDO APPIO, após estudo específico sobre o tema:

“A modulação dos efeitos das decisões do Supremo, no controle difuso, é plenamente possível, a partir da técnica do balanceamento, a qual é complementar ao modelo de regulação legal (LF 9.868/99, art. 27). Através do uso da técnica do balanceamento, também se revela possível proteger a segurança jurídica e a previsibilidade das regulações judiciais, dando ênfase aos efeitos econômicos da decisão (*Law and Economics*), sempre que esteja em jogo uma decisão que possa representar retrocesso econômico em desfavor da classe ou categoria que o legislador tencionava proteger. A modulação dos efeitos das decisões no controle difuso deve ter em mira, entre outros fatores, a maximização da previsibilidade das decisões judiciais, evitando-se eficácia retroativa sempre que a nova decisão acabe por frustrar as expectativas legítimas.”⁷²⁹

Em posição diametralmente oposta, encontram-se doutrinadores que afirmam ser inconstitucional a pretensão de modular os efeitos da decisão de inconstitucionalidade proferida em sede de controle concreto-incidental. Fundamentalmente, seria impossível o recurso à técnica em razão da carência de autorização legislativa, da ausência de força obrigatória geral das decisões (ofensa à isonomia), da impossibilidade de aferição da necessidade da medida apenas com esteio na situação singularizada em contencioso subjetivo e da denegação de justiça ao caso concreto (retirada de qualquer efeito útil do caso concreto).

Nessa toada, paradigmático é o posicionamento de ELIVAL DA SILVA RAMOS, ao recusar a aplicação da técnica no controle concreto-incidental. Como pilar central de sua construção, referido jurista sustenta que o instituto apenas se justifica no âmbito do controle abstrato de normas, importando invariavelmente a convalidação da lei ou do ato inconstitucional no plano normativo. O objeto da preservação almejada pelo dimensionamento não seria relações havidas no plano normado, mas a própria norma inconstitucional. Para preservação dos efeitos havidos no plano da realidade fática, outros critérios foram desenvolvidos pela jurisprudência do STF, plenamente consentâneos com a ordem constitucional vigente (*v.g.* boa fé, teoria do funcionário de fato etc.). Segundo a leitura proposta, três óbices impediriam o dimensionamento temporal no controle concreto-incidental.

O primeiro óbice refere-se ao possível descumprimento do postulado da isonomia. Conforme anteriormente assentado, de modo ideal, a modulação constituiria

⁷²⁸ TALAMINI, Eduardo. **Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira...** cit., p. 211.

⁷²⁹ APPIO, Eduardo. **Controle difuso de constitucionalidade...** cit., p. 138.

instituto para convalidar a lei ou o ato normativo inconstitucional no plano abstrato, assegurando um tratamento isonômico entre todos os sujeitos regidos pela norma geral. Por ocasião da transposição do instituto ao controle concreto, a exigência não estaria plenamente assegurada, tendo em vista o âmbito restrito de conhecimento das situações concretas regidas pela norma impugnada e a carência de força obrigatória geral do conteúdo das decisões:

“(…) A medida excepcional do artigo 27 da Lei n. 9.868/99 implica, como já assinalado, na convalidação parcial dos dispositivos ou normas declarados inconstitucionais, conjugando a restrição temporal da invalidação imposta, com aspectos peculiares, emergentes das situações fáticas preservadas, que justifiquem o *favor legis*, em atenção aos valores-fim apontados pelo legislador. Ora, o uso da modulação temporal da sanção de invalidade exige do Supremo Tribunal Federal um exercício de cautela e habilidade hermenêutica, que não apenas impeça um desgaste desproporcional dos princípios da supremacia da Constituição e da nulidade dos atos normativos com ela incompatíveis, mas que, também, não vulnerem o princípio da isonomia. Pois bem, o órgão de controle somente pode realizar uma adequada avaliação da medida sob esse último aspecto se tiver em mira o conjunto de situações concretas constituídas ou em vias de constituição, por força da aplicação da legislação impugnada, o que exclui a possibilidade de proceder à convalidação dos dispositivos ou normas sancionados unicamente para a situação singularizada em contencioso subjetivo.”⁷³⁰

O segundo óbice centra-se na ausência de autorização normativa para a realização da modulação no controle concreto:

“Sob o prisma sistemático-gramatical, é preciso não subestimar a importância do fato de o instituto haver sido introduzido por diploma legal que tem por objeto a disciplina do ‘processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação direta declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal’, ou seja, enquanto instrumento do controle abstrato de normas, manejável apenas por nossa mais alta Corte. Não se pode olvidar, ademais, que a declaração de inconstitucionalidade com efeitos temporais restritos excepciona o princípio da nulidade (invalidade absoluta), que, entre nós, goza de hierarquia constitucional, sendo de todo aplicável à espécie o princípio exegético de que o direito excepcional deve ser interpretado de maneira estrita.”⁷³¹

O terceiro óbice refere-se à contradição na adoção da medida quando, no próprio controle abstrato-principal, para preservar a utilidade do provimento jurisdicional a ser proferido em casos concretos e evitar a denegação de justiça, recomenda-se seja ressalvado o *caso pretextu* da eventual limitação dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade:

“Um derradeiro argumento, contudo, mostra o desacerto da orientação, ao menos no sistema constitucional brasileiro. A tendência no direito português, como já assinalado, é a exclusão da limitação de efeitos temporais dos casos concretos que, à época de sua decretação, já estejam em curso e em que tenha havido questionamento incidental da constitucionalidade do dispositivo ou norma parcialmente convalidado. Por seu turno, Gilmar Mendes consigna que ‘essa orientação afigura-se integralmente aplicável ao sistema brasileiro’. Se é assim,

⁷³⁰ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial...** cit., p. 207.

⁷³¹ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial...** cit., p. 206-207.

qual o sentido de se propugnar pela incidência do dispositivo em destaque também em relação ao contencioso concreto-subjetivo se dele, ao menos em linha de princípio, se deve excluir a medida? E mais, ainda que aplicável ao controle incidental somente servirá ao resguardo de situações que alcancem o Supremo Tribunal Federal, na via estreita do recurso extraordinário ou das ações constitucionais de sua competência originária. Entendo que, à luz do direito positivo brasileiro, o instituto da modulação dos efeitos temporais da decisão de controle se circunscreve à fiscalização abstrata, sendo que se a decisão manipuladora não ressalvar da convalidação perpetrada as situações concretas objeto de processos pendentes de decisão final, tais casos deverão ser julgados com a aplicação dos dispositivos ou normas parcialmente convalidados, conclusão essa que não se aplica às situações fáticas consolidadas em decisões já com trânsito em julgado, que adotem como fundamento a inconstitucionalidade daqueles suportes normativos.”⁷³²

De modo análogo, perante o sistema de fiscalização em concreto, OSWALDO LUIZ PALU não concebe a declaração de inconstitucionalidade da lei sem que a retroatividade atinja a relação jurídica em seu nascedouro, sob pena de restar caracterizada a total inutilidade do provimento jurisdicional para as partes:

“O sistema difuso tem por característica a existência de partes que litigam acerca do objeto litigioso da ação; a declaração de inconstitucionalidade é sempre tomada *incidenter tantum* (incidentalmente), na motivação da sentença, sendo claro que a retroatividade da decisão de inconstitucionalidade é o único meio de se atender ao pedido do autor (ou do réu). Assim, por exemplo, se as partes celebraram um contrato baseado em norma inconstitucional, ao depois levado ao juízo, com pretensão anulatória, somente declarando a invalidade constitucional (inconstitucionalidade) da norma, incidentalmente, e fazendo retroagir os seus efeitos ao início da relação jurídica – nulidade da lei inconstitucional e seus efeitos com eficácia retroativa -, é que se poderá atender ao pedido do autor, desconstituindo a relação jurídica subjacente. Não espanta que, nesse sistema, a nulidade tenha sempre caráter retroativo, o único meio de trazer efeitos práticos para as partes.”⁷³³

Curial observar, ainda, que a controvérsia acima delimitada igualmente se posta perante a doutrina portuguesa. Neste ponto, vale recordar que o ordenamento jurídico português também instituiu um sistema híbrido de controle de constitucionalidade quanto ao modo de instauração, viabilizando a fiscalização concreta-incidental.

RUI MEDEIROS sustenta a aplicabilidade do n.º 4 do art. 282.º da CRP ao âmbito da fiscalização concreta. Para tanto, recorre aos mesmos fundamentos de sustentação da modulação em controle abstrato para justificar a transposição do mecanismo à fiscalização concreta:

“O nosso ponto de partida é o de que a teleologia que preside a regra do n.º 4 do artigo 282.º da Constituição vale indiscutivelmente em sede de controlo concreto. A flexibilização dos efeitos da inconstitucionalidade expressa nesse preceito revela que, para o legislador infraconstitucional português, o princípio da constitucionalidade não se contenta apenas com uma imediata maximização parcial da efectividade da norma constitucional violada sem consideração das restantes disposições e princípios constitucionais. O princípio da unidade da Constituição obriga, mesmo em sede de determinação dos efeitos da

⁷³² RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial...** cit., p. 208-209.

⁷³³ PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade...** cit., p. 269.

inconstitucionalidade, a tomar em consideração os diferentes interesses constitucionalmente protegidos.”⁷³⁴

E, mais a frente, conclui o jurista português:

“(…) Por outras palavras, sempre que se esteja perante uma situação em que se conclua que a desaplicação da norma julgada inconstitucional conduz a resultados constitucionalmente mais graves do que aqueles que advêm da sua aplicação, as decisões de limitação de efeitos devem considerar-se lícitas. Doutra forma, correr-se-ia o risco de o órgão fiscalizador fugir pura e simplesmente à declaração de inconstitucionalidade no caso concreto, e essa solução seria inapelavelmente pior.”⁷³⁵

No mesmo sentido, VITALINO CANAS concorda com a utilização da técnica de modulação temporal na fiscalização concreta:

“Tenho defendido que embora isso não esteja expressamente previsto, a possibilidade de fixação de efeitos se deve considerar extensiva às decisões de provimento proferidas em sede de fiscalização concreta, embora dentro de limites mais apertados. O modelo de órgão de garantia e controlo da constitucionalidade e, bem assim, de órgão de salvaguarda e promoção da segurança jurídica, da equidade e de interesses públicos de excepcional relevo, que o legislador constitucional reconheceu ao Tribunal Constitucional, justifica o entendimento de que o poder de fixação dos efeitos com aquele objectivo vigora por igualdade de razões na fiscalização concreta.”⁷³⁶

JORGE MIRANDA não vislumbra qualquer incompatibilidade entre o controle concreto e a modulação temporal de efeitos prevista no n. 4º do art. 282.º da CRP:

“Problema delicado consiste em saber se a restrição de efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade pode ser decretada também na fiscalização concreta e se, sendo nesta admissível, pode ser decidida por todos os tribunais ou apenas pelo Tribunal Constitucional. Vale a *ratio* do art. 282º, n.º 4, analogamente no campo dos arts. 204.º e 280.º? Tendo consciência da volatibilidade e até imprevisibilidade das situações da vida – ainda mais patente na fiscalização concreta do que na abstracta – julgamos que sim, pelo menos quando estejam em foco a segurança jurídica e a equidade.”⁷³⁷

Diversamente, HUGO ALEXANDRE PEDRO CORREIA é desfavorável ao modo concreto de fiscalização utilizar a modulação, à luz do ordenamento jurídico português. Principia o estudioso por afirmar que o disposto no art. 282.º, n.º 4 da CRP não pode ser expandido em seu campo restrito de abrangência para atingir o controle concreto-incidental, por se tratar de medida excepcional.⁷³⁸ Para além da excepcionalidade, afirma inviável a integração de eventual lacuna no texto normativo através da analogia, porque as

⁷³⁴ MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade...** cit., p. 744.

⁷³⁵ MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade...** cit., p. 744-745. Para além de demonstrar a utilidade da modulação na fiscalização concreta, RUI MEDEIROS também oferece defesa aos principais pontos de objecção ao uso da técnica naquele país. De mais relevante, refuta a arguição de denegação de acesso à justiça em relação ao litigante do caso concreto (MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade...** cit., p. 746-747).

⁷³⁶ CANAS, Vitalino. Os efeitos das decisões do Tribunal Constitucional... cit., p. 234.

⁷³⁷ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo VI cit., p. 303-304.

⁷³⁸ CORREIA, Hugo Alexandre Pedro. Admissibilidade da restrição temporal de efeitos em fiscalização concreta. In: MORAIS, Carlos Blanco de (coord.). **As sentenças intermédias da Justiça Constitucional**. Lisboa: AAFDL, 2009, p. 778-779.

características dos modos de controle de constitucionalidade são diferentes, especialmente no tocante à possibilidade de ofertar ou não solução com força obrigatória geral.⁷³⁹

Em prosseguimento, reconhece que situações excepcionais recomendariam a adoção da restrição temporal de efeitos em sede de fiscalização concreta, sob a ótica de uma interpretação unitária do Direito Constitucional. Contudo, ressalta que a consagração do instituto não pode ocorrer em contrariedade à vontade do legislador constitucional, que diferenciou em diversos aspectos os modos de controle⁷⁴⁰ e proibiu a aplicação de normas que infrinjam o disposto na Constituição.⁷⁴¹

Por fim, a propósito das principais objeções aventadas, sustenta HUGO ALEXANDRE PEDRO CORREIA que a restrição dos efeitos em fiscalização concreta ofende o direito de acesso à justiça constitucional e conflita com o princípio da segurança jurídica:

“Ora, à partida, não podemos deixar de configurar a decisão de provimento fictício que resultaria da restrição de efeitos da inconstitucionalidade em fiscalização concreta como uma espécie de ‘*decisão surpresa*’ que contende directamente com um direito a um processo equitativo. Tais decisões não são toleráveis num ordenamento constitucional que tutela a confiança. Interpretações normativas que - de uma forma absolutamente inovatória e surpreendente - face aos textos legais em vigor e às orientações consolidadas na jurisprudência - criam para as partes exigências formais que elas não podiam nem deviam razoavelmente antecipar serão inadmissíveis ou, no limite, de duvidosa legitimidade constitucional.

O princípio da tutela jurisdicional efectiva consagra, portanto, a garantia da existência de um processo equitativo (cf. art. 20.º, n.º 4 da CRP) e o *princípio da confiança* impõe que não se frustrate o interesse processual do recorrente em fiscalização concreta ou as legítimas expectativas de quem alega a inconstitucionalidade.”⁷⁴²

LUÍS NUNES DE ALMEIDA escora-se no princípio da constitucionalidade para sustentar que o problema da modulação temporal de efeitos não se verifica na fiscalização concreta:

“É que, por definição, o problema não se levanta nem na fiscalização preventiva nem na fiscalização da inconstitucionalidade por omissão. Quanto à fiscalização concreta, o juízo de inconstitucionalidade repercute-se somente no caso dos autos e, nos termos da Constituição e da lei, o Tribunal não dispõe aí de competência para restringir os efeitos da sua decisão; na verdade, é princípio geral que, nos feitos submetidos a julgamento, nenhum tribunal possa aplicar normas inconstitucionais, pelo que se compreende que, uma vez julgada a norma inconstitucional, a sua não aplicação ao caso concreto constitua uma consequência automática e directa daquele juízo.”⁷⁴³

⁷³⁹ CORREIA, Hugo Alexandre Pedro. Admissibilidade da restrição temporal... cit., p. 782-783.

⁷⁴⁰ CORREIA, Hugo Alexandre Pedro. Admissibilidade da restrição temporal... cit., p. 784-795.

⁷⁴¹ CORREIA, Hugo Alexandre Pedro. Admissibilidade da restrição temporal... cit., p. 795-798.

⁷⁴² CORREIA, Hugo Alexandre Pedro. Admissibilidade da restrição temporal... cit., p. 807-808.

⁷⁴³ ALMEIDA, Luís Nunes de. Tribunal Constitucional de Portugal: a justiça constitucional no quadro das funções do Estado. **VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus**. Lisboa: Tribunal Constitucional, 1987, p. 136.

No Brasil, a divergência instaurada na doutrina não se mantém acesa em sede jurisprudencial. Após negar a possibilidade de modular os efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade em controle concreto-incidental (RE n.º 430.421, AI n.º 521.546 e AgR n.º 478.398), o STF consolidou jurisprudência favorável ao manuseio do instituto, a partir do precedente alicerçado no RE n.º 197.917/SP.

Em Portugal, ao revés, consoante pesquisa de HUGO ALEXANDRE PEDRO CORREIA, “[a] posição negativista plena foi a posição que, ao que tudo indica, tem vindo a ser assumida pelo Tribunal Constitucional em alguns dos seus acórdãos embora em termos algo conclusivos e pouco dados a fundamentação mais profunda.”⁷⁴⁴

3.13.2 Sobre a preclusão da questão afeta à modulação

Aos juristas que admitem a modulação temporal de efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade em sede de controle concreto-incidental, outra ordem de questões se impõe. Realizado o controle de constitucionalidade em via principal e silente a jurisdição constitucional sobre a limitação dos efeitos, seria possível a reapreciação do tema em posterior fiscalização em via incidental?

EDUARDO TALAMINI responde afirmativamente a questão. Segundo a concepção do autor, a qual não se verifica crítica sustentável, não apreciada a questão afeta à modulação de efeitos com base em idênticos pressupostos por ocasião do controle direto e abstrato, torna-se possível restringir os efeitos em processo judicial no qual se controverta em concreto a efetiva aplicação da norma inconstitucional impugnada:

“Três hipóteses são imagináveis no que tange à posição adotada pelo Supremo Tribunal acerca da modulação, por ocasião do julgamento da ação direta, e suas repercussões sobre a possibilidade de modulação no controle concreto e incidental: (1ª) o STF nem cogitou da modulação; (2ª) o STF aventou da modulação, rejeitando-a ou estabelecendo-a em termos mais tímidos do que ora se cogita no caso concreto, mas especificamente considerando outros fatores, diversos daquele(s) que ora é (são) relevante(s) no caso concreto; (3ª) o STF rejeitou a modulação ou a estabeleceu em termos mais tímidos do que ora se cogita no caso concreto, tomando em conta, de modo específico e direto, exatamente aquele mesmo fator que ora se apresenta no caso concreto. Na primeira hipótese, é claramente possível que se realize a modulação dos efeitos no caso concreto, tendo em vista excepcionais razões que a justifiquem. A questão simplesmente não foi considerada no julgamento do Supremo Tribunal. Na segunda hipótese, também não se pode extrair da decisão do Supremo Tribunal nenhuma vedação a que se proceda à modulação tendo em vista circunstâncias concretas que não foram nem imaginadas pelo STF quando julgou a ação direta. Há de se tomar em conta, aqui, a ‘reserva de ponderação no caso

⁷⁴⁴ CORREIA, Hugo Alexandre Pedro. Admissibilidade da restrição temporal... cit., p. 776.

concreto' – ínsita ao princípio da proporcionalidade. (...) Apenas na terceira hipótese é que fica obstada a modulação, desde que o Supremo Tribunal tenha efetivamente examinado a possibilidade de modulação e a rejeitado (ou a fixado em termos mais restritos do que ora se pretende), mediante a consideração exata dos mesmos fatores que ora se apresentam no caso concreto.”⁷⁴⁵

3.13.3 Acerca do órgão legitimado a proceder ao dimensionamento

Na hipótese de admissão do dimensionamento temporal dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade em sede de controle concreto-incidental, ainda paira sobre a doutrina indefinição sobre o órgão jurisdicional legitimado a assim proceder.

CARLOS WAGNER DIAS FERREIRA confere aos tribunais ordinários e ao juiz singular a possibilidade de modular os efeitos temporais da pronúncia de inconstitucionalidade, em razão de considerar providência relacionada, de modo inexorável, à competência para o controle da constitucionalidade conferida pela Constituição:

“(…) por mais que se hesite em conceder poderes ao juiz ou aos tribunais ordinários para promover a limitação dos efeitos da decretação de inconstitucionalidade, é forçoso reconhecer que a aferição incidental pressupõe necessariamente a análise da causa a ser decidida e, como tal, reclama íntimo contato dos órgãos jurisdicionais que a enfrentam. Não seria lógico, ao mesmo tempo, permitir que o juiz declarasse incidentalmente a inconstitucionalidade e o proibisse de estabelecer os efeitos de sua decisão, abrindo margem para que permanecesse de mãos atadas em ar contemplativo, mesmo vislumbrando o desmoronamento da boa-fé e da segurança jurídica e das partes litigantes. A possibilidade de o juiz modular os efeitos da inconstitucionalidade decorre da natureza ínsita do controle difuso.

Ora, se o juiz desfruta do poder criativo para dizer o direito aplicável ao caso concreto, reconhecendo *incidenter tantum* a inconstitucionalidade do ato normativo atacado, nada o impede de estabelecer os limites temporais de eficácia de sua decisão. (...)”⁷⁴⁶

⁷⁴⁵ TALAMINI, Eduardo. **Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira...** cit., p. 213. RUI MEDEIROS envereda por idêntico entendimento, com a finalidade de admitir a adoção da modulação temporal de efeitos ulteriormente à declaração de inconstitucionalidade em controle abstrato. Segundo sustenta o professor português, a declaração com efeitos *erga omnes* vale nos limites e nos termos do julgado: “A solução neste tipo de situações decorre, quanto a nós, dos próprios limites da força obrigatória geral da declaração de inconstitucionalidade. O puro silêncio do Tribunal Constitucional não contém um julgamento implícito sobre a admissibilidade ou não da limitação dos efeitos da declaração. Como escreveu Miguel Galvão Teles, quando os juízes constitucionais não limitam os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, não estão de forma alguma a fixar implicitamente os efeitos da inconstitucionalidade. Tais efeitos resultam tão só e unicamente da Constituição. Ora, em nossa opinião, a declaração de inconstitucionalidade com eficácia *erga omnes* vale nos *precisos limites e termos em que se julga*” (MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade...** cit., p. 738-739).

⁷⁴⁶ FERREIRA, Carlos Wagner Dias. Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso. **Revista Esmafe**. Recife: Esmafe, v. 12, p. 155-178, mar. 2007, p. 172-173. Na mesma linha, TALAMINI, Eduardo. **Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira...** cit., p. 211.

Com outra visão, FÁBIO MARTINS DE ANDRADE defende que o dimensionamento temporal de efeitos estaria disponível somente para órgãos colegiados, restando excluídos, portanto, os juízes singulares:

“Em princípio, entendemos que é ilegítima a restrição dos efeitos de uma decisão proveniente de um juiz singular. Embora seja cabível vislumbrar tal possibilidade em tese, na prática entendemos que a excepcionalidade requerida para sua aplicação, a crescente inexperiência (profissional e pessoal) do magistrado (concursado cada vez mais cedo) e os elevados índices de recorribilidade das decisões de primeira instância, recomendam retirar tal faculdade (ainda que excepcional) de suas mãos, ao menos nesse momento de crescente amadurecimento do tema.

Além disso, a necessária convergência da maioria qualificada prevista no art. 27 da Lei nº 9.868/99, como delimitação legal que oferece parâmetro capaz de atender à exigência constitucional da segurança jurídica e da cláusula da reserva do plenário, parece ser mais interessante nesse momento. É que, ao menos em tese, o debate que pode surgir no órgão colegiado aponta para uma decisão mais refletida e ponderada, especialmente quando tomada por magistrados majoritariamente de carreira e, portanto, com mais experiência (profissional e pessoal).”⁷⁴⁷

Em Portugal, parcela da doutrina admite a modulação em controle concreto, desde que firmada pelo Tribunal Constitucional e não por tribunais comuns. CARLOS BLANCO DE MORAIS, expoente deste pensamento, pauta-se notadamente na ausência de autorização constitucional aos demais órgãos judicantes:

“(…) o n.º 4 do art. 282.º da CRP reporta-se a uma competência explícita do Tribunal Constitucional, não havendo norma constitucional ou legal que atribua competência idêntica, em sede da fiscalização da constitucionalidade de normas ou da legalidade de leis, a qualquer outro tribunal.

Como tal, não existe fundamento normativo que permita atribuir a competência para restringir o alcance das suas decisões de inconstitucionalidade, aos tribunais comuns.”⁷⁴⁸

Em outro giro, JORGE MIRANDA estende a qualquer espécie de tribunal a atribuição de dimensionamento temporal dos efeitos de suas decisões: “Se for um tribunal qualquer a fazer a restrição de efeito de inconstitucionalidade no caso concreto, a sentença será necessariamente recorrível para o Tribunal Constitucional.”⁷⁴⁹

No Brasil, tribunais regionais federais já procederam à modulação temporal (AC 2003.04.01.031368-1 – TRF da 4ª Região; e AR nº 6025/CE – TRF da 5ª Região). Ainda, interessante consignar que o acórdão proferido pelo TRF da 4ª Região foi mantido integralmente pelo STF, por ocasião da rejeição do RE 442.683-8/RS interposto pelo Ministério Público Federal, consoante voto-condutor do Min. CARLOS VELLOSO, que ratificou a presença dos pressupostos materiais necessários para assegurar eficácia *ex nunc* à influência da declaração de inconstitucionalidade incidental e manter a validade dos atos

⁷⁴⁷ ANDRADE, Fábio Martins de. **Modulação em matéria tributária...** cit., p. 301.

⁷⁴⁸ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional. Tomo II...** cit., p. 822.

⁷⁴⁹ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** Tomo VI cit., p. 304.

concretos realizados sob o amparo de dispositivos da Lei n.º 8.112/90, posteriormente declarados inconstitucionais.

3.13.4 O dimensionamento possível ora sustentado

De acordo com as bases propedêuticas expostas no capítulo I, a declaração *incidenter tantum* de inconstitucionalidade limita-se a influenciar o julgamento da lide principal, desobrigando o interessado do cumprimento da lei ou do ato produzido em desacordo com a Constituição. Por derivação do julgado: (1) não restará habilitada a produção de efeito externo ao processo, mas tão somente a conformação do conteúdo do próprio ato decisório; e (2) a vigência da norma declarada inconstitucional não será afetada, senão em sua aplicabilidade ao caso concreto.

No entanto, tais ponderações não excluem a viabilidade de situar no tempo a influência da declaração incidental de inconstitucionalidade, com a finalidade de conformar o próprio resultado final da demanda principal. Por ocasião da apreciação *incidenter tantum*, entende-se viável a qualquer juízo ou tribunal atenuar os rigores do princípio da nulidade, com o intuito de preservar ou não as situações jurídicas constituídas sob o manto do ato normativo considerado incompatível, cujos destinos foram submetidos à apreciação da jurisdição no caso concreto.

Reforce-se, contudo, que adotada a técnica em via incidental, o dimensionamento da influência da inconstitucionalidade servirá, exclusivamente, para conformar o conteúdo da decisão proferida e tutelar ou não determinado interesse específico. Daí a restrição temporal desencadear a procedência ou a improcedência do pedido principal, com a preservação ou não dos atos relacionados ao caso concreto submetido à jurisdição.

A possibilidade de formatar de maneira diversa o conteúdo da decisão, a depender da influência ou não da declaração de inconstitucionalidade no caso concreto, aceita as mesmas justificativas reclamadas para a adoção da medida em seara de fiscalização principal. Consoante precisa colocação do Min. CEZAR PELUSO por ocasião do julgamento do RE 197.917-8/SP:

“(…) se a CF legitima tal limitação no controle abstrato, não tem por que não legitimá-la no concreto, pois, no fundo, as técnicas de controle servem ambas, com caráter alternativo e consequências próprias, adequados a cada situação histórica, ao mesmíssimo propósito constitucional. A variedade dos instrumentos ou dos métodos não desnatura o fim, que é único, o controle eficaz da

constitucionalidade das leis. A regra da nulidade, enfim, cede apenas a razões de coerência sistemática e de segurança jurídica, ditadas por situações excepcionais, como a do caso.”

Ainda, prevalecem aplicáveis ao sistema jurídico brasileiro as justificativas encontradas por RUI MEDEIROS para sustentar o dimensionamento temporal em controle concreto:

“O princípio da unidade da Constituição obriga, mesmo em sede de determinação dos efeitos da inconstitucionalidade tomar em consideração os diferentes interesses constitucionalmente protegidos. A renúncia à declaração de inconstitucionalidade com eficácia retroactiva e repristinatória decorre da verificação de que, em certos casos, a declaração de inconstitucionalidade com limitação de efeitos assegura melhor a normatividade da Constituição do que a pura e simples declaração de inconstitucionalidade.”⁷⁵⁰

A ausência de autorização legislativa não se impõe como óbice legítimo a impedir o uso da técnica na fiscalização em concreto. Enquanto instrumento destinado ao resguardo de atos de execução da norma inconstitucional, a aplicação mitigada do princípio da nulidade da lei ou do ato normativo declarado inconstitucional decorre de imposição da própria Constituição, ao tutelar interesses jurídicos eventualmente contrapostos. Logo, mesmo que não exista qualquer previsão em direito positivo, em determinadas hipóteses deve a jurisdição constitucional restringir os efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade, mediante juízo de ponderação específico ao caso concreto, em atenção a uma leitura sistemática e harmônica da Constituição.

Não se avista denegação de prestação da Justiça, em contrariedade ao disposto no art. 5º, inc. XXXV, da CRFB/88. Com efeito, o direito fundamental de acesso à jurisdição constitui uma obrigação de meio e não assegura ao litigante a obtenção de uma sentença de mérito favorável. Assim, a despeito da caracterização da inconstitucionalidade, outros interesses constitucionais podem influir na conformação do conteúdo da decisão, de modo a implicar o desacolhimento da pretensão posta em juízo. “O que se verifica é tão somente que, à luz do ordenamento constitucional no seu todo, a pretensão do autor à não aplicação da lei desconforme com a Constituição não tem, no caso concreto, fundamento”, expõe com precisão RUI MEDEIROS.⁷⁵¹

A essência da sanção de nulidade como remédio ao vício de inconstitucionalidade continuará preservada. Não haverá convalidação do ato normativo inconstitucional ou, em última análise, conversão da sanção em anulabilidade. Tão somente a eficácia retroativa plena da sanção será atenuada para determinar o teor da

⁷⁵⁰ MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade...** cit., p. 744.

⁷⁵¹ MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade...** cit., p. 747.

resolução ofertada a um caso específico, resguardando ou não determinados atos ou situações jurídicas.

Contudo, é importante anotar que os pressupostos necessários ao dimensionamento temporal deverão ser encontrados no âmbito de cognição do próprio caso concreto. E isso porquanto: (1) a decisão proferida no controle possui eficácia restrita às partes do processo; e (2) não há eficácia vinculante dos motivos determinantes ou do dispositivo da decisão. Assim, a decisão proferida no caso concreto vale apenas para as partes do processo e não obriga o Poder Judiciário e os demais órgãos da Administração Pública a decidirem outros casos de acordo com a interpretação constitucional oferecida. Tanto assim que não é admitida reclamação constitucional contra decisão formulada em contrariedade ao teor do pronunciamento do STF em controle concreto, exceto quando a parte reclamante figurar em um dos polos do recurso extraordinário.⁷⁵² Por corolário, eventual efeito indireto produzido sobre outros processos também não poderá ser considerado para justificar a modulação de um caso concreto. A propósito, em 1999 já professava RUI MEDEIROS:

“Naturalmente, quando a limitação de efeitos pretende unicamente evitar os efeitos em massa de uma declaração de inconstitucionalidade com eficácia retroactiva e repristinatória, a solução poderá não ser transponível para o campo da fiscalização concreta. Mas há casos em que se afigura manifesto que a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo – que não se confunde com razões de índole política – podem *impor* a restrição dos efeitos do julgamento concreto da inconstitucionalidade.”⁷⁵³

Vale observar que a pretensão de atribuir eficácia *erga omnes* às decisões do STF em controle concreto não encontra amparo na tradição histórica ou em fundamento constitucional próprio. Reprise-se, como já se fez no histórico de desenvolvimento de controle de constitucionalidade no país, que o sistema brasileiro de controle concreto possui conformação própria, distinta de seu modelo originário americano. Aqui, não houve adoção do modelo de precedentes ou as regras do *stare decisis*, de modo que a decisão proferida pelo STF em via incidental não vincula automaticamente o pronunciamento dos demais juízes sobre a constitucionalidade das normas.

⁷⁵² Nos autos da Recl. 5509/AP, o Min. CEZAR PELUSO explicitou que o instrumento processual instaurado servia apenas para: (1) garantir a força normativa dos pronunciamentos jurisdicionais, emitidos pelo STF no exercício do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, em que sua decisão é dotada de eficácia e autoridade *erga omnes*; ou (2) afastar o descumprimento de qualquer decisão, jurisdicional ou administrativa, proferida pelo STF, quando a violação alegada tenha partido de algum dos destinatários do comando decisório, isto é, de pessoas subordinadas à autoridade da norma singular e concreta, como é o caso das partes do processo em que foi emitido o *decisum* tido por afrontado, ou do órgão público a que se dirige a ordem judicial (STF, Recl 5509, j. 11.09.2004, rel. Min. Cezar Peluso, DJ 24.09.2007, p. 33).

⁷⁵³ MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade...** cit., p.744.

No Brasil, a declaração incidental de inconstitucionalidade foi tratada como assunto de interesse particular, restrito às partes, a ser decidido como incidente no processo, sem que os motivos e as decisões sejam abrangidos pelo limite objetivo da coisa julgada. Diversamente, nos Estados Unidos, o sistema atribuiu um caráter público à decisão, porque “(...) a mesma declaração incidente de inconstitucionalidade procedente aproveita a todos inseridos na mesma categoria jurídica reconhecida, tornando desnecessária a rediscussão da matéria de direito definida.”⁷⁵⁴

Não se alegue, outrossim, que a possibilidade de atribuir efeitos gerais à decisão incidental de inconstitucionalidade, mediante a utilização da providência prevista no art. 52, inc. X, da CRFB/88, complementar à fase judicial, seria bastante para justificar a modulação temporal de efeitos por ocasião da apreciação da questão constitucional em sede de recurso extraordinário. Consoante restou assentado no item 2.9 *retro*, a Resolução senatorial destina-se a surtir efeitos prospectivos apenas sobre o plano normativo, mediante a suspensão da executoriedade da lei ou do ato normativo declarados inconstitucionais. Portanto, a eventual extensão da eficácia *erga omnes* possui dimensão restrita à nova configuração do plano normativo e não às eventuais repercussões da alteração no plano normado.

Apenas alcançando as partes do processo – até mesmo porque a declaração de inconstitucionalidade teve por finalidade a sua não incidência para regulamentar a relação jurídica sob litígio –, somente para o caso concreto a jurisdição constitucional decidirá a questão incidental de inconstitucionalidade. Sendo assim, apenas aspectos relevantes do caso concreto poderão ser tomados em consideração para fins de dimensionamento temporal da influência da pronúncia de inconstitucionalidade *incidenter tantum*.

3.14 A influência da coisa julgada material produzida em outros processos na determinação do marco retroativo da declaração de inconstitucionalidade

Outro limite a ser enfrentado pela técnica da modulação temporal de efeitos da decisão de controle é a coisa julgada.⁷⁵⁵ A questão cinge-se em saber se a eficácia

⁷⁵⁴ AZAMBUJA, Carmen Luiza Dias de. **Controle judicial e difuso de constitucionalidade no Direito Brasileiro e Comparado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 25.

⁷⁵⁵ A despeito da enorme divergência que paira sobre a doutrina processual a respeito do assunto, é possível entender a coisa julgada como uma qualidade da sentença e não como efeito desta. Sobre as noções do

retroativa da declaração de inconstitucionalidade em abstrato pode ser dimensionada, de modo a desconsiderar desde logo a coisa julgada alcançada em processos já encerrados, mesmo que estes tenham por fundamento lei ou ato normativo considerado inconstitucional.

Já restou assentado que, firmada a declaração de inconstitucionalidade em controle abstrato, surgem, em potência, no plano normado, as condições necessárias para viabilizar a desconstituição de todos os atos de aplicação (atos e negócios jurídicos) sucedidos sob o influxo da lei inconstitucional. No entanto, dentre as diversas situações que devem ser excetuadas da propalada eficácia retroativa, situam-se os provimentos jurisdicionais consolidados pela coisa julgada material. Neste sentido, assinala CLÈMERSON MERLIN CLÈVE que “(...) a coisa julgada consiste num importante limite à eficácia da decisão declaratória de inconstitucionalidade.”⁷⁵⁶

Diversos fundamentos são invocados para sustentar a proteção da coisa julgada material em relação aos efeitos retroativos da pronúncia de inconstitucionalidade.

GILMAR FERREIRA MENDES contempla a decisão judicial com trânsito em julgado como limite à doutrina da retroatividade em razão da existência de garantia constitucional expressa em relação ao instituto processual:

“O sistema de controle da constitucionalidade brasileiro parece contemplar uma ressalva expressa a essa rigorosa doutrina da retroatividade: a coisa julgada. Embora a doutrina não se refira a essa peculiaridade, tem-se por certo que a pronúncia da inconstitucionalidade não faz tábula rasa da coisa julgada, erigida pelo constituinte em garantia constitucional (CF, art. 153, § 3º). Ainda que se não possa cogitar de direito adquirido ou de ato jurídico perfeito, fundado em lei inconstitucional, afigura-se evidente que a nulidade *ex tunc* não afeta a norma concreta contida na sentença ou acórdão.

Não se conhece qualquer manifestação específica do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto, no que se refere ao controle abstrato de normas. Todavia, ao apreciar situação análoga, relativa à sentença transitada em julgado, com fundamento em lei posteriormente declarada inconstitucional pela Excelsa Corte e que teve execução suspensa pelo Senado Federal, a Corte deixou assente que ‘embora a suspensão da vigência da lei por inconstitucionalidade tornasse sem efeito todos os atos praticados sob o império da lei inconstitucional, a nulidade da decisão somente poderia ser declarada por via de ação rescisória.’

Não há dúvida, assim, que, decorrido *in albis* o prazo decadencial para a propositura da ação rescisória, a superveniência da declaração de inconstitucionalidade já não mais logra afetar, de qualquer modo, a decisão judicial.”⁷⁵⁷

instituto, em sua feição material, anatem-se as colocações de TEORI ALBINO ZAVASCKI: “Denomina-se coisa julgada material’, segundo o art. 467 do CPC, ‘a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário’. Sem embargo das objeções de ordem doutrinária quanto à sua precisão, a definição é correta quanto ao ponto nuclear do instituto: a imutabilidade e a indiscutibilidade do julgado e da relação jurídica concreta por ele decidida, tão logo esgotados os meios recursais a ele oponíveis” (ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças...** cit., p. 158).

⁷⁵⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade...** cit., p. 253.

⁷⁵⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade...** cit., p. 280.

A distinção entre o controle de constitucionalidade de leis e o controle de constitucionalidade das decisões judiciais é fundamento igualmente invocável. Ora, por não se tratar de expressão do controle de constitucionalidade das decisões judiciais, mas apenas controle de constitucionalidade de leis, a declaração de inconstitucionalidade no plano abstrato não pode afetar diretamente os provimentos jurisdicionais consolidados pela coisa julgada material. A importante distinção foi assinalada por LUIZ GUILHERME MARINONI:

“Considerando-se especificamente a questão da retroatividade da decisão de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal sobre a coisa julgada, é preciso verificar, em primeiro lugar, que aí não está presente apenas a ideia de retroatividade da declaração de nulidade da lei, mas sim uma pretensão de retroatividade da decisão ou da declaração de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal sobre a decisão proferida pelo juiz ordinário. Ou, ainda, uma superposição do controle realizado pelo Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso legitimamente atribuído aos juizes e aos tribunais.”⁷⁵⁸

Com esteio em referida distinção, o ato de aplicação do juiz distancia-se com autonomia da norma geral e abstrata inconstitucional e de suas implicações, consoante conclusão do referido professor da UFPR:

“Como escreve Proto Pisani, é possível dizer que a coisa julgada material opera como *lex specialis*, separando a disciplina do direito feito valer em juízo da norma geral e abstrata, daí decorrendo a inoperatividade do *ius superveniens* sobre a *fattispecie* concreta de que deriva o direito objeto da coisa julgada, e ainda a inoperatividade da superveniente declaração de inconstitucionalidade da norma geral e abstrata sobre a qual se decidiu.”⁷⁵⁹

Do mesmo modo, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA confere vulto à distinção entre norma abstrata e norma concreta para ressaltar a coisa julgada dos efeitos imediatos da pronúncia de inconstitucionalidade:

“A diferença pode ser explicada pelo fato da *cisão* que a coisa julgada produz (supra, nº 3) entre a *norma abstrata* em que se baseou o juiz e a *norma concreta* resultante da aplicação daquela. A partir do trânsito em julgado, a norma concreta contida na sentença adquire, por assim dizer, *vida própria* e não é atingida pelas vicissitudes capazes de atingir a norma abstrata: nem é outra a razão pela qual, ainda que surta efeitos *ex tunc*, a declaração de inconstitucionalidade da lei não afeta a *auctoritas rei iudicatae* da sentença que a tenha aplicado.”⁷⁶⁰

Outro fundamento para sustentar a prevalência da coisa julgada contra a força retroativa da pronúncia de inconstitucionalidade seria a segurança jurídica, nos moldes da doutrina de JORGE MIRANDA:

“O fundamento último da regra não se encontra, porém, ou não se encontra só num princípio de separação de poderes. Decorre de um princípio material – a exigência de segurança jurídica. A estabilidade do direito tornado certo pela

⁷⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional** cit., p. 61.

⁷⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional** cit., p. 31-32.

⁷⁶⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. In: DIDIER JR., Fredie (org.) **Relativização da coisa julgada**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 212.

sentença insusceptível de recurso ordinário é, igualmente, a dos direitos e interesses que declara.”⁷⁶¹

LUIZ GUILHERME MARINONI também encontra fundamento hábil nos cânones da segurança jurídica para obstar a retroação plena da nulidade:

“Se a coisa julgada pudesse desaparecer diante da decisão do Supremo Tribunal Federal, não só inexistiria razão para se dar ao juiz e aos tribunais o poder de controlar a constitucionalidade, como também se estaria conferindo ao jurisdicionado uma coisa julgada sob ‘condição negativa imprescindível’ – sob a condição de o Supremo Tribunal Federal não declarar a inconstitucionalidade da norma que fundou a decisão. Além de negar a razão de ser da coisa julgada e os princípios da segurança e da proteção da confiança, isto significaria, ainda, evidente lesão ao direito fundamental de ação, que tem como corolário o direito a uma decisão imutável e indiscutível.”⁷⁶²

Além de lembrar o fundamento retro exposto calcado na segurança jurídica, na linha dos fundamentos possíveis, RUI MEDEIROS retira da *soberania* dos Tribunais a razão bastante para preservar a coisa julgada:

“Mas além das razões de certeza e de segurança do direito já referidas, não se pode esquecer que, como sublinha JOÃO DE CASTRO MENDES, a ideia de que o valor jurídico da sentença decorre da lei parte do pressuposto de que o poder judicial se funda no legislativo, limitando-se a *executar* os comandos do poder legislativo ou a ser a mera voz da lei (*viva vox legis*). Não é isso que se passa na nossa ordem jurídica. Cabe aos tribunais não apenas um poder decorrente do legislativo (o de continuar em concreto os comandos deste), mas um poder próprio, *jus proprium*. Daí que, quando se aceita a validade da sentença injusta, a conclusão se funde no poder soberano dos tribunais e não no valor da lei que na realidade não corporiza. A sentença é, portanto, um *acto de autoridade soberana*. Por isso, acrescenta MIGUEL GALVÃO TELES, ‘o respeito dos casos julgados não significa reconhecer efeitos a uma lei inconstitucional, mas reconhecer efeitos a uma lei que determinado juízo teve por constitucional, melhor, reconhecer efeitos ao juízo de constitucionalidade’. Em causa estão, portanto, os efeitos jurídicos produzidos, não já pela lei inconstitucional, mas pelo *giudicato*.”⁷⁶³

De qualquer maneira, a despeito do fundamento que se pretender apego, verifica-se que o marco retroativo intransponível decorre de imposição da ordem constitucional e prescinde da adoção de qualquer espécie de providência por parte da jurisdição constitucional.

Em conclusão, tem-se que o provimento jurisdicional consolidado pela coisa julgada não pode ser rescindido de modo imediato pela pronúncia de inconstitucionalidade. Trata-se de limite negativo à retroatividade da pronúncia de inconstitucionalidade, que não pode alcançar a coisa julgada consolidada em casos já apreciados pelo Poder Judiciário.

⁷⁶¹ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo VI cit., p. 290.

⁷⁶² MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional** cit., p. 171. No mesmo sentido, MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional. Tomo II...** cit., p. 225.

⁷⁶³ MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade...** cit., p. 551-552.

Consoante anotação precisa de REGINA MARIA MACEDO NERY FERRARI, a coisa julgada impõe limite à própria flexibilidade dos efeitos temporais.⁷⁶⁴

Em prol de uma visão geral do sistema, faz-se imprescindível verificar que a prevalência da coisa julgada não é absoluta no Direito Brasileiro, especialmente por comportar colidência com outros princípios constitucionais e consequente restrição no seu âmbito de aplicação.⁷⁶⁵ Com efeito, de modo indireto, a coisa julgada pode ser afetada pela declaração superveniente de inconstitucionalidade, com o intuito de preservar a isonomia entre os cidadãos e assegurar a supremacia do entendimento do STF.

Para que a relativização da coisa julgada material ocorra, três mecanismos foram disponibilizados pela legislação processual, apresentados com exatidão por LUIZ GUILHERME MARINONI:

“Isto não quer dizer, obviamente, que a decisão judicial esteja isenta de controle da sua constitucionalidade. Esse controle pode ser feito mediante ação rescisória (art. 485, V, CPC), em caso de aplicação de lei flagrantemente inconstitucional e de adoção de lei ou interpretação já declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, e, através de impugnação (art. 475-L, § 1º, CPC) e de embargos à execução (art. 741, parágrafo único, CPC), quando a sentença se fundou em lei ou em interpretação que, no momento de sua prolação, já tinha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.”⁷⁶⁶

Observe-se que os mecanismos processuais referidos detêm requisitos próprios, que devem ser rigorosamente apreciados, com o intuito de relativizar a qualidade de imutabilidade alcançada pelo provimento jurisdicional. Assim, em relação à interposição de ação rescisória, o enquadramento do caso concreto a uma das hipóteses típicas previstas no art. 485 CPC⁷⁶⁷ e a observância do prazo decadencial de dois anos para a propositura da demanda.⁷⁶⁸ De outro lado, em relação às normas que permitem ao executado impugnar a execução da sentença transitado em julgado (art. 475-L, § 1º e 741, parágrafo único do

⁷⁶⁴ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade** cit., p. 348.

⁷⁶⁵ Cf. ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças...** cit., p. 158.

⁷⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional** cit., p. 41.

⁷⁶⁷ O âmbito da admissibilidade da ação rescisória vem sendo criticado por respeitável doutrina. Sobre a incorreção da atual jurisprudência do STF e do STJ, no sentido de (1) não admitir a aplicação do filtro previsto na Súmula 343 do STF para rescisão da sentença que fez indevida aplicação de lei inconstitucional, (2) verificar afronta às decisões do Pretório Excelso proferidas incidentalmente e (3) entender viável a ação rescisória de julgados que, incidentalmente, afastem a aplicação de lei por inconstitucionalidade, na medida em que o STF venha a declarar a constitucionalidade do diploma, após a EC n. 3/93, confira-se RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil...** cit., p. 301-304.

⁷⁶⁸ Superado o prazo de dois anos, o provimento jurisdicional não pode ser mais questionado via ação rescisória, fazendo surgir, na denominação consagrada por JOSÉ FREDERICO MARQUES, a coisa soberanamente julgada (MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. Vol.III. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 344).

CPC), a subsunção do caso concreto aos permissivos legais, ainda de âmbito bastante discutido pela doutrina.⁷⁶⁹

Confessadamente sob o repúdio de respeitável doutrina,⁷⁷⁰ LUÍS ROBERTO BARROSO aventa quarta hipótese de relativização da coisa julgada, após o decurso do prazo de dois anos para aforamento da ação rescisória e do prazo para oferecimento da defesa em execução. Cuida-se de situações excepcionalíssimas que se aproximam da ruptura do sistema, centradas em ponderação de valores constitucionais:

“Todavia, pode haver hipótese em que se deva considerar a relativização da coisa julgada, quando ocorra a superveniente pronúncia de inconstitucionalidade da lei. É que o princípio da segurança jurídica, como os princípios em geral, não tem caráter absoluto. É possível cogitar, portanto, da necessidade de fazer sua *ponderação* com outros princípios de igual estatura, como o da justiça ou da moralidade, mediante a utilização do princípio instrumental da razoabilidade-proporcionalidade. Essa será, no entanto, uma situação excepcionalíssima. Até porque a coisa julgada, como já mencionado, é uma *regra* de concretização de um princípio (o da segurança jurídica), o que reduz a margem de flexibilidade do intérprete. Somente em situações-limite, de quase ruptura do sistema, será legítima a superação da garantia constitucional da coisa julgada.”⁷⁷¹

⁷⁶⁹ LUIZ GUILHERME MARINONI delinea âmbito restrito de cabimento das impugnações, admitindo-as apenas nas hipóteses em que a sentença exequenda houver aplicado lei que já havia sido declarada inconstitucional ou tiver adotado interpretação que já havia sido declarada incompatível com a Constituição (MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional** cit., p.132). De outro lado, em visão não tão restritiva, a doutrina de TEORI ALBINO ZAVASCKI não considera, para efeito de inexigibilidade da sentença exequenda, a época em que o precedente do STF em sentido contrário foi editado, se antes ou depois do trânsito em julgado (ZAVASCKI, Teori Albino. *Sentenças inconstitucionais: inexigibilidade*. **Revista de Direito Renovar**. Rio de Janeiro: Renovar, v. 37, p. 35-48, jan./abr. 2007, p. 44). THEREZA ALVIM impõe outra espécie de restrição: a decisão do STF constitua julgamento definitivo de procedência na ação direta de inconstitucionalidade de uma lei, improcedência na ação direta de constitucionalidade ou controle realizado incidentalmente acompanhado de Resolução do Senado [ALVIM, Thereza. O cabimento dos embargos ou impugnação ante a sentença contrária à Constituição (arts. 741, parágrafo único, e 475-L, do CPC): hipótese de ‘flexibilização’ ou inexistência da coisa julgada? In: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel (coord.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier**. São Paulo: RT, 2008, p. 406].

⁷⁷⁰ A esse respeito, o próprio autor carioca registra movimento de rejeição à proposta, integrado por doutrinadores como JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, NELSON NERY JR. e LUIZ GUILHERME MARINONI: “Em linhas gerais, enumeram como impedimentos à dita relativização: (i) a possibilidade *ad infinitum* de novo julgamento da causa, com multiplicação de processos com idêntico objeto (se o Estado-juiz errou no primeiro julgamento, pode igualmente errar no segundo e assim por diante); (ii) o esvaziamento do próprio direito de acesso à justiça, que restaria substancialmente prejudicado caso não houvesse solução *definitiva* da lide pelo Poder Judiciário; (iii) a previsão já existente, no ordenamento jurídico, das hipóteses em que a coisa julgada pode ser rescindida (art. 485, CPC), que, em última análise, são exemplos de relativização propriamente dita” (BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade...** cit., p. 250-251).

⁷⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade...** cit., p. 248-249. MIRNA CIANCI e GREGÓRIO ASSAGRA DE ALMEIDA sustentam entendimento semelhante, a fim de admitir a “(...) *relativização excepcional e extraordinária da coisa julgada nas hipóteses legalmente previstas e, também, excepcionalmente, por questão de extrema justiça e, mesmo assim, com fundamento em ponderação entre valores constitucionais que compõem o núcleo do Estado Democrático de Direito* (5ª tese - critério do controle da coisa julgada nas hipóteses legais e, fora das hipóteses legais, do controle substancial excepcional, por questão de extrema justiça, com base na ponderação entre valores constitucionalmente fundamentais que compõe (*sic*) o núcleo do Estado Democrático de Direito – por exemplo: vida; dignidade da pessoa humana; proteção e reparação ambiental, que também estão ligadas ao direito à vida coletiva e sua convivência com dignidade). Por exemplo, a certeza biológica sobre a paternidade é desmembramento do

Presente-se, diante dos delineamentos propostos, que não se adere à posição de parte doutrina, de mera desconsideração da coisa julgada em razão da desconformidade constitucional, sem adoção das providências pertinentes à rescindibilidade.⁷⁷²

Assinala-se que a coisa julgada formal não impõe idêntico óbice à revisão do julgado consolidado pela coisa julgada material. Vale recordar que a coisa julgada formal impede tão somente a revisão ou a modificação do provimento jurisdicional no mesmo processo em que foi proferido, tornando-o irrecorrível. A coisa julgada material, por seu turno, atinge os provimentos jurisdicionais que apreciam o mérito da causa, vedando-lhes a reapreciação em qualquer outro processo, porquanto já definitivamente enfrentado o cerne principal da lide. Daí a possibilidade do dimensionamento temporal de efeitos não se ater a qualquer limite imposto por provimento jurisdicional consolidado apenas por coisa julgada formal. A conclusão escorre no mesmo leito do entendimento de RUI MEDEIROS, por ocasião da leitura do art. 284º, n.º 3 da CRP:

“O caso julgado formal não impede que, noutra acção, a mesma questão processual concreta seja decidida em termos diferentes pelo tribunal chamado a apreciar a mesma causa. Isto parece significar que ‘o benefício meramente *processual*, que o réu obteve com a primeira sentença, não encontra protecção na segunda causa. Entende-se que, não tendo a sentença anterior recaído sobre o objecto essencial do litígio, não tendo atribuído a qualquer das partes os bens ou vantagens substanciais a que aspirava, não há razão forte para dar estabilidade, fora do processo, à decisão proferida. Ora, se o caso julgado formal, quando desacompanhado do caso julgado material, não impede noutro processo nova discussão do mesmo pedido, pelos mesmos sujeitos, com fundamento na mesma causa de pedir, ele não gera aquela certeza e segurança cuja protecção está subjacente à primeira parte do n.º 3 do artigo 282º da Constituição.”⁷⁷³

Também em processos de jurisdição voluntária, em cujo cume não se alcança decisões de mérito passíveis de consolidação por coisa julgada material dada a inexistência de pretensões antagônicas, não se verifica óbice ao dimensionamento retroativo dos efeitos temporais da pronúncia de inconstitucionalidade, consoante aponta, mais uma vez, RUI MEDEIROS:

“Quanto aos **processos de jurisdição voluntária**, é sabido que a visão tradicional sustenta que as resoluções neles adoptadas ‘não assumem, pela sua própria natureza, a força de *caso julgado* e podem por isso se *alteradas* pelo juiz que as proferiu, logo que circunstâncias supervenientes ou ignoradas pelo

próprio princípio da dignidade humana (...)” (CIANCI, Mirna; ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual do controle de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 244-245).

⁷⁷² Nesse sentido, sustentam HUMBERTO THEODORO JR. e JULIANA CORDEIRO DE FARIA que a coisa julgada será intangível apenas quando conforme a Constituição: “Os Tribunais, com efeito, não podem se furtar de, até mesmo de ofício, reconhecer a inconstitucionalidade da coisa julgada, o que pode se dar a qualquer tempo, seja em ação rescisória (não sujeita a prazo), em ação declaratória de nulidade ou em embargos à execução” (THEODORO JR., Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. *A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos para seu controle*. **Genesis: Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba: Genesis, v. 6, p. 542-562, jul./set. de 2001, p. 550-555).

⁷⁷³ MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade...** cit., p. 555-556.

juiz julgador justifiquem a modificação'. Se assim for – e a conclusão não se altera quando, embora se admita que se forma aqui caso julgado, se considera que ele não possui o dom da irrevogabilidade -, o problema do respeito pelo caso julgado por parte da declaração de inconstitucionalidade não se põe (ou põe-se em termos completamente diversos), porque as *resoluções* podem justamente ser alteradas (nº 1 do artigo 1411.º do Código de Processo Civil).”⁷⁷⁴

Por derradeiro, impõe-se assentar que a coisa julgada não obsta a incidência imediata e automática da nova conformação do ordenamento jurídico decorrente da declaração de inconstitucionalidade, com intuito de reger as situações futuras a serem implantadas em relações jurídicas de trato sucessivo. Consoante assinala TEORI ALBINO ZAVASCKI, nos casos de relações jurídicas de trato sucessivo, a sentença vinculante produz efeitos também para o futuro. Sobre o termo *ad quem* da eficácia, o autor gaúcho relaciona a questão à denominada cláusula *rebus sic stantibus*:

“(…) Daí afirma-se que a força do comando sentencial tem uma condição implícita, a da *cláusula rebus sic stantibus*, a significar que ela atua enquanto se mantiverem íntegras as situações de fato e de direito existentes quando da prolação da sentença. Alterada a situação de fato (muda o suporte fático, mantendo-se o estado da norma) ou de direito (muda o estado da norma, mantendo-se o estado de fato), ou dos dois, a sentença deixa de ter a força de lei entre as partes, que até então mantinha.”⁷⁷⁵

Com efeito, a declaração de inconstitucionalidade pode ser considerada como uma circunstância de direito superveniente, a impor alteração no quadro encontrado por ocasião da sentença originariamente proferida. De qualquer modo, a influência da declaração de inconstitucionalidade não poderá voltar-se ao passado, momento no qual o provimento jurisdicional ainda era adequado para regulamentar o caso concreto. A propósito, VITALINO CANAS ressalta a influência meramente prospectiva da declaração de inconstitucionalidade, em se tratando de relações jurídicas de trato sucessivo:

“O respeito pelo caso julgado pressupõe situações e efeitos consumados. Questiona-se por isso se, no caso de o julgado ter efeitos futuros, nomeadamente quando se trata de obrigações que se traduzem em prestações periódicas, ou seja utilidades que só com o tempo se vão vencendo, esses efeitos devem ser igualmente protegidos. Ora, se em relação às prestações anteriores ou presentes o caso julgado deve ser intocável, já em relação às que se vençam em momento futuro se justifica que essa intocabilidade seja afastada. Era esta a posição de Gomes da Silva, ainda no âmbito do ordenamento constitucional anterior ao 25 de Abril.”⁷⁷⁶

3.14.1 Exceção: coisa julgada penal

⁷⁷⁴ MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade...* cit., p. 553.

⁷⁷⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças...* cit., p. 106.

⁷⁷⁶ CANAS, Vitalino. *Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional*. 2. ed. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1994. p. 139. No mesmo sentido, amparado na experiência alemã, MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade...* cit., p. 566.

Anote-se constituírem exceção à sobredita limitação as hipóteses de declaração de inconstitucionalidade de lei penal menos favorável, circunstância na qual a retroatividade da norma penal benigna constitui imperativo constitucional (art. 5º, inc. XL, da CRFB/88). Para tanto, a coisa julgada penal não pode ser considerada óbice para a retroatividade *ab initio* da eficácia da pronúncia de inconstitucionalidade, comportando, obrigatoriamente e a qualquer tempo, a revisão da condenação criminal.⁷⁷⁷

Acerca da abrangência da *lei penal menos favorável*, passível de acolhida é o posicionamento de VITALINO CANAS, para quem pretende-se “(...) abranger não só as normas que prevêm quais os factos que devem ser considerados crimes e quais as penas que lhes correspondem (...) mas também aquelas que, embora de natureza processual, possam de alguma forma contribuir para que a decisão final do processo seja mais ou menos favorável ao arguido (...).”⁷⁷⁸

Ao tratar do tema frente ao Direito Português, que possui regulamentação constitucional específica no art. 282.º, n.º 3 da CRP,⁷⁷⁹ RUI MEDEIROS ressalta a distinção dos regimes jurídicos da coisa julgada civil e da coisa julgada penal, anotando que, nesta última hipótese, o direito à liberdade pessoal não pode ser sacrificado:

“A *ratio* do caso julgado penal – ‘a segurança jurídico-penal individual face ao *ius puniendi* do Estado’ – não permite que se invoque o trânsito em julgado da decisão para obstar à aplicação de uma lei penal mais favorável e obrigar o condenado a cumprir a pena fixada. ‘Uma tal invocação constituiria uma inversão normativo-constitucional: equivaleria a erigir um meio em fim em si mesmo e a subalternizar o fim *justiça político-criminal* àquele meio *certeza jurídica do caso julgado*’. Por outras palavras, e como veremos melhor mais adiante, a *res judicata* ‘não pode servir de tabu impeditivo do favor *libertatis*’. E, em face da *ratio* do n.º 4 do artigo 29.º da Constituição, forçoso é concluir que este preceito se aplica, não apenas nos casos de sucessão de leis penais em sentido estrito, mas também nas hipóteses em que um tribunal profere uma sentença condenatória com base numa lei penal incriminadora (originariamente) conforme à Constituição e, supervenientemente, a lei aplicada se torna inconstitucional.”⁷⁸⁰

No Brasil, FLÁVIA D’URSO ROCHA SOARES professa a necessária retroatividade dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade da lei penal que agrave, de qualquer modo, a situação do réu:

“O sistema penal proíbe a revisão *pro societate*. Vale dizer, é vedada modificação em decisão judicial penal que venha piorar a situação do réu. É o princípio consagrado no art. 617 do CPP, conhecido por *reformatio in pejus*. A *contrario sensu*, ampla aplicação da *reformatio in mellus*.

⁷⁷⁷ Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade...** cit., p. 253-254.

⁷⁷⁸ CANAS, Vitalino. **Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional** cit., p. 146.

⁷⁷⁹ É o teor do dispositivo citado: “3. Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido.”

⁷⁸⁰ MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade...** cit., p. 589-590.

Destarte, decisão declaratória inconstitucional, portanto, que reconheça afronta a qualquer direito subjetivo do sentenciado e que venha, de outra banda, a beneficiá-lo de alguma maneira, terá efeitos retroativos absolutos.⁷⁸¹

É importante observar que, a exemplo da coisa julgada material de natureza civil, a retroação da declaração de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada de natureza penal não é automática. No entanto, em atenção ao imperativo constitucional, os mecanismos de flexibilização são regidos por requisitos bem menos rigorosos e sem qualquer restrição temporal, conforme expõe REGINA MARIA MACEDO NERY FERRARI:

“Tal posicionamento implica, também, o universo da fiscalização de constitucionalidade, isto é, declarada a inconstitucionalidade de certa norma penal e se, em decorrência disto, for repristinada lei de conteúdo mais favorável, esta é que deverá ser aplicada, mesmo que já tenha havido sentença condenatória com trânsito em julgado.

Nessa hipótese, caberá, também, a revisão da condenação criminal transitada em julgado, baseada em lei inconstitucional. De igual modo, se em face dessa condenação o sentenciado estiver preso, terá lugar o *habeas corpus* para garantir, imediatamente, a sua liberdade, e mais, nos moldes previstos pelo art. 37, § 6º, da Constituição Federal, aquele que foi condenado criminalmente, com base em lei declarada inconstitucional, tem direito a que o Estado pague indenização por danos morais e materiais.

Portanto, quando se trate de decisão de inconstitucionalidade de norma penal incriminadora, esta pode ser reconhecida, de ofício, pelo juiz de execução da pena, ou suscitada em *habeas corpus*, pois que desnecessário qualquer instrumento probatório.⁷⁸²

3.15 Quanto às relações juridicamente consolidadas

À semelhança da coisa julgada material de natureza civil, as situações consolidadas não são passíveis de serem atingidas por eventual retroação dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade. Por corolário, inadmissível modular os efeitos temporais da pronúncia de inconstitucionalidade para fazer alcançar as relações ou situações juridicamente consolidadas, ainda que constituídas com fundamento na lei ou ato normativo considerado inconstitucional.

⁷⁸¹ SOARES, Flávia D’Urso Rocha. Aspectos penais dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo: RT, v. 6, p. 311-322, jan./mar. 1998, p. 320.

⁷⁸² FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade** cit., p. 350. FLÁVIA D’URSO ROCHA SOARES oferece outros detalhes acerca dos instrumentos processuais cabíveis para a revisão da sentença condenatória: “É por intermédio, ainda, no Direito brasileiro, do instituto da Revisão Criminal, que se busca a desconstituição de julgado superveniente a declaração de inconstitucionalidade da lei tipificadora de delito. A revisão criminal terá fulcro no inc. I do art. 621 do CPP- contrariedade a texto expresso em lei. O *Habeas-Corpus*, por outro lado, consubstancia-se, dependendo do caso concreto, em outro meio sanatório, porém, mais eficaz por sua precípua função que é de obviar, mais celebrenemente, manifesto constrangimento ilegal que possa sofrer o paciente por força da inconstitucionalidade constatada” (SOARES, Flávia D’Urso Rocha. Aspectos penais dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade cit., p. 321-322).

Sobre o tema, não destoia a doutrina ao entrever embaraços para determinar o conteúdo da expressão *relações jurídicas consolidadas*.⁷⁸³ Todavia, tomando por lastro a doutrina estrangeira, é possível revelar a existência de um conteúdo já densificado, igualmente passível de aplicação perante o Direito Brasileiro. Neste passo, pretende-se atribuir à locução o significado empunhado por VITALINO CANAS: “Por situações jurídicas consolidadas, entendemos aquelas *cujos efeitos não só se verificaram já integralmente, como também, por fundamento legal ou contratual, adquiriram estabilidade idêntica aquela que a lei atribui ao caso julgado.*”⁷⁸⁴

Filia-se à proposta doutrinária sobredita RUI MEDEIROS, para quem o critério possibilidade de impugnação judicial é suficiente para definir as causas dotadas de estabilidade similar à coisa julgada:

“(…) temos para nós que a chave para a determinação das situações consolidadas deve buscar-se, por analogia, no caso julgado.

O caso julgado traduz-se ‘na resolução judicial de uma situação de incerteza, mediante a colocação de uma das afirmações nela envolvidas numa situação especial de indiscutibilidade’. Visa-se com isto ‘acautelar uma necessidade vital de *segurança jurídica* e de *certeza do direito*’. Em conformidade, para que se fale numa relação exaurida extrajudicialmente, é necessário que a situação em causa tenha perdido o seu carácter litigioso, tornando-se certa e pacífica.

Tudo está, pois, em saber, quando é que se pode afirmar que uma situação perdeu o seu carácter litigioso. Ora, uma vez que o n.º 3 do artigo 282.º da Constituição toma como paradigma o caso julgado, não repugna, para o efeito, adoptar uma perspectiva processual.”⁷⁸⁵

E, mais à frente, conclui o teórico português:

“Uma situação perde o seu carácter litigioso quando, de acordo com as regras processuais gerais, o interessado não a pode contestar jurisdicionalmente. Tudo aquilo que ainda puder ser objecto de definição judiciária é factispécie aberta e, como tal, reentra na esfera de aplicação temporal da decisão de acolhimento do Tribunal Constitucional.”⁷⁸⁶

Idêntico critério é utilizado por GUSTAVO ZAGREBELSKY, segundo o qual a estabilidade depende da impossibilidade do aforamento de demanda judicial com o intuito de rediscutir relações jurídicas anteriores à pronúncia de inconstitucionalidade:

“Qui occorre osservare che tali effetti ‘retroattivi’ dipendono dalla possibilità di promuovere un giudizio nel quale, discutendosi di situazioni e rapporti anteriori alla pronuncia della Corte, il giudice decida dissaplicando la legge incostituzionale. Si usa dire che la decisione d’incostituzionalità esplica effetti retroattivi rispetto a situazioni e rapporti *pendenti*, cioè suscettibili di fornire materia per un giudizio.”⁷⁸⁷

Amparado em tal raciocínio, GUSTAVO ZAGREBELSKY enumera as causas mais frequentes de exaurimento das relações jurídicas, casos em que a possibilidade de instaurar

⁷⁸³ Nesse sentido: MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo VI cit., p. 292; MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade...** cit., p. 622.

⁷⁸⁴ CANAS, Vitalino. Os efeitos das decisões do Tribunal Constitucional... cit., p. 232.

⁷⁸⁵ MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade...** cit., p. 636.

⁷⁸⁶ MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade...** cit., p. 637.

⁷⁸⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. **La giustizia costituzionale**. Imola: Il Mulino, 1988, p. 266.

uma controvérsia frente ao juiz com a finalidade de estender as consequências da pronúncia de inconstitucionalidade resta excluída:

“Le cause di ‘esaurimento’ di situazioni giuridiche più frequentemente richiamate sono le seguenti:

- a) il passaggio ‘in giudicato’ della sentenza che resta perciò definitivamente radicata nell’ordinamento, impedendo l’instaurazione di nuovi giudizi sul medesimo rapporto giuridico, ‘fissandone’ la disciplina giuridica;
- b) il decorso del tempo, quando ad esso l’ordinamento attribuisca la proprietà di ‘bloccare’ irrimediabilmente una situazione giuridica. Ciò avviene:
 - b1) nei rapporti di diritto privato, con la *prescrizione del diritto* che lo rende non più esigibile (diritto di credito) o esercitabile (diritto reale);
 - b2) nei rapporti di diritto pubblico, con la *decadenza* dall’esercizio di un potere di ricorso contro atti della Pubblica amministrazione, che rende l’interesse del singolo non più azionabile e l’atto inoppugnabile;
 - b3) nei rapporti di diritto processuale, con la *preclusione*, che rende il vizio di un atto del processo non più rilevabile.”⁷⁸⁸

Em vista disso, pretende-se atribuir à *relação juridicamente consolidada* o significado de situação jurídica alcançada por fórmula de preclusão aventada pelo legislador ou por cláusula contratual entabulada pelas partes, de modo a inviabilizar o exercício de pretensão desconstitutiva ou modificativa perante o Poder Judiciário.

Observa-se que J. J. GOMES CANOTILHO oferece definição mais abrangente de relações jurídicas consolidadas, a fim de incluir, dentre os fatores de estabilização, o cumprimento da obrigação.⁷⁸⁹ Porém, dissente-se da proposta do respeitável constitucionalista. O mero cumprimento da relação jurídica por uma das partes não consolida a relação jurídica, dotando-a de estabilidade. Com efeito, até o aperfeiçoamento de eventual cláusula de preclusão para a revisão, possível o exercício da pretensão de desconstituição do ato frente ao Poder Judiciário, especialmente nas hipóteses de superveniente declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo que ofereceram substrato jurídico à realização. Eventualmente, caso estritamente necessário, o resguardo de tais situações demanda a adoção da providência de modulação dos efeitos temporais da pronúncia de inconstitucionalidade, com observância rigorosa de todos os seus pressupostos de manejo regular.

⁷⁸⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale* cit., p. 267.

⁷⁸⁹ “Pode também entender-se que os limites à retroactividade se encontram na *definitiva consolidação* de situações, actos, relações, negócios, a que se refira a norma declarada inconstitucional. Se as questões de facto ou de direito regulados pela norma julgada inconstitucional se encontram definitivamente encerradas porque sobre elas incidiu caso julgado judicial, porque se perdeu um direito por prescrição ou caducidade, porque o acto se tornou inimpugnável, porque a relação se extinguiu com o cumprimento da obrigação, então a declaração de inconstitucionalidade, com a consequente nulidade *ipso jure*, não perturba, através da sua eficácia retroactiva, esta vasta gama de situações ou relações consolidadas. Pode dizer-se que a norma viciada de inconstitucionalidade não era já materialmente reguladora de tais situações, sendo irrelevantes a sua subsequente declaração de inconstitucionalidade” (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional...** cit., p. 1014-1015).

No sentido do entendimento ora sustentado, VITALINO CANAS suscita argumentos de resistência quanto à pretensão de intocabilidade das situações objeto do cumprimento voluntário da obrigação e da transação judicial, tendo em vista a ausência de intervenção protetiva do legislador:

“Esta posição deriva, essencialmente, de nestes casos não se verificarem os imperativos de certeza e segurança que incentivam a própria lei a intervir, assegurando a consolidação das relações ou dos efeitos, como acontece nos primeiros. É por própria vontade das partes que as relações se consolidam (embora sempre se possa opôr que a transacção depende de declaração através de sentença judicial; esta limita-se, porém, a certificar a vontade das partes: cfr. Art. 300.º, n.º 3, do CPC). Portanto as circunstâncias que rodeiam a formação da vontade, nomeadamente o quadro normativo, podem ter grande influência. Contrariamente, a consolidação resultante de prescrição, caducidade ou situação de inimpugnabilidade (ou irrevogabilidade) do acto administrativo derivam da própria lei, sem que a vontade dos sujeitos tenha intervenção directa e possa, por isso, ser influenciada pelo referido quadro normativo. No primeiro caso importa, por conseguinte, encontrar um modo de rectificação da situação, condicionada que foi por uma vontade mal formada. No segundo não.”⁷⁹⁰

Ainda sobre a extensão do conteúdo proposto, é importante verificar que a relação jurídica consolidada não se confunde com os conceitos de direito adquirido ou ato jurídico perfeito.⁷⁹¹ A bem da verdade, os conceitos ligados à teoria da irretroatividade da lei não servem sequer de limite à retroatividade da pronúncia de inconstitucionalidade.

Consoante lição clássica acalentada por doutrina e jurisprudência, leis ou atos normativos inconstitucionais não justificam a aquisição de direitos. Cite-se, a título paradigmático, a incisiva apreciação de CARLOS MAXIMILIANO sobre o tema:

“Granjeiam-se unicamente as vantagens e garantias que as normas vigentes permitem e na medida em que o permitem. Não se adquirem direitos contra a lei; de atos irregulares nenhuma utilidade jurídica advém para o seu autor nem para o que dos mesmos colhe ou pretende colher proveito. Quem entra no uso de um interesse ou prerrogativa sem o preenchimento das condições estabelecidas pelas regras positivas em vigor não pode alegar direito adquirido. O ilícito, o ilegal, o inconstitucional não gera direitos. Não há direito contra o Direito.”⁷⁹²

Interessante notar a distinção entre a coisa julgada e os demais institutos previstos no art. 5º, inc. XXXVI, da CRFB/88, mormente quanto à possibilidade de

⁷⁹⁰ CANAS, Vitalino. **Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional** cit., p. 155.

⁷⁹¹ Os conceitos jurídicos são fornecidos pelo artigo 6º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei n.º 4.657/42): “Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. § 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou. § 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem. § 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.”

⁷⁹² MAXIMILIANO, Carlos. **Direito intertemporal ou teoria da retroatividade das leis**. 2. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1955, p. 48. Ainda sobre o tema, CAIO TÁCITO rechaça a viabilidade de adquirir direitos ou constituir situações jurídicas respeitáveis à luz de leis inconstitucionais (TÁCITO, Caio. **Anulação de leis inconstitucionais. Temas de Direito Público**. 2.º Vol. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 1071). No mesmo sentido, TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 4. ed. São Paulo: Renovar, 2008, p. 540.

constituir limite para a retroatividade plena da declaração de inconstitucionalidade. A propósito, a doutrina de ALEXANDRE SORMANI:

“Realmente, só haverá direito adquirido e ato jurídico perfeito se compreendidos sob a égide de um ordenamento constitucional. Mas a coisa julgada necessariamente assim não será, pois pode ser edificada com base em regras contrárias à Constituição, razão pela qual, evidentemente, não poderá ser fruto de um princípio que tem assento na Constituição. Isto seria um paradoxo. Logo, ter-se-á coisa julgada decorrente de sentença que se fundou em regra contrária à Constituição.”⁷⁹³

Sendo assim, não se justifica a pretensão de oferecer interpretação conforme à Constituição do art. 27 da Lei n.º 9.868/99 e do art. 11 da Lei n.º 9.882/99 engendrada pelo MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE, com a finalidade de “ainda que ultrapassada a inconstitucionalidade formal, seria necessário dar interpretação conforme ao referido dispositivo, a fim de evitar que sua aplicação pudesse atingir o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido, eventualmente surgidos da inconstitucionalidade da lei.”⁷⁹⁴

Sobre os fundamentos para a imunização das relações jurídicas consolidadas, RUI MEDEIROS invoca especialmente as mesmas razões que resguardam a coisa julgada dos efeitos retroativos da declaração de inconstitucionalidade:

“(…) Desde logo, *exigências práticas de certeza e de segurança* análogas àquelas que explicam a salvaguarda do caso julgado impedem que ‘sejam atingidas pela retroatividade as relações ou situações definitivamente consolidadas, isto é, as relações ou situações exauridas e encerradas por força de actos que importem a sua definição ou reconhecimento definitivo (…). A reabertura da discussão sobre esse tipo de situações iria desenterrar (..) casos há muito encerrados, tornados certos e pacíficos através do entendimento dos interessados (..) ou do decurso do prazo (..), e nos quais os interessados fundaram com segurança as suas expectativas legítimas e direitos.”⁷⁹⁵

Por fim, assinala-se que o respeito às relações jurídicas consolidadas deverá ocorrer ainda que sem expressa previsão na decisão judicial que pronunciou a inconstitucionalidade de lei ou do ato normativo. Isto é, a despeito da existência ou não de óbice impeditivo construído no bojo da decisão da jurisdição constitucional, a retroatividade da declaração não poderá afetar as relações jurídicas consolidadas. Vale recordar que as fórmulas de preclusão, causas impeditivas da impugnação judicial, constituem juízos de ponderação previamente realizados pelo legislador, de modo que

⁷⁹³ SORMANI, Alexandre. **Inovações da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade: uma visão crítica da Lei n. 9.868/99 sob o viés do princípio da segurança jurídica.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 46.

⁷⁹⁴ Informativo do STF n.º 476 (13 a 17 de agosto de 2007). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo476.htm#ADI> e Lei 9.868/99 - 6>. Acesso em: 26 set. 2012.

⁷⁹⁵ MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade...** cit., p. 625-626.

apenas a sua observância condiz com o Estado Democrático de Direito e a separação de Poderes.⁷⁹⁶

Seção IV

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

3.16 Da doutrina à prática jurisprudencial: considerações iniciais

Destina-se a Seção IV do capítulo III a traçar o desenvolvimento e conhecer o modo pelo qual o STF aplica a técnica do dimensionamento temporal dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade. Para além disso, aspira-se, à luz das decisões já proferidas, avaliar a técnica com que o tribunal tem lidado com os efeitos de suas decisões, observando ou não os marcos teóricos desenvolvidos ao longo da dissertação.

Justifica-se a escolha da jurisprudência do STF como âmbito circunscrito de pesquisa, em razão de constituir a mais alta instância de resolução das questões constitucionais no Brasil. Com efeito, desde o prelúdio do período republicano, o STF desempenha as funções concernentes à corte constitucional no país, além de competência originária, recursal e afeta a questões de soberania nacional.

Para o cumprimento da proposta, foram selecionados dois grupos de julgados que incidiram na análise da questão afeta à modulação temporal de efeitos da decisão de inconstitucionalidade, após a sua incorporação ao direito positivo por intermédio das Leis n.º 9.868/99 e 9.882/99. O rol é meramente exemplificativo e afastou a repetição de julgados sobre o mesmo assunto.

⁷⁹⁶ VITALINO CANAS sustenta entendimento diametralmente oposto, ao reclamar expresso pronunciamento da Corte Constitucional sobre as situações consolidadas passíveis de exclusão da retroatividade: “As razões desta opção centram-se, no essencial, na ausência de indicação expressa da Constituição e nas exigências da certeza e da segurança jurídica. Na verdade, ao invés do que faz com o caso julgado, a Constituição não mostra vontade expressa de salvaguardar as situações jurídicas consolidadas, apesar de haver bons argumentos para que o fizesse. Ora, esta ausência de referências explícitas a tais situações e de uma enunciação precisa de quais elas são traduz-se numa dificuldade notória da posição que sustenta a sua salvaguarda automática. Ao contrário do conceito de caso julgado, que está universalmente estabelecido e reconhecido, o conceito de situações jurídicas consolidadas não possui densidade suficiente para ser aplicada automaticamente sem mais. De uma forma ou de outra, terá de haver sempre uma operação suplementar (porventura, complexa...) de determinação de quais são. Por isso, em nome da certeza e da segurança jurídica, o Tribunal Constitucional deverá fixar logo na sua decisão qual o alcance desta, isto é, quais as que devem considerar-se salvaguardadas. Outra posição conduz a um indesejável casuísmo, com risco de decisões discrepantes. Para que a decisão do Tribunal Constitucional não se torne um verdadeiro ‘tiro no escuro’ tem de se admitir que é a este que cabe, expressamente, enunciar o que fica salvaguardado” (CANAS, Vitalino. Os efeitos das decisões do Tribunal Constitucional... cit., p. 232-233).

3.17 As hipóteses de aceitação do uso da técnica

O primeiro grupo, no qual a questão da necessidade de modulação foi reconhecida, evidencia-se pelo quadro a seguir delineado:

Número	Assunto	Data de julgamento	Atribuição de efeitos
RE 197.917-8/SP	Inconstitucionalidade de lei municipal que fixou o número de vereadores do Município de Mira Estrela	24/03/2004	<i>Pro futuro</i>
ADIn 3.022-1/RS	Inconstitucionalidade de lei estadual que atribuiu à Defensoria Pública do Rio Grande do Sul a defesa de servidores públicos estaduais processados civil ou criminalmente em razão de ato praticado no exercício regular das funções	02/08/2004	<i>Pro futuro</i>
HC 82.959-7/SP	Inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º da Lei n.º 8072/90, em relação à vedação da progressão de regime de cumprimento da pena	23/06/2006	<i>Ex nunc</i> (em relação às penas já extintas por ocasião do julgamento)
ADIn 3.615-7/PB	Inconstitucionalidade de lei estadual que redefiniu os limites territoriais do Município de Conde	30/08/2006	<i>Ex nunc</i>
ADIn 2.240-7/BA	Inconstitucionalidade de lei estadual que criou o Município de Luis Eduardo Magalhães	09/05/2007	<i>Pro futuro</i>
ADIn 3.819-2/MG	Inconstitucionalidade de lei estadual que admitiu a transposição de carreira sem prévio concurso público	24/10/2007	<i>Pro futuro</i>
ADIn 3.458-8/GO	Inconstitucionalidade de lei estadual que criou conta única de depósitos judiciais e extrajudiciais	21/02/2008	<i>Pro futuro</i>
ADIn 3.660-2/MS	Inconstitucionalidade de lei estadual que destinou custas judiciais a entidades privadas	13/03/2008	<i>Ex tunc</i> mitigada (a partir da EC 45, de 31/12/2004)
ADIn 2.907-0/AM	Inconstitucionalidade de portaria do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Amazonas, que disciplinou o horário de trabalho dos servidores do Judiciário	04/06/2008	<i>Ex nunc</i>
RE 556.664/RS	Inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91 e do parágrafo único do art. 5º do	12/06/2008	<i>Ex nunc</i> quanto aos recolhimentos efetuados

	Decreto-lei 1.569/77, que alteram o prazo da decadência e de prescrição para exigência de créditos tributários		nos prazos legais e não impugnados antes da data de conclusão do julgamento
ADIn 2.501-5/MG	Inconstitucionalidade de lei estadual que conferiu supervisão pedagógica de instituição superior mantida pela iniciativa privada ao Conselho Estadual de Educação	04/09/2008	<i>Ex nunc</i>
ADIn 4.009-0/SC	Inconstitucionalidade de lei estadual que vinculou ou equiparou espécies remuneratórias dos policiais civis e militares à remuneração dos delegados	04/02/2009	<i>Ex nunc</i>
ADIn 2.904-5/PR	Inconstitucionalidade de lei estadual que criou regras especiais de aposentadoria do policial civil	15/04/2009	<i>Ex nunc</i>
ADIn 3.430-8/ES	Inconstitucionalidade de lei estadual que disciplinou a contratação temporária de servidores de área de saúde	12/08/2009	<i>Pro futuro</i>
ADIn 3.791/DF	Inconstitucionalidade de lei distrital que autorizou o Governo do Distrito Federal a conceder aos policiais militares e bombeiros militares a gratificação de risco de vida	16/06/2010	<i>Ex nunc</i>
HC 97.256/RS	Inconstitucionalidade do art. 44 da Lei nº 11.343/2006, na parte em que vedava a conversão da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos	01/09/2010	<i>Ex nunc</i>
ADIn 3.601-7/DF	Inconstitucionalidade de lei distrital que criou a comissão permanente de disciplina da Polícia Civil do Distrito Federal	09/09/2010	<i>Ex nunc</i>
ADIn 4.140/GO	Inconstitucionalidade das Resoluções n.º 2, de 2/06/2008 e 4, de 17/09/2008, ambas do Conselho Superior da Magistratura de GO	29/06/2011	<i>Ex nunc</i>
ADIn 4.029/AM	Inconstitucionalidade incidental dos arts. 5º, caput, e 6º, caput e §§ 1º e 2º, da Resolução nº 1/2002 do Congresso Nacional	08/03/2012	<i>Ex nunc</i>

3.17.1 RE 197.917-8/SP

O Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou ação civil pública, com o escopo de obter a redução do número de vereadores da Câmara Municipal, em razão da inobservância da proporção determinada no art. 29 da CRFB/88 pela Lei Orgânica n.º 226, de 31/03/1990, do Município de Mira Estrela.

A demanda foi julgada procedente em primeiro grau de jurisdição, sob o fundamento de que a Lei Orgânica do Município teria definido o número de edis em desacordo ao permitido na CRFB/88. Processado o recurso, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu provimento à apelação, para manter a norma tal como disposta na lei impugnada.

Interposto recurso extraordinário, a Segunda Turma do STF deliberou afetar o julgamento diretamente ao Plenário. Em sessão realizada em 06/06/2002, o Min. MAURÍCIO CORRÊA consignou a oscilação jurisprudencial sobre o tema, ora declarando a ausência de critério constitucional para fixação do número de vereadores e a autonomia da Câmara Municipal para estipular livremente a quantidade desejada, ora sugerindo que a composição deveria obedecer a valores aritméticos respeitantes à proporcionalidade constitucional. Ao cabo de sua argumentação, considerou o Ministro relator a necessidade de fixar critério para dar cumprimento efetivo à proporcionalidade fixada no preceito constitucional, conferindo provimento ao recurso extraordinário, para declarar inconstitucional, *incidenter tantum*, o parágrafo único do art. 6º da Lei Orgânica n.º 226, de 31/03/1990, do Município de Mira Estrela, bem como para determinar a recomposição do número ideal de vereadores de acordo com os parâmetros fixados na Constituição.

Sobre os efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade, por notória influência do voto-vista lançado pelo Min. GILMAR MENDES, houve deliberação em favor da determinação da eficácia da declaração para momento futuro, consoante trecho da ementa de acórdão publicada:

“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.”

Com efeito, em sessão realizada em 24/03/2004, após dissertar sobre a evolução da questão no Direito Comparado, a compatibilidade do dimensionamento temporal com o controle concreto e o método da ponderação como instrumento adequado para a resolução da colidência entre os princípios da nulidade e da segurança jurídica, entendeu cabível o Min. GILMAR MENDES restringir os efeitos da declaração *pro futuro*, para não afetar a composição da legislatura da Câmara Municipal então posta por ocasião do julgamento e preservar a totalidade dos atos praticados:

“No caso em tela, observa-se que eventual declaração de inconstitucionalidade com efeito *ex tunc* ocasionaria repercussões em todo o sistema vigente, atingindo decisões que foram tomadas em momento anterior ao pleito que resultou na atual composição da Câmara Municipal: fixação do número de

vereadores, fixação do número de candidatos, definição do quociente eleitoral. Igualmente, as decisões tomadas posteriormente ao pleito também seriam atingidas, tal como a validade da deliberação da Câmara Municipal nos diversos projetos e leis aprovados.”

Explicita-se que, para além de determinar a preservação dos efeitos pretéritos praticados, o STF determinou a própria manutenção da composição da Câmara até o encerramento dos mandatos eletivos, a despeito do número de vereadores ser superior ao permitido na CRFB/88.

Da motivação prestada pelo Min. GILMAR MENDES, pode-se inferir a preocupação em tutelar a segurança jurídica, em contraposição ao princípio da nulidade com efeitos retroativos plenos. Houve expressa indicação do método de definição do direito aplicável, a ponderação de interesses.

Quanto à crítica sobre o cabimento da técnica, a hipótese efetivamente reclamava a limitação da influência da pronúncia incidental de inconstitucionalidade, de modo a conformar o conteúdo do julgamento. O dever de restituir os vencimentos recebidos pelos parlamentares excedentes e a possibilidade de controverter todas as deliberações tomadas pela Edilidade para aprovar ou rejeitar os projetos de interesse local deflagrariam manifesta ofensa à previsibilidade e à estabilidade do direito. Circunstâncias relacionadas ao próprio caso em apreciação evidenciavam o intolerável sacrifício à segurança jurídica traduzida pela aplicação irrestrita do princípio da nulidade. No entanto, nada justificava a preservação da composição da Câmara Municipal até o final do mandato dos vereadores excedentes. De acordo com os parâmetros fixados no julgado (regra de três simples), era possível à Edilidade interessada adotar prontamente as medidas cabíveis para adequar sua composição à vontade constitucional, como pretendia originariamente o Min. MAURÍCIO CORRÊA.

O tempo decorrido do ajuizamento da demanda (1992) até o julgamento definitivo pelo STF (2004) pode ser apontado como fator de incremento ao uso da técnica de modulação temporal de efeitos. Importante assinalar que os autos foram aportados no STF em 1995.

3.17.2 ADIn 3.022-1/RS

Proposta pelo Procurador-Geral da República em 15/10/2003, a ADIn 3.022-1 controverteu a constitucionalidade do art. 45 da Constituição do Estado de Rio Grande do Sul e da alínea *a* do Anexo II da Lei Complementar gaúcha n.º 10.194, de 30/05/1994, que,

em breve síntese, atribuíam à Defensoria Pública do Estado o dever de prestar assistência jurídica ao servidor público processado, civil ou criminalmente, em razão de ato praticado durante o exercício de suas funções.

O rito da ação foi convertido para o do art. 12 da Lei n.º 9.868/99 em 16/10/2003. Em Sessão Plenária realizada em 2/08/2004, por unanimidade de votos, os Ministros julgaram parcialmente procedente o pedido formulado, para reconhecer a inconstitucionalidade da alínea *a* do Anexo II da Lei Complementar n.º 10.194/94, em razão de a finalidade institucional da Defensoria Pública estar restrita à orientação jurídica dos necessitados, nos termos do art. 134 da CRFB/88.

Em razão de proposta formulada na defesa prestada pelo Advogado-Geral da União, que avistou prejuízo injustificado aos assistidos em processos judiciais, a questão da modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade veio à tona. Para resolução da questão, restou vencedora a proposta do Min. JOAQUIM BARBOSA, relator do processo, no sentido de atribuir eficácia *pro futuro* à declaração de inconstitucionalidade:

“Efetivamente, em relação aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade dessas normas, verifico que a gravidade dos prejuízos eventuais decorrentes da nulidade *ex tunc* da norma é imprevisível, mas avaliável. Basta notar que, com base nas normas ora impugnadas, já foi efetuada a defesa dos servidores estaduais. (...)

Nos termos do art. 27 da Lei 9.868, proponho aos colegas a restrição dos efeitos desta decisão, para não causar prejuízos desproporcionais. Como marco dessa limitação, sugiro que a declaração de inconstitucionalidade tenha efeito a partir de 31.12.2004.”

O Min. GILMAR MENDES procurou fundamentar a necessidade de limitação dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade em razão da incerteza sobre o profissional responsável pela representação judicial. Confessadamente, entretanto, não detinha dados sobre o volume de casos que estava sendo acompanhado pela Defensoria. Em adição, o Min. CEZAR PELUSO anotou a dificuldade de contratar novo advogado para se inteirar da causa. De modo contrário à maioria, o Min. MARCO AURÉLIO manifestou-se desfavoravelmente à modulação dos efeitos: “Não há que se cogitar, a meu ver, de segurança jurídica, nem de excepcionalidade, tendo presente o interesse social.” Igualmente, sem lançar fundamentação, o Min. EROS GRAU declarou a mera inconstitucionalidade, sem proceder à modulação. Os demais ministros simplesmente acompanharam a proposta de modulação.

Em análise ao julgamento referido, verifica-se que em nenhum momento houve indicação precisa do método de definição do direito aplicável ou a exposição da metodologia utilizada para harmonizar os princípios constitucionais colidentes. A questão

não foi suficientemente fundamentada. Os aventados *prejuízos desproporcionais*, referidos na fundamentação do voto do Min. JOAQUIM BARBOSA, não foram pormenorizados. Da escassa motivação prestada pelos julgadores, pode-se inferir a preocupação em tutelar a segurança jurídica (em relação aos atos processuais praticados no curso de processos judiciais) e o excepcional interesse público (manutenção de serviço público de responsabilidade do Estado), em contraposição ao princípio da nulidade com efeitos retroativos plenos. Os pressupostos para sustentar a modulação temporal, contudo, não foram expressamente indicados e discutidos durante a sessão.

A despeito das inafastáveis críticas passíveis de serem formuladas contra a metodologia adotada para análise e decisão sobre o dimensionamento temporal de efeitos, não era difícil legitimar o uso da técnica com o intuito de preservar os atos processuais pretéritos praticados no curso de ações judiciais. De fato, a exigência de estabilidade do direito impunha a não renovação dos atos processuais praticados e a preservação das decisões proferidas ao longo de 09 (nove) anos. Todavia, o uso da técnica para postergar a eficácia da decisão para momento posterior ao trânsito em julgado da declaração de inconstitucionalidade não apresentava qualquer justificativa plausível e sequer ostentava o atributo da imprescindibilidade para evitar a imposição de intolerável sacrifício a interesse relevante protegido pela Constituição. Com efeito, afirmada a inconstitucionalidade e detectada a irregularidade da representação processual, ao juiz responsável pelo processamento do feito incumbia intimar a parte interessada, até então representada pela Defensoria Pública, para regularizar sua representação processual, nos termos da legislação processual. Comprovada a hipossuficiência, o próprio corpo de defensores públicos estaria legitimado a continuar no patrocínio dos interesses do funcionário público. Assim, nenhum prejuízo à representação processual se consumaria em decorrência da declaração de inconstitucionalidade. Por corolário, bastava a atribuição de efeitos *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade, com a preservação das defesas já realizadas, para a perfeita harmonização das normas constitucionais. A atribuição de eficácia *pro futuro*, além de constituir providência de constitucionalidade no mínimo questionável, afigurava-se totalmente desnecessária.

Ao cabo, pode-se apontar, como principal causa propulsora da adoção da modulação temporal dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade, o grande período decorrido entre a publicação da lei contestada (1994) e a propositura da ação para exame da compatibilidade constitucional (2003).

3.17.3 HC 82.959-7/SP

Trata-se de *habeas corpus* impetrado pelo próprio paciente, com o escopo de obter a progressão de regime de cumprimento de pena, ainda que condenado pela prática de crime supostamente hediondo (atentado violento ao pudor). Em sessão plenária realizada em 23/02/2006, por maioria, em revisão de posição jurisprudencial anterior, acordaram os Ministros declarar, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072, de 25/07/1990, nos termos do voto do Min. MARCO AURÉLIO, assentando o direito do paciente à progressão do regime de pena, observados os demais requisitos legais.

Sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, mais uma vez por iniciativa do Min. GILMAR MENDES foi proposta a modulação, no intuito de ressaltar do entendimento afirmado as penas já cumpridas, não mais suscetíveis de serem submetidas ao regime de progressão; renovando trechos do voto proferido no RE 197.917/SP, mais especificamente sobre a admissibilidade do uso da técnica de limitação dos efeitos no âmbito do controle concreto, declarou a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º da Lei n.º 8.072/90 com efeito *ex nunc*:

“Considerando que, reiteradamente, o Tribunal reconheceu a constitucionalidade da vedação de progressão de regime nos crimes hediondos, bem como todas as possíveis repercussões que a declaração de inconstitucionalidade haveria de ter no campo civil, processual e penal, reconheço que, ante a nova orientação que se desenha, a decisão somente poderia ser tomada com eficácia *ex nunc*. É que, como observa Larenz, também a justiça constitucional não se opera sob o paradigma do ‘*fiat justitia, pereat res publica*’. Assente que se cuida de uma revisão de jurisprudência, de um autêntico “*overruling*”, e entendo que o Tribunal deverá fazê-lo com eficácia restrita. E, certamente, elas não eram – nem deveriam ser consideradas – inconstitucionais, quando proferidas.”

Contra a proposta levantou-se a Min. ELLEN GRACIE:

“Deixo de acolher as ponderações do Ministro Gilmar Mendes, que, com seu brilho invulgar de *scholar*, ainda assim não me consegue fazer aderir à sua proposição de uma declaração de inconstitucionalidade modulada, de sorte a apenas abranger as hipóteses futuras (*pure prospectivity*), ou seja, as sentenças ainda não proferidas, com ressalva dos casos já decididos. Se adotarmos tal solução, não poderemos aplicá-la ao paciente deste *habeas corpus*. Mas essa proposição nos cria um problema insolúvel. Tudo porque, em controle difuso, como é o caso presente, ou a declaração de inconstitucionalidade serve à solução da controvérsia ou ela nem se pode colocar. No controle difuso, não se produz interpretação constitucional, a menos que ela seja útil ao caso. Não se define o *status* de constitucionalidade de uma regra jurídica, senão quando ela esteja sendo aplicada ao caso concreto. E, se não for para ser aplicada no caso presente, a declaração de inconstitucionalidade não tem substrato válido, já que está não é hipótese de controle abstrato. A alternativa, portanto, seria fazer valer, para a hipótese presente, a nova interpretação *limited prospectivity*. Essa proposta,

porém, não supera outro obstáculo lógico. Se as sentenças já publicadas ficam resguardadas da nova interpretação, pelo bom motivo de que os juízes que proferiram não poderiam prever que a jurisprudência assente da Casa – e tantos anos após a promulgação da nova Constituição – se fosse reverter dessa sorte, como excetuar dessa salvaguarda a sentença condenatória do caso presente? O juiz que a prolatou, tanto quanto o TJSP, encontrava-se na mesma situação fática de insciência ou imprevisibilidade de todos os seus demais colegas.”

Ao cabo das discussões, constou na ementa do acórdão que o Tribunal, “(...) por votação unânime, explicitou que a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará consequências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, pois esta decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional.”

Subentende-se, especialmente da leitura do voto do Min. GILMAR MENDES, que a pretensão foi tutelar o excepcional interesse social, consubstanciado na não responsabilização civil do Estado, por erro judicial ou prisão excessiva. Não há indicação precisa do pressuposto material, no entanto. O método de aplicação do direito foi genericamente afirmado.

A análise crítica do julgado possibilita afirmar a completa desnecessidade da modulação temporal proposta pelo Min. GILMAR MENDES. O caso submetido à apreciação do STF não se relacionava, de qualquer modo, à reparação de danos materiais ou indenização de danos morais derivados de prisão indevida. Cuidava, apenas e tão somente, do direito de progressão de regime de cumprimento de pena. Ora, como medida incidental, a análise da constitucionalidade não produziria qualquer efeito extraprocessual, de modo a influir em posteriores julgamentos de casos concretos, cujas penas já haviam sido extintas. Reprise-se que não há se falar, no Brasil, de eficácia *erga omnes* da decisão proferida em via incidental ou, ainda, força vinculante dos motivos determinantes da decisão. Note-se que, para lograr preencher os pressupostos fáticos e materiais reclamados para o dimensionamento temporal, a argumentação alcançou situações estranhas ao caso concreto, circunstância hábil a corroborar o entendimento de que a hipótese submetida à jurisdição simplesmente prescindia do uso da técnica.

Não obstante a notória deficiência, em julgamento realizado em 1/09/2010, idêntica solução foi reprisada nos autos do HC n.º 97.256/RS, no qual se questionava a inconstitucionalidade do art. 44 da Lei n.º 11.343/2009, na parte em que vedava a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos. Consoante ementa do

acórdão, por ingerência confessa do HC 82.959/SP,⁷⁹⁷ considerou o Min. AYRES BRITTO a necessidade de fixação de efeitos *ex nunc* à decisão proferida em controle incidental:

“EMENTA: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 44 DA LEI 11.343/2006: IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. (...) 5. Ordem parcialmente concedida tão somente para remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, assim como da expressão análoga “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc*, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos; determinando-se ao Juízo da execução penal que faça a avaliação das condições objetivas e subjetivas da convalidação em causa, na concreta situação do paciente.” (HC 97256, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2010, DJe-247 DIVULG 15-12-2010 PUBLIC 16-12-2010 EMENT VOL-02452-01 PP-00113 RT v. 100, n. 909, 2011, p. 279-333)

Eventualmente e em tese, o tempo decorrido entre a vigência da norma impugnada (1990) e a declaração de inconstitucionalidade (2006) poderia ser apontado como causa de necessidade da modulação temporal de efeitos.

3.17.4 ADIn 3.615-7/PB

Cuida-se de ADIn proposta em 22/11/2005 pelo Partido da Frente Liberal – PFL, com o intuito de examinar a compatibilidade constitucional do art. 51 do ADCT do Estado da Paraíba, que definiu os limites territoriais do Município de Conde e determinou a incorporação da área separada ao território da municipalidade limítrofe (Alhandra), sem prévia consulta das populações envolvidas.

O rito da ação foi convertido para o do art. 12 da Lei n.º 9.868/99 em 23/11/2005. Em Sessão Plenária realizada em 30/08/2006, a ação foi julgada procedente, com o escopo de reconhecer a inconstitucionalidade da norma impugnada. Em relação aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, a Min. ELLEN GRACIE propôs o dimensionamento *ex nunc*, a fim de preservar as relações jurídicas praticadas até a data do julgamento:

“Nas mais recentes ações diretas que trataram desse tema, normalmente propostas logo após a edição da lei impugnada, se tem aplicado o rito célere do art. 12 da Lei 9.868/99. Assim, o tempo necessário para o surgimento da decisão

⁷⁹⁷ Acerca da fundamentação para restringir os efeitos, limitou-se o Min. AYRES BRITTO a mencionar o julgamento proferido no HC 82.959/SP: “(...) Equivale dizer: declaro incidentalmente inconstitucional, com efeito *ex nunc* (na linha do entendimento firmado no HC 82.959/SP), a proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos.”

pela inconstitucionalidade do Diploma dificilmente é desarrazoado, possibilitando a regular aplicação dos efeitos *ex tunc*. Nas ações diretas mais antigas, por sua vez, era praxe do Tribunal a quase imediata suspensão cautelar do ato normativo atacado. Assim, mesmo que o julgamento definitivo demorasse a acontecer, a aplicação dos efeitos *ex tunc* não gerava maiores problemas, pois a norma permanecera durante todo o tempo com sua vigência suspensa.

Aqui, a situação é diferente. Contesta-se, em novembro de 2005, norma promulgada em outubro de 1989. Durante esses dezesseis anos, foram consolidadas diversas situações jurídicas, principalmente no campo financeiro, tributário e administrativo, que não podem, sob pena de ofensa à segurança jurídica, ser desconstituídas desde a sua origem. Por essa razão, considero presente legítima hipótese de **aplicação de efeitos *ex nunc*** da declaração de inconstitucionalidade.”

A proposta de modulação de efeitos foi acolhida inclusive pelo Min. MARCO AURÉLIO, considerado o mais resistente ao uso da técnica:

“O caso concreto é emblemático no tocante à vida municipal nesses dezesseis anos de existência, com várias implicações, principalmente – conforme ressaltado por Vossa Excelência –, no campo tributário. Há inúmeras controvérsias, por exemplo, a respeito do que arrecadado pelo Município, criado à margem da Carta de 1988.”

Note-se que, apesar de não existir uma indicação precisa do método empregado para realização da modulação, a leitura da ata de julgamento revela a constante preocupação dos Ministros em indicar as situações jurídicas pretéritas havidas no plano concreto que supostamente deveriam ser preservadas em nome da tutela da segurança jurídica. Houve, assim, indicação do pressuposto material envolvido (segurança jurídica).

Não obstante a aparente deficiência estrutural da decisão, pode-se defender a legitimidade do emprego da técnica, com o escopo de preservar as inúmeras situações jurídicas praticadas até o momento da declaração de inconstitucionalidade. O princípio da segurança jurídica reclama a certeza do direito aplicável e a necessidade da ordem jurídica não ser alterada de maneira abrupta. Especialmente em razão de a discussão possuir por pano de fundo uma área de terras destinada à implantação de uma zona industrial, não há dúvida que diversos comportamentos foram orientados pela legislação produzida pela Câmara Municipal de Conde, hipótese em que a retroatividade plena da sanção de nulidade ensejaria consequências perniciosas à confiança depositada nos atos emanados do Poder Público.

O principal fator que determinou a adoção da técnica foi o transcurso do prazo de 16 (dezesseis) anos entre a vigência da norma impugnada (1989) e a propositura da ação destinada à declaração de inconstitucionalidade (2005).

3.17.5 ADIn 2.240-7/BA

Proposta em 06/07/2000 pelo Partido dos Trabalhadores, pretendeu a ADIn 2.240-7 controverter a constitucionalidade da Lei n.º 7.619, de 30/03/2000, do Estado da Bahia, que dispôs sobre a criação do Município de Luis Eduardo Magalhães.

Em 08/11/2001, restou determinada a aplicação do rito abreviado previsto no art. 12 da Lei n.º 9.868/99. Em sessão plenária realizada em 09/05/2007, o Min. Relator EROS GRAU reconheceu a inconstitucionalidade da criação do Município, em razão da inexistência de lei complementar federal mencionada no art. 18, § 4º da CRFB/88. Entretanto, tendo em vista a efetiva criação do Município, recepcionando a prática de uma série de atos próprios do exercício da autonomia municipal, considerou inicialmente que a declaração de inconstitucionalidade importaria em séria ofensa à segurança jurídica e ao princípio da continuidade do Estado, de modo que optava por julgar improcedente a ADIn proposta.

Em percuciente voto-vista, o Min. GILMAR MENDES demonstrou que a hipótese comportava a modulação temporal dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade, com o escopo de atribuir à decisão proferida eficácia prospectiva, após o prazo de 24 (vinte e quatro) meses. Explanou o referido membro da Corte que a solução não poderia advir da mera decisão de improcedência da ação, sob pena de ser relegado ao esquecimento o princípio da nulidade. Entendeu viável, na hipótese, otimizar os princípios constitucionais em confronto, tentando aplicá-los, na maior medida do possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas que o caso concreto podia apresentar. Apontou a ponderação como método adequado para a resolução da colidência e lembrou o art. 27 da Lei n.º 9.868/99 como fundamento legal de importante técnica de decisão no processo de controle de constitucionalidade. Proclamou, ao final, a sobrevida da legislação atacada pelo prazo de 24 (vinte e quatro) meses:

“Assim sendo, voto no sentido de, aplicando o art. 27 da Lei n.º 9.868/99, declarar a inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade da lei impugnada, mantendo sua vigência pelo prazo de 24 (vinte e quatro) meses, lapso temporal razoável dentro do qual poderá o legislador estadual reapreciar o tema, tendo por base os parâmetros que deverão ser fixados na lei complementar federal, conforme decisão desta Corte na ADI 3.682.”

É importante indicar que passagens do voto do Min. GILMAR MENDES e da própria ementa de acórdão produzida fazem alusão à aplicação da técnica de declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade. Contudo, tendo em vista a consequência expressamente cominada para a hipótese de omissão do Congresso Nacional na aprovação da legislação complementar requisitada pelo § 4º do art. 18 da CRFB/88 (desconstituição do Município, segundo previsão do Min. SEPÚLVEDA PERTENCE), é

possível avistar que a técnica efetivamente chamada à aplicação foi a declaração de inconstitucionalidade com eficácia *pro futuro*.

Em revisão do voto inicial, o Min. EROS GRAU acompanhou o voto-vista. Também aderiram ao posicionamento os Ministros SEPÚLVEDA PERTENCE, ELLEN GRACIE, CELSO DE MELLO, CEZAR PELUSO, CARLOS BRITTO, RICARDO LEWANDOWSKI e CÁRMEN LÚCIA. Em oposição ao voto prevalecente, o Min. MARCO AURÉLIO ressaltou a impossibilidade de acolher a criação de um Município à margem da Constituição Federal e o incentivo à criação irregular de outros entes como motivos suficientes a não aderir à proposta de dimensionamento temporal dos efeitos.

Em termos estruturais, o voto-prevalecente do Min. GILMAR MENDES indicou com precisão o método de definição do direito aplicável e delimitou os princípios constitucionais colidentes (nulidade e segurança jurídica).

Sobre a crítica à posição firmada pela Corte, entende-se viável mitigar o princípio da nulidade, com o escopo de resguardar a validade das inúmeras relações jurídicas constituídas no plano concreto, havidas sob a égide da lei declarada inconstitucional. Contudo, apesar da reconhecida utilidade da medida para afastar os efeitos da anomia,⁷⁹⁸ a organização dos Poderes não conferia oportunidade ao Poder Judiciário manter a vigência, ainda que temporariamente, da legislação inconstitucional.

É possível apontar, como principal causa de exigência do uso da técnica, a demora na afirmação da inconstitucionalidade pelo STF (2007), após a vigência da lei estadual controvertida (2000).⁷⁹⁹

3.17.6 ADIn 3.819-2/MG

O Procurador-Geral da República propôs a ADIn 3.819-2 em 16/11/2006, com o escopo de obter a declaração de inconstitucionalidade: (1) dos arts. 140, *caput* e

⁷⁹⁸ Conforme conclusão de FLÁVIA CERQUEIRA DE SAMPAIO: “(...) A concessão de efeitos prospectivos para o futuro, nesse caso específico, não se submete a censuras quando se verifica que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, caso fossem concedidos, ainda que com eficácia *ex nunc*, gerariam um caos intenso e um profundo desequilíbrio financeiro, orçamentário, social e, até mesmo cultura, tendo em vista que implicaria a reinserção do município desconstituído no domínio administrativo de outro” (SAMPAIO, Flávia Cerqueira de. Os efeitos diferidos para o futuro de uma decisão de inconstitucionalidade cit., p. 711).

⁷⁹⁹ A propósito, a acertada leitura das circunstâncias fáticas envolvidas perpetrada pelo Min. EROS GRAU: “Em boa fé nutrida inclusive por este Tribunal, visto que a lei estadual é de 30 de março de 2000 e a Corte poderia em julho do mesmo ano, quatro meses após, ter determinado a suspensão de seus efeitos. Não o tendo feito, permitiu a consolidação da situação de exceção que a existência concreta do município caracteriza.”

parágrafo único, e 141, ambos da Lei Complementar n.º 65, de 16/01/2003; (2) do art. 55, *caput* e parágrafo único, da Lei n.º 15.788, de 27/10/2005; e (3) do art. 135, *caput* e §2º, da Lei n.º 15.961, de 30/12/2005, todas do Estado de Minas Gerais. Em breves linhas, permitiram os atos impugnados a transposição de servidores estaduais, de ocupantes dos cargos de Assistente Jurídico de Penitenciária e de ocupantes dos cargos de Analista de Justiça para a carreira de Defensor Público Estadual, com remuneração própria do cargo de Defensor Público de Primeira Classe, sem prévio concurso público.

Em 17/11/2006, o rito do processo foi convertido ao previsto no art. 12 da Lei n.º 9.868/99. Em sessão plenária finalizada em 24/10/2007, por maioria de votos, o STF julgou procedente o pedido formulado, a fim de declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos, por viabilizarem o provimento dos cargos que integram a carreira de Defensor Público Estadual sem aprovação em concurso. A respeito dos efeitos do pronunciamento de inconstitucionalidade, o Min. EROS GRAU, relator do caso, entendeu por bem propor o diferimento da eficácia da decisão para dois ou três anos, com o escopo de viabilizar a reorganização das atividades da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais:

“Mas eu diria, Senhora Presidente, constar que a Defensoria Pública de Minas Gerais – já aqui passo à segunda parte da minha observação – atua de modo precário, o que seria agravado em razão do afastamento de alguns dos atuais defensores dos seus cargos. Daí estaríamos diante de uma hipótese de modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade. A Lei Complementar n.º 15 está em vigência desde 2003. Penso que decorreriam prejuízos de ordem social da declaração de inconstitucionalidade com efeitos **ex tunc**. Por quê? Porque a ela seguiria a redução do número de defensores que desempenham a assistência judiciária.”

A proposta formulada desencadeou um grande debate sobre o dimensionamento temporal de efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade. Naquele eito, pronunciaram-se favoravelmente à proposta do Min. EROS GRAU os Ministros CÁRMEN LÚCIA, GILMAR MENDES, CARLOS BRITTO, MENEZES DIREITO e ELLEN GRACIE. Aos argumentos lançados para postergar a eficácia da decisão acresceram-se o direito de acesso à jurisdição, a possibilidade de colapso total da prestação do serviço público de assistência judiciária e o princípio da continuidade do serviço público. Manifestou-se contrariamente à proposta de sobrevida da norma inconstitucional o Min. JOAQUIM BARBOSA, para quem o problema do déficit de defensores poderia ser resolvido mediante a celebração de contratos temporários. Do mesmo modo, o Min. CEZAR PELUSO aventou o incremento da produção de legislação desconforme, a leniência do Tribunal com a inconstitucionalidade em matéria de funcionalismo público, o número não exorbitante de ocupantes do cargo (125) e a existência de candidatos aprovados em concurso público para defender a não restrição dos

efeitos. O Min. RICARDO LEWANDOWSKI centrou-se na prescindibilidade da adoção da medida, tendo em vista que “(...) a própria Constituição teria remédio para isso mediante a contratação dos servidores temporários”, bem como na viabilidade da realização de convênios com a Ordem de Advogados do Brasil para o desempenho das funções de advogado dativo.

Adiado o julgamento, foram colhidas novas manifestações dos ministros sobre a necessidade de modulação temporal dos efeitos. Em revisão aos votos originariamente publicados, o Min. EROS GRAU propôs a modulação *pro futuro* com o prazo de 06 (seis) meses, enquanto os Ministros MENEZES DIREITO, RICARDO LEWANDOWSKI, JOAQUIM BARBOSA, CÁRMEN LÚCIA, CARLOS BRITTO, GILMAR MENDES e CELSO DE MELLO acompanharam o relator. O Min. MARCO AURÉLIO divergiu apenas quanto ao prazo de 06 (seis) meses, propondo 24 (vinte e quatro) meses para a eficácia da decisão.

Os pronunciamentos do Min. GILMAR MENDES sobre a proposta de modulação fizeram clara referência à ponderação como o caminho a ser trilhado para resolver a colidência de princípios constitucionais não absolutos. Os debates apontaram expressamente os pressupostos materiais sobre os quais incidiram as propostas de modulação (interesse público revelado na funcionalidade da Defensoria Pública e no princípio da universalização da Justiça).

A análise detida da ata de julgamento revela que os ministros não detinham informações sobre circunstâncias relevantes da realidade subjacente para a realização da ponderação. A título de ilustração, os julgadores titubearam sobre o número preciso de ocupantes indevidos do cargo de Defensor Público, a existência de vagas criadas por lei e não preenchidas, o número de concursos públicos para provimento de vagas já realizado e a presença de candidatos aprovados disponíveis para nomeação.

Ao lado da clara deficiência estrutural da decisão e do desconhecimento de fatos relacionados à declaração de inconstitucionalidade, pode-se dizer que a medida de postergação da eficácia da declaração de inconstitucionalidade pelo prazo de 06 (seis) meses determinada pela Corte não se apresentava necessária, diante da possibilidade da celebração de contratos temporários de prestação de serviços e da viabilidade da nomeação de advogados dativos, indicados mediante convênio com a OAB. Aventadas pelo Min. RICARDO LEWANDOWSKI, as medidas afastariam a providência inconstitucional concretizada pelo STF, no sentido de manter a sobrevivência da lei inconstitucional após a afirmação judicial da incompatibilidade.

Alude-se, como principal causa da modulação *pro futuro* estipulada, a demora da deflagração do controle de constitucionalidade perante o STF (2006), após a vigência dos principais atos normativos impugnados (2003).

3.17.7 ADIn 3.458-8/GO

O Conselho Federal da OAB propôs a ADIn n. 3.458, com o propósito de ver declarada a inconstitucionalidade da Lei n.º 15.010/04 do Estado de Goiás, que determinou a realização de depósitos judiciais e extrajudiciais em conta única administrada pelo Tesouro Estadual e facultou a aplicação dos recursos centralizados no mercado financeiro.

A demanda foi aforada em 07/04/2005 e o rito abreviado do art. 12 da Lei n.º 9.868/99 adotado em 08/04/2005. Em sessão plenária realizada em 21/02/2008, a ação direta de inconstitucionalidade foi julgada procedente, a fim de reconhecer o vício formal de iniciativa do processo legislativo, reservada ao Judiciário e não ao Executivo, bem como afirmar a ocorrência de vício material, por atribuir ao Poder Executivo a função de administrar a conta única de depósitos judiciais e extrajudiciais, atribuição também reservada ao Poder Judiciário. Quanto à produção de efeitos, estimou o Min. EROS GRAU, relator, a necessidade de diferir para 60 (sessenta) dias a partir da publicação a eficácia da decisão proferida:

“Observo, contudo, estar a Lei 15.010 em vigência desde 2.002. 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.”

A proposta de modulação foi acolhida pela maioria dos ministros, nos termos do voto do relator. O Min. MARCO AURÉLIO externou oposição à proposta de modular para o futuro a eficácia da decisão:

“Tenho o cuidado muito grande quanto à fixação de um novo termo inicial para vigência do pronunciamento do Supremo, por pensar que, toda vez que flexibilizamos nesse campo, salvando durante certo período – como se a Constituição Federal nesse período não tivesse estado em vigor – o diploma local, estimulamos as assembleias a elaborar leis que não guardam harmonia com a Constituição Federal.

Não vejo um problema social maior em compelir o Estado a repor esse numerário que teria sido destinado a finalidade diversa da estabelecida em lei federal, no que se consignou vocábulo polivante que daria margem a destinações outras que não a prevista na lei federal: a satisfação dos precatórios.

O numerário seria destinado, preferencialmente, e aí surge campo para a opção política – à satisfação dos precatórios.”

Não houve indicação do método de definição do direito. Tampouco houve pesquisa do volume de recursos lançados em depósito na conta única ou dos eventuais prejuízos a serem suportados em razão da alteração do regime de administração dos depósitos, circunstâncias relevantes da realidade fática subjacente não perscrutadas pela jurisdição constitucional. De outro modo, o princípio da segurança jurídica foi expressamente apontado para justificar a proposta de dimensionamento temporal dos efeitos.

A despeito da notória deficiência estrutural, é possível sustentar a correção da decisão de dimensionamento temporal de efeitos, no sentido de preservar as relações jurídicas constituídas até a data da decisão. Os depósitos judiciais deflagraram efeitos que beneficiaram as partes interessadas, no âmbito do processo judicial ou administrativo, não comportando mera supressão, sob pena de criação de grande instabilidade social. De outro lado, os investimentos realizados por determinação do Tesouro Estadual não poderiam ser meramente interrompidos para viabilizar a transferência entre contas ou instituições financeiras, sem atentar para os prováveis prejuízos a serem experimentados em razão da abrupta mudança de orientação normativa quanto à responsabilidade pela administração dos depósitos judiciais. Por fim, o saldo positivo das aplicações financeiras, descontados o valor do depósito judicial e a remuneração devida às partes, restou utilizado como receita pelo Tesouro Estadual. Sendo assim, em tese, entende-se perfeitamente viável a atribuição de efeitos *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade, apenas para preservar as relações jurídicas constituídas sob o influxo da lei inconstitucional, afastando-se as propaladas ofensas à segurança jurídica. Contudo, o sistema de controle de constitucionalidade instituído na CRFB/88 não permitia à jurisdição constitucional admitir a subsistência da norma inconstitucional no sistema, ainda que sob o benévolo pretexto de conferir fôlego ao Estado de Goiás para organizar o procedimento de depósitos judiciais e extrajudiciais. Não é ocioso recordar que, anteriormente ao advento da norma controvertida, o Estado já contava com disposições destinadas a regulamentar a realização de depósitos em instituições financeiras oficiais, de modo a afastar os efeitos nocivos da anomia por ocasião da expulsão da norma inconstitucional do ordenamento.

Não há obstáculos para indicar que a demora no reconhecimento da inconstitucionalidade pelo STF (2008) após a conversão do procedimento ao rito abreviado (2005) contribuiu para incrementar a necessidade de dimensionamento temporal de efeitos.

3.17.8 ADIn 3.660-2/MS

Versa a ADIn 3.660-2/MS sobre a constitucionalidade das Leis n.º 1.135, de 15/04/1991 e n.º 1.936, de 21/12/1998, ambas do Estado do Mato Grosso do Sul, que tratam da destinação do produto da arrecadação das custas cobradas pela prestação dos serviços judiciários por parte da Justiça Estadual aos cofres de entidades privadas. A demanda foi proposta pelo Procurador-Geral da República em 3/02/2006.

O rito da ação foi convertido para o do art. 12 da Lei n.º 9.868/99 em 06/02/2006. Em Sessão Plenária realizada em 13/03/2008, considerou o STF que as custas e os emolumentos poderiam ser destinados apenas ao custeio dos serviços afetos às atividades específicas da Justiça, motivo pelo qual restou reconhecida a inconstitucionalidade do dispositivo impugnado. A respeito do dimensionamento temporal dos efeitos, considerou o Min. GILMAR MENDES, relator do processo:

“Tendo em vistas razões de segurança jurídica e de excepcional interesse social, aplico o art. 27 da Lei nº 9.868/99, para atribuir à declaração de inconstitucionalidade efeitos a partir da Emenda Constitucional nº 45, de 31.12.2004.”

Para justificar a proposta da modulação (*ex tunc* mitigada), considerou o Min. GILMAR MENDES que a repetição do indébito de verbas recebidas a partir de 1991 colocaria em xeque o patrimônio das associações, ferindo a segurança jurídica. Em oposição, o Min. MARCO AURÉLIO ressaltou que a modulação temporal deve ser reservada para situações especiais, de repercussão maior no campo social. Avistou que, em razão da inconstitucionalidade ser flagrante e reconhecida em casos anteriores parelhos, faltaria à modulação pretendida o pressuposto fático da excepcionalidade. Considerou o dimensionamento temporal estímulo ao descumprimento do ordenamento jurídico. O Min. JOAQUIM BARBOSA acompanhou a divergência.

Infere-se, da análise detida do julgamento, que não foram indicados expressamente o método de definição do direito aplicável e o procedimento eleito para harmonizar os princípios constitucionais colidentes. Não houve comprovação do intolerável sacrifício à segurança jurídica, especialmente em razão de não se aprofundar a análise das circunstâncias peculiares do caso concreto (*v.g.* a imprecisão quanto ao valor a ser restituído considerada a prescrição quinquenal, o patrimônio total das entidades beneficiadas e a existência de outras receitas componentes do orçamento). Grosso modo, houve mera indicação do pressuposto material chamado a justificar a modulação temporal

de efeitos (*segurança jurídica*). Desse modo, é possível questionar o cabimento da modulação temporal dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade, sob o viés de seus pressupostos fáticos. Em reforço a esta espécie de objeção, verifica-se que, dada a conhecida jurisprudência do STF sobre o tema tratado,⁸⁰⁰ a inconstitucionalidade afigurava-se evidente, de modo a afastar também o pressuposto da excepcionalidade.

Ao final, pode-se apontar, como principal causa propulsora da modulação temporal dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade, o grande período decorrido entre a publicação da lei originária contestada (1991) e a propositura da ação para exame da compatibilidade constitucional (2006).

3.17.9 ADIn 2.907-0/AM

Em 27/06/2003, o Conselho Federal da OAB ajuizou a ADIn 2.907-0/AM, com a finalidade de ver reconhecida a incompatibilidade constitucional da Portaria n.º 954/2001, do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, que dispôs sobre o horário de expediente forense nas Comarcas do Capital e do interior, bem como dos respectivos órgãos de apoio.

O rito abreviado do art. 12 da Lei n.º 9.868/99 foi acolhido em 30/06/2003. Em sessão plenária realizada em 04/06/2008, por maioria de votos, a ação foi julgada procedente, para reconhecer a inconstitucionalidade do ato impugnado, em razão da veiculação da matéria por portaria ao invés da resolução do colegiado, em flagrante vício formal. Sobre os efeitos temporais da decisão, considerou o Min. CEZAR PELUSO, presidente da sessão, a necessidade de atribuição de efeitos *ex nunc*, com a finalidade de coibir pretensões destinadas a desconstituir os atos praticados: “(...) penso que o Tribunal teria de fixar a eficácia dessa decisão, para que não se vá anular eventualmente ou dar pretexto para anular qualquer ato praticado. A meu ver, a eficácia teria de ser **ex nunc**.”

O Min. RICARDO LEWANDOWSKI não objetou o pedido. Postura contrária adotou o Min. MARCO AURÉLIO, que reconheceu o vício a partir da edição do próprio ato conflitante com a CRFB/88.

A escassez de fundamentação sobre o dimensionamento temporal de efeitos é latente no caso em apreço. Não houve considerações sobre o método utilizado, as

⁸⁰⁰ O STF posicionou-se contrariamente à destinação das custas a entidades privadas ao menos em três vezes anteriores ao julgamento da ADIn 3660-2/MS. O mais remoto pronunciamento data de 1995 (Cf. STF, ADIn 1378/MC, Tribunal Pleno, j. 30.11.1995, rel. Min. Celso de Mello, DJ 30.05.1997, p. 23175).

circunstâncias relevantes de eventuais casos concretos ou pressupostos materiais envolvidos. Tudo restou considerado implicitamente pelos Ministros julgadores.

Contudo, a justificativa encontrada pelo Min. CESAR PELUSO, se bem fundamentada, de fato legitimaria a atribuição de efeitos *ex nunc* à pronúncia de inconstitucionalidade. Ausente a modulação temporal e comprovado prejuízo, os atos processuais praticados fora do horário de expediente regulamentado pela Portaria impugnada poderiam ser invalidados, em clara ofensa à segurança jurídica que deve reger os atos praticados no curso do processo judicial.

Menciona-se, como causa hábil a incrementar a necessidade de modulação temporal, o grande tempo decorrido entre a adoção do rito abreviado do art. 12 da Lei n.º 9.868/99 (30/06/2003) e o reconhecimento definitivo da inconstitucionalidade em sessão plenária (04/06/2008).

3.17.10 RE 556.664-1/RS

Trata-se de recurso extraordinário interposto pela União, em face de acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região que, em julgamento de apelação cível, declarou a inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91 e do parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei 1.569/77 e reconheceu a prescrição dos créditos tributários em execução fiscal.

Em sessão realizada em 11/06/2008, por unanimidade, o STF negou provimento ao recurso extraordinário, sob o argumento de que o prazo e as causas de suspensão da contagem da decadência e da prescrição são matérias reservadas pela CRFB/88 à lei complementar, de modo a evidenciar a ocorrência de vício formal nos atos normativos impugnados.

Colhidos os votos sobre a declaração de inconstitucionalidade, contra o voto do Min. MARCO AURÉLIO, deliberou-se suspender a sessão, tendo em vista o modelo bifásico acolhido, ao aguardo de quórum suficiente para a votação da proposta de modulação suscitada na Tribuna de advogados.

Por condução do Min. GILMAR MENDES, relator do processo, foi atribuído efeito *ex nunc* à pronúncia de inconstitucionalidade, apenas para coibir novos pedidos de repetição de indébito após a data do julgamento. Sem precisar o método utilizado para conferir prevalência ao princípio da segurança jurídica, declarou o referido Ministro a

legitimidade dos recolhimentos efetuados nos prazos previstos nos arts. 45 e 46 da Lei n.º 8.212/91 e não impugnados até a data do julgamento:

“Diante da repercussão que o assunto envolve, eu fiz outras considerações, mas vou poupar o Tribunal dessas considerações sobre o assunto.

Estou acolhendo parcialmente o pedido de modulação de efeitos, tendo em vista a repercussão e a insegurança jurídica que se pode ter na hipótese; mas estou tentando delimitar esse quadro de modo a afastar a possibilidade de repetição de indébito de valores recolhidos nestas condições, com exceção das ações propostas antes da conclusão do julgamento.

Nesse sentido, eu diria que o Fisco está impedido, fora dos prazos de decadência e prescrição previstos no CTN, de exigir as contribuições da seguridade social. No entanto, os valores já recolhidos nestas condições, seja administrativamente, seja por execução fiscal, não devem ser devolvidos ao contribuinte, salvo se ajuizada a ação antes da conclusão do presente julgamento.”

O Min. MARCO AURÉLIO foi o único a consignar objeção à proposta. Ressaltou, em breve síntese, que a posição do STF sobre a necessidade de lei complementar se deu em 1992 e que a modulação dos efeitos ocasionaria a mitigação da força normativa da Constituição e o incremento da produção da legislação desconforme.

A modulação temporal na via incidental apresentou-se mais uma vez desnecessária. A motivação necessária para a modulação foi encontrada em circunstâncias estranhas aos lindes do caso concreto sob julgamento. As pretensões de afastar uma avalanche de processos de repetição de indébito ou de prevenir forte abalo ao equilíbrio orçamentário não eram cabíveis no estreito âmbito do controle incidental, seja porque não há eficácia vinculante dos motivos determinantes, seja porque no controle incidental os efeitos da decisão são *inter partes*.

Na realidade, a decisão possui um efeito mais propedêutico do que jurídico, alertando para a sedimentação de uma orientação jurisprudencial, ainda que sem caráter vinculante. Ainda assim, sob este viés, exatamente diante da relevância da matéria, a fundamentação da modulação deveria ser mais consistente, indicando claramente o quantitativo de contribuintes que poderiam ajuizar novas demandas e o exato impacto financeiro derivado da restituição. Caberia, igualmente, aprofundamento específico sobre o pressuposto material hábil a justificar a aplicação da medida (v.g. a proteção da confiança legítima do agente público que cuida da imposição tributária, o excepcional interesse social relacionado ao equilíbrio orçamentário, o excepcional interesse social na preservação da regularidade do funcionamento da Justiça etc.).

A demora na definição da divergência instaurada sobre a constitucionalidade de leis ordinárias (2008) após a edição da lei controvertida (1991) pode despontar como indicativo do incremento da eventual necessidade do uso da técnica de modulação.

3.17.11 ADIn 2.501-5/MG

Em 21/08/2001, o Procurador-Geral da República aforou a ADIn n. 2.501-5/MG, com o escopo de ver declarada a inconstitucionalidade dos arts. 81 e 82 do ADCT da Constituição do Estado de Minas Gerais. Posteriormente, aditou a petição inicial, a fim de ver declarada apenas a expressão *permanecendo sob a supervisão pedagógica do Conselho Estadual de Educação*, constante do inc.II do § 1º do referido art. 82 do ADCT da Constituição mineira.

Em sessão plenária realizada em 04/09/2008, em razão da impossibilidade de subtrair das atribuições do Ministério da Educação e Cultura a autorização, a regulamentação e o reconhecimento de cursos ministrados em instituições de ensino superior, o Tribunal conheceu e julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade do inc. II do § 1º do art. 82, do ADCT da Constituição mineira, bem como, por arrastamento, os §§ 4º, 5º e 6º do mesmo art. 82, os quais foram acrescentados pela EC estadual nº 70/2005, vencido parcialmente o Min. MARCO AURÉLIO. Em relação ao dimensionamento temporal dos efeitos, o Min. JOAQUIM BARBOSA, relator do processo, em proposta vencedora, acolheu o pedido formulado pelo Procurador-Geral da República em sede de aditamento da petição inicial, no sentido de atribuir efeitos *ex nunc* à decisão proferida, com a finalidade de resguardar os atos já praticados pelas Universidades sem a interveniência do Ministério da Educação e Cultura:

“Acolhendo o pedido formulado pelo Exmo. Senhor Procurador-Geral da República, e tendo em vista o excepcional interesse social e as consequências da eficácia *ex tunc* da presente decisão declaratória de inconstitucionalidade, uma vez que milhares de estudantes frequentam cursos oferecidos pelas instituições superiores (criadas pelo Estado mas mantidas pela iniciativa privada), voto no sentido de modular os 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, sem prejuízo do ulterior exercício, pelo Ministério da Educação, de suas atribuições legais em relação a essas instituições superiores, objeto das normas ora declaradas inconstitucionais.”

O Min. GILMAR MENDES procurou explicitar a adequação da situação configurada pelo transcurso do tempo ao pressuposto material da segurança jurídica, com o intuito de resguardar a validade dos certificados ou dos diplomas outorgados pelas instituições de ensino superior nos cursos iniciados até a data do julgamento, evitando-se futuros questionamentos. O Min. MARCO AURÉLIO discordou da proposta, por considerar que a validade dos cursos realizados não estava em discussão no âmbito da ação direta.

Avista-se da leitura da ata de julgamento que os Ministros não se preocuparam em apontar a metodologia empregada para definição do princípio preponderante no caso concreto. Houve indicação do pressuposto material contraposto à nulidade, consoante manifestação do Min. GILMAR MENDES.

A modulação temporal de efeitos apresenta-se efetivamente cabível, com o intuito de tutelar a segurança jurídica. Os atos praticados sem o reconhecimento e fiscalização do Ministério da Educação e Cultura mereciam ser desde logo resguardados de eventual questionamento sobre a sua validade, desestabilizados que foram pela declaração de inconstitucionalidade da norma estadual veiculada pela ADCT mineira, que até então lhes emprestava fundamento de validade.

É possível indicar, como principal causa que deu ensejo à modulação temporal, o tempo decorrido entre a propositura da demanda (2001) e a afirmação de inconstitucionalidade pelo STF (2008).

3.17.12 ADIn 4.009-0/SC

Em 24/01/2008, a Associação de Delegados de Polícia do Brasil – ADEPOL ajuizou a ADIn 4.009-0/SC, com o escopo de ver declarada a inconstitucionalidade: (1) de preceitos da Lei Complementar nº 254, de 15/12/2003, com a redação que lhe foi conferida pela Lei Complementar nº 374, de 30/01/2007, ambas do Estado de Santa Catarina; (2) do art. 106, § 3º da Constituição catarinense; e (3) das Leis Complementares nº 55, de 29/05/1992 e 99, de 29/11/1993. Em breves linhas, pretenderam as normas citadas reorganizar a estrutura administrativa e dispor sobre a remuneração dos profissionais do Sistema de Segurança Pública da Secretaria de Estado da Segurança Pública e Defesa do Cidadão, vinculando a remuneração devida a diversos cargos à dos delegados.

Mediante despacho proferido em 25/01/2008, o rito da ação passou a observar o disposto no art. 12 da Lei n.º 9.868/99. Durante a instrução processual, o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República opinaram pela procedência parcial do pedido, recomendando, todavia, a determinação de efeitos prospectivos à declaração de inconstitucionalidade. Em sessão plenária realizada em 04/02/2009, por condução do Min. EROS GRAU, houve a declaração da desconformidade da legislação impugnada, por afrontar a vedação de vinculação e equiparação entre espécies remuneratórias distintas. Ao

cabo do voto-condutor, o Ministro-Relator considerou necessário modular os efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade:

“Observo, contudo, que alguns dos preceitos atacados estão em vigência desde 1992. Dos efeitos *ex tunc* da declaração resultariam prejuízos e insegurança jurídica. Proponho 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 tenha a eficácia *ex nunc* a partir da publicação ao acórdão.”

O Min. RICARDO LEWANDOWSKI acompanhou o voto do relator, com a finalidade de dotar a decisão de efeitos *ex nunc*, considerando a vigência da lei inconstitucional pelo prazo de doze anos, a percepção pelo servidor do valor indevido durante todo este período e a inadequação da providência de devolução da diferença recebida. Ao cabo das discussões, acompanharam a proposta os Ministros CÁRMEN LÚCIA, MENEZES DIREITO, CARLOS BRITTO, CEZAR PELUSO, ELLEN GRACIE e GILMAR MENDES.

O Min. GILMAR MENDES propugnou inicialmente pela atribuição de eficácia *pro futuro* à declaração de inconstitucionalidade, sob o fundamento de que a expulsão da lei controvertida do sistema traria por consequência a ausência de parâmetros de vencimentos dos servidores. Contestou a pretensão o Min. MENEZES DIREITO, sob o argumento de que a remuneração continuaria a ser paga sem a aplicação da regra de vinculação, não vislumbrando a necessidade de concessão de prazo para produção de nova lei sobre vencimento.

O Min. JOAQUIM BARBOSA opinou contrariamente à concessão da modulação, consignando uma visão minimalista do art. 27 da Lei n.º 9.868/99. O Min. MARCO AURÉLIO considerou a impossibilidade de estabelecer uma *vacatio legis* no tocante à CRFB/88, para admitir a validade das normas editadas pelo Estado de Santa Catarina.

Flagrante a deficiência estrutural da decisão, lavrada sem a indicação do método de definição do direito aplicável. De qualquer modo, a solução alcançada após a discussão da Corte afigura-se legítima, diante da preocupação em tutelar a segurança jurídica, vedando-se a revisão dos atos concretos praticados ao longo de doze anos, consubstanciados no recebimento de verbas alimentares com esteio em norma inconstitucional.

A principal causa que deu ensejo à modulação temporal foi a demora no ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade (2008), após a vigência da lei inconstitucional (1992). A circunstância foi anotada pelo Min. RICARDO LEWANDOWSKI.

3.17.13 ADIn 2.904-5/PR

Em 20/06/2003, o Governador do Estado do Paraná propôs a ADIn 2.904-5/PR, com a finalidade de obter a declaração de inconstitucionalidade do art. 1º da Lei Complementar n.º 93, de 15/07/2002, do Estado do Paraná, que introduziu regras específicas para a aposentadoria dos policiais civis naquele Estado.

O rito previsto no art. 12 da Lei n.º 9.886/99 foi adotado em 07/08/2003. Na sessão plenária realizada em 15/04/2009, em razão de vício de iniciativa, restou declarada a inconstitucionalidade do ato impugnado. Sobre os efeitos do dimensionamento temporal, em apreciação de pedidos formulados pela Assembleia Legislativa, pelo Procurador-Geral da República e pelo Sindicato dos Policiais Civis de Londrina e Região, considerou o Min. MENEZES DIREITO, relator do processo, a necessidade de atribuição de efeitos *ex nunc*:

“Fundamentalmente, o que fez a aludida norma estadual, em relação ao quanto previsto pela Emenda Constitucional n.º 20/98, então em vigor, foi reduzir em cinco anos a idade para a aposentadoria compulsória (de 70 para 65) e também em cinco anos os períodos de contribuição mínimos para a aposentadoria integral (de 35 para 30, se homem, e de 30 para 25, se mulher); além do que foi afastada a exigência de idade mínima para a aposentadoria voluntária.

Por sua vez, já se passaram mais de 6 (seis) anos entre a promulgação da Lei Complementar/PR n.º 93, de 15/7/02, e o julgamento definitivo desta ação direta.

Nas circunstâncias do caso, chama a atenção o fato de que muitos, provavelmente a maior parte dos servidores se tivessem permanecido em atividade, preencheriam, hoje, passados mais estes 6 (seis) anos, todos os requisitos constitucionais para a aposentadoria integral. Isso 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.

Na ponderação das circunstâncias da causa, julgo procedente a ação direta de inconstitucionalidade e atribuo, na forma do art. 27 da Lei n.º 9.868/99, efeito **ex nunc**, da data desta sessão de julgamento.”

Em reforço aos termos da proposta ao cabo prevaiente, o Min. CARLOS BRITTO considerou o transtorno derivado da necessidade de retorno à atividade dos policiais em gozo de aposentadoria antecipada. Da mesma forma, aventou a Min. CÁRMEN LÚCIA os problemas relacionados à ocupação dos cargos dos servidores aposentados por outros como motivo suficiente para a adoção da modulação temporal de efeitos. Contrariamente à proposta, o Min. MARCO AURÉLIO considerou a impossibilidade de mitigar a eficácia da Constituição Federal e o incremento da produção legislativa desconforme como fatores impeditivos da adoção da modulação temporal.

Por ocasião do julgado, não houve a indicação do método de definição do direito aplicável. Indigitou-se, contudo, a segurança jurídica como pressuposto material necessário à adoção da técnica de modulação temporal.

A hipótese tratada bem justificava o emprego da técnica. Grandes transtornos seriam causados em decorrência de ofensa à estabilidade do Direito. Policiais aposentados deveriam retornar à atividade, em posto de trabalho eventualmente ocupado por novos servidores. O valor do benefício previdenciário percebido ao longo dos cinco anos poderia ser perseguido em eventual demanda promovida pelo responsável pela gestão previdenciária.

Não é difícil apontar, como principal causa de fomento à prática da modulação temporal, o longo período decorrido após a conversão do rito da ação ao previsto no art. 12 da Lei n.º 9.868/99 (7/08/2003) até a sessão plenária de julgamento (15/04/2009).

3.17.14 ADIn 3.430-8/ES

Ajuizada em 10/03/2005 pelo Procurador-Geral da República, a ADIn 3.430-8/ES controverteu a compatibilidade constitucional da Lei Complementar 300/2004 do Estado do Espírito Santo, que, em breve síntese, permitia ao Poder Executivo celebrar contratos administrativos com particulares, em caráter temporário, com a finalidade de sanar a necessidade de excepcional interesse público na Secretaria de Estado da Saúde e no Instituto Estadual de Saúde Pública.

O rito da ação foi convertido para o do art. 12 da Lei n.º 9.868 em 21/03/2005. Em Sessão Plenária realizada em 12/08/2009, por unanimidade os Ministros reconheceram a inconstitucionalidade da lei capixaba, em razão da impossibilidade de contratação temporária para prestar serviço público essencial e permanente ou, ainda, para a execução de serviços meramente burocráticos. No concernente aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, originariamente, havia considerado o Min. RICARDO LEWANDOWSKI a necessidade de modular os efeitos da decisão, para não atingir fatos pretéritos e obrigar os contratados ou os próprios contratantes a repor aos cofres públicos as importâncias despendidas em contraprestação aos serviços prestados à coletividade.

Por provocação da Min. CÁRMEN LÚCIA, no entanto, foi aventada a nocividade da impossibilidade de novas contratações em regime temporário para atender necessidade excepcional de interesse público no Estado de Espírito Santo, em razão do afastamento da Lei Complementar n.º 300/2004. Neste ponto, argumentou a jurista mineira que, à vista da

instalação de uma pandemia de gripe suína no país, havia a configuração de um quadro que eventualmente exigiria a contratação de novos profissionais na área da saúde.

Instaurada a discussão no plenário sobre a imprescindibilidade da modulação e o prazo adequado, consagrou-se, por maioria de votos, a modulação temporal *pro futuro*, com o escopo de admitir a subsistência da Lei Complementar n.º 300/2004 e postergar a eficácia da decisão de inconstitucionalidade para 60 (sessenta) dias após a data de comunicação ao Governador e à Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo, tendo em conta a situação excepcional pela qual passava o país em virtude do surto da denominada *gripe suína*. Viabilizaram-se, portanto, novas contratações, fundamentadas na legislação inconstitucional, desde que preenchido o requisito de excepcional interesse público.

O Min. MARCO AURÉLIO manifestou-se contrariamente à proposta de modulação temporal de efeitos. Desta feita, sustentou sua oposição na inconstitucionalidade patente da lei capixaba e na inadmissibilidade de incentivo à produção de legislação desconforme.

Acerca da estrutura formal da decisão, mais uma vez não houve indicação detida dos Ministros acerca do método utilizado para definição do direito aplicável. Foram apontados os pressupostos materiais recorridos para manejo da técnica: segurança jurídica (para determinação da não restituição dos valores recebidos pelos contratados) e excepcional interesse social (prestação de serviço público essencial na área da saúde, notadamente em época de pandemia).

Sobre a crítica à postura adotada em relação aos efeitos, tem-se por admissível, sob a sombra da proteção da segurança jurídica, assegurar a não devolução dos valores recebidos em contraprestação à prestação de serviços pelos particulares contratados. A estabilidade do ordenamento jurídico e a confiança depositada por particulares em relação aos atos produzidos pelo Poder Público justificam a não devolução dos valores recebidos, constituindo exceção ao dever de recomposição do *status quo ante* ao advento do ato normativo impugnado. Todavia em relação ao dimensionamento prospectivo da eficácia da decisão, o Poder Judiciário não poderia, para suprimir a lacuna normativa e afastar os males da anomia, sobrepor-se aos demais Poderes. Diante da iminência de um surto epidêmico ou outras situações de necessidade temporária de excepcional interesse público, caberia ao Poder Legislativo congregar esforços com o Poder Executivo, para oferecer soluções em abreviado período de tempo. Convocações

extraordinárias e acordos entre os parlamentares já fazem parte da rotina dos trabalhos legislativos no país, até mesmo para o trato de questões dotadas de interesse público menos acentuado.

A propositura da demanda (2005) não tardou em relação à vigência da norma impugnada (2004). Ainda, consoante observou o Min. RICARDO LEWANDOWSKI, os contratos temporários começaram em 2005. Todavia, entre a adoção do rito do art. 12 (2005) e o advento do julgamento definitivo (2009) decorreu período aproximado de 04 (quatro) anos. A principal causa da utilização da técnica centra-se, portanto, na demora do reconhecimento da inconstitucionalidade perante o STF.

3.17.15 ADIn 3.791/DF

Em 05/09/2006, a Governadora do Distrito Federal ajuizou a ADIn n.º 3.791, com o escopo de certificar a inconstitucionalidade da Lei Distrital n.º 935, de 11/10/1995, que instituía o pagamento da gratificação de risco de vida a bombeiros e policiais militares.

O procedimento foi convertido para o rito previsto no art. 12 da Lei n.º 9.868/99 em 08/09/2006. O julgamento foi finalizado na sessão plenária de 16/06/2010, a fim de prevalecer o reconhecimento da inconstitucionalidade do ato impugnado, por padecer de vício de iniciativa e usurpação de competência material da União. Sobre os efeitos da decisão, ponderou o Min. AYRES BRITTO, relator do processo, a necessidade de atribuir efeitos *ex nunc*, com o escopo de preservar a boa-fé dos servidores que receberam as verbas alimentares controvertidas:

“Nada obstante, sou pela atribuição de efeitos prospectivos (*ex nunc*, portanto) à declaração de inconstitucionalidade, tendo em conta: a) a natureza alimentar da gratificação em tela; b) a presunção de boa-fé, a operar, no caso, em favor dos militares do Distrito Federal.”

A modulação prevaleceu por voto da maioria dos Ministros. Opôs-se à proposta o Min. MARCO AURÉLIO, sob os argumentos de não estimular a atuação parlamentar visando a concessão de benefícios à margem da CRFB/88, de constituir a inconstitucionalidade questão manifesta e da possibilidade de restituição dos valores recebidos indevidamente de modo parcelado, nos moldes de legislação vigente.

O Min. RICARDO LEWANDOWSKI retomou ensinamento do Min. GILMAR MENDES, para assinalar que a modulação dar-se-ia segundo severo juízo de ponderação fundado na proporcionalidade. Quanto ao caso concreto, opinou pela limitação do

princípio da nulidade, em prol da prevalência dos princípios da segurança jurídica e do excepcional interesse social:

“No presente caso, *data vênia*, está evidenciada a necessidade da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, uma vez que se cuida de gratificação de natureza alimentar, instituída por diploma legal que, antes de ser contestado perante o STF gozava de presunção de constitucionalidade nada indicando que tenham sido as verbas em questão recebidas de má-fé.

Entendo, pois, evidenciada, na espécie, a necessidade de preservar-se a segurança jurídica, bem como caracterizado o excepcional interesse social, dado tratar-se de uma categoria funcional que, reconhecidamente, presta relevantes serviços à coletividade, não obstante, como todos sabem, perceba vencimentos bastante modestos.”

Não se apõem críticas à adoção da modulação temporal de efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade, com o intuito de preservar o recebimento de valores percebidos de boa fé pelos policiais e bombeiros militares do Distrito Federal. Pode-se situar nas dobras do princípio da segurança jurídica o impedimento à devolução das quantias recebidas em contraprestação a serviços efetivamente prestados ao Estado.

A principal causa que motivou a adoção da técnica foi a morosidade do legitimado ativo para aforar a demanda. Neste sentido, perspicaz o raciocínio formulado pelo Min. EROS GRAU: “(...) a lei é de 11 de outubro de 1995; a ação direta foi proposta em agosto de 2006, onze anos depois. A inércia, aí, não foi do Poder Judiciário.”

3.17.16 ADIn 3.601-7/DF

Em 25/10/2005, o Procurador-Geral da República propôs a ADIn 3.601-7, a fim de obter a declaração de inconstitucionalidade da Lei Distrital n.º 3.642/05, que dispôs sobre a Comissão Permanente de Disciplina da Polícia Civil do Distrito Federal.

O rito previsto no art. 12 da Lei n.º 9.868/99 foi determinado em 17/11/2005. Em sessão plenária realizada em 15/04/2009, por unanimidade, o Tribunal julgou procedente o pedido formulado na petição inicial, tendo em vista competir à União, com exclusividade, legislar sobre o regime jurídico dos policiais civis do Distrito Federal.

O Governador do Distrito Federal opôs embargos de declaração ao acórdão que julgou procedente a ação direta, a fim de que, dada a relevância da matéria tratada no ato normativo declarado inconstitucional e as graves consequências resultantes da declaração, fosse outorgada eficácia meramente prospectiva ao mencionado ato decisório, nos termos do art. 27 da Lei n.º 9.868/99.

Em sessão realizada em 17/06/2010, considerou, inicialmente, o Ministro-relator DIAS TOFFOLI, o cabimento dos embargos de declaração para questionar omissão contida no acórdão sobre a necessidade de dimensionamento temporal de efeitos. No mérito propriamente dito, avistou circunstâncias de segurança jurídica e excepcional interesse social capazes de prevalecer sobre o postulado da nulidade da lei inconstitucional e dotar a declaração de inconstitucionalidade de efeitos *ex nunc*:

“(…) A meu ver, a pretensão do Estado embargante remete-se à situação que se não for confrontada – e não haveria outro meio que não os embargos declaratórios – produzirá efeitos com os quais será difícil lidar, dentre eles, a nulidade de todos os atos praticados pela Comissão Permanente de Disciplina da Polícia Civil do Distrito Federal, durante os **quatro anos** de aplicação da lei declarada inconstitucional.

Com efeito, nesse ínterim, situações jurídicas foram consolidadas e muitos policiais civis foram processados, alguns absolvidos e outros condenados, inclusive com perda do cargo. Assim, aqueles absolvidos podem, eventualmente, ter que se submeter a novo processo administrativo, com todos os percalços e incertezas resultantes de um procedimento disciplinar. Isso sem falar na reintegração de policiais civis que, mesmo após a condenação pela prática de infrações gravíssimas, voltarão ao serviço público e aos quadros da Polícia Civil, exercendo função inerente e essencial à segurança pública, o que pode resultar em riscos à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, resguardados no art. 144, **caput**, da Constituição Federal.”

O Min. GILMAR MENDES acompanhou a proposta de modulação, a fim de coibir que pessoas que foram submetidas a um regime disciplinar considerado inválido possam agora voltar às suas atividades com sérios riscos de ver consumada a prescrição da pretensão punitiva. Também dotaram a decisão de efeitos prospectivos os Mins. AYRES BRITTO, RICARDO LEWANDOWSKI, CÁRMEN LÚCIA, ELLEN GRACIE e CEZAR PELUSO.

O Min. MARCO AURÉLIO não reconheceu a existência dos pressupostos recursais da omissão, da obscuridade ou da contradição. Ressaltou, sob outro viés, a vedação de incentivo à produção de legislação desconforme e o suposto baixo número de exonerações de policiais processados como motivos de recusa à adoção da técnica de modulação. Do mesmo modo, perfilhou oposição à modulação o Min. CELSO DE MELLO.

Em razão das ausências dos Ministros JOAQUIM BARBOSA e EROS GRAU e da insuficiência de quórum para apreciação da questão afeta à modulação temporal de efeitos, a sessão de julgamento foi suspensa.

Em 09/09/2010, o Min. JOAQUIM BARBOSA reconheceu a necessidade de modulação, em razão do longo período de vigência da lei até o reconhecimento da inconstitucionalidade.

Passagem do voto do Min. GILMAR MENDES revela preocupação em indicar a ponderação de interesses como método de definição do direito aplicável. Diversos

ministros indicaram a segurança jurídica e razões de excepcional interesse social (preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio) como pressupostos materiais aptos a justificar a modulação temporal de efeitos.

Não se firmam críticas possíveis contra a modulação temporal de efeitos perpetrada pela Corte no caso em apreço. A estabilidade do direito estaria seriamente ameaçada caso negada a preservação dos atos pretéritos praticados pela Comissão Permanente de Disciplina da Polícia Civil do Distrito Federal. As circunstâncias concretas de ofensa a princípios constitucionais foram tecnicamente demonstradas pelo Governador do Distrito Federal, em suas razões recursais:

“(…) na desconstituição de diversos (senão na totalidade) dos processos instaurados (concluídos ou não) com amparo na referida lei, porquanto em verdade tais procedimentos estariam desvinculados da legislação que rege a matéria após a declaração de inconstitucionalidade ocorrida no presente feito. Desse modo, vários policiais que foram eventualmente punidos com base na mencionada norma teriam as suas penalidades afastadas. Em alguns casos, trata-se de servidores que cometeram infrações gravíssimas, puníveis inclusive com a demissão do serviço público e que, possivelmente, teriam de ser reintegrados. Ressalte-se que parte das punições impostas com fundamento na lei declarada inconstitucional- caso afastadas – poderá eventualmente não ser mais aplicada, em face do advento da prescrição administrativa.”

Indica-se, como principal causa de incremento da necessidade de recurso à técnica de modulação temporal de efeitos, a demora no julgamento do processo de aferição de inconstitucionalidade (2009) após a adoção do rito abreviado previsto no art. 12 da Lei n.º 9.868/99. Registre-se que o aforamento da demanda ocorreu ainda em 2005.

3.17.17 ADIn 4.140/GO

Em 09/09/2008, a Associação dos Notários e Registradores do Brasil – ANOREG ajuizou a ADIn 4.140, com a finalidade de obter a declaração de inconstitucionalidade das Resoluções 2 e 4, ambas editadas pelo Conselho Superior da Magistratura do Estado de Goiás em 2008, procedendo à reorganização administrativa de Cartórios Extrajudiciais, previamente criados por lei estadual, bem como fixando regras gerais para a realização de concursos unificados de provimento e remoção na atividade notarial e de registro.

Na sessão de 27/11/2008, o Plenário do STF indeferiu o pedido de medida cautelar, com a ressalva de que o concurso público em andamento para ingresso e remoção nos serviços notariais e de registro do Estado de Goiás serviria apenas para alcançar as serventias criadas por lei. Na sessão plenária de 29/06/2011, por intermédio do voto-

condutor da Ministra-relatora ELLEN GRACIE, houve o reconhecimento da incompatibilidade constitucional da Resolução nº 2, de 2/06/2008, do Conselho Superior da Magistratura do Estado de Goiás, em razão da ocorrência de substancial modificação da organização judiciária sem a respectiva edição de legislação estadual pertinente, em afronta ao disposto no art. 96, II, *d*, da CRFB/88. Quanto aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, estimou a Ministra-relatora a necessidade de preservar atos e relações jurídicas pretéritas:

“Para a preservação da validade jurídica de todos os atos notariais e de registro praticados pelas serventias extrajudiciais que tiveram suas atribuições eventualmente modificadas durante a vigência do ato normativo ora tratado, proponho, nos termos do art. 27 da Lei 9.868/99, a aplicação *ex nunc* dos efeitos da presente decisão, que estaria então dotada de eficácia plena a partir do decurso de 30 (trinta) dias contados da publicação desta proclamação decisória no Diário da Justiça Eletrônico.”

O Min. MARCO AURÉLIO fundou-se na teoria do servidor de fato para preservar os atos pretéritos:

“Quanto aos serviços prestados, Presidente, observo não o artigo 27 da lei alusiva à ação direta, mas a teoria que tomo de forma abrangente, que é a do servidor de fato. Tenho esses serviços como válidos e Sua Excelência inclusive assentou termo final para que realmente cessem, que é a passagem de trinta dias a partir da publicação do acórdão no Diário Eletrônico.”

A análise estrutural da decisão prevalecente revela, mais uma vez, ausência de indicação precisa sobre o método de definição do direito aplicável para sanar a colidência de princípios constitucionais. A segurança jurídica foi o pressuposto material invocado para preservação dos atos pretéritos.

De qualquer modo, reputa-se adequado o recurso à técnica com o escopo de preservar a segurança jurídica. Grande instabilidade se imporia às relações jurídicas caso admitida a possibilidade de revisão de atos e situações jurídicas praticados pelos Cartórios redimensionados em sua competência material pelas resoluções normativas consideradas inconstitucionais.

O período decorrido entre a edição dos atos controvertidos (2008) e a sessão plenária de julgamento (2011), sem a vigência de medida cautelar, pode ser apontado como fator de incremento do uso da técnica de modulação temporal de efeitos.

3.17.18 ADIn 4.029/DF

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, proposta pela Associação Nacional dos Servidores do IBAMA em 19/02/2008, com o escopo de declarar a

inconstitucionalidade da Lei Federal n.º 11.516/07, fruto de conversão da Medida Provisória n.º 366, que dispõe sobre a criação do Instituto Chico Mendes de Conservação de Biodiversidade.

Determinada foi a aplicação do rito previsto no art. 12 da Lei n.º 9.868/99 em 26/02/2008. Na sessão plenária de julgamento finalizada em 08/03/2012, o voto-condutor do Min. LUIZ FUX assentou a improcedência do pedido aduzido na petição inicial, seguido pela maioria dos ministros. Contudo, dado que a Medida Provisória que deu origem à lei controvertida não foi examinada pela Comissão Mista de Deputados e Senadores prevista no art. 62, § 9º da Constituição Federal, restou reconhecida a inconstitucionalidade dos arts. 5º, *caput* e 6º, *caput* e parágrafos, ambos da Resolução n.º 1/2002 do Congresso Nacional, que dispensavam a prolação de parecer por parte da Comissão após o decurso do prazo de 14 dias. Sobre o dimensionamento temporal dos efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade, em um primeiro ato, considerou a Corte ser viável a fixação de eficácia *pro futuro*, mantendo a medida provisória impugnada em vigor pelo prazo de 24 (vinte e quatro) meses. Todavia, em acolhimento à questão de ordem proposta pelo Advogado-Geral da União no dia seguinte à proclamação do resultado, estimou o Ministro relator ser necessária a preservação das inúmeras Medidas Provisórias convertidas em lei e aquelas em tramitação perante o Legislativo por ocasião do julgamento, dotando a declaração de inconstitucionalidade incidental de efeitos *ex nunc*:

“Informações preliminares dão conta de que aproximadamente quinhentas medidas provisórias tramitaram mediante a adoção do procedimento ora declarado inconstitucional. Daí a necessidade imperiosa que seja dada segurança jurídica às normas já editadas, evitando-se grave distorção de todo o sistema na corrida desenfreada ao Poder Judiciário. Quer dizer, essa é uma demonstração de que devemos ter, nesse caso, uma postura consequencialista.”

Com base na segurança jurídica e com o escopo de evitar uma corrida desenfreada ao Poder Judiciário, ainda suscitaram preocupação com as medidas provisórias já aprovadas os Ministros RICARDO LEWANDOWSKI, CÁRMEN LUCIA, AYRES BRITTO, GILMAR MENDES, CELSO DE MELLO, ROSA WEBER e CEZAR PELUSO. Determinaram, assim, em sede de controle incidental, que novas medidas provisórias deveriam contar com parecer de uma Comissão Mista formada por deputados e senadores, não bastando a opinião de apenas um parlamentar. De outro modo, restaram resguardadas as medidas provisórias anteriores e em tramitação.

Mais uma vez, equivocou-se o STF sobre os fundamentos utilizados para a modulação temporal na via incidental. O controle incidental de constitucionalidade não tem efeitos *erga omnes* e não há eficácia vinculante dos motivos determinantes das

decisões. No caso, restou aterrado o temor de procura do Judiciário, em movimento caótico, no intuito de desconstituir as medidas provisórias convertidas em lei sem a presença do parecer opinativo da Comissão Mista. Entretanto, à luz do desejável, apenas circunstâncias relacionadas ao caso concreto serviriam para justificar o dimensionamento temporal de efeitos, tal como a eventual ofensa à segurança jurídica derivada da desconstituição do Instituto Chico Mendes e de todos os atos praticados em relação à preservação da biodiversidade.

O período decorrido entre a adoção do rito abreviado do art. 12 da Lei n.º 9.868/99 (2008) e o julgamento definitivo em plenário (2012) pode ser apontado como fator de incremento do uso da técnica de dimensionamento temporal de efeitos.

3.18 As hipóteses de rejeição do uso da técnica

O segundo grupo, no qual a questão da necessidade de modulação foi rechaçada, pode ser avistado no quadro ora esboçado:

Número	Assunto	Data de Julgamento
ADIn 1.498-6 ED/RS	Inconstitucionalidade do art. 9º da Lei n.º 9.880/93, com a redação ofertada pela Lei n.º 10.544/95, ambas do Estado do Rio Grande do Sul, que admitiu a reversão do sistema estatizado para o privatizado de custas em cartórios judiciais	10/04/2003
Ag. Reg. no AI 474.335-5/RJ Ag. Reg. no RE 395.902-6/RJ Ag. Reg. no RE 364.304-5/RJ	Inconstitucionalidade da Lei nº 691/84 do Município do Rio de Janeiro – Taxa de Iluminação Pública, Taxa de Coleta de Lixo e de Limpeza Urbana e Progressividade do IPTU	30/11/2004 07/03/2006 03/10/2006
ADIn 1.040-9 ED/DF	Constitucionalidade do art. 187 da LC 75/93, que preconizava a exigência de dois anos na condição de bacharel em Direito como requisito para inscrição em concurso público para ingresso nas carreiras do MPU	31/05/2006
Ag. Reg. no RE 490.277-0/RJ	Inconstitucionalidade da incidência de ISS sobre locação de bens móveis	04/03/2008
ADIn 980-0/DF	Inconstitucionalidade da Lei Orgânica do Distrito Federal que autorizou o sistema de opção ou aproveitamento de servidores federais, estaduais e municipais sem que seja cumprida a exigência do concurso público	06/03/2008

ADIn 2.791-3 ED/PR	Inscrição na Parana Previdência de serventuários da Justiça não remunerados pelos cofres públicos	22/04/2009
RE 363.852/MG	Inconstitucionalidade da Contribuição ao FUNRURAL incidente sobre a receita bruta proveniente da comercialização da produção rural de empregadores, pessoas naturais, fornecedores de bovinos para abate (art. 1º da Lei n.º 8540/92)	3/02/2010

3.18.1 ADIn 1.498-6 ED/RS

Em 3/09/1996, o Procurador Geral da República aforou a ADIn 1.498-6, com a finalidade de obter a declaração de inconstitucionalidade do art. 9º da Lei nº 9.880, de 14/05/1993, com a redação determinada pela Lei n.º 10.544, de 13/09/1995, ambas do Estado do Rio Grande do Sul, que assegurou a permanência de cartórios privatizados no âmbito judicial.

Em 12/09/1996, por votação unânime, o Tribunal deferiu o pedido de medida liminar, para suspender, até a decisão final da ação, a vigência dos atos normativos impugnados. Na Sessão Plenária de 7/11/2002, o Tribunal, por unanimidade, julgou procedente o pedido inicial formulado, em razão da clara ofensa ao modelo de organização judiciária delineado no art. 31 da ADCT da CRFB/88.

Da deliberação plenária, foram opostos quatro embargos de declaração, dos quais foram conhecidos apenas os apresentados pela Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul e pelo Governador do Estado. Ambos os recursos pretendiam a explicitação dos efeitos *ex nunc* da declaração de inconstitucionalidade, em razão dos problemas que poderiam surgir para a administração da Justiça, bem como os elevados custos necessários para a reestatização dos cartórios judiciais privatizados na vigência da Lei n.º 10.544/95, considerada inconstitucional.

Em nova sessão plenária ocorrida em 10/04/2003, o Min. ILMAR GALVÃO conheceu os recursos de embargos apresentados, para fixar os efeitos da decisão de inconstitucionalidade a partir do deferimento da medida cautelar, nos termos do art. 27 da Lei nº 9.868/99:

“No caso dos autos, a declaração de inconstitucionalidade com efeitos **ex tunc**, implicaria a reestatização de quase setenta cartórios privatizados na vigência da Lei estadual n.º 10.544/95, com a conseqüente necessidade de nomeação de mais de quatrocentos servidores para a realização dos serviços prestados pelos funcionários das serventias judiciais privadas.

Tal operação, além de acarretar elevados custos ao Estado do Rio Grande do Sul, provocaria a paralisação, por falta de pessoal, de diversos cartórios judiciais gaúchos, ante a proibição de novas nomeações pela Lei de Responsabilidade Fiscal.”

Acompanharam o relator os Ministros GILMAR MENDES, ELLEN GRACIE, NELSON JOBIM e MAURÍCIO CORRÊA. Todavia, por maioria de votos, os recursos de embargos de declaração opostos restaram improvidos, em razão da não caracterização de omissão.

Interessante observar que, no curso do julgamento, advertiram os Ministros CELSO DE MELLO e CARLOS VELLOSO acerca da imprescindibilidade da definição da constitucionalidade do art. 27 da Lei n.º 9868/99, controvertida em ação própria, antes da aplicação do dispositivo.

3.18.2 AgRgAI 474.335-6/RJ, AgRgRE 395.902-6/RJ e AgRgRE 364.304-5/RJ

Ao apreciar o AI 474.335-6/RJ, o Min. EROS GRAU negou seguimento ao recurso, sob o fundamento de estar assentada no STF a inconstitucionalidade da exigência do IPTU progressivo, bem como das taxas de coleta de lixo domiciliar e de iluminação pública, tributos previstos na Lei n.º 694/84, do Município do Rio de Janeiro.

Interposto Agravo Regimental contra decisão monocrática, objetivou a parte recorrente a restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Em sessão realizada em 30/11/2004, os Ministros da Primeira Turma, por condução do Ministro relator, negaram provimento ao agravo regimental, em razão da inadequação do uso da técnica em controle concreto de constitucionalidade. Sobre o tema, dispôs a ementa: “A propósito do pleiteado efeito *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade dos tributos em questão, observa-se que a aplicação do artigo 27 da Lei n. 9.868/99 apenas se impõe em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade e de Ação Declaratória de Constitucionalidade.”

Por ocasião do julgamento do RE 395.902-6/RJ, o Min. CELSO DE MELLO negou provimento ao recurso apresentado pelo Município do Rio de Janeiro, apoiando-se (1) na Súmula 668/STF (impossibilidade constitucional de instituição, antes da EC n.º 29/2000, de alíquotas progressivas para o IPTU), (2) na inconstitucionalidade da remuneração do serviço de iluminação pública mediante taxa e (3) na inviabilidade da criação e cobrança da taxa de coleta de lixo e limpeza pública.

Irresignado, o Município do Rio de Janeiro apresentou agravo regimental, a fim de que fosse conferido efeito *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade. A pretensão recursal, no entanto, não prosperou. Em 07/03/2003, a Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, basicamente em razão da fundamentação exposta pelo Min. CELSO DE MELLO:

“A razão desse entendimento, Senhores Ministros, apoia-se no fato de que a modulação temporal supõe, para incidir, a necessária existência de um juízo de inconstitucionalidade, inocorrente no caso, por se cuidar de ato pré-constitucional (anterior, portanto, à promulgação da vigente Constituição) e que deixou de ser recepcionado pela nova Carta Política, por ser, com esta, materialmente incompatível.”

Idêntica pretensão foi suscitada por ocasião do julgamento do Ag. Reg. no RE 364.304/RJ, apresentado contra decisão monocrática proferida pelo Min. GILMAR MENDES, que igualmente declarava a inconstitucionalidade da Lei nº 691/84 do Município do Rio de Janeiro, que disciplinou a Taxa de Iluminação Pública, Taxa de Coleta de Lixo e de Limpeza Urbana e a Progressividade do IPTU daquele Município. Em 3/10/2006, com a ressalva do entendimento no sentido de admitir o uso da técnica de modulação de efeitos no âmbito de não recepção de normas, o Ministro relator não avistou a presença dos pressupostos reclamados para a adoção da providência:

“Não há indicação objetiva de repercussão financeira eventualmente sofrida pela municipalidade. O acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro é de 18 de novembro de 2003. O recurso extraordinário foi protocolado em 18 de maio de 2004. O agravo foi protocolado pelo interessado por volta de 1º de setembro do mesmo ano de 2004; é de se presumir que a distância temporal não qualifica aspecto fático que justifique modulação dos efeitos de não recepção, como pretendido pelo agravante.

E o que é mais importante, as decisões do STF contrárias à forma como o Município do Rio de Janeiro lançava e cobrava o IPTU são de 31 de março e de 7 de dezembro de 2000 (RR EE 248.892 e 265.907).

Portanto, não outorgo efeitos meramente prospectivos à referida não recepção, porque não tenho como demonstrada a repercussão econômica, a gravíssima lesão à ordem pública ou à segurança jurídica, bem como a qualquer outro princípio constitucional relevante para o caso.”

3.18.3 ADIN 1.040-9 ED/DF

Em 08/03/1994, o Procurador-Geral da República ajuizou a ADIn 1.040-9, com o escopo de ver declarada inconstitucional a exigência de dois anos de bacharelado em Direito como requisito ao ingresso nas carreiras do MPU, prevista no art. 187 da LC 75/1993, ao fundamento de que se encontrava em conflito com o art. 5º, incs. I, XIII e LIV, bem como com o art. 37, item I, ambos da CRFB/88.

Em 09/03/1994, por maioria de votos, o Tribunal indeferiu o requerimento de medida cautelar, mantendo a eficácia do dispositivo controvertido. Na Sessão Plenária realizada em 11/11/2004, ainda por maioria de votos, o pedido formulado na ADIn 1.040-9 foi julgado improcedente, tendo em vista que a exigência temporal de dois anos de bacharelado em Direito, como requisito para inscrição em concurso público de ingresso nas carreiras do MPU, não foi considerada medida ofensiva ao princípio da razoabilidade.

O Procurador-Geral da República opôs embargos de declaração, com o objetivo de que a decisão proferida pela Corte fosse dotada de efeitos *ex nunc*, de modo a alcançar somente os futuros concursos públicos de ingresso nos quadros da carreira.

Em sessão realizada em 31/05/2006, os Ministros do STF, por unanimidade de votos, rejeitaram os embargos opostos. Para tanto, em consonância com o voto da Min. ELLEN GRACIE, consideraram que a ausência de declaração de inconstitucionalidade constituía óbice para a modulação temporal de efeitos pretendida:

“Ao contrário, no caso, pretende-se, na verdade, em sede de controle concentrado, a declaração da constitucionalidade da norma com efeitos *ex nunc*. A pretensão envolve completa inversão na presunção de constitucionalidade das leis, dogma fundamental de nosso ordenamento jurídico. Ora, ajuizada a ação em 8.3.1994, foi a medida cautelar indeferida na sessão de 9.3.1994 (fl. 70). Dessa forma, editada a norma pelo Poder Legislativo, o que por si só já firma a presunção de constitucionalidade, foi essa presunção confirmada no julgamento da medida cautelar e, posteriormente, ratificada no julgamento definitivo da presente ação direta de inconstitucionalidade.”

3.18.4 AgRgRE 490.277-0/RJ

Contra a decisão monocrática proferida pelo Min. GILMAR MENDES que deu provimento ao recurso extraordinário apresentado pelo contribuinte e reconheceu *incidenter tantum* a inconstitucionalidade da lei municipal que determinou a incidência do ISS sobre os serviços de locação de bens móveis e de arrendamento mercantil, interpôs o Município do Rio de Janeiro recurso de agravo regimental.

Sobre o pedido de restrição da produção de efeitos meramente prospectivos ao julgado, considerou o Ministro-relator:

“Também não merece acolhimento a pretensão do agravante de se conceder efeito *ex nunc* à decisão desta Corte proferida no julgamento do citado RE 116.121. No presente caso não se verifica qualquer risco à segurança jurídica ou excepcional interesse social, não justificando, portanto, a concessão da medida. (...)

Ressalte-se, ainda, o fundamento da decisão proferida por Joaquim Barbosa no julgamento do AI-Agr 557.237, 2ª T., DJ 26.10.2007:

‘Com efeito, a modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade pressupõe a inequívoca excepcionalidade do quadro em

que se insere a prestação jurisdicional. Tal excepcionalidade se caracteriza pelo risco extremo à segurança jurídica ou ao interesse social.

Pondero que, em matéria tributária, a aplicação de efeitos prospectivos à declaração incidental de inconstitucionalidade demanda um grau ainda mais elevado de parcimônia, porquanto é um truísmo afirmar que os valores arrecadados com a tributação se destinam ao emprego em finalidades públicas. Portanto, não basta ao sujeito ativo apontar a destinação de índole pública do produto arrecadado para justificar a modulação temporal dos efeitos de declaração de inconstitucionalidade, sob o risco de se inviabilizar qualquer pretensão de restituição de indébito tributário, em evidente prejuízo da guarda da constitucionalidade e da legalidade das normas que instituem as exações.

Evidentemente, a possibilidade que o sistema jurídico confere ao Supremo Tribunal Federal para modular no tempo os efeitos da declaração de inconstitucionalidade e a destinação do produto da arrecadação ao exercício de atividades estatais não podem redundar na imunização do Estado ao dever de zelar pela validade das normas jurídicas que cria, favorecendo assim a especulação legal.”

3.18.5 ADIn 980-0/DF

Em 13/12/1993, o Procurador-Geral da República ajuizou a ADIn 980-0, com a finalidade de obter a declaração de inconstitucionalidade: (1) do art. 46 do ADCT da Lei Orgânica do Distrito Federal, que permitia, mediante opção, aos empregados do complexo administrativo do Distrito Federal, regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, integrarem o regime jurídico único da Administração Direta; e (2) do art. 53, do mesmo ADCT, que admitia, mediante opção, o aproveitamento na Fundação Educacional do Distrito Federal de professores de outras unidades da Federação.

Em 3/02/1994, por votação unânime, o Tribunal deferiu a medida cautelar, para suspender, até a decisão final da ação, a eficácia do art. 46 e seu § 1º, e o art. 53 e seu parágrafo único, ambos do ADCT da Lei Orgânica do Distrito Federal. Ao ensejo da apreciação da referida medida cautelar, a título de *periculum in mora*, foi apontada a circunstância de os atos questionados criarem situações jurídicas, cuja desconstituição futura acarretaria transtornos à Administração e aos destinatários das normas impugnadas.

Em sessão plenária realizada em 06/03/2008, o STF deliberou, por unanimidade de votos, em julgar procedente a ação direta de inconstitucionalidade, para declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos controvertidos, por violarem a exigência de concurso público para acesso ao serviço público. Todavia, em razão da concessão da medida liminar, não houve espaço para aplicação da modulação dos efeitos prevista no art. 27 da Lei n.º 9.868/99. Consoante consignou expressamente o Min. GILMAR MENDES, “(...) já houve a cautelar pelo Tribunal, em 1994, de modo que o tema da segurança jurídica está totalmente superado.”

De modo curioso, a rápida intervenção do STF, ainda que a título cautelar, para suspender a vigência dos atos normativos impugnados, contribuiu para afastar a necessidade de dimensionar os efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade.

3.18.6 ADIn 2.791-3/PR

Em 17/12/2002, o Governador do Estado do Paraná propôs a ADIn 2.791-3, a fim de obter a declaração de inconstitucionalidade da expressão *bem como os não remunerados*, constante da parte final do § 1º do art. 34 da Lei Estadual n.º 12.398/98, que criou o Sistema de Seguridade Funcional do Estado do Paraná.

Em 03/02/2003, foi adotado o rito previsto no art. 12 da Lei n.º 9.868/99. Em sessão plenária realizada em 16/08/2006, por unanimidade de votos, os Ministros do STF reconheceram a inconstitucionalidade do ato normativo impugnado, em razão da caracterização de vício formal (emenda parlamentar que induz a aumento de despesa em projeto de lei de iniciativa exclusiva reservada ao Chefe do Poder Executivo) e de vício material (o Estado-membro não pode conceder aos serventuários da Justiça aposentadoria em regime idêntico ao dos servidores públicos).

O Governador do Estado do Paraná opôs embargos de declaração, aduzindo a ocorrência de omissão do Tribunal quanto à explicitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Postulou, ao ensejo de suprir a omissão, a atribuição de efeitos *ex nunc*, para preservar os benefícios já adquiridos sob o regime da norma declarada inconstitucional.

Em sessão realizada em 22/04/2009, o Min. GILMAR MENDES, relator do processo, vislumbrou circunstância pressuposta de cabimento do recurso apresentado e pretendeu suprir a omissão. Tendo em vista que o sistema de seguridade social estava em vigor há mais de oito anos e diversos benefícios já haviam sido deferidos ou incorporados ao patrimônio dos serventuários de acordo com as normas do sistema considerado inconstitucional, considerou o ministro que o princípio da segurança jurídica sobrepujava o próprio postulado da nulidade absoluta da lei inconstitucional:

“No caso em exame, entendo que, tendo em vista a necessidade de preservação de situações jurídicas formadas legitimamente e com inteira boa-fé, a declaração de inconstitucionalidade deve ser retroativa, porém ressalvados os benefícios previdenciários (aposentadorias e pensões) já assegurados, assim como as hipóteses em que o serventuário já preencheu todos os requisitos legais para a obtenção desses benefícios.”

Todavia, por maioria de votos, por condução do Min. MENEZES DIREITO, o Tribunal houve por bem rejeitar o recurso, sob o fundamento de que, se nas iniciais das ações diretas de inconstitucionalidade não houve pedido de modulação temporal dos efeitos, não cabe identificar omissão para ser suprida na análise dos embargos de declaração.

3.18.7 RE 363.852/MG

Cuida-se de recurso extraordinário interposto em face de acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que negou procedência ao pedido formulado em apelação, no sentido de desobrigar os recorrentes da retenção e do recolhimento da contribuição social ou do seu recolhimento por sub-rogação sobre a *receita bruta proveniente da comercialização da produção rural* de empregadores, pessoas naturais, fornecedores de bovinos para abate, nos termos do art. 1º da Lei n.º 8.540/92, que deu nova redação aos arts. 12, incs. V e VII, 25, incs. I e II, e 30, inc.VI, da Lei n.º 8.212/91.

Em sessão plenária realizada em 03/02/2010, os Ministros do STF, por unanimidade, deram provimento ao recurso extraordinário, para desobrigar os recorrentes da retenção e recolhimento, por sub-rogação, da contribuição devida pelos empregadores, pessoas naturais, fornecedores de bovinos. Em razão de a legislação tomar de empréstimo base de cálculo reservada ao produtor rural pessoa física sem empregados e da inobservância do procedimento constitucional para instituição de contribuições residuais, restou declarada a inconstitucionalidade *incidenter tantum* do art. 1º da Lei n.º 8.540/92, que deu nova redação aos arts. 12, incs. V e VII, 25, incs. I e II, e 30, inc.VI, da Lei n.º 8.212/91.

Durante o curso do julgamento, noticiou o Min. MARCO AURÉLIO pretensão da União de ver modulados os efeitos temporais da pronúncia de inconstitucionalidade. O ministro-relator não acolheu a pretensão, por entender que postura contrária estimularia o descumprimento da CRFB/88 e que a decisão não poderia ser adotada em processo de natureza subjetiva. A Min. ELLEN GRACIE acolheu a pretensão da União, no sentido de dotar o julgamento de efeitos *ex nunc*, com o intuito de evitar o ajuizamento de milhares de novos processos em primeiro grau de jurisdição e de coibir o enriquecimento indevido dos produtores que já incorporaram ao preço final o valor do tributo inconstitucional. Os demais ministros seguiram os passos do ministro-relator, para negar a modulação de

efeitos, considerando o respeito ao direito de repetição de indébitos de terceiros e o reduzidíssimo universo dos produtores rurais beneficiados.

3.19 Análise crítica da jurisprudência

Apresentados os principais casos nos quais o STF deliberou a respeito da aplicação do instituto da modulação temporal de efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade, passa-se a tecer análise crítica das posições jurisprudenciais assumidas. E assim se procede, tomando como parâmetros os pontos teóricos enfrentados ao longo da dissertação.

De partida, verifica-se que a introdução dos arts. 27 da Lei n.º 9.868/99 e 11 da Lei n.º 9.882/99 no ordenamento jurídico não ensejou o imediato emprego da técnica por parte do STF. Ao contrário, somente em 2004, por notória influência do Min. GILMAR MENDES, o dimensionamento temporal de efeitos das decisões de controle de constitucionalidade, como espécie de provimento intermediário da jurisdição constitucional, foi praticado pela Corte. Após isso, a técnica foi sendo assimilada e disseminada ao longo dos anos, com os ministros tendo-se já atualmente socorrido de todas as espécies conhecidas para fazer frente aos rigores do princípio da nulidade (*ex tunc* mitigada, *ex nunc* e *pro futuro*), independentemente do modo de deflagração da fiscalização de inconstitucionalidade (principal e incidental).

Percebe-se, outrossim, que de modo temerário, a despeito da advertência dos Ministros CARLOS VELLOSO e CELSO DE MELLO por ocasião do julgamento do ADIn 1.498-6 ED/RS, o art. 27 da Lei n.º 9.868/99 restou efetivamente aplicado, antes de ter cancelada sua condição de constitucionalidade, controvertida nos autos das ADIns 2.154 e 2.258.

De modo geral, sobre a aplicação da modulação temporal, bem compreendeu o STF que a técnica encontra *fundamento* nos postulados da unidade, da concordância prática e da supremacia das normas constitucionais, destinando-se, dentre outras coisas, a assegurar o estado de constitucionalidade. De outro modo, não ficou assente na jurisprudência do STF a *natureza da técnica*: alguns ministros, dentre os quais GILMAR MENDES, vislumbraram a modulação temporal como dever constitucional vinculado; outros, a exemplo de RICARDO LEWANDOWSKI, consideraram a providência como atividade discricionária.

Sobre o *método de definição do direito aplicável* ante a colidência de princípios constitucionais por ocasião da pronúncia de inconstitucionalidade, nem sempre as decisões foram explícitas a este respeito. Não obstante, a leitura integral das deliberações dos ministros e raras indicações expressas permitem subentender que a ponderação de interesses foi consagrada como o procedimento utilizado para a resolução do conflito normativo.

Especificamente sobre o *procedimento das ponderações* realizadas, não se avista o palmilhar de uma metodologia bem estruturada, marcada por etapas definidas e fundamentadas, com exposição de critérios controláveis. Como regra, limitaram-se as decisões: (1) à constatação da colisão de princípios constitucionais; e (2) ao declínio da solução reputada adequada. Sendo assim, as decisões adotadas furtaram-se ao dever de mencionar: (1) as fases do procedimento da ponderação; (2) a aferição dos aspectos relevantes relacionados às situações jurídicas surgidas com base na lei inconstitucional; e (3) os postulados utilizados para conformar o conteúdo da norma de decisão. Com isto, ressentem-se a racionalidade e a objetividade, aumentando-se os riscos do subjetivismo e do arbítrio judicial.

Ainda, é paradoxal verificar que, por vezes, os ministros não conheciam com exatidão os aspectos relevantes das situações jurídicas constituídas sob o amparo da lei declarada inconstitucional, apesar de atuarem diretamente na definição da eficácia no tempo da declaração de inconstitucionalidade exatamente com o escopo de resguardarem alguma circunstância da realidade subjacente. Não raro, a existência de grandes prejuízos às situações jurídicas subjacentes à lei inconstitucional foi simplesmente aventada, sem lastro em provas idôneas ou circunstâncias indiciárias.

De outro lado, a fundamentação da decisão de manipulação não restou dotada de um grau de generalização que permita estendê-la a todos os casos em que se reproduzam as mesmas circunstâncias de fato. Nesta esteira, não se verificou preocupação em consolidar parâmetros proveitosos para a resolução de futuros casos submetidos à jurisdição constitucional, de modo a tornar a decisão tomada em ponderação cada vez mais previsível, isonômica e objetiva, a bem da segurança jurídica.

Reconhece-se que, no corpo da fundamentação, os ministros procuraram indicar os princípios constitucionais que integram o *pressuposto material (ou finalístico)* necessário à modulação temporal de efeitos, inclusive citando as hipóteses da realidade fática que lhe conferem concretude. Ainda neste campo, virtuosamente, não se constatou a

utilização dos conceitos indeterminados e de preceitos de baixa densidade normativa para representar realidades distintas das alcançadas pelo conteúdo conceitual mínimo conformado pela doutrina e pela jurisprudência.

Em termos estatísticos, fundou-se a técnica da modulação temporal, na maioria das vezes, no princípio da segurança jurídica, em sua feição objetiva. Mais precisamente, como considera HUMBERTO ÁVILA:

“(…) O que o Tribunal fez foi aplicar o princípio da segurança jurídica no seu sentido objetivo, como norma objetiva, abstrata e protetiva de interesses coletivos, que serve, portanto, como instrumento de proteção ‘das confianças’ ou do ‘conjunto das confianças’ no ordenamento jurídico. No entendimento do Tribunal – e empregando outras palavras –, a eficácia declaratória da decisão afetaria a própria *credibilidade institucional* do Direito como pressuposto do exercício *potencial* do conjunto de liberdades, especificamente pela quantidade de atos praticados sob o amparo da legislação anterior.”⁸⁰¹

Em menor número, a jurisprudência do STF também se apoiou em ofensa a *interesse público* derivada da eficácia retroativa da pronúncia de inconstitucionalidade para justificar materialmente a modulação dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade. Neste diapasão, a jurisdição constitucional conferiu sentido amplo à noção de interesse público, a exemplo da jurisprudência portuguesa, para alcançar qualquer direito ou interesse legítimo tutelado por norma principiológica de estatura constitucional (v.g. direito de acesso à jurisdição, continuidade dos serviços públicos etc.).

Em ordem decrescente, pode-se indicar que o STF invocou o uso da técnica em questões relacionadas às seguintes matérias: (1) organização do Estado e de seus serviços; (2) regime jurídico do funcionalismo público – ativo e inativo; (3) regime de cumprimento de penas; e (4) restituição de indébito tributário. Sob o mesmo critério de posicionamento, pode-se indicar que o STF negou o uso da técnica em questões relacionadas às seguintes matérias: (1) restituição de indébito tributário; (2) regime jurídico do funcionalismo público – ativo e inativo; e (3) organização do Estado e de seus serviços. Por corolário, percebe-se que a jurisdição constitucional em referência tem sido bem parcimoniosa quanto à utilização da técnica em questões relacionadas a direitos do contribuinte, talvez em atenção ao reclamo de inúmeros doutrinadores que se debruçaram sobre o tema.

A análise da jurisprudência do STF confirmou a anunciada relação entre a demora em declarar a inconstitucionalidade - com o conseqüente desfazimento da presunção de constitucionalidade - e o incremento dos pressupostos materiais reclamados pela técnica da modulação temporal de efeitos. Dos dezoito casos nos quais incidiu o STF no uso da técnica: (1) 06 (seis) tiveram como causa da modulação a demora no

⁸⁰¹ ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica...* cit., p. 536

ajuizamento da demanda após a vigência da lei inconstitucional; (2) 06 (seis) tiveram como causa da modulação a demora no julgamento da demanda proposta, sem a concessão de liminar; e (3) 06 (seis) tiveram como causa da modulação a demora no julgamento da demanda, após a conversão do procedimento para o rito abreviado previsto no art. 12 da Lei n.º 9.868/99.

No respeitante aos *pressupostos fáticos* reclamados para a modulação temporal de efeitos, grosso modo, o STF tem observado as exigências de prévia declaração de inconstitucionalidade, da excepcionalidade da situação versada e da deferência às soluções constitucionais ou legislativas postas antecipadamente aos conflitos. No entanto, é possível indicar que o STF não tem procedido com correção em relação à avaliação da ocorrência de *inevitável e intolerável* sacrifício ao princípio constitucional contraposto à nulidade, especialmente nas hipóteses de dimensionamentos perpetrados em controle concreto e na modalidade *pro futuro*.

Com efeito, para realizar a modulação em sede de controle concreto, o STF tem utilizado argumentos extraídos fora do âmbito de cognição do caso concreto, no intuito de demonstrar a ocorrência de grandes prejuízos à segurança jurídica ou ao interesse público. Ora, assentada a ausência de eficácia vinculante dos motivos determinantes ou do dispositivo da decisão e a eficácia *inter partes* do controle incidental de constitucionalidade, não há razão para considerar elementos estranhos ao caso concreto para justificar a modulação de efeitos. Diante desta restrição, apenas aspectos relevantes do caso concreto poderão ser tomados em consideração para fins de determinar o *intolerável* sacrifício e impor o dimensionamento temporal da influência da pronúncia de inconstitucionalidade *incidenter tantum*. Por corolário, em consonância com a argumentação lançada nos diversos acórdãos analisados, assinala-se que somente o julgamento do RE 197.917/SP evidenciava a imprescindibilidade do uso da técnica (*ex nunc*) para mitigar a influência da declaração incidental de inconstitucionalidade em relação às relações jurídicas pretéritas, à luz das contingências do caso concreto. Nos demais casos, remanescem dúvidas se o caso concreto, em si considerado, caracterizava *intolerável* sacrifício a interesse constitucional.

Já no concernente à determinação de eficácia futura da declaração de inconstitucionalidade, o STF tem-se socorrido da técnica com a nobre finalidade de conferir fôlego ao legislador e ao Administrador Público para adotar as providências necessárias para neutralizar os efeitos maléficos decorrentes da expulsão da norma do

ordenamento jurídico. Todavia, sem se ater à questão relacionada à adequação da providência ao quadro constitucional de competências entabulado pela CRFB/88, verifica-se que tal espécie de modulação vem sendo adotada sem a presença de *inevitável* sacrifício a interesse constitucional contraposto à nulidade, em razão da disponibilidade de outros mecanismos suficientes para neutralizar a anomia. Dentre os 06 (seis) casos analisados, nos quais as decisões proferidas tiveram sua eficácia postergada no tempo, apenas a ADIn 2.240-7/BA reclamava, em tese, a adoção da providência, por inexistir outro instrumento capaz de sanar o estado de inconstitucionalidade derivado da exclusão da norma jurídica do sistema. Interessante observar que, nesta hipótese, a primeira providência necessária para remediar a irregularidade constatada na criação do Município incumbia ao Congresso Nacional (a edição de lei complementar federal indicada no art. 18, § 4º da CRFB/88) e não à Municipalidade interessada.

Em referência aos *pressupostos formais* reclamados para a aplicação da técnica de modulação, verifica-se que a jurisdição constitucional ressentiu-se da ausência de uma legislação uniformizadora, de modo a não adotar um procedimento análogo em todos os casos apreciados. De qualquer modo, após grande oscilação, o desenvolvimento das discussões plenárias parece indicar que o STF: (1) dispensará a necessidade de exposto pedido inicial para proceder ao uso da técnica, atuando de modo oficioso; (2) admitirá o uso dos embargos de declaração como instrumento adequado para vindicar a modulação, ainda quando a pretensão não tenha sido externada em momento precedente; (3) utilizará um modelo bifásico de julgamento, apreciando a questão afeta ao dimensionamento temporal após a definição do mérito da questão; e (4) obedecerá ao quórum de 2/3 dos Ministros estipulado na legislação infraconstitucional. A motivação das decisões reclama rigoroso aprimoramento, com indicação precisa da metodologia adotada e dos critérios objetivos utilizados para a construção da norma de decisão. Ainda não é seguro constatar uma tendência quanto ao grau de participação possível dos interessados para informar e conformar o julgamento da questão afeta ao dimensionamento dos efeitos, especialmente nas ações de controle abstrato.

Quanto às diversas limitações que demarcam os lindes adequados de movimentação da técnica de dimensionamento temporal de efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade, o STF já exigiu a posterioridade da norma sindicada em relação à Constituição vigente e ainda não se pronunciou sobre a incidência da técnica em eventual declaração de inexistência de norma jurídica ou em afirmação de inconstitucionalidade de

lei ou ato normativo que imponha violação a direito insuscetível de suspensão durante os sistemas de crise. Acertadamente, o Tribunal não fez distinção acerca da espécie de vício (material ou formal) que permeia a norma, suscetível de implicar a mitigação da sanção oposta.

Inadvertidamente, o STF não se conteve ao trânsito em julgado da decisão de controle como termo *ad quem* para o dimensionamento dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade. Ao menos em 06 (seis) casos, o Tribunal avançou o marco referido e consentiu com a sobrevivência da norma após a declaração de inconstitucionalidade, no intuito de conferir tempo para a concreção das providências necessárias à adequação ou integração do ordenamento jurídico. Apesar de louvável a iniciativa altruísta da Corte, verifica-se que a solução é inconciliável com a distribuição de funções entre os Poderes consagrada na CRFB/88.

Apesar da resistência inicial oposta contra o uso da técnica em controle concreto de constitucionalidade, o STF parece ter assentado a possibilidade de dosar a influência da declaração incidental de inconstitucionalidade a partir do RE 197.917/SP. Para não se tornar repetitivo, convém aqui apenas lembrar as críticas já tecidas quanto à utilização indevida de aspectos extraídos fora do âmbito de cognição do caso concreto para fins de dimensionamento temporal da influência da pronúncia de inconstitucionalidade *incidenter tantum*.

O STF ainda não se posicionou sobre a influência da coisa julgada material produzida em outros processos para determinar o marco retroativo da declaração de inconstitucionalidade; ainda não enfrentou a questão da retroatividade da decisão sobre o direito adquirido, o ato jurídico perfeito ou as situações jurídicas consolidadas. Registre-se manifestação incipiente do Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, no intuito de conferir interpretação conforme a Constituição do art. 27 da Lei n.º 9.868/99 e do art. 11 da Lei n.º 9.882/99 nas ações diretas que controvertem a constitucionalidade dos dispositivos, “(...) a fim de evitar que sua aplicação pudesse atingir o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido, eventualmente surgidos da inconstitucionalidade da lei.”⁸⁰²

⁸⁰² Informativo do STF n.º 476 (13 a 17 de agosto de 2007). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo476.htm#ADI> e Lei 9.868/99 - 6>. Acesso em: 26 set. 2012.

Capítulo IV – A modulação temporal de efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade sob análise crítica: reflexos institucionais da técnica e suas objeções

O capítulo IV da presente dissertação será destinado a receber a análise crítica sobre a modulação temporal de efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade. Com efeito, posteriormente ao cumprimento da tarefa de apresentar a técnica de decisão em suas perspectivas estática e dinâmica, em direção ao completo estudo do tema, cumpria mesmo guardar espaço para a reflexão sobre as consequências da adoção do instituto sob o aspecto institucional (relação entre os Poderes), além de verificar a ocorrência de contestações ao uso do expediente criativo da jurisdição constitucional.

A proposta ora exposta será concretizada em três planos. O primeiro plano será dedicado a conhecer a eventual influência da técnica no fenômeno conhecido como *politização do Poder Judiciário*. O segundo plano tenderá a averiguar a veracidade da suposta relação entre a modulação temporal de efeitos e o *ativismo judiciário*, deficiência sistêmica de ocorrência incontestada no último lustro da história jurisprudencial brasileira. Por derradeiro, o terceiro plano destacará as principais *objeções* invocadas por parte da doutrina e da jurisprudência contra o dimensionamento temporal, oferecendo, quando possível, argumentos de sustentação da técnica.

4.1 O reflexo institucional da técnica: o incremento do fenômeno da politização do Poder Judiciário

O tema da modulação temporal de efeitos aloca-se em um contexto mais amplo, de relevante importância para a teoria constitucional contemporânea. De modo mais específico, a limitação de efeitos relaciona-se com a questão do incremento da atividade política do Poder Judiciário e, por consequência, com a necessidade de respeito ao âmbito de sua atuação válida em relação aos demais Poderes.

Acerca do primeiro aspecto, dentre as várias significações possíveis ao signo *política*, acolhe-se aquela concebida por MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, para quem o papel político seria a capacidade de influenciar no governo de um Estado:

“Por papel político, (...) se entende não uma atuação em prol de interesses partidários, mas uma participação ativa na conformação da ordem constitucional,

da ordem jurídica infraconstitucional e também na definição de rumos administrativos, nisto incluídas as políticas públicas.”⁸⁰³

Observe-se que, na visão clássica de divisão dos Poderes consagrada pelo constitucionalismo moderno, o Poder Judiciário não estava dotado da função de influir de qualquer modo na determinação dos rumos administrativos ou na conformação da ordem jurídica de um Estado. Na realidade, o Poder Judiciário estava excluído do rol de órgãos legitimados a formular ou expressar a vontade estatal.

Historicamente, a despeito de não ter cunhado a consagrada expressão *separação de Poderes*, atribui-se a CHARLES LOUIS DE SECONDAT, *baron de La Brède et de Montesquieu*, a concepção clássica de arranjo institucional dos Poderes do Estado. Como reação ao absolutismo e com espeque na divisão de Poderes detectada na Inglaterra na primeira metade do Século XVIII, orientado pela ideia de que “(...) para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder”,⁸⁰⁴ MONTESQUIEU idealizou um sistema de organização dos Poderes, exposto no Capítulo VI do Livro XI de sua obra *O espírito das leis*, fundado em três vertentes: (1) Poder Legislativo: poder de elaboração, correção ou revogação das leis; (2) Poder Executivo das coisas que dependem do direito das gentes: poder equivalente às atribuições do Chefe do Estado; (3) Poder Executivo das coisas que dependem do Direito Civil: poder de punir os crimes ou julgar as querelas dos indivíduos.⁸⁰⁵

Em consonância com o modelo proposto, o Poder Judiciário era responsável tão somente por dirimir conflitos entre indivíduos e punir os crimes, realizando a aplicação do direito mediante subsunção mecânica dos fatos à norma posta.⁸⁰⁶ Por consequência, cuidava-se de Poder politicamente neutro, sem resvalar na definição da vontade do Estado.

⁸⁰³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O papel político do Judiciário na Ordem constitucional vigente. **Revista do Advogado**. São Paulo: AASP, v. 28, p. 86-91, set. 2008, p. 86. NUNO PIÇARRA fornece significado de conteúdo aproximado: “Mais recentemente e porque o Estado contemporâneo se configura como activo e conformador, como ‘Estado teleocrático-programador’, tende a definir-se a função política como uma conexão de funções legislativas, regulamentares, planificadoras, administrativas e militares, de natureza econômica, social, financeira e cultural, dirigida à individualização e graduação de fins constitucionalmente estabelecidos, pois tal Estado é, também, um Estado executor da Constituição” (PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução**. Coimbra: Coimbra Ed., 1989, p. 252-253).

⁸⁰⁴ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de La Brède et de. **O espírito das leis** cit., p. 118.

⁸⁰⁵ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de La Brède et de. **O espírito das leis** cit., p. 118.

⁸⁰⁶ Conforme doutrina de JOSÉ LEVI MELLO DO AMARAL JÚNIOR: “Na lógica de *O espírito das leis* o poder de julgar encontra limite na própria formulação da lei a aplicar. A sentença do julgador já está na lei. O poder de julgar limita-se a realizá-la em concreto. Montesquieu objetiva, com isso, garantir segurança jurídica, porque, do contrário, ‘viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos que nela são assumidos’” (AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Sobre a organização de poderes em Montesquieu: Comentários ao Capítulo VI do Livro XI de *O espírito das leis*. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, v. 97, p. 53-68, fev. 2008, p. 57). Ainda a propósito das funções amesquinhas reservadas ao Poder Judiciário no sistema

Todavia, o aumento das atribuições constitucionais de controle das atividades dos outros órgãos atribuídas ao Poder Judiciário pelos diferentes ordenamentos jurídicos ao longo dos anos impôs perceptível alteração ao quadro exposto. Especialmente a partir da Segunda Guerra Mundial, difundiram-se mecanismos de concretização da Constituição, que permitiram ao Poder Judiciário concorrer para a determinação e a execução da política governamental, atividades antes restritas aos Poderes Legislativo e Executivo, respectivamente. Anote-se, sobre o assunto, o relato tecido por LUÍS ROBERTO BARROSO:

“(…) De fato, desde o final da Segunda Guerra Mundial verificou-se, na maior parte dos países ocidentais, um avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária, que é aquela feita no âmbito do Legislativo e do Executivo, tendo por combustível o voto popular. Os exemplos são numerosos e inequívocos. No Canadá, a Suprema Corte foi chamada a se manifestar sobre a constitucionalidade de os Estados Unidos fazerem testes com mísseis em solo canadense. Nos Estados Unidos, o último capítulo da eleição presidencial de 2000 foi escrito pela Suprema Corte, no julgamento de *Bush v. Gore*. Em Israel, a Suprema Corte decidiu sobre a compatibilidade, com a Constituição e com atos internacionais, da construção de um muro na fronteira com o território palestino. A Corte Constitucional da Turquia tem desempenhado um papel vital na preservação de um Estado laico, protegendo-o do avanço do fundamentalismo islâmico. Na Hungria e na Argentina, planos econômicos de largo alcance tiveram sua validade decidida pelas mais altas Cortes. Na Coreia, a Corte Constitucional restituiu o mandato de um presidente que havia sido destituído por *impeachment*.⁸⁰⁷

Caracterizada como fenômeno de ocorrência mundial,⁸⁰⁸ a *politização do Poder Judiciário* consagra a posição do terceiro Poder dentre os detentores da capacidade de definir a vontade do Estado, conferindo-lhe a faculdade de participar da construção do ordenamento jurídico e de reorientar as ações administrativas em busca do bem comum.⁸⁰⁹

Interessante observar que a atividade política do Poder Judiciário não é autônoma ou inicial. Ao contrário, é reflexo do cumprimento da tarefa de afirmação da supremacia da Constituição, no controle motivado da conduta (positiva ou negativa) dos Poderes Executivo e Legislativo, após provocação do legitimado. Por intermédio do

consagrado pela prática revolucionária francesa, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação...** cit., p. 25.

⁸⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2012, p. 1-2.

⁸⁰⁸ É o que relata MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO: “Esse fato não deriva meramente de motivos circunstanciais, pela mera coincidência de questões políticas que, em razão de seus aspectos constitucionais, chegaram tumultuosamente aos tribunais, sobretudo ao Supremo Tribunal Federal. Reflete, na verdade, um fenômeno que é mundial, mas com peculiaridades decorrentes da Carta de 1988: a judicialização da política que tende a trazer a politização da justiça. Com efeito, pelo mundo afora registra-se essa judicialização da política, conforme comprova número da *International Political Science Review* intitulado exatamente ‘The Judicialization of politics’(…)” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 189).

⁸⁰⁹ Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo** cit., p. 256-257.

controle de constitucionalidade e de demandas que visem a obrigar o Estado a adotar determinados comportamentos, o Poder Judiciário finda por integrar a cadeia de conformação do processo político em razão do desempenho de suas atribuições constitucionais, conforme bem anotou JOSÉ MANUEL M. CARDOSO DA COSTA:

“O facto – em suma – é que, chamado a exercer, pela via do controle da constitucionalidade e legalidade das normas jurídicas, uma função simplesmente ‘negativa’ de garantia da correcção constitucional do processo político, não deixa por isso o Tribunal Constitucional de se converter também num dos seus protagonistas. Ao fim e ao cabo também ele contribui, ao seu nível e ao seu modo, para a formação da ‘vontade política’ do Estado e participa na direcção superior deste.”⁸¹⁰

No Brasil, apesar de o fenómeno surgir anteriormente à Constituição Federal de 1988,⁸¹¹ foi com o advento da Carta Cidadã que o Judiciário restou definitivamente inserido no contexto político. Com base na percuciente doutrina de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, é possível apontar os principais mecanismos previstos na CRFB/88 que permitiram ao Poder Judiciário ascender suas atividades sobre as dos Poderes Legislativo e Executivo: (1) a ampliação de instrumentos processuais destinados ao controle de políticas e atos administrativos em geral (v.g. ampliação do conceito de patrimônio público e inserção da moralidade pública no âmbito de controle dos atos administrativos na ação popular; ampliação do alcance das hipóteses da ação civil pública, servindo à tutela de *outros interesses difusos e coletivos*, nos termos do art. 129, inc.III da CRFB/88); (2) a criação de institutos de controle judicial (v.g. mandado de segurança coletivo; mandado de injunção e *habeas data*); (3) a expansão do controle de constitucionalidade (v.g. ampliação de titularidade para propositura da ADIn; criação da ADO e da ADPF); (4) a abertura do texto normativo, com a instituição de conceitos indeterminados e vários princípios constitucionais; (5) o fortalecimento das funções institucionais do Ministério Público; (6) a instituição do art. 5º, § 1º, que impõe a aplicação imediata dos direitos fundamentais; e (7)

⁸¹⁰ COSTA, José Manuel M. Cardoso da. **A jurisdição constitucional em Portugal**. 3. Ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 103. Da mesma forma, J. J. GOMES CANOTILHO inclui o Poder Judiciário no processo de formação e tomada de decisões políticas por intermédio do controle de constitucionalidade e de legalidade das normas jurídicas (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional...** cit., p. 1305).

⁸¹¹ A Lei de Ação Popular (Lei n.º 4717/65) já permitia a apreciação do mérito do ato administrativo discricionário, com fundamento no artigo 4º, incisos II, b e V, b (Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Discricionariedade, devido processo legal e controle jurisdicional dos atos administrativos. Fundamentos do processo civil moderno**. Vol. 1. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 434). Ainda, anota MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO: “Desde a República, o Judiciário controla a atuação dos demais Poderes, sobretudo do Executivo. Tal controle tradicionalmente consiste no desfazimento de atos ilegais e inconstitucionais, ou seja, num controle **negativo**, no sentido de denegar abusos ou violações de direitos. Para tanto, o Direito Constitucional brasileiro prevê os *Writs*: o *Habeas Corpus* (desde 1891) e o mandado de segurança (1934). A eles somam-se a ação popular (1934) voltada para a anulação de atos lesivos ao patrimônio público e a ação civil pública – esta em âmbito infraconstitucional – para defesa de interesses difusos e coletivos (1985)” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O papel político do Judiciário na Ordem constitucional vigente** cit., p. 86-87).

a previsão do art. 5º, inc. XXXV, que veda o *judicial restraint* próprio da Suprema Corte norte-americana, obrigando o Poder Judiciário a imiscuir-se em questões políticas.⁸¹²

Após o advento da CRFB/88, outras causas contribuíram para o fortalecimento do papel político do Judiciário. Neste contexto, merece especial referência o advento das Leis ns. 9.868/99 e 9.882/99, que ao regulamentarem o processo e julgamento das ações diretas e da ADPF, conferiram ao STF a faculdade de modular temporalmente os efeitos da declaração de inconstitucionalidade dos atos normativos.⁸¹³

Nesse ponto específico, relaciona-se a técnica de modulação dos efeitos ao incremento da politização do Poder Judiciário. Com efeito, por ocasião do início das atividades de fiscalização da constitucionalidade, a incumbência atribuída à jurisdição constitucional afigurava-se como a do *legislador negativo*, circunscrito a proferir mero juízo de exclusão. Detectada a desconformidade do dispositivo, a inconstitucionalidade era declarada e a norma e todos os seus efeitos expurgados do sistema de direito positivo. Com o desenvolvimento da técnica de dimensionamento temporal, ampliou-se o âmbito de movimentação do Poder Judiciário. Não mais atado a um juízo de exclusão absoluto, o julgador poderá avaliar as consequências de sua decisão no plano dos fatos e manipular os efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade de acordo com as peculiaridades do caso concreto.

Diante de tal cenário, nítida a ampliação da esfera de influência do Poder Judiciário na determinação e na concreção dos rumos legislativo e administrativo necessários para a consecução do programa traçado pela Constituição. Para além de aniquilar os atos desconformes perpetrados pelos demais Poderes, o Poder Judiciário poderá preconizar a preservação de determinados efeitos pretéritos e pendentes havidos no plano normado ou, até mesmo, para parcela doutrina, determinar a manutenção da vigência de lei inconstitucional para regência de efeitos futuros.

O exercício da função política pelo Poder Judiciário é legítimo e não macula a separação de Poderes. Ao assumir o seu papel político, o magistrado estará cumprindo sua

⁸¹² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo** cit., p. 200-211. LUÍS ROBERTO BARROSO ainda agrega às causas da politização: (1) a redemocratização do país, com a reafirmação da cidadania, ampliação da informação e da consciência dos direitos pelo povo; e (2) a constitucionalização abrangente de direitos antes regulados por legislação ordinária (BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática** cit., p. 3-4).

⁸¹³ Outras causas da politização do Judiciário podem ser lembradas: (1) a instituição da ADC pela EC 3/93; (2) o efeito vinculante previsto na Lei 9.868/99; e (3) o advento da EC n.º 45/2004, que ampliou a titularidade da ADIn e da ADC, instituiu a súmula vinculante e preconizou o instituto da repercussão geral.

missão constitucional de guardião da legitimidade da atuação dos demais Poderes constituídos em conformidade com a CRFB/88.

Não se pode perder de vista, no entanto, que a atividade do Poder Judiciário não é primordialmente política, mas essencialmente jurisdicional. A Constituição consubstancia um documento normativo e não um texto político. Para resolver os conflitos que lhe são apresentados, a jurisdição conta com método de argumentação próprio, propositadamente distinto do atribuído ao feitor da norma ou ao executor da política pública. O Poder Judiciário guia-se pela vontade estrita da Constituição, enquanto os demais Poderes orientam-se por ditames de conveniência e oportunidade, próprios dos meandros políticos.⁸¹⁴

Não por outra razão, para a construção da decisão judicial legítima, ANDRÉ RAMOS TAVARES reclama a utilização de um método objetivo de interpretação e aplicação da Constituição:

“O que parece certo é não ser possível se aceitar que um Tribunal Constitucional, quando tivesse de decidir as questões constitucionais, muitas de graves consequências para a sociedade, se baseasse exclusivamente em critérios puramente pessoais dos juízes, de simpatia, de opção política, de ideologia, de ordem religiosa ou filosófica, ou sob a denominação que se queira dar. Faltaria autoridade para assim proceder. Esta advém de um rigoroso método objetivo de interpretação e aplicação da Constituição, que garanta o acerto e a segurança desejados, bem como que demonstre com extremo rigor e clareza sob quais fundamentos e justificativas a decisão foi tomada. (...)”⁸¹⁵

Da mesma maneira, LUÍS ROBERTO BARROSO externa preocupação com a sobreposição de argumentos meramente políticos durante o cumprimento das atribuições afetas à jurisdição constitucional, recomendando a utilização de argumentos universais, determinados em um debate aberto com a sociedade:

“O reconhecimento desse caráter político da jurisdição constitucional impõe redobrada cautela para que ele não se partidarize ou se desvirtue em instrumento de disputa de poder. Isto seria sua ruína. Embora já não sejam cultivados o mito da objetividade plena ou a ficção da neutralidade do intérprete, o Judiciário deve ser um foro imparcial, onde impere o respeito ao fato e ao valor do pluralismo. Um espaço no qual reine a razão pública. Isso significa que as decisões judiciais não se podem fundar em doutrinas abrangentes ou em pontos de vista sectários-religiosos, filosóficos, morais, econômicos ou de qualquer outro tipo -, ainda quando espelhem concepções majoritárias na sociedade. Pelo contrário, as cortes devem buscar argumentos que possam ser reconhecidos como legítimos por todos os grupos sociais dispostos a um debate franco e aberto, ainda que venham a discordar dos resultados subjetivos em concreto.”⁸¹⁶

⁸¹⁴ Cf. TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional** cit., p. 235.

⁸¹⁵ TAVARES, André Ramos. **Tribunal e Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998, p. 48.

⁸¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade...** cit., p. 82-83.

Em razão do modo peculiar de exercício e dos limites que são inerentes, JULIANO TAVEIRA BERNARDES, de forma bem apropriada, qualifica a atividade do Poder Judiciário como *política de caráter técnico*:

“Além do mais, a atividade dos tribunais constitucionais assume ‘labor político de caráter técnico’, já que participam das decisões fundamentais juntamente com os outros órgãos do Estado, o que constitui um dos aspectos contemporâneos da evolução concernente à ‘jurisdicionalização das questões políticas’. Nada obstante, o político e o jurisdicional não são excludentes entre si, pois a transcendência política das questões constitucionais não significa a impossibilidade de se sujeitarem a critérios de direito e a formas jurisdicionais de composição.”⁸¹⁷

4.2 A crítica fundada na impulsão ao ativismo judicial

Dedica-se o presente tópico a verificar a existência de relação entre o dimensionamento temporal de efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade e o ativismo judicial constatado no Brasil no último lustro da história judiciária. Para tanto, mister compreender inicialmente o próprio conceito de ativismo empregado e os limites constitucionais postos ao exercício legítimo do Poder.

4.2.1 A divisão funcional de competências entre as estruturas orgânicas que compõem o Poder – da teoria clássica à CRFB/88

Consagrada pelo movimento jurídico-político denominado *constitucionalismo*, aflorado na Europa no final do século XVIII, a concepção contemporânea de Constituição consubstancia uma proposta de organização política fundamental baseada na racionalização do poder, com o escopo de preservar os direitos fundamentais do homem contra a interferência do Estado.

Dentre os mais importantes instrumentos de limitação,⁸¹⁸ situa-se a divisão funcional de competências entre as estruturas orgânicas que compõem o Poder. Com raízes

⁸¹⁷ BERNARDES, Juliano Taveira. **Controle abstrato de constitucionalidade...** cit., p. 260.

⁸¹⁸ Em apertada síntese, pode-se afirmar que os mecanismos clássicos de contenção são orientados por três vertentes: (a) o dever de observância do direito anterior e superior à Constituição – os direitos fundamentais, cujo descumprimento é passível de confronto por um sistema de garantias institucionais; (b) o dever de respeito à posição de supremacia da Constituição, a impor que o exercício do Poder se faça de modo consentâneo às prescrições materiais e formais postas no documento solene, sob pena de incidir no vício de inconstitucionalidade; (c) a divisão do Poder, sob os aspectos funcionais e territoriais (cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais...** cit., p. 81-299).

históricas deitadas na Antiguidade Clássica,⁸¹⁹ a técnica sofreu relevante aporte doutrinário pelo filósofo inglês JOHN LOCKE⁸²⁰ e foi concretizada nas revoluções liberais do séc. XVIII com base na fórmula engendrada por MONTESQUIEU no Capítulo VI, do Livro XI, do *O espírito das leis*.

Acerca da clássica Teoria de Separação dos Poderes posta nas Constituições escritas liberais, observa MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO a posição de preeminência do Poder Legislativo:

“Em tal esquema, a preeminência haveria de caber ao órgão incumbido de explicitar em normas positivas, em leis, a ordem natural a ser respeitada. É por isso o Legislativo o principal dos três Poderes, já que sua função é definir a lei, que o Executivo deve executar, pela força se preciso for, que o Judiciário deve aplicar contenciosamente, se ocorrerem litígios. A preeminência do Legislativo, por outro lado, se coaduna perfeitamente com a hierarquia de forças que imagina o pensamento setecentista. O Legislativo é o povo, é expressão do anseio e da força democrática; o Executivo é o rei, expressão da força tradicional.”⁸²¹

Da mesma forma, NUNO PIÇARRA destaca o predomínio do Poder Legislativo na separação de Poderes estipulada nas constituições liberais:

“No Estado de Direito de legalidade ou Estado de legislação parlamentar, que se constituiu para realizar o sentido que o Iluminismo confere à lei, o princípio da separação dos poderes é exclusivamente chamado a garantir o primado da lei, o seu império ou soberania e, simultaneamente, o monismo do poder legislativo. Não se vê, então, que efeito limitativo, moderador ou equilibrante do poder político entre os órgãos estaduais possa ter. Desde logo, neste modelo normativo de Estado de Direito, nem em rigor, de poder político se trataria pois o Estado pretende-se reduzido ao Direito. E, por outro lado, muito ao contrário de pretender constituir cada órgão estadual jurídico-funcionalmente referenciado, como limite ou mesmo como contrapoder dos restantes, o que o princípio da separação dos poderes visa é assegurar que o poder legislativo seja o único efectivo centro de poder no Estado, mediante a máxima supressão da autonomia decisória dos órgãos estaduais chamados a executar ou aplicar a lei, sem qualquer carácter juridicamente constitutivo.”⁸²²

Sobre as atribuições do Poder Judiciário, MONTESQUIEU incumbiu-lhe apenas aplicar o direito mediante um procedimento de subsunção mecânica. Consoante apreciação crítica de OTTO BACHOF, o constitucionalismo primitivo não desconfiava da lei, mas sim do juiz, em razão da tradição arraigada de servidor do príncipe no Estado Absoluto:

“Existía, pues, una preocupación no sólo ya por asegurar al juez frente a su anterior sujeción al soberano, sino también por vincularle como un esclavo a la letra de la ley, sólo en la cual se veía la garantía contra el arbitrio de la autoridad. La ley era la Carta Magna de la Libertad; el juez, solamente su obediente servidor y ejecutor. De tales concepciones ha surgido el vituperado positivismo jurídico con su equiparación entre Ley y Derecho. (...)”⁸²³

⁸¹⁹ Acerca da contribuição de ARISTÓTELES, confira-se a doutrina de FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais...** cit., p. 251-252.

⁸²⁰ Acerca da contribuição de JOHN LOCKE, confira-se a doutrina de FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais...** cit., p. 253-254.

⁸²¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A democracia possível**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 96-97.

⁸²² PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina...** cit., p. 149-150.

⁸²³ BACHOF, Otto. **Jueces y Constitución**. Madrid: Civitas, 1985, p. 49.

Apesar de elevada a dogma do Estado Constitucional pelas revoluções liberais setecentistas, a Teoria da Separação de Poderes sucumbiu em decorrência da alteração histórica das funções estatais, tornando-se inadequada em relação aos atuais sistemas de direito positivo.

A primeira das causas de ruptura do modelo clássico remonta a 1803. Com o surgimento do *judicial review*, o Poder Judiciário não pôde mais ser considerado um Poder nulo. O controle de constitucionalidade alterou o papel do Poder Judiciário, inicialmente concebido por MONTESQUIEU, reservando-lhe a palavra final nos atos praticados pelas outras formas de expressão do Poder Estatal. Imputou-se ao Poder Judiciário um papel político, já abordado no item precedente da presente dissertação. “A idéia de um Tribunal Constitucional e suas decorrências, especialmente as funções que este assume no contexto contemporâneo do Estado Constitucional, impede que se possa manter a estrutura clássica da tripartição de ‘poderes’”, conclui ANDRÉ RAMOS TAVARES.⁸²⁴

A segunda causa digna de nota foi a crise do Parlamento. O excesso de leis e a não correspondência do produto legislativo ao anseio social desencadearam a transferência da centralidade do processo político ao Poder Executivo, cuja presença passou a ser demandada em setores anteriormente imunes à interferência do Estado. A Constituição consolidou-se como limite e parâmetro à atividade do legislador. A crise do Estado de Direito legalista de feição liberal determinou a transposição para um modelo de Estado Constitucional de Direito, com forte conotação social. Em sua obra *Do processo legislativo*, anota MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO a referida circunstância histórica:

“De fato, a principal razão do engrandecimento do Executivo, de sua transformação em governo, está nas tarefas novas que o Estado assumiu, desde que interveio no domínio econômico e social. A incapacidade de as assembléias desempenharem as tarefas exigidas do *Welfare state* produziu a multiplicação das missões que o Executivo contemporâneo é chamado a desempenhar. Pode-se dizer, sem exagero, que a missão econômico-social do Estado-Providência passou toda inteira para as mãos do Executivo tradicional, o governo, na linguagem das novas Constituições.”⁸²⁵

Por fim, a submissão à escolha popular direta ou indireta dos integrantes do Poder consolidou a ascendência política e social do Executivo, conforme mais uma vez anotou com precisão MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO:

“Ora, normalmente, nas campanhas eleitorais, toda a luz é centrada em redor dessas figuras, que, de certo modo, encarnam os programas partidários. Em consequência disso, o eleitor comum, mesmo que seu voto só indiretamente possa contribuir para a constituição do Executivo-Governo, como sucede nos

⁸²⁴ TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional** cit., p. 174-175.

⁸²⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 124.

regimes parlamentaristas, pode sentir-se ‘representado’ pelo chefe de governo em condição de fazer-lhe exigências e reivindicações.”⁸²⁶

A despeito de ultrapassada em relação aos seus aspectos acessórios (esquema organizacional específico), a essência da Teoria da Separação dos Poderes permaneceu incólume ao longo dos anos. Com efeito, a razão da existência da divisão funcional dos Poderes demonstrou-se essencial para a afirmação do Estado Constitucional de Direito, avesso ao arbítrio decorrente da cumulação de funções e respeitoso dos direitos fundamentais dos cidadãos.⁸²⁷ Neste ponto, NUNO PIÇARRA extraiu o núcleo perene da separação de Poderes:

“Na sua dimensão orgânico-funcional, o princípio da separação dos poderes deve continuar a ser encarado como princípio de moderação, racionalização e limitação do poder político-estadual no interesse da liberdade. Tal constitui seguramente o seu núcleo imutável.”⁸²⁸

Assentado isso, com a superação da teoria clássica de separação de Poderes e dada sua utilidade inegável, vários autores dedicaram-se a oferecer novas propostas de organização.⁸²⁹ Entretanto, como noção histórica, variável no espaço e no tempo, a divisão das funções estatais apenas pode aperfeiçoar-se em arranjos institucionais específicos, previstos nos documentos solenes de cada Estado. Não há como acolher modelos universalmente lineares, como pretendia o constitucionalismo em seus primórdios, consoante adverte OTTO BACHOF:

“No existe ningún esquema patentado de división de poderes que pueda funcionar en todas las épocas y bajo los más diversos supuestos sociales. El sentido de la división de poderes es impedir la concentración de poder y, con ello, un posible abuso del mismo. Depende de las condiciones sociales y políticas concretas de una época y de un pueblo el que se pueda alcanzar mejor ese fin mediante una estricta separación y división de poderes o mediante un engranaje y una sujeción recíproca de los titulares de los mismos.”⁸³⁰

Atualmente, a concepção de divisão de Poderes encontra-se totalmente desvinculada da Teoria de Separação de Poderes, concebendo-se apenas como arranjo de

⁸²⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo** cit., p. 126.

⁸²⁷ A propósito, observa ROGER STIEFELMANN LEAL: “A finalidade precípua da divisão do Poder residia – e ainda reside – precisamente em adotar organização política apta a obstar o seu uso arbitrário ou abusivo” (LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional** cit., p. 5).

⁸²⁸ PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina...** cit., p. 26.

⁸²⁹ Menciona-se, como exemplo, a organização formulada por KARL LOEWENSTEIN, que visualizou três funções essenciais do Estado, fundadas na *policy*: (a) *policy determination* (a tomada da decisão política fundamental) – Governo e Parlamento; (b) *policy execution* (a execução da decisão) – administração; e (c) *policy control* (controle político), dentre os quais as eleições, o controle judicial de constitucionalidade das leis e do Congresso (LOWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. Trad. Alfredo Gallego. Barcelona: Anabitarte, 1964, p. 62).

⁸³⁰ BACHOF, Otto. **Jueces y Constitución** cit., p. 58.

distribuição de determinadas funções a distintos órgãos estatais.⁸³¹ Tem-se por consequência, conforme ELIVAL DA SILVA RAMOS:

“O princípio da separação dos poderes envolve, destarte, uma articulação entre os órgãos e as funções do Estado, razão pela qual Canotilho o apresenta como ‘um princípio *organicamente referenciado e funcionalmente orientado*’. No tocante ao primeiro aspecto, importa ter presente que se está a cuidar da separação entre as estruturas orgânicas que exercem o poder estatal (em cujo topo estão os denominados órgão de soberania), em razão de um critério funcional, não havendo, pois, que se falar em quebra da unidade do poder do Estado. Em relação ao segundo aspecto, cabe lembrar que os ‘atos por meios dos quais se manifesta a vontade do Estado’, podem ser vistos sob o prisma *formal* ou *material*. Sob o ângulo formal, os atos estatais são ordenados considerando-se a qualidade do órgão dos quais emanam ou a forma da qual são revestidos, que, em regra, está associada ao órgão competente para produzi-los. Já sob o ângulo material, se considera ‘o conteúdo do ato, independentemente do órgão do qual emana e da forma que o reveste’. Pois bem, o princípio constitucional em tela, arremata Pietro Virga, ‘reafirma a subdivisão das funções estatais (...) segundo o seu critério material’.”⁸³²

Pode-se dizer, assim, no atual cenário, que a preeminência do legislador é substituída por uma organização que privilegia o pluralismo dos Poderes, todos constituídos, regulados e subordinados à Constituição. As atribuições e os limites de cada Poder passam a depender, respectivamente, do que dispõe e do que permite a Constituição.

Diante dessa nova concepção, primordial é o conhecimento do conteúdo material da atividade reservada a cada um dos Poderes pela Constituição vigente em cada Estado. Com tal providência, será possível conhecer o linde demarcatório do campo de atuação legítima, diferenciando-o da seara de interferência interorgânica ilegítima entre os Poderes. Desse modo, pode-se compreender o que pretende NUNO PIÇARRA, ao consignar: “O princípio constitucional da separação dos Poderes não é prévio à constituição mas constrói-se a partir dela.”⁸³³

No Brasil, a Carta Cidadã dispôs acerca dos órgãos habilitados ao exercício do poder do Estado (art. 2.º da CRFB/1988), furtando-se, contudo, ao tratamento sistematizado das atribuições materiais de cada um dos Poderes instituídos. A despeito disso, estribado em uma interpretação sistemática das normas constitucionais e auxiliado

⁸³¹ “A doutrina da separação dos poderes, contudo, serve atualmente como uma técnica de arranjo da estrutura política do Estado, implicando a distribuição por diversos órgãos de forma não exclusiva, permitindo o controle recíproco, tendo em vista a manutenção das garantias individuais consagradas no decorrer do desenvolvimento humano. E é na Constituição que se encontra o grau de interdependência e colaboração entre os diferentes órgãos existentes e as suas respectivas atribuições. Neste caso, tem-se uma teoria da separação de poderes como uma específica teoria acerca do arranjo institucional desenhado em cada Estado pela respectiva Constituição” (TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional** cit., p. 1142).

⁸³² RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial...** cit., p. 115.

⁸³³ PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina...** cit., p. 16.

pela doutrina, é possível ao intérprete conhecer o conteúdo material das funções reservadas a cada um dos Poderes instituídos.

Nessa toada, em relação às suas atribuições à luz do quadro organizatório proposto pela CRFB/88, incumbe ao Poder Legislativo as tarefas típicas de legislar e de fiscalizar, consoante descreve PAULO GUSTAVO GONET BRANCO:

“No quadro de divisão de funções entre os Poderes da República, tocam ao Legislativo as tarefas precípua de legislar e de fiscalizar. O Poder Legislativo, porém, de modo não típico, também exerce funções de administrar (ao prover cargos da sua estrutura ou atuar o poder de polícia, por exemplo) e de julgar (o Senado processa e julga, por crimes de responsabilidade, o Presidente da República e o Vice-Presidente da República, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes das três Forças Armadas, nos crimes de mesma natureza conexos com os praticados pelo Chefe do Executivo; também processa e julga, por crimes de responsabilidade, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros dos Conselhos Nacionais da Justiça e do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União).”⁸³⁴

No concernente ao Poder Executivo, a CRFB/88 atribui-lhe principalmente as funções de Chefia do Estado e Chefia do Governo. Com mais precisão, GILMAR FERREIRA MENDES indica as atribuições precípua:

“A referência ao Poder Executivo contempla atividades diversas e variadas, que envolvem atos típicos da Chefia do Estado (relações com Estados estrangeiros, celebração de tratados), e atos concernentes à Chefia do governo e da administração em geral, como a fixação das diretrizes políticas da administração e a disciplina das atividades administrativas (direção superior da Administração Federal), a iniciativa de projetos de lei e edição de medidas provisórias, a expedição de regulamentos para a execução das leis etc. (CF, art. 84), a iniciativa quanto ao planejamento e controle orçamentários, bem como sobre o conteúdo de despesas (CF, arts. 163-169) e a direção das Forças Armadas. Como se pode depreender, a designação Poder Executivo acaba por descrever, de forma acanhada, as funções desempenhadas, que, por óbvio, transcendem a mera *execução da lei*. Daí anota Konrad Hesse que a expressão *Poder Executivo* acabou por transformar-se numa referência geral daquilo que não está compreendido nas atividades do Poder Legislativo e do Poder Judiciário. A idéia abrange funções de governo e administração.”⁸³⁵

O último dos Poderes instituídos é o Judiciário, responsável especialmente pelo exercício da jurisdição. As funções são assinaladas por ANDRÉ RAMOS TAVARES:

“Como todo Poder, também os órgãos do Judiciário exercem funções típicas, inseridas no conceito de jurisdição, e funções atípicas, de ordem administrativa e normativa. (...) A jurisdição é exatamente, a atividade pela qual determinados órgãos, pronunciam-se, em caráter cogente, sobre a aplicação do Direito. Isso é realizado, contudo, por meio da obediência a um procedimento previamente determinado, ao final e ao cabo do qual se alcança uma decisão que é revestida do caráter da imutabilidade, vale dizer, faz coisa julgada entre as partes. A jurisdição, pois, é uma atividade pela qual o Judiciário substitui-se a vontade das partes, solucionando os conflitos de interesse que eventualmente surjam no seio social. (...) Reconhece-se, hoje, ademais, ao Judiciário a tarefa (poder) de

⁸³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional** cit., p. 895.

⁸³⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional** cit., p. 947.

controlar os demais Poderes do Estado, podendo-se falar, assim, de uma função de controle, inclusive tendo como parâmetro máximo a Constituição.”⁸³⁶

Em razão das dificuldades que a relação suscita, cumpre destacar os traços distintivos entre a legislação e a jurisdição, apontados com precisão por MAURO CAPPELLETTI:

“Certamente, do ponto de vista *substancial*, tanto o processo judiciário quanto o legislativo resultam em criação do direito, ambos são ‘*law-making processes*’. Mas, diverso é o *modo*, ou se se prefere o *procedimento* ou *estrutura*, desses dois procedimentos de formação do direito, e cuida-se de diferença que merece ser sublinhada para se evitar confusões e equívocos perigosos. O bom juiz bem pode ser criativo, dinâmico e ‘ativista’ e como tal manifestar-se; no entanto, apenas o juiz ruim agiria com as formas e as modalidades do legislador, pois, a meu entender, se assim agisse deixaria simplesmente de ser juiz.”⁸³⁷

Mais adiante, complementa o jurista italiano:

“Efetivamente, para a criação do direito fazem-se necessários instrumentos que não estão à disposição dos tribunais e ‘em muito ultrapassam o simples conhecimento do direito existente e como este se realiza’. Os juízes, segundo esse entendimento, não têm possibilidade de desenvolver pessoalmente o tipo de investigações requeridas para uma obra criativa, que não podem se limitar às leis e aos precedentes, e envolvem problemas complexos e dados sociais, econômicos e políticos; não dispõem sequer dos recursos, inclusive financeiros, mediante os quais os parlamentos, comissões legislativas e ministérios estão em condições de encarregar terceiros para efetuar pesquisas que, frequentemente, nem os legisladores e administradores saberiam desenvolver por si mesmos. (...) Ressalta-se, assim, o problema não menos grave da efetiva realização das decisões: quando os juízes tomam certas decisões de caráter político *lato sensu* têm a sua disposição escassos instrumentos para lhes assegurar a execução, e geralmente são carentes de qualquer possibilidade de observar e controlar, caso por caso, tal execução e seus efeitos. Por fim, não se deve desprezar a observação de que os juízes, especialmente dos tribunais superiores, ‘por educação, temperamento e idade’, são geralmente contrários a mudanças profundas e, portanto, por demais conservadores ‘para poderem ser investidos do dever de adaptar a evolução das regras sociais de conduta a um mundo em tão rápida transformação’.”⁸³⁸

Contemporaneamente, ELIVAL DA SILVA RAMOS procura distinguir a função jurisdicional através da delimitação de seu núcleo essencial, consubstanciado na aplicação do direito objetivo para a resolução de conflitos intersubjetivos ou pendências jurídicas cuja manutenção possa comprometer a paz social.⁸³⁹ Para o referido jurista, a conclusão serve indistintamente ao contencioso objetivo e ao contencioso subjetivo:

“Não discrepa desse delineamento o escólio de Jorge Miranda, tendo como norte um texto constitucional que arrola os principais objetivos da jurisdição. Para o constitucionalista da Universidade de Lisboa, ‘na função jurisdicional define-se o Direito (*juris dictio*) em concreto, perante situações da vida (litígios entre particulares, entre entidades públicas e entre particulares e entidades públicas, e aplicação de sanções), e em abstrato, na apreciação da constitucionalidade e da legalidade de normas jurídicas. Assiste-lhe inteira razão ao equiparar o

⁸³⁶ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional** cit., p. 1146-1148.

⁸³⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1993, p. 74.

⁸³⁸ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** cit., p. 87-88.

⁸³⁹ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial...** cit., p.117.

contencioso objetivo ao contencioso subjetivo em termos de exercício da função jurisdicional, pois tanto neste quanto naquele existe a aplicação do direito objetivo a uma situação fática que a ele se ajusta, quer compreenda esse suporte fático um litígio envolvendo direitos e interesses subjetivos, quer se reduza à verificação da adequação, formal e material, de um ato legislativo (que atua sobre a configuração do ordenamento, mas a ele também se submete) à Constituição. Em ambos os casos, ademais, estará presente a finalidade de pacificação social, muito embora no controle abstrato de normas esse objetivo seja atingido, indiretamente, fora dos limites estritos do processo (que não compõe lide alguma), dada a ampla eficácia subjetiva da decisão nele proferida.”⁸⁴⁰

Note-se que, em observância ao postulado de efetividade das normas constitucionais, a alteração de sujeitos originariamente responsáveis pelo cumprimento das funções é admitida no bojo do próprio texto da Constituição. WALTER CLAUDIUS ROTHENBURG extrai da Constituição Federal de 1988 diversas hipóteses de substituição legítima dos sujeitos como sanção ao descumprimento do dever constitucional. Dentre as hipóteses, refere-se o autor ao tratamento conferido às medidas provisórias:

“Retirou-se do Poder Legislativo – e muito por conta de sua inoperância – a investidura (primeira, exclusiva, depois principal), na função legislativa primária, para conferi-la ao Executivo. Houve, portanto, um câmbio de legitimidade constitucional quanto à atividade normativa autônoma.”⁸⁴¹

Ainda, apesar de não contar com a unanimidade da doutrina, ROTHENBURG aloca como hipótese permissiva de câmbio da legitimidade o mandado de injunção, instituto jurídico que confere ao STF a competência para disciplinar uma questão em concreto, diante da ausência de regulamentação geral pelo legislador ou administrador.⁸⁴² De qualquer modo, adverte o mencionado autor acerca do caráter excepcional da providência.⁸⁴³

Por consequência, o exercício da função típica atribuída a um poder apenas será exercida por outro nas hipóteses expressamente admitidas pela CRFB/88. A propósito, ELIVAL DA SILVA RAMOS tece as seguintes considerações:

“Tal função típica admite, em alguma medida e nos termos expressamente prescritos pela Constituição, o compartilhamento interorgânico, mas sempre haverá um *núcleo essencial* da função que não é passível de ser exercido senão pelo Poder competente. De outra parte, como as atividades estatais se articulam entre si, o exercício de função que se aparte de suas características materiais intrínsecas acabará, inevitavelmente, resultando em interferência indevida na esfera de competência de outro Poder, com risco de seu esvaziamento, dado o efeito multiplicador decorrente da imitação de modelos de conduta institucionais.”⁸⁴⁴

⁸⁴⁰ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial...** cit., p. 117-118.

⁸⁴¹ ROTHENBURG, Walter Claudius. **Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito – A perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão.** São Paulo: RT, 2005, p. 33.

⁸⁴² ROTHENBURG, Walter Claudius. **Inconstitucionalidade por omissão...** cit., p. 63-71.

⁸⁴³ Cf. ROTHENBURG, Walter Claudius. **Inconstitucionalidade por omissão...** cit., p. 209.

⁸⁴⁴ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial...** cit., p. 116.

4.2.2 O ativismo judicial: delimitação conceitual e causas

A expressão *ativismo judicial* é polissêmica. Prevalecerá, para fins do presente estudo, a definição proposta por ELIVAL DA SILVA RAMOS, cujo núcleo remete a uma disfunção no exercício das atribuições ordinariamente reservadas ao Poder Judiciário:

“Por ativismo judicial, deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Essa ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional se faz em detrimento, particularmente, da função legislativa, não envolvendo o exercício desabrido da legiferação (ou de outras funções não jurisdicionais) e sim a descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o *núcleo essencial* de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes.”⁸⁴⁵

No Brasil, o último lustro da história judiciária revela um incremento da jurisprudência ativista, notadamente oriunda do STF. Dentre os diversos fatores que podem ser lembrados como motores de propulsão do ativismo judicial no Brasil, quatro são reputados de primordial relevância.

O primeiro dos fatores de impulsão do ativismo judicial é o *modelo do Estado-intervencionista*. Com efeito, no final do século XIX e início do século XX, eclodiu verdadeiro movimento de positivação dos *direitos de segunda geração*, no intento de assegurar aos indivíduos prestações estatais com o escopo de minimizar as desigualdades sociais existentes e concretizar as liberdades formais abstratas, conquistadas pelo liberalismo.⁸⁴⁶ Todavia, a mera previsão de direitos sociais nos textos de direito positivo não ensejou a alteração da realidade fático-social. Neste contexto, relaciona ELIVAL DA SILVA RAMOS o ativismo judicial ao modelo de Estado interventor:

“Ao Poder Judiciário deveria caber, nesse modelo, o controle jurídico da atividade intervencionista dos demais Poderes. No entanto, sobre ele também recaem as expectativas e pressões da sociedade no sentido da mais célere possível consecução dos fins traçados na Constituição, incluindo a imediata fruição de direitos sociais ou a extensão de benefícios, de universalização progressiva, concedidos a determinadas categorias ou regiões com exclusão de outras. É nesse sentido que se pode dizer que o próprio modelo de Estado-providência constitui força impulsionadora do ativismo judicial, levando juízes e tribunais a relevar, em algumas situações, a existência de limites impostos pelo próprio ordenamento cuja atuação lhes incumbe, na ilusão de poderem ‘queimar’ etapas, concretizando, no presente, o programa que a Constituição delineou prospectivamente.”⁸⁴⁷

⁸⁴⁵ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial...** cit., p. 308.

⁸⁴⁶ O assunto foi tratado no item 2.1.1 *Noção inicial de provimento intermediário e desenvolvimento histórico*.

⁸⁴⁷ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial...** cit., p. 271.

A segunda causa que contribuiu para o incremento do ativismo judicial no Brasil é a *conformação do texto da CRFB/88*, pouco comprometido com um sentido unívoco e repleto de lacunas a serem preenchidas pelo legislador ordinário. E assim o é, porque a Assembleia Nacional Constituinte deflagrada em 1987 desenvolveu-se sob a crise de hegemonia advinda da ruptura da ditadura militar e da instauração do processo democrático no país.⁸⁴⁸ Como fruto de um ambiente não controlado por uma maioria parlamentar, a aprovação das propostas legislativas dependia de um consenso para o qual o caráter fluído e ambíguo do texto revelava-se imprescindível. É nesse sentido que se pode dizer que a textura do texto constitucional constitui fator propulsor do ativismo judicial, na medida em que não oferece amarras precisas à interpretação, bem como expõe o juiz à pressão imediata para concretizar programa que a Constituição delineou sem eficácia normativa imediata.

A terceira causa de impulsão ao ativismo judiciário relaciona-se à *falta de desempenho* ou à *execução ineficiente das funções reservadas ao Poder Legislativo*. Através desta orientação, o Poder Judiciário passou a ocupar lacuna deixada pelas instâncias políticas tradicionais, que restaram embaraçadas por mecanismos inadequados de funcionamento e por vícios do instituto de representação.⁸⁴⁹ “Perante a decomposição do político, é doravante ao juiz que se pede a salvação. Os juízes são os últimos ocupantes de uma função de autoridade – clerical e até paternal – abandonada pelos seus antigos titulares” – constatou ANTOINE GARAPON.⁸⁵⁰

A quarta causa que favoreceu o ativismo judicial foi a prenunciada *politização do Poder Judiciário*. A relação entre a politização do Poder Judiciário ao ativismo estabelece-se porquanto a transferência de decisões de repercussão política e social antes afetas ao Legislativo e ao Executivo à seara do Judiciário facultou-lhe exorbitar no exercício de suas funções, infringindo os lindes demarcatórios das tarefas reservadas aos demais Poderes. O aumento quantitativo e qualitativo do controle judicial enseja aumento da possibilidade de desvirtuamento de suas funções. Nesse sentido, o vaticínio de MAURO CAPPELLETTI: “Certamente, o surgimento de um dinâmico terceiro gigante, como guardião

⁸⁴⁸ Cf. doutrina de NOBRE, Marcos. Indeterminação e estabilidade – Os 20 anos da Constituição e as tarefas de pesquisa em direito. **Revista Novos Estudos – CEBRAP** [online]. V. 82, p. 97-106, set. 2008. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0101-33002008000300005>>. Acesso em: 14 set. 2012.

⁸⁴⁹ Sobre a relação entre o ativismo e a deficiência do Poder Legislativo, considerações mais detidas foram tecidas em PEREZ, Carlos Alberto Navarro. Relação entre o ativismo judicial e a atuação deficiente do Poder Legislativo: altruísmo a desserviço da democracia. **Revista de Direito Constitucional e internacional**. São Paulo: RT, v. 20, p. 115-149, jan./mar. 2012.

⁸⁵⁰ GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas: justiça e democracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996, p. 23.

e controlador dos poderes políticos do novo estado leviatã, constitui por si mesmo um acontecimento não imune aos riscos de perversão e abuso.⁸⁵¹

4.2.3 Modulação temporal e ativismo judicial: relação inexorável?

Visto como espécie de provimento manipulativo da jurisdição constitucional, o dimensionamento temporal de efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade suscita imenso debate sobre estar ou não vinculado de modo inseparável ao fenômeno de desbordamento das funções ordinárias ao Poder Judiciário. CARLOS BLANCO DE MORAIS bem delimita o núcleo da testilha:

“É em torno do teor deste tipo de decisões (e a par de outras manifestações de interpretação evolutiva de raiz principiológico de que os sistemas anglo-saxónicos e o sistema alemão são pródigos), que se confrontam, há muito, correntes doutrinárias que sufragam ou contestam o ativismo da Justiça Constitucional. Enquanto alguns questionam a legitimidade democrática do Judiciário para normar em substituição ao legislador, outros erigem a Justiça Constitucional a poder conformador do ordenamento, a legislador supletivo ou, mesmo, a um taumaturgo que não se limita a sancionar invalidades mas que também repara ou ‘cura’ para o futuro disfunções que o legislador não logra, atempada e adequadamente, obviar.”⁸⁵²

Diante das premissas anteriormente lançadas sobre o tema, tem-se, contudo, que a questão formulada não comporta apenas uma resposta. Sustenta-se, desde logo, que o ativismo judicial revela-se apenas na utilização da técnica com a finalidade de lançar para o futuro a eficácia da decisão de pronúncia de inconstitucionalidade, mantendo a existência jurídica da lei ou do ato normativo inconstitucional com o escopo de conduzir efeitos futuros. No mais, a técnica é legítima e observa os limites constitucionais para o exercício do poder.

Não se nega que a ponderação de interesses é medida apta a inserir normas abstratas a partir do estabelecimento da relação de precedência em caso de conflito de princípios à luz de circunstâncias extraídas de casos concretos, no entanto esse mister é próprio do poder legiferante, esteja no plano constitucional ou no plano legislativo (retomem-se *supra* itens 3.3.1 *A solução harmonizadora ditada pelo plano constitucional* e 3.3.2 *A solução harmonizadora ditada pelo plano legislativo*). Destarte, à evidência, abnegar a eliminação da norma incompatível para o mundo do direito depois de declará-la inconstitucional, mantendo-a vigente no sistema afigura-se, a todo custo, proscrito ao Poder Judiciário. A este apenas cabe julgar o passado, não prescrever o futuro, ainda que

⁸⁵¹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?** cit., p. 49.

⁸⁵² MORAIS, Carlos Blanco de Morais. *As sentenças intermédias da Justiça Constitucional* cit., p. 7.

sob a roupagem de modulação temporal de efeitos *pro futuro*. Noutros dizeres, o incremento do plano normativo, ainda que mediante o instrumento da ponderação em modulação temporal de efeitos, implica o vezo do ativismo judicial, lanhando a própria democracia.

Com efeito, tomadas em consideração as modalidades *ex tunc* mitigada e *ex nunc*, o dimensionamento temporal de efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade apenas possui o condão de preservar os efeitos pretéritos ou contemporâneos encontrados pela jurisdição constitucional no plano normado. Atividade típica de julgar, não de criar, legislar. Para preservar os efeitos pretéritos produzidos pela norma inconstitucional, o juiz não ocupa o lugar do legislador, mas se limita a dosar os efeitos sancionatórios inerentes ao regime jurídico da nulidade com efeitos absolutos. Exatamente por esta razão, TEORI ALBINO ZAVASCKI não avistou qualquer ofensa constitucional perpetrada pelo art. 27 da Lei n.º 9.868, de 10/11/1999, ao preconizar a manipulação dos efeitos com a especial finalidade de ressaltar fatos já passados da incidência retroativa da declaração:

“Registre-se que não é nenhuma novidade, na rotina dos juízes, a de terem diante de si situações de manifesta ilegitimidade cuja correção, todavia, acarreta dano, fático ou jurídico, maior do que a manutenção do *status quo*. Diante de fatos consumados, irreversíveis ou de reversão possível, mas comprometedora de outros valores constitucionais, só resta ao julgador – e esse é o seu papel – ponderar os bens jurídicos em conflito e optar pela providência menos gravosa ao sistema de direito, ainda quando ela possa ter como resultado o da manutenção de uma situação originariamente ilegítima. Em casos tais, a eficácia retroativa da sentença de nulidade importaria a reversão de um estado de fato consolidado, muitas vezes, sem culpa do interessado, que sofreria prejuízo desmesurado e desproporcional. *Mutatis mutandis*, é justamente esse o quadro suposto pelo art. 27 da Lei 9.868/1999, o de um manifesto conflito entre valores constitucionais de mesma hierarquia: de um lado, a nulidade do ato; de outro, o sério comprometimento da segurança jurídica ou de excepcional interesse social. Tendo de dirimir esse conflito, o STF faz prevalecer o bem jurídico que considera mais relevante nas circunstâncias concretas, ainda que isso importe a manutenção de atos ou situações formados com base em lei que se pressupunha válida, mas que era nula. Isso é julgar, não legislar. O legislador cria normas para disciplinar situações futuras. O Supremo, ao aplicar o art. 27 da Lei 9.868/1999, faz juízo de valor sobre fatos já passados e situações já estabelecidas concretamente.”⁸⁵³

De outro modo, considerada a modulação temporal enquanto instrumento de manutenção temporária no mundo jurídico da norma inconstitucional com o intuito de evitar a ocorrência de vácuo legislativo mais gravoso à ordem constitucional, tem-se por certo que a jurisdição extravasa os limites demarcatórios de sua atuação legítima. Com efeito, a providência saneadora, consistente na manutenção do ato no plano jurídico, admitindo-lhe percussão no plano normado, não se afeiçoa às atribuições ordinárias do

⁸⁵³ ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças...** cit., p. 67.

Poder Judiciário, demandando uma inexistente autorização expressa do texto constitucional para sua realização.

É importante perceber que, ao permitir a incidência posterior da norma inconstitucional, a jurisdição constitucional não está aplicando o direito objetivo a uma situação fática que se apresenta, mas sim determinando e conformando o próprio direito objetivo destinado a incidir sobre suportes fáticos futuros. Sem dúvida, ao furtar-se ao dever de excluir a lei ou ato normativo inconstitucional do sistema, amplia-se indevidamente a ordem normativa, ao arrepio dos fundamentos basilares do princípio da democracia e da organização constitucional dos Poderes.

Várias técnicas de decisão foram elaboradas com o intuito de suprir a omissão no ordenamento jurídico ocasionada pela exclusão da lei ou ato normativo inconstitucional.⁸⁵⁴ Nem todas, contudo, apresentam-se compatíveis com a pluralidade dos sistemas de controle de constitucionalidade. A legitimidade da providência perpetrada com o intuito de preservar a continuidade do ordenamento jurídico será resolvida, portanto, à luz de cada sistema de fiscalização posto no direito positivo.

Especificamente acerca da modulação temporal de efeitos *pro futuro*, a jurisdição constitucional brasileira não está autorizada a colmatar a lacuna no ordenamento jurídico ocasionada pela pronúncia de inconstitucionalidade, mediante atribuição de vigência à lei ou ato normativo declarado inconstitucional. Diante da divisão de funções consagrada na CRFB/88, não se avista credencial bastante para o Judiciário fazer-se substituir aos demais Poderes na tarefa de estabelecer regramento para o futuro. Malgrado já existente, admitir que o Poder Judiciário mantenha norma inconstitucional no sistema, significa extrapolar os limites de sua atuação julgadora, transbordando-a em função típica legiferante.

Relevante para a interpretação constitucional considerar as consequências das decisões judiciais no plano concreto. Entretanto, tal preocupação não poderá descambar em ativismo judicial. Por corolário, a separação de Poderes e o princípio democrático reclamam da jurisdição constitucional a abstenção da introdução de *direito novo*, tomada a expressão em sentido amplo, a incluir a manutenção da norma no sistema jurídico e sua

⁸⁵⁴ Em estudo específico sobre o tema à luz do sistema italiano, ROBERTO PINARDI demonstra como a intenção de obviar o denominado *horror vacui* influiu na adoção de inúmeros comportamentos por parte da jurisdição constitucional, desde a dilação do tempo do processo constitucional como instrumento de prevenção da lacuna até a conformação do conteúdo de determinados provimentos de natureza intermediária (PINARDI, Roberto. **L'horror vacui nel giudizio sulle leggi: prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte Costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2007).

vigência mesmo após sua declaração de inconstitucionalidade. O Poder Judiciário não deve arvorar-se em legislador positivo. Nítida, pois, a não observância estrita aos lindes demarcatórios fixados pela Constituição ao controle de constitucionalidade.

De fato, a separação de poderes e o princípio democrático demandam distanciamento entre as funções de legislar e julgar, consoante expõe com autoridade RUI MEDEIROS, em anotações passíveis de transposição ao Direito Brasileiro:

“De facto, independentemente do significado que a tese do legislador negativo assume no modelo de justiça constitucional do Mestre de Viena e das objeções que podem ser dirigidas à visão kelseniana da Constituição e do controlo da constitucionalidade, ‘a *contenção* do controlo da constitucionalidade dentro dos limites do controlo negativo é justificada pelo princípio democrático e pelo princípio da separação e interdependência dos órgãos de soberania’. O princípio da separação de poderes, embora não seja um princípio rígido, implica, no seu conteúdo, essencial, a distinção entre legislação e jurisdição. O princípio democrático postula, por seu lado, que a decisão política seja tomada, directamente ou através de órgãos representativos politicamente responsáveis, pelo povo. A negação ou atenuação da separação entre legislação e jurisdição põe, inevitavelmente em causa o próprio modelo democrático-representativo vigente.”⁸⁵⁵

No mesmo sentido, caminha a doutrina de VITAL MOREIRA e J. J. GOMES CANOTILHO, ao reconhecer à faina da jurisdição constitucional uma natureza essencialmente desconstrutiva:

“No exercício da sua função de fiscalização da constitucionalidade (ou legalidade), o TC só pode declarar (ou não declarar) a inconstitucionalidade (ou ilegalidade) da norma em causa, mas *não pode substituí-la por outra norma por ele criada*. Ele pode declarar nulas as normas submetidas à sua apreciação, mas não pode substituir-se ao poder normativo, decretando ele mesmo as normas que, ao contrário das apreciadas, não seriam inconstitucionais (ou ilegais). Seguramente que, ao declarar a inconstitucionalidade (ou ilegalidade) de certa norma, o TC tem de dizer o que a torna inconstitucional (ou ilegal), sendo frequentemente fácil deduzir que normas alternativas é que no entendimento do Tribunal deixaram de ser inconstitucionais (ou ilegais). Mas, sob pena de usurpação de poder e de violação da regra da separação das funções constitucionais, o TC deve abster-se de quaisquer indicações precisas que não sejam necessárias pela justificação da inconstitucionalidade (ou ilegalidade) declarada. A função do TC é uma função de controlo, de carácter essencialmente *negativo*; cabe-lhe dizer o que é inconstitucional (ou ilegal), não o que não é inconstitucional ou ilegal (muito menos, o que é constitucional ou legal). Ele é um *contralegislador* e não outro legislador.”⁸⁵⁶

Advirta-se que a jurisdição constitucional detém a incumbência de proteger a Constituição, sem contudo deter o poder de emenda ou revisão. Por consequência, consoante exposição precisa de OTTO BACHOF, lembrada por EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, é certo que o juiz não poderá simplesmente desconsiderar os efeitos de suas decisões, mas nunca poderá pronunciar-se contra o direito estabelecido (no caso, os

⁸⁵⁵ MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade...** cit., p. 495.

⁸⁵⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1993, p. 1045.

elementos do sistema que ordenam a eliminação da norma inconstitucional do mundo jurídico, tolhendo-lhe a possibilidade de incidir em casos futuros):

“En definitiva, el Tribunal Constitucional no puede ser ciego a las consecuencias políticas de sus decisiones. ‘Pero esas consecuencias sólo puede tomarlas en cuenta en el marco de las posibilidades abiertas por el ordenamiento, pudiendo contribuir la consideración de las potenciales consecuencias de su sentencia a descubrir el Derecho ‘justo’ y a construir interpretaciones jurídicas con una u otra corrección a las que no hubiese llegado si no hubiese tenido a la vista ese resultado. En ese sentido, existe, sin duda, un cierto influjo de las repercusiones políticas de la sentencia sobre la interpretación jurídica. Pero aquí está a la vez el *límite* para la toma en cuenta de tales consideraciones. Contra el Derecho, el juez no puede decidir jamás...El juez puede enjuiciar la ley sólo sobre el parámetro de la Constitución, quizá inclusive sobre principios jurídicos fundamentales presupuestos por la Constitución pre ou superconstitucionales; en todo caso, sólo sobre el parámetro de un *Derecho* de rango superior. Un Tribunal Constitucional no puede rehusar la validez de una Ley sólo por las *consecuencias* políticas implicadas en ella... Hacer esto no es sólo facultad suya, sino también su deber; su doble función como Tribunal y como órgano constitucional se hace claro precisamente aquí y aquí debe confirmarse. En caso de conflicto entre el Derecho y la política el juez está solo vinculado al *Derecho*. Sin embargo puede esperar del legislador que este conflicto le sea en lo posible evitado, no en atención a él sino en atención al Derecho’, son las palabras finales del bello trabajo de BACHOF, que son suficientemente expresivas por sí mismas para que necesiten glosa alguna.”⁸⁵⁷

Ao cabo, assinala-se em breve síntese que, diferentemente do exercício da função política, o ativismo judicial não é salutar à democracia (os juízes ocupam indevidamente o lugar de representantes do povo na tomada de decisões fundamentais que envolvam a vontade da maioria), à separação de Poderes (invasão e concentração indevida de poderes) e ao próprio Judiciário (malferindo eventualmente a imparcialidade e a isenção próprias da instituição).

4.3 Críticas centradas no método de definição do direito aplicável

Linhas atrás, restou demonstrado que o método de definição do direito, eleito pela prática jurisprudencial para compor a colisão de princípios havida por ocasião da declaração de inconstitucionalidade, foi a ponderação de interesses. Parte considerável da doutrina, todavia, formula substanciais objeções ao uso da técnica. As críticas alocam-se, fundamentalmente, em quatro eixos principais de argumentação: (1) indução a valoração subjetiva não controlável por parte do órgão decisor; (2) desequilíbrio na organização dos Poderes; (3) ofensa à segurança jurídica; e (4) incremento à produção legislativa desconforme.

⁸⁵⁷ ENTERRÍA, Eduardo García. **La constitución como norma y el Tribunal Constitucional** cit., p. 196.

4.3.1 Indução à valoração subjetiva não controlável por parte do órgão decisor

Aventa-se que a ponderação de interesses não possui um método consistente em termos procedimentais, e se torna impassível de controle racional. Daí decorrer a possibilidade de uso da técnica para legitimar opções meramente subjetivas ou autoritárias do órgão decisor. A propósito do tema, paradigmático o pensamento de FRIEDERICH MÜLLER, para quem a ponderação não fornece um método suficiente para atender às exigências impostas pelo Estado de Direito:

“Tal procedimento não satisfaz as exigências, imperativas no Estado de Direito e nele efetivamente atendidas, a uma formação da decisão e representação da fundamentação, controlável em termos de objetividade da ciência jurídica no quadro da concretização da constituição e do ordenamento jurídico infraconstitucional. O teor material normativo de prescrições de direitos fundamentais e de outras prescrições constitucionais é cumprido muito mais e de forma mais condizente com o Estado de Direito, com ajuda dos pontos de vista hermenêutica e metodicamente diferenciadores e estruturantes da análise do âmbito da norma e com uma formulação substancialmente mais precisa dos elementos de concretização do processo prático de geração do direito, a ser efetuada, do que com representações necessariamente formais de ponderação, que consequentemente insinuam no fundo uma reserva de juízo (*Urteilsvorbehalt*) em todas as normas constitucionais, do que com categorias de valores, sistemas de valores e valoração, necessariamente vagas e conducentes a insinuações ideológicas. Nem histórica, nem atualmente os direitos fundamentais da Lei Fundamental de Bonn formam um sistema fechado de valores e pretensões. (...)”⁸⁵⁸

As críticas formuladas possuem inequívoco lastro de veracidade. De fato, a ausência de uma técnica consistente, de conteúdo e de padrão pré-determinados, viabiliza o manejo da ponderação de interesses com o escopo de fugir às raias determinadas pelo princípio da legalidade e legitimar uma preferência pessoal do julgador em relação à aplicação de determinado princípio no caso concreto.

Todavia, os possíveis riscos que circundam a manipulação da técnica não lhe retiram as virtudes e a inegável capacidade de resolver o tormentoso problema que se afigura na hipótese de colisão de princípios constitucionais. Note-se que, diante de tais circunstâncias, estudiosos como JORGE REIS NOVAIS chegam até mesmo a considerar inevitável o recurso à técnica da ponderação:

“De nossa parte, se bem que reconhecendo a pertinência de muitas das críticas mais comumente dirigidas à ponderação de bens, delas não nos permitimos inferir a rejeição do método, mas tão só a importância dos riscos da sua

⁸⁵⁸ MÜLLER, Friederich. **Metodologia do Direito Constitucional**. Trad. PETER NAUMANN. 4. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 40-41.

utilização. De resto, como grande parte dos Autores tidos como adeptos da ponderação de bens, consideramos que o recurso a essa metodologia, qualquer que seja o enquadramento teórico sob que se apresente, é inevitável, na medida em que, sendo o procedimento que intuitivamente corresponde ao sentimento comum de justiça na resolução de conflitos de bens ou de interesses, não é possível, como se verificou a partir do percurso pelos vários modelos de fundamentação e solução, nem prescindir da sua utilização nem encontrar qualquer outro método que o substitua com proveito sempre que se trata de determinar uma relação de prevalência num contexto de colisão não directamente resolvida pela Constituição.”⁸⁵⁹

Ainda que não se consinta com posição tão extremada,⁸⁶⁰ ao menos em relação aos casos difíceis, sem solução pré-determinada contida na Constituição ou na legislação ordinária, reconhece-se que a adoção da técnica é dotada no mínimo de utilidade irrefutável, alcançando soluções plausíveis e racionais. Daí a possibilidade de admitir-se ao Poder Judiciário o exercício da ponderação, através de uma decisão política da sociedade.⁸⁶¹

Assentada a incontestada utilidade e destacados os riscos inerentes ao emprego indevido, é razoável propor que a doutrina se ocupe mais com a eliminação dos riscos do que com o banimento do próprio método de ponderação de interesses, consoante proposta de PAULO GUSTAVO GONET BRANCO:

“A preocupação não deve ser a de exorcizar esse juízo de ponderação das decisões judiciais, mas, sim, a de se premunir o sistema contra a arbitrariedade, valendo-se de instrumentos que viabilizem, de modo sistemático, que pessoas comuns contestem as decisões do Estado.”⁸⁶²

JOSÉ MARIA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO ostenta posicionamento análogo, ao propor o aprimoramento da técnica de ponderação, como forma de preservá-la dentre o arsenal de métodos jurídicos disponíveis:

“Que esos riesgos existen es innegable. Y ellos son los que explican tanto las críticas dirigidas contra la ponderación, em si, y contra las construcciones dogmáticas que le sirven de apoyo, como los intentos, en sentido contrario, de construir un método de ponderación ‘matematizada’. Pero, como se ha dicho también, parece que el modo de salirles al paso no debe ser la expulsión de la ponderación como método idóneo para utilizarlo cuando sea necesario, sino

⁸⁵⁹ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais...** cit., p. 640-641. No Direito Brasileiro, DANIEL SARMENTO considera ser compulsória a utilização da técnica nos casos de conflitos entre princípios, em face da impossibilidade material de emprego dos critérios tradicionais para resolução de antinomias (SARMENTO, Daniel. **Ponderação de interesses na Constituição Federal** cit., p. 150-151). PAULO GUSTAVO GONET BRANCO comunga do mesmo entendimento (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação...** cit., p. 141).

⁸⁶⁰ ANA PAULA DE BARCELLOS alude a outras três técnicas alternativas à ponderação: a teoria dos limites imanentes, o conceptualismo e a hierarquização (BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional** cit., p. 298-299).

⁸⁶¹ Conforme expõem CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO e DANIEL SARMENTO, no Brasil, a decisão política não foi objeto de deliberação expressa: “(...) Na verdade, o que ocorreu entre nós foi a formação paulatina de um ambiente cultural e institucional que legitimou a adoção, aqui, de técnicas de decisão mais voltadas à realização da justiça no caso concreto, como é o caso destacado da técnica da ponderação” (SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional...** cit., p. 522).

⁸⁶² BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação...** cit., p. 119.

encontrar vías a través de las cuales esos peligros se reduzcan a um mínimo admisible.”⁸⁶³

Nesse intento, a estruturação do procedimento de ponderação em três atos distintos, tal como proposto ao longo do presente trabalho, seria capaz de conferir racionalidade à tomada de decisão, viabilizar o controle externo, afastar a motivação meramente subjetiva do julgador e vincular o órgão decisor ao direito positivo. A solução ora acenada é explorada com ênfase por parte da doutrina, a partir do clássico trabalho de ROBERT ALEXY, que se preocupou em elaborar uma teoria de argumentação jurídica que servisse de critério para alcançar uma deliberação racionalmente desenvolvida e controlável.

Contudo, um aspecto deve ser reforçado para que a decisão tomada em sede de procedimento de ponderação estruturado seja admitida como consentânea ao Estado de Direito. Trata-se da rejeição ao argumento de que a existência de um âmbito de valoração próprio do intérprete, sem a possibilidade de obter uma única resposta, recusa racionalidade à decisão judicial. Neste ponto, nem mesmo o método subsuntivo é capaz de eliminar totalmente a subjetividade da interpretação do direito, considerada a parcial indeterminação inerente ao conteúdo das normas, consoante conclusão de WILSON ANTÔNIO STEINMETZ:

“Negar racionalidade à ponderação de bens porque inclui valorações implica negar racionalidade àquilo que, em grande parte, constitui a tarefa da atividade jurídica, porque, de um modo geral, a fundamentação jurídica inclui valorações. A presença de valorações mostra, na melhor das hipóteses, ‘[...] que las ponderaciones poseen un grado de racionalidad más reducido que las interpretaciones’, porém é insuficiente para mostrar a irracionalidade das ponderações.”⁸⁶⁴

Em qualquer método de aplicação do direito, tão somente mediante a análise da motivação lançada será possível verificar o respeito ao limite intransponível imposto pelo próprio objeto da cognição, que não pode ser de qualquer modo ultrapassado pela vontade do aplicador. Por consequência, se não é possível eliminar totalmente o subjetivismo por parte do intérprete, mediante a fundamentação é viável minorar as objeções contra a ausência de controle da decisão.

4.3.2 Desequilíbrio na organização dos Poderes

⁸⁶³ SANTIAGO, José Maria Rodríguez de. **La ponderación de bienes e intereses...** cit., p. 143-144.

⁸⁶⁴ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos fundamentais...** cit., p. 206.

Sob outro enfoque, há quem vislumbre na utilização do método da ponderação de interesses um fator de desequilíbrio na organização dos Poderes. Com efeito, a ponderação de interesses importaria no enfraquecimento do Poder Legislativo e do seu produto ordinário, abrindo uma fissura para o Poder Judiciário não observar o direito vigente, fruto da vontade do poder democrático legítimo.

O suposto desequilíbrio entre os Poderes estaria consumado por ocasião da percepção da Constituição como mera ordem de valores, passível de apreciação axiológica por partes dos magistrados. Diante de tal concepção, ausente uma hierarquia de valores entabulada pela própria Constituição ou pela lei, incumbiria ao órgão julgador apropriar-se do processo político para adotar uma opção discricionária, em sobreposição à atividade legislativa. Nessa linha, o conteúdo da crítica de FORSTHOFF, lembrada por PAULO GUSTAVO GONET BRANCO:

“O equilíbrio se rompe, alerta Forsthoff, quando o juiz deixa de estar abaixo da Constituição e ‘usurpa’ a competência decisória do legislador. Isso ocorre, prossegue, quando o juiz enxerga a Constituição como uma ordem de valores. As interpretações, então, convertem-se em temas de opinião, erodindo toda a segurança jurídica, num processo em que de judicial nada mais há do que a circunstância de ser levado a cabo por juizes. Essa conjuntura ganha realidade como resultado da constitucionalização do Estado Social, que demanda princípios abertos às necessidades e conveniências cambiantes e não prescinde de uma compreensão de direitos fundamentais ajustada a essa função social.”⁸⁶⁵

Do mesmo modo, CARL SCHMITT repudia a manipulação de valores sem a interveniência do legislador, sob pena da concreção de um Estado jurisdicional.⁸⁶⁶ Ao analisar a adequação do instituto da modulação temporal de efeitos ao ordenamento brasileiro, JOSÉ LEVI MELLO DO AMARAL JÚNIOR expõe, com clareza, os principais pontos do entendimento do jurista alemão, ressaltando a inadequação da manipulação desautorizada de valores sem prévia intervenção do legislador ordinário:

“(…) A decisão *ex nunc* (conforme os seus próprios parâmetros legais), traz à baila o complicado manejo de princípios e valores (no caso, ‘razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social’). (…)

⁸⁶⁵ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação...** cit., p. 67.

⁸⁶⁶ No ensaio *A tirania dos valores*, CARL SCHMITT analisa a denominada *Filosofia dos Valores*, idealizada por A. MEINING e propagada por MAX SCHELER e ORTEGA Y GASSET, segundo a qual não há somente coisas, mas também valores, passíveis de cognição absoluta e quase matemática. SCHMITT analisa a teoria sob o enfoque dos perigos da invasão dos valores na estrutura tradicional dos conceitos constitucionais, legislação e jurisdição, com o intuito de dissolvê-los. Quem estabelece valores se distancia automaticamente de outras atitudes que supõe falta de valores. O valor maior tem o direito e até o dever de submeter o valor inferior; o valor tem toda a razão de aniquilar o sem valor como tal. Alude-se, em contraposição, que em razão do subjetivismo do homem, a falta absoluta de positivismo científico conduz a uma luta eterna de valores e ideologias, a uma guerra de todos contra todos. Mesmo a tentativa de estimar os valores, tornando-os catalogáveis e materiais, é subjetiva. Os valores valem para algo ou para alguém. A realização de um valor destrói outros valores. A teoria dos valores atíca e intensifica a luta antiga e eterna de convicções e interesses. A sistemática de prevalência dos valores implicaria uma ‘tirania dos valores’ (SCHMITT, Carl. *Riflessioni di un giurista sulla filosofia dei valori. La tiranni dei valori*. Milano: Adelphi, 2008, p. 46-68).

CARL SCHMITT afirma: ‘Quem põe os valores já está de tal modo contraposto aos não valores. Não só o impor e o fazer valer tornam-se verdadeiramente uma coisa séria, a tolerância e a neutralidade ilimitada dos pontos de vista e dos pontos de observação intercambiáveis ao gosto viram subitamente no seu oposto, ou seja, na hostilidade. (...) O conflito entre valores e desvalores acaba assim: de ambas as partes ecoa um horrível *pereat mundus*.’

Isso porque, ironiza, é tudo claro e simples: ‘o valor superior tem o direito e o dever de submeter a si o valor inferior, e o valor enquanto tal aniquila justamente o não valor enquanto tal’.

A seguir, conta: ‘Antes, quando a própria dignidade ainda não era um valor, mas algo essencialmente diverso, o fim não podia justificar o meio. A máxima segundo a qual os fins justificam os meios era considerada reprovável. Diversamente, na hierarquia dos valores vêm outras relações que justificam o fato de o valor aniquilar o não valor e de o valor superior tratar como abjeto o valor inferior.’

Cita MAX SCHELER – ‘a negação de um valor negativo é um valor positivo’ – para criticá-lo: ‘A frase de Scheler permite retribuir o mal com o mal, transformando assim a nossa terra em um inferno, mas o inferno em um paraíso dos valores.’

Logo depois, sustenta: ‘É tarefa do legislador, e da lei por ele decretada, estabelecer a mediação por meio de regras mensuráveis e aplicáveis **e impedir o terror da atuação imediata e automática dos valores**. É uma tarefa difícil, que faz compreender porque os grandes legisladores da História, de Licurgo e Sólon até Napoleão, tornaram-se figuras míticas. Nos atuais Estados industriais altamente desenvolvidos, com a sua máquina securitária de massa, o problema da mediação coloca-se de modo novo. **Se aqui o legislador falha, não há ninguém que possa substituí-lo.**’

Enfim, adverte: ‘Um jurista que se empenha em se tornar um atuador imediato dos valores deveria saber o que faz.’⁸⁶⁷ (grifos no original)

A mesma crítica é sustentada por JÜRGEN HABERMAS, ao contestar a possibilidade de a jurisdição constitucional concretizar livremente valores, sob pena de transformar-se em uma instância legislativa autoritária:

‘Na medida em que um tribunal constitucional adota a doutrina da ordem de valores e a toma como base de sua prática de decisão, cresce o perigo dos juízos irracionais, porque, neste caso, os argumentos funcionalistas prevalecem sobre os normativos. No caso de uma colisão de normas, certos princípios, tais como, por exemplo, a ‘capacidade funcional’ do exército alemão, o cuidado do direito, a ‘paz’ específica de certas esferas, a ‘segurança do Estado como poder de ordem e de paz’, o comportamento fiel à federação ou a ‘fidelidade à federação’, fornecem certamente pontos de vista que permitem introduzir argumentos num discurso jurídico; todavia, esses argumentos não ‘contam’ mais do que os princípios jurídicos, à luz dos quais esses bens e princípios podem ser justificados. (...)’⁸⁶⁸

Apesar de consistentes, os variados argumentos dispostos não são suficientes para demonstrar que o uso do método ponderativo confronta-se irremediavelmente com o equilíbrio dos Poderes constituídos.

De partida, consigne-se que incumbirá à jurisdição constitucional construir norma válida para a solução da antinomia mediante recurso ao método ponderativo tão

⁸⁶⁷ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Da admissibilidade da restrição temporal de efeitos das decisões de inconstitucionalidade em controle concreto cit., p. 433-443.

⁸⁶⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol. 1. 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, p. 321-322.

somente quando ausente regra ditada no plano constitucional ou no plano legislativo, ou ainda quando a regra ditada pelo legislador ordinário configurar-se desarrazoada. Disso decorrem a incontestada preservação das funções legislativas e o desvanecimento da crítica suscitada, consoante anota DANIEL SARMENTO:

“Com relação ao argumento de que o método de ponderação importa em usurpação de poderes tipicamente legislativos pelo Judiciário, é preciso esclarecer um ponto: o uso do método de ponderação pressupõe a inexistência de regra legislativa específica resolvendo o conflito entre princípios constitucionais. A presença de norma infraconstitucional deste teor inibe o juiz de efetuar a ponderação, uma vez que ele terá de acatar aquela realizada de antemão pelo legislador, a não ser que a considere inconstitucional. É evidente que o Judiciário poderá controlar a razoabilidade do critério de ponderação adotado pelo legislador, mas aconselha-se redobrada cautela nesta tarefa, para evitar-se que o juiz imponha, por vias oblíquas, as suas opções políticas e ideológicas, em detrimento daquelas feitas por representantes do povo. Portanto, a teoria da ponderação de interesses não põe em questão a primazia do Poder Legislativo na tarefa de concretização dos ditames constitucionais.”⁸⁶⁹

Nesse ponto específico, releva perceber a importância de o legislador ordinário antecipar-se de modo abstrato à resolução dos conflitos, tecendo uma rede normativa, de prevalência *prima facie*, no intuito de orientar a decisão jurisdicional no caso concreto. Cumprida tal tarefa, a jurisdição constitucional não poderá proceder à resolução dos casos concretos mediante aplicação direta dos princípios constitucionais, sem prévia consideração da opção formulada pelo legislador ordinário. Somente em casos excepcionais, no qual se constate a manifesta inconstitucionalidade da opção apresentada, poderá a jurisdição constitucional superar a regra de prevalência, socorrendo-se de forte carga argumentativa, consoante dispõe acertadamente JOSÉ MARIA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO:

“En esta línea, puede destacarse la utilidad de la formulación por el legislador de ‘prevalencias *prima facie*’, cuya función es evitar que en un problema de ponderación los bienes o principios en conflicto entren con una igualdad abstracta de rango, de forma tal que todo quede entregado a la argumentación (en la segunda fase a la que atrás se ha aludido) de cuál de los dos (o más) debe prevalecer en atención a las circunstancias concretas. La prevalencia *prima facie* establecida por el legislador hace entrar a uno de los principios con ventaja sobre el resto. No se cierra el camino a la ponderación, porque no se establece una prevalencia absoluta (lo que, lógicamente, impediría ponderar), pero se dirige el resultado de la misma. Una prevalencia *prima facie* de este tipo permite al órgano aplicador considerar las circunstancias del caso para, en caso extremo, hacer incluso prevalecer el principio que no goza de la precedencia inicial. Para ello, sin embargo, se impone una *especial carga argumentativa*, que si no consigue cumplimentarse, hará que preceda el principio en favor del cual se ha instituido la prevalencia *prima facie*. Con ello se limita algo el carácter potencialmente abierto de la ponderación.”⁸⁷⁰

⁸⁶⁹ SARMENTO, Daniel. **Ponderação de interesses na Constituição Federal** cit., p. 148.

⁸⁷⁰ SANTIAGO, José María Rodríguez de. **La ponderación de bienes e intereses...** cit., p. 165.

No mesmo sentido, PAULO GUSTAVO GONET BRANCO considera a ponderação realizada pelo legislador importante limite de contenção do Poder Judiciário, porquanto dificulta eventual intento da jurisdição constitucional de meramente substituir a valoração perpetrada em abstrato por outra, sem empreender maior esforço argumentativo:

“Em homenagem ao princípio democrático, ademais, reconhece-se que a prioridade na ponderação, em havendo mais de uma solução, possível, cabe ao legislador, que também coteja princípios conflitantes, quando edita leis, concretizando a Constituição. Se essa ponderação se mostra adequada aos limites fixados pelos marcos constitutivos, ela ‘vincula’ o juiz e torna supérflua a ponderação deste com respeito às circunstâncias e propriedades descritas na lei.”⁸⁷¹

Cediço, no entanto, que o legislador não está dotado de tamanha capacidade de produzir um sem-número de normas, com o escopo de pré-determinar a resolução da colisão de princípios. Por corolário, o espaço da jurisdição constitucional dificilmente será totalmente preenchido.

Nesses casos, a ponderação perpetrada por ocasião do dimensionamento temporal de efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade, quando admitida por ausência de critérios de resolução previamente fornecidos, não caracteriza a instituição de uma *tiranía de valores*, centrada em apreciações pessoais dos juízes. O que existe, em essência, é a harmonização de normas jurídicas vinculantes dispostas na Constituição, ainda que vazadas em conceitos fluídos, com o escopo de criar a norma jurídica para a resolução do caso concreto.

Na hipótese, deve-se atentar que a definição do direito aplicável desenvolve-se segundo o método de ponderação, estruturado em um procedimento racional, com o escopo de verificar a exata medida da realização de um princípio constitucional contraposto a outro, de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas presentes no caso concreto. Sob esta ótica, não se caracteriza, de qualquer modo, livre manipulação de valores.

A par do método controlável, é imperativo destacar que os valores apenas tornam-se vinculantes e passíveis de ponderação quando integrados ao ordenamento jurídico por intermédio de normas principiológicas, que guardam força vinculante idêntica àquela que irradia das regras. Acerca da recepção do valor pelo plano deontológico, elucidam CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO e DANIEL SARMENTO:

“O que pretendemos salientar é tão somente o fato de que os valores não figuram na Constituição ‘em estado bruto’. Ao serem inseridos nas constituições, expressa ou implicitamente, eles se convertem em princípios ou em regras, de acordo com as características que venham a assumir, saindo do plano puramente axiológico para incorporarem-se à esfera deontológica. Como salientou Jane

⁸⁷¹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação...** cit., p. 133-134.

Reis Gonçalves Pereira, a inserção dos valores no ordenamento jurídico 'relaciona-se ao fato de serem tutelados por normas, não de serem normas'.⁸⁷²

Sendo assim, uma vez dispostas na Constituição, as normas são passíveis de aplicação e produção de efeitos, ainda que convidem o intérprete para a discussão e a concreção dos valores nelas positivados (liberdade, segurança, bem-estar, igualdade, justiça etc.). Quando em choque com outras normas dispostas no altiplano constitucional, não podem ser meramente desconsideradas, mas exigem a construção de terceira norma harmonizadora.

Por fim, é inquestionável que a técnica opera com o balanceamento de conceitos jurídicos indeterminados e princípios de baixa densidade normativa, dando ensejo a uma maior atividade interpretativa. Tal circunstância, todavia, não habilita o intérprete ao preenchimento da abertura normativa mediante opções arbitrárias ou subjetivistas. A norma jurídica constitucional não constitui uma franquia para livre discussão. A bem da verdade, os conceitos indeterminados e os princípios jurídicos já possuem densificação jurídica mínima, conformada pela doutrina e pela jurisprudência, cujo conteúdo não pode ser de qualquer forma ultrapassado pelo aplicador do direito, de modo a aplicar o conceito para alcançar situações qualitativamente distintas das já consolidadas. Consoante adverte JORGE MIRANDA, inadmissível é a transfiguração dos conceitos:

“Uma referência ainda aos *conceitos indeterminados* – presentes em muito maior número em fórmulas constitucionais do que em fórmulas legais. A sua determinação ou densificação tem de ser pautada pela perspectiva dos princípios, bens e interesses constitucionalmente relevantes. Se importa reconhecer ao legislador uma margem relativamente grande de conformação, ele não pode *transfigurar* o conceito, de modo a que cubra dimensões essenciais e qualitativamente distintas daquelas que caracterizam a sua intenção jurídico-normativa; e o mesmo vale, por maioria de razão, para o intérprete.”⁸⁷³

Daí anotar a importância da argumentação jurídica, mediante a qual torna-se possível comprovar a vinculação da decisão ao conteúdo conferido pela Ciência do Direito aos princípios e conceitos indeterminados, afastando os riscos da valoração exclusivamente pessoal do órgão decisor.

Em conclusão, não há falar em sobreposição do Poder Judiciário. Na realidade, evidencia-se apenas o cumprimento daquilo que ficou ordenado na Constituição, incumbindo ao Poder Judiciário construir norma para resolução de indesejada antinomia, apropriando-se de um método racional e controlável.

⁸⁷² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional...** cit., p. 389.

⁸⁷³ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo II cit., p. 309.

4.3.3 Ofensa à segurança jurídica

Sustenta-se que a aplicação do método de ponderação de interesses atentaria contra a segurança jurídica, por retirar a previsibilidade e a calculabilidade das decisões judiciais. Em consonância com a crítica formulada, todos os resultados da ponderação seriam dependentes de circunstâncias específicas dos casos concretos, o que daria ênfase a uma *justiça do caso concreto*, contraposta à *justiça das normas*, sem fundamento em critérios gerais objetivos, previamente conhecidos. O conteúdo do problema é bem delimitado por JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO:

“Basta, por el contrario, con llamar la atención sobre la exigencia de que toda ponderación entre principios, derechos o intereses enfrentados ha de realizarse atendiendo ‘a todas las circunstancias del caso’, para entender que esa exigencia, que supone remisión a la justicia tópica, a la justicia del caso concreto, se encuentra en situación de tensión con un ideal de seguridad jurídica que exigiría siempre la posibilidad de obtener soluciones previsibles mediante la subsunción de las circunstancias que en una situación real sean consideradas relevantes por el supuesto de hecho de una norma (sólo las relevantes, no todas), bajo ese supuesto, para vincularle la consecuencia jurídica unívocamente prevista.”⁸⁷⁴

No mesmo sentido, apresenta JORGE REIS NOVAIS as possíveis consequências deletérias da justiça do caso concreto, derivadas basicamente da inviabilidade de prever os resultados com base em critérios gerais e objetivos:

“Por outro lado, a falta de segurança jurídica parece inultrapassável. Sobretudo quando os tribunais recorrem à ponderação de interesses numa base caso-a-caso, os perigos e ameaças para o Estado de Direito são análogos aos que envolvem as leis retroactivas no domínio das restrições aos direitos fundamentais. A falta de previsibilidade e os riscos de uma desigualdade de tratamento envolvidos numa metodologia de ponderação que atribua aos juízos a formular *ad hoc* uma inteira discricionariedade para a decisão do caso, constitui uma ameaça para a própria *rule of law*.”⁸⁷⁵

Todavia, a crítica aventada admite superação. De início, impõe-se verificar que, em qualquer espécie de método de aplicação do direito, não estão plenamente asseguradas a previsibilidade e a calculabilidade das decisões judiciais. Por consequência, não constitui risco exclusivo da ponderação a possibilidade da decisão judicial orientar-se por soluções imprevistas ou incalculáveis.

De outro lado, o método de ponderação de interesses não se contrapõe de modo inconciliável com as exigências da segurança jurídica. Com efeito, a partir dos resultados de cada ponderação e da apreciação doutrinária, é possível construir regras objetivas tendentes a incidir sobre grupos específicos de casos semelhantes no futuro, afastando a imprevisibilidade e a incalculabilidade que cercam as decisões judiciais que divisam na

⁸⁷⁴ SANTIAGO, José María Rodríguez de. **La ponderación de bienes e intereses...** cit., p. 147.

⁸⁷⁵ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais...** cit., p. 657-658.

ponderação de interesses o método de definição do direito aplicável. Consoante resposta engendrada pelo próprio JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO à crítica em comento:

“Como resultado de cada ponderación – así se ha reiterado- es posible formular una regla de prevalencia que exprese las condiciones bajo las cuales un principio tiene preferencia sobre el contrario. (...) Si la regla de prevalencia es fruto de una correcta argumentación jurídica, se ha encontrado en ella una concreción del Derecho vigente, que vincula para el futuro no por ser precedente, sino por ser el *Derecho del caso*.

Ponderación y formulación de reglas de prevalencia generalizables o idóneas para ser universalizadas no son algo incompatible. La generalización se lleva a cabo mediante la referencia de esas reglas de prevalencia a grupos específicos de casos con el conveniente grado de homogeneidad. A través de los resultados de las ponderaciones llevadas a cabo por la jurisprudencia y de las propuestas por la doctrina va surgiendo progresivamente, a lo largo del tiempo, una malla o red de reglas de prevalencia, que suponen una importante base para facilitar la aplicación del Derecho y un objeto central de la dogmática.”⁸⁷⁶

Sendo assim, em atenção aos cânones da segurança jurídica, de um caso concreto submetido a julgamento mediante recurso à ponderação, deve ser possível definir um conjunto de regras objetivas, a servir de solução para casos parelhos em momento futuro, sem reclamar ponderações adicionais *ad hoc*. Com isto, será viável antecipar o resultado da ponderação, sem realizar uma ponderação específica para cada caso, favorecendo a previsibilidade e a calculabilidade das decisões judiciais.

Acolhida tal postura, a insegurança jurídica tenderá a diminuir, na medida exatamente oposta ao aumento do uso racional e fundamentado da ponderação, consoante observa DANIEL SARMENTO:

“Ademais, a insegurança jurídica inerente ao método de ponderação de interesses tende a diminuir com o passar do tempo, na medida em que casos semelhantes vão aflorando na jurisprudência e esta vai consagrando soluções e cristalizando certas regras de preferência condicionada entre os princípios.”⁸⁷⁷

4.4 A crítica relacionada ao incremento da produção de legislação desconforme

Juristas de monta ainda suscitam outra espécie de objeção contra a modulação temporal de efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade: o incentivo da produção legislativa desconforme à Constituição, a fim de obter vantagens indevidas decorrentes dos efeitos produzidos pela permanência precária da norma no sistema (v.g. arrecadação sem amparo em legislação válida).⁸⁷⁸

⁸⁷⁶ SANTIAGO, José María Rodríguez de. **La ponderación de bienes e intereses...** cit., p. 150-151.

⁸⁷⁷ SARMENTO, Daniel. **Ponderação de interesses na Constituição Federal** cit., p. 148.

⁸⁷⁸ Sobre o assunto, enfático é o pronunciamento do Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, por ocasião do julgamento da ADIn n.º 1.102/DF: “Sou, em tese, favorável a que, com todos os temperamentos e contrafortes possíveis

A preocupação foi externada por VITAL MOREIRA, ao proferir voto no Tribunal Constitucional Português, em meados da década de oitenta:

“(…) Julgo que a frequência com que o Tribunal está a recorrer à limitação dos efeitos corre o risco de transformar a exceção em regra, sendo de temer que se crie a convicção de que ‘o crime compensa’ e de que vale sempre a pena criar normas inconstitucionais, porque, por mais flagrante que seja desde o início a inconstitucionalidade, sempre haverá fortes probabilidades de o Tribunal Constitucional, ao declarar a norma inconstitucional, vir a salvaguardar os actos e factos entretanto consumados.”⁸⁷⁹

Ora, a crítica não se sustentará, caso respeitadas as características de imprescindibilidade e excepcionalidade que conformam a modulação temporal de efeitos no Brasil. Com efeito, já restou assentado que o dimensionamento temporal de efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade constitui exceção em um sistema de fiscalização da constitucionalidade fundado na depuração total do ordenamento jurídico, com a eliminação *ab initio* da norma e de todos os efeitos produzidos. Desse modo, reclama-se que a técnica seja invocada somente em situações extremas, nas quais se apresente iminente a imposição de intolerável sacrifício a valor caro à Constituição. Para além disso, a técnica apenas comporta aplicação diante de hipóteses excepcionais, cuja incompatibilidade constitucional do ato normativo inconstitucional não se apresentava como questão assente ao tempo de sua produção.

e para situações absolutamente excepcionais, se permita a ruptura do dogma da nulidade **ex radice** da lei inconstitucional, facultando-se ao Tribunal prostrar o início da eficácia **erga omnes** da declaração. Mas, como aqui já se advertiu, essa solução, se generalizada, traz também o grande perigo de estimular a inconstitucionalidade. (...) Sobretudo com os pequenos tributos é o que sucede, de tal modo que é grande o risco de estimular aventuras, se se asseverar, mais ou menos em linha de princípio, que leis tributárias só se declararão inconstitucionais com efeitos **ex nunc**: aí, provavelmente, a questão já estará morta” (ADIn 1102, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 05/10/1995, DJ 17-11-1995 PP-39205 EMENT VOL-01809-05 PP-01004).

⁸⁷⁹ Acórdão n.º 144/85 do Tribunal Constitucional Português. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19850144.html>>. Acesso em: 27 set. 2012.

CONCLUSÕES

Do quanto restou escrito, cabível, antes de pôr cobro à tarefa proposta, engendrar algo a título de conclusão. Nessa toada e a essa altura, espera-se de um trabalho acadêmico a retomada das principais teses da dissertação com base nas quais seja exequível alcançar um tímido prognóstico do desenvolvimento do tema versado, quer na práxis do Direito quer no âmbito acadêmico, à guisa de assim descortinar possíveis caminhos para evolução do objeto de estudo, como indicar algumas direções para as quais poderia a pesquisa presente prosseguir.

Pois bem. No decorrer deste estudo, as balizas fundamentais da supremacia das normas constitucionais e da eiva de inconstitucionalidade foram tratadas no capítulo inaugural. Lá se expôs a concepção moderna de Constituição, além da supremacia de suas normas da qual se seguem os corolários da rigidez constitucional e da caracterização da inconstitucionalidade (relação de inconformidade), sua detecção (controle) e reação (sanção). Mais especificamente, a *caracterização da inconstitucionalidade* restou concebida como a desconformidade, estática ou dinâmica, entre o ato normativo e a Constituição, cujas consequências primárias são a rejeição do ato incompatível pelo ordenamento e a inabilitação para a produção dos efeitos normais pretendidos. Sobre os *sistemas jurisdicionais de fiscalização*, mecanismos ativos de repulsa à agressão constitucional, foram expostas a origem e outras particularidades dos sistemas-padrão americano e europeu. O comportamento no tempo dos efeitos do provimento jurisdicional que pronuncia a inconstitucionalidade firmou-se, de modo interessante, como um ponto específico de diferença entre os sistemas-padrão. No americano, os efeitos do provimento sentir-se-ão de modo retroativo; no europeu, em regra não haverá retroatividade, admitindo-se esta excepcionalmente. No concernente à *sanção*, resposta prevista no ordenamento para a recomposição da integridade do produto original do Poder Constituinte, assentou-se a origem do instituto no Direito Privado e ulterior transposição ao Direito Público, não sem alertar para as devidas adaptações ao instituto para adequação ao ambiente constitucional. Foram estimadas, como admissíveis para golpear o vício da inconstitucionalidade, seguindo-se a anotação dos respectivos regimes jurídicos, as sanções de nulidade e anulabilidade. Conformados por um conjunto maior de características e não por apenas um elemento, os regimes jurídicos da nulidade e da anulabilidade distanciam-se especialmente em razão das marcas de imediatividade da sanção e da indeclinável

retroatividade, circunstantes na primeira modalidade e ausentes na segunda. Propositadamente, omitiu-se sentido à característica da retroatividade da sanção de nulidade para representar a desconstituição da totalidade dos atos de execução da lei ou do ato declarado inconstitucional. Nesta senda, admitiram-se de modo excepcional a produção e a preservação dos efeitos por parte do ato inconstitucional – ainda que sancionado este com a nulidade –, em duas situações: (1) quando o direito não consegue suprimir os efeitos produzidos enquanto meras ocorrências do mundo fenomênico, eventualmente qualificadas pelo ordenamento como comportamentos lícitos ou ilícitos aos quais podem ser relacionadas outras consequências jurídicas; e (2) quando o direito não deseja suprimir os efeitos produzidos, por razões de justiça ou outros valores mais importantes ao ordenamento.

Ainda no capítulo introdutório, enveredou-se por demonstrar *as opções específicas do ordenamento jurídico brasileiro quanto aos sistemas de fiscalização e ao regime jurídico sancionatório*. A partir do exame de dois fundamentais paradigmas de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e atos normativos, caracterizou-se o modelo brasileiro tradicionalmente mais próximo do norte-americano, agregando, entretanto, alguns conceitos da experiência austríaca (modelo europeu), de modo que se entremostra atualmente qualificado como *híbrido em relação ao aspecto modal*. A *sanção de nulidade com efeitos absolutos e eficácia plenamente retroativa* foi alçada a princípio constitucional implícito a ser oposto contra o ato inconstitucional. No entanto, depois de muito se discutir, inclusive no STF, a *possibilidade de restrição da eficácia retroativa da pronúncia de inconstitucionalidade*, em 1999 veio a lume a positivação da modulação temporal dos efeitos de tal pronúncia, incorporada que foi ao sistema jurídico pátrio por meio das Leis ns. 9.868/99, 9.882/99 e 11.417/06. Demonstrou-se, ainda, que *perante a fiscalização concreta, a declaração de inconstitucionalidade se presta apenas para conformar o conteúdo da decisão necessária à resolução da lide principal*; de outro modo, *a declaração de inconstitucionalidade firmada em controle abstrato oferece impacto sobre os planos normativo e normado*. Todavia, restou constatado que *a influência do julgamento proferido em controle abstrato sobre os atos de execução da lei perpetrados no plano normado não se opera infalível e imediatamente, concretizando em regra um hiato procedimental e temporal entre a declaração e a execução do julgado*. Ao encerramento da parte propedêutica, ficou estabelecido que *o provimento jurisdicional que declara a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo inconstitucional no Brasil alcança força*

executiva, ordinariamente, por ocasião do trânsito em julgado, ressalvada disposição em contrário fundada ou autorizada pelo ordenamento jurídico.

Dando sequência ao trabalho, afigurou-se necessário o exame da modulação temporal de efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade sob dupla perspectiva. Chamou-se de *estática* aquela na qual o instituto foi arrostado sob uma perspectiva eminentemente teórica, com descrição de suas características fundamentais, sem preocupação com o seu efetivo movimento. Com base em tal referencial, no corpo do capítulo II, o objeto da pesquisa foi enquadrado dentre os *provimentos intermediários da jurisdição constitucional*, mais especificamente dentre as decisões que manipulam os efeitos da sanção imposta à norma constitucional desconforme (também denominadas *decisões limitativas* ou *sentenças transitivas de inconstitucionalidade com ablação diferida*). Nessa perspectiva, estabelecido esse gênero próximo, restou assinalada a divisão tripartite das espécies, de acordo com o marco temporal utilizado para determinar quais efeitos são regulados pela decisão, posicionado entre o nascimento da norma e qualquer momento posterior ao trânsito em julgado (*ex tunc* mitigada, *ex nunc* e *pro futuro*). Quanto às *finalidades* do dimensionamento temporal, duas ordens de considerações foram dispostas: *de modo imediato*, percebeu-se destinar a técnica para salvaguardar as alterações na realidade fática desencadeadas no plano normado por força do ato nulo ou, ainda, para conferir sobrevivência temporária à lei ou ao ato normativo declarado inconstitucional; *de modo mediato*, para restaurar o estado de constitucionalidade, conferir efetividade à Constituição e oferecer mecanismo de compreensão da norma constitucional de modo consentâneo com as circunstâncias históricas contemporâneas. Confirmou-se, outrossim, a despeito das ferazes controvérsias doutrinárias no tocante à *natureza jurídica*, seu viés não discricionário, *fundamentado* que está por imperativos de unidade, concordância prática e supremacia das normas constitucionais. Outrossim, com vista a uma noção tanto mais precisa quanto possível, *distinguiu-se o instituto de outras técnicas utilizadas pela jurisdição constitucional e da equidade*, indigitando-se as diferenças específicas. No respeitante à *influência da modulação temporal de efeitos na invalidade do ato inconstitucional*, notadamente diante de sistemas de fiscalização pautados na nulidade, contemplou-se que a técnica não traduz o reconhecimento da validade da norma inconstitucional nem impõe qualquer espécie de alteração à modalidade sancionatória. Ainda ao ensejo de verificação das influências possíveis, avistou-se que *a modulação temporal não importa em qualquer alteração da providência legislativa necessária para*

cumprimento do disposto no art. 52, inc. X, da CRFB/88, limitada que está historicamente a Resolução senatorial a estender *erga omnes* a eficácia da declaração incidental de inconstitucionalidade. *Cotejada a modulação de diversos ordenamentos alienígenas* – Estados Unidos, Áustria, Alemanha, Portugal, Itália e Espanha –, consolidou-se a ilação segundo a qual os diversos sistemas de controle de constitucionalidade abandonaram dogmas rígidos e absolutos, no intuito de outorgar ao julgador, ao menos em situações excepcionais, margem de ajuste dos efeitos temporais da pronúncia de inconstitucionalidade aos meandros específicos da hipótese submetida à jurisdição.

À parte a perspectiva estática da modulação temporal de efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade, outra faceta: a dinâmica. De fato, sistematicamente expostas as características essenciais, cumpria a tarefa de descortinar o funcionamento da técnica, donde a ótica dinâmica alcançou prestígio. No decorrer das longas três primeiras seções do capítulo III, a modulação em foco foi vista como técnica de decisão criativa efetivamente aplicada no sistema de fiscalização de controle de constitucionalidade, resultante da ponderação havida entre o princípio da nulidade e outros princípios de estatura igualmente constitucional, como o da segurança jurídica ou outro excepcional interesse social (dicção da Lei 9.868/99). Para tanto, na Seção I, delimitada a ponderação de interesses como instrumento adequado à técnica estudada, dedicou-se espaço para delinear os *contornos conceituais* (procedimento para a resolução de conflitos normativos a partir da atribuição de um peso ou grau de importância a cada uma das alternativas envolvidas), a *hipótese de cabimento* (conflito normativo entre princípios constitucionais incidentes sobre um caso), o *resultado viável* (decisão racionalmente desenvolvida e controlável, escorada no ordenamento jurídico e precisa na atribuição de conteúdo semântico aos princípios envolvidos, sem a pretensão de obter certeza de correção absoluta), a *estrutura procedimental adequada* (centrada em três atos distintos componentes do procedimento: identificação dos princípios em conflito, aferição dos aspectos relevantes do caso concreto e elaboração da norma de decisão de prevalência de princípio no caso concreto) e as *desejáveis limitações em prol da objetividade e da racionalidade do método* (motivação precisa e coerente e observação estrita do conteúdo jurídico mínimo já formatado por parte da doutrina e da jurisprudência aos princípios jurídicos envolvidos). Ao depois, na Seção II, avistou-se que o dimensionamento temporal de efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade não constitui providência adotada ao livre arbítrio da jurisdição constitucional, estando condicionada ao atendimento de rígidos *pressupostos fáticos*

(afigurar como decorrência de pronúncia de inconstitucionalidade, traduzir um intolerável e inevitável sacrifício a interesse protegido pela Constituição, constituir uma hipótese excepcional e não contar com solução constitucional ou legislativa razoável posta no sistema), *materiais* (todos interesses jurídicos tutelados pela Constituição passíveis de confronto com o princípio da nulidade, com devido enfoque sobre as expressões *segurança jurídica* e *excepcional interesse social*) e *formais* (a prescindibilidade de pedido expresso na petição inicial, a possibilidade de suscitar a questão de modo inovador em sede de embargos de declaração, a não sujeição da questão ao princípio processual do contraditório quando aventada em controle abstrato, a rigorosa motivação da decisão com o escopo de permitir o controle pela pluralidade de interlocutores e a observância de um quórum diferenciado e de um modelo de julgamento bifásico), sem os quais a modulação não pode ser empreendida sem desbordar à arbitrariedade judicial. Desvelou-se que *os pressupostos materiais para a modulação temporal guardam interessante relação com a passagem do tempo*: quanto maior a demora em afirmar a inconstitucionalidade, maior será o número de efeitos produzidos no plano normado a reclamar a mitigação dos efeitos absolutos da sanção. No respeitante à *prescrição de pressupostos para o dimensionamento temporal mediante interposição de legislação infraconstitucional*, sustentou-se a inadequação de qualquer tentativa de restrição da faculdade constitucional mediante providência do legislador ordinário, de molde a não aceitar o quórum majorado e impor compreensão ampla da expressão *relevante interesse social* para representar todos os interesses jurídicos tutelados pela Constituição que não se enquadrem na moldura ofertada pela *segurança jurídica*. Ainda, inadmitiu-se a modulação temporal *pro futuro* assegurada pelas normas infraconstitucionais, por descambar em inaceitável ativismo judicial, ao manter a vigência da lei ou ato normativo declarado inconstitucional.

Na Seção III do capítulo III, ainda no intento de analisar a técnica em movimento, entendeu-se não ser menos relevante a cognição dos limites que demarcam a movimentação legítima da técnica de dimensionamento temporal. Detectou-se que restringem o âmbito de utilização da técnica: (1) algumas características da norma objeto de controle (anterioridade da norma sindicada em relação à Constituição vigente e a ausência de elemento estrutural da lei ou do ato normativo); (2) o trânsito em julgado da decisão de controle como termo *ad quem* para o dimensionamento temporal dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade; (3) a coisa julgada material de natureza civil em processos já apreciados pelo Poder Judiciário como marco à eficácia retroativa da

declaração de inconstitucionalidade em abstrato, ressalvadas as hipóteses de relativização admitidas pelo ordenamento; e (4) as situações jurídicas consolidadas por fórmula de preclusão aventada pelo legislador ou cláusula contratual assentada pelas partes, ainda que constituídas com fundamento na lei ou no ato normativo considerado inconstitucional, como marco à eficácia retroativa da declaração de inconstitucionalidade em abstrato. De outro lado, não se avistou limitação possível quanto: (1) ao modo de controle concreto-incidental de fiscalização, senão em relação aos argumentos passíveis de invocação (restrição aos aspectos relevantes do caso concreto para justificar o dimensionamento temporal da influência da pronúncia de inconstitucionalidade *incidenter tantum*); (2) a plena retroatividade da declaração de inconstitucionalidade de lei penal menos favorável; e (3) a espécie de vício (formal ou material) que macula o ato inconstitucional. A última seção do capítulo III, como não poderia deixar de ser, reservou espaço aos pronunciamentos pretéritos do STF brasileiro acerca da modulação temporal, não sem olvidar da imperiosa análise crítica dessa mesma jurisprudência à luz dos pressupostos fáticos, materiais e formais examinados na seção II do mesmo capítulo. Especificamente, constatou-se que o STF faz uso recorrente da técnica, em todas as modalidades conhecidas, independentemente do modo de deflagração da fiscalização de inconstitucionalidade. Na atual fase de desenvolvimento do assunto na pragmática forense, observa-se que o STF encontra-se assente em relação a alguns pontos importantes da técnica: (1) bem compreendeu a *fundamentação* nos postulados da unidade, da concordância prática e da supremacia das normas constitucionais, *destinando-se*, dentre outras coisas, a assegurar o estado de constitucionalidade; (2) consagrou a ponderação de interesses como o *método de definição do direito aplicável* ante a colidência de princípios constitucionais por ocasião da pronúncia de inconstitucionalidade; (3) justificou o uso da técnica com esteio em *pressupostos materiais* adequados (princípios da segurança jurídica e outros interesses públicos relevantes), sem violar o significado mínimo atribuído por doutrina e jurisprudencial aos conceitos jurídicos indeterminados e aos preceitos de baixa densidade normativa envolvidos; (4) no respeitante aos *pressupostos fáticos* reclamados, observou as exigências de prévia declaração de inconstitucionalidade, da excepcionalidade da situação versada e da deferência às soluções constitucionais ou legislativas postas antecipadamente aos conflitos; (5) sobre os *pressupostos formais*, orientou o procedimento para um modelo bifásico de julgamento, com apreciação da questão afeta ao dimensionamento temporal de efeitos após a definição da inconstitucionalidade e com exigência de quórum diferenciado

(dois terços); e (6) no concernente às *limitações*, reclamou a posterioridade da norma sindicada em relação à Constituição vigente e não impôs qualquer distinção quanto à espécie do vício (material ou formal) incidente sobre a norma. De outro modo, em seu tirocínio, o STF ainda não consolidou entendimento sobre aspectos relevantes da técnica, dentre os quais: (1) a *natureza jurídica*, ora sendo considerada atividade vinculada, ora providência de caráter discricionário; (2) a relevância de proceder a um rigoroso aprimoramento do conteúdo da *motivação* da decisão manipulativa, com indicação precisa da metodologia e dos critérios utilizados para a construção da norma de decisão, de modo a tornar a ponderação um procedimento racional e objetivo; (3) a importância de dotar a *motivação* de um grau de generalidade que permita estendê-la para todos os casos em que se reproduzam as mesmas contingências, de modo a tornar a ponderação mais previsível, isonômica e objetiva; (4) a necessidade de agir com rigor e correção em relação à avaliação da ocorrência de intolerável e inevitável sacrifício ao princípio constitucional contraposto à nulidade (*pressuposto fático*), especialmente nas hipóteses de manipulação de efeitos temporais perpetradas em controle concreto e na modalidade *pro futuro*; (5) a urgência de estipular *pressupostos formais* objetivos, de modo a viabilizar a aplicação do mesmo procedimento a todos os casos análogos, da petição inicial até a deliberação final; e (6) o proveito de fixar com brevidade, afastando-se de eventuais questionamentos sobre vícios procedimentais, o *grau de participação possível* dos interessados na questão constitucional para informar e conformar o julgamento da questão afeta ao dimensionamento dos efeitos, especialmente nas ações de controle abstrato.

Depois da perspectiva dinâmica, o instituto da modulação temporal de efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade foi encarado de maneira *crítica*. O capítulo IV, pois, foi destinado a esse mister. A reflexão crítica sobre as consequências institucionais do uso da técnica da modulação constitui medida profícua a coartar abusos decorrentes de sua prática como atividade política do Poder Judiciário, que, se há de ser encarada como virtude quando não se desgarra da técnica-jurídica, transfigura-se em deletério vício ao cair na senda do ativismo judicial irresponsável. Nesse sentido, de início, caracterizou-se a modulação temporal de efeitos como medida de incremento à *politização do Poder Judiciário*, ao permitir a ampliação do âmbito de atuação do terceiro poder sobre a conformação da vontade do Estado, antes restrito à providência de exclusão, imediata e total, da norma inconstitucional e de seus efeitos. Ao depois, condenou-se somente a prática da modulação temporal com efeitos *pro futuro*, ainda que com a finalidade de evitar

vácuo legislativo mais gravoso à ordem constitucional, pela evidente afronta à separação dos Poderes e ao princípio democrático. Consenso é não caber ao Poder Judiciário a *introdução de direito novo* via jurisdição constitucional – tomada a expressão em sentido amplo, a incluir a manutenção da norma no sistema jurídico e sua vigência mesmo após a declaração de inconstitucionalidade –, sob pena de caracterizar o propalado *ativismo judicial*. Outras objeções, ainda, não foram olvidadas, das quais cá chegados convém destacar: (1) a referente ao *subjetivismo intrínseco das decisões modulatórias*, passível de superação mediante a construção de uma metodologia bem estruturada de definição do direito aplicável, a prestação de argumentação jurídica consistente escorada no ordenamento jurídico e a invocação precisa do conteúdo semântico das normas constitucionais envolvidas no sopesamento; (2) o *enfraquecimento do Poder Legislativo e de seu produto ordinário*, descortinado por ocasião da percepção da Constituição como mera ordem de valores livremente manipulada, suscetível de superação por intermédio do reconhecimento de que a ponderação constitui procedimento racional para superar conflito entre normas constitucionais principiológicas, dotadas de idêntica força normativa, ainda que impregnadas de valor axiológico ou vertidas em linguagem aberta; (3) a *ofensa à segurança jurídica*, por retirar a previsibilidade e a calculabilidade das decisões judiciais em prol de uma justiça do caso concreto, passível de superação através da construção, a partir de cada sopesamento, de regras objetivas de julgamento tendentes a resolver casos futuros análogos; e (4) o *incremento da produção de legislação desconforme*, suscetível de superação mediante a observância rigorosa das características de imprescindibilidade e excepcionalidade que conformam a modulação temporal de efeitos no Brasil.

Dispostas as principais teses da dissertação, passa-se a formular um tímido prognóstico do desenvolvimento do tema versado, primeiramente perante a práxis do Direito. Neste âmbito, a evolução do instituto desdobra-se em duas vertentes possíveis: a primeira, que toca o exame da conveniência de adotar reformas estruturais ou procedimentais mediante intervenção legislativa; a segunda, centrada no aprimoramento do uso da técnica no ambiente institucional e procedimental já estabelecido, mediante o saneamento das dúvidas recorrentes e apresentação de soluções para os principais problemas constatados. Nesse diapasão, com o desígnio de aprimorar o tratamento dos atos de execução da norma inconstitucional e das consequências nocivas da anomia, incumbe analisar a conveniências das seguintes reformas institucionais e legislativas: (1) o alinhamento definitivo do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade ao modelo

austríaco, especialmente quando sanção diversa (*anulabilidade*) permite combater a inconstitucionalidade, sem dar causa aos efeitos perversos inerentes à nulidade (v.g. agressão à segurança jurídica, desestabilização social, repriminção de norma reentrante inadequada à realidade social ou contrária à própria Constituição e desestabilização institucional entre os Poderes); (2) constatada relação inexorável entre passagem do tempo e necessidade de modulação temporal, a *instituição de mecanismos de antecipação da declaração de inconstitucionalidade* (v.g. estipulação de prazo decadencial para a propositura de ações diretas destinadas a controverter a constitucionalidade, aumento do número de ministros e depuração da competência do STF, criação de recursos constitucionais e fortalecimento das tutelas preventivas no controle abstrato de constitucionalidade); e (3) o *estabelecimento de disciplina normativa*, positivando, ao menos mais nitidamente, com o fim de precaver maximamente subjetivismo que possa descambar para o ativismo judicial incontrolável, os pressupostos específicos, os limites oponíveis e a metodologia adequada para a utilização da técnica criativa de decisão. Afora tudo isso, com base no cenário institucional e procedimental já instalado, é possível consentir com o uso da técnica, de inegável utilidade para a estabilização de conflitos normativos ao ensejo da aplicação da Constituição. Para tanto, a pacificação de dúvidas recorrentes sobre o instituto e a conformação da técnica aos parâmetros constitucionais vigentes afiguram-se providências urgentes. Nesse mister, incumbirá aos atores envolvidos na jurisdição constitucional no Brasil: (1) *consolidar, no todo ou em parte, a compatibilidade constitucional do art. 27 da Lei n.º 9.868/99 e do art. 11 da Lei n.º 9.882/99*, controvertida nos autos das ADIns ns. 2.154, 2.258 e 2.231, sem manifestação definitiva do STF; (2) *adotar as providências necessárias para o rápido ajuizamento de ações infirmatórias de constitucionalidade da lei ou de ato normativo, a célere apreciação de medidas cautelares requeridas ou o pronto julgamento da demanda após a adoção do rito previsto no art. 12 da Lei n.º 9.868/99*; (3) *aprimorar a motivação constitucionalmente exigida do Poder Judiciário*, estruturando-a com base em uma metodologia bem definida e com exposição de critérios objetivamente controláveis; (4) *dotar a solução alcançada em cada caso de modulação de um grau de generalidade capaz de estendê-la a outras situações semelhantes ou equiparáveis*, de modo a contribuir para a previsibilidade e objetividade das decisões futuras; (5) *elevar o grau de rigor quanto à apreciação da ocorrência do pressuposto de intolerável e inevitável sacrifício ao princípio constitucional contraposto à nulidade*, especialmente nas hipóteses de dimensionamentos perpetrados em controle

concreto e na modalidade *pro futuro*; e (6) tomar em consideração que a modulação temporal é o *único comportamento possível* em face da constatação dos pressupostos exigidos, de modo a configurar uma exigência constitucional – de caráter vinculado –, totalmente divorciada de uma providência discricionária, cravada pelos critérios de conveniência e oportunidade.

Lado outro, é possível descortinar, perante o âmbito acadêmico, outras direções para as quais poderia a pesquisa prosseguir, no intuito de aprimorar o conhecimento sobre o tema. Nesta senda, após o estudo da modulação temporal de efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade, sobretudo como mecanismo de utilização obrigatória para salvaguarda de valores e bens constitucionalmente protegidos, se deve verificar a compatibilidade constitucional de outras espécies de modulação dos efeitos da anulação da lei desconforme, considerando que esses efeitos incidem não apenas no tempo, mas também no espaço e em relação a indeterminados sujeitos de direito. Com efeito, factível, em tese, se pensar em modulação espacial ou subjetiva de efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade, algo que, tal como a modulação temporal, não deve ser desprezado tanto sob a ótica teórica quanto prática, tudo, à evidência, desde que em conformidade com a ordem constitucional vigente.

Além disso, um dos pontos que a presente pesquisa propositadamente deixou em aberto, como tinha de ser, foi o exame crítico profundo da argumentação razoável, adequada e racional, como quer que seja, da decisão moduladora dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade. O tema, como já destacado alhures, pode ser objeto de maior aprofundamento pelo menos à vista da Teoria dos Princípios de RONALD DWORKIN, da Teoria da Argumentação Jurídica de ROBERT ALEXY, da Ética do Discurso de JÜRGEN HABERMAS, dentre outras perspectivas igualmente notáveis. No particular, muito ainda resta a fazer, especialmente na busca da fundamentação última no campo da motivação razoável, adequada e racional das decisões moduladoras dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade.

Condenada que foi a modulação *pro futuro*, ainda na esteira das direções para as quais poderia a pesquisa prosseguir, faz-se imperativo perscrutar a existência de caminhos legítimos ao Poder Judiciário para sanar a omissão legislativa inconstitucional e afastar os efeitos deletérios da anomia. Indene de dúvida que a perspectiva da efetividade das normas constitucionais reclama uma atuação máxima dos sujeitos dotados de atribuições próprias no arranjo institucional brasileiro, sem contudo descurar do Princípio

da separação de Poderes e da própria democracia. Daí a importância de conhecer os instrumentos possíveis para atuação do Poder Judiciário, mediante construção de modelos unilaterais (nos quais apenas os Tribunais restabelecem integralmente a constitucionalidade) ou bilaterais (nos quais a superação do estado de inconstitucionalidade demanda a participação dos Tribunais e do legislador), destinados a superar o vazio normativo derivado da atuação nos moldes do antigo dogma de *legislador negativo*.

Ao fim e ao cabo, diga-se que este trabalho prestou-se à consecução de um objetivo bastante específico: expor em seus aspectos estático e dinâmico a técnica da modulação temporal dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade (capítulos II e III), bem como os fundamentos sobre os quais o instituto se erige (capítulo I) e os desdobramentos críticos que o assunto suscita (capítulo IV). Cumprida essa tarefa, indigitaram-se provável evolução legislativa do tema e cabível aprimoramento do uso da técnica no ambiente institucional e procedimental já estabelecido, assim como se apontaram possíveis desdobramentos da pesquisa em três direções: aprofundamento em relação à dimensão espacial ou subjetiva da modulação, quanto ao discurso necessário para sustentá-la e quanto aos instrumentos viáveis para integrar o ordenamento jurídico, depois de caracterizado o indesejado estado de anomia.

Sendo isso o que se tinha a dizer, é tempo de dar por encerrado o trabalho.

BIBLIOGRAFIA

LIVROS

ABREU, João Leitão de. **A validade da ordem jurídica**. Porto Alegre: Globo, 1964.

ALESSI, Renato. **Sistema istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1958.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica**. Trad. ZILDA HUTCHINSON SCHILD SILVA. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Luís Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2000.

ANDRADE, Fábio Martins de. **Modulação em matéria tributária: o argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico e as decisões do STF**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

APPIO, Eduardo. **Controle difuso de constitucionalidade: modulação de efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada**. Curitiba: Juruá, 2008.

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

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

AZAMBUJA, Carmen Luiza Dias de. **Controle judicial e difuso de constitucionalidade no Direito Brasileiro e Comparado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BACHOF, Otto. **Jueces y Constitución**. Madrid: Civitas, 1985.

_____. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Trad. JOSÉ MANUEL M. CARDOSO DA COSTA. São Paulo: Almedina, 2009.

BALINE JUNIOR, Hamid Charaf. **Efeitos do negócio jurídico nulo.** São Paulo: Saraiva, 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Curso de Direito Administrativo.** 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de Direito Administrativo.** Vol. I: Introdução. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BAPTISTA, Patrícia Ferreira. **Segurança Jurídica e proteção da confiança legítima no Direito Administrativo: análise sistemática e critérios de aplicação no Direito Administrativo Brasileiro.** São Paulo: Tese apresentada à Universidade de São Paulo como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito- Direito Administrativo, 2006.

BARBOSA SOBRINHO, Osório Silva. **Comentários à Lei n. 9.868/99: processo do controle concentrado de constitucionalidade.** São Paulo: Saraiva, 2004.

BARBOSA, Rui. **Atos inconstitucionais.** 3. ed. Campinas: Russell Editores, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais.** 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional.** 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional.** São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** 11. ed. Curitiba: Hemus, 2000.

BERNARDES, Juliano Taveira. **Controle abstrato de constitucionalidade: elementos materiais e princípios constitucionais.** São Paulo: Saraiva, 2004.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização.** 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. ARI MARCELO SOLON. São Paulo: Edipro, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BUENO, José Antônio Pimenta. **Direito Público Brasileiro e análise da Constituição do Império**. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça, 1958.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Direito constitucional ao alcance de todos**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BUZUID, Alfredo. **Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1958.

CALMES, Sylvia. **Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français**. Paris: Dalloz, 2001.

CAMPOS, Francisco. **Direito Constitucional**. I Volume. São Paulo: Freitas Bastos, 1956.

CANAS, Vitalino. **Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional**. 2. ed. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1994.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

_____.; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. CARLOS ALBERTO ÁLVARO DE OLIVEIRA. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1993.

_____. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Fabris Editor, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. **Sistemas de nulidades dos atos jurídicos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

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

CAVALCANTI FILHO, Theophilo. **O problema da segurança no Direito**. São Paulo: RT, 1964.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Do controle da constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

CIANCI, Mirna; ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual do controle de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

COLLAÇO, João Maria Tello de. **Ensaio sobre a inconstitucionalidade das leis no Direito Português**. Coimbra: França e Armênio Editores, 1915.

COLNAGO, Cláudio de Oliveira. **Interpretação conforme a constituição: decisões interpretativas do STF em sede de controle de constitucionalidade**. São Paulo: Método, 2007.

COSTA, José Manuel M. Cardoso da. **A jurisdição constitucional em Portugal**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente Judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. Salvador: Juspodivm, 2006.

DANTAS, Ivo. **Novo processo constitucional brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. III. São Paulo: Malheiros, 2001.

DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. **O controle abstrato de constitucionalidade sob o enfoque dos princípios processuais**. São Paulo: Tese apresentada à Universidade de São Paulo como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito – Direito Constitucional, 2010.

_____. **O controle estadual de constitucionalidade de leis e atos normativos**. São Paulo: Saraiva, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. NELSON BOEIRA. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

ENTERRÍA, Eduardo García de. **La constitución como norma y el tribunal constitucional**. 4. ed. Madrid: Civitas, 2006.

FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. Trad. DUNIA MARINHO SILVA. São Paulo: Landy Ed. 2004.

FERNANDES, André Dias. **Eficácia das decisões do STF em ADIN e ADC: efeito vinculante, coisa julgada *erga omnes* e eficácia *erga omnes***. Salvador: Jupodivm, 2009.

FERNANDES, Luis A. Carvalho. **A conversão dos negócios jurídicos civis**. Lisboa: Quid Júris, 1993.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5. ed. São Paulo: RT, 2004.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A democracia possível**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974.

_____. **Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 34. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Do processo legislativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Princípios fundamentais do Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERREIRA, Olavo Alves. **Controle de constitucionalidade e seus efeitos**. São Paulo: Método, 2003.

FISCHER, Octávio Campos. **Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no Direito Tributário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas: justiça e democracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

GARCEZ, Martinho. **Das nulidades dos atos jurídicos**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

GARCIA, Emerson. **Conflito entre normas constitucionais: esboço de uma teoria geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **O valor positivo do acto inconstitucional**. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade Direito Lisboa, 1992.

GUASTINI, Riccardo. **Interpretación, Estado y Constitución**. Lima: Ara Editores, 2010.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Volume 1. 2. ed. Trad. FLÁVIO BENO SIEBENEICHLER. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.

HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James e JAY, John. **O federalista**. Trad. RICARDO RODRIGUES GAMA. Campinas: Russell, 2003.

HORBACH, Carlos Bastide. **Teoria das nulidades do ato administrativo**. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.

HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução JOÃO BAPTISTA MACHADO. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

LOUREIRO JÚNIOR. **O controle da constitucionalidade das leis**. São Paulo: Max Limonad, 1957.

LOWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. Trad. ALFREDO GALLEGU. Barcelona: Anabitarte, 1964.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Eficácia das decisões e execução provisória**. São Paulo: RT, 2000.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. **La seguridad jurídica**. Barcelona: Ariel Derecho, 1991.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 5. ed. São Paulo: RT, 2000.

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

MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional**. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.

_____. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Ed. RT, 2010.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de conhecimento**. 4. ed. São Paulo: RT, 2005.

MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. Vol. III. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

MARTINS, Leonardo. **Direito Processual Constitucional Alemão**. São Paulo: Atlas, 2011.

MAXIMILIANO, Carlos. **Direito intertemporal ou teoria da retroatividade das leis**. 2. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1955.

_____. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 140.

MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999.

MELLO, José Luiz de Anhaia. **Da separação de poderes à guarda da Constituição: as cortes constitucionais**. São Paulo: dissertação para concurso à cátedra do Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1968.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 15. ed. São Paulo: 2008.

_____. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 10. ed. São Paulo: 2010.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **A teoria das constituições rígidas**. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1980.

_____. **Princípios gerais de direito administrativo**. Vol. I: Introdução. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Estado de Direito e Jurisdição constitucional: Gilmar Mendes 2002-2010**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade**. 1. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1968 (reimpressão).

_____. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo II. 6. ed. Coimbra: Coimbra Ed, 2007.

_____. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed, 2008.

_____. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo VI. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed, 2008.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **O espírito das leis**. Trad. FERNANDO HENRIQUE CARDOSO e LEÔNICIO MARTINS RODRIGUES. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1995.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional. Tomo I: Garantia da Constituição e controlo da Constitucionalidade**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2006.

_____. **Justiça Constitucional. Tomo II: O contencioso constitucional português entre o modelo misto a tentação do sistema de reenvio**. Coimbra: Coimbra Ed., 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual (Quarta série)**. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. **Temas de Direito Processual (Segunda Série)**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

MÜLLER, Friederich. **Metodologia do Direito Constitucional**. Trad. PETER NAUMANN. 4. ed. São Paulo: RT, 2011.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 6. ed. São Paulo: RT, 2000.

NOJIRI, Sérgio. **O dever de fundamentar as decisões judiciais**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Ed., 2003.

NUNES, Castro. **Teoria e prática do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 1943.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos**. 2. ed. São Paulo: RT, 2001.

_____. **Controle dos atos de governo pela jurisdição**. São Paulo: RT, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. 1. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução**. Coimbra: Coimbra Ed., 1989.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Efeitos da decisão de inconstitucionalidade em direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2002.

_____. **O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro: aspectos constitucionais e processuais.** São Paulo: Malheiros, 2010.

PINARDI, Roberto. **L'horror vacui nel giudizio sulle leggi: prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte Costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore.** Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2007.

PINTO, Júnior Alexandre Moreira. **Conteúdos e efeitos das decisões judiciais.** São Paulo: Atlas, 2008.

POLLETTI, Ronaldo. **Controle de constitucionalidade das leis.** Rio de Janeiro: Forense, 1985.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1946.** Tomo II. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960.

_____. **Tratado de Direito Privado: Parte Geral. Tomo IV: Validade. Nulidade. Anulabilidade.** 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

PONTES, Helenilson Cunha. **O princípio da proporcionalidade e o Direito Tributário.** São Paulo: Dialética, 2000.

POPPER, Karl. **Lógica das ciências sociais.** 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção.** São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos.** São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução.** São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Perspectivas de evolução do Controle de Constitucionalidade no Brasil.** São Paulo: Tese apresentada para o concurso de provimento de cargo de professor titular do Departamento de Direito do Estado – Área de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: 2005.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Constituição e constitucionalidade.** Belo Horizonte: Ed. Lê, 1991.

_____. **Princípios constitucionais da administração pública.** Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito – A perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão.** São Paulo: RT, 2005.

_____. **Princípios Constitucionais.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia Constitucional y derechos fundamentales**. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

SANTIAGO, José Maria Rodríguez de. **La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo**. Madrid: Marcial Pons, 2000.

SARMENTO, Daniel. **Ponderação de interesses na Constituição Federal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SAVIGNY, M. F. C. de. **Sistema del Derecho Romano Actual**. Trad. JACINTO MESÍA y MANUEL POLEY. Granada: Editorial Comares, 2005.

SCHMITT, Carl. **O guarda da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SIYÈS, Emmanuel Joseph. **O que é o Terceiro Estado?** 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Luís Vírgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SIMONE, Diego Caldas Rivas de. **Segurança Jurídica e tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. **Direito Processual Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

SORMANI, Alexandre. **Inovações da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade: uma visão crítica da Lei n. 9.868/99 sob o viés do princípio da segurança jurídica**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

SOUSA, Marcelo Rebelo de. **O valor jurídico do acto inconstitucional**. Vol. I. Lisboa: Gráfica Portuguesa, 1988.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

STEINMETZ, Wilson Antonio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STEPHENS, Pamela J. **A nova doutrina da retroatividade: igualdade, confiança e stare decisis**. Trad. PABLO GIORDANO BERNARDI BOMBARDELLI. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TALAMINI, Eduardo. **Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira: repercussão geral, força vinculante, modulação dos efeitos do controle de constitucionalidade e alargamento do objeto do controle direto**. São Paulo: Tese apresentada para o concurso à livre-docência do Departamento de Direito Processual – Área de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Tratado da arguição de preceito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Tribunal e Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

TAVARES, Paulo Armínio. **O princípio da proporcionalidade e a interpretação da Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 4. ed. São Paulo: Renovar, 2008.

TRIBE, Laurence H. **American Constitutional Law**. Vol. 1. 3. ed. New York: Foundation Press, 2000.

VALIM, Rafael. **O princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2010.

VELANO, Emília Maria. **Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei tributária**. Curitiba: Juruá, 2010.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória: recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?** São Paulo: RT, 2001.

YAÑEZ, Sergio Tamayo. **Conceptos jurídicos indeterminados e interpretación constitucional**. Lima: Ara Editores, 2009.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **La giustizia costituzionale**. Imola: Il Mulino, 1988.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 2. ed. São Paulo: RT, 2012.

ZORRILLA, Daniel Martínez. **Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa**. Madrid: Marcial Pons, 2007.

ARTIGOS

ALMEIDA, Luís Nunes de. Tribunal Constitucional de Portugal: a justiça constitucional no quadro das funções do Estado. **VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus**. Lisboa: Tribunal Constitucional, 1987.

ALVES, José Carlos Moreira. A evolução do controle de constitucionalidade no Brasil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **As garantias do cidadão na Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993.

ALVIM, Thereza. O cabimento dos embargos ou impugnação ante a sentença contrária à Constituição (arts. 741, parágrafo único, e 475-L, do CPC): hipótese de “flexibilização” ou inexistência da coisa julgada? In: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel (coord.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier**. São Paulo: RT, 2008.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Controle de constitucionalidade: evolução brasileira determinada pela falta do *stare decisis*. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, v. 101, p. 133-148, jun. 2012.

_____. Da admissibilidade da restrição temporal de efeitos das decisões de inconstitucionalidade em controle concreto. In: HORBACH, Carlos Bastide; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; LEAL, Roger Stiefelmann. **Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia: homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

_____. Sobre a organização de poderes em Montesquieu: Comentários ao Capítulo VI do Livro XI de O espírito das leis. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, v. 97, p. 53-68, fev. 2008.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Fund. Getúlio Vargas, v. 215, p. 151-179, jan./mar. 1999.

_____. Conteúdo, limites e intensidade dos controles de razoabilidade, de proporcionalidade e de excessividade das leis. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Fund. Getúlio Vargas, v. 236, p. 369-384, abr.-jun. 2004.

_____. Princípios e regras e a segurança jurídica. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, v. 1, p. 189-206, jan.-mar. 2006.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Nulidade parcial de ato normativo, certeza e segurança jurídica diante de alteração de jurisprudência consolidada. Aplicação da boa-fé objetiva ao Poder Público. **Crédito-Prêmio de IPI: Estudos e Pareceres III**. Barueri: Minha Editora, 2005.

BARBOSA, Daniel Marchionatti. Quando o STF opta pela eficácia prospectiva das decisões de inconstitucionalidade? **Revista CEJ**. Brasília: CJF, v. 12, p. 4-11, out/dez 2008.

BARROS, Sérgio Resende de. Simplificação do controle de constitucionalidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). **As vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo. **Temas de Direito Constitucional**. Vol. 1. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2002.

_____. Direitos fundamentais, colisão e ponderação de valores. **Temas de Direito Constitucional**. Vol. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o Novo Código Civil. **Revista de Direito Renovar**. Rio de Janeiro: Renovar, v. 31, p. 143-170, jan./abr. 2005.

_____. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2010.

_____. Mudança da jurisprudência do Supremo tribunal Federal em matéria tributária. Segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, v. 1, p. 261-288, abr./jun. 2006.

_____. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Constitucional. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo: RT, v. 6, p. 65-78, abr./jun. 1998.

_____; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LEITE, George Salomão (coord.) **Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

BORGES, José Souto Maior. O princípio da segurança na Constituição Federal e na Emenda Constitucional 45/2004. Implicações Fiscais. In: PIRES, Adilson Rodrigues; TÔRRES, Heleno Taveira (org.). **Princípios de Direito Financeiro e Tributário: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. São Paulo: Renovar, 2006.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Convalidação da lei editada com vício de iniciativa em torno da Súmula n. 5 do Supremo Tribunal Federal. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**. Brasília: TRF 1.ª Região, v. 8, p. 21-26, jan.-mar. 1996.

_____. Efeitos da inconstitucionalidade da Lei. **Revista de Direito Público**. Porto Alegre: Síntese, v. 8, p. 154-162, abr.-jun 2005.

BRUN, Felipe Caballero. Derecho penal substantivo y efectos en el tiempo de la sentencia del Tribunal Constitucional que declara la inconstitucionalidad de un precepto legal. **Revista de Derecho**. Valdivia: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, v. XIX, p. 161-185, dez. 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.cl/pdf/revider/v19n2/art08.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2012.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A razoabilidade na dogmática jurídica contemporânea: em busca de um mapa semântico. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, v. 6, p. 137-161, abr.-jun. 2005.

CANAS, Vitalino. Os efeitos das decisões do Tribunal Constitucional: a garantia da segurança jurídica, da equidade e do interesse público. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. São Paulo: Escola Superior de Direito Constitucional – ESDC, v. 2, p. 225-239, jul.-dez. 2003.

CARDOZO, Teodomiro Noronha. O princípio da proporcionalidade (*verhältnismässigkeitsprinzip*) e a ponderação de direitos fundamentais: análise de um caso concreto submetido ao tribunal constitucional da Alemanha. **Revista da Esmape**. Recife: Esmape, v. 13, p. 535-547, jan.-jun. 2008.

CARRAZZA, Roque Antônio. Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais: competência dos Tribunais Superiores para fixá-la – questões conexas. In: FERRAZ JR. Tércio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. **Efeitos ex nunc e as decisões do STJ**. 2. ed. Barueri: Manole, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Interesse Público: Verdades e Sofismas. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coord.). **Supremacia do Interesse Público e outros temas relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

CARVALHO, Paulo de Barros. Segurança jurídica e modulação dos efeitos. **Revista de Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, v. 102, p. 18-28, 2008.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira de. Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos em face das Leis n.ºs 9.868 e 9.882/99. In: SARMENTO, Daniel (org.). **O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Crédito-prêmio de IPI e princípio constitucional da segurança jurídica. In: **Crédito-Prêmio de IPI: Estudos e Pareceres III**. Barueri: Minha Editora, 2005.

_____. Declaração de Inconstitucionalidade de dispositivo normativo em sede de juízo abstrato e efeitos sobre os atos singulares praticados sob sua égide. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, v. 5, p. 279-307, abr.-jun. 1997.

CORREIA, Hugo Alexandre Pedro. Admissibilidade da restrição temporal de efeitos em fiscalização concreta. In: MORAIS, Carlos Blanco de (coord.). **As sentenças intermédias da Justiça Constitucional**. Lisboa: AAFDL, 2009.

CORTE COSTITUZIONALE D'ITALIA. La giustizia costituzionale nel quadro delle funzioni dello stato: con particolare riguardo alle specie, ai contenuti ed agli effetti delle decisioni sulla costituzionalità delle norma giuridiche. **VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus**. Lisboa: Tribunal Constitucional, 1987.

COSTA, José Manuel M. Cardoso da. A Justiça Constitucional no quadro das funções do estado vista à luz das espécies, conteúdo e efeitos das decisões sobre a constitucionalidade

das normas jurídicas. Relatório Geral. **VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus**. Lisboa: Tribunal Constitucional, 1987.

COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei n.º 9.784/99). **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, v. 237, p. 271-315, jul.-set. 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, v. 48, p. 63-76, 2004.

_____. Os princípios da proteção à confiança, da segurança jurídica e da boa-fé na anulação do ato administrativo. **Fórum Administrativo – Direito Público**. Belo Horizonte: Fórum, v. 100, p. 155-166, jun. 2009.

DIAS, Roberto; LAURENTIIS, Lucas de. A segurança jurídica e o Supremo Tribunal Federal: modulação dos efeitos temporais no controle da constitucionalidade. In: OLIVEIRA, José Roberto; VALIM, Rafael e DAL POZZO, Augusto Neves. **Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, no prelo.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Aspectos processuais da ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e da ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade). In: DIDIER JR., Fredie (Org.). **Ações constitucionais**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Discricionariedade, devido processo legal e controle jurisdicional dos atos administrativos. **Fundamentos do processo civil moderno**. Vol. 1. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. Mutações jurisprudenciais e as expectativas dos jurisdicionados. A garantia constitucional de acesso à justiça e a irrelevância da inexistência de instrumentos processuais específicos. **Crédito-Prêmio de IPI: Estudos e Pareceres III**. Barueri: Minha Editora, 2005.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. Tendências do Direito Constitucional brasileiro: a ampliação da jurisdição constitucional e da proteção dos direitos do homem e do cidadão. A Lei n.º 9.882, de 3 de dezembro de 1999. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). **As vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

ENTERRÍA, Eduardo García de. Constituição como norma. **Revista de Direito Público**. São Paulo: RT, v. 78, p. 5-17, abr.-jun. 1986.

_____. Justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales. **Revista de Direito Público**. São Paulo: RT, v. 92, v. 5-16, out.-dez. 1989.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. O ato jurídico perfeito e a segurança jurídica no controle da constitucionalidade. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord.). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada – Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Do efeito *ex nunc* na declaração de inconstitucionalidade pelo STF. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (coord.). **O processo na Constituição**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O papel político do Judiciário na Ordem constitucional vigente. **Revista do Advogado**. São Paulo: AASP, v. 28, p. 86-91, set. 2008.

_____. O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade (Leis n.º 9.868, de 10 de novembro e n.º 9.982, de 3 de dezembro de 1999). **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Fund. Getúlio Vargas, v. 220, p. 1-17, abr.-jun. 2000.

_____. O valor do ato inconstitucional em face do Direito Positivo Brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Fund. Getúlio Vargas, v. 230, p. 217-236; out.-dez. de 2002.

FERREIRA, Carlos Wagner Dias. Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso. **Revista Esmafe**. Recife: Esmafe, v. 12, p.155-178, mar. 2007.

FERREIRA, Maria Elizabeth Malaquias. Modulação dos efeitos temporais no controle jurisdicional de constitucionalidade e reflexos sobre a norma do art. 52, X, da Constituição Federal. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal, v. 44, p. 193-207, jan.-mar. de 2007.

FRANCISCO, José Carlos. Confiança legítima, modulação de efeitos e súmula vinculante 8 do E. STF. In: MESSA, Ana Flávia; MAC CRACKEN, Roberto Nussinkis (coord.). **Tendências jurídicas contemporâneas: estudos em homenagem a Nuncio Theophilo Neto**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Controle de constitucionalidade. In: TANAKA, Sônia Yuriko Kanashiro (coord.). **Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. Natureza das normas e atos inconstitucionais. **Repertório de Jurisprudência IOB: Tributário, Constitucional e Administrativo**. São Paulo: IOB, v. 17, p. 632-629, set. 2004.

GARCIA, Maria. Inconstitucionalidades: o voto de Marshall (1803) e a modulação de efeitos da Lei 9.868/99. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: RT, v. 73, p. 206-223, out.-dez. 2010.

GUASTINI, Riccardo. Os princípios constitucionais como fonte de perplexidade. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; OLIVEIRA, Elton Somensi (org.). **Correntes Contemporâneas do Pensamento Jurídico**. São Paulo: Manole, 2010.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Noção essencial do princípio da proporcionalidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; Jobim, Eduardo (coord.). **O processo na Constituição**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

HESSE, Konrad. A interpretação constitucional. In: ALMEIDA, Carlos dos Santos; MENDES, Gilmar Ferreira e Coelho, Inocência Mártires (coords.). **Temas fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

JOBIM, Marco Félix. Os efeitos modulatórios na Ação Direta de Inconstitucionalidade e seus critérios de fixação: podem-se prever os efeitos no julgamento da ADI n. 3695-5. In: ZAVASCKI, Liane Tabarelli; JOBIM, Marco Félix (org.). **Diálogos constitucionais de direito público e privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

KELSEN, Hans. A jurisdição constitucional. **Jurisdição Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. O controle judicial da constitucionalidade (Um estudo comparado das Constituições austríaca e americana). **Jurisdição Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. Quem deve ser o guardião da Constituição? **Jurisdição Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LIMA, Christina Aires Correa. Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo: RT, v. 7, p. 183-208, abr.-jun. 1999.

LUNARDI, Soraya Gasparetto. Modulação temporal dos efeitos no processo de controle de constitucionalidade e influência de argumentos econômicos. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**. Belo Horizonte: Fórum, v. 3:, p. 209-227, jan.-mar. 2009.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. Os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade: algumas notas sobre sua aplicação no âmbito tributário. **Revista de Direito Tributário da APET**. São Paulo: MP, v. 3, p. 51-86, mar. 2006.

MACHADO, Hugo de Brito. Declaração de inconstitucionalidade e Direito intertemporal. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Oliveira Rocha, v. 57, p. 72-87, jun. 2000.

MACIEIRA, Luciana de Assunção. A inconstitucionalidade do art. 27 da Lei n.º 9868/99 quanto ao regulamento processual dos efeitos do provimento final em sede de controle abstrato. **Revista da Esmape**. Recife: Esmape, v. 6, p. 291-309, jan.-jun. 2001.

MANDELLI JÚNIOR, Roberto Mendes. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: em defesa do Estado Social Democrático de Direito. In: TAVARES, André Ramos; ROTHEMBURG, Walter Claudius. **Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, v. 906, p. 255-283, abr. 2011.

MAURER, Hartmut. A revisão jurídico-constitucional das leis pelo Tribunal Constitucional Federal. In: ÁVILA, Humberto (org.). **Fundamentos do Estado de Direito: estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva**. São Paulo: Malheiros, 2005.

MEDAUAR, Odete. Segurança jurídica e confiança legítima. In: ÁVILA, Humberto (org.). **Fundamentos do Estado de Direito: estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva**. São Paulo: Malheiros, 2005.

MEDEIROS, Rui. Valores jurídicos negativos da lei inconstitucional. **O direito**. Lisboa: Juridireito, Ano 121, v. 3, p. 485-544, jul./set. 1989.

MENDES, Gilmar Ferreira. A constitucionalidade do art. 27 da Lei n.º 9.868/99. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno. **Direito Constitucional contemporâneo: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

_____. A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade e a declaração de inconstitucionalidade de caráter restritivo ou limitativo no direito brasileiro. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). **As vertentes do direito constitucional contemporâneo**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

_____. Limitação de efeitos no sistema difuso e a aplicação do art. 27 da Lei 9.868/99: algumas notas. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (coord.). **Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

_____. O papel do Senado no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal, v. 162, p. 149-168, abr./jun. 2004.

MICHELON JÚNIOR, Cláudio Fortunato. Ensaio sobre a história, as possibilidades e os limites de uma teoria das invalidades dos atos jurídicos. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: Ed. Ciência Jurídica, v. 40, p. 47-74, jan./jun. 1998.

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

MORAIS, Carlos Blanco de. As sentenças com efeitos aditivos. In: MORAIS, Carlos Blanco de (coord.). **As sentenças intermédias da Justiça Constitucional**. Lisboa: AAFDL, 2009.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. In: DIDIER JR., Fredie (org.) **Relativização da coisa julgada**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2006.

_____. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. **Doutrinas essenciais do Processo Civil**. Vol. 6. São Paulo: RT, 2011.

NERY JUNIOR, Nelson. Boa fé objetiva e segurança jurídica. In: FERRAZ JR., Tércio Sampaio; CARRAZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. **Efeitos *ex nunc* e as decisões do STJ**. 2. ed. Barueri: Manole, 2009.

NOBRE, Marcos. Indeterminação e estabilidade – Os 20 anos da Constituição e as tarefas de pesquisa em direito. **Revista Novos Estudos – CEBRAP** [online], v. 82, p. 97-106, set. 2008. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0101-33002008000300005>>. Acesso em: 14 set. 2012.

OBERNDORFER, Peter. A justiça constitucional no quadro das funções estaduais, nomeadamente espécies, conteúdo e efeitos das decisões sobre a constitucionalidade de normas jurídicas – Tribunal Constitucional da Áustria. **VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus**. Lisboa: Tribunal Constitucional, 1987.

PEREZ, Carlos Alberto Navarro. Relação entre o ativismo judicial e a atuação deficiente do Poder Legislativo: altruísmo a desserviço da democracia. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: RT, v. 20, p. 115-149, jan./mar. 2012.

PIMENTA, Leonardo Goulart. Eficácia das normas inconstitucionais: considerações sobre o art. 27 da Lei n.º 9.868 de 1999. **Fórum Administrativo – FA**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, v. 135, p. 36-39, mai. 2012.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. A modulação da eficácia temporal da decisão de inconstitucionalidade da lei tributária em controle difuso. In: ROCHA, Valdir de Oliveira. **Grandes questões atuais de direito tributário**. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

POLITI, Fabrizio. L'efficacia nel tempo delle sentenze di accoglimento nelle riflessioni della rivista 'Giurisprudenza costituzionale'. In: PACE, Alessandro (a cura di). **Corte costituzionale e processo costituzionale**. Milano: Giuffrè, 2006.

PRADE, Péricles. Embargos declaratórios em ação direta de inconstitucionalidade e a omissão quanto ao exame do art. 27 da Lei n.º 9.868/99: breves considerações. In: ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (coord.). **Direito e processo: estudos em homenagem ao Desembargador Norberto Ungaretti**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

RAMOS, Elival da Silva. A exigência de proporcionalidade no Controle Abstrato de normas brasileiro. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel (org.). **Direitos, deveres e garantias fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2011.

_____. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: delineamento do instituto. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (org.). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n.º 9.882/99**. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. Segurança Jurídica e efeitos da Declaração Incidental de Inconstitucionalidade. **Revista Acadêmica da Justiça Federal da 3ª Região**. São Paulo: TRF da 3ª Região, v. 3, p. 61-83, jan./jun. 2011.

REVORIO, Francisco Javier Díaz. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el Derecho Comparado Europeo. **Revista Española de Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, v. 61, p. 81-130, jan./abr. 2001.

RIBEIRO, Luís Ant3nio Cunha. Democracia e controle da constitucionalidade. In: SARMENTO, Daniel (org.). **O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. A prote73o da confian73a legítima do contribuinte. **Revista Dialéctica de Direito Tributário**. São Paulo: Oliveira Rocha, v. 145, p. 99-115, out. 2007.

ROMBOLI, Roberto. La tipologia de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en via incidental. **Revista Española de Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, v. 48, p. 35-80, set./dez 1996.

ROSENN, Keith S. Os efeitos do controle judicial de constitucionalidade nos Estados Unidos, Canadá e América Latina numa perspectiva comparada. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Fund. Getúlio Vargas, v. 23, p. 159-185, jan./mar. 2004.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Princípio da proporcionalidade. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; LOPES, Maria Elizabeth de Castro (org.). **Princípios processuais civis na Constituição**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

_____. Velhos e novos rumos das ações de controle abstrato de constitucionalidade à luz da Lei n.º 9.868/99. In: SARMENTO, Daniel (org.). **O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SAMPAIO, Flávia Cerqueira de. Os efeitos diferidos para o futuro de uma decisão de inconstitucionalidade. In: MORAIS, Carlos Blanco de (coord.). **As senten73as intermédias da Justiça Constitucional**. Lisboa: AAFDL, 2009.

SAMPAIO, José Adércio Leite. As senten73as intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coord.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à seguran73a jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no Direito Constitucional Brasileiro. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (org.). **Constituição e seguran73a jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: alguns aspectos controversos. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (org.). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n.º 9.882/99**. São Paulo: Atlas, 2001.

SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Alvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

_____. Eficácia temporal do controle de constitucionalidade (o princípio da proporcionalidade e a ponderação de interesses) da lei. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, v. 212, p. 27-40, abr./jun. 1998.

_____. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In: Sarmento, Daniel (org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SCHMITT, Carl. Riflessioni di un giurista sulla filosofia dei valori. **La tiranni dei valori**, Milano: Adelphi, 2008.

SEGADO, Francisco Fernández. Los cambios de la jurisprudência constitucional. **Interesse Público**. Porto Alegre: Fórum, v. 9, p. 161-218, mar./abr. 2007.

SILVA, Luís Vírgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, v. 798, p. 23-50, abr. 2002.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (coord.). **O processo na Constituição**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

SOARES, Flávia D'Urso Rocha. Aspectos penais dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo: RT, v. 6, p. 311-322, jan./mar. 1998.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. In: AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga de; TAVARES, André Ramos (coord.) **Constitucionalismo: os desafios no terceiro milênio**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

TÁCITO, Caio. Anulação de leis inconstitucionais. In: TÁCITO, Caio. **Temas de Direito Público**. Vol. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

TALAMINI, Eduardo. Objetivação do controle incidental de constitucionalidade e força vinculante (ou 'Devagar com o andor que o santo é de barro'). In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins – Volume 12**. São Paulo: RT, 2011.

TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). **Estudos de Direito Processual Civil: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão**. São Paulo: RT, 2005.

_____. Legalidade e justificativa da criação judiciária do Direito. **Revista Esmape**. Recife: Esmape, v. 6, p. 431-456, jul.-dez. 2001.

TAVARES, André Ramos. A inconsistência do Tribunal Constitucional como 'legislador negativo' em face de técnicas avançadas de decisão da Justiça Constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**. Belo Horizonte: Fórum, v. 4, p. 117-130, jul./set. 2010.

THEODORO JR., Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos para seu controle. **Genesis: Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba: Genesis, v. 6, p. 542-562, jul./set. de 2001.

TORRES, Heleno Taveira. **Modulação de efeitos da decisão e o ativismo judicial**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-18/consultor-tributario-modulacao-efeitos-decisoes-fundamental>>. Acesso em 18/07/2012.

TORRES, Ricardo Lobo. A legitimação dos direitos humanos e os princípios da ponderação e da razoabilidade. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Efeitos prospectivos da declaração de inconstitucionalidade como técnica garantidora do livre exercício da atualização constitucional. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, v. 38, p. 185-195, 2002.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Da jurisdição constitucional: aspectos inovadores no controle concentrado de constitucionalidade. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, v. 29, p. 5-18, 2000.

ZAVASCKI, Teori Albino. Sentenças inconstitucionais: inexigibilidade. **Revista de Direito Renovar**. Rio de Janeiro: Renovar, v. 37, p. 35-48, jan./abr. 2007.

ZEIDLER, Wolfgang. A justiça constitucional no quadro das funções do Estado, em especial tipos, conteúdos e efeitos das decisões sobre a constitucionalidade de normas. Tribunal Constitucional Federal da República Federal da Alemanha. **VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus**. Lisboa: Tribunal Constitucional, 1987.