ESDRAS BOCCATO

MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE:

Ponderação, subsunção e dosimetria

Dissertação de mestrado

Orientador: Prof. Dr. Roger Stiefelmann Leal

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO – 2013

ESDRAS BOCCATO

MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE:

Ponderação, subsunção e dosimetria

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para a obtenção do título de Mestre em Direito do Estado, sob a orientação do Prof. Dr. Roger Stiefelmann Leal.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
SÃO PAULO – 2013

RESUMO

A presente dissertação analisa a modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade sob a perspectiva de seus métodos de aplicação. Aprecia-se criticamente a adequação da orientação jurisprudencial feita pelo Supremo Tribunal Federal e defendida pela predominante doutrina brasileira no sentido de que a modulação de efeitos deve ser realizada a partir da técnica de ponderação de princípios. Neste propósito, este trabalho apresenta os principais métodos mencionados na doutrina estrangeira e brasileira para a modulação de efeitos, subdividindo-os em soluções com ponderação e soluções com subsunção. Além disso, tomando-se como fundamento que a invalidação da lei inconstitucional é ato de imposição de sanção jurídica, analisam-se os pontos em comum existentes entre a modulação de efeitos e a dosimetria da pena, na medida em que ambas podem ser consideradas técnicas de dosagem de sanção jurídica.

PALAVRAS-CHAVE

Controle de constitucionalidade. Modulação de efeitos. Declaração de inconstitucionalidade. Ponderação. Subsunção. Dosimetria. Invalidação. Sanção.

ABSTRACT

This dissertation examines the changing of temporal effects judgment of unconstitutionality from the perspective of their application methods. Critically, it studies the adequacy of judicial guidance made by Supreme Court and defended by the prevailing brazilian doctrine that chancing effects should be performed using the technique of balacing principles. In this way, this study presents the main methods mentioned in brazilian and foreign doctrine for chancing effects, subdividing into balacing solutions and subsumption solutions. Moreover, taking assumption that invalidation of unconstitutional law is adjudication act of legal sanction, it analyzes commonalities between chancing effects and criminal dosimetry, because both can be considered dosage techniques of legal sanction.

KEYWORDS

Judicial review. Judgment of unconstitutionality. Changing effects. Balancing. Subsumption. Dosimetry. Invalidation. Sanction.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus por me permitir chegar até aqui com saúde e alegria. A Ele toda glória seja dada. Agradeço ao prof. Dr. Roger Stiefelmann Leal. Desde o dia que o conheci, tem se mostrado um autêntico docente com paixão pelo ensino, do que pude desfrutar com inúmeras conversas após as aulas e em lugares os mais variados. Agradeço meus pais e amigos pelo apoio e incentivo. Por fim, sendo o mais importante, agradeço de coração minha noiva e futura esposa, Maria Augusta. Sua compreensão, carinho e auxílio foram indispensáveis para que eu chegasse até aqui, não sei se algum dia teria como recompensar tudo o que ela me fez.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....08
2. SANÇÃO AO VÍCIO DE INCONSTITUCIONALIDADE.....12
2.1. Invalidação como sanção à inconstitucionalidade.....12
2.1.1. Primeiras ideias.....12
2.1.2. Ambigüidade inicial da expressão "inconstitucionalidade".....14
2.1.3. Conceito de sanção jurídica e a invalidação das leis.....16
2.1.4. Sanção à inconstitucionalidade no direito constitucional.....22
2.1.5. Constituição Federal de 1988 e a sanção à inconstitucionalidade.....26
2.1.6. Conteúdo da sanção à inconstitucionalidade: a invalidação.....31
2.1.7. Decisão de inconstitucionalidade e a aplicação de sanção.....36
2.2. Modulação de efeitos.....39
2.2.1. Atenuações nos regimes sancionatórios da inconstitucionalidade.....39
2.2.2. Conceito de modulação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade.....46
3. MÉTODOS DE APLICAÇÃO DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.....53
3.1. Considerações iniciais.....53
3.2. Soluções com ponderação.....56
3.2.1. Noções sobre ponderação.....56
3.2.2. Princípio da nulidade *versus* princípio da segurança jurídica.....64
3.2.3. Princípio da supremacia da Constituição *versus* princípio da segurança jurídica.....72
3.2.4. Princípios subjacentes à norma constitucional violada *versus* princípio da segurança jurídica.....76
3.2.5. Princípio da conservação do Estado *versus* princípios de direitos fundamentais do indivíduo e do contribuinte.....84
3.2.6. Princípios cuja colisão deve ser identificada pela jurisdição constitucional caso a caso.....88
3.3. Soluções com subsunção.....90
3.3.1. Noções sobre subsunção.....90
3.3.2. Superação de jurisprudência pacificada (*prospective overruling*).....96

3.3.3. Situações administrativas firmes e as fórmulas de preclusão.....104
3.3.4. Vazios normativos e necessidade de atuação do legislador.....114
3.4. Soluções pelo juízo político.....120
4. CRÍTICAS À MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL.....123
4.1. Propósito da exposição das críticas.....123
4.2. Críticas ao método de ponderação.....124
4.3. Críticas à modulação de efeitos.....131
4.4. Críticas ao art. 27, Lei nº. 9.868/99.....140
4.5. Inferências das críticas.....145
5. PROPOSTAS DE ALTERNATIVAS À PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS PARA A MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.....149
5.1. Razões para análise comparativa.....149
5.2. Lições da dosimetria no direito penal.....151
5.2.1. Evolução histórica da aplicação da pena e a dosimetria.....151
5.2.2. A dosimetria e a preocupação com objetividade.....155
5.2.3. Comparações com a modulação de efeitos e a preferência pela subsunção.....161
5.3. Inserção das soluções com subsunção na jurisdição constitucional brasileira.....166
5.3.1. A doutrina do *prospective overruling* no Brasil.....167
5.3.2. A doutrina das situações consolidadas no Brasil.....170
5.3.3. A doutrina do vazio normativo no Brasil.....174
6. CONCLUSÕES.....176
7. BIBLIOGRAFIA.....182

1. INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal, desde meados da década de 1970, vem relativizando as consagradas teses de que *a lei inconstitucional não pode produzir efeitos*[1] e de que *atos inconstitucionais são, por isso mesmo, nulos e destituídos, em consequência, de qualquer carga de eficácia jurídica*[2]. Em 1974, por exemplo, por ocasião do julgamento do RE 78.594/SP, o Ministro Bilac Pinto expressou o entendimento de que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade *não podem ser sintetizados num regra única, que seja válida para todos os casos*[3]. Por conta disso e com base na doutrina do "funcionário de fato", foram considerados válidos os atos processuais praticados por funcionários públicos no exercício da função de oficial da justiça, apesar de a lei estadual que autorizara a investidura ter sido declarada inconstitucional na Rp 882/SP[4].

De modo semelhante, em emblemático voto proferido em 1977 no julgamento do RE 79.343/BA, o Ministro Leitão de Abreu defendeu que a lei inconstitucional *é um fato eficaz, ao menos antes da determinação da inconstitucionalidade, podendo ter consequências que não é lícito ignorar,* de maneira que *se não deve ter como nulo ab initio ato legislativo, que entrou no mundo jurídico munido de presunção de validade.* Concluiu, assim, que *a tutela da boa fé exige que, em determinadas circunstâncias, notadamente quando, sob a lei ainda não declarada inconstitucional, se estabelecem 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 amparado do direito objetivo*[5].

Não obstante estes e outros precedentes jurisprudenciais[6], a técnica de modulação dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade foi legalmente prevista no Brasil. Com a edição do art. 27 da Lei nº. 9.868/99, o Congresso Nacional e a Presidência da República outorgaram expressamente ao Supremo Tribunal Federal a prerrogati-

---

[1] Expressão extraída da ementa do RE 61.410/RN, proferido pela 2ª Turma do STF, com relatoria do Ministro Themístocles Cavalcanti, em acórdão publicado em no DJ 28.06.1968.
[2] STF, Tribunal Pleno, ADI 652/MA, Relator Ministro Celso de Mello, DJ 02.04.1993.
[3] STF, 2ª Turma, RE 78.594/SP, Relator Ministro Bilac Pinto, DJ 04.11.1974.
[4] STF, Tribunal Pleno, Rp 882/SP, Relator Ministro Xavier de Albuquerque, DJ 15.06.1973.
[5] STF, 2ª Turma, RE 79.343/BA, Ministro Relator Leitão de Abreu, DJ 02.09.1977.
[6] Além dos já citados RE 78.594/SP e do RE 79.343/BA, antes da Lei nº. 9.868/99 o Supremo Tribunal Federal também mitigou a tese de que a lei inconstitucional não produz efeitos no RE 78.209/SP, Relator Ministro Aliomar Baleeiro, DJ 09.10.1974; no RE 78.533, Relator Ministro Firmino Paz, 26.02.1982; no RE 195.789/MG, Relator Ministro Carlos Madeira, DJ 09.05.1986; no HC 70.514/RS, Relator Ministro Sydney Sanches, DJ 27.06.1997; no RE 122.202, Relator Ministro Francisco Rezek, DJ 08.04.1994, entre outros.

va de restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, de decidir que só se iniciem a partir do trânsito em julgado da ação direta, e de fixar outro momento para seu início. Porém, não sem que impusessem ao Supremo Tribunal Federal requisitos formais e materiais para que pudesse fazer uso da atribuição: de um lado, a maioria qualificada de dois terços dos Ministros; de outro, a presença de razões de segurança jurídica e excepcional interesse social. Buscou-se, portanto, garantir à jurisdição constitucional brasileira um instrumento jurídico capaz de afastar o efeito *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade e, ao mesmo tempo, delimitar a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal vir a deixar de impor as consequências naturais da inconstitucionalidade previstas no sistema constitucional brasileiro.

Nos primeiros anos de vigência do art. 27 da Lei nº. 9.868/99, o Supremo Tribunal dele não veio a fazer uso. No entanto, em julgamento do RE 197.917/SP[7], os Ministros do Supremo Tribunal Federal viram-se diante da discussão da constitucionalidade da Lei Orgânica do Município de Mira Estrela – SP no tocante ao número de vereadores nela estabelecido. Primeiro a votar, o relator Ministro Maurício Corrêa julgou ser inconstitucional o dispositivo legal, uma vez que norma municipal não respeitou a regra de proporcionalidade populacional estabelecida pelo art. 29, inciso V, Constituição Federal. Surgiu a expectativa de que, vindo a se confirmar o posicionamento do Ministro-relator, todas as deliberações feitas pela Câmara de Vereadores do Município de Mira Estrela teriam de ser invalidadas. Naquela oportunidade, o Ministro Gilmar Mendes pediu vista do caso e, em seu voto, propôs a aplicação da modulação de efeitos nos moldes do art. 27 da Lei nº. 9.868/99, entendimento acompanhado pela maioria dos Ministros. Surgiu, então, o primeiro caso em que a Lei nº. 9.868/99 veio a servir de fundamento para se restringir os efeitos *ex tunc*[8].

Desde então, seguiram-se diversos outros casos em que o Supremo Tribunal Federal, com base no art. 27 da Lei nº. 9.868/99, entendeu ser cabível a modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade. Neles fica notória a influência da construção teórica feita pelo Ministro Gilmar Mendes no RE 197.917/SP, de modo que passa a ser constante o entendimento de que o afastamento do princípio da nuli-

[7] STF, Tribunal Pleno, RE 197.917/SP, Relator Ministro Maurício Correa, DJ 07.05.2004.

[8] Curiosamente, a primeira vez em que Supremo Tribunal Federal faz uso do art. 27 da Lei nº. 9.868/99 não se estava diante de uma ação direta de inconstitucionalidade ou de uma ação declaratória de constitucionalidade. Em verdade, o Supremo Tribunal Federal valeu-se da modulação de efeitos com base no art. 27 em sede de controle concreto de constitucionalidade, e não, conforme a previsão legal, na seara do controle abstrato de constitucionalidade.

dade da lei inconstitucional depende de um *severo juízo de ponderação que, tendo em vista análise fundada no princípio da proporcionalidade, faça prevalecer a idéia de segurança jurídica*[9]. Em linhas gerais, essa tem sido a orientação que reiteradamente o Supremo Tribunal Federal adota quando decide atenuar os efeitos retroativos da declaração de inconstitucionalidade[10].

Contudo, apesar de ser posição prevalecente na jurisprudência do STF e entendimento dominante na doutrina constitucionalista brasileira, entendemos que deve causar inquietude o fato de não existirem maiores controvérsias doutrinárias sobre o acerto desta tese. Isto porque a ligação entre ponderação de princípios e modulação de efeitos, apresentada como se fosse necessariamente umbilical, produz dificuldades teóricas por duas razões relevantes. Primeiramente, porque não identificamos paralelos na doutrina estrangeira no tocante à modulação de efeitos. Longe de ser tema singularidade do direito brasileiro, não encontramos nos principais sistemas constitucionais estrangeiros algo que fosse idêntico ao método de realização da modulação de efeitos tal como proposto pelo Supremo Tribunal Federal. Em segundo lugar, porque não identificamos nas lições do direito penal – direito sancionador por excelência – a tese de que a aplicação da pena e sua dosimetria podem ou devem ser realizadas através de um rigoroso juízo de ponderação entre, por exemplo, o direito fundamental de liberdade do condenado e a segurança pública garantida à sociedade.

O presente estudo é fruto desta inquietação. Essencialmente, buscamos apresentar fundamentos teóricos com vistas a responder a seguintes questões: a ponderação de princípios é o método mais adequado para a realização da modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade? Existem alternativas dogmáticas capazes de permitir à jurisdição constitucional modular os efeitos de suas decisões em sede de controle de constitucionalidade? Neste escopo, dividimos o estudo em seis capítulos, dos quais o primeiro e o último são, respectivamente, a introdução e as conclusões. Deste modo, o segundo capítulo tem por finalidade demonstrar a natureza jurídica da modulação de efeitos. O terceiro objetiva apontar as soluções encontradas no Brasil e no estrangeiro para

[9] Trecho extraído do voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes no RE 197.917/SP.

[10] Neste sentido, com maior ou menor ênfase: RE 197.917/SP, Relator Ministro Maurício Correa, DJ 07.05.2004; ADI 3.022/RS, Relator Ministro Joaquim Barbosa, DJe 04.03.2005; ADI 3.489/SC, Tribunal Pleno, Relator Ministro Eros Grau, DJe 03.08.2007; ADI 2.240/BA, Tribunal Pleno, Relator Ministro Eros Grau, DJe 03.08.2007; ADI 3.316/MT, Tribunal Pleno, Relator Ministro Eros Grau, DJe 28.08.2007; ADI 3.819/MG, Tribunal Pleno, Relator Ministro Eros Grau, DJe 28.03.2008; ADI 2.904/PR, Relator Ministro Menezes Direito, DJe 25.09.2009; ADI 3.791/DF, Relator Ministro Ayres Britto, DJe 27.08.2010; ADI 3.601 ED/ DF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Dias Toffoli, DJe 15.12.2010.

a realização da modulação de efeitos. O quarto visa apresentar as principais críticas que se fazem à ponderação, à modulação em si e ao art. 27 da Lei nº. 9.868/99. Finalmente, o quinto capítulo tem por meta comparar os institutos da modulação de efeitos e o da dosimetria da pena, objetivando encontrar horizontes mais seguros para as respostas que buscamos neste trabalho.

2. SANÇÃO AO VÍCIO DE INCONSTITUCIONALIDADE

2.1. INVALIDAÇÃO COMO SANÇÃO À INCONSTITUCIONALIDADE

2.1.1. Primeiras ideias

Muito já foi e ainda se tem escrito sobre o controle de constitucionalidade, seja no Brasil, seja no estrangeiro. Se existe uma área do conhecimento jurídico que se vê cada vez mais aprimorada é, sem dúvida, a temática da constitucionalidade das leis, tanto que se fala hoje sobre uma "constitucionalização" das demais disciplinas do Direito, as quais devem ser analisadas e até reinterpretadas à luz dos novos paradigmas do Direito Constitucional[11]. Doutrinariamente, não há como deixar de perceber a flagrante expansão da ênfase dada à efetividade da Constituição, de seus princípios e regras.

Por causa disto, não vemos necessidade de tecermos considerações mais aprofundadas sobre o surgimento do controle de constitucionalidade, sobre como a Constituição tornou-se, de fato, o diploma normativo superior às demais leis e sobre como a jurisdição constitucional tem aprimorado suas técnicas de decisão. Para este fim, existem diversas obras das mais avalizadas e que merecem ser consultadas pelo estudante interessado na evolução da temática[12]. Nosso propósito, como já deixamos claro na introdução, é mais específico e, por isso, apenas nos valeremos de lições que, seguramente, são indispensáveis para a elucidação daquilo que desejamos demonstrar.

Feito este introito, é possível afirmar sem maiores preocupações que, em se tratando do estudo da fiscalização da constitucionalidade, há um senso comum a dizer que a lei inconstitucional não deve produzir efeitos[13] ou que a ela não deve ser reco-

---

[11] Na doutrina brasileira, LUÍS ROBERTO BARROSO é um dos defensores de maior destaque da constitucionalização do Direito, fenômeno associado a um suposto efeito expansivo das normas constitucionais, capaz de fazer com que o conteúdo material e axiológico delas se irradie, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Ver *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 3ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2011, pp. 375-376.

[12] Podemos citar no Brasil, por exemplo, ELIVAL DA SILVA RAMOS, *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*, GILMAR FERREIRA MENDES e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, *Curso de direito constitucional*, LUÍS ROBERTO BARROSO, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. No estrangeiro, CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Justiça constitucional*, vol. I e II, Gustavo Zagrebelski, *La giustizia costituzionale*, e o clássico MAURO CAPPELLETTI, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*.

[13] A utilização do verbo "dever" e não do "poder" é proposital, porque consideramos que nos casos em que a jurisdição constitucional apenas declara a mera incompatibilidade da lei, está-se a exercer o controle de constitucionalidade, ainda que o dever de não produzir efeitos seja transferido ao Poder Legislativo para a edição de nova lei a derrogar a inconstitucional.

nhecida a capacidade de produzir efeitos[14]. A ideia mais elementar e quase intuitiva que se pode ter sobre o controle de constitucionalidade é que seu exercício deve acarretar a não-aplicação de uma lei considerada incompatível com a Constituição[15], uma paralisia da eficácia dos atos normativos reconhecidos como inconstitucionais[16], um óbice à subsistência da aptidão para produzir efeitos[17].

Trata-se, por assim se ver, de uma espécie de mínimo irredutível que, por definição, não pode ser afastado sem a completa descaracterização do que se entende por controle de constitucionalidade da legislação. Só que se é um mínimo irredutível, também é foco para um sem-número de controvérsias teóricas acerca da natureza jurídica da lei inconstitucional e, porque não, da própria decisão proferida pela jurisdição constitucional a reconhecer a incompatibilidade da lei inferior com a Constituição. Ninguém parece questionar que, por ser inconstitucional, a lei deve ser rejeitada e inaplicada. Como, quando, por que e em que medida, porém, são perguntas a cujas respostas os constitucionalistas não conseguem alcançar consenso.

Não temos a pretensão de apresentar aqui uma nova teoria sobre o controle de constitucionalidade, seus fundamentos, métodos e aplicação. Iremos nos furtar de expor e rebater todas as ideias que têm sido defendidas para explicar, entre outras coisas, a natureza jurídica da lei inconstitucional. Por este motivo, limitaremos a apresentar as principais teses, refutando-as naquilo que necessário, a fim de que possamos convencer – ao menos tentar – que o exercício da jurisdição constitucional envolve, simultaneamente, a apuração de um ilícito e, se constatado, a aplicação de uma sanção tendente a apagar os efeitos produzidos ou a serem produzidos pela lei viciada. Este é o propósito deste primeiro capítulo, que servirá de base firme e coerente para o restante do trabalho.

---

[14] Que se deixe bem claro, desde já, que não estamos nos referindo à inconstitucionalidade por omissão, porque, conforme salienta ROGER STIEFELMANN LEAL, *a própria ideia de um comportamento omissivo, um não-fazer, lesivo à Constituição subverte, em certa medida, o vínculo existente entre inconstitucionalidade e nulidade/anulabilidade* da lei inconstitucional, conforme ensina em *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*, São Paulo, Editora Saraiva, 2006, p. 83

[15] Conforme ALEXANDRE DE MORAES, citando Biscaretti Di Ruffia, *a garantia mais concreta e eficaz de uma Constituição rígida é a que veda sua modificação pela legislação ordinária, permitindo a realização do controle de constitucionalidade e, conseqüentemente, sua não-aplicação, em caso de incompatibilidade*. Ver *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição*, São Paulo, Editora Atlas, 2000, p. 30.

[16] Conforme LUÍS ROBERTO BARROSO, a finalidade do controle de constitucionalidade *é declarar a invalidade e paralisar a eficácia dos atos normativos que sejam incompatíveis com a Constituição*. Ver *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo,...*, p. 107.

[17] DINIZ, Maria Helena, *Norma constitucional e seus efeitos*, 3ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1997, p. 15.

2.1.2. Ambiguidade inicial da expressão "inconstitucionalidade"

Intuitivamente, o termo "inconstitucionalidade" não carece de maiores explicações, pois parece *surgir por dedução imediata*[18]. Inconstitucional é característica daquilo que contraria a Constituição. Sendo um pouco mais específico, inconstitucional é qualidade do comportamento que se mostra incompatível ou inconciliável com as ordenanças constitucionais[19], seja porque editado em descumprimento das normas de competência ali previstas[20], seja porque detentor de conteúdo contrastante com o das normas de conduta e comportamento emanadas do poder constituinte originário. Analisando desta maneira, não se notam dificuldades teóricas em se compreender o fenômeno.

Ocorre que, conforme afirmava RUI BARBOSA[21], baseado em lições de ALBERT VENN DICEY já no século XIX, a expressão "inconstitucional" apresenta ao menos três acepções diferentes: (a) a utilizada no sistema constitucional inglês, com o único sentido de se tratar de um ato *opposto ao espírito da Constituição ingleza*; (b) a utilizada no sistema constitucional francês, cujo significado se restringe a um *simples termo de censura*; e, finalmente, (c) a utilizada no sistema norte-americano, que dirigido a um ato do Congresso, *quer dizer que esse acto excede os poderes do Congresso e ê, por consequencia, nullo*.

Entre nós expressões como "a lei inconstitucional é nula e írrita", "a lei inconstitucional não é lei", ou seja, ligadas àquilo que GILMAR FERREIRA MENDES intitulou de dogma da nulidade[22], se tornaram famosas. Ao mencionar "inconstitucionalidade", vinculam-na à censura que o ordenamento jurídico a impõe. Corretas ou não, fato é que estas expressões chamam a atenção por ligar a ideia de inconstitucionalidade não apenas a uma desconformidade da lei em face do parâmetro constitucional. Ligam-na imediatamente aos efeitos que a lei deve ser capaz ou não de produzir, às vezes até sob um silogismo tendencialmente tautológico: *(a) uma lei inconstitucional é nula; (b) uma lei é nula*

---

[18] MIRANDA, Jorge, *Manual de direito constitucional: inconstitucionalidade e garantia da Constituição,* tomo IV, 3ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 10.
[19] BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio, *O contrôle jurisdicional da constitucionalidade das leis,* Rio de Janeiro, Editora Forense, 1948, p. 53.
[20] JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO subdivide a categoria de inconstitucionalidade por violação a normas de competência em inconstitucionalidade formal e inconstitucionalidade procedimental ou orgânica. Ver *Direito constitucional e teoria da Constituição,* 7ª ed., Coimbra, Editora Almedina, 2003, p. 959.
[21] BARBOSA, Rui, *Os actos inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*, Rio de Janeiro, Companhia Impressora, 1893, p. 41-42.
[22] BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, e MENDES, Gilmar Ferreira, *Curso de direito constitucional,* 6ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2011, p. 1359.

porque é inconstitucional; (c) a inconstitucionalidade reconduz-se à nulidade e a nulidade à inconstitucionalidade[23].

Isto, por si só, deve ser visto como evidência de que a "inconstitucionalidade" pode não ser um termo unívoco, pois por vezes vem associado a, pelo menos, duas noções distintas, ainda que vinculadas: uma, a de inadequação de forma ou conteúdo com a Constituição; outra, a de consequência tendente a regularizar a situação que se identificou ser incompatível com o parâmetro normativo maior. É por isto que Elival da Silva Ramos[24] salienta que *não há que confundir a inconstitucionalidade enquanto sinônimo de ilicitude constitucional com a inconstitucionalidade enquanto sanção cominada pelo ordenamento jurídico para a irregularidade*[25].

Não é por outro motivo que, há tempos, o autor se utiliza da dupla noção de inconstitucionalidade como vício e sanção, falando em "vício de inconstitucionalidade", como a *desconformidade estática (relativa ao conteúdo), dinâmica (relativa ao processo de formação), de caráter vertical (hierárquico) entre lei e Constituição*, e "sanção de inconstitucionalidade", como a *providência prescrita pelo ordenamento para a sua restauração, a evolução do vício rumo à saúde constitucional*[26]. Esta distinção é bastante valiosa porque é a partir dela que a ideia de aplicação de sanção no controle de constitucionalidade começa a ganhar seus contornos teóricos. Além disso, contribui para demonstrar que a técnica de modulação de efeitos pode ser enxergada como método de dosagem de sanção. Não obstante, ao invés de "sanção de inconstitucionalidade", nos utilizaremos do termo "sanção à inconstitucionalidade", a fim de que possamos eliminar a ambiguidade inicial que acima foi evidenciada, reservando à "inconstitucionalidade" apenas a noção de vício[27].

---

[23] CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional e teoria da Constituição,...*, p. 948.

[24] RAMOS, Elival da Silva, *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução,* São Paulo, Editora Saraiva, 2010, p. 50.

[25] Aparentemente, CHRISTINA AIRES CORRÊA LIMA diverge dessa visão ao afirmar que a ideia de sanção pode estar fora do conceito de inconstitucionalidade na medida em que só ocorre após a efetiva declaração de inconstitucionalidade, e não com a simples afirmativa de que a lei é inconstitucional. Ver *O princípio da nulidade das leis inconstitucionais,* Dissertação de Mestrado, Universidade de Brasília, 2000, p. 44. Porém, pensamos que não há divergência, porque o intuito da autora é somente demonstrar que o juízo valorativo de que algo é inconstitucional não acarreta sanção até que isto seja acatado pela jurisdição constitucional e assim reconhecido pelo órgão competente, o que a toda evidência é correto. Tal conclusão em nada prejudica a percepção de que, ao se falar em inconstitucionalidade, pensa-se também nas consequências.

[26] RAMOS, Elival da Silva, *Inconstitucionalidade das leis: vício e sanção,* São Paulo, Editora Saraiva, 1994, p. 63.

[27] Queremos evitar, por exemplo, a ambiguidade em que incorre REGINA MARIA MACEDO NERY FERRARI que, ao passo de definir inconstitucionalidade como *a não observância do processo previsto para a elaboração normativa* e a *contradição entre o conteúdo da lei e o da Lei Maior*, também afirma que a

2.1.3. Conceito de sanção jurídica e a invalidação das leis

À expressão "inconstitucionalidade" ligam-se as concepções de vício e sanção, pois pode se referir tanto ao defeito do ato perante a Constituição, como também à repercussão que a presença desta desconformidade traz ao sistema jurídico. A ligação é tão estreita que GILMAR FERREIRA MENDES afirma ser inegável que a ausência de sanção retira a obrigatoriedade da Constituição, tornando o reconhecimento da inconstitucionalidade um simples juízo de censura ou crítica[28]. No entanto, pensamos ser necessário aprofundar um pouco mais esta consideração, a fim de avaliarmos se a expressão "sanção" utilizada pelo autor assume o significado que a doutrina jurídica a ela atribui.

Não causa perplexidade afirmar que a lei inconstitucional é inválida e, por isso, nula ou anulável. Nada há de novo em dizer que, sendo a lei inconstitucional, devem ser afastados seus efeitos. Aliás, como já dito, é pressuposto elementar do controle de constitucionalidade por ação a noção de rejeição à aplicação da lei inconstitucional. Todavia, exige-se um ônus argumentativo mais apurado afirmar que a invalidação dos efeitos da lei inconstitucional é ato de aplicação de norma sancionatória realizado pela jurisdição constitucional, e não propriamente um mero efeito automático da declaração de inconstitucionalidade.

Ao menos na doutrina brasileira, é possível perceber originalmente uma tendência em ver a conseqüência da inconstitucionalidade como algo intrínseco à decisão que reconhece a desconformidade da lei com a Constituição. Uma vez declarada a inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, automaticamente seus efeitos estariam revogados *ex tunc* por força exclusiva do reconhecimento de que a lei é contrária ao parâmetro constitucional. A doutrina de ALFREDO BUZAID, neste sentido, é bastante elucidativa, porque vê a nulidade como mera decorrência lógica da declaração de inconstitucionalidade: *O Poder Judiciário não modifica o estado da lei, considerando nulo o que inicialmente era válido. Limita-se a declarar a invalidade da lei, isto é, declara-a natimorta*[29].

---

inconstitucionalidade é uma *sanção imposta por um órgão competente para tal*. Ver *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, 5ª ed., São Paulo, Editora RT, 2004, pp. 75 e 161.

[28] MENDES, Gilmar Ferreira, *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*, São Paulo, Editora Saraiva, 1990, p. 8.

[29] BUZAID, Alfredo, *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 1958, p. 132.

CELSO RIBEIRO BASTO[30], ao tratar da inconstitucionalidade das leis, conclui que *toda norma infringente da Constituição é nula, írrita, inválida, inexistente*[31], pois vê que a invalidade jurídica coincide com a inexistência de direito, com o nada jurídico, com a ausência de efeitos, com a nulidade[32]. A declaração de inconstitucionalidade, para o autor, apenas teria o condão de tornar certo aquilo que, apenas para evitar a grave ineficácia do Direito, não pudera já ser reconhecido por qualquer um dos destinatários individuais da norma jurídica desconforme à Constituição. Nessa ótica preponderantemente processualista[33], não se fala em aplicação de sanção. Nulidade e anulabilidade são conceitualmente vistas como efeitos lógicos e inerentes à decisão de inconstitucionalidade, nada mais[34].

É expressiva a doutrina a, efetivamente, negar que a nulidade, aqui entendida em sentido amplo[35], possa constituir-se em sanção jurídica. Na doutrina estrangeira, vale citar HERBERT L. A. HART, para quem a sanção deve ser definida como *castigo associado a uma regra como estímulo para a inibição das actividades que a regra proíbe*[36]. A sanção está indissociavelmente atrelada à ameaça de um mal, tendo nas penas do direito criminal sua espécie mais evidente[37]. Assim, entendendo que em muitos casos a

---

[30] BASTOS, Celso Ribeiro, *Curso de direito constitucional,* 17ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1996, p. 346.
[31] BASTOS, Celso Ribeiro, *Curso de direito constitucional,...*, p. 347.
[32] MARIA HELENA DINIZ segue a mesma orientação, pois afirma que *tecnicamente, dever-se-ia dizer que é inexistente uma lei inconstitucional. Como, todavia, no mundo social ela tem existência, a pura técnica deverá render-se à realidade fática. E surge a necessidade de se retirar o estranho preceito e a inconstitucionalidade do interior do sistema*. Ver *Norma constitucional e seus efeitos,...*, p. 135.
[33] Segundo SÉRGIO RESENDE DE BARROS, a influência da visão processualista no controle de constitucionalidade alcançou poder tal que acabou por desnaturar a própria representação contra inconstitucionalidade manejada pelo Procurador-Geral da República. Instituída por Emenda Constitucional em 1965 em alteração à Constituição Federal de 1946, foi criada com a natureza de representação objetiva a ser encaminhada para apreciação do Supremo Tribunal Federal, sem autor, réu, contraditório, garantia de ampla defesa, etc. No entanto, afirma o autor que a doutrina processual civil arraigada no Brasil encampou a representação e a transformou em uma ação que, embora direta, foi revestidas de garantias subjetivas. Consumada com a Constituição Federal de 1988, tal encampação inviabilizou a possibilidade de o Procurador-Geral da República opinar pela constitucionalidade da lei caso ele mesmo tivesse proposto a ação direta de inconstitucionalidade, sendo este um dos motivos para a criação da ação declaratória de constitucionalidade em 1993. Ver *O nó górdio do sistema misto, in* TAVARES, André Ramos, ROTHENBURG, Walter Claudius (org.), *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei nº. 9.882/99,* São Paulo, Editora Atlas, 2001, pp. 185-188.
[34] É a ideia expressada por JOSÉ ADÉRCIO LEITE SAMPAIO quando menciona que *os efeitos dessa declaração podem conduzir diretamente à 'inaplicabilidade' do ato normativo*. Ver *As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo, in* SAMPAIO, José Adércio Leite Sampaio, CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (org.), *Hermenêutica e jurisdição constitucional: estudos em homenagem ao professor José Alfredo de Oliveira Baracho,* Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2001, p. 162-163.
[35] Utilizamos-nos da expressão "nulidade em sentido amplo" para o fim de deixar claro que não se trata apenas da nulidade *ab initio*, com efeitos retroativos *ex tunc*. Para a análise proposta, estamos a nos referir a qualquer das modalidades de invalidação do ato viciado e de seus efeitos.
[36] HART, Herbert L. A., *O conceito de direito*, 2ª ed., Lisboa, Fundação Caloustre Gulbenkian, 1994, p. 42.
[37] HART, Herbert L. A., *O conceito de direito*, 2ª ed.,..., p. 43.

nulidade pode não ser um mal para aquele que não satisfez condição exigida para a validade jurídica, conclui que qualificar a nulidade como sanção acaba por ser um sinal de confusão[38], por isto a rejeita como tal.

Inspirado nas lições de HART, TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR é, na doutrina brasileira, um dos que refutam enquadrar a nulidade no conceito de sanção jurídica, não obstante a veja como uma inegável consequência jurídica[39]. Para ele, *sanção é um ato coativo socialmente reconhecido como um mal, algo desagradável* cuja *uma das funções é desencorajar atos*[40]. Por isto, entendendo que a nulidade de atos nem sempre pode ser considerada decepcionante ou desencorajadora[41], conclui não ser a nulidade uma categoria integrante da definição de sanção. Não por outra razão, aliás, é que entende que nem todas as normas jurídicas possuem sanção[42]. Logo, nessa vertente doutrinária, o ato de invalidar é rejeitado como ato de imposição de sanção porque o conceito de sanção está umbilicalmente ligado à ideia de *realização compulsória de um mal* ou na *privação compulsória de um bem*[43], aptas a fomentar o desencorajamento da infração à norma jurídica a ser observada.

Além desta concepção, a rejeição à tese de que a invalidação[44] tem natureza de sanção é endossada pela comum ideia de que a sanção jurídica tem como destinatário primário apenas o agente infrator, isto é, a pessoa física ou jurídica que incorreu no descumprimento da norma jurídica. A sanção, nesta perspectiva, é vista como consequência gravosa para o indivíduo[45], exclusivamente. Isto é notório, por exemplo, no direito pe-

---

[38] HART, Herbert L. A., *O conceito de direito*, 2ª ed.,..., p. 42.
[39] FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, *Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão, dominação*, 4ª ed., São Paulo, Editora Atlas, 2003, p. 120.
[40] FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, *Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão, dominação*..., p. 120.
[41] Com o escopo de demonstrar sua afirmação, TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR cita o caso de o juiz que prolata sentença nula por incompetência absoluta, a quem *não se pode imputar nenhuma decepção ou desapontamento* típico do objetivo da sanção, *in Introdução ao estudo do direito, técnica, decisão, dominação*,..., p. 120.
[42] FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, *Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão, dominação*..., p. 122.
[43] KELSEN, Hans, *Teoria pura do direito*, 6ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 1998, p. 122.
[44] O uso do termo "invalidação" não é sem propósito. É a expressão que pensamos ser a que melhor transmite a ideia geral de cassação de efeitos que o controle de constitucionalidade busca viabilizar se constatada a inconstitucionalidade da lei. Além disso, apesar de ser expressão que se remete a noções como as de inexistência, invalidade e ineficácia, com elas não se confunde. Preferiu-se, também, usar "invalidação" ao invés de "anulação" ou "cancelamento" dada a possível confusão desta última expressão com "anulabilidade", a qual já traz em si a concepção de efeitos *ex nunc*.
[45] Conforme lição de DIMITRI DIMOULIS, *Manual de introdução ao estudo do direito*, 2ª ed., São Paulo, Editora RT, 2007, p. 78.

nal que, a par de impor ao agente infrator o dever de reparação do dano[46], estabelece como consequências de um crime a aplicação de penas a atentar contra alguns dos direitos individuais do infrator, em especial os relativos à sua liberdade de locomoção e à sua liberdade de disposição do patrimônio[47].

Nessa linha de raciocínio, se aplicada no âmbito do Direito Constitucional, pensar-se-ia em sanção apenas quando prevista punição aos titulares dos órgãos públicos, tais como, exemplificativamente, a dissolução das assembleias legislativas e a deposição de Ministro de Estado no direito italiano[48], a dissolução dos órgãos das autarquias locais por ações ou omissões ilegais graves no direito português[49], além das hipóteses de perda de mandato de deputado, senador e Presidente da República, previstas também na Constituição da República Federativa do Brasil.

Contudo, mesmo na seara da teoria geral do direito, não se pode afirmar que tais concepções sobre o conceito de sanção jurídica, restritivas por assim dizer, tem prevalecido ou mesmo que têm sido pacíficas[50]. Pelo contrário, podem-se observar severas críticas à tese apresentada por HERBERT L. A. HART e TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR que, a nosso ver, têm sua razão de ser por retirarem – ou ao menos reduzir a importância – da definição de sanção jurídica a característica daquilo que será imposto, deslocando-a para o motivo em razão do qual será imposta: a ocorrência de ato ilícito que deve ser rechaçado.

NORBERTO BOBBIO, ao definir sanção, a conceitua como *"resposta à violação"*[51]. A singeleza da definição, porém, não deve camuflar sua profundidade: reveste-se de natureza sancionatória a consequência prevista pelo ordenamento jurídico como

---

[46] Apesar de ser tratado como um dos efeitos automáticos da condenação no art. 91 do Código Penal brasileiro, MIGUEL REALE JÚNIOR o define como *consequência de caráter não penal que logicamente se impõe em razão do reconhecimento da prática delituosa*, de maneira que, a nosso ver, não fica de todo descaracterizada a caráter de sanção, só que com natureza civil. Ver *Instituições de direito penal – parte geral*, vol. II, 2ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 2004, p. 149.

[47] O Código Penal brasileiro, por exemplo, estabelece em seu art. 32 três espécies de penas a serem ministradas aos infratores criminais: privação de liberdade (inciso I), restrição de direitos (inciso II) e multa (inciso III). O art. 5º, inciso XLVI, CRFB/88, sendo posterior à Lei nº. 7.209/84 que alterou a parte geral do Código Penal, veio a chancelar as espécies de penas previstas na legislação, incluindo expressamente que a perda de bens (alínea "b") e a prestação social alternativa (alínea "d") também podem ser penas a serem previstas na legislação criminal.

[48] VENTURA, Luigi, *Le sanzioni costituzionali*, Milano, Giuffrè Editore, 1981, p. 14.

[49] MIRANDA, Jorge, *Manual de direito constitucional: inconstitucionalidade e garantia da Constituição,...*, p. 51.

[50] PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio, *Efeitos da decisão de inconstitucionalidade em direito tributário*, São Paulo, Editora Dialética, 2002, p. 173.

[51] BOBBIO, Norberto, *Teoria da norma jurídica*, 4ª ed., Bauru, Edipro, 2008, p. 154.

reação à prática de um ato ilícito, nela se incluindo a ação tendente a, pelo menos, eliminar suas consequências danosas, anulando-o[52]. Tamanha é a importância deste conceito para Norberto Bobbio que, ao definir norma jurídica como aquela cuja violação tem por consequência uma resposta externa e institucionalizada, acaba por ligar a definição de sanção à própria noção de juridicidade[53]. Nesta linha de pensamento, GOFFREDO DA SILVA TELLES JÚNIOR vê a sanção jurídica como a providência a ser imposta como conseqüência da violação da norma jurídica[54], citando o pronunciamento judicial da nulidade de um ato ou negócio jurídico como espécie de aplicação de sanção.

HANS KELSEN, ao conceituar sanção, define-a como ato de coerção estatuído pela ordem jurídica como reação a conduta humana contrária daquela que deve ser considerada como prescrita ou conforme o Direito[55]. É a consequência de um ato ilícito[56] que, se em regra é vista como um mal pelo destinatário, não o é necessariamente[57]. O cerne, portanto, do conceito de sanção está na prática de um ato ilícito, antijurídico, reprovável pelo ordenamento jurídico, o qual lhe é seu pressuposto[58], e de que é exemplo, a seu ver, justamente a criação de normas inconstitucionais[59].

Valendo-se destas noções, MARCOS BERNARDES DE MELLO é quem mais enfaticamente apresenta críticas às concepções de HART e FERRAZ JÚNIOR. Para ele, o que tipifica uma norma como sancionatória é a previsão de uma consequência desvantajosa imposta àquele que violou a ordem jurídica, independentemente se concernente à própria esfera pessoal do infrator, ou se apenas destinada a frustrar seu objetivo com a prática do ato ilícito. O fato de a consequência jurídica não implicar ônus ou obrigação direta ao infrator não a descaracteriza como sanção, desde que objetive evitar a obtenção do resultado desejado pelo praticante do ato ilícito[60]. Por isso, conclui: *A forma de punir, o conceito da punição, a intensidade do ônus que acarreta não nos parecem ter significado bastante*

---

[52] BOBBIO, Norberto, *Teoria da norma jurídica,...*, p. 153.
[53] BOBBIO, Norberto, *Teoria da norma jurídica,...*, p. 160.
[54] TELLES JÚNIOR, Goffredo da Silva, *Iniciação na Ciência do Direito,* 4ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2009, p. 78.
[55] KELSEN, Hans, *Teoria pura do direito,...*, p. 37.
[56] KELSEN, Hans, *Teoria pura do direito,...*, p. 45.
[57] Mesmo que excepcionais, HANS KELSEN cita o caso de alguém que, abatido por remorso ao cometer um crime, deseja sofrer a pena como um bem a ele, e o caso de alguém que, para garantir teto e alimento, comete um crime para lhe ser imputada a pena de prisão, *in Teoria pura do direito,...*, p. 36.
[58] KELSEN, Hans, *Teoria pura do direito,...*, p. 43.
[59] HANS KELSEN, neste propósito, chega a qualificar o ato através do qual são instituídas normas inconstitucionais como um delito, já que pressuposto de uma sanção. Ver *Teoria pura do direito,...*, p. 305.
[60] MELLO, Marcos Bernardes, *Teoria dos fatos jurídicos: plano de validade,* 4ª ed. São Paulo, Editora Saraiva, 2000, p. 50-51.

para servir como elementos de sua caracterização. Se constitui um revide do ordenamento à violação de suas normas, é evidente que se trata de uma sanção[61].

Sendo assim, por considerar que a infringência de normas de hierarquia superior é também conduta caracterizadora de ato ilícito, reconhece que a invalidade, em seus diversos graus (nulidade e anulabilidade), constitui uma sanção que ordenamento jurídico adota para punir a contrariedade ao Direito[62]. O exemplo de que se utiliza MARCOS BERNARDES DE MELLO para demonstrar sua tese é, justamente, o da inconstitucionalidade das leis: *não importa se a norma infringida é relativa ao processo legislativo (formal), ao poder de editá-la (norma de competência) ou se a violação é a conteúdo de regra substantiva, de direito material, de fundo (casos de antinomia). Em qualquer hipótese tem-se a invalidade como conseqüência da infração*[63].

As considerações de MARCOS BERNARDES DE MELLO são acertadas, a nosso ver[64]. Ao se deslocar o foco do conceito de sanção para a ocorrência de um ato ilícito, outra não poderia ser a conclusão, pois os ilícitos civil, penal e administrativo diferenciam-se apenas quanto ao regime jurídico, mas não quanto à essência[65]. A sanção não se descaracteriza em virtude da tipologia do ato ilícito, daí porque se pode concluir também que há um núcleo comum entre as sanções cominadas nos diferentes ramos do direito, pois, essencialmente, todas visam recompor, coibir e prevenir um padrão de conduta violado, e cuja *observância apresenta-se necessária à manutenção do elo de encadeamento das relações sociais*[66].

Portanto, é, no mínimo, defensável a tese de que o ato de invalidar (nulificar ou anular) importa em imposição de sanção jurídica à lei inconstitucional[67], uma vez que se trata de ato previsto pelo ordenamento jurídico como necessário e capaz de inibir ou afastar os efeitos reprováveis do ato antijurídico que é a edição – ou a própria pre-

---

[61] MELLO, Marcos Bernardes, *Teoria dos fatos jurídicos: plano de validade,...*, p. 46.
[62] MELLO, Marcos Bernardes, *Teoria dos fatos jurídicos: plano de validade,...*, p. 44.
[63] MELLO, Marcos Bernardes, *Teoria dos fatos jurídicos: plano de validade,...*, p. 44.
[64] Com a única ressalva de que preferimos adotar a tese de que a invalidade não é, propriamente, a sanção, mas sim a invalidação do ato e de seus efeitos. Isto será melhor esclarecido no item 2.1.6. *infra.*
[65] PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio, *Efeitos da decisão de inconstitucionalidade em direito tributário,...*, p. 176.
[66] GARCIA, Émerson, *A lei de improbidade e a dosimetria de suas sanções,* Revista Brasileira de Ciências Criminais nº. 58, jan-fev/2006, p. 34.
[67] No mesmo sentido, só que com a expressão "anulação", REGINA MARIA MACEDO NERY FERRARI arremata: *Temos, então, que a anulação nada mais é que uma sanção, aplicável toda vez que seja constatada, pelo órgão competente, a desconformidade do ato normativo com a ordem legal existente*. Ver *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade,...*, p. 149.

sença – de normas inconstitucionais, ainda que não atinja diretamente o sujeito que realizou a infração à Constituição[68].

A propósito, é fato conhecido que NORBERTO BOBBIO, posteriormente, acabou por ampliar o conceito de sanção para nele incluir as chamadas "sanções premiais" ou "sanções positivas". Segundo sua doutrina, ao lado das sanções negativas – as antes definidas como resposta à violação – estão sanções que preveem consequências agradáveis caso a norma jurídica seja observada. Neste prisma, o termo "sanção" é empregado em sentido amplo[69]. A nosso ver, o alargamento conceitual proposto por Bobbio não altera as conclusões acima postas. Antes, as auxilia, pois com ele incluem-se na definição de "sanção" consequências normativas que, antes, nela não se enquadravam[70].

Sabe-se, contudo, que o alargamento proposto por NORBERTO BOBBIO, *per si*, é questionável e se sujeita a críticas tais como a de GOFFREDO DA SILVA TELLES JÚNIOR, para quem direitos e vantagens previstos como recompensa por um comportamento não devem receber o nome de "sanções premiais" porque não são remédios contra eventuais violações das normas jurídicas, de maneira que *chamá-las de sanções é mudar, indevidamente, o sentido técnico do termo sanção*[71]. Seja como for, mantida ou não a concepção ampla de "sanção", fato que é dela não se exclui o que já se podia caracterizar como sanção: a invalidação.

2.1.4. Sanção à inconstitucionalidade no direito constitucional

Em linhas gerais, viu-se que a sanção jurídica é conseqüência ao ato ilícito, praticado em violação ao direito, do qual a inconstitucionalidade é espécie. Desta forma, considerando que a invalidação é uma forma de reação à contrariedade do ordenamento jurídico, concluiu-se que a invalidação da lei inconstitucional é sanção à inconstitucionalidade. É de se esperar que esta conclusão tenha aplicação e utilidade nos demais ra-

---

[68] PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio, *Efeitos da decisão de inconstitucionalidade em direito tributário,...*, p. 36.

[69] BOBBIO, Norberto, *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito,* Barueri, Manole, 2007, p. 7.

[70] NORBERTO BOBBIO, em *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito,* não parece se preocupar com a construção lógica do conceito de sanção positiva à semelhança do que buscara fazer em *Teoria da norma jurídica.* Seu intuito centra-se em evidenciar que o conceito de sanção como apenas a negativa explica-se pela concepção de Estado liberal e não-interventor, para o qual basta ao Direito reprimir condutas indesejadas, nada mais. Com o Estado social, tal leitura restritiva ficou defasada e desajustada à realidade dos ordenamentos jurídicos promocionais.

[71] TELLES JÚNIOR, Goffredo da Silva, *Iniciação na Ciência do Direito,...*, pp. 84-85.

mos jurídicos. Esta expectativa é confirmada no direito constitucional, pois a tese de que a invalidação é sanção tem encontrado guarida entre os doutrinadores constitucionalistas, sendo cada vez mais difundida. É o que desejamos demonstrar adiante, ainda que exemplificativamente.

Na Itália, LUIGI VENTURA, partindo da noção de que a definição de sanção está vinculada à idéia basilar de reparação e de restauração da ordem constitucional violada[72], defende que o efeito de anulação produzido pela decisão de inconstitucionalidade contribui para que o juízo exercido pela jurisdição constitucional seja considerado atividade sancionatória[73]. Por acarretar a exclusão do ato inconstitucional do ordenamento jurídico, entende que a invalidação acaba por ser uma espécie de sanção jurídica que incide sobre o ato, e não sobre o órgão que o emanou[74]. Na Espanha, do mesmo modo, ao cuidar do alcance objetivo das sentenças declaratórias de inconstitucionalidade, RAÚL BOCANEGRA SIERRA diz que a nulidade de pleno direito e com eficácia *ex tunc* é a sanção cabível contra as leis que violam as disposições estabelecidas na Constituição, mesmo que em algumas situações seja conveniente renunciar a aplicação rígida desta consequência[75]. Embora se refira especificamente à hipótese de nulidade *ipso iure*, não há dúvidas de que aceita a tese de que a decisão de inconstitucionalidade traz em si a imposição de uma sanção jurídica ao ato ilícito.

Em Portugal, CARLOS BLANCO DE MORAIS defende que a eliminação ou paralisia total ou parcial dos efeitos jurídicos produzidos pelo ato inconstitucional é sanção, eis que constitui o tipo concreto de reação assumida pelo ordenamento jurídico contra a inconstitucionalidade das leis[76]. Apesar de não falar em invalidação, não restam dúvidas de que o autor português vê na cassação dos efeitos um ato de aplicação de sanção ao vício ou, em seus termos, ao desvalor do ato inconstitucional[77]. Ao seu lado está JOSÉ

---

[72] VENTURA, Luigi, *Le sanzioni costituzionali,...*, p. 14.
[73] VENTURA, Luigi, *Le sanzioni costituzionali,...*, p. 59.
[74] LUIGI VENTURA utiliza-se do termo "*annullamento lato sensu"* para se referir ao efeito produzido pela declaração de inconstitucionalidade, termo este que traduzimos como "invalidação" porque, em português, não foge da idéia ali expressada. Ver *Le sanzioni costituzionali,...*, p. 61.
[75] SIERRA, Raúl Bocanegra, *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Madrid, Instituto de Estudios de Administracion Local, 1982, p. 243.
[76] MORAIS, Carlos Blanco, *Justiça constitucional: garantia da Constituição e controlo da constitucionalidade*, tomo I, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2006, pp. 187-188.
[77] CARLOS BLANCO DE MORAIS distingue o conceito de desvalor (valor negativo) do ato inconstitucional do de sanção. Enquanto desvalor refere-se a depreciação mais ou menos intensa sofrida por um ato desconforme à Constituição, suscetível de obstar a produção dos efeitos que normalmente lhe seriam típicos, a sanção é a forma assumida, no plano repressivo, por um determinado valor negativo. Ver *Justiça constitucional: garantia da constituição e controlo da constitucionalidade,...*, pp. 187-188.

JOAQUIM GOMES CANOTILHO ao bem descrever a atividade sancionatória praticada pela jurisdição constitucional: *Se o controlo da constitucionalidade dos actos normativos é um dos meios de defesa e garantia da força normativa da constituição, justifica-se que, para ele ser efetivo e eficaz, as violações das normas e princípios constitucionais captadas em sede de fiscalização judicial sejam acompanhadas de sanções adequadas*[78].

Por sua vez, na doutrina brasileira, foi RUI BARBOSA quem, talvez, tenha sido o primeiro a perceber que a sanção à violação da Constituição está intimamente ligada à noção de inconstitucionalidade[79]. A ele seguiu-se FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA em ensinamento feito ainda à época da Constituição Federal de 1946, segundo o qual *a sanção por infração da Constituição é a nulidade da regra jurídica infratora*[80]. Também defendendo essa orientação estão ANDRÉ RAMOS TAVARES[81], PAULO HAMILTON SIQUEIRA JÚNIOR[82] e OSWALDO LUIZ PALU, para quem, inclusive, *a nulidade da norma inválida (inconstitucional) é a sanção do vício de desconformidade constitucional... que pode ser absoluta ou relativa*[83].

Com efeito, sem dúvida um dos que mais difundiram a função sancionatória do controle de constitucionalidade foi ELIVAL DA SILVA RAMOS. Partindo da visão de que o termo "inconstitucionalidade" traduz, simultaneamente, a ideia de vício e sanção, adota a expressão "sanção de inconstitucionalidade" e a define 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*

---

[78] CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional e teoria da Constituição,...*, p. 947.

[79] Trata-se de afirmação feita por GILMAR FERREIRA MENDES que pode ser encontrada em seu *Curso de direito constitucional,...*, p. 1057.

[80] Quanto a isto, cumpre esclarecer que a expressão "nulidade" a que o autor faz referência em seu *Comentários à Constituição de 1946,* tomo I, 4ª ed., Rio de Janeiro, Editora Borsoi, 1963, pp. 300-301, não significa nulidade *ipso iure* sujeita à decisões judiciais de cunho meramente declaratórios. Antes, Pontes de Miranda entende que à nulidade da lei inconstitucional corresponde uma sentença constitutiva negativa, com eficácia *ex tunc*, uma vez que, segundo vê, não é adequado negar que a lei, apesar de inconstitucional, incidiu sobre o mundo jurídico até deixar de ser ato estatal por decisão judicial. Ver *Comentários à Constituição de 1967: com a Emenda nº. 1, de 1969,* tomo I, 2ª ed., Editora Revista dos Tribunais, 1970, pp. 399-400.

[81] Para ANDRÉ RAMOS TAVARES, *ainda que se pretendesse admitir como norma apenas aquele enunciado dotado de uma determinada sanção, nem por isso as decisões dos tribunais constitucionais teria seu ingresso nessa categoria sumariamente rejeitado, já que ainda resta considerar essa nulidade dela derivada (ou nela declarada ou constituída) como espécie de sanção específica*. Ver *Paradigmas do judicialismo brasileiro,* São Paulo, Editora Saraiva, 2012, p. 48.

[82] SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton, *Direito processual constitucional,* 5ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2011, p. 131.

[83] PALU, Oswaldo Luiz, *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos,* 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, p. 165.

jurídico sancionatório[84], que ora pode se corporificar na categoria da nulidade, ora na de anulabilidade[85].

Em suma, infere-se que também no âmbito do direito constitucional não se rejeita a tese de que a lei inconstitucional é sancionada mediante o controle de constitucionalidade. Várias são as lições no direito estrangeiro e no direito brasileiro a, fundamentadamente, demonstrar que a invalidação imposta à inconstitucionalidade decorre de ato de aplicação de sanção jurídica. A isto se deve acrescentar a lembrança de que as espécies de sanção jurídica têm pontos em comum e um núcleo essencial, de modo que se pode concluir que a atividade sancionatória exercida pela jurisdição constitucional também não se diferencia, em essência e natureza, daquela realizada pela jurisdição ordinária nas esferas penal, civil, administrativa, etc.

Antes de prosseguir, contudo, vale fazer um esclarecimento. Em parágrafos acima dissemos que, por influência da doutrina processualista, a invalidação *ex tunc* ou *ex nunc* da lei inconstitucional é vista como efeito temporal da decisão de inconstitucionalidade, sem que se falasse em ato de aplicação de sanção. Posteriormente, quisemos demonstrar que o exercício do controle de constitucionalidade traduz-se numa atividade sancionatória. Só que, ao contrário do que se possa supor, não há necessariamente uma incompatibilidade entre as duas visões.

Quanto a isto, é bastante pertinente a observação feita por CHRISTINA AIRES CORRÊA LIMA, para quem a nulidade ou a anulabilidade, não obstante sejam efeitos que podem ser gerados pela declaração de inconstitucionalidade, não perdem seu caráter de sanção, já que a *invalidade é uma espécie de revide do ordenamento jurídico para punir certas espécies de atos contrários ao direito* e *frustrar os fins que normalmente produziria o ato jurídico, se este não fosse inválido*[86]. Logo, dizer que a invalidação é um dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade não exclui o fato de que também é sanção ao vício da inconstitucionalidade.

Por fim, é necessário lembrar que o fato de se admitir a invalidação como sanção jurídica à lei inconstitucional não exclui a possibilidade de o agente infrator vir também a se sujeitar a outras sanções de ordem pessoal. Defender que há sanções incidentes sobre o ato ilícito não afasta a existência de sanções repressivas aplicáveis ao sujeito

---

[84] RAMOS, Elival da Silva, *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção,...*, p. 86.
[85] RAMOS, Elival da Silva, *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção,...*, p. 87.
[86] LIMA, Christina Aires Corrêa, *O princípio da nulidade das leis inconstitucionais,...*, pp. 46-47.

que incorreu na prática do ilícito constitucional e que, por isto, atentou contra a Constituição[87]. Neste sentido leciona HANS KELSEN ao afirmar que a constitucionalidade da lei pode ser garantida por dois modos distintos: (a) *a responsabilidade pessoal do órgão que promulgou a norma inconstitucional e* (b) *a inaplicação dessa norma*[88], com o que concordamos não sem deixar de reconhecer que isto é, no mínimo, bastante incomum na realidade brasileira[89].

2.1.5. Constituição Federal de 1988 e a sanção à inconstitucionalidade

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, à semelhança das anteriores[90], não traz dispositivo expresso a prever qual é a sanção jurídica a ser aplicada à inconstitucionalidade. Não se vê nela disposições como as trazidas pela Constituição da República Portuguesa, em especial pelo art. 282º, nº. 1, em que se diz explicitamente que a declaração de inconstitucionalidade produz efeitos retroativos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional (*ex tunc*). Além disto, por muito tempo a legislação brasileira também *permaneceu omissa quando estava em questão o vício de inconstitucionalidade, seu reconhecimento e regime de efeitos*[91].

Ocorre que Tércio Sampaio Ferraz Júnior leciona não serem admitidas como jurídicas sanções implícitas ou sanções que não estejam previstas em normas jurídi-

---

[87] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Estado de direito e constituição,* 4ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2007, p. 104.

[88] KELSEN, Hans, *Jurisdição constitucional*, São Paulo, Editora Martins Fontes, 2003, p. 303. Semelhantemente, é o que afirma ROGER STIEFELMANN LEAL ao tratar do efeito vinculante. Diz o autor que as conseqüências sancionatórias podem incidir *(a) sobre o ato que consubstancia a repetição indevida e (b) sobre a autoridade pública que a produziu.* Nesse caso, aliás, vai um pouco mais além, porque defende que a *efetividade prática do efeito vinculante depende, portanto, de ambos os tipos de sanção, isto é, da responsabilização da autoridade rebelde e da invalidação do ato resultante desta rebeldia.* Ver *O efeito vinculante na jurisdição constitucional,...*, pp. 164-165.

[89] É muito salutar indagar se o Presidente da República, ao sancionar projeto de lei manifestamente inconstitucional, não incorre em crime de responsabilidade previsto no art. 85, inciso V, CRFB/88, uma vez que a conduta de expedir ordens de forma contrária às disposições expressas da Constituição está explicitamente prevista no art. 9º, nº. 4, Lei nº. 1.079/50 como típica do crime de responsabilidade contra a probidade na administração. Não temos notícia disto na prática brasileira, porém, não temos dúvidas de que se assim fosse, o controle de constitucionalidade preventivo previsto no art. 66, § 1º, CRFB/88 seria exercido com maior parcimônia, diminuindo-se drasticamente a chance de serem promulgadas leis viciadas com a chamada "inconstitucionalidade chapada".

[90] REGINA MARIA MACEDO NERY FERRARI menciona que o projeto elaborado pela Assembléia Constituinte de 1823 continha em seu art. 266 a expressa disposição de que "Todas as leis existentes, contrárias à letra e ao espírito da presente Constituição, são de nenhum valor". Como se sabe, com a dissolução da Assembléia promovida por D. Pedro I, tal projeto não chegou a ser aprovado. Ver *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade,...*, p. 91.

[91] ÁVILA, Ana Paula Oliveira, *A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade*, Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado, 2009, p. 36.

cas. Em suas palavras, *a sanção jurídica é considerada um elemento importante, e se aceita que, por característica, sempre vem prescrita por normas, embora nem todas prescrevem sanções. Isto é, postula-se que o direito não aceita sanções implícitas ou extranormativas como jurídicas"*[92]. Esta inadmissão é particularmente forte no âmbito do direito penal, sancionador por excelência, a tal ponto que o conhecido princípio da "*nulla poena sine lege*" [93] foi constitucionalizado como direito fundamental no art. 5º, inciso XXXIX, CRFB/88: "*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*".

Diante destas constatações, não é desarrazoado indagar se a tese que admite a invalidação dos efeitos da lei inconstitucional como sanção jurídica é compatível com o sistema jurídico brasileiro, especialmente tendo em vista a aparente omissão da Constituição Federal de 1988 quanto à reação que deve ser gerada em razão do vício da inconstitucionalidade. No entanto, apesar da dúvida razoável que pode vir a ser levantada, entendemos que a natureza sancionatória da invalidação em nada é maculada com a ausência de um dispositivo constitucional expresso.

Primeiramente, não há que se confundir norma sancionatória implícita com "sanção implícita ou extranormativa" a que se refere Tércio Sampaio Ferraz Júnior. A preocupação externada pelo autor diz respeito a se admitir como jurídicas sanções desprovidas de normatividade, tanto que cita a desaprovação moral como hipótese de sanção a que não se pode reconhecer caráter jurídico[94]. Disto não há como se discordar. Por outro lado, há muito se aceita que o ordenamento jurídico dispõe de princípios e regras implíci-

---

[92] FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, *Introdução ao estudo do direito,...*, p. 121.

[93] O primado "*nulla poena sine lege*" é considerado uma decorrência da segurança jurídica e da garantia individual. Tem como fundamento político a garantia da liberdade do cidadão e visa protegê-lo da intervenção estatal arbitrária, uma vez que as sanções penas recaem sobre a pessoa do agente infrator. Ver PRADO, Luiz Regis, *Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120*, 10ª ed., São Paulo, Editora RT, 2010, p. 140. Tamanha é a preocupação em se evitar privações de liberdade abusivas que FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO afirma que o primado desdobra-se em quatro outros princípios: *nula poena sine lege praevia*, *nulla poena sine lege scripta*, *nulla poena sine lege stricta* e *nulla poena sine lege certa*, dos quais se extrai (a) o dever de a lei pena sancionatória ser necessariamente anterior ao fato que se quer punir, (b) a proibição de se invocar direito consuetudinário ou (c) analogia para aplicar ou agravar pena, e (d) a exigência de a lei descrever com clareza os tipos e penas a serem aplicadas, sem abusar do emprego de normas muito gerais ou de tipos incriminadores genéricos e vazios. Ver *Princípios básicos de direito penal: de acordo com a Lei nº. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988*, 5ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1994, pp. 22-29. Assim, *ao contrário do que ocorre no Direito Civil, onde se podem deduzir consequências jurídicas diretamente de princípios gerais de direito, no Direito Penal só é possível dizer o que é ação punível através da utilização de tipos*. Ver CLAUS ROXIN *in Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2002, pp. 190-191.

[94] FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, *Introdução a o estudo do direito,...*, p. 121.

tos, mesmo que constitucionais[95], ainda mais se considerarmos que norma jurídica é um juízo hipotético abstrato[96] que não se confunde com o texto do qual é extraída[97].

Por isso, não é relevante o fato de inexistir na Constituição Federal de 1988 um dispositivo a expressamente dizer que ao ato inconstitucional deve ser imposta a invalidação de seus efeitos ou a sua não aplicação[98]. Se este juízo hipotético pode ser deduzido do cotejo dos dispositivos constitucionais, estará presente a norma constitucional sancionatória à inconstitucionalidade. Isto, aliás, não deve causar perplexidade alguma, pois é bastante incomum – desnecessário, diga-se de passagem – que os textos constitucionais sejam construídos à semelhança do formato utilizado na Parte Especial do Código Penal brasileiro, em que, pontualmente, há a previsão de um ilícito (crime) e, em seguida, de sua respectiva sanção (pena *in abstracto*)[99].

A própria Constituição da República Portuguesa de 1976, segundo Carlos Blanco de Morais, optou por não qualificar as sanções aplicadas ao ato inconstitucional, seja em fiscalização abstrata, seja em fiscalização concreta[100]. Apesar de dispor no art. 282º, nº. 1 que a declaração de inconstitucionalidade produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional, entende o autor que não se trata de um dispositivo constitucional a expressamente dispor sobre a sanção à inconstitucionalidade. Nem por isto, deixou-se de admitir que a eliminação total ou parcial dos efeitos do ato inconstitucional é sanção imposta pela Constituição.

---

[95] O art. 5º, § 2º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é prova cabal da admissão, em nível constitucional, da existência de princípios e regras implícitas, ao dispor que os direitos e garantias ali expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados.

[96] NORBERTO BOBBIO esclarece que o juízo hipotético é aquele que estabelece nexo entre uma condição (o ilícito) e uma consequência (a sanção) através da fórmula lógica: 'Se é A, deve ser B'. Ver *Teoria da norma jurídica,...*, p. 137.

[97] Ao invés de usar "texto de lei", entendido apenas como o suporte físico linguístico sem significado, é mais adequado falar na distinção entre "enunciado prescritivo" e "norma jurídica". Enquanto aquele é texto de lei com significação, esta é o juízo hipotético deôntico constituído de um antecedente e um consequente. Ver ROBSON MAIA LINS, *Controle de constitucionalidade da norma tributária: prescrição e decadência,* São Paulo, Editora Quartier Latin, 2005, p. 51.

[98] Assim também seria, para HANS KELSEN, caso a Constituição nada preceituasse expressamente sobre quem há de realizar a fiscalização da constitucionalidade. Neste caso, entende o autor que tal escopo caberia aos órgãos a quem a Constituição confere poder para aplicar as leis, isto é, aos tribunais, pois se são competentes para aplicar a lei, o são para verificar se algo que parece ser uma lei é, realmente uma lei conforme a Constituição. Ver *Teoria pura do direito,...*, p. 301.

[99] LUIGI VENTURA, não obstante reconheça o caráter sancionatório do "*annullamento lato sensu*", chega a afirmar que, no âmbito do direito constitucional, não é possível supor a existência de uma regra que contenha um preceito e outra que, pontualmente, lhe forneça sua sanção. Ver *Le sanzioni costituzionali,...*, p. 13.

[100] MORAIS, Carlos Blanco, *Justiça constitucional: garantia da constituição e controlo da constitucionalidade,...*, p. 216.

Logo, pode-se concluir que a ausência de dispositivo constitucional expresso na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não descaracteriza a invalidação como sanção jurídica ao vício da inconstitucionalidade. Isto não a torna extra-normativa ou um mero juízo moral de reprovação, pois se demonstrou que do texto constitucional brasileiro é possível extrair a norma jurídica sancionatória *in abstracto* apta a corrigir e punir a ilicitude constitucional. De toda sorte, se não há dúvidas quanto à possibilidade de se inferir a sanção à inconstitucionalidade do texto da Constituição Federal de 1988, verificam-se divergências quanto a como e de qual fundamento se extrai a norma sancionatória afinal.

Há quem entenda que a sanção à inconstitucionalidade pode ser derivada unicamente do conceito de Estado Democrático de Direito previsto no art. 1º, *caput*[101]. Há quem a ele acrescente o princípio da legalidade previsto no art. 5º, inciso II[102], e há ainda quem a ele acrescente a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais[103]. Por outro lado, há quem veja no preceito constitucional da soberania nacional previsto no art. 1º, inciso I e no art. 170, inciso I a norma jurídica capaz de tornar irrelevantes os atos emanados de outros órgãos normativos que não o instituído pela Constituição, desconstituindo eventuais efeitos produzidos[104].

ELIVAL DA SILVA RAMOS, por seu turno, entende que das normas atinentes à estruturação do sistema de controle de constitucionalidade pode ser inferida a sanção cominada aos atos normativos inconstitucionais (art. 102, inciso I, alínea "a" e "p",

---

[101] É o caso de VICTOR MARCEL PINHEIRO, pois vê no Estado Democrático de Direito o substrato para a noção de que nenhum comportamento mediante a incidência de uma norma desconforme à Constituição é capaz de vincular. Ver *A modulação de efeitos em decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal*, Tese de Láurea no Curso de Graduação em Direito da Universidade de São Paulo, 2009, p. 22.

[102] ALINE NUNES DOS SANTOS informa que dos dispositivos que estabelecem o Estado Democrático de Direito e o princípio da legalidade surge a concepção de que a norma inconstitucional não é norma, que não pode criar direitos e deveres. Vê nesse raciocínio o fundamento para o efeito *ex tunc* das decisões de inconstitucionalidade. Ver *Modulação temporal dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade em controle abstrato e repetição de indébito*, Revista de Direito Tributário nº. 107/108, p. 285.
como fundamento para o efeito *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade

[103] Assim faz GILMAR FERREIRA MENDES: *O princípio do Estado de Direito e a vinculação dos poderes estatais aos direitos fundamentais, estabelecida no art. 5º, § 1º, da Constituição, estão a indicar que não basta a promulgação de um lei. A lei exigida pela Constituição, tal como ocorre no direito alemão, não pode ser qualquer lei, mas lei compatível com a Constituição*. Ver *Curso de direito constitucional*,..., p. 1381.

[104] Diz MARIA HELENA DINIZ que *ao conceito de soberania estão conexos os do caráter originário e absoluto do poder soberano. O primeiro, no sentido de fundamento de si próprio, e o segundo, no de capacidade de determinar, no campo de sua atuação, a relevância ou irrelevância de qualquer outro centro normativo que ali atue*. Ver *Norma constitucional e seus efeitos*,..., p. 2.

inciso III e § 2º, além do art. 103)[105], de onde também se poderia retirar o *poder de que dispõe qualquer juiz ou tribunal para deixar de aplicar lei que considera inconstitucional*[106]. A estes acrescentaríamos o art. 52, inciso X, que fala em *suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal*, não obstante a existência de entendimento no sentido de que o art. 52, inciso X, deve ser "reinterpretado" para tê-lo apenas como um dispositivo a outorgar ao Senado Federal a faculdade de conferir publicidade à decisão do Supremo Tribunal Federal[107].

De toda sorte, se tivéssemos que escolher apenas um dispositivo constitucional, pensamos que é do texto do art. 60, §§ 2º e 4º onde melhor e com mais certeza se pode extrair a sanção de invalidação ao vício da inconstitucionalidade. Nestes artigos está consagrada a chamada "rigidez constitucional", pois dispõem que a Constituição Federal só pode ser alterada através de emenda votada em dois turnos na Câmara dos Deputados e no Senado Federal e aprovada por três quintos de seus membros, exceto se tendente a abolir alguma das cláusulas pétreas mencionadas no § 4º. Por causa desta previsão, a Constituição Federal de 1988 ganha o *status* de constituição rígida, o que garante sua supremacia formal ante a legislação ordinária[108].

Sem dúvida, trata-se de uma norma de defesa constitucional porque, ao dispor sobre o procedimento legislativo adequado para reformar a Constituição, acaba por fornecer proteção à sua estabilidade contra as investidas do legislador ordinário, conferindo às normas constitucionais a supremacia jurídica em relação às demais regras da ordenação estatal[109], de maneira que por estas não podem ser contrariadas, modificadas ou

---

[105] RAMOS, Elival da Silva, *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*, São Paulo, Editora Saraiva, 2010, p. 202.

[106] MENDES, Gilmar Ferreira, *A nulidade da lei inconstitucional e seus efeitos – considerações sobre a decisão do STF proferida no RE 122.202*, Revista Trimestral de Direito Público nº. 12, 1995.

[107] Assim votaram os Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau na Reclamação nº. 4.335, a qual ainda está em julgamento no Supremo Tribunal Federal. Nela, a Defensoria Pública da União alegou descumprimento de decisão proferida no HC 82.959, na qual foi reconhecida a inconstitucionalidade da vedação da progressão de regime aos condenados por crimes hediondos. Nesta ocasião, o Ministro Gilmar Mendes externou o entendimento de que a decisão proferida no controle incidental que declarar a inconstitucionalidade da lei tem efeitos gerais, cabendo ao Senado apenas publicá-la no Diário do Congresso. Ver também a obra conjunta de GILMAR FERREIRA MENDES: *Curso de direito constitucional,...*, pp. 1169-1170.

[108] OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, de modo diverso à construção lógica positivista, explica que a superioridade da lei constitucional sobre a lei ordinária surgiu já das concepções do direito natural, sob a seguinte formulação: por admitir que o direito pré-existe ao Estado, ao qual não compete produzi-lo mas somente declará-lo, as Constituições são a expressão da limitação de poder e da determinação dos vários ramos do governo, de maneira que se conclui que a lei constitucional não se confunde com a lei ordinária, sendo-lhe intuitivamente superior. Ver *A teoria das Constituições rígidas*, São Paulo, Publicação da Prefeitura do Município de São Paulo, 1948, p. 25.

[109] Em outras palavras, é o que afirma JOSÉ AFONSO DA SILVA, para quem as normas de defesa constitucional também podem ser chamadas de normas de estabilização constitucional, pois *fornecem os elementos assecu-*

suprimidas[110]. Só que, como bem assinala ELIVAL DA SILVA RAMOS ao cuidar da supremacia constitucional, *a melhor maneira de fazer a Constituição prevalecer sobre atos legislativos que a contrariem é, indubitavelmente, por meio do uso de uma sanção de invalidade, que possa impedir, 'ab initio' ou a partir de determinado momento, passado ou futuro, os efeitos da lei contraventora*[111].

Se a estas observações acrescentarmos a classificação de JORGE MIRANDA sobre normas jurídicas substantivas e normas jurídicas adjetivas[112] ou a classificação de HANS KELSEN sobre normas primárias e secundárias, poderemos concluir que do art. 60, §§ 2º e 4º é possível extrair duas normas constitucionais distintas: (a) *se* o Poder Legislativo editar emenda à Constituição, *então* deverá fazê-lo por três quintos de seus membros e sem atentar contra alguma das cláusulas pétreas; (b) *se* descumprida a norma *a*, *então* o ato legislativo emanado deve ser sancionado com a invalidação de seus efeitos. Sob este modelo, enquanto a norma *a* dispõe sobre a competência legislativa e limita o poder reformador, a norma *b* é sancionatória e objetiva assegurar a observância da norma *a* caso seja violada pelo ilícito da inconstitucionalidade.

Portanto, ainda que despida de um dispositivo expresso, pensamos ser amplamente possível extrair do texto da Constituição Federal de 1988 a norma sancionatória ao vício da inconstitucionalidade, de modo a imputar ao ato normativo ilícito sua invalidação e de seus efeitos caso já produzidos, assegurando-se assim a supremacia constitucional e confirmando seu caráter rígido.

2.1.6. Conteúdo da sanção à inconstitucionalidade: a invalidação

As conseqüências aplicadas à lei inconstitucional revestem-se de natureza de sanção jurídica, conforme exposto acima. É aceita a idéia de que o controle de constitucionalidade envolve tanto o reconhecimento do vício de inconstitucionalidade como a imposição de uma sanção a esta inconstitucionalidade. Por outro lado, percebemos

---

ratórios de durabilidade da constituição, estatuindo sobre defesa, guarda e rigidez constitucional. Ver *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 7ª ed., São Paulo, Editora Malheiros, 2008, pp. 195-196.

[110] MORAES, Alexandre, *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição*,..., p. 29.

[111] RAMOS, Elival da Silva, *Controle de constitucionalidade: perspectivas de evolução*,..., p. 46.

[112] JORGE MIRANDA chama de normas substantivas ou garantidas as suscetíveis de serem infringidas por ação ou omissão do poder público, e de normas adjetivas ou de garantia as que visam assegurar a efetividade das normas substantivas, distinguindo-as porque entende que *"a garantia tem de estar de fora da norma, porquanto ela é de alguma norma, não a própria norma garantida".* Ver *Manual de direito constitucional: inconstitucionalidade e garantia da Constituição*,..., p. 48.

também que não há consenso quanto ao conteúdo da sanção à inconstitucionalidade. Verifica-se que, comumente, associam-se à lei inconstitucional os adjetivos "inexistente", "inválida", "ineficaz", "nula", "anulável", "irregular", etc, muito a depender do modo pelo qual cada autor enxerga a função da jurisdição constitucional no sistema jurídico.

Essa pluralidade é um reflexo da conhecida e polêmica discussão acerca da nulidade ou anulabilidade da lei inconstitucional que costumeiramente está em pauta nos estudos do controle de constitucionalidade. Em geral, a controvérsia sobre o conteúdo da sanção à inconstitucionalidade circunscreve-se à divergência entre o tradicional modelo norte-americano de controle de constitucionalidade e o modelo austríaco proposto por HANS KELSEN. No sistema estadunidense firmou-se a concepção de que cabe ao Poder Judiciário declarar a invalidade da lei inconstitucional e deixar de aplicá-la ao caso concreto[113]. Já no sistema austríaco adotou-se a noção de que lei inconstitucional é considerada válida a princípio, porém, porque é contrária à Constituição, pode ser anulada mediante um procedimento especial de revogação a ser realizado perante o Tribunal Constitucional[114].

Por causa disso, é salutar tecermos considerações pouco mais detidas sobre o conteúdo da sanção à inconstitucionalidade, a fim de que alcancemos uma coerência de sentido. Neste escopo, entendemos que a maneira mais adequada de enxergar a questão do vício e da sanção à inconstitucionalidade é distinguir o plano da existência (ou pertinência) do da validade. Conforme propõe MARCELO NEVES, a norma jurídica é existente se integra, regular ou irregularmente, um determinado sistema jurídico e ainda não foi

---

[113] Pela difusão que teve, costuma ser atribuído ao caso *Marbury vs. Madison*, 5 U.S. 137 (1803) a origem da doutrina norte-americana do controle de constitucionalidade. Nele, a Suprema Corte expressou o entendimento de que a lei inconstitucional é inválida ("*an act of the Legislature repugnant to the Constitution is void"*), razão pela qual compete ao Poder Judiciário deixar de aplicá-la em respeito à supremacia da Constituição. Para JOHN MARSHALL, sendo a Constituição a lei fundamental, as leis que a contrariam são destituídas de força obrigatória e não podem ser consideradas válidas. Em seu raciocínio, ao decidir um conflito entre uma lei e a Constituição, deve o Poder Judiciário declarar a invalidade daquela e dar aplicação à norma constitucional no caso concreto. Para maiores esclarecimentos sobre o caso *Marbury vs.* Madison, ver WILLIAN H. REHNQUIST, *The Supreme Court: how is was, how is is*, New York, William Morrow & Co., 1987, pp. 99-114. Para mais detalhes sobre a "lógica da Marshall", ver CARLOS SANTIAGO NIÑO, *The Constitution of deliberative democracy, The constitution of deliberative democracy*, New Haven, Yale University Press, 1996, pp. 189-196. Seja como for, ao julgamento do caso *Marbury vs. Madison* seguiram outros em que a Suprema Corte norte-americana reafirmou a concepção de que a lei inconstitucional é nula. Um deles é o caso *Norton vs. Shelby County*, 118 U.S. 425 (1886). Nele, diz que a lei inconstitucional não é lei, não confere direitos nem impõe deveres, como se nunca tivesse sido aprovada ("*an unconstitutional act is not a law; it confers no rights; it imposes no duties; it affords no protection; it creates no office; it is in legal contemplation as inoperative as though it had never been passed*").

[114] Segundo HANS KELSEN, a lei inconstitucional é anulada pela Corte Constitucional austríaca porque a ela foi atribuída função legislativa negativa. Assim, a decisão proferida pela Corte tem o mesmo caráter de uma lei revogadora, motivo pelo qual, a princípio, tem efeitos *ex nunc*. Ver *Jurisdição constitucional,...*, pp. 305-306. Por assim pensar, compreende-se o porquê de HANS KELSEN não admitir que uma norma jurídica possa ser nula, mas tão-somente anulável. Ver *Teoria pura do direito,...*, p. 307.

rechaçada ou revogada, devendo ter sido emanada de um *núcleo normativo originário* através de ato formal[115]. Por sua vez, a norma jurídica é válida quando se conformar completamente aos demais requisitos formais e às exigências substanciais de produção normativa previstas no sistema jurídico[116].

Deste modo, validade é a qualificação atribuída à norma jurídica que não apresenta defeitos formais ou materiais, que está em plena consonância com o ordenamento jurídico. Se, ao contrário, existem deficiências em sua formação e conteúdo (inconstitucionalidade formal ou material), o sistema jurídico tem a norma como ilícita e, assim, a reputa inválida[117]. Por este motivo, a invalidade é característica própria da lei inconstitucional, porque a identifica como defeituosa e, assim, a sujeita a sanções[118]. Nesta perspectiva, pode-se afirmar que a lei inconstitucional é existente, porém inválida. Já na visão kelseniana, confundindo o plano da existência com o da validade[119], a lei inconstitucional é válida porque integra o ordenamento jurídico até ser dele retirada.

Contudo, apesar destes esclarecimentos, pensamos que ainda remanesce a dúvida quanto a se a invalidade é a sanção ou é o sinônimo de vício de inconstitucionalidade, do qual a invalidação de efeitos ou a inaplicação da lei seria a sanção. Quanto a isto, estamos em conformidade com LUIGI VENTURA[120], para quem, ao menos no âmbito do direito constitucional, não é correta a tese de que a anulação ou invalidação é apenas

---

[115] NEVES, Marcelo, *Teoria da inconstitucionalidade das leis,* São Paulo, Editora Saraiva, 1988, pp. 42-43.

[116] NEVES, Marcelo, *Teoria da inconstitucionalidade das leis,...*, p. 44.Neste sentido, PAULO HAMILTON SIQUEIRA JÚNIOR bem resume essa distinção: *"a existência da norma é a sua entrada válida ou inválida no mundo jurídico. No sistema jurídico pátrio a norma passa a ter existência após a promulgação e publicação no Diário Oficial... A validade da norma refere-se aos requisitos exigidos para sua elaboração. A norma válida é aquela que preenche os requisitos*. Ver *Direito processual constitucional,...*, p. 131.

[117] MELLO, Marcos Bernardes de, *Teoria do fato jurídico: plano da validade,...*, pp. 2-3.

[118] Vale fazer novamente menção a MARCOS BERNARDES DE MELLO, segundo o qual *a recusa de validade de um ato jurídico consubstancia uma forma de punição, de penalidade, à conduta que infringe as normas jurídicas, com a qual se impede que aqueles que a praticaram possam obter resultados jurídicos vantajosos*. Ver *Teoria do fato jurídico: plano da validade,...*, p. 5.

[119] Afirmação de MARCELO NEVES: *A Teoria Pura do Direito, definindo a validade como a existência específica de uma norma jurídica, confundiu os conceitos de pertinência e validade enquanto conformidade à 'norma fundamental' do sistema* jurídico. Ver *Teoria da inconstitucionalidade das leis,...*, p. 40. Quanto a isso, afirma EDUARDO TALAMINI que toda a formulação de Hans Kelsen presta-se, em verdade, a demonstrar que a norma inconstitucional existe e pertence ao mundo jurídico apesar de ser defeituosa. No entanto, como não aceita a dicotomia entre pertinência e validade, chama de válida a norma que pertence, motivo pelo qual, a seu modo de ver, torna sua teoria passível de crítica. Ver *Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira: repercussão geral, força vinculante, modulação dos efeitos do controle de constitucionalidade e alargamento do objeto de controle direto*, Tese apresentada para o concurso à livre-docência, Universidade de São Paulo, 2010, p. 202.

[120] Em relação a esta querela, LUIGI VENTURA esclarece que existem duas teses: (a) uma, que vê a anulação (ou invalidação) como reação à invalidade; (b) outra, que vê a anulação como propriedade da invalidade. No primeiro caso, a anulação é a sanção à invalidade. No segundo, é apenas a execução da sanção, já que a sanção é a própria invalidade. Ver *Le sanzioni costituzionali,...*, p. 60.

uma propriedade da invalidade, uma vez que a sanção de invalidação, como qualquer outra sanção, é um efeito previsto na lei ou na Constituição como consequência necessária de um ilícito[121]. Além disto, ao considerarmos que o conceito de validade remete à idéia de ausência de defeito, conclui-se que a invalidade é vício da lei inconstitucional do qual a invalidação é sua sanção[122].

Nesse contexto, nulidade e anulabilidade devem ser vistas apenas como tipologias temporais da sanção de invalidação. Se a invalidação alcança todos os efeitos produzidos pelo ato inconstitucional *ex tunc*[123], retroagindo até o momento da entrada em vigor da lei, pode-se falar em nulidade. Se a invalidação não retroage e só se inicia a partir da data em que for reconhecida a inconstitucionalidade (efeitos *ex nunc*), pode-se falar em anulabilidade[124]. Não se trata de natureza do defeito do ato inconstitucional. Por isso, quanto à questão de se saber se a lei inconstitucional é nula ou anulável, temos que a resposta mais compatível com o que expusemos e com o que entendemos é a dada por VICTOR MARCEL PINHEIRO: *penso que nenhuma das duas... entendo que a norma jurídica inconstitucional não é nula, nem anulável, mas somente inconstitucional*[125].

Portanto, se é possível afirmar que a invalidação é a sanção ao vício de inconstitucionalidade independentemente do sistema de controle de constitucionalida-

---

[121] VENTURA, Luigi, *Le sanzioni costituzionali,...*, p. 61.

[122] CARLOS BLANCO DE MORAIS entende de maneira parecida. Inexistência, invalidade, irregularidade são tipologias de valores negativos dos atos inconstitucionais, todos admitidos pela ordem jurídica portuguesa[122], os quais reconduzem à depreciação capaz de inibir a produção de seus efeitos. Sanção, por seu turno, é a reação concreta que o ordenamento jurídico impõe à inconstitucionalidade, razão pela qual admite que, num dado desvalor possam coexistir diversos tipos de sanções, a depender da natureza do processo de controle de constitucionalidade. Por isso, afirma que *a Constituição de 1976 consagra no nº. 3 do art. 3º da CRP a invalidade como valor negativo vocacionado para a depreciação da generalidade dos actos contrários à Constituição... Como excepção, a Constituição admite para certas formas de inconstitucionalidade, outros valores negativos, como é o caso da inexistência (art. 137º, nº. 2 do art. 142º e nº. 2 do art.172º) e da irregularidade (nº. 2 do art. 277º)*. Ver *Justiça constitucional: garantia da Constituição e controlo da constitucionalidade*, pp. 187-188, 214 e 245.

[123] DANIEL SARMENTO destaca que, pelo fato de a declaração de inconstitucionalidade implicar no reconhecimento da invalidade de todos os efeitos que a norma produziu, até mesmo a revogação tácita ou expressa que eventualmente a lei inconstitucional tenha operado perde seu efeito, de modo a se poder falar em represtinação da lei revogada. Ver *A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade*, *in* CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza e SAMPAIO, José Adércio Leite (org.), *Hermenêutica e jurisdição constitucional: estudos em homenagem ao Professor José Alfredo de Oliveira Baracho*, Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2001, p. 35.

[124] A compartilhar dessa posição está CHRISTINA AIRES DE LIMA CORRÊA, já que, em seus dizeres, *a sanção imposta ao ato inconstitucional será a sua retirada do ordenamento jurídico, ou, em outras palavras, cassa-se a sua existência, com eficácia* ex tunc *ou* ex nunc, *dependendo do sistema de controle de constitucionalidade adotado*. Ver *O princípio da nulidade das leis inconstitucionais,...*, pp. 42-43.

[125] PINHEIRO, Victor Marcel, *A modulação de efeitos em decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal,...*, p. 15.

de[126], o mesmo raciocínio não se estende à nulidade e à anulabilidade, pois não possuem elementos intrínsecos a diferenciá-las quanto à natureza jurídica e diferenciam-se apenas pela *maior ou menor potencialidade para desconstituir os efeitos da lei inconstitucional*[127]. Assim, saber se a extensão da invalidação alcança efeitos *ex tunc* ou *ex nunc* depende, indispensavelmente, da especificidade de cada regime de fiscalização da constitucionalidade[128]. A sanção específica constitui opção jurídico-político-institucional, não havendo uma única decorrência lógica e necessária do vício de inconstitucionalidade[129].

No que se refere ao sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, o art. 27 da Lei nº. 9.868/99 acabou por confirmar que, em regra, a sanção de invalidação dos efeitos da lei inconstitucional retroage *ex tunc*, assemelhando-se à noção nulidade ou, na expressão utilizada por HANS KELSEN, do caso-limite da anulabilidade com efeito retroativo[130]. Independentemente da controvérsia acerca da constitucionalidade do próprio art. 27[131], não há dúvidas de que, com ele, tornou-se certo que a atribuição de efeitos retroativos *ex tunc* é a consequência temporal que a decisão de inconstitucionalidade deve assumir em regra[132].

---

[126] É certo que, ao se falar em invalidação da lei inconstitucional e seus efeitos, inicialmente tem-se em vista o controle abstrato de constitucionalidade, em que a jurisdição constitucional aprecia se a lei é ou não constitucional e, em não sendo, invalida-a retroativamente ou não. Em se tratando de controle concreto, geralmente fala-se apenas em inaplicação da lei inconstitucional. Disto é exemplo MANUEL GARCIA-PELAYO *in Derecho constitucional comparado*, Madrid, Alianza Editorial, 1999, p. 432. Entretanto, é necessário lembrar que, ao deixar de aplicar a lei, acaba-se também por invalidar os efeitos já produzidos de modo a assegurar um resultado útil à parte vencedora da lide. Assim, a concepção de que a invalidação é a sanção à inconstitucionalidade não deve ser rejeitada no âmbito do controle concreto. Se é verdade que nele, em regra, a sanção à inconstitucionalidade não tem o condão de invalidar *erga omnes*, também é certo que, ao rejeitar *in concreto* os efeitos da lei inconstitucional, a jurisdição constitucional acaba por atingir um dos propósitos da norma sancionatória: a cassação do resultado prático e útil que se alcançaria caso a lei continuasse a ser aplicável aos casos concretos.

[127] ÁVILA, Ana Paula Oliveira, *A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade,...*, pp. 32-33.

[128] ELIVAL DA SILVA RAMOS afirma que as categorias de sanção à inconstitucionalidade permitem apenas que se faça um delineamento geral de cada regime, sendo necessário que sua descrição seja completado com as especificidades de cada Direito positivo. Ver *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção,...*, p. 86.

[129] MACHADO, Marcelo Passamani, *Controle de constitucionalidade das leis: efeitos de suas decisões.* Dissertação de mestrado, USP, 2008, p. 51.

[130] KELSEN, Hans, *Jurisdição constitucional,...*, p. 143.

[131] O art. 27 da Lei nº. 9.868/99, em si, tem sua constitucionalidade questionada nas ADI 2.154/DF e ADI 2.258/DF. Ao proferir seu voto, o Ministro Sepúlveda Pertence decidiu-se pela inconstitucionalidade do art. 27 da Lei nº. 9.868/99 por entender que exceções à nulidade da lei inconstitucional somente poderiam ser previstas através de emenda constitucional, por ser a nulidade uma decorrência da adoção do sistema de controle de constitucionalidade difuso. No entanto, em virtude de pedido de vista feito pela Ministra Cármen Lúcia, as ações diretas de inconstitucionalidade permanecem na pendência de julgamento definitivo.

[132] HUMBERTO ÁVILA faz interessante observação quanto a adoção da sanção de invalidação retroativa no Brasil: *A CF/88, em matéria de controle de constitucionalidade, foi explícita: ela previu mecanismos para afastar a inconstitucionalidade e para restabelecer o estado de constitucionalidade, com maior eficácia e abrangência possíveis, com foco especial na Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. A competência para a edição de súmula vinculante para todos os Poderes, a regulação*

2.1.7. Decisão de inconstitucionalidade e a aplicação da sanção

Linhas antes, dissemos que um dos motivos que pode explicar a não preocupação em se ver no controle de constitucionalidade a aplicação de uma sanção jurídica é a visão processualista que por tempos foi quase que exclusivamente adotada pela doutrina para explicar o fenômeno da cassação dos efeitos da lei declarada inconstitucional. Sob este modo de enxergar as coisas, as discussões jurídicas acabam por se circunscreverem ou ao tema da natureza jurídica do ato inconstitucional (nulo ou anulável) ou ao da natureza jurídica da decisão de inconstitucionalidade (declaratória ou constitutiva). Nossa proposta aqui é outra. Só que, ao contrário do que pode parecer e conforme já falamos, não é de todo incompatível com o foco processualista.

Se tivéssemos que responder a pergunta de se a invalidação da lei e de seus efeitos é sanção à inconstitucionalidade ou é um dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade proferida pela jurisdição constitucional, não teríamos dúvidas em dizer que é tanto um quanto outro, pois, no jargão popular, trata-se das duas faces da uma mesma moeda. Se observarmos o controle de constitucionalidade do ponto de vista material, a conclusão é de que a inconstitucionalidade é a ilicitude de que a invalidação é a sanção jurídica. Se o observarmos, por outro lado, do ponto de vista processual, a conclusão é de que a invalidação é um dos efeitos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade da lei analisada[133].

A invalidação é, simultaneamente, sanção jurídica e um dos efeitos com repercussão temporal da decisão de inconstitucionalidade[134]. No entanto, não se trata

---

da eficácia geral em matéria de controle concentrado de constitucionalidade ou a faculdade para instar o Poder Legislativo a adotar as medidas necessárias a fim de afastar a inconstitucionalidade são exemplos claríssimos de que o foco da CF/88 é a rápida e a eficiente restauração do estado de constitucionalidade afastado pela lei inconstitucional. Poder-se dizer, em outras palavras, que, em regra, a CF/88 foi intolerante com qualquer tipo de preservação de estados de inconstitucionalidade. Ver *Segurança jurídica: entre a permanência, mudança e realização no direito tributário,* São Paulo, Editora Malheiros, 2011, p. 524.

[133] OSWALDO LUIZ PALU nos traz concepção semelhante, valendo-se do termo "sanção de nulidade": *Exsurge, fácil, que é a decisão de inconstitucionalidade que cassa (subtrai) os efeitos da lei inconstitucional, atuando em direção ao passado, retirando os efeitos retroativamente, e atuando em direção ao futuro, fazendo cessar a eficácia futura da lei declarada inconstitucional. Estes são os efeitos normais da decisão que declara a inconstitucionalidade, sendo que ordinariamente impõe conjuntamente com a declaração a sanção de nulidade, total ou parcial, da norma viciada*. Ver *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos,...*, p. 158.

[134] A decisão de inconstitucionalidade produz consequências jurídicas que não se limitam ao alcance temporal da invalidação. Além dos efeitos temporais, a decisão acarreta efeitos subjetivos, os quais dizem respeito a quem deve ser alcançado pelas consequências da inconstitucionalidade (se *inter partes* ou *erga omnes*), e efeitos normativos, que dizem respeito a como o ordenamento jurídico deve se comportar para suprir a ausência da norma inconstitucional (no que se insere a discussão quanto à admissão ou não de um efeito represtinatório para a legislação revogada pela lei declarada inconstitucional).

de mero efeito automático, pois cada ordenamento jurídico que adota o controle repressivo de constitucionalidade pode prever qual o alcance inicial da anulação dos atos inconstitucionais, geralmente ou adotando a retroatividade do efeito invalidante (*ex tunc*) ou adotando a sua irretroatividade (*ex nunc*). A jurisdição constitucional pode e deve se manifestar conclusivamente sobre a consequência a ser imposta à inconstitucionalidade, notadamente se o específico sistema jurídico aceita implícita ou explicitamente a manipulação da extensão desta sanção[135].

Vendo-se desta forma, percebe-se que a pronúncia da inconstitucionalidade envolve duas etapas de julgamento: a primeira, em que se verifica a compatibilidade ou não do comportamento questionado em face da Constituição; a segunda, em que se aplica a sanção caso seja detectada a inconstitucionalidade na etapa anterior. No primeiro juízo, avalia-se se a norma constitucional "*se* for editar lei, *então* deverá fazê-lo em conformidade com a Constituição" foi respeitada ou descumprida. Caso se conclua pelo descumprimento, caracterizado está o ato ilícito (a inconstitucionalidade), o que remete o julgador ao segundo juízo, em que se avalia a aplicação da norma constitucional "*se* for declarada a inconstitucionalidade, *então* deverá ser invalidado o ato viciado". Nesta perspectiva, a decisão de inconstitucionalidade possui como antecedente a violação da Constituição, e um conseqüente, que é a invalidação do ato questionado[136].

CARLOS BLANCO DE MORAIS cita o entendimento de VITALINO CANAS inspirado em LIEBMANN e ZAGREBELSKI quanto a isto, *o qual supõe a decomposição do juízo de invalidade com força obrigatória geral em dois segmentos: a declaração de inconstitucionalidade, que teria efeitos declarativos; e a fixação através da sentença dos efeitos da decisão, que seriam constitutivos já que os mesmos poderiam assumir caráter*

---

[135] JOSÉ ADÉRCIO LEITE SAMPAIO chama de sistema rígido aquele em que não é reconhecido á jurisdição constitucional o poder de modular a repercussão temporal da decisão de inconstitucionalidade. Exemplos dele são a Síria, em que só se aceita efeitos nulificantes retrospectivos, e a Bulgária, Equador e a Guatemala, em que só se é possível projetar a anulação para o futuro. Ver, *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*, Belo Horizonte, Del Rey, 2002, p. 234. A estes podemos acrescentar o Canadá, cujos tribunais nunca desenvolveram uma doutrina de efeitos prospectivos para a declaração de inconstitucionalidade a excepcionar a previsão do art. 52 do Ato Constitucional de 1982, segundo o qual qualquer lei contrarie os preceitos da Constituição é, na medida de sua incongruência, inválida e ineficaz. Ver também KEITH S. ROSENN, *Os efeitos do controle judicial de constitucionalidade nos Estados Unidos, Canadá e América Latina numa perspectiva* comparada, Revista de Direito Administrativo nº. 235, jan-mar/2004, pp. 167-168. Nestes casos, talvez seja desnecessário que a Corte competente tenha de se pronunciar expressamente sobre as consequências do reconhecimento da inconstitucionalidade.

[136] PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio, *Efeitos da decisão de inconstitucionalidade em direito tributário,...*, p. 36.

variável[137]. Ou seja, reforça a noção de que o juízo feito no controle repressivo de constitucionalidade não se exaure com a declaração de inconstitucionalidade, ainda se feita na via direta e abstrata em que, em tese, não há relações concretas em discussão.

Deste modo, em sendo reconhecida a inconstitucionalidade da lei, o ato de pronúncia acaba por se revestir de uma natureza declaratória quanto ao vício e desconstitutiva quanto à sanção. Por um lado, declara-se a invalidade, por outro, invalida-se o ato inconstitucional que até então pertencia higidamente ao ordenamento jurídico[138]. Neste mesmo sentido ensina ANDRÉ RAMOS TAVARES, segundo o qual *quanto às decisões judiciais, a invalidade pode ser meramente declarada, mas sua ineficácia (como consequência) há de ser constituída pela decisão*[139].

Nas hipóteses em que a jurisdição constitucional se vale da técnica de modulação dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade, então, tornam-se bastante nítidas as duas etapas do juízo feito no controle de constitucionalidade. Isto porque não há modulação de efeitos sem que já tenha sido declarada a inconstitucionalidade, de maneira que a análise de seu cabimento para a aplicação da sanção deve ser feita na fase em que a jurisdição constitucional está em vias de fixar a invalidação e seu alcance. Por isso, tem razão Felipe Benedito Viana ao expressar o entendimento de que, enquanto o objeto de análise da pronúncia de inconstitucionalidade é a lei questionada, o objeto de análise na modulação de efeitos é a própria decisão de inconstitucionalidade[140].

HUMBERTO ÁVILA, ao tratar do procedimento a ser utilizado na modulação dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade, defende que deve ser garantido o contraditório às partes envolvidas acerca da modulação. Assim pensa porque enxerga que na modulação, não se discute o mérito da questão acerca da constitucionalidade, mas, em vez disto, os efeitos da decisão, tanto que afirma ser *"indispensável que a questão da modulação dos efeitos seja objeto de um debate distinto do da questão de mérito"*[141].

---

[137] MORAIS, Carlos Blanco, *Justiça constitucional: garantia da constituição e controlo da constitucionalidade,...*, p. 227.
[138] TALAMINI, Eduardo, *Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira: repercussão geral, força vinculante, modulação dos efeitos do controle de constitucionalidade e alargamento do objeto de controle direto,...*, p. 202.
[139] TAVARES, André Ramos, *Paradigmas do judicialismo brasileiro,...*, p. 49.
[140] VIANA, Felipe Benedito, *O controle de constitucionalidade finalístico,...*, Dissertação de Mestrado, USP, 2010, p. 160.
[141] ÁVILA, Humberto, *Segurança jurídica: entre a permanência, mudança e realização no direito tributário*, São Paulo, Editora Malheiros, 2011, p. 574.

Para confirmar isto, cita que, na Corte Europeia de Justiça, o julgamento é paralisado para que as partes sejam ouvidas a respeito da eficácia da decisão.

É por esta razão que vemos similaridades importantes entre a modulação dos efeitos temporais no controle de constitucionalidade e a dosimetria da pena feita após o reconhecimento de que o réu incorreu em conduta criminosa. Apesar das diferenças que lhes são intrínsecas, podem ser vistas como técnicas de dosagem de sanção jurídica que somente devem ser utilizadas após o convencimento de que um ato ilícito foi praticado. No caso brasileiro, inclusive, a separação de etapas no processo penal é notória e decorre da própria redação do art. 387, inciso III, Código de Processo Penal, em que se diz o juiz, ao proferir a sentença condenatória, aplicará as penas de acordo com suas conclusões.

De toda sorte, considerando que mais adiante serão aprofundadas as comparações entre os dois institutos, apenas queremos aqui reafirmar que, além de ser sanção jurídica à inconstitucionalidade, a invalidação constitui-se em um dos efeitos com aspectos temporais que decorre da decisão de inconstitucionalidade proferida pela jurisdição constitucional. Seu alcance fixado *a priori* permite, no mais das vezes, manipulação através da técnica de modulação dos efeitos temporais, cujo cabimento e adoção se for o caso são analisado na segunda etapa do juízo de constitucionalidade, que não deve ser confundido com a primeira fase, em que se aprecia a adequação ou não da lei à Constituição.

2.2. MODULAÇÃO DE EFEITOS

2.2.1. Atenuações nos regimes sancionatórios da inconstitucionalidade

As sanções à inconstitucionalidade adotadas nos diversos sistemas jurídicos costumam ser subdividas, em geral, em duas espécies: a invalidação com alcance retroativo integral (*ex tunc*), ligada ao modelo norte-americano, e invalidação prospectiva (*ex nunc*), ligada ao modelo austríaco. Caso nos utilizemos da terminologia típica do direito civil, pode-se falar em sistemas constitucionais que adotam a nulidade e sistemas que adotam a anulabilidade como consequência à lei inconstitucional, uma vez que não se trata de categorias apriorísticas, sendo antes opção de escolha por cada ordenamento jurídico particular[142]. ELIVAL DA SILVA RAMOS, em particular, refere-se a elas justamente com os

[142] Há de se tomar cuidado em se equiparar "nulidade" com efeito *ex tunc* e "anulabilidade" com efeito *ex nunc*. Como já dito, as noções são parelhas, porém não se confundem obrigatoriamente. Há quem defenda que a diferença entre nulidade e anulabilidade não seja o grau de invalidação, mas sim a forma como ambas

termos "sanção de nulidade" e "sanção de anulabilidade", tidas como as duas categorias básicas da sanção à inconstitucionalidade[143].

Com a aplicação da nulidade, busca-se fazer com que todos os efeitos já produzidos pela lei inconstitucional sejam desconsiderados por completo[144], a fim de se retornar ao *status quo ante*[145], além de, obviamente, proibir que novas relações jurídicas possam ser geradas a partir ou com fundamento no ato inconstitucional. À sanção de nulidade estão ligadas as noções de que a lei inconstitucional é um "nada jurídico" e que, por isso, jamais poderia ter produzido qualquer efeito válido, ou mesmo a de que a lei inconstitucional é *null and void*, razão pela qual deve ser tratada como se nunca tivesse existido.

Com a aplicação da anulabilidade, almeja-se apenas obstar que a lei considerada inconstitucional continue a produzir efeitos, tratando-a como se tivesse sido revogada. A invalidação ocorre somente *a posteriori*, tolerando-se que os efeitos já produzidos até a data da anulação sejam mantidos[146]. À sanção de anulabilidade estão ligadas as noções de que (a) a lei é válida até que seja revogada por um processo especial previsto pela Constituição, apesar de inconstitucional, e a de que (b) a jurisdição constitucional exerce o papel de legislador negativo[147].

Inicialmente avessos a atenuações do efeito *ex tunc* ou *ex nunc*, percebe-se que, com o passar do tempo, ambos os sistemas de controle de constitucionalidade passaram a admitir atenuações no rigor técnico de suas doutrinas, minorando-se suas diferenças[148]. MAURO CAPPELLETTI enxerga que *sob o aspecto dos efeitos, a mesma originária contraposição entre o sistema americano e o sistema austríaco de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis parcialmente se atenuara*[149]. Os inconvenientes do ri-

---

se operam: a nulidade, que, por ser invalidade visceral *a priori*, é imposta automaticamente pelo ordenamento jurídico (*ipso iure*) e dispensa ato judicial de imposição; a anulabilidade, que, por outorgar uma validade provisória, deve ser imposta por força de provimento jurisdicional. Neste sentido, por exemplo, ELIVAL DA SILVA RAMOS *in Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectiva de evolução,...*, pp. 86-88. Por causa disto, a fim de evitar ambiguidades, preferimos utilizar as expressões "retroatividade" e "irretroatividade" ou "efeito *ex tunc*" e "efeito *ex nunc*" para nos referir àquilo que a doutrina chama de nulidade e anulabilidade às vezes sem muito rigor técnico.

[143] RAMOS, Elival da Silva, *A inconstitucionalidade das leis,...*, p. 87.

[144] MORAES, Alexandre, *Direito constitucional*, 13ª ed., São Paulo, Editora Atlas, 2003, pp. 624-625.

[145] BARROSO, Luís Roberto, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009, p. 16.

[146] RAMOS, Elival da Silva, *A inconstitucionalidade das leis,...*, p. 90.

[147] KELSEN, Hans, *Jurisdição constitucional,...*, pp. 305-306.

[148] MEDEIROS, Rui, *decisão de inconstitucionalidade – Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 1999, p. 535.

[149] CAPPELLETTI, Mauro, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, 2ª ed., Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 120.

gor teórico de ambas as doutrinas levaram-nas a aceitar exceções[150], sendo prova disto a jurisdição constitucional em diversos países[151]. Por este motivo, ANA PAULA ÁVILA ensina que *manter-se uma visão maniqueísta sobre as teses da nulidade e da anulabilidade do ato inconstitucional é postura que desconsidera, inclusive, a própria evolução que os dois sistemas de origem (austríaco e norte-americano) experimentaram como o passar do tempo*[152].

Na Áustria, por questões práticas passou-se a admitir que a aplicação da lei inconstitucional também pudesse ser recusada antes do pronunciamento do vício ao menos nos casos concretos em que também fosse arguida a inconstitucionalidade[153]. A mitigação ocorreu já em 1929[154], muito em virtude de se constatar que não faria sentido e seria de mínima ou nenhuma utilidade afastar a incidência da lei inconstitucional apenas para o futuro se, no mais das vezes, os fatos para os quais seria relevante a declaração de inconstitucionalidade eram pretéritos[155]. Conforme ensina HEINZ SCHÄFFER, em virtude do chamado "prêmio do recorrente" previsto no art. 140.7 da Constituição Austríaca, todos os casos concretos a partir dos quais foi suscitado o controle de constitucionalidade e todos os casos a eles equivalentes que estejam pendentes perante o Tribunal Constitucional austríaco são alcançados pelos efeitos declaração de inconstitucionalidade[156].

Assim também ocorreu nos Estados Unidos. MAURO CAPPELLETTI afirma que as exigências práticas induziram a se atenuar notavelmente a doutrina da eficácia *ex tunc*, motivo pelo qual, em matéria civil e às vezes administrativa, tem sido preferido

---

[150] GALLOTTI, Maria Isabel, *A declaração de inconstitucionalidade das leis e seus efeitos*, Revista de Direito Administrativo nº. 170, Rio de Janeiro, out-dez/1987, p. 28.

[151] Segundo CARLOS BLANCO DE MORAIS, verifica-se uma tendência genérica na Justiça Constitucional ocidental (europeia e americana) de abandonar a *dura lex* inerente à imposição rígida dos efeitos da nulidade absoluta, em prestígio a um preocupação com os efeitos de suas decisões nas situações gerais ou concretas que envolvam interesses legítimos de pessoas. Ver *Justiça constitucional: o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*, tomo II, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 299.

[152] ÁVILA, Ana Paula Oliveira, *A modulação de temporais pelo STF no controle de constitucionalidade*,..., p. 45.

[153] CAPPELLETTI, Mauro, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*,..., p. 121.

[154] Além desta reforma, ANA PAULA ÁVILA diz que, através da reforma constitucional de 1975/1976, o Tribunal Constitucional austríaco recebeu poderes para a adoção de fórmulas diversas em relação aos efeitos temporais, podendo ser fixados *ex tunc*, *ex nunc* ou *pro futuro*, desde que em prazo não superior a um ano. Ver *A modulação de temporais pelo STF no controle de constitucionalidade* ,..., p. 45.

[155] TALAMINI, Eduardo, *Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira: repercussão geral, força vinculante, modulação dos efeitos do controle de constitucionalidade e alargamento do objeto de controle direto*,..., p. 191.

[156] SCHÄFFER, Heinz, *La relación entre el Tribunal Constitucional y el legislador*, *in* AJA, Eliseo, *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Barcelona, Editorial Ariel, 1998, p. 35.

respeitar certos efeitos consolidados produzidos por atos respaldados em leis depois declaradas inconstitucionais[157]. Por sua vez, na Alemanha, onde se adota a nulidade para a inconstitucionalidade[158], a reforma legislativa ocorrida em 1970 na Lei do Tribunal Constitucional Federal alemão (§§ 31, nº. 2 e 79, nº. 1) consolidou aquilo que o Tribunal Constitucional já vinha praticando em sua jurisprudência[159], a qual passara a conceber a hipótese de uma norma ser considerada incompatível com a Constituição, sem que seja declarada sua nulidade[160].

No Brasil, onde se firmou a concepção da eficácia *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade por influência do modelo norte-americano, desde o início do controle direito e abstrato na década de 1960, também passou a expressar ressalvas e a admitir limites à eficácia retroativa. Com efeito, a ausência de previsão expressa a permitir as atenuações não obstou que estas fossem adotadas pelo Supremo Tribunal Federal[161]. A presença destas exceções às consequências teóricas de cada um dos modelos justifica-se, segundo PAULO JOSÉ MACHADO CORRÊA, pela *constatação de que muitas vezes adotar o postulado da retroatividade ou da irretroatividade da pronúncia da inconstitucionalidade, sem maiores perquirições sobre as consequências práticas que poderiam advir, seria des-*

---

[157] CAPPELLETTI, Mauro, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado,...*, pp. 123-124.

[158] ALBRECHT WEBER ensina que, quando o Tribunal Constitucional Federal alemão chega à conclusão de que uma lei não é compatível com a Lei Fundamental, declara sua nulidade. Diz também que, segundo a doutrina tradicional, isso significa que a lei inconstitucional é inválida desde o momento de sua criação e, por isto, inexistente. Deste modo, conclui que a nulidade retroage ao surgimento da lei, razão pela qual é definida como nulidade *ex tunc*. Ver *Alemania, in* AJA, Eliseo, *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Barcelona, Editorial Ariel, 1998, p. 75.

[159] TALAMINI, Eduardo, *Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira: repercussão geral, força vinculante, modulação dos efeitos do controle de constitucionalidade e alargamento do objeto de controle direto,...*, p. 191.

[160] WEBER, Albrecht, *Alemania,...*, p. 77.

[161] Antes da edição do art. 27 da Lei nº. 9.868/99, podem ser citados como exemplos da atenuação da tese da nulidade: RE 78.209/SP, Relator Ministro Aliomar Baleeiro, DJ 09.10.1974; RE 78.594/SP, Relator Ministro Bilac Pinto, DJ 04.11.1974; RE 79.343/BA, Ministro Relator Leitão de Abreu, DJ 02.09.1977; RE 78.533, Relator Ministro Firmino Paz, 26.02.1982; RE 195.789/MG, Relator Ministro Carlos Madeira, DJ 09.05.1986; HC 70.514/RS, Relator Ministro Sydney Sanches, DJ 27.06.1997 e RE 122.202, Relator Ministro Francisco Rezek, DJ 08.04.1994. Após, citam-se RE 197.917/SP, Relator Ministro Maurício Correa, DJ 07.05.2004; ADI 3.022/RS, Relator Ministro Joaquim Barbosa, DJe 04.03.2005; ADI 3.489/SC, Tribunal Pleno, Relator Ministro Eros Grau, DJe 03.08.2007; ADI 2.240/BA, Tribunal Pleno, Relator Ministro Eros Grau, DJe 03.08.2007; ADI 3.316/MT, Tribunal Pleno, Relator Ministro Eros Grau, DJe 28.08.2007; ADI 3.819/MG, Tribunal Pleno, Relator Ministro Eros Grau, DJe 28.03.2008; ADI 2.904/PR, Relator Ministro Menezes Direito, DJe 25.09.2009; ADI 3.791/DF, Relator Ministro Ayres Bri tto, DJe 27.08.2010; ADI 3.601 ED/ DF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Dias Toffoli, DJe 15.12.2010, entre outros.

considerar a finalidade última do Estado, de promover a segurança jurídica, a paz social e a justiça[162].

Além destes, diversos motivos são levantados para justificar as atenuações ocorridas nos sistemas. Como já dito, nos que adotam a irretroatividade da invalidação, o motivo de se permitir alguma retroatividade foi perceber como seria absurdo admitir que os casos concretos no curso dos quais surgiu o incidente acerca da constitucionalidade da lei não seriam alcançados pela eficácia da decisão que reconhecesse a inconstitucionalidade[163]. Considerado o idealizador do modelo austríaco de controle de constitucionalidade, o próprio HANS KELSEN reconhecia a inconveniência de se rejeitar qualquer efeito retroativo à anulação das normas inconstitucionais[164].

Já nos que acolhem o efeito invalidante *ex tunc*, as razões de se aceitar limitações à ampla retroatividade podem ser assim relacionadas: constatação das *sérias injustiças* e da *perigosa insegurança nas relações jurídicas, econômicas e sociais* que a retroação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade pode ocasionar[165]; utilidade de se adequar as decisões de inconstitucionalidade *às situações da vida em nome de outros princípios e interesses constitucionalmente protegidos*[166]; a calamidade jurídica a ser provocada com a retroação a situações já consolidadas sob a vigência da lei agora tida por inconstitucional[167]; a *força dos fatos* e *as realidades impostas pela dinâmica da vida*[168]; exigência do princípio da segurança de se resguardar situações consolidadas[169]; bom senso

---

[162] CORRÊA, Paulo José Machado, *Determinação temporal dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade e sua disciplina normativa (art. 27 da Lei 9.868/1999)*, Revista dos Tribunais vol. 894, abril 2010, p. 59.

[163] GALLOTTI, Maria Isabel, *A declaração de inconstitucionalidade das leis e seus efeitos,...*, p. 28.

[164] Vale a citação: *Em todo o caso, seria bom, no interesse da mesma segurança jurídica, não atribuir em princípio nenhum efeito retroativo à anulação das normas gerais, pelo menos no sentido de deixar subsistirem todos os atos jurídicos anteriormente produzidos com base na norma em questão. Mas esse mesmo interesse não existe no caso dos fatos anteriores à anulação que, no momento em que a anulação se produz, ainda não foram objeto de nenhuma decisão de uma autoridade pública e que, se fosse excluído qualquer efeito retroativo da sentença de anulação, deveriam sempre ser julgados de acordo com esta – pois a norma geral só é anulada 'pro futuro', isto é, para os fatos posteriores à anulação*. Ver KELSEN, Hans, *Jurisdição constitucional,...*, p. 171.

[165] GALLOTTI, Maria Isabel, *A declaração de inconstitucionalidade das leis e seus efeitos,...*, p. 29.

[166] MIRANDA, Jorge, *Manual de direito constitucional: inconstitucionalidade e garantia da Constituição,...*, p. 85.

[167] BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra, *Comentários à Constituição do Brasil: art. 92 a 126*, 4ª volume, Tomo III, São Paulo, Editora Saraiva, 1997, p. 85.

[168] BASTOS, Elísio Augusto Velloso, *A garantia jurisdicional da Constituição brasileira: propostas para redução do déficit democrático no controle de constitucionalidade brasileiro*, Tese de doutoramento, USP, 2008, pp. 154-155.

[169] ALCALÁ, Humberto Nogueira, *El control represivo concreto y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en la reforma de las competencias del Tribunal Constitucional de Chile y los efectos de sus sentencias, in Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006*, 12º ano, Tomo I, Montevideo, Fundación Konrad-Adenauer, 2006, p. 466.

do legislador em buscar alternativa entre as graves consequências do efeito *ex tunc* e *a indesejável perpetuação de uma norma inconstitucional*[170]; *imperatividade da justiça, certeza do direito provada pela lei, segurança das relações jurídicas e paz social*[171]; entre outras.

Aliás, ÁNGEL JOSÉ GOMEZ MONTORO[172] chega a falar que a solução de considerar nulas todas as relações jurídicas surgidas desde a entrada em vigor da lei inconstitucional nunca chegou a ser colocada em prática, pois todos os ordenamentos jurídicos introduzem correções tendentes a proteger a segurança jurídica, os interesses daqueles que de boa fé aproveitaram-se da lei, e valores que seriam seriamente prejudicados se revogados todos os efeitos produzidos pela lei inconstitucional. Por causa disto, segundo DANIEL SARMENTO, *beira o truísmo a afirmação de que o Judiciário não deve desconsiderar os efeitos concretos das suas decisões*[173], pois *nem a melhor das teorias supera os fatos, em sua riqueza e complexidade*[174].

Porém, o argumento que mais se destaca entre aqueles que defendem a acolhida de atenuações à nulidade é o de que, assim, a jurisdição constitucional não deixa de declarar a inconstitucionalidade da lei para evitar consequências consideradas nefastas[175]. RUI MEDEIROS destaca que existem três modos possíveis de se encarar o problema das decorrências indesejáveis do efeito *ex tunc*: (a) não aplicar a norma constitucional; (b) aplicar a norma constitucional na lógica *fiat iusticia, pereat mundus*; (c) aplicar a norma constitucional e evitar consequências indesejáveis que daí podem advir[176]. Com as atenuações, evita-se que a jurisdição constitucional prefira declarar válida uma lei inconstitucio-

---

[170] BOCZAR, Sônia, *Sentenças modulatórias: manipulação dos efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal e sentenças aditivas*, Revista dos Tribunais nº. 897, julho 2010, p. 55.
[171] POLETTI, Ronaldo, *Controle de constitucionalidade das leis*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 2000, p. 128.
[172] MONTORO, Ángel José Gomez, *in* PAGÉS, Juan Luis Requejo (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica Del Tribunal Constitucional*, Madrid, B.O.E, 2001, p. 615.
[173] SARMENTO, Daniel, *A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade,...*, p. 38.
[174] SARMENTO, Daniel, *A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade,..*, p. 42.
[175] Nas palavras de CHRISTINA AIRES CORRÊA LIMA: *E o mais grave, a prática tem demonstrado que muitas vezes os Tribunais deixam de declarar a inconstitucionalidade de uma norma pelo receio das consequências injustas, danosas ou mesmo desastrosas, que o efeito retroativo dessa declaração possa causar. Tal fato se mostra claro na crítica a algumas decisões do Supremo Tribunal Federal, como por exemplo, na declaração de inconstitucionalidade das inúmeras reedições de medidas provisórias. Apesar do peso dos argumentos declinados a favor da inconstitucionalidade das citadas reedições, todos se calam com um simples argumento, qual seja: o de que, com a referida declaração de inconstitucionalidade, no dia seguinte, o país estariam sem moeda e todas as transações que se efetuaram com o Real, durante a vigência da medida provisória que instituiu o referido plano econômico, e que sofreu diversas reedições, deveriam ser de pronto desconstituídas*. Ver *O princípio da nulidade das leis inconstitucionais,...*, p. 22.
[176] MEDEIROS, Rui, *decisão de inconstitucionalidade – Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei,...*, p. 674.

nal somente para afastar a incidência de efeitos retroativos que considere prejudiciais (modo *a*) [177], assim como que a jurisdição constitucional declare a inconstitucionalidade e imponha a nulidade irrestrita "doa a quem doer" (modo *b*).

De toda sorte, verifica-se que em ambos os sistemas de controle de constitucionalidade existem atenuações à retroatividade e à irretroatividade. Em ambos observa-se tolerância, expressa ou tácita, a um poder de a jurisdição constitucional fixar outro alcance para a sanção à inconstitucionalidade que não o previamente estabelecido pelo regime constitucional. Com precisão, ROGER STIEFELMANN LEAL explica a questão: *o modelo norte-americano admite, em certos casos, a adoção de eficácia* ex nunc*, ao passo que o modelo europeu, na forma desenvolvida por Kelsen, também comporta situações em que deve prevalecer a eficácia* ex tunc*... Afinal, ambos os sistemas admitem a coexistência de ambos os efeitos*[178].

Percebe-se que por motivos não exclusivamente jurídicos, aceita-se com maior ou menor crítica que os órgãos jurisdicionais investidos da faculdade de realizar o controle de constitucionalidade manipulem os efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade, ou seja, que os modulem. Hoje, portanto, vê-se que tanto no modelo sancionatório retrospectivo como no modelo sancionatório prospectivo, o poder de modular o alcance inicial da invalidação geralmente se faz presente[179], havendo quem enxergue nisso o surgimento de um terceiro modelo de controle de constitucionalidade[180].

Logo, a modulação dos efeitos temporais é um fato de ocorrência incontestável, sendo efetivamente praticado nos principais sistemas de controle de constitucionalidade, do que não destoa o Supremo Tribunal Federal. Aliás, segundo os dizeres de GILMAR FERREIRA MENDES, *não há Corte constitucional digna desse nome no mundo que não faça modulação de efeitos*[181]. Por essa razão, não pretendemos dissertar sobre qual dos modelos sancionatórios é o mais adequado ao ordenamento brasileiro, tampouco discorrer

---

[177] JORGE MIRANDA afirma que, por mais paradoxal que possa parecer inicialmente, a possibilidade de se limitar os efeitos da decisão de inconstitucionalidade e temperar seus rigores é instrumento de garantia da Constituição, porque se assim não fosse, *poderiam os órgãos de fiscalização, para evitar consequências demasiado gravosas, vir a não decidir pela inconstitucionalidade*. Ver *Manual de direito constitucional: inconstitucionalidade e garantia da Constituição*..., p. 85.

[178] LEAL, Roger Stiefelmann, *A convergência dos sistemas de controle de constitucionalidade: aspectos processuais e institucionais*, Revista de Direito Constitucional e Internacional nº. 57, out-dez/2006, p. 70.

[179] SAMPAIO, José Adércio Leite, *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*,..., p. 234.

[180] DIMOULIS, Dimitri, e LUNARDI, Soraya, *Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*, São Paulo, Editora Atlas, 2011, p. 198.

[181] Trecho extraído de seu voto proferido na ADI 3.819/MG, Tribunal Pleno, Relator Ministro Eros Grau, DJe 28.03.2008.

sobre se a modulação pode ou não ser admitida pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Apesar de relevantes em si, tais controvérsias não nos auxiliam na análise aqui posta, que é estudar a forma pela qual a modulação de efeitos deve ser realizada pela jurisdição constitucional, em especial avaliando se esta técnica eventualmente não se transformou em uma verdadeira atribuição de conveniência e oportunidade às Cortes Constitucionais[182]. Assim, importa agora precisar o conceito de modulação dos efeitos temporais para então avançarmos.

2.2.2. Conceito de modulação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade

A priori, não é difícil compreender o significado da expressão "modulação". Gramaticalmente, o verbo "modular" está ligado à acepção "variar a altura ou a intensidade". O substantivo "modulação", por sua vez, está ligado a "matiz, gradação", sempre atrelado à temática da música, física e telecomunicações. Por isso, apesar das variações semânticas que a expressão pode vir a sofrer ao ser transportada para o âmbito do controle de constitucionalidade, a noção de "dosagem", "gradação" e, porque não, "manipulação" de algo passível de variação permanece ligada a "modulação".

Sendo assim, observa-se que "modulação" é intrinsecamente incompatível com "invariabilidade". Onde há uma única possibilidade pré-fixada, não se comporta gradação, quiçá manipulação. Onde é admissível modular, por seu turno, há de se admitir que existam mais de uma possibilidade ou opção, às vezes com preferência para alguma delas, às vezes não, pois o fato de haver opções preferenciais não afasta o cabimento de uma gradação. Logo, pensar em modular implica necessariamente rejeitar que apenas uma possibilidade seja admissível. Este raciocínio aplica-se integralmente à modulação no seio do controle repressivo de constitucionalidade.

Como se viu em linhas atrás, tanto os sistemas constitucionais de origem norte-americana como de origem austríaca passaram a admitir atenuações aos rigores das doutrinas da nulidade e da anulabilidade da lei inconstitucional. Com isto, o alcance das respectivas sanções de invalidade, antes previamente determinado, tornou-se variável, uma vez que os efeitos invalidantes *ex tunc* (origem norte-americana) e *ex nunc* (origem

[182] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Aspectos do direito constitucional contemporâneos*, 2ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2009, p. 233.

austríaca) não mais são os únicos possíveis, sendo apenas preferenciais[183]. Assim, exceto os sistemas constitucionais que afastam toda e qualquer mudança ao alcance pré-fixado da invalidação, os demais passaram a possuir um regime sancionatório relativamente indeterminado, onde retroatividade ou irretroatividade é efeito preferencial, mas não exclusivo.

Neste contexto, a etapa de julgamento em que a jurisdição constitucional impõe a sanção à inconstitucionalidade torna-se muito mais visível e, com maior evidência, distingue-se da anterior etapa em que se verifica a conformidade ou não da lei impugnada com a Constituição parâmetro. Mais que nunca, percebe-se que os atos de fixar a extensão da anulação dos efeitos da lei inconstitucional, de determinar o momento a partir do qual deixará a lei de produzir seus efeitos e, por que não, de declarar a medida da invalidação, revestem-se de indispensabilidade no controle repressivo de constitucionalidade e manifestam o caráter sancionatório ínsito à decisão de inconstitucionalidade. A propósito, tornou-se indispensável que na decisão de inconstitucionalidade constem expressamente as consequências temporais a serem impostas ao ato inválido[184], uma vez que estas não mais são fixas ou imutáveis.

Portanto, por modulação dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade deve se entender a técnica através da qual a jurisdição constitucional determina outro alcance temporal para a invalidação da lei inconstitucional e seus efeitos que não o preferencialmente previsto pelo sistema jurídico[185]. Adotada na etapa de aplicação da

---

[183] No caso brasileiro, a preferência pela invalidação retroatividade *ex tunc* vem do fato de o art. 27 da Lei nº. 9.868/99 estabelecer o *quorum* qualificado de dois terços para que o Supremo Tribunal Federal possa fixar outro momento para que os efeitos invalidantes da decisão de inconstitucionalidade comecem a incidir. Assim também em Portugal, em que a conservação de efeitos de um ato inconstitucional nos moldes previstos no art. 282º, nº 4, *não constitui o regime-regra da sanção da norma declarada inconstitucional, não operando* ope costitutione, *mas apenas a título excepcional, por decisão judicial fundamentada e quando se registrarem os pressupostos previstos nesse preceito*. Ver CARLOS BLANCO DE MORAIS *in Justiça constitucional: garantia da constituição e controlo da constitucionalidade*,..., pp. 233-234.

[184] Às vezes, o próprio sistema de controle de constitucionalidade atribui significado ao silêncio da jurisdição constitucional no tocante aos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade. No Brasil, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal tem adotado o entendimento de que a ausência de menção aos efeitos temporais implica a aplicação da invalidação retroativa *ex tunc*. Assim fez na ADI 3.601/DF, Relator Ministro Dias Toffoli, DJe 14.12.2010, em cujo voto o Ministro Relator decidiu que *continua a dominar no Brasil a doutrina do princípio da nulidade da lei inconstitucional. Caso o Tribunal não faça nenhuma ressalva na decisão, reputa-se aplicado o efeito retroativo*. De toda maneira, nos sistemas jurídicos em que é admitida variabilidade no alcance temporal da sanção à inconstitucionalidade, a jurisdição constitucional sempre acaba por ter de fixar este alcance, seja optando por se manifestar expressamente, seja optando por permanecer em silêncio.

[185] ELIVAL DA SILVA RAMOS, ao que parece, admite que toda e qualquer fixação de um marco temporal é modulação de efeitos se feita pelos Tribunais Constitucionais nos sistemas que adotam a sanção de anulabilidade. Diz o autor que *a característica mais notável dos sistemas europeus hodiernos, em relação aos efeitos temporais das decisões de controle, é a competência dos Tribunais Constitucionais para a modulação desses efeitos, do que resulta a possibilidade de anulações acentuadamente retroativas, que, reportando-se ao nascimento do ato impugnado, buscam eliminar a maior parte dos seus efeitos pretéritos;*

sanção à inconstitucionalidade, a modulação de efeitos pode ser definida como a fixação de outro momento para o início da invalidação que não (a) o da edição da lei inconstitucional, nos sistemas que adotam o efeito *ex tunc*, e que não (b) o da data da publicação da decisão de inconstitucionalidade, nos sistemas que adotam o efeito *ex nunc*[186]. Trata-se, por assim se ver, de um conceito de modulação cabível tanto nos sistemas de nulidade quanto nos de anulabilidade[187].

Se, sendo mais específico, traçarmos um conceito de modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade apenas para os regimes que adotam a retroatividade *ex tunc* como extensão preferencial dos efeitos invalidantes[188], podemos afirmar que a modulação consiste numa forma de "moderar" [189] ou "temperar"[190] os efeitos da anulação e que, por isto, ocorre quando a jurisdição constitucional autoriza ou reconhece como válida a incidência da lei inconstitucional a, *pelo menos, um fato concreto - fatos pretéritos ou não*[191]. Trata-se, portanto, de técnica de dosagem da extensão da sanção à inconstitucionalidade através da qual a jurisdição constitucional deixa de aplicar a

---

anulações limitadamente retroativas, que invalidam o ato legislativo a partir de um marco temporal situado no passado, porém posterior à sua entrada em vigor; anulações irretroativas ou ex nunc*; e, finalmente, anulações diferidas* pro futuro. Nesse sentido, acaba por adotar uma definição até mais ampla do que a exposta acima, o que contribui ainda mais com o cabimento da comparação entre dosimetria da pena e modulação de efeitos que adiante se fará. Ver *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*,..., p. 90.

[186] A solução à "inconstitucionalidade superveniente" também foge do binômio *ex tunc – ex nunc*, conforme JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *"aqui estabelece-se um regime misto ou intermediário entre a eficácia* ex nunc*: (a) não se trata de efeitos absolutos* ex tunc*, porque a declaração de inconstitucionalidade não retroage ao momento da entrada em vigor da norma declarada inconstitucional, mas sim ao do início da vigência do parâmetro normativo-constitucional posterior; (b) não se trata de efeitos* ex nunc*, porque a declaração não vale apenas* pro futuro*; retroage ao momento da entrada em vigor da norma constitucional superveniente*". No entanto, somente pode ser tratada como espécie de modulação de efeitos quando a superveniência decorre de uma interpretação evolutiva da Constituição. Nos casos em que a incompatibilidade da lei decorre da edição de uma nova Constituição ou de uma emenda constitucional, os efeitos da lei inconstitucional cessam-se pela revogação (teoria da não recepção). Além dela, Canotilho cita a interpretação em conformidade com a Constituição como típico caso em que a desconformidade constitucional não é reconduzível ao regime da nulidade absoluta. Neste caso, não há que se falar em modulação, porque a interpretação conforme à Constituição visa, justamente, evitar a declaração de inconstitucionalidade da norma jurídica impugnada. Ver *Direito constitucional e teoria da Constituição*,...pp. 957-958 e 1013.

[187] Mais uma vez, aqui entendidos como os regimes que adotam, respectivamente, os efeitos *ex tunc* e os efeitos *ex nunc* para a invalidação da lei inconstitucional e suas consequências.

[188] Nesta hipótese, a expressão "modulação" pode ser substituída por "limitação" e "restrição" sem que seu sentido seja alterado.

[189] ÁVILA, Humberto, *Segurança jurídica: entre a permanência, mudança e realização no direito tributário*,..., p. 497.

[190] MORAIS, Carlos Blanco de, *Justiça constitucional: o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*,..., p. 282.

[191] PINHEIRO, Victor Marcel, *A modulação de efeitos em decisão de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal*,..., pp. 18-19.

retroatividade *ex tunc* e permite a manutenção da lei inconstitucional por certo prazo ou de algum de seus efeitos já produzidos[192].

Sabemos que o conceito aqui adotado é amplo, à semelhança do que faz VICTOR MARCEL PINHEIRO e, em certa medida, JOSÉ LEVI MELLO DO AMARAL JÚNIOR[193], pois não se refere somente a normas jurídicas inconstitucionais, mas também aos atos jurídicos praticados com fundamento na norma jurídica inconstitucional. Assim definimos porque, conforme lição de NORBERTO BOBBIO, as sanções jurídicas podem ser divididas em medidas retributivas e medidas reparadoras[194]: enquanto as retributivas atingem o próprio ato ilícito (a lei inconstitucional), as reparadoras buscam aplicar um remédio às consequências da ação ilícita (seus efeitos)[195]. Além disso, em regra no modelo norte-americano, a declaração de inconstitucionalidade tem o *condão de desfazer, desde sua origem, ato declarado inconstitucional, juntamente com todas as consequências dele derivadas*[196], de modo que a manutenção do ato ou de alguns de seus efeitos deve ser enxergada como exceção[197] e, por isso, pertencente ao conceito de modulação[198].

---

[192] Consonante com esta visão está PAULO JOSÉ MACHADO CORRÊA, já que vê na manutenção da eficácia de certos atos praticados com base na lei inconstitucional a ocorrência de modulação dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade. Para o autor, nos casos em que o Supremo Tribunal Federal aplicou a teoria do funcionário de fato (RE 78.533 e 78.594) e deixou de invalidar os atos praticados por oficiais de justiça nomeados com respaldo em lei inconstitucional, houve efetiva modulação de efeitos, pois se deixou de impor integralmente as conseqüências do efeito *ex tunc*. Ver *Determinação temporal dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade e sua disciplina normativa (art. 27 da Lei 9.868/1999),...*, p. 53 e 66-67.

[193] JOSÉ LEVI MELLO DO AMARAL JÚNIOR, ao relatar o julgamento do RE 78.209/SP em que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a validade dos atos praticados por funcionários designados nos termos de lei declarada inconstitucional, afirma que *houve, aí, reconhecimento de inconstitucionalidade cujos efeitos foram modulados no tempo, de modo que não se deu, a rigor, uma declaração de inconstitucionalidade* ex tunc, *que baniria da ordem jurídica a lei inconstitucional e todos os atos praticados com base nela. Logo, tem-se, aqui, caso de declaração de inconstitucionalidade* ex nunc, *ainda que não seja expressamente dito*. Ver *Da admissibilidade da restrição temporal de efeitos das decisões de inconstitucionalidade em controle concreto, in* ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de, AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do, HORBACH, Carlos Bastide [*et al.*] (coord.), *Direito constitucional, estado de direito e democracia: homenagem ao prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho*, São Paulo, Editora Quartier Latin, 2011, pp. 434-435.

[194] BOBBIO, Norberto, *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito,...*, p. 25.

[195] Noção assemelhada é a adotada por HANS KELSEN, para quem as sanções podem ser subdividas em (a) pena, como privação compulsória de um bem, e em (b) execução, como compensação apta a por fim à situação criada em virtude da conduta ilícita. Ver *Teoria Pura do Direito,...*, p. 121-122.

[196] MORAES, Alexandre, *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição,...*, p. 270.

[197] A teoria da nulidade absoluta da lei inconstitucional, originária do modelo norte-americano, entende não ser possível que uma lei ofensiva à Constituição tenha "nem um suspiro de vida", nos dizeres de CHRISTINA AIRES CORRÊA LIMA, sob pena de, se assim não fosse, implicar suspensão provisória da Constituição e violação ao princípio da hierarquia constitucional. Logo, permitir a manutenção de qualquer efeito, por qualquer motivo, representa, sem dúvida, uma exceção à teoria. Ver *O princípio da nulidade das leis inconstitucionais,...*, p. 182.

[198] A confirmar que a manutenção de situações concretas pertence ao conceito de modulação dos efeitos temporais está CARLOS BLANCO DE MORAIS, para quem *são múltiplas as situações consolidadas, expectativas legítimas e direitos ditos 'adquiridos' cuja eliminação seria necessária ou arbitrária, caso o Tribunal não convocasse o supra mencionado limite*. Não restam dúvidas de que, de acordo com o

No entanto, outro possível conceito de modulação é aquele que só a admite quanto à lei inconstitucional propriamente dita, de maneira que *manter a eficácia de atos praticados com base no ato inconstitucional não significa modular os efeitos de uma decisão de inconstitucionalidade*[199]. Neste sentido tende a estar o pensamento de ELIVAL DA SILVA RAMOS[200]. Por entender que a modulação dos efeitos temporais importa em atenuação da sanção de nulidade *ipso iure* e em convalidação parcial da lei contrária à Constituição no plano normativo-abstrato[201], afirma que a conservação de situações concretas e subjetivas praticada pelos órgãos de controle não se confunde com a modulação de efeitos, sendo apenas uma preservação das alterações que a lei inconstitucional produziu no plano fático e um reconhecimento de efeitos impróprios a ela[202].

Ainda quanto à definição de modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, HUMBERTO ÁVILA chama a atenção sobre a distinção que deve ser feita entre a situação em que Supremo Tribunal Federal excepciona os efeitos retroativos *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade, e a situação em que deixa de declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou de seus efeitos por causa de razões que o impedem de fazê-lo[203]. Diferenciam-se porque, enquanto na primeira situação o Supremo Tribunal reconhece a inconstitucionalidade, na segunda o conteúdo da decisão é de constitucionalidade da lei impugnada[204].

---

doutrinador português, somente com a restrição dos efeitos invalidades é que situações consolidadas poderiam permanecer hígidas, o que o leva a concluir que o uso frequente da modulação de efeitos não gera, necessariamente, um uso excessivo, exorbitante ou irrefreado da técnica. Ver *Justiça constitucional: o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*,..., p. 298.

[199] PINHEIRO, Victor Marcel, *A modulação de efeitos em decisão de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal*,..., pp. 18-19.

[200] RAMOS, Elival da Silva, *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*,..., p. 297-299.

[201] Sobre a distinção de plenos, vale transcrever a lição de PAULO ROBERTO LYRIO PIMENTa: *A decisão de inconstitucionalidade, como decisão jurídica, soluciona o conflito no plano da norma, todavia, outros conflitos individuais ou sociais, oriundos da situação de inconstitucionalidade, poderão continuar existindo, só que em outros planos*. Ver *Efeitos da decisão de inconstitucionalidade*,..., p. 35.

[202] Conseqüentemente, entende que o art. 27 da Lei nº. 9.868/99 em nada interfere na questão do reconhecimento de efeitos impróprios à lei inconstitucional, de modo que, ainda que possa vir a ser considerado inconstitucional, o poder utilizado pelo Supremo Tribunal Federal de resguardar determinadas situações concretas não seria afetado. Ver *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*,..., p. 299.

[203] ÁVILA, Humberto, *Segurança jurídica: entre a permanência, mudança e realização no direito tributário*,..., p. 517.

[204] Além desta distinção, o autor menciona outra: a diferença entre a modulação dos efeitos temporais da decisão declaratória de inconstitucionalidade e a modulação dos efeitos temporais da própria declaração de inconstitucionalidade contida na decisão. Como exemplo desta última, cita os casos em que os órgãos de controle fixam regras ou prazo de transição para melhor viabilizar o cumprimento do julgado, e em que a própria lei concede prazo para a devolução de valores recolhidos indevidamente, como é a hipótese dos

Realmente, não há que se falar em modulação dos efeitos temporais se, na primeira etapa do juízo de constitucionalidade, define-se que o ato impugnado é constitucional[205]. Apenas divergimos do autor quando afirma que, nos casos em que se está diante de situações consolidadas pelo tempo, o que se tem é o reconhecimento de sua constitucionalidade[206]. Entendemos que o não alcance do efeito retroativo à situação fática consolidada, ou mesmo o afastamento da retroatividade *ex tunc* em virtude de existirem situações fáticas consolidadas não sujeitas à desconstituição é uma espécie de modulação dos efeitos temporais. Oportunamente, este ponto será melhor esclarecido[207].

Finalmente, apesar de as expressões "modulação" e "manipulação" serem utilizadas indistintamente para se referirem ao mesmo fenômeno, há de haver cautela quanto ao uso da terminologia "sentenças manipulativas". Autores portugueses[208] e brasileiros[209] costumam utilizá-la para se referir, justamente, às decisões de inconstitucionalidade que modulam os efeitos temporais[210]. No entanto, a doutrina italiana dá ao termo outro

---

precatórios parcelados. Ver *Segurança jurídica: entre a permanência, mudança e realização no direito tributário,...*, p. 519-520.

[205] Da mesma forma, não há que se falar em dosimetria da pena quando, ao julgar a denúncia criminal, o juiz deixa de condenar o réu fundamentando-se no princípio da insignificância ou da bagatela, o qual determina que as ações ou omissões que afetem infimamente a um bem jurídico-penal devem ser tidas como atípicas. Nesse sentido, ver LUIZ REGIS PRADO, *in Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120,...*, p. 156. Ora, para que se tenha por caracterizada a ocorrência de um crime, há de ocorrer um fato típico, antijurídico e culpável,de maneira que, com o reconhecimento da atipicidade da conduta, é de rigor que o réu seja absolvido nos termos do art. 386, inciso III, Código de Processo Penal (*III – não constituir o fato infração penal*). Logo, não há dosimetria da pena porque não há fato a ser punido.

[206] Para HUMBERTO ÁVILA, tanto no caso em que o Supremo Tribunal Federal deixou de anular os atos processuais praticados por oficiais de justiça nomeados com base em lei inconstitucional (RE 78.209/SP) como no caso em que o Supremo teve se manifestar sobre a ilegalidade da investidura do funcionário público na função de oficial de justiça (RE 78.594/SP), o conteúdo da decisão de era no sentido da constitucionalidade, de maneira que a segurança jurídica nestes casos foi utilizada para configurar o conteúdo da decisão, e não para conformar os efeitos da decisão proferida no controle de constitucionalidade. Logo, em sua opinião, não houve modulação de efeitos. Ver *Segurança jurídica: entre a permanência, mudança e realização no direito tributário,...*, pp. 517-518.

[207] Ver item 3.3.3 *infra*.

[208] CARLOS BLANCO DE MORAIS a define "sentença manipulativa" como aquela que tem como objetivo principal restringir temporalmente, no todo ou em parte, seus efeitos sancionatórios com caráter retroativo. Ver *Justiça constitucional: o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*, tomo II, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 281.

[209] SÔNIA BOCZAR assim as define: *As sentenças manipulativas em sentido amplo podem ser: (a) temporais, quando modulam os seus efeitos para serem produzidos ex tunc, ou seja, a partir da decisão definitiva, ou em data a ser fixada pelo próprio Tribunal; (b) aditivas, quando extraconstitucionalmente, alteram o significado da norma julgada, mediante a adição de uma previsão regulamentadora, da descrição de um critério de decisão ou, ainda, uma recomendação para as autoridades legislativas*. Somente as sentenças manipulativas temporais se referem à modulação de efeitos. Ver *Sentenças modulatórias: manipulação dos efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal e sentenças aditivas,...* p. 54.

[210] Na doutrina brasileira é possível constatar o uso do termo "sentença transitivas de inconstitucionalidade com ablação diferida ou datada" para se referir àquelas que modulam os efeitos de decisão de inconstitucionalidade. Dele faz uso JOSÉ ADÉRCIO LEITE SAMPAIO, conforme *As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo*, *in* CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza e SAMPAIO, José

significado, entendendo-se serem aquelas através das quais a jurisdição constitucional procede a uma modificação e integração das disposições legais submetidas ao controle de constitucionalidade, de modo que estas passam a deter alcance normativo e conteúdo diferentes do original[211]. Manipula-se o texto legal submetido ao exame, e não os efeitos retroativos. De toda maneira, apenas desejamos alertar para a ausência de um sentido unívoco do termo, que ora pode se referir à modulação de efeitos, ora não, razão pela qual evitaremos seu uso.

Enfim, feitas todas estas considerações acerca da sanção à inconstitucionalidade e a inserção da modulação dos efeitos temporais de decisão de inconstitucionalidade, podemos avançar para a análise, primeiramente, do modo pelo qual a modulação de efeitos tem sido realizada nos principais sistemas constitucionais. Diversas têm sido as fundamentações invocadas para o uso da técnica[212], o que não nos impede de as separarmos em dois grupos básicos: as que se utilizam do método da ponderação de princípios, de um lado, e as que dela não se valem, ora utilizando-se do método da subsunção, ora reconhecendo tratar-se de um juízo político a ser feito pela jurisdição constitucional.

Adércio Leite (org.), *Hermenêutica e jurisdição constitucional: estudos em homenagem ao Professor José Alfredo de Oliveira Baracho*, Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2001, p. 174.

[211] ROMBOLI, Roberto, *De la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en via incidental*, Revista Española de Derecho Constitucional, nº. 48, ano 16, set-dez. 1996, p. 64.

[212] BONAVIDES, Paulo, *Curso de direito constitucional*, 25ª ed., São Paulo, Editora Malheiros, 2010, p. 340.

3. MÉTODOS DE APLICAÇÃO DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

3.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade pode ser definida, em linhas gerais, como técnica utilizada pela jurisdição constitucional para o estabelecimento do alcance temporal dos efeitos invalidantes a serem impostos pela sanção à lei inconstitucional. Desta forma, é possível afirmar que a modulação de efeitos é, em última análise, um mecanismo específico de aplicação do direito, até porque, quando utilizada, o é justamente na etapa da aplicação da sanção à inconstitucionalidade, conforme já fizemos referência.

Por seu turno, é sabido que os métodos mais utilizados para a aplicação do direito são a subsunção e a ponderação, cada qual caracterizada por modos peculiares de desenvolvimento do raciocínio jurídico necessário a obter conclusões[213]. Além destes métodos, podemos observar a utilização de juízos políticos para a solução de casos concretos, nos quais o julgador decide por critérios de conveniência e oportunidade, à semelhança das escolhas que tradicionalmente são feitas no âmbito do Poder Legislativo, ao editar uma lei a regular condutas humanas, e no Poder Executivo, ao escolher e implementar determinada política pública em detrimento de outra que considera pior[214].

Com efeito, temos observado que, nos últimos anos, a doutrina constitucional – com especial destaque para a brasileira – tem defendido com vigor a utilização do método de ponderação de princípios como o meio pelo qual a jurisdição constitucional deve realizar a modulação dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade. Observamos estar bastante difundida na doutrina brasileira a concepção de que, para realizar a modulação de efeitos, o Supremo Tribunal Federal deve proceder a um juízo de ponderação entre os princípios constitucionais que, de um lado, postulam pela retroatividade da invalidação da lei inconstitucional e, de outro, os princípios constitucionais que indicam a permanência dos atos jurídicos praticados com então respaldo da lei declarada inconstitucional.

---

[213] BUSTAMANTE, Thomas, *Princípios, regras e a fórmula de ponderação de Alexy: um modelo funcional para a argumentação jurídica*, Revista de Direito Constitucional e Internacional nº. 54, jan/mar 2006, p. 90.

[214] Apesar de ser bastante discutível o cabimento deste tipo de juízo, não se pode negar sua presença especialmente no âmbito da jurisdição constitucional.

Às vezes, ressalte-se, o estreitamento da ligação entre modulação e ponderação na doutrina constitucional brasileira chega a tal nível que quase não se consegue distingui-las, como se a modulação fosse espécie de ponderação. Exemplo disto é a afirmação feita por EDUARDO TALAMINI no sentido de que *o poder de modulação dos efeitos do juízo de inconstitucionalidade afasta as soluções à base do 'tudo ou nada'*[215], dando a sugerir que a modulação de efeitos é uma forma de se ponderar a constitucionalidade (manutenção da lei impugnada) com a inconstitucionalidade (nulidade da lei impugnada) para se chegar um meio-termo.

A Exposição de Motivos do Projeto de Lei nº. 2.960/97 é sintomática nessa linha, pois, ao esclarecer as razões para a adoção do que viria a ser o art. 27 da Lei nº. 9.868/99, assim dispunha: "*Coerente com a 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)*"[216]. Ou seja, já se invocava a utilização da ponderação de princípios para a feitura da modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade antes mesmo da previsão legal da técnica da modulação no sistema jurídico brasileiro.

O posicionamento dominante no Supremo Tribunal Federal e em sua jurisprudência mais recente, diga-se de passagem, tem sido no sentido de adotar o cabimento da ponderação de princípios como método a ser manejado na modulação de efeitos. Seja no controle concentrado de constitucionalidade, seja no controle incidental, por várias oportunidades os Ministros do Supremo Tribunal Federal votaram pela utilização da ponderação de princípios em casos que se entendeu cabível a modulação dos efeitos temporais[217]. Assim, se não se pode afirmar serem unanimes esta doutrina e jurisprudência no Brasil, podemos asseverar que se trata de pensamento amplamente majoritário, e que têm prevalecido judicial e academicamente.

Contudo, também temos observado que nos principais sistemas constitucionais estrangeiros tem-se dado pouca ênfase à ponderação como solução para a modu-

---

[215] TALAMINI, Eduardo, *Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira: repercussão geral, força vinculante, modulação dos efeitos do controle de constitucionalidade e alargamento do objeto de controle direito,...*, p. 200.
[216] MARTINS, Ives Gandra da Silva, MENDES, Gilmar Mendes, *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*, 3ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2009, p. 492.
[217] Ver nota 10 *supra.*

lação de efeitos, preferindo muitas vezes invocar outros institutos jurídicos para justificar, por exemplo, a não imposição do efeito retroativo *ex tunc* nos sistemas em que ele é a regra preferencial. Ainda que sem dizer explicitamente que se trata de um método de subsunção, a nós parece que neles conseguem-se resolver as questões surgidas no bojo da modulação de efeitos sem o uso do método de ponderação de valores, valendo-se, por decorrência lógica, da típica subsunção do fato à norma que, no caso da modulação, constitui uma norma de exceção.

Se é fato já comprovado que os sistemas constitucionais em geral têm possibilitado exceções às regras gerais de invalidação decorrente da inconstitucionalidade da lei, temos para nós que nos sistemas estrangeiros existe uma preocupação maior com a fixação de parâmetros objetivos básicos pelos quais a jurisdição constitucional deve se guiar para tratar dos efeitos invalidantes, assim como proposto por HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ[218]. A propósito, a tendência da não utilização da ponderação de princípios no tocante à modulação de efeitos pode ser percebida tanto nos sistemas de controle de constitucionalidade difuso, tal qual nos Estados Unidos, como nos sistemas de controle de constitucionalidade concentrado, assim como na Espanha, por exemplo.

A exceção disto fica por conta da doutrina portuguesa. Diversamente do que podemos observar na doutrina estrangeira em geral, em Portugal a concepção de que a modulação de efeitos deve ser realizada mediante ponderação de princípios também ganha destaque à semelhança daquilo que ocorre no Brasil. Isto, provavelmente, deve-se à similaridade textual existente entre as previsões normativas a tratar sobre a modulação dos efeitos temporais da decisão de inconstitucional no Brasil e em Portugal, já que tanto o art. 27 da Lei nº. 9.868/99[219] quanto o art. 282º, nº. 4 da Constituição da República Portuguesa[220] valem-se de conceitos jurídicos abertos (segurança jurídica e excepcional interesse

---

[218] Para HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ, *cada ordenamiento jurídico hace las respectivas opciones, posibilitando algunas modulaciones o excepciones a la regla general. Asimismo, nos parece adecuada la existencia de algunos parámetros objetivos básico a los cuales deba ceñirse el juez constitucional en la determinación de los efectos de los fallos en el tiempo, con el objeto de dotar de alguna seguridad mínima a la ciudadanía, sin dejar a la absoluta discrecionalidad del Tribunal Constitucional la resolución de la materia caso a caso, por lo que dichos criterios generales deberían quedar determinados en la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional*. Ver *El control represivo concreto y abstracto de inconstitucionalid de leyes en la reforma de las competencias del Tribunal Constitucional de Chile y los efectos de sus sentencias,...*, p. 472.

[219] Art. 27, Lei nº. 9.868/99: 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.

[220] Art. 282º, nº. 4: Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos nºs 1 e 2.

público) como hipóteses autorizadoras da modulação de efeitos. Por causa disto veremos mais adiante que autores como Carlos Blanco de Morais e Rui Medeiros estão ao lado da doutrina constitucional brasileira a defender o uso da ponderação.

Como quer que seja, partindo do pressuposto de que a aplicação do direito pode ser dividida didaticamente entre soluções com ponderação[221] e soluções sem ponderação – na qual estaria a subsunção – a seguir passaremos a expor as principais orientações defendidas por aqueles que veem na ponderação de princípios o método para se modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, assim como as principais fórmulas utilizadas por aqueles que modulam sem se valer da ponderação. Isto, no entanto, será antecedido por breves considerações acerca do que é ponderação e do que é subsunção que, se não tem o propósito de esgotar tudo o que se pode dizer acerca delas, visa esclarecer suas diferenças mais notáveis.

3.2. SOLUÇÃO COM PONDERAÇÃO

3.2.1. Noções sobre ponderação

Ponderar é ação de atribuir pesos a diversas grandezas, de levar em consideração determinado ponto de vista, de examinar com atenção e minúcia os prós e contras de determinada situação, de decidir após detida reflexão[222]. Nesse sentido amplo e genérico, toda decisão humana minimamente racional é tomada após um ato de ponderação, por ser natural ao ser humano avaliar as vantagens e desvantagens antes de adotar qualquer postura[223]. Igualmente, toda decisão judicial é fruto de uma ponderação, caso esta seja entendida apenas como um juízo acurado e parcimonioso, mesmo que fruto do mais puro silogismo.

---

[221] Há quem veja na ponderação de princípios um juízo político. Neste sentido posiciona-se JOSÉ LEVI MELLO DO AMARAL JÚNIOR, para quem *"parece que o próprio 'severo juízo de ponderação' é, ele próprio, 'consideração de política judiciária'"*. Ver *Da admissibilidade da restrição temporal de efeitos das decisões de inconstitucionalidade em controle concreto*, *in* ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de, AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do, HORBACH, Carlos Bastide [*et al.*] (coord.), *Direito constitucional, estado de direito e democracia: homenagem ao prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho*, São Paulo, Editora Quartier Latin, 2011, p. 437.

[222] BARCELLOS, Ana Paula de, *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, Rio de Janeiro, Renovar, 2005, p. 1.

[223] Interessantíssimo observar, por exemplo, que para PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, a própria norma jurídica revestida de caráter de regra é fruto de uma ponderação, só que feita previamente pelo legislador antes da edição do texto normativo. Ver *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*, São Paulo, Editora Saraiva, 2009, pp. 168-169.

Entrementes, percebe-se que a jurisprudência tem adotado uma técnica de ponderar em sentido mais restrito, particularmente utilizada nos casos de conflito entre normas jurídicas, através da qual uma delas é aplicada ao caso concreto enquanto que as demais, apesar de continuarem válidas, são afastadas ou têm sua incidência restringida[224]. Trata-se, por assim se ver, de uma hipótese mais específica de ponderação, não confundível com a em sentido amplo e genérico de uma mera análise de vantagens e desvantagens. É neste sentido restrito que analisaremos a ponderação, por ser assim manejada pela jurisdição constitucional para a modulação dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade. Vale destacar, desde já, que "sopesamento" e "balanceamento" podem ser tratados como sinônimos de ponderação.

Diversamente do que se pode supor, a ponderação como técnica de solução de conflito não é tema exatamente novo, pois foi concebida na passagem do século XIX para o século XX. Segundo nos conta MARCELO BORGES DE MATTOS MEDINA[225], primeiramente, ponderavam-se os interesses envolvidos na lide. Posteriormente, passou-se a entender como ponderáveis os bens jurídicos ou valores consagrados no sistema jurídico, sendo certo que, nos dias atuais, a ponderação tem sido vista como método de solução de colisão entre princípios jurídicos, especialmente os constitucionais[226]. Por isso, para fins deste estudo, trataremos a ponderação de bens jurídicos, a ponderação de interesses, a ponderação de valores e a ponderação de princípios como sendo técnicas equivalentes.

No Brasil, a expansão da utilização da ponderação na doutrina e na jurisprudência tem sido um fato marcante, o que pode ser explicado por fenômenos sociológicos, jurídicos e políticos, segundo ANA PAULA DE BARCELLOS[227]. Em sua visão, sociologicamente, o aprofundamento da complexidade das relações humanas e a crescente pluralidade existente dentro das sociedades tendem a não permitir que um único ponto de vista seja apresentado como resposta aos problemas contemporâneos. Politicamente, o desenvolvimento da ponderação pode ser explicado pelo crescente aumento de demandas judiciais com caráter marcadamente político, levadas ao Poder Judiciário pela sociedade em prejuízo dos Poderes constituídos com representantes populares. Juridicamente, o movimento

---

[224] BARCELLOS, Ana Paula de, *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, Rio de Janeiro, Renovar, 2005, p. 2-3.
[225] MEDINA, Marcelo Borges de Mattos, *Esboço de uma teoria da ponderação independente da teoria dos princípios*, Revista de Direito Administrativo nº. 238, out/dez 2004, p. 43.
[226] MEDINA, Marcelo Borges de Mattos, *Esboço de uma teoria da ponderação independente da teoria dos princípios,...*, p. 43.
[227] BARCELLOS, Ana Paula de, *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional,...*, pp. 7 -15.

que prega o retorno do Direito aos valores tem ocasionado uma ampliação do alcance da interpretação jurídica, uma vez que a aplicação destes valores – geralmente em colisão – ao caso concreto demanda do intérprete soluções de composição[228].

A propósito, temos para nós que o fenômeno jurídico acima mencionado pode ser subdividido em dois outros. O primeiro é o que chamaríamos de constitucional e que é trazido por ALEXANDRE GARRIDO DA SILVA: a generosa previsão de direitos fundamentais na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, muitos dos quais revestidos com caráter principiológico e naturalmente conflitantes entre si. Por causa desta generosidade, conclui o autor que *a metodologia da ponderação revela-se bastante adequada às realidades constitucionais marcadas sobretudo pelo compromisso entre ideologias políticas distintas, como é o caso da Constituição brasileira que assegura, ao lado dos direitos individuais e políticos, um elenco amplo e detalhado de direitos sociais, econômicos e culturais expressamente positivados em seu texto*[229]. O segundo é o que chamaríamos de interpretativo, porque guarda relação com o denominado "neoconstitucionalismo", movimento de teorização do Direito Constitucional que, entre outras características, defende justamente a prevalência da ponderação sobre a subsunção[230]. De acordo com esta visão, a hermenêutica deve ser feita por ponderação de valores em razão da dose de subjetivismo que a atualidade exige, sendo criticável negá-la por representar um retorno impossível ao passado[231].

Como quer que seja, é induvidoso que o método de ponderação ganhou enorme impulso com a evolução da teoria dos princípios jurídicos. À medida que a teoria dos princípios era aprimorada pela doutrina constitucional, e que as teses de RONALD DWORKIN e ROBERT ALEXY tinham maior divulgação e aceitação, mais notoriedade ganhava a ponderação, por ser considerada a técnica capaz de resolver os conflitos entre

---

[228] Por isso, assim conclui a autora: *em resumo: associando-se (i) uma sociedade plural; (ii) suas Constituições e leis – que refletem a pluralidade de valores e fazem uso intensivo de expressões gerais, cujo sentido pode variar justamente em função de concepções valorativas ou ideológicas – e, (iii) a ascensão política do Judiciário como espaço de discussão alternativo àquele dos órgãos eleitos, tem-se a ampliação progressiva do espaço próprio da interpretação jurídica. Considerando ainda que cada intérprete dispõe de suas próprias convicções valorativas e políticas, não é se surpreender que sejam diagnosticados tantos conflitos normativos e que a ponderação seja tão frequentemente empregada.* Ver BARCELLOS, Ana Paula de, *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional,...*, p. 16-17.

[229] SILVA, Alexandre Garrido da, *Metodologia da ponderação, jurisdição constitucional e direitos fundamentais: a contribuição de Robert Alexy e seus críticos,* Revista de Direito do Estado nº. 4, out/dez 2006, p. 192.

[230] ÁVILA, Humberto, *"Neoconstitucionalismo": entre a "Ciência do Direito" e o "Direito da Ciência"*, Revista Eletrônica de Direito do Estado nº. 17, jan-mar/2009, p. 7.

[231] CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza, *Jurisdição constitucional democrática,* Belo Horizonte, Del Rey, 2004, p. 210.

normas jurídicas de caráter principiológico. O estreitamento de vínculo entre ponderação e princípios chegou a tal nível umbilical que, hoje, boa parte das definições na doutrina brasileira do que vem a ser ponderação passa, necessariamente, pela temática dos princípios[232].

Uma delas é a dada por DANIEL SARMENTO, segundo quem a ponderação consiste no método utilizado para a solução de colisões entre princípios constitucionais por intermédio do qual são atribuídos pesos para cada princípio em confronto a partir das variáveis fáticas presentes no caso concreto[233]. Semelhantemente, PAULO GUSTAVO GONET BRANCO diz que "*o juízo de ponderação, como entendido hoje, vincula-se à ideia de que as normas podem assumir a forma de princípios, comportando, por isso, mitigação na intensidade de sua incidência sobre casos concretos quando em conflito com outras normas, mantendo, contudo, a sua validez jurídicas*"[234]. Através da ponderação define-se qual dos princípios, que abstratamente estão no mesmo nível, tem maior peso no caso concreto[235], sem que a validade de qualquer dos princípios colidentes seja prejudicada[236], mesmo que alguns deles tenham sua aplicação completamente afastada[237].

Outros autores, porém, preferem atrelar o conceito de ponderação aos casos em que a colisão de normas jurídicas não conseguiu ser superada pelos métodos tradicionais de solução de antinomias. Nesse específico propósito, MARCELO BORGES DE MATTOS MEDINA propõe uma definição desvinculada da teoria dos princípios: a ponderação é técnica de solução de conflito normativo utilizada quando os critérios clássicos da hierarquia, da especialidade e da cronologia são inaptos para resolver a colisão[238] - especialmente quando o conflito entre as normas de mesma hierarquia e antiguidade é parcial[239] -

---

[232] Não há como se deixar de reconhecer que o estreitamento advém das próprias concepções de ROBERT ALEXY, ao ver na ponderação o único modo de resolução de conflitos principiológicos: *quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão*. Ver *Teoria dos direitos fundamentais,* 2ª ed., São Paulo, Editora Malheiros, 2011, p. 117.

[233] SARMENTO, Daniel, *A ponderação de interesses na Constituição Federal,* Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2002, p. 97.

[234] BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional,* São Paulo, Editora Saraiva, 2009, p. 146

[235] ALEXY, Robert, *Teoria dos direitos fundamentais,* 2ª ed., São Paulo, Editora Malheiros, 2011, p. 95.

[236] BUSTAMANTE, Thomas, *Princípios, regras e a fórmula de ponderação de Alexy: um modelo funcional para a argumentação jurídica,...,* p. 85.

[237] LIMA, Christina Aires Corrêa, *O princípio da nulidade das leis inconstitucionais,...,* p. 183.

[238] MEDINA, Marcelo Borges de Mattos, *Esboço de uma teoria da ponderação independente da teoria dos princípios,* Revista de Direito Administrativo nº. 238, out/dez 2004, p. 50.

[239] MEDINA, Marcelo Borges de Mattos, *Esboço de uma teoria da ponderação independente da teoria dos princípios,...,* p. 53.

, e através da qual se determina a qual das normas jurídicas envolvidas deve ser conferido maior peso de acordo as peculiaridades que se apresentarem no caso concreto[240].

Identicamente, ANA PAULA ÁVILA afirma que a ponderação é técnica de construção de decisão *quando não é possível o emprego do raciocínio silogístico e, portanto, não é suficiente o método da subsunção*[241]. Não por outros motivos, LUÍS ROBERTO BARROSO resume que a ponderação é técnica de decisão jurídica, aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente[242], especialmente quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas hierarquicamente iguais a indiciar soluções diferentes[243]. Ilustra-a, além disto, com a seguinte metáfora: *a ponderação é pintura moderna, com inúmeras cores sobrepostas, algumas se destacando mais do que outras, mas formando uma unidade estética*[244].

Por sua vez, seguindo uma linha interpretativa que pretende desatrelar do conceito de ponderação as ideias de aplicação de princípios e de colisão de normas insuperável pela subsunção, HUMBERTO ÁVILA define ponderação como o sopesamento de razões e contrarrazões que culmina com a decisão de interpretação[245], consistente num método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam[246]. Diferencia-se dos demais autores também porque vê a ponderação como sendo, ela mesma, uma norma jurídica, classificando-a como postulado normativo aplicativo, ou seja, como norma imediatamente metódica que institui critérios de aplicação de outras normas[247].

Independentemente das ênfases que podem ser dadas à ponderação, é comum a todos os conceitos de ponderação o ato de atribuir pesos às normas jurídicas que

---

[240] MEDINA, Marcelo Borges de Mattos, *Esboço de uma teoria da ponderação independente da teoria dos princípios* ,..., p. 54.
[241] ÁVILA, Ana Paula Oliveira, *A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade*,..., p. 91;
[242] BARROSO, Luís Roberto, *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*,..., p. 358.
[243] BARCELOS, Ana Paula de, e BARROSO, Luís Roberto, *O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro, in* SILVA, Virgílio Afonso da (org.), *Interpretação constitucional*, São Paulo, Editora Malheiros, 2010, pp. 285-286.
[244] BARROSO, Luís Roberto, *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*,..., p. 358.
[245] ÁVILA, Humberto, *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 12ª ed., São Paulo, Editora Malheiros, 2011, p. 52.
[246] ÁVILA, Humberto, *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 12ª ed., São Paulo, Editora Malheiros, 2011, p. 155.
[247] ÁVILA, Humberto, *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 12ª ed., São Paulo, Editora Malheiros, 2011, p. 134.

potencialmente dizem respeito a um mesmo fato específico[248], ou, nos termos usados por ROBERT ALEXY, o ato de estabelecer uma *relação de precedência condicionada* às normas envolvidas, com base nas circunstâncias do caso concreto[249]. Ao se ponderar princípios, valores ou interesses, o julgador define qual deles deve prevalecer em prejuízos dos demais conflitantes, por ter a ele reputado maior peso, aplicando-o para a solução do litígio concreto que se submetera a sua apreciação. É esse o significado que podemos dar à técnica de ponderação, em linhas gerais, e que é suficiente para distingui-la da técnica de subsunção à frente explicada.

No entanto, o conceito de ponderação não explica como este método de aplicação jurídica deve ser realizado pelo julgador. Nenhuma das definições apresentadas esclarece, em si, como o aplicador deve realizar o sopesamento das normas jurídicas que lhe são apresentadas para a solução do conflito, tampouco indica qual o critério a autorizar que determinada norma jurídica seja considerada mais importante do que outra com ela conflitante. Não que os autores não busquem explicar ou propor um *modus operandi* para a ponderação, afinal *a ponderação, sem uma estrutura e sem critérios materiais, é instrumento pouco útil para a aplicação do Direito*[250]. Porém, a preocupação maior deles é conceituar o que é ponderação – para distinguí-la da subsunção – e não tanto em apresentar fórmulas para bem realizá-la.

Seja como for, ROBERT ALEXY propõe que o sopesamento de princípios deve observar aquilo que denomina "lei do sopesamento": quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro[251]. Assim, sempre pressupondo um caso concreto subjacente, deve-se definir a intensidade da intervenção, após, conhecer a importância dos fundamentos justificadores da intervenção e, finalmente, valorar os pesos relativos dos princípios conflitantes, estabelecendo a relação de precedência condicionada entre eles[252].

---

[248] Vale fazer menção à síntese feita por ROBERT ALEXY: *o objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto*. Ver *Teoria dos direitos fundamentais*, 2ª ed., São Paulo, Editora Malheiros, 2011, p. 95.
[249] ALEXY, Robert, *Teoria dos direitos fundamentais,...*, p. 96.
[250] ÁVILA, Humberto, *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos,...*, p. 155.
[251] ALEXY, Robert, *Teoria dos direitos fundamentais,...*, p. 167.
[252] O ato de valorar os pesos dos princípios jurídicos é chamado por THOMAS BUSTAMANTE de "ponderação em sentido específico e estrito", visão compatível com a que apresentamos ao sintetizarmos o conceito de ponderação no ato de atribuir pesos às normas jurídicas. Ver *Princípios, regras e a fórmula de ponderação de Alexy: um modelo funcional para a argumentação jurídica,...*, p. 90.

Apesar de apresentar a lei do sopesamento como método de realizar a ponderação, a proposta de ROBERT ALEXY acaba por não apontar para critérios que resolvam o problema da escolha de uma entre duas ou mais opções possíveis[253], tampouco por estabelecer um critério material para que se chegue a uma única resposta correta, e que se dirá para que se apure se esta resposta foi realmente alcançada[254]. Todavia, conforme ensina PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, *"Alexy não pretende mais do que oferece, porém. Satisfaz-se com a potencialidade da teoria do discurso reduzir a margem de irracionalidade das decisões"*[255], pois sua teoria da argumentação permite afirmar que o exercício da ponderação tem a sua racionalidade assegurada pelo fato de ser expressão da argumentação jurídica[256].

Na doutrina brasileira, LUÍS ROBERTO BARROSO e ANA PAULA DE BARCELOS apresentam-nos uma fórmula dividida em três fases: (a) identificação das normas relevantes para a solução do caso concreto; (b) exame dos fatos, das circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos; (c) atribuição de pesos aos diferentes grupos de normas, apurando-se qual deles deve preponderar no caso concreto, tendo no princípio da proporcionalidade ou razoabilidade o meio a ser utilizado[257]. Entretanto, apesar de buscar sistematizar uma forma de se ponderar as normas jurídicas, LUÍS ROBERTO BARROSO reconhece que, se idealmente o intérprete deve fazer concessões recíprocas entre os valores em disputa, *situações haverá, no entanto, em que será impossível a compatibilização",* casos em que *"o intérprete precisará fazer escolhas, determinando,* in concreto*, o princípio ou direito que irá prevalecer*[258].

Proposta semelhante apresenta DANIEL SARMENTO, só que com ênfase para os conflitos principiológicos. Nesses casos, defende que o primeiro passo a ser dado consiste na interpretação dos princípios envolvidos, estabelecendo seus limites, a fim de verificar se realmente ocorre um choque entre princípios. Após, o intérprete deve, *"à luz das circunstâncias concretas, impor 'compressões' recíprocas sobre os interesses protegidos pelos princípios em disputa, objetivando lograr um ponto ótimo, onde a restrição a*

---

[253] BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional,...,* p. 165.
[254] BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional,...,* p. 154.
[255] BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional,...,* p. 165.
[256] BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional,...,* p. 166.
[257] BARCELOS, Ana Paula de, e BARROSO, Luís Roberto, *O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro,...,* pp. 288-289.
[258] BARROSO, Luís Roberto, *Curso de direito constitucional contemporâneo,...,* p. 362.

cada interesse seja a mínima indispensável à sua convivência com o outro"[259], observando a condição de que *"o nível de restrição de cada interesse será inversamente 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"*[260]. Nisto se aproxima da lei do sopesamento de Robert Alexy[261].

Com o que foi exposto buscamos traçar linhas gerais sobre a ponderação. Trata-se de técnica de aplicação jurídica destinada a solucionar colisões normativas através de atribuição de pesos pelo julgador à luz do caso concreto, sendo geralmente utilizada em colisões entre comandos expressados em princípios constitucionais, de maneira a proporcionar que todos idealmente incidam numa lógica de "mais ou menos". Às vezes tida como sinônima da proporcionalidade em sentido estrito, às vezes vista como técnica a ser realizada mediante o princípio da proporcionalidade e razoabilidade da qual a proporcionalidade em sentido estrito é sua componente, a ponderação é técnica que para sua utilização devem ser observados requisitos previamente estabelecidos, sem os quais não passará *de uma técnica, não jurídica, que explica tudo, mas não orienta nada,* nada mais sendo que *uma 'caixa preta' legitimadora de um 'decisionismo' e formalizadora de um 'intuicionismo moral'*[262].

A maior dificuldade fica por conta de saber quais são estes requisitos – se é que realmente existem – que permitem estabelecer objetivamente uma regra de prevalência entre as normas jurídicas em conflitos, indo-se assim além da legitimação apenas pela teoria da argumentação jurídica[263]. É a ausência, fluidez e subjetivismo destes requisi-

---

[259] SARMENTO, Daniel, *A ponderação de interesses na Constituição Federal*,..., p. 102.
[260] SARMENTO, Daniel, *A ponderação de interesses na Constituição Federal*,..., p. 104.
[261] Ademais, DANIEL SARMENTO também vê no princípio da proporcionalidade o método do qual o aplicador deve fazer uso para atribuir pesos aos interesses e, consequentemente, restringir o alcance dos princípios conflitantes. Isto porque afirma que *as restrições aos interesses em disputa devem ser arbitradas mediante o emprego do princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito*, de maneira a atender os seguintes imperativos: (a) a restrição a cada um dos princípios deve ser idônea para garantir a sobrevivência do outro; (b) a restrição deve ser a menor possível para a proteção do princípio contraposto e (c) o benefício logrado com a restrição a um princípio tem de compensar o grau de sacrifício imposto ao princípio antagônico. Por derradeiro, e novamente se assemelhando a Robert Alexy, vê na adequada motivação o requisito indispensável para a legitimação das decisões judiciais que fazem uso da ponderação, pois defende que através dela o julgador busca conquistar a adesão racional do público em geral, possibilitando aferir sua razoabilidade e sua compatibilidade com a axiologia constitucional e com os valores humanitários sintetizados na idéia de dignidade da pessoa humana. A esse propósito, ver *A ponderação de interesses na Constituição Federal*,..., pp. 104-105 e 119-121, e *A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade*,..., p. 41.
[262] ÁVILA, Humberto, *"Neoconstitucionalismo": entre a "Ciência do Direito" e o "Direito da Ciência"*,..., p. 12.
[263] Segundo nos informa THOMAS BUSTAMANTE, o próprio ROBERT ALEXY tem se preocupado em desenvolver um modelo mais sofisticado através de uma fórmula de ponderação que estabeleceu um modelo

tos que sujeitam a ponderação a severas críticas pela doutrina, e que fazem com que alguns dos próprios defensores da ponderação admitam que, apesar de necessária, implicam uma boa dose de subjetividade decisória.

Enfim, feitas as considerações sobre a ponderação, podemos passar à análise das diferentes correntes doutrinárias que a defendem como método de realização da modulação dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade. Por opção, daremos ênfase às orientações expostas na doutrina brasileira, não porque acreditamos se tratar de temática de singularidade nacional, mas sim porque enxergamos no Brasil uma maior receptividade à tese de que a ponderação de valores deve ser manejada em sede de modulação de efeitos no controle de constitucionalidade. Assim, os tópicos seguintes serão intitulados a partir dos valores e princípios que supostamente se conflitam na modulação, do que facilmente já constatamos nítida – e problemática – diversidade.

3.2.2. Princípio da nulidade *versus* princípio da segurança jurídica

Uma das orientações doutrinárias a pregar a ponderação como solução para a modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade defende que o sopesamento deve ocorrer entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional e o princípio da segurança jurídica que, potencialmente, entram em choque quando a jurisdição constitucional declara inconstitucional uma lei que já tenha produzido algum efeito concreto no mundo do ser. De um lado se teria um princípio constitucional a demandar a invalidação retroativa dos efeitos da lei inconstitucional, de outro lado se teria um princípio constitucional a demandar a conservação de situações, fatos e consequências ocorridas por força ou com respaldo na lei até então constitucional. A solução desta colisão, feita mediante a ponderação entre ambos, conduziria ao modo pelo qual deve ser feita a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade[264].

---

aritmético para pesagem dos princípios colidentes. Isto com o escopo de tornar mais claras as escolhas envolvidas no processo de argumentação e as formas de restrição do âmbito de aplicação dos princípios jurídicos. Ver *Princípios, regras e a fórmula de ponderação de Alexy: um modelo funcional para a argumentação jurídica?*,..., p. 90.

[264] Descrevendo o pensamento da doutrina comunitarista acerca do papel das Cortes Constitucionais, ÁLVARO RICARDO DE SOUZA CRUZ informa-nos que a manipulação dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade *opera-se por meio da ponderação entre os princípios constitucionais da nulidade das normas constitucionais e o princípio da segurança jurídica. A flexibilização do primeiro permitiria criar um espaço intermediário de tempo que, por sua vez, permitiria a sobrevivência temporária de uma norma cuja validade fosse cessada judicialmente.* Ver *Jurisdição constitucional democrática,...*, p. 177. Vale destacar que, para o

Este é o pensamento de GILMAR FERREIRA MENDES, ao defender que a modulação de efeitos deve ser realizada através da ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional e o princípio da segurança jurídica. A seu ver, a solução para o choque entre os princípios da nulidade e o da segurança jurídica há de ser levada a efeito através de um *processo de* complexa ponderação[265], ou de ponderação concreta[266], ou de juízo rigoroso de proporcionalidade[267], ou ainda de um *severo juízo de ponderação*[268].

O caráter principiológico da nulidade da lei inconstitucional é pressuposto da orientação defendida pelo autor[269], pois somente desenvolve-a a partir da afirmação de que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 outorgou à nulidade da lei inconstitucional o *status* de princípio constitucional. Sendo assim, entende que pode deixar de ser aplicado na lógica do "tudo ou nada" e afastado *nos casos em que se revelar absolutamente inidônea 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)*[270].

---

autor, por comunitarismo pode-se entender a doutrina constitucional que rejeita a tese positivista de uma legalidade absoluta, reconhecendo que a argumentação jurídica possui uma clara conotação política, na medida em que vê na Constituição um sistema de valores, um projeto social adotado pelo constituinte a exigir uma ação positiva do Judiciário para sua implementação. Ver *Jurisdição constitucional democrática,...*, p. 14.

[265] MENDES, Gilmar Ferreira, *Jurisdição constitucional – o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 2005, p. 333.

[266] MENDES, Gilmar Ferreira, *Jurisdição constitucional – o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha,...*, p. 394.

[267] Voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes no RE 197.917, em que, ao passo de reconhecer a inconstitucionalidade da Lei Orgânica nº. 222/1990 do Município de Mira-Estrela, que fixara número de vereadores de forma contrária ao art. 29, inciso IV, Constituição Federal, pugnou pela adoção da declaração de inconstitucionalidade com efeito *pro futuro*, a fim de evitar instabilidade jurídica a se instalar caso todas as decisões da Câmara de Vereadores do Município tivessem de ser anuladas em razão do efeito retroativo da inconstitucionalidade. Aliás, o autor chega a equiparar a ponderação ao princípio da proporcionalidade, já que a ele se refere *"instrumento de aferição da justeza da declaração de inconstitucionalidade (com efeito da nulidade), tendo em vista o confronto entre os interesses afetados pela lei inconstitucional e aqueles que seriam eventualmente sacrificados em consequência da declaração de inconstitucionalidade"*. Ver MARTINS, Ives Gandra da Silva, MENDES, Gilmar Mendes, *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999,...*, p. 565.

[268] MARTINS, Ives Gandra da Silva, MENDES, Gilmar Mendes, *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999,...*, p. 564.

[269] Afirmamos que é pressuposto porque carecem de maiores esclarecimentos as razões que levam GILMAR FERREIRA MENDES, e os demais defensores desta orientação, a entender que a nulidade da lei inconstitucional é princípio constitucional. Não fica claro se assim pensam porque vislumbram uma colisão entre a norma jurídica sancionatória que postula pela invalidação retroativa *ex tunc* da lei inconstitucional e outras normas constitucionais principiológicas, ou porque vê na nulidade uma norma constitucional a indicar um estado ideal de coisas. Por isso, fica a nossa impressão de que se trata de uma escolha, tão-somente isto.

[270] MENDES, Gilmar Ferreira, *Jurisdição constitucional – o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha,...*, p. 333.

No propósito de esclarecer como a ponderação deve ocorrer em aplicação do art. 27 da Lei nº. 9.868/99, GILMAR FERREIRA MENDES diz que o princípio da nulidade somente há de ser afastado nas hipóteses em que se puder demonstrar que a *declaração de inconstitucionalidade ortodoxa envolveria o sacrifício da segurança jurídica ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social*[271]. Não à toa é um dos defensores da constitucionalidade deste dispositivo da Lei nº. 9.868/99, já que apenas teria introduzido a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal deixar de aplicar invalidar retroativamente os efeitos da lei inconstitucional em casos excepcionais[272]. Até porque o autor foi o redator do texto base que viria a se transformar na Lei nº. 9.868/99[273], fato que explica a menção ao princípio da nulidade feita na Exposição de Motivos do Projeto de Lei nº. 2.960/97.

É curioso observar que o autor sempre se vale de adjetivos como "rigoroso", "complexo", "severo", "concreto" para referir-se ao método de ponderação de princípios a ser usado na modulação dos efeitos da inconstitucionalidade, e esforça-se em dizer que a não-aplicação do princípio da nulidade não há de ser baseado em consideração de política judiciária[274]. Contudo, não explica se há alguma diferença entre estes adjetivos ou se são expressões sinônimas. Do mesmo modo, não esclarece se e como é possível distinguir um juízo de ponderação rigoroso, complexo, severo e concreto de um juízo de ponderação flexível, simples, leve e abstrato, por assim dizer[275]. Ainda mais curioso é observar que Gilmar Ferreira Mendes nem sempre foi defensor da ponderação como método de atenuação ao vigor da nulidade da lei inconstitucional[276].

---

[271] MENDES, Gilmar Ferreira, *Jurisdição constitucional – o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha,...*, p. 395.

[272] Também a nosso ver, há uma razão para que GILMAR FERREIRA MENDES tenha optado por enxergar na nulidade da lei inconstitucional um caráter principiológico: viabilizar racionalmente a defesa da constitucionalidade da Lei nº. 9.868/99. Considerando que os principais argumentos a favor da inconstitucionalidade dizem respeito à impossibilidade de uma lei ordinária vir a excepcionar a nulidade prevista na Constituição Federal, a visão de que a nulidade é princípio constitucional explica porque pode vir a ser afastada episodicamente em determinados casos, mesmo que com critérios instituídos por lei ordinária.

[273] BARROSO, Luís Roberto, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro,...*, p. 125.

[274] MENDES, Gilmar Ferreira, *Jurisdição constitucional – o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha,...*, p. 395.

[275] Por causa disto, não há como deixar de pensar que esta adjetivação é mero exercício de retórica.

[276] Em seu artigo *A nulidade da lei inconstitucional e seus efeitos – considerações sobre a decisão do STF proferida no RE 122.202* publicado em 1995, GILMAR FERREIRA MENDES criticou a decisão proferida no RE 122.202/MG, a qual havia preservado as vantagens pecuniárias já pagas a servidores públicos com base em lei posteriormente declarada inconstitucional. Nessa oportunidade, defendeu que o método a seguramente permitir a preservação de atos singulares era o uso das chamadas fórmulas de preclusão, pois afirmava que argumentos embasados na ideia de segurança jurídica não se mostram aptos para solver o problema, uma vez que o Tribunal acabaria por substituir-se ao legislador. Trata-se, a nosso ver, de típico método de subsunção

Seja como for, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem natural e progressivamente adotado as ideias do Ministro GILMAR MENDES[277], externando-as em decisões através de conceitos como o de "princípio da nulidade da lei inconstitucional"[278], ponderação como "*leitmotiv* para o desenvolvimento de técnicas alternativas de decisão de inconstitucionalidade"[279], dentre outros. Desta maneira, o que inicialmente eram apenas concepções doutrinárias passou a ser utilizado na fundamentação das decisões em controle de constitucionalidade, difuso e concentrado, isto é, o reconhecimento do caráter principiológico da nulidade da lei inconstitucional e da utilização do método da ponderação de valores para a aplicação da modulação de efeitos.

Nessa vertente, CHRISTINA AIRES CORRÊA LIMA também vê a nulidade da lei inconstitucional um princípio constitucional. Por isso, propõe a utilização do método de ponderação de princípios para se atenuar os rigores da retroatividade *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade, o qual segundo ela serve de *válvula de escape para tentar tirar o controle de constitucionalidade desta sinuca que, em alguns casos, pode causar*

---

que, por alguma razão, parece ter sido abandonado pelo autor trata do assunto da modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade.

[277] É certo que, em alguns caos, o Supremo Tribunal Federal já havia excepcionado a nulidade da lei inconstitucional, ao determinar a manutenção de determinados efeitos produzidos sob a égide da norma jurídica que passara a ser reconhecida como contrária à Constituição. Conforme já tivemos oportunidade de mencionar no capítulo 1, assim fez, por exemplo, nos RE 78.533/SP e RE 78.594/SP, nos quais o STF utilizou-se da teoria do funcionário de fato para manter a eficácia de atos administrativos praticados por funcionários públicos cuja nomeação ou competência foram declaradas inconstitucionais. Porém, não se tem registro de que a limitação de efeitos tenha se pautado por juízos de ponderação. Ao contrário, o que se vê, por exemplo, são menções como a feita pelo Ministro MAURÍCIO CORREA na ADI 1116/DF, segundo o qual, pelo exercício de uma política judicial de conveniência, seria dado ao Supremo Tribunal Federal fixar quais os efeitos a decisão de inconstitucionalidade poderá produzir, caso a caso.

[278] STF, Tribunal Pleno, ADI 3601, Relator Ministro Dias Toffoli, DJ 15.12.2010, com a seguinte 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. 2. Continua a dominar no Brasil a doutrina do princípio da nulidade da lei inconstitucional. Caso o Tribunal não faça nenhuma ressalva na decisão, reputa-se aplicado o efeito retroativo. Entretanto, podem as partes trazer o tema em sede de embargos de declaração. 3. Necessidade de preservação dos atos praticados pela Comissão Permanente de Disciplina da Polícia Civil do Distrito Federal durante os quatro anos de aplicação da lei declarada inconstitucional. 4. Aplicabilidade, ao caso, da excepcional restrição dos efeitos prevista no art. 27 da Lei 9.868/99. Presentes não só razões de segurança jurídica, mas também de excepcional interesse social (preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio – primado da segurança pública), capazes de prevalecer sobre o postulado da nulidade da lei inconstitucional. 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".*

[279] Voto vencedor do Ministro Gilmar Mendes na ADI 3.316/MT, Tribunal Pleno, Relator Ministro Eros Grau, DJ 29.06.2007.

profundas injustiças, ou fazer com que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade sejam mais gravosos à vontade constitucional, que a própria permanência da lei inconstitucional, levando ao pior resultado para a Constituição[280].

A autora vê na teoria geral dos princípios e, por conseguinte, na ponderação de princípios, a saída lógica para a encruzilhada de se justificar constitucionalmente as limitações aos efeitos retroativos em um sistema que adota a nulidade como sanção ao vício de inconstitucionalidade[281]. Desta maneira, considerando que não existem princípios absolutos, afirma que o princípio da nulidade sempre prevalecerá a não ser que, no caso em questão, ao se tentar imprimir o efeito *ex tunc* à decisão que declarou inconstitucional a lei, este se depare com outro princípio constitucional que vá contra a essa anulação retroperante[282]. Nessas hipóteses de conflito principiológico, a nulidade pode ser afasta em prol deste outro princípio para se modular os efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade.

É certo, porém, que CHRISTINA AIRES CORRÊA LIMA não propõe uma solução que fique exclusivamente adstrita ao choque entre princípio da nulidade da lei inconstitucional e princípio da segurança jurídica. Antes busca permitir considerável abertura para que seja legitimada a ponderação do princípio da nulidade com qualquer outro princípio que, por algum motivo, indique a conservação dos efeitos produzidos pela lei inconstitucional. Por causa disto, apesar de reconhecer a valia da iniciativa de se legislar sobre a modulação de efeitos, vê na redação do art. 27 da Lei nº. 9.868/99 uma indevida interferência do Poder Legislativo[283] ao criar uma questionável hierarquia entre princípios constitucionais[284]. Primeiramente porque coloca o princípio da nulidade a um patamar superior ao da segurança jurídica e ao do excepcional interesse social com o *quorum* qualificado de dois terços. Em segundo lugar porque impede que o Supremo Tribunal Federal atenue o princípio da nulidade com base em outro princípio que eventualmente possa entrar em choque com a retroatividade integral da declaração de inconstitucionalidade[285].

---

[280] LIMA, Christina Aires Corrêa, *O princípio da nulidade das leis inconstitucionais*,..., p. 183.
[281] LIMA, Christina Aires Corrêa, *O princípio da nulidade das leis inconstitucionais*,..., p. 62.
[282] LIMA, Christina Aires Corrêa, *O princípio da nulidade das leis inconstitucionais*,..., p. 64.
[283] CHRISTINA AIRES CORRÊA LIMA parte do pressuposto de que a ponderação de princípios é poder inerente à função jurisdicional, de maneira que a possibilidade de se modular efeitos da declaração de inconstitucionalidade por ponderação do princípio da nulidade independe de previsão legal para que Supremo Tribunal Federal dela faça uso. Ver *O princípio da nulidade das leis inconstitucionais*,..., pp. 184-185.
[284] LIMA, Christina Aires Corrêa, *O princípio da nulidade das leis inconstitucionais*,..., pp. 189-190.
[285] Para evitar a inconstitucionalidade do art. 27 da Lei nº. 9.868/99 por violação ao princípio da separação de poderes, a autora propõe uma interpretação conforme a Constituição pela qual se entende que a menção a segurança jurídica e a excepcional interesse social é apenas exemplificativa e não impede que qualquer outro princípio constitucional também possa vir ser confrontado com o da nulidade em um caso. No entanto, não

De qualquer maneira, mais um a se alinhar ao pensamento do Ministro GILMAR MENDES é o professor DANIEL SARMENTO, só que com uma peculiaridade: já defendia a utilização da ponderação de interesses até antes da edição da Lei nº. 9.868/99 como instrumento adequado para temperar a eficácia retroativa da declaração de inconstitucionalidade sempre que isto se afigurar indispensável para a proteção de valores e interesses contemplados constitucionalmente[286]. Em sua visão, a ponderação é uma concessão ao Poder Judiciário de *certa margem de manobra* necessária a permitir soluções que componham interesses em disputa *sem ter de sacrificar integralmente algum deles em detrimento de outro*[287], à luz do princípio da proporcionalidade[288].

O entendimento de DANIEL SARMENTO não se alterou com a superveniência do art. 27 da Lei nº. 9.868/99, já que continuou defendendo que a definição dos efeitos temporais das decisões de inconstitucionalidade envolve uma típica atividade de ponderação de interesses, em que *de um lado da balança, coloca-se o princípio implícito da nulidade da lei inconstitucional, e do outro, eventuais interesses de estatura constitucional, que poderiam ser atingidos pelos efeitos da decisão, e que estão compreendidos dentro da genérica alusão a 'razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social' estampada no art. 27 da Lei nº. 9.868/99*[289]. O caráter principiológico da nulidade da lei inconstitucional mantém-se, estando sujeito a ser afastado em prol de outros princípios ligados à segurança jurídica a depender dos fatos concretos em jogo.[290].

Contudo, apesar de apresentar uma proposta ampla de ponderação para fins de modulação de efeito, faz questão de registrar sua preocupação com o uso desmedido desta técnica após a Lei nº. 9.868/99: *espera-se, apenas, que o STF saiba valer-se*

---

vê como superar a inconstitucionalidade do *quorum* qualificado de dois terços, por violar o art. 97 da Constituição Federal. Ver *O princípio da nulidade das leis inconstitucionais*,..., pp. 194-195.

[286] SARMENTO, Daniel, *Eficácia temporal do controle de constitucionalidade (o princípio da proporcionalidade e a ponderação de interesses) das leis*, Revista de Direito Administrativo nº. 212, abr-jun/1998, p. 28.

[287] SARMENTO, Daniel, *Eficácia temporal do controle de constitucionalidade (o princípio da proporcionalidade e a ponderação de interesses) das leis*,..., p. 37.

[288] DANIEL SARMENTO faz aproximações entre o método de ponderação de interesses e o princípio da proporcionalidade, razão pela qual defende que a modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade pode ocorrer toda vez que a restrição aos efeitos retroativos for capaz de garantir a sobrevivência do interesse contraposto (adequação), não houver outra solução menos gravosa para sua proteção (necessidade) e trouxer benefício que compense o grau de sacrifício imposto ao interesse que seria totalmente prestigiado com o efeito *ex tunc* (proporcionalidade em sentido estrito). Ver *Eficácia temporal do controle de constitucionalidade (o princípio da proporcionalidade e a ponderação de interesses) das leis*,..., pp. 37-38.

[289] SARMENTO, Daniel, *A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade*,..., p. 41.

[290] SARMENTO, Daniel, *Eficácia temporal do controle de constitucionalidade (o princípio da proporcionalidade e a ponderação de interesses) das leis*,..., p. 39.

com parcimônia e moderação desta sua nova faculdade, pautando-se, no seu exercício, por uma preocupação com interesses da cidadania, e fugindo à lógica perniciosa e totalitária das razões de Estado[291]. Nesse sentido, a ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional e o princípio da segurança jurídica teria ao menos um limite material previamente estabelecido: a proibição de que a modulação seja feita para atender as chamadas "razões de Estado".

Além destes autores, cumpre mencionarmos a posição de CLÈMERSON MERLIN CLÈVE[292] manifestada anteriormente ao advento da Lei nº. 9.868/99. Há tempos defende que a nulidade[293] é verdadeiro princípio constitucional implícito, o qual pode ser afastado quando de sua aplicação puder resultar injustiça ou violação ao princípio da segurança jurídica. Para isto, afirma ser necessário desenvolver juízo de ponderação a respeito das situações concretas nascidas sob a égide da lei inconstitucional, inclusive para o efeito de se verificar se, em determinados casos, razões de equidade e princípios como boa-fé, segurança, justiça, razoabilidade aconselham a permanência de algum dos efeitos produzidos antes do reconhecimento da inconstitucionalidade.

Igualmente se manifesta CÉLIO ARMANDO JANCZESKI em sucinta análise da modulação dos efeitos temporais de decisões de inconstitucionalidade a envolver matéria tributária, sendo enfático em defender que a nulidade é princípio constitucional que pode ser afastado em determinados casos se conflitar com o princípio da segurança jurídica, solução esta a ser alcançada pela ponderação de valores embasada no princípio da proporcionalidade[294]. No mesmo sentido, só que se referindo a decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, estão TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, ROQUE ANTONIO CARRAZZA E NELSON NERY JÚNIOR[295].

---

[291] SARMENTO, Daniel, *A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade*, *in* CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza e SAMPAIO, José Adércio Leite, *Hermenêutica e jurisdição constitucional: estudos em homenagem ao Professor José Alfredo de Oliveira Baracho*,..., p. 42.

[292] CLEVÈ, Clèmerson Merlin, *Declaração de inconstitucionalidade, disposto normativo em sede de juízo abstrato e efeitos sobre os atos,* Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política nº. 19, abr-jun/1997, pp. 279-307.

[293] A propósito, para CLÈMERSON MERLIN CLÈVE, há uma razão para que o sistema constitucional brasileiro adote a nulidade – e não a anulabilidade – como punição ao ato inconstitucional: a possibilidade de o Poder Público recusar o cumprimento de leis que repute inconstitucionais, recusa que somente se justifica caso seja nula a lei inconstitucional.

[294] JANCZESKI, Célio Armando, *A declaração de inconstitucionalidade com efeitos limitados, a supremacia constitucional e o direito tributário,* Revista Dialética de Direito Tributário nº. 157, out/2008, p. 20.

[295] Analisando o voto do Ministro Gilmar Mendes na ADI 2.240/BA, um dos vários em que o Ministro faz referencia ao embate entre o princípio da nulidade e o princípio da segurança jurídica, os três autores afirmam que *"esse voto levantara, assim, significativos argumentos para a concessão de efeito* ex nunc, *não*

Em nada disto diverge REGINA MARIA MACEDO NERY FERRARI. Adepta à concepção de que a declaração de inconstitucionalidade é desconstitutiva[296] e não meramente declaratória, entende que o *afastamento da eficácia retroativa só deve ter cabimento quando se demonstre, com base em uma ponderação concreta, que sua adoção acarretaria um sacrifício excessivo para a segurança jurídica ou para o excepcional interesse social, ou seja, que não seria proporcional à sua carga coativa*[297]. Reconhece, ainda, que nesta ponderação concreta, o Supremo Tribunal Federal deverá julgar qual bem jurídico é mais relevante na situação concreta, fazendo-o prevalecer sobre os valores constitucionais considerados menos relevantes ou de menor peso[298].

Enfim, eis as linhas mestras da corrente doutrinária brasileira que vê na ponderação entre o princípio da nulidade e o princípio da segurança jurídica a solução para a modulação dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade, a qual tem sido amplamente adotada pelo Supremo Tribunal Federal com intensidade tal a ponto de podermos considerá-la dominante no seio da jurisprudência constitucional. Isto a despeito de pouco ou nada explicar sobre os fundamentos pelos quais se pode considerar a nulidade da lei inconstitucional um princípio constitucional implícito.

Cumpre-nos, por derradeiro, destacar que nesta corrente a doutrina brasileira não detém exclusividade. Senão é unânime, a doutrina constitucionalista portuguesa ao menos é também simpática à tese de que a modulação dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade, nos moldes previstos no art. 282º, nº. 4, Constituição da República Portuguesa, deve ser adotada a partir de uma ponderação a resolver a tensão entre a prioridade de se extirpar os efeitos da lei inconstitucional retroativamente e a pertinência de se manter um ou mais efeitos já produzidos à época que a lei ainda não havia

---

só às decisões sobre a inconstitucionalidade proferidas pelo STF em última instância, mas também a decisão de tribunal superior, como o STJ, quando, no âmbito de sua competência, decidem, em instância definitiva, sobre a legalidade, mais propriamente, sobre a vigência de lei federal. Afinal, aqui também podia estar presente a necessidade de ponderação entre o princípio da nulidade e o princípio da segurança jurídica, mormente 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 (grave ameaça à segurança jurídica)". Ver CARRAZA, Roque Antonio, FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, NERY JÚNIOR, Nelson, *Efeito* ex nunc *e as decisões do STJ*, 2ª ed., Barueri, Editora Manole, 2008, p. xxx.

[296] O que não implica, a seu ver, a impossibilidade de que a anulação da lei inconstitucional possa, inclusive, alcançar os efeitos produzidos desde o início de sua vigência.

[297] FERRARI, Regina Maria Macedo Nery Ferrari, *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade,...*, p. 316.

[298] FERRARI, Regina Maria Macedo Nery Ferrari, *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade,...*, p. 338.

sido considerada viciada. Neste contexto, podemos destacar dois constitucionalistas portugueses: CARLOS BLANCO DE MORAIS[299] e RUI MEDEIROS[300].

É verdade que nenhum dos dois autores portugueses diz especificamente que a ponderação objetiva sopesar os princípios da nulidade da lei inconstitucional e o princípio da segurança jurídica para definir qual deles deve prevalecer no conflito normativo. Ao invés de trabalharem com a noção de a nulidade é princípio, optam por falar em princípio da constitucionalidade. Ao invés de princípio da segurança jurídica, preferem apenas dizer interesses a conservar a manutenção dos efeitos da lei inconstitucional. Apesar disso, parece-nos bastante razoável afirmar que a diferença aqui é meramente terminológica e, ressalvadas uma ou outra peculiaridade de cada um dos autores, dizer que ambos detêm a mesma concepção que Gilmar Ferreira Mendes e outros.

3.2.3. Princípio da supremacia da Constituição *versus* princípio da segurança jurídica

Outra orientação doutrinária a defender o uso da ponderação de princípios como método de realização da modulação de efeitos é aquela composta de autores que

---

[299] A posição de CARLOS BLANCO DE MORAIS está em perfeita sintonia com a tese prevalecente no Supremo Tribunal Federal e com a doutrina capitaneada por Gilmar Ferreira Mendes. Isto porque entende que, para se modular os efeitos temporais em razão de exigências de segurança jurídica, deve ser realizado um balanceamento axiológico entre *um princípio da constitucionalidade que reclama, através da sanção de nulidade, a reconstituição, dentro do possível, da situação que existia antes da aprovação da norma inconstitucional, reconstituição que implica a represtinação do direito revogado pela norma inconstitucional e a eliminação das situações jurídicas constituídas à sua sombra* e *a necessidade de salvaguarda da paz jurídica e das legítimas expectativas das pessoas na subsistência de situações estabilizadas*. Assim também ocorre nos casos em que a modulação de efeitos baseia-se em equidade e interesse público de excepcional relevância. Quanto a isto, ver *Justiça constitucional: o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio,...*, pp. 286-293.

[300] O entendimento de RUI MEDEIROS não diverge da posição adotada por seu compatriota. Para ele, não há motivos para desonerar o Tribunal Constitucional português da tarefa de ponderar o interesse público da plena restauração da integridade da norma constitucional violada com outros interesses públicos conflitantes, ao menos no que se refere aos efeitos do art. 282º, nº. 4 da Constituição da República Portuguesa. Assim deve ocorrer porque, segundo seu entender, a proporcionalidade é princípio constitucional geral que não merece ficar adstrito somente aos casos de conflito ou restrições de direitos fundamentais. Por ser aplicável sempre que haja um conflito qualquer de bens jurídicos, a decisão de inconstitucionalidade proferida com limitações aos efeitos temporais também está sujeita ao crivo da proporcionalidade. Com peculiaridade, destaca RUI MEDEIROS que das três vertentes do princípio da proporcionalidade, somente a proporcionalidade em sentido estrito é decisiva. É que tanto as vertentes da adequação quanto da necessidade tem relevância reduzida na análise da modulação de efeitos já que, em princípio, a decisão de inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc* é adequada e necessária à eliminação da inconstitucionalidade e ao restabelecimento pleno da normatividade do dispositivo constitucional violado. Isto, porém, não ocorre com a proporcionalidade em sentido estrito, porque tanto pode indicar a limitação dos efeitos temporais como apontar para a adoção da invalidação total. Certo é que nesta vertente é que se deve *pesar a desvantagem do meio (sacrifício do princípio da constitucionalidade em sentido estrito) em relação à vantagem do fim (salvaguarda da segurança jurídica, equidade ou interesse público de excepcional relevo)* para, então, se concluir pela adoção ou não da modulação de efeitos. Quanto a isto, ver *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade,...*, pp. 700-703.

afirmam que o balanceamento deve ser feito a partir do embate entre o princípio constitucional da segurança jurídica, que suposta e inicialmente postula pela permanência dos efeitos produzidos sob a égide da lei inconstitucional e as relações jurídicas praticadas antes da declaração de inconstitucionalidade, e o princípio da supremacia da Constituição, que suposta e inicialmente visa afastar todo e qualquer efeito jurídico produzido por uma lei que viole formal ou materialmente a Constituição[301].

Entre os doutrinadores brasileiros merece destaque EDUARDO TALAMINI neste aspecto, pois, ao refletir sobre o art. 27 da Lei nº. 9.868/99, prega que *caberá ao Supremo Tribunal ponderar se, em certas hipóteses, a supremacia da Constituição e a isonomia, princípios que justificam a atribuição de efeito* ex tunc *ao pronunciamento declaratório de inconstitucionalidade, não devem ceder espaço a outros valores constitucionais também relevantes (dignidade humana, boa fé, segurança jurídica...)*[302]. Diz também que o juízo de ponderação, no caso, deve pautar-se na aplicação do princípio da proporcionalidade, pois é a partir dele que os valores da supremacia e rigidez constitucionais podem ser tutelados concomitantemente com a preservação dos valores que se consolidaram durante a vigência da norma inconstitucional[303].

Sob esta orientação, o juízo sobre modular ou não os efeitos retroativos da declaração de inconstitucionalidade firma-se na contraposição de, sob um foco, garantias de rigidez e superioridade hierárquica da Constituição e, sob outro foco, valores como segurança jurídica e seus possíveis desdobramentos, tais como boa-fé, proibição de repetição de verbas alimentares e vedação ao enriquecimento sem causa. Em suma, devem ser sopesados os princípios da supremacia da Constituição e da segurança jurídica para, então, concluir-se pelo cabimento ou descabimento da modulação de efeitos no caso concreto.

---

[301] ÁLVARO RICARDO DE SOUZA CRUZ é um dos críticos da utilização da ponderação na modulação de efeitos. No entanto, ao definir o conceito de decisões transitivas na jurisdição constitucional, curiosamente diz que *"são aquelas que permitem à Corte ponderar entre a segurança jurídica, normalmente em razão de fatos políticos e econômicos e o princípio da supremacia da Constituição, como claramente se depreende das decisões de modulação temporal, e dos efeitos 'represtinatórios', bem como da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade"*. Apesar de não propriamente compactuar com esta modalidade de decisão – que por sinal pode ser usada como sinônima de sentença modulatória e, em certo aspecto, de sentença manipulativa –, chama a atenção o fato de enxergar como seu substrato o conflito entre a supremacia da Constituição e o princípio da segurança jurídica. Ver *Jurisdição constitucional democrática,...*, p. 183.

[302] TALAMINI, Eduardo, *Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira: repercussão geral, força vinculante, modulação dos efeitos do controle de constitucionalidade e alargamento do objeto de controle direto,...*, p. 198.

[303] TALAMINI, Eduardo, *Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira: repercussão geral, força vinculante, modulação dos efeitos do controle de constitucionalidade e alargamento do objeto de controle direto,...*, p. 200.

LUCIANO ELIAS REIS também se filia a esta vertente ao afirmar que a modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade deve ser realizada através da ponderação entre o princípio da supremacia da Constituição e o princípio da segurança jurídica e outros que o acompanham nesta contenda, tais como a boa-fé, o princípio da confiança legítima e o princípio da lealdade[304]. Contudo, também não se preocupa em explicar como, exatamente, deve ser feito este sopesamento, tampouco em indicar quais são os possíveis casos em que a rigidez constitucional é menos relevante que o princípio da segurança jurídica.

De toda sorte, a concepção de que a modulação deve ser feita através da ponderação entre rigidez constitucional e segurança jurídica ultrapassou as fronteiras da doutrina brasileira e também é encontrada na jurisprudência latino-americana. Osvaldo ALFREDO GOZAÍNI informa que, na Colômbia, as sentenças proferidas pela Corte Constitucional sobre os quais sujeitos a seu controle tem efeitos para o futuro a menos que a Corte preveja o contrário, citando como exemplo a Sentença 037/96, em que a Corte Constitucional colombiana fixou alguns critérios para a modulação dos efeitos temporais. Nessa oportunidade, a Corte fixou que os efeitos concretos da decisão de inconstitucionalidade vão dependem de uma ponderação, no caso concreto, do alcance dos princípios da supremacia da Constituição, que indica a atribuição de efeitos retroativos *ex tunc*, e da observância do princípio da segurança jurídica, que indica a adoção de efeitos prospectivos tão-somente[305].

Assim também nos informa HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ, ao contar que o art. 45 da Lei Estatutária da Administração da Justiça da Colômbia prevê que as sentenças proferidas pela Corte Constitucional sobre os atos sujeitos a seu controle têm efeitos prospectivos exceto se a Corte ressalvar o contrário. Menciona como exemplo a mesma Sentença 037/96, a partir da qual foi firmada a orientação de que *los efectos concretos de la sentencia de inexequibilidad dependerán entonces de una ponderación, frente al caso concreto, del alcance de dos principios encontrados: la supremacía de la Constituición – que aconseja atribuir a la decisión efectos* ex tunc, *esto es, retroactivos – y el respecto a la seguridad jurídica – que, por el contrario, sugiere conferirle efectos* ex nunc, *esto és úni-*

[304] REIS, Luciano Elias, *A modulação ou limitação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, A & C Revista de Direito Administrativo e Constitucional nº. 42, out-dez/2010, p. 186.
[305] GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *Sobre sentencias constitucionales y el efecto erga omnes, in Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2008*, Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2008, p. 176.

camente hacia el futuro[306]. Pelo que se observa, a jurisprudência constitucional colombiana sugestivamente adotou a ponderação entre os princípios da rigidez constitucional e o da segurança jurídica como método a permitir que, em determinados casos, os efeitos invalidantes *ex nunc* venham a ser excepcionados[307].

Além da Corte Constitucional colombiana, o Tribunal Constitucional português (TCP) também indica que a interpretação do art. 282º, nº. 4 da Constituição da República Portuguesa seja feita através a ponderação entre o princípio da supremacia constitucional e o princípio da segurança jurídica, ainda que assim não diga expressamente. É o que podemos concluir a partir da leitura do voto do Conselheiro Souza e Brito que, no Acórdão 308/93, sustentou que *ao limitar os efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade, o Tribunal Constitucional deve fazer um juízo de proporcionalidade, cotejando o interesse na reafirmação da ordem jurídica – que a eficácia ex tunc da declaração plenamente potencia – com o interesse da eliminação do fator de incerteza e de insegurança – que a retroatividade, em princípio, acarreta. Nesta ponderação, o Tribunal Constitucional deve atender às exigências da segurança jurídica (entendida em sentido estrito), da equidade (como solução justa a aplicar aos efeitos concretamente já produzidos pela norma declarada inconstitucional) e do interesse público (de excepcional relevo), cumprindo o mandamento do n. 4 do art. 282º da Constituição*[308].

Se substituirmos "interesse na reafirmação da ordem jurídica" por "princípio da supremacia constitucional", e se alterarmos "interesse da eliminação do fator de incerteza e de insegurança" para em seu lugar colocarmos "princípio da segurança jurídica", entendemos que o significado do voto em nada se modifica, razão pela qual pode-

---

[306] ALCALÁ, Humberto Nogueira, *El control represivo concreto y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en la reforma de las competencias del Tribunal Constitucional de Chile y los efectos de sus sentencias, in Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006,* 12º año, Tomo I, Montevideo, Fundación Konrad-Adenauer, 2006, p. 468-469.

[307] Não deve surpreender a constatação de que a Corte Constitucional colombiana utiliza-se da técnica da ponderação de princípios para fixar, caso a caso, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Isto porque, conforme nos informa EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, a Corte já havia declarado inconstitucional o art. 21 do Decreto 2.067/1991, que prescrevia o efeito *pro futuro* para suas decisões, salvo as hipóteses em que o efeito retroativo impusesse-se com o objetivo de garantir o princípio da favorabilidade em matéria penal e disciplinar e nos casos em que os atos do Congresso tivessem sido emitidos irregularmente. Assim decidiu por entender que a função de guardar a integridade da Constituição e sua supremacia lhe conferia o poder de determinar, por si mesma e em cada caso, se suas sentenças têm efeitos retroativos ou futuros. Ver *La jurisdiccion constitucional en Colombia, in* GARCIA BELAUNDE, Domingo e FERNANDES SEGADO, Francisco (coord.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Editorial Dykinson, 1997, p. 495.

[308] TCP, Acórdão nº. 308/93, Processo nº. 3/92, Relator Conselheiro Souza e Brito. Sobre o voto e acórdão, ver também as considerações de RICARDO RIBEIRO CAMPOS *in Leis inconstitucionais ainda constitucionais?*, Revista de Direito Constitucional e Internacional nº. 54, jan/mar 2006, pp. 302-303.

mos afirmar que, prevalecendo o entendimento do Conselheiro Souza e Brito, a jurisprudência constitucional portuguesa estará a se alinhar com o pensamento expressado por EDUARDO TALAMINI e LUCIANO ELIAS REIS no âmbito da doutrina brasileira.

Seja como for, pensamos ser bastante tormentoso sustentar que a supremacia da Constituição pode ser sujeita à ponderação de princípios e, por isso, ser episodicamente afastada em prol de outro valor constitucional. Não vemos como deixar de admitir que a rejeição da supremacia da Constituição, mesmo que pontualmente, implica uma espécie de "flexibilização" da própria Constituição[309], e torna o conceito de sanção ao vício de inconstitucionalidade um autêntico *nonsense*[310]. Esta também a visão de LUÍS ROBERTO BARROSO e Ana Paula Ávila, adiante explicada.

3.2.4. Princípios subjacentes à norma constitucional violada *versus* princípio da segurança jurídica

Existe mais uma corrente doutrinária a defender o manejo da ponderação de princípios como técnica eficaz para a modulação dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade. Diferencia-se das demais por pregar que o sopesamento deve ocorrer entre o princípio da segurança jurídica, que supostamente indica a permanência da validade dos atos já praticados com base na lei inconstitucional, e os princípios constitucionais subjacentes às normas constitucionais que serviram de parâmetro para a constatação da inconstitucionalidade, os quais supostamente apontam para a total prevalência da norma constitucional violada sobre a lei infraconstitucional infringente. Nesta vertente estão as concepções de LUÍS ROBERTO BARROSO, ANA PAULA ÁVILA e ELIVAL DA SILVA RAMOS com maiores destaques.

---

[309] MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO foi um dos primeiros a explicitar que a rigidez constitucional estaria a ser atacada com a permissão de se deixar de impor retroativamente os efeitos invalidantes da declaração de inconstitucionalidade. Por isto, é um dos críticos mais severos à modulação dos efeitos temporais, pois vê nela o canal para a transformação da Constituição no tipo flexível. Quanto a isto, ver *O valor do ato inconstitucional em face do direito positivo brasileiro,* Revista de Direito Administrativo nº. 230, out-dez/2002, p. 255. A nós não nos parece ser assim, pois não entendemos que a previsão de modular efeitos atente contra a supremacia da Constituição. Fosse assim teríamos de reconhecer que os sistemas jurídicos que adotam o efeito *ex nunc* como sanção à inconstitucionalidade são regidos exclusivamente por Constituições flexíveis, o que não é correto. No entanto, não temos como deixar de reconhecer que o alerta feito pelo autor aplica-se perfeitamente ao discurso de ser possível ponderar a própria supremacia constitucional.

[310] A supremacia constitucional está na base da fundamentação teórica do controle de constitucionalidade e, conforme nos diz ELIVAL DA SILVA RAMOS, trata-se de autêntico consenso doutrinário. Ver *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução,...*, p. 19. Desta maneira, em termos lógicos, afastar a supremacia constituição por qualquer razão que seja importa em atentado ao fundamento teórico basilar do controle de constitucionalidade, chegando a desnaturá-lo.

LUÍS ROBERTO BARROSO é um dos mais árduos defensores do uso da ponderação de princípios, valores e interesses no seio da jurisdição constitucional, sendo de se esperar que também a visse como instrumento a ser manejado no momento em que se analisa o cabimento da modulação de efeitos. Ao tratar do art. 27 da Lei nº. 9.868/99, por exemplo, diz tratar-se de previsão legal que formaliza um mecanismo de ponderação de valores[311], e assim afirma: *o que o Supremo Tribunal Federal poderá fazer ao dosar os efeitos retroativos da decisão é uma ponderação entre a norma violada e as normas constitucionais que protegem os efeitos produzidos pela lei inconstitucional*[312], exemplificando com a boa-fé, a moralidade, a coisa julgada, a irredutibilidade dos vencimentos e a razoabilidade.

Contudo, o doutrinador faz questão de bem pontuar que não concorda com o pensamento de que o princípio da supremacia da Constituição deve ser ponderado com o princípio da segurança jurídica ou com o excepcional interesse social tal qual previsto no art. 27 da Lei nº. 9.868/99. Apesar de reconhecer que esta visão é a que primeiramente se pode ter do dispositivo legal, refuta-a asseverando que o princípio da supremacia constitucional é fundamento da própria existência do controle de constitucionalidade e uma de suas premissas lógicas, de maneira que não pode ser afastado ou ponderado sem comprometer a ordem e a unidade do sistema constitucional[313]. Além disso, tece críticas à previsão legal feita pela Lei nº. 9.868/99 acerca da restrição dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, por entender que o art. 27 é uma desnecessária intervenção legislativa a tratar de um tema que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já vinha dando soluções equilibradas[314], e que se tornou perniciosa ao proporcionar uma restrição da liberdade de ponderação até então exercida pelo Supremo Tribunal Federal ao fixar quórum qualificado de dois terços para a exceção à retroatividade *ex tunc*[315].

---

[311] BARROSO, Luís Roberto, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro,...*, p. 210.
[312] BARROSO, Luís Roberto, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro,...*, pp. 210-211.
[313] BARROSO, Luís Roberto, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro,...*, p. 210-211.
[314] São palavras suas: *a despeito da boa solução que se vinha dando ao tema, nas hipóteses extremas, pareceu bem ao legislador prover a respeito. E, assim, fez incluir no art. 27 da Lei n. 9.868/99 previsão análoga à que consta da Constituição portuguesa (art. 282.1) e da Lei Orgânica da Corte Constitucional alemã (§ 31), permitindo ao Supremo Tribunal Federal, mediante* quorum *qualificado, dar temperamento aos efeitos temporais da decisão.* Ver *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro,...*, pp. 209-210.
[315] Também são suas palavras: *No mérito, é respeitável a tese de que, por vezes, a produção de efeitos retroativos pode trazer conseqüências 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,* 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*

ANA PAULA ÁVILA compartilha dessa visão ao entender que a modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucional pressupõe a solução do confronto potencialmente existente entre a norma constitucional violada pela lei inconstitucional e a norma constitucional que protege as situações que se formaram durante e em razão da vigência da lei declarada inconstitucional, através do método da ponderação. O cabimento da modulação de efeitos e da preservação dos efeitos da lei inconstitucional, para a autora, *passa, evidentemente, pela ponderação entre as normas constitucionais que ensejam a declaração de inconstitucionalidade e as normas constitucionais que justificam a preservação dos efeitos do ato inconstitucional, situação em que o postulado da unidade da Constituição adquire a maior relevância*[316].

Do mesmo modo, a professora preocupa-se em assinalar que a aplicação do art. 27 da Lei nº. 9.868/99 de nenhum modo coloca a supremacia da Constituição como objeto a ser ponderado. Ao se modular os efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade, não se está a afastar ou a relativizar a supremacia constitucional, uma vez que a supremacia da Constituição, sendo norma estrutural do sistema constitucional, não se sujeita à ponderação e nem pode ser aplicada em graus[317]. Por esta razão, esclarece:

> *"Então, se a supremacia da Constituição não é objeto de ponderação e nem pode deixar de ser satisfeita sob pena de ruptura, quais as normas ponderáveis em face do art. 27? Esta pergunta, desde logo, delimita as possibilidade argumentativas que possam justificar a aplicação do art. 27: este somente será compatível com a Constituição quando a sua aplicação revelar o confronte entre pelo menos duas normas constitucionais, a saber: (norma X) a norma violada pela lei infraconstitucional; e (norma Y) a norma que protege as situações em*

---

terços de seus membros. Nesse caso, também caberia questionar se o legislador ordinário poderia impor condições para a ponderação de valores constitucionais. Ver *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro,...*, p. 213.

[316] ÁVILA, Ana Paula Oliveira, *A modulação de temporais pelo STF no controle de constitucionalidade,...*, p. 69.

[317] Segundo a autora, a sujeição da supremacia constitucional à ponderação de princípios importaria em ruptura do sistema constitucional e atentaria contra a lógica do Estado Democrático de Direito. Por isso, sua natureza aproxima-se mais das regras jurídicas, por serem aplicadas na *all or nothing fashion*. Só que, além de não ser princípio jurídico, a supremacia constitucional também não se enquadraria bem nas regras jurídicas. Pertence, a seu ver, ao campo das metanormas sendo então um postulado normativo que estrutura a aplicação de outras normas através da fixação de uma hierarquia e prescreve que a norma inferior não deve contrariar a norma superior. Ver *A modulação de temporais pelo STF no controle de constitucionalidade,...*, p. 66.

que se formaram por causa e durante a vigência da lei inconstitucional. Esse é o material a ponderar"[318].

Desta forma, a autora vê plena compatibilidade entre a supremacia da Constituição e a técnica de limitações de efeitos retroativos da declaração de inconstitucionalidade, pois se a flexibilização da nulidade ocorre em prol de valores ou interesses jurídicos também assegurados pela Constituição, o que se verá não é a ruptura de sua supremacia, mas sim a sua concretização. A Constituição como um todo estará a ser protegida neste caso[319]. Por seu turno, a modulação de efeitos somente poderá ser indevida (e, portanto, padecendo de inconstitucionalidade a interpretação e aplicação do art. 27 da Lei nº. 9.868/99) se a não retroatividade dos efeitos de invalidação próprios da nulidade ocorrer em atendimento a interesses que não possuam guarida na Constituição.

O pensamento de ANA PAULA ÁVILA apresenta-se mais sofisticado que dos demais autores por propor critérios para a realização da ponderação na modulação dos efeitos temporais feita pela aplicação do art. 27 da Lei nº. 9.868/99. Isto porque entende que a ponderação visa primordialmente preencher os conceitos indeterminados de razões de segurança jurídica e de excepcional interesse social a que se refere o art. 27, para então poder-se aplicá-lo. E para a construção dos significados, diz ser imprescindível (a) a identificação e quantificação dos princípios, valores, interesses, direitos e bens jurídicos atinentes à questão[320]; (b) a atribuição de peso para cada princípio envolvido; e (c) determinação da prevalência do princípio sobre os demais através da argumentação jurídica[321],

---

[318] ÁVILA, Ana Paula Oliveira, *A modulação de temporais pelo STF no controle de constitucionalidade,...*, pp. 66 -67.

[319] ÁVILA, Ana Paula Oliveira, *A modulação de temporais pelo STF no controle de constitucionalidade,...*, p. 68.

[320] A autora apresenta explicação lapidar que resume o porquê da identificação: *o processo de justificação da decisão de inconstitucionalidade com modulação dos efeitos exige que sejam fixadas, de um lado, quais as normas constitucionais violadas pela lei declarada inconstitucional e, de outro lado, quais as normas constitucionais que protegem os efeitos produzidos por essa norma durante a sua vigência".* Ver *A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade,...*, p. 95.

[321] ANA PAULA ÁVILA faz uso da classificação proposta por HUMBERTO ÁVILA que divide os argumentos em (a) institucionais (com ponto de referência no ordenamento jurídico), subdivididos em (a1) imanentes (aqueles construídos a partir da linguagem textual e contextual do ordenamento jurídico) – e (a2) transcendentes (aqueles que não partem do texto da norma), e (b) não-institucionais (pontos de vistas econômicos, políticos e éticos), subdivididos em (b1) pragmatismo e (b2) conseqüencialismo. Os argumentos institucionais imanentes, por sua vez, são separados em (a1.1) linguísticos (sintáticos e semânticos) e (a.1.2) sistemáticos (contextuais e jurisprudenciais). Já os argumentos institucionais transcendentes são separados em (a2.1) históricos (que consideram o momento da formação do texto) e (a2.2) genéticos (que consideram a finalidade do texto normativo ou *ratio legislatore*). A partir desta classificação, a autora apresenta-nos duas regras básicas de prevalência entre os argumentos utilizados para a aplicação ou não do art. 27 da Lei nº. 9.868/99: (1) uma, de natureza lógico-formal, que leva em consideração a fonte e a origem do argumento, independentemente de seu conteúdo; (2) e outra de natureza lógico-material, que leva em consideração a hierarquia entre os princípios constitucionais utilizados no processo de interpretação (p. 113). Pela regra de

afinal *a ponderação exercida à revelia de critérios formais e materiais tem pouca utilidade nesta seara*[322].

No tocante ao modo de se determinar a prevalência dos princípios envolvidos na modulação de efeitos, em suma a autora defende a prevalência lógico-formal dos argumentos institucionais sobre os argumentos pragmáticos ou conseqüencialistas[323], e a prevalência lógico-material aos princípios constitucionais que otimizam a proteção dos direitos fundamentais e o respeito à dignidade humana. Deste modo, as opções realizadas pela jurisdição constitucional ao interpretar os conceitos de segurança jurídica e excepcional interesse social devem materializar os direitos fundamentais[324]. Conseqüentemente, conclui que a interpretação conforme a Constituição do art. 27 da Lei nº. 9.868/99 impõe que a modulação de efeitos não pode ser feita em detrimento dos direitos fundamentais dos cidadãos e em prejuízo do indivíduo[325], e que a manutenção dos efeitos de uma lei declarada inconstitucional somente *está autorizada quando esses efeitos se produzirem em benefício do indivíduo*[326]. Propõe, portanto, critérios materiais para a definição de como e em que ocasiões os efeitos da decisão de inconstitucionalidade devem ser manipulados[327].

---

natureza lógico-formal, os (a) argumentos institucionais devem prevalecer sobre os (b) argumentos não-institucionais, assim como os (a1) argumentos institucionais imanentes devem prevalecer sobre os (a2) argumentos institucionais transcendentes. Caso seja mantida a divergência, deverá ser escolhido aquele que mais intensamente corresponde aos valores estabelecidos pelos princípios e que menos intensamente os contrarie. Pela regra de natureza lógico-material, deve-se atribuir maior peso ao argumento que privilegiar os princípios constitucionais de maior hierarquia, a saber, os que garantem a proteção dos direitos fundamentais e a proteção da dignidade humana. Ver *A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade*, pp. 112-134.

[322] ÁVILA, Ana Paula Oliveira, *A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade,...*, p. 92.

[323] A autora faz severas críticas ao uso dos argumentos não-institucionais, tais como o de "evitar uma enxurrada de ações" para então atribuir efeitos *ex nunc*, e o de "incentivar o legislador à produção de normas inconstitucionais" para atribuir então efeitos *ex tunc*, na aplicação da modulação de efeitos, justificando-se na constatação de que, sendo argumentos pouco ou nada objetiváveis, jamais são conclusivos e se tornam sujeitos a manipulações arbitrárias conforme os interesses em jogo. Ver *A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade,...*, pp. 119-120.

[324] ÁVILA, Ana Paula Oliveira, *A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade,...*, p. 70.

[325] ÁVILA, Ana Paula Oliveira, *A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade,...*, pp. 134.

[326] ÁVILA, Ana Paula Oliveira, *A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade,...*, p. 70.

[327] Apesar de nada dizer sobre o exercício de política judiciária na modulação de efeitos, parece-nos fora de qualquer questionamento o fato de que ANA PAULA ÁVILA rechaça tal possibilidade. Assim faz quando, por exemplo, refuta a utilização dos argumentos não-institucionais. Além disto, deixa claro que juízos políticos devem ser feitos no bojo do Poder Legislativo, ao dizer que *o resultado disso tudo é que a opção pela Constituição rígida formaliza e procedimentaliza as relações entre Política e o Direito. A política tem um relevante papel modificador e transformador do direito, mas esse papel tem um forma para ser exercido, dentro dos parâmetros constitucionais, que é o processo legislativo.* Ver *A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade,...*, p. 122. Portanto, a nosso ver é plenamente aceitável

Mais um a defender a ponderação nesses moldes é FELIPE BENEDITO VIANA em sua dissertação sobre o controle de constitucionalidade sob o ponto de vista finalístico. Sob sua ótica, o Supremo Tribunal Federal sempre realiza a modulação dos efeitos temporais focando-se nas finalidades e tomando em conta valores e estados de coisas que objetiva sejam atingidos ou preservados no exercício da jurisdição constitucional, seja preservando situações concretas já consolidas, seja convalidando parcialmente a lei inconstitucional. Por isso, aduz ser frequentemente necessário aplicar o processo de ponderação na modulação de efeitos, cotejando-se as finalidades envolvidas na declaração de inconstitucionalidade[328].

Exemplificando suas ideias, menciona a decisão proferida no julgamento da ADI 3.430/ES[329], em que o Supremo Tribunal Federal, a par de reconhecer a inconstitucionalidade de lei capixaba que permitira a contratação temporária de funcionários públicos, deixou de invalidar seus efeitos por 60 dias em virtude do então surto de gripe suína presente à época no Brasil. A seu modo de ver, assim fez através da ponderação entre diferentes finalidades: de um lado, a finalidade que inspirou a norma parâmetro usada na etapa de identificação do vício de inconstitucionalidade, e a finalidade que inspirou a adoção da nulidade como consequência sancionatória; de outro lado, a finalidade de proteção emergencial à saúde da população capixaba. No caso, ao ponderar, o Supremo optou por privilegiar a última finalidade em prejuízo das demais, ainda que temporariamente[330].

Cumpre registrar, entretanto, que FELIPE BENEDITO VIANA admite, e a nosso sentir também defende, que o método de ponderação utilizado na modulação dos efeitos temporais deve recair sobre a própria decisão de inconstitucionalidade, submetendo-a a uma análise sob o prisma teleológico[331]. A seu ver, ponderam-se as consequências oriundas da declaração de inconstitucionalidade e as finalidades constitucionais que seriam afetadas com a retroatividade *ex tunc* da invalidação dos efeitos. A lei considerada inconstitucional continua sendo contrária à Constituição quando da análise da ponderação para a

---

considerar que, neste aspecto, ANA PAULA ÁVILA e GILMAR FERREIRA MENDES concordam na ideia de que a modulação feita por ponderação não envolve juízo de política judiciária.

[328] VIANA, Felipe Benedito, *O controle de constitucionalidade finalístico,...*, pp. 160-161.

[329] STF, Tribunal Pleno, ADI 3.430/ES, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 23.10.2009.

[330] VIANA, Felipe Benedito, *O controle de constitucionalidade finalístico,...*, p. 162.

[331] No caso da ADI 3.430/ES, diz o autor que *após o reconhecimento do vício, foi analisado o efeito natural da decisão declaratória. Consideraram-se as consequências causais, decorrentes daquele efeito natural, em relação à finalidade de proteção à saúde. Sem ressalvas, a declaração da nulidade da lei, com o reconhecimento de que ela não vigorará no futuro, acarretaria causalmente uma situação severamente nociva à saúde da população daquele estaco, privando o governo de um importante instrumento para lidar com a gripe*. Ver *O controle de constitucionalidade finalístico,...*, p. 162.

modulação de efeitos, só que o parâmetro constitucional violado volta a ser apreciado pela jurisdição constitucional na ponderação com as demais finalidades.

Finalmente, o professor ELIVAL DA SILVA RAMOS também reconhece como método de efetivação da modulação dos efeitos temporais da inconstitucionalidade o manejo da ponderação entre os princípios constitucionais a postular a retirada integral da lei inconstitucional e os princípios constitucionais a proteger a permanência dos efeitos já produzidos sob a vigência da lei inconstitucional. Assim faz, por exemplo, ao apontar que nos sistemas de controle de constitucionalidade de origem norte-americana, a atenuação das conseqüências da sanção de nulidade ocorre através da técnica argumentativa da ponderação entre os princípios e regras que indicam a adoção de todos os efeitos da sanção nulificante e os princípios que militam para resguardar situações constituídas sob o pressuposto de validade da lei cuja constitucionalidade foi questionada[332].

Contudo, em dois aspectos ELIVAL DA SILVA RAMOS assume posição particular: primeiramente, entende ser equivocado afastar a supremacia da Constituição do juízo de ponderação aplicável na modulação de efeitos da inconstitucionalidade, por tê-lo como norma-princípio implícita extraída das normas explicitas concernentes ao processo de revisão da Constituição e ao sistema de fiscalização de constitucionalidade[333]. Em segundo lugar, dá a sugerir que, após o advento do art. 27 da Lei nº. 9.868/99, a ponderação de princípios ou (a) não mais seria necessária para que o Supremo Tribunal Federal possa modular os efeitos de suas decisões, ou (b) ao menos seria apenas uma das técnicas usadas para a modulação de efeitos, em concorrência com uma espécie de modulação pautada apenas na existência ou não de razões de segurança jurídica e excepcional interesse social[334].

---

[332] RAMOS, Elival da Silva, *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução,...*, p. 201.

[333] Em nota de rodapé, ELIVAL DA SILVA RAMOS tece críticas diretas justamente à visão de LUÍS ROBERTO BARROSO no sentido de que a supremacia constitucional, sendo pressuposto lógico do controle de constitucionalidade, não estaria sujeito ao juízo de ponderação. Para Elival, a supremacia constitucional não é apenas um pressuposto do controle. É também norma constitucional revestida do caráter de princípio implícito, logo, sujeita à ponderação. Ver *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*, São Paulo, Editora Saraiva, 2010, p. 201.

[334] Inferência extraída da seguinte menção: *até o advento da Lei Federal n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, o único modo de se contornar as conseqüências drásticas da invalidade absoluta do ato inconstitucional residia na ponderação de princípios, antes aludida, com a preservação de situações concretas constituídas com esteio nas normas invalidadas. O mencionado diploma legal, no entanto, nitidamente inspirado na Constituição portuguesa de 1976, contemplou a técnica da restrição temporal dos efeitos da declaração de nulidade, presente no artigo 282, n. 4, da Carta paradigma"* Ver pp. 202-203 da obra *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos.*

Independentemente da discussão quanto ao cabimento da equiparação de princípios constitucionais a finalidades, entendemos ser adequado afirmar que LUÍS ROBERTO BARROSO, ANA PAULA ÁVILA, FELIPE BENEDITO VIANA e, em certa medida, ELIVAL DA SILVA RAMOS[335] tem visões aproximadas sobre a forma como a ponderação de valores deve ser realizada pelo Supremo Tribunal Federal na modulação de efeitos, já que em todos encontramos como parâmetro a ser ponderado o próprio princípio, a finalidade ou a norma constitucional violados, de um lado, e o princípio da segurança jurídica, de outro.

Esta visão, diga-se de passagem, apresenta uma peculiaridade que não vislumbramos nas demais, ao menos não com a mesma nitidez. Ao defenderem que a ponderação na modulação de efeitos deve levar em consideração o princípio subjacente à norma constitucional violada pela lei, de alguma maneira estes autores acabam por admitir que o princípio constitucional já utilizado como parâmetro para a fiscalização da constitucionalidade da lei atacada possa ser, novamente, utilizado como parâmetro para a aferição do cabimento da modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade. Aceitam, portanto, que a jurisdição constitucional declare a inconstitucionalidade de uma lei em razão de contrariar um determinado princípio constitucional – ou uma norma constitucionalidade derivada deste princípio – e submeta este mesmo principio constitucional a uma ponderação juntamente com outros princípios conflitantes – talvez os mesmo que postulavam pela constitucionalidade da lei até então – para realizar a modulação de efeitos.

Fica a impressão de ser exatamente esta a noção que prega ANA PAULA ÁVILA quando propõe que a preservação da supremacia da Constituição deve ocorrer através de *uma análise multidirecional entre a norma legal inferior, os efeitos por ela produzidos, e as várias normas constitucionais superiores*[336], apenas para citarmos um exemplo. Ainda que não tenha intencional ou expressamente se manifestado neste sentido, pensamos que esta consideração feita pela autora deixa claro que o mesmo raciocínio usado na

---

[335] Dizemos em certa medida porque ELIVAL DA SILVA RAMOS, ao se referir à ponderação de princípios operada no ato de excepcionar os efeitos da nulidade da lei inconstitucional, não se refere explicitamente a uma colisão entre o princípio constitucional que respalda a norma constitucional violada e o princípio da segurança jurídica. Antes, diz que a ponderação recai sobre os princípios que indicam a implementação de todas as conseqüências da sanção de nulidade e os princípios constitucionais que militam para o resguardo das relações jurídicas firmadas sob a aparente constitucionalidade da lei. Todavia, considerando que em geral os princípios que apontam para a retroatividade *ex tunc* da lei inconstitucional são os que respaldam a norma constitucional parâmetro, considerando que os princípios a militam pela permanência de situações fáticas dizem respeito ao princípio da segurança jurídica, e considerando que ELIVAL DA SILVA RAMOS não fala em ponderação de um princípio da nulidade da lei inconstitucional, entendemos por bem colocar sua posição neste tópico, ao lado dos demais autores já citados.

[336] ÁVILA, Ana Paula, *A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade,...*, p. 70

ponderação de princípios para se modular ou não os efeitos da inconstitucionalidade pode ser utilizado na averiguação da própria constitucionalidade do preceito legal inferior[337].

Enfim, vemos aqui a admissão de uma dupla análise da mesma norma constitucional no exercício do controle de constitucionalidade, que pode ser direta, caso a declaração de inconstitucionalidade tenha por fundamento a violação do princípio constitucional a ser ponderado na modulação de efeitos, ou indireta, caso a lei tenha sido declarada inconstitucional por contrariar norma constitucional sufragada em um princípio constitucional a ser submetido à ponderação para a realização da modulação dos efeitos temporais. Além disto, vemos também a aceitação de que, neste duplo juízo, a jurisdição constitucional considere um mesmo parâmetro constitucional forte o bastante para macular a lei que lhe é contrária, tornando-a inconstitucional, mas não tanto para fazer com que seus efeitos seja apagados retroativamente do sistema jurídico. Entretanto, como e porque isto deve ser feito não são esclarecidos.

3.2.5. Princípio da conservação do Estado *versus* princípios de direitos fundamentais do indivíduo e do contribuinte

As três principais correntes a defender o uso da ponderação de princípios na modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade foram mencionadas linhas acima. Podemos afirmar com certa tranqüilidade que a doutrina brasileira majoritária e a jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal posicionam-se por uma destas três concepções, ainda mais porque, com a edição do art. 27 da Lei nº. 9.868/99, a presença de razões de segurança jurídica tornou-se requisito obrigatório para a realização da modulação de efeitos pela jurisdição constitucional brasileira.

Contudo, é possível verificar pelo menos mais uma vertente entre aquelas que vêem na ponderação a solução a ser adotada na modulação de efeitos. Trata-se da linha de pensamento a defender que a modulação dos efeitos temporais deve ser realizada através da ponderação entre o interesse de subsistência do Estado e os direitos fundamentais dos indivíduos e, especialmente, dos contribuintes. Como se pode notar, cuida-se de orientação específica à modulação de efeitos em matéria fiscais. Em geral, somente nas

[337] Temos dúvidas se ANA PAULA ÁVILA, com esta perspectiva, não acaba por unir a um só juízo a apreciação da inconstitucionalidade da lei e a fixação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, como se vício e sanção pudessem ou devessem ser apreciados simultaneamente. De toda sorte, é certo que ao menos a repetição de análise parece ser aceita pela autora.

declarações de inconstitucionalidade de leis tributárias é que se pode vislumbrar uma colisão entre os direitos constitucionais do contribuinte e o interesse do Estado em não ter suas finanças afetadas a ponto de prejudicar o funcionamento dos serviços públicos essenciais. De toda maneira, apesar da especificidade dessa corrente, pensamos ser útil expô-la aqui.

Um de seus defensores é CARLOS FLÁVIO VENÂNCIO MARGÍLIO. Ao dissertar sobre a modulação de efeitos em matéria tributária, defende que a atribuição de efeitos *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade deve ser feita com maiores cuidados nesta seara, *pois há de entrar no processo de ponderação os direitos fundamentais dos contribuintes e a própria continuidade e sobrevivência do Estado, que é custeado, primordialmente, por meio da instituição e arrecadação de tributos*[338]. Segundo seu raciocínio, de um lado estão os princípios constitucionais subjacentes aos direitos fundamentais dos contribuintes a ensejar a retroatividade integral da invalidação dos efeitos produzidos pela lei inconstitucional, ocasionando o surgimento do direito de repetição de indébito das quantias recolhidas aos cofres públicos com base na lei viciada. De outro lado, está o princípio da continuidade e sobrevivência da pessoa jurídica de direito público tributante, a postular a permanência de, no mínimo, os valores já recolhidos a titulo de tributo posteriormente declarado inconstitucional, a fim de que o Estado não seja compelido a deixar de realizar suas funções constitucionais por ausência de recursos financeiros suficientes. A ponderação, portanto, deve acarretar o sopesamento destes princípios no caso concreto, do qual se poderá concluir pela modulação de efeitos tanto em casos desfavoráveis aos interesses da Fazenda Pública como nos que for contrária aos interesses dos contribuintes.

Nesta mesma linha podemos inserir o pensamento de FÁBIO MARTINS DE ANDRADE acerca do cabimento dos argumentos conseqüencialistas na modulação de efeitos a ser realizada pelo Supremo Tribunal Federal, pelas seguintes razões. Primeiramente, admite que a jurisdição constitucional pode levar em conta na modulação dos efeitos temporais o argumento pragmático ou conseqüencialista[339], inclusive o de cunho eco-

---

[338] MARGÍLIO, Carlos Flávio Venâncio, *Possibilidade de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em direito tributário*, Revista Tributária e de Finanças Públicas nº. 87, jul-ago/2009, p. 74.

[339] Podendo ser tratados como sinônimos apesar de algumas possíveis distinções entre conseqüencialismo e pragmatismo, são entendidos como aqueles que buscam convencer por razões de custo-benefício e em virtude das conseqüências a serem produzidas com esta o aquela tomada de decisão. A decisão judicial, neste contexto, é fundamentada por meio da demonstração da adoção das melhores conseqüências gerais, depois de todas elas terem sido consideradas e sopesadas. Ver *Modulação em matéria tributária: o argumento pragmático ou conseqüencialista de cunho econômico e as decisões do STF*, São Paulo, Editora Quartier Latin, 2011, pp. 75 e 78.

nômico em matéria tributária, desde que não sejam exclusivos ou prevalecentes[340], e sejam reconduzidos aos princípios, regras e valores com estatura constitucional[341]. Para isso, entende que a seguinte regra deve ser observada: *tendo em vista que na modulação de efeitos da decisão judicial consideram-se as suas conseqüências, elas somente serão válidas se forem reconduzidas aos enunciados normativos previstos na Constituição. Dentre as conseqüências válidas em jogo, prevalece aquela de maior valor axiológico ou que concretiza o texto na maior medida*[342].

Segundo o autor, ao serem vinculados a princípios constitucionais, os argumentos conseqüencialistas adentram ao plano constitucional e, por causa disto, passam a ser objeto de sopesamento com demais que estejam em jogo no debate quanto a uma possível modulação de efeitos, devendo-se prevalecer aqueles de maior valor axiológico ou aqueles que concretizam na maior medida possível o texto constitucional[343]. Assim, arremata FÁBIO MARTINS ANDRADE: *neste cenário, os elevados princípios e regras que sustentam o Estado Democrático de Direito* [leia-se: direitos fundamentais dos cidadãos e os contribuintes] *usualmente se sobrepõem aos demais princípios e regras também previstos na Constituição, que cuidam da organização dos poderes, seus orçamentos, suas políticas públicas, enfim, os seus interesses meramente arrecadatórios, dentre outros*[344].

Portanto, à semelhança de CARLOS FLÁVIO VENÂNCIO MARGÍLIO, podemos afirmar que FÁBIO MARTINS DE ANDRADE vê que a modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade deve envolver, em última análise, uma ponderação entre os princípios de direitos fundamentais do indivíduo e os princípios constitucionais que apontam para a manutenção da organização e funcionamento da União, dos Estados-Membros, do Distrito Federal e dos Municípios, notadamente em se tratando de maté-

---

[340] ANDRADE, Fábio Martins, *Modulação em matéria tributária: o argumento pragmático ou conseqüencialista de cunho econômico e as decisões do STF,...*, p. 37.

[341] Por isso, coerentemente o autor não admite que a modulação de efeitos de uma decisão de inconstitucionalidade seja legitimamente realizada pelo Supremo Tribunal Federal tendo como fundamento explícito ou implícito o argumento pragmático ou conseqüencialista de cunho econômico em matéria tributária relacionado ao "rombo" ou "prejuízo" eventualmente ocasionado pela decisão aos cofres públicos, caso seja no sentido contrário aos interesses da Fazenda Nacional. Daí porque conclui: *modular efeitos para minimizar perdas financeiras do Estado equivale a reduzir esta Corte Constitucional ao papel de curadora de um Estado que se tem por incapaz*. Ver *Modulação em matéria tributária: o argumento pragmático ou conseqüencialista de cunho econômico e as decisões do STF,...*, pp. 374-375.

[342] ANDRADE, Fábio Martins, *Modulação em matéria tributária: o argumento pragmático ou conseqüencialista de cunho econômico e as decisões do STF,...*, p. 377.

[343] ANDRADE, Fábio Martins, *Modulação em matéria tributária: o argumento pragmático ou conseqüencialista de cunho econômico e as decisões do STF,...*, pp. 378-379.

[344] ANDRADE, Fábio Martins, *Modulação em matéria tributária: o argumento pragmático ou conseqüencialista de cunho econômico e as decisões do STF,...*, p. 381.

ria tributária. Divergem, por seu turno, quanto à aceitação ou não da modulação de efeitos em detrimento dos contribuintes e de seus direitos fundamentais, na medida em que CARLOS FLÁVIO VENÂNCIO MARGÍLIO não defende uma preferência *a priori* de nenhum dos princípios envolvidos.

Contudo, entendemos que esta corrente não apenas é a minoritária como também se mostra a com menor sustentação, ao menos no tocante ao modo de enxergarem a ponderação de princípios supostamente envolvida na modulação de efeitos. Existem três razões que, no mínimo, podem ser citadas. A primeira diz respeito à fragilidade em se sustentar a existência de um princípio da conservação do Estado na Constituição da República Federativa do Brasil. Parece-nos bastante difícil extrair racionalmente do texto constitucional brasileiro uma norma jurídica de cunho principiológico que busque otimizar a conservação dos entes federativos ou que aponte como estado ideal de coisas a permanência do Estado que já existe[345].

A segunda objeção a ser feita à corrente diz respeito à possibilidade lógica de se submeter à ponderação o princípio da conservação do Estado. Partindo-se do pressuposto de que existe uma norma constitucional principiológica neste sentido, é de causar estranheza admitir que este princípio possa ser afastado mesmo que pontualmente em casos concretos. Valendo-nos de um raciocínio semelhante ao desenvolvido por LUÍS ROBERTO BARROSO quanto à impossibilidade lógica de se ponderar a supremacia da Constituição, podemos indagar: se realmente uma decisão de inconstitucionalidade puder causar prejuízos financeiros tais a ponto de afetar a conservação do Estado, como a jurisdição constitucional poderia deixar de modular seus efeitos invalidantes retroativos? Admitindo que seja, de fato, concretamente possível que a preservação do Estado seja afetada por uma declaração de inconstitucionalidade (o que é, em si, altamente discutível), pensamos ser logicamente insustentável aceitar que se possa optar por privilegiar qualquer outro princípio em prejuízo da manutenção do Estado, sem o qual em última instância não há que se falar nem ao menos em ordenamento jurídico. Se a supremacia da Constituição é origem do controle de constitucionalidade, o Estado é de todo o sistema jurídico, razão pela qual nada justificaria um eventual desprestígio deste princípio numa ponderação.

[345] Não estamos aqui a nos referir à proibição de secessão prevista no art. 1º da Constituição Federal do Brasil. O significado dado pelos autores à conservação do Estado não se relaciona ao modelo federalista adotado, referindo-se somente a ideia de que as pessoas jurídicas de direito público detentoras de competência tributária não devem ser ver compelida ao pagamento de dívidas ou de quaisquer outros valores em montante tal de modo a comprometer o funcionamento básico das instituições públicas.

A terceira crítica que pode ser feita diz respeito aos requisitos necessários para a ponderação de princípios proposta pelos autos. Admitindo-se que existe um princípio da conservação do Estado, e aceitando-se que este pode ser ponderado com outros princípios e eventualmente afastado em determinados casos, ainda assim a modulação de efeitos não poderá ser feita sem que o grau de prejuízo aos cofres públicos e suas repercussões financeiras na concretização de direitos socais sejam efetivamente demonstrados em juízo. Já que se parte do pressuposto que o princípio da conservação do Estado existe e pode ser afetado com a não modulação de efeitos, nada mais correto do que se afirmar que a ponderação não poderia se pautar em suposições abstratas ou ilações perspectivas, mas sim em demonstrativos cabais das repercussões drásticas a serem produzidas com a atribuição do efeito *ex tunc* à declaração de inconstitucionalidade.

3.2.6. Princípios cuja colisão deve ser identificada pela jurisdição constitucional caso a caso

A solução com ponderação para a modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade foi apresentada acima subdivida em quatro vertentes que consideramos serem as de considerável destaque na doutrina constitucional brasileira. Todas têm em comum o fato de que seus defensores não abrem mão da ponderação de valores, interesses e princípios como o método capaz de assegurar à jurisdição constitucional a instrumentalidade necessária para realizar – sobretudo justificar e fundamentar – a adoção da medida excepcional de se restringir os efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade. Quanto a suas divergências, num primeiro momento restringem-se à identificação dos princípios a serem sopesados, sendo quase sempre constante a presença do princípio da segurança jurídica.

Contudo, numa análise mais detida, percebe-se que as três principais correntes apresentam princípios constitucionais análogos a serem submetidos à ponderação. Se não se pode dizer que a nulidade da lei inconstitucional e a supremacia da Constituição confundem-se reciprocamente, não há como negar que se trata de noções que geralmente andam juntas e por vezes são vistas como decorrência lógica uma da outra. Do mesmo modo, se considerarmos que a supremacia da Constituição está necessariamente prevista em norma constitucional - ainda que não textualmente escrita – no sistema jurídico brasileiro e que é também violada quando se edita uma lei inconstitucional, temos de con-

cluir que a corrente defendida por LUÍS ROBERTO BARROSO e outros só se diferencia da segunda corrente por uma questão de número, não de essência[346].

Por outro turno, ao mesmo tempo em que alguns doutrinadores defendem o uso da proporcionalidade como método a ser utilizado na ponderação de princípios, não se vê neles uma esperada sintonia capaz de nortear como, de fato, este complexo processo de resolução de conflitos normativos e de aplicação do direito deve ser feito nas decisões de inconstitucionalidade com modulação dos efeitos temporais. Assim também no tocante aos critérios materiais que supostamente orientam a ponderação de princípios, pois divergem quanto ao cabimento ou não da modulação de efeitos em benefício do Poder Público e em prejuízo do cidadão. Uns não fazem qualquer ressalva, outros tendem a vê-la com maior cuidado que a feita em benefício do indivíduo, remanescendo ainda a posição de ANA PAULA ÁVILA no sentido de ver constitucionalmente vedada tal possibilidade.

Por causa disto, há quem defenda que a fixação de critérios para a ponderação de princípios em sede de modulação de efeitos no sistema brasileiro compete exclusivamente ao alvitre do Supremo Tribunal Federal, em razão de não existirem parâmetros constitucional ou legalmente pré-fixados. Nesta vertente de pensamento estão SORAYA LUNARDI e DIMITRI DIMOULIS, para quem a concretização das cláusulas abstratas "segurança jurídica" e "interesse social" deve ser feita mediante a ponderação entre os princípios conflitantes para decidir se cabe a modulação de efeitos. Mesmo assim, fazem o registro:

> *"Como será feito esse juízo de ponderação? Aplicando as regras de adequação, necessidade e proporcionalidade* stricto sensu *como dizem alguns autores? Ou através de um juízo intuitivo com base em considerações de 'justiça', como afirmam outros autores? Nem a Constituição nem a lei preveem algo a esse respeito. Assim sendo, o STF deve realizar a ponderação, conforme seu entendimento, decidindo sobre a conveniência e intensidade da modulação em cada caso"*[347].

---

[346] Enquanto segunda corrente defende apenas um princípio constitucional (a supremacia da Constituição) a ser ponderado com a segurança jurídica, a terceira o engloba e abre leque para que outras normas constitucionais violadas com a lei inconstitucional também sejam sopesadas.

[347] DIMOULIS, Dimitri, e LUNARDI, Soraya, *Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*, Editora Atlas, 2011, p. 200.

Pensamos que não se trata propriamente de mais um desdobramento das concepções que veem a ponderação a solução para a modulação de efeitos. Cuida-se, em verdade, de uma crítica feita às demais correntes a partir da constatação de que não existem critérios pré-estabelecidos no sistema jurídico brasileiro para nortear a realização da ponderação de princípios. Sendo assim, por mais que doutrinariamente se defenda este ou aquele método, a conclusão é a de que a ponderação de princípios será realizada nos moldes em que bem entender o órgão judicial competente para realizar o controle de constitucionalidade, definida caso a caso. Nada menos, nada mais.

Logo, sem abrir mão de defender que a modulação de efeitos chama por uma solução com ponderação, fato é que SORAYA LUNARDI e DIMITRI DIMOULIS parecem ver a questão com uma boa dose de ceticismo. Porém, se não têm o mérito de buscar racionalizar a ponderação na modulação de efeitos, talvez tenha a virtude de escancarar a fragilidade destas concepções: a dificuldade que têm em convencer que a modulação de efeitos pode ser feita através da ponderação de princípios sem que isto implique um exercício de conveniência e oportunidade típico de um juízo político. Mais adiante retomaremos esta questão no capítulo das críticas à modulação.

3.3. SOLUÇÃO COM SUBSUNÇÃO

3.3.1. Noções sobre subsunção

Subsumir é ato de inserir alguma coisa em algo maior, mais amplo, do qual seria parte ou componente. Também pode visto como ato de tomar o lugar de algo. Outro significado possível é vê-lo como ato de considerar alguma coisa como sendo a aplicação particular de algo geral. Por assim se ver, entende-se por subsunção a inserção de um objeto a um conceito, por guardar com este uma relação de gênero e espécie, de particularidade e generalidade. Neste aspecto, subsumir aproxima-se de um dos conceitos cabíveis ao verbo “enquadrar”, a saber, o de ter como incluir como parte integrante de algo.

Juridicamente, o significado atribuído à subsunção não dista muito do sentido dado pela língua portuguesa em geral. Firmando-se na ideia básica de que subsumir é colocar algo em um contexto maior, pode-se dizer que o significado mais elementar no âmbito do Direito para o ato de subsumir é o de constatar que determinado fato correspon-

de a uma norma jurídica[348]. Sendo um pouco mais específico, subsumir é o ato de verificar que um evento ocorrido no mundo fenomênico guarda relação de identidade com a descrição abstrata de um fato na hipótese de uma norma jurídica, atribuindo-se assim a qualidade de ser fato jurídico ao então mero evento concreto. Subsumir e enquadrar, até aqui, são verbos sinônimos em termos jurídicos.

Contudo, é possível perceber que a Ciência do Direito tem atribuído ao conceito de subsunção jurídica um significado mais amplo do que ser um simples ato de enquadramento de fatos às normas jurídicas feito pelo intérprete ou pelo julgador. Observa-se que a expressão "subsunção" costuma ser utilizada para se referir à própria aplicação do direito pelo julgador[349] e que, neste sentido amplificado, acaba se identificando com o conceito de silogismo jurídico[350]. O ato de enquadrar determinado fato concreto à descrição fática abstrata prevista no antecedente de uma ou mais normas jurídicas, assim, relevase ser apenas uma das etapas indispensáveis da subsunção jurídica.

Deste modo, por subsunção jurídica pode-se entender a técnica de aplicação do direito através da qual o julgador deve estabelecer a premissa-maior consistente na norma jurídica aplicável, identificar a premissa-menor consistente no caso concreto colocado em exame, e impor aos agentes envolvidos o resultado oriundo da conclusão logicamente obtida no relacionamento das duas premissas anteriores[351]. Cuida-se, em suma, de técnica de aplicação realizada a partir de um *método de encaixe* entre conceitos feito

---

[348] DIMOULIS, Dimitri, *Manual de introdução ao estudo do direito*,..., p. 125.

[349] CARLOS MAXIMILIANO bem demonstra isto ao afirmar que *a aplicação do Direito consiste no enquadrar um caso concreto em a norma jurídica adequada*, de modo a submeter às prescrições da lei uma relação da vida real. Nesta perspectiva, há entre o ato de subsumir e o ato de aplicar a norma jurídica uma evidente relação de identidade. Ver *Hermenêutica e aplicação do direito*, 18ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 1998, p. 6.

[350] DIMITRI DIMOULIS mantém a distinção entre silogismo e subsunção, por vê-las numa relação de todo e parte. Para ele, a subsunção consiste na leitura dos fatos reais à luz do Direito, através da qual se permite saber se uma norma jurídica abstrata é aplicável a certa situação ou pessoa. Não é por outro motivo que afirma que *para determinar as consequências jurídicas, o operador do direito deve inicialmente buscar a norma que poderia ser aplicada. Depois de tê-la encontrado, subsumirá (ou não) o fato real a essa norma, decidindo quais consequências jurídicas dele decorrem. Após a realização da subsunção, o operador jurídico deve tirar uma conclusão a partir da norma jurídica e da proposição de fato*. Ver *Manual de introdução ao estudo do direito*,..., pp. 125-126.

[351] A estrutura lógica a ser trilhada para a subsunção jurídica é, por assim se ver, típica expressão do silogismo, assim entendido como *a forma de argumentação dedutiva, pela qual de um antecedente (duas premissas), relacionando dois termos (extremos) e um terceiro (médio), tiramos um consequente (conclusão) que une esses dois termos (extremos) entre si*. Ver ALAÔR CAFFÉ ALVES *in Lógica: pensamento formal e argumentação*, 3ª ed., São Paulo, Editora Quartier Latin, 2003, p. 264. Com isto concordam LUÍS ROBERTO BARROSO e ANA PAULA DE BARCELOS, para quem a subsunção é método de aplicação do direito desenvolvido justamente através do raciocínio silogístico, no qual a premissa maior, a norma, incide sobre a premissa menor, os fatos, produzindo um resultado, fruto da aplicação da norma ao caso concreto. Ver *O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*,..., pp. 285-286.

através do silogismo (premissa-maior, premissa- menor, conclusão)[352], e figurativamente pode ser considerada como *um quadro geométrico, com três cores distintas e nítidas*[353], conforme nos conta LUÍS ROBERTO BARROSO. Aliás, no mesmo sentido define ELIVAL DA SILVA RAMOS:

> *"a subsunção em si constitui uma operação lógica inerente a todo e qualquer procedimento de aplicação de normas jurídicas, com a nota de que pressupõe a fixação inicial de um sentido provisório para a proposição prescritiva que serve como premissa maior, já tendo em vista as aplicações concretas que a partir dela se anteveem, bem como um manejar subsequente dos dados fáticos (premissa menor), tanto em termos de comprovação de sua existência, quanto em termos de seu enquadramento preliminar na classe de fatos descrita em abstrato no tipo legal, concluindo-se com a elaboração da norma de decisão que encerra o procedimento subsuntivo"*[354].

No entanto, apesar do rigoroso esquema lógico presente na subsunção, existe espaço para uma margem criativa do aplicador. Inicialmente, a realização da subsunção pressupõe a interpretação das normas jurídicas que dizem respeito ao caso concreto para se definir seu exato conteúdo, seus destinatários, suas condições de aplicação e eventuais conflitos entre as normas em vigor[355], de maneira a estabelecer a premissa maior. A subsunção exige que a premissa maior seja construída, pois, ao contrário do que se pode imaginar, não é pode ser considerada um dado pronto e acabado[356]. Além disto, a subsunção pressupõe a investigação da realidade, em cuja fase existe grande margem de liberdade ao aplicador jurídico para estabelecer os fatos e alegações que constituirão a premissa menor do silogismo, notadamente nos sistemas que, como o brasileiro, adota o livre convencimento motivado[357].

---

[352] MENKE, Fabiano, *A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos*, Revista de Direito do Consumidor nº. 50, abr-jun/2004.
[353] BARROSO, Luís Roberto, *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo,...*, 2011. p. 358.
[354] RAMOS, Elival da Silva, *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos,...*, pp. 65-66.
[355] DIMOULIS, Dimitri, *Manual de introdução ao estudo do direito,...*, p. 127.
[356] FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação,...*, p. 317.
[357] DIMOULIS, Dimitri, *Manual de introdução ao estudo do direito,...*, pp.. 128-130.

Por estas razões, a subsunção não pode ser reduzida a um método de aplicação mecânica e automática das normas jurídicas[358]. A propósito, a chamada "subsunção mecânica" ou "subsunção automática" é apenas e tão-somente uma modalidade da subsunção, típica da teoria de interpretação defendida pela Escola da Exegese francesa do século XIX[359], em que predomina o método gramatical para a interpretação da lei, de modo a limitar a liberdade do juiz à mera aplicação dos enunciados normativos literalmente considerados, reduzindo-a extremamente[360]. Contudo, hoje a concepção de que a subsunção é mecânica pode ser considerada superada mesmo nas correntes que se mantiveram no positivismo[361], o que reforça a afirmação de que o método subsuntivo de aplicação não é necessariamente sinônimo de engessamento interpretativo ou de proibição à criatividade do juiz, sendo antes considerado uma atividade simultaneamente cognitiva e criativa[362].

Seja como for, uma das marcas características da subsunção apresentadas pela doutrina constitucionalista é a de que, caso mais de uma norma seja passível de aplicação sobre os mesmos fatos, será necessário que se eleja uma única como premissa maior, descartando-se as demais[363]. Por isso, caso na construção da premissa-maior o in-

---

[358] Não se deve concordar com LUÍS ROBERTO BARROSO e ANA PAULA DE BARCELOS quando afirmam que, na subsunção, *"o papel do juiz consiste em revelar a vontade da norma, desempenhado uma atividade de mero conhecimento, sem envolver qualquer parcela de criação do direito para o caso concreto"*. Ver *O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro,...*, p. 274. Se é certo que na ponderação a margem criativa do aplicador é vista com maior amplitude, não se deve destacá-la por inteiro na subsunção, sob pena de se reduzir demasiadamente o próprio conceito de subsunção jurídica.

[359] Informa ELIVAL DA SILVA RAMOS que a Escola da Exegese aflorou-se no contexto do pós-Revolução Francesa, em que prevalecia o ideal de que a lei é objetivamente a expressão da vontade popular emanada pelo Parlamento. Sob este fundamento, o modelo de separação de poderes era nitidamente legicêntrico, cabendo ao Poder Judiciário aplicar a lei de um modo mais neutro possível em relação às opções políticas feitas pelo legislador, e que deveriam ser aplicadas cega e mecanicamente pelo juiz. Consequentemente, não deve causar surpresa o fato de a teoria da interpretação desenvolvida pela Escola da Exegese situar o texto da norma jurídica em primeiro plano e relegar ao aplicador da lei um espaço mínimo de movimentação, mesmo nas situações que poderiam ensejar um exercício maior de criatividade. A subsunção mecânica e automática, portanto, é resultado de um complexo contexto político-jurídico do século XIX na França. Ver *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos,...*, pp. 67-71.

[360] RAMOS, Elival da Silva, *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos,...*, p. 69.

[361] Segundo afirma ELIVAL DA SILVA RAMOS, HANS KELSEN, o jurista que melhor simboliza o positivismo jurídico, foi um dos que teceu severas críticas à subsunção automática pregada pela Escola da Exegese, chamada por ele de "teoria tradicional" em seu *Teoria pura do direito*, ao defender que a criatividade é inerente ao processo de interpretação da norma jurídica, apesar de não inseri-la na dogmática. Por isso, conclui: *no estágio alcançado pela Teoria da Interpretação, restam completamente superadas, quer a postura do positivismo jurídico do século XIX, que via no interpretar um mero ato de conhecimento de um dado pronto e acabado, quer a proposta teorética de Kelsen, que reconhecia ser a criatividade inerente ao processo de exegese-aplicação, porém a dissociava dos elementos cognitivos nele necessariamente existentes, de modo a restringir o interesse da Dogmática apenas a esse segundo aspecto*. Ver *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos,...*, p. 71 e 82.

[362] RAMOS, Elival da Silva, *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos,...*, p. 83.

[363] BARCELOS, Ana Paula de, e BARROSO, Luís Roberto, *O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro,...*, pp. 285-286.

térprete identifique um conflito entre normas jurídicas potencialmente aplicáveis ao caso concreto, a fixação do significado da norma jurídica prevalecente deve ser feita através do uso dos critérios hierárquico (*lex superior derogat inferiori*), de especialidade (*lex specialis derogat generalis*), cronológico (*lex posterior derogat priori*)[364], pelos quais ou a norma jurídica aplicável reveste-se de excepcionalidade em face da norma ainda válida mas com ela conflitante, ou a norma jurídica aplicável é considerada revogadora da que foi afastada.

Não é por outro motivo que a subsunção é tradicionalmente vinculada ao método de aplicação de regras jurídicas, sob a lógica do tudo-ou-nada (*all-or-nothing*). Isto porque, pelo modo do tudo-ou-nada tal qual preconizado por RONALD DWORKIN, as regras jurídicas são vistas como normas cujas premissas ou são diretamente preenchidas ou não são, sendo que eventual contradição existente entre elas deve ser solucionada ou pela introdução de uma exceção à regra, eliminando-se a colisão, ou pela decretação de invalidade de uma das regras envolvidas, excluindo-a do sistema jurídico[365]. Em suma, presentes os pressupostos fáticos, ou a regra é aplicada ao caso, ou é afastada da sua solução mediante a inserção de uma cláusula de exceção em razão de existir outra mais específica[366], ou mediante a declaração de sua invalidade[367].

Eis aqui a diferença perceptível entre a subsunção jurídica e a ponderação. Se de um lado podem ambas ser consideradas técnicas de aplicação do direito[368], de outro lado são distintas porque diferente é a solução de conflitos normativos em cada uma delas. Na subsunção, obtém-se a norma jurídica a ser aplicada ao caso concreto através da criação de uma regra de exceção (critério de especialidade) ou do reconhecimento da invalidade (critério hierárquico) ou da revogação (critério cronológico) da norma jurídica potencialmente também aplicável aos fatos em julgamento. Na ponderação, obtém-se a norma jurídica a ser aplicada ao caso concreto através do sopesamento dos princípios, valores

---

[364] A estes critérios TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR ainda acrescenta a regra *lex favorabilis derogat odiosa*, não obstante reconheça seu atual desuso. Ver *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação,...*, p. 211.

[365] ÁVILA, Humberto, *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos,...*, p. 38.

[366] SARMENTO, Daniel, *A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade,...*, p. 39.

[367] BARCELOS, Ana Paula de, e BARROSO, Luís Roberto, *O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro,...*, p. 284.

[368] É o que se depreende, por exemplo, da análise feita por HUMBERTO ÁVILA acerca do "neoconstitucionalismo", ao expor que uma de suas características é a argumentação de que a subsunção deve ceder lugar à ponderação como fundamento metodológico e como critério geral de aplicação do ordenamento jurídico. Nesse caso, a ponderação é tida como método de aplicação do direito capaz de autorizar a prevalência de princípios constitucionais sobre as regras infra e constitucionais, as quais podem ser deixadas de lado pelo julgador caso entenda que, embora compatíveis com a Constituição, não são o melhor meio para otimizar os princípios constitucionais. Ver *"Neoconstitucionalismo": entre a "Ciência do Direito" e o "Direito da Ciência",...*, pp. 7-10.

e interesses envolvidos na solução na questão fática, elegendo-se um ou mais em detrimento dos pretéritos, sem que estes sejam considerados excepcionais, inválidos ou revogados.

Ademais, em ambas é admitido o uso de outros métodos de hermenêutica que não apenas o literal e histórico. Só que na subunção, a fixação do conteúdo da norma jurídica está submetida a critérios no mais das vezes previstos no próprio ordenamento jurídico, do que é exemplo a Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro (Decreto-Lei nº. 4.657/1942), enquanto que na ponderação, o estabelecimento de qual norma jurídica é a aplicável ao caso – e em que termos – não encontra parâmetros consolidados nem na própria doutrina constitucionalista, importando assim em um grau de imprevisibilidade e subjetividade superior ao que se vê na subsunção. Segundo ELIVAL DA SILVA RAMOS, aliás, no contexto de um moralismo jurídico como o pregado por Dworkin e Alexy, com a ponderação *aos poucos se vai minando a força imperativa do texto que se interpreta e aplica, fazendo com que, nas palavras de Gaetano Azzariti, não mais subsista uma interpretação da Constituição e sim uma Constituição do intérprete*[369].

Portanto, temos para nós que a subsunção jurídica pode ser entendida como a técnica de aplicação do direito precipuamente pautada na lógica do tudo-ou-nada, mediante a qual o intérprete vale-se dos critérios pré-estabelecidos da hierárquica, cronologia e especialidade para o estabelecimento da norma jurídica aplicável ao caso concreto. Por sua vez, ponderação pode ser entendida como a técnica de aplicação do direito essencialmente pautada na lógica do mais-ou-menos, através da qual o intérprete vale-se do sopesamento de princípios, valores e interesses potencialmente incidentes e conflitantes para, atribuindo pesos a eles caso a caso, estabelecer a norma jurídica aplicável ao caso concreto. Além disto, considerando que a subsunção é o método típico e padrão de aplicação do direito, não é demasiado concluir que a subsunção será o método necessariamente utilizado nos casos em que o julgador não fizer uso da ponderação, tampouco de um juízo político de conveniência e oportunidade.

É certo que há controvérsias quanto a se subsunção e ponderação podem ser separadas de forma radical, como se absolutamente uma técnica de aplicação de direito não detivesse nenhum elemento congruente com a outra[370]. Contudo, temos que os

---

[369] RAMOS, Elival da Silva, *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos,...*, pp. 92-93.

[370] Talvez o principal crítico da distinção rígida entre subsunção e ponderação seja HUMBERTO ÁVILA. Ao questionar as fórmulas de distinção entre princípios e regras defendidos pelas teorias de Ronald Dworkin e Robert Alexy, o autor critica a tese de que somente os princípios são aplicados através da ponderação, afirmando que *a decisão a respeito da incidência de regras depende da avaliação das razões que sustentam*

conceitos adotados bem indicam distinções que, se não são estanques, podem ser consideradas suficientes para separá-las, notadamente em se tratando de soluções possíveis para a modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade. Conforme será exposto a seguir, existem métodos de realização de modulação de efeitos que não se valem nem da ponderação nem de uma escolha política, o que nos leva a necessária conclusão de que se trata de soluções por subsunção.

Antes, porém, devemos registrar uma constatação. Quer seja através da ponderação de princípios, quer seja mediante a subsunção de regra de exceção, o princípio da segurança jurídica constantemente está em cena quando se trata de analisar o cabimento da modulação dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade nos sistemas constitucionais cuja sanção à inconstitucionalidade é a invalidação retroativa *ex tunc*. A diferença é que, nas soluções com ponderação, o significado, alcance e peso do princípio da segurança jurídica é fixado caso a caso, de acordo com parâmetros fixados e simultaneamente aplicados pela jurisdição constitucional. Já nas soluções com subsunção, ou o significado e alcance do princípio da segurança jurídica é previamente traçado pelo legislador constitucional ou infraconstitucional, ou é definido pela jurisprudência constitucional através da interpretação jurídica sob fundamentos que pouco dependem das peculiaridades do caso concreto.

3.3.2. Superação de jurisprudência pacificada (*prospective overruling*)

Já tivemos a oportunidade de salientar que, ao longo do século XX, os principais sistemas de controle de constitucionalidade experimentaram atenuações em seus respectivos regimes sancionatórios à inconstitucionalidade. Tanto em sistemas que adotam como padrão a invalidação com alcance retroativo integral quanto nos que adotam a inva-

---

e daquelas que afastam a inclusão do conceito do fato no conceito previsto na regra. Se, ao final, pode-se afirmar que a decisão é de mera subsunção de conceitos, não se pode negar que o processo mediante o qual esses conceitos foram preparados para o encaixe final é da ordem da ponderação de razões. A distinção entre a aplicação de regras e a aplicação de princípios estaria no grau de contribuição institucional que o aplicador tem na determinação concreta da relação entre regra/exceção e entre princípios, e também no maior ou menor espaço de apreciação dado a ele. Consequentemente, conclui que *a atividade de ponderação de razões não é privativa da aplicação dos princípios, mas é qualidade geral de qualquer aplicação de normas. Não é correto, pois, afirmar que os princípios, em contraposição às regras, são carecedores de ponderação. A ponderação diz respeito tanto aos princípios quanto às regras, na medida em que qualquer norma possui um caráter provisório que poderá ser ultrapassado por razões havidas como mais relevantes pelo aplicador diante do caso concreto. O tipo de ponderação é que é diverso*. Ver *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*,..., p. 55-56 e 58-59. No entanto, temos a impressão de que o conceito de ponderação aqui utilizado por HUMBERTO ÁVILA está aproxima-se daquele amplo e genérico já apresentado, presente em todas as decisões humanas racionais.

lidação prospectiva pode-se perceber, em maior ou menor medida, a admissão de exceções à regra sancionatória geral, seja sob a forma de jurisprudência da jurisdição constitucional, seja através de atos legislativos constitucionais ou até infraconstitucionais. Pelos conceitos e pressupostos que adotamos neste estudo[371], podemos afirmar que estas atenuações são hipóteses de modulação dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade.

O sistema constitucional norte-americano foi um dos que em seu seio admitiram-se atenuações à regra da invalidação retroativa *ex tunc*. Através de decisões proferidas na Suprema Corte norte-americana, ao menos por um período passou-se a aceitar que a teoria da nulidade da lei inconstitucional sofresse temperamentos, de modo que, em determinadas situações e presentes certos requisitos, estaria a Suprema Corte autorizada a deixar de invalidar retroativamente um ou mais efeitos produzidos sob a égide da lei declarada inconstitucional. É neste contexto que surge uma das soluções com subsunção para a modulação de efeitos, a saber, as hipóteses em que a declaração de inconstitucionalidade importa, entre outras coisas, em superação de orientação jurisprudencial já firmado.

Já em meados do século XIX[372], a Suprema Corte estadunidense começa a dar sinais de uma atenuação à rigidez do vínculo nulidade-inconstitucionalidade, tendência que se intensifica no início do século XX[373]. Nesta vertente, um dos primeiros casos que merece ser destacado é o caso *Chicot Country Drainage District vs. Baxter State Bank*, 308 U.S. 371 (1940), em que a Suprema Corte começa a registrar um posicionamento de que os efeitos produzidos por uma lei inconstitucional não podem ser simplesmente ignorados, adotando a perspectiva de que o passado não pode ser sempre apagado por uma

---

[371] Quanto a isto, fazemos referência às considerações trazidas no item 2.2.2 *supra*, em que conceituamos modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade a técnica através da qual a jurisdição constitucional determina outro alcance temporal para a invalidação da lei inconstitucional e seus efeitos que não o preferencialmente previsto pelo sistema jurídico.

[372] A afirmação é feita a partir das informações extraídas do voto proferido no caso *Linkletter vs. Walker*, 318 U.S. 618 (1965), em que o Juiz Clark expõe que, já no século XIX, a tese de que a lei inconstitucional é um fato cuja existência não pode ser negada encontrou algum acolhimento na jurisprudência norte-americana, citando dois casos: (a) em *Bingham vs. Miller*,17 Ohio 445 (1848), em que foi decidido que, apesar de a lei do divórcio ser ilegal e nula, as pessoas que tinham se divorciado antes da decisão não seriam alcançados pela declaração de inconstitucionalidade; (b) em *Gelpke vs. City of Dubuque*, 68 U.S. 175 (1863), em que a Suprema Corte decidiu que a mudança de orientação jurisprudencial ocorrida na Suprema Corte de Iowa somente poderia afetar os casos futuros, não sendo apta a produzir efeitos sobre as operações comerciais que tinham sido realizadas antes da alteração e com base no então entendimento jurisprudencial de que a lei estadual podia autorizar os municípios a emitir títulos para ajudar na construção de ferrovias para além dos limites da cidade.

[373] Conforme MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, restrições à retroatividade *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade já haviam sido adotadas pela Corte Warren nos anos 50, já que em várias decisões a Suprema Corte optou por um entendimento que ia além da mera declaração de inconstitucionalidade, assumindo antes um caráter prospectivo. Ver *O valor do ato inconstitucional em face do direito positivo brasileiro*, Revista de Direito Administrativo nº. 230, outubro-dezembro/2002, pp. 218-219

decisão judicial nova (*"the past cannot always be erased by a new judicial declaration"*[374]). Porém, apesar de sua inovação, a ele se seguiu o caso que se tornaria o mais célebre na jurisprudência norte-americana no tocante à mitigação da nulidade como consequência da declaração de inconstitucionalidade.

Trata-se do famoso caso *Linkletter vs. Walker*, 318 U.S. 618 (1965), em que a Suprema Corte se viu diante da discussão acerca da extensão a outros casos do novo posicionamento que adotara acerca da proibição ou não do uso de provas ilícitas. Julgado em 1965, cuidava-se de um *certiorari* requerido por Victor Linkletter através do qual pedia a revisão de sua condenação criminal, sob o fundamento de que, após ter sido definitivamente condenado com base em provas ilícitas, em *Mapp vs. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961), a Suprema Corte estadunidense havia superado o precedente fixado em *Wolf vs. Colorado*, 338 U.S. 25 (1949) e adotado o entendimento jurisprudencial de que mesmo nas Cortes Estaduais não se poderia fazer uso a prova obtidas por meios ilegais. O propósito de Linkletter era ver estendido a ele o novo precedente fixado[375].

Apesar da clássica doutrina de que a lei inconstitucional é nula e írrita, a Suprema Corte dos Estados Unidos negou o pedido de revisão de sua condenação por sete votos a dois, sob o argumento de que a Constituição nem proíbe nem impõe efeitos retroativos à declaração de inconstitucionalidade. A Constituição Federal nada dispunha sobre o assunto, segundo relatou o Juiz Cardozo, de maneira que caberia à Suprema Corte estabelecer se uma decisão de inconstitucionalidade terá efeitos retroativos ou prospectivos, a depender de três critérios: objeto da nova regra; extensão da confiança pela polícia sobre as decisões judiciais anteriores; o efeito da retroatividade na Administração da Justiça[376].

Entretanto, se aparentemente a Suprema Corte buscou indicar critérios para a aferição da retroatividade ou não da lei inconstitucional, já na ementa do caso *Linkletter vs. Walker* podemos perceber que a Corte via na fixação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade um exercício de juízo político. Em tradução livre, vemos que a Suprema Corte fixou que *o efeito de uma declaração de invalidade subsequente sobre julgamentos definitivos anteriores atacados colateralmente não é a automática invalidade*

---

[374] Em tradução livre: "O passado nem sempre pode ser apagado por uma nova declaração judicial".

[375] O'BRIEN, David M., *Constitutional Law and Politics*, vol. 2, 6ª ed., New York, Norton & Company, 2005, p. 200. Ver também DANIEL SARMENTO, *A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade*,..., p. 19.

[376] ROSENN, Keith S., *Os efeitos do controle judicial de constitucionalidade nos Estados Unidos, Canadá e América Latina numa perspectiva comparada*,..., p. 163.

retroativa, mas antes depende de considerações sobre as relações e condutas particulares, ou direitos postulados como legítimos do que de determinações anteriores consideradas com tendo finalidade, e sobre política pública à luz da natureza da norma jurídica e sua prévia aplicação[377], fazendo-se expressa referência ao caso *Chicot Country Drainage District vs. Baxter State Bank*, 308 U.S. 371 (1940).

Por causa disso, LAURENCE H. TRIBE afirma que a Suprema Corte norte-americana, ao decidir *Linkletter vs. Walker*, deixou claro que a fixação ou não da retroatividade da lei inconstitucional deveria ser tratada como assunto puramente de política judiciária (ou *matter of policy*), a ser decidido caso a caso[378]. Realmente, é possível perceber que a Suprema Corte assumiu abertamente a posição de que a atenuação ou não da retroatividade constitui questão política, a ser apreciada por ela mediante critérios que se aproximam da conveniência e oportunidade administrativa. Sob essa perspectiva, podemos afirmar os métodos de aplicação jurídica acabam por dar lugar ao juízo político para a realização da modulação de efeitos.

Por outro lado, segundo ensina DAVID M. O'BRIEN em referência ao Juiz Harlan, esta *ambulatory-retractive doctrine* foi produto da inquietude da Suprema Corte quanto aos impactos que o ritmo veloz de inovações constitucional no campo do direito penal poderia provocar[379]. Surgiu em virtude das mudanças jurisprudenciais pelas quais passava a Suprema Corte, até porque a solução apresentada no caso *Linkletter vs. Walker* serviu como uma regra de transição para que a doutrina expressa no precedente anterior *Wolf vs. Colorado* pudesse ser superada pelo precedente posterior *Mapp vs. Ohio*[380]. Vê-se, portanto, que a mola propulsora para a atenuação da nulidade no caso *Linkletter* foi a superação da orientação jurisprudencial outrora fixada no caso *Mapp*.

Na esfera cível, a Suprema Corte norte-americana também aceitou a permanência de efeitos produzidos com respaldo na lei declarada inconstitucional no caso *Chevron Oil Co. vs. Huson*, 404 U.S. 97 (1971). Nele, constava que um empregado da

---

[377] No original: *the effect of a subsequent ruling of invalidity on prior final judgments when collaterally attacked is not automatic retroactive invalidity, but depends upon a consideration of particular relations and conduct, or rights claimed to have become vested, of status, of prior determinations deemed to have finality, and of public policy in the light of the nature of the statute and its previous application. Chicot Drainage Dist. v. Baxter State Bank*, 308 U. S. 371. P. 381 U. S. 627.

[378] TRIBE, Laurence Henry, *American Constitutional Law*, vol. 1, 3ª ed., New York, Foundation Press, 2000, 218-219.

[379] O'BRIEN, David M., *Constitutional Law and Politics*, vol. 2, 6ª ed., New York, Norton & Company, 2005, p. 189-192.

[380] ANDRADE, Fábio Martins, *Modulação em matéria tributária: o argumento pragmático ou conseqüencialista de cunho econômico e as decisões do STF*,..., 2011, p. 221.

Chevron Oil Co. havia sofrido um ferimento em dezembro de 1965 enquanto trabalhava na plataforma continental de petróleo situada em Louisiana, de cuja gravidade só se apercebera em janeiro de 1968, momento em que ajuizou ação de indenização por danos contra a empresa. À época do ajuizamento, prevalecia o entendimento nas cortes federais de que a lei federal do almirantado deveria ser aplicada em casos como esse. Contudo, no curso da ação movida pelo empregado, a Suprema Corte norte-americana julgou o caso *Rodrigue vs. Aetna Casualty & Surety Co.*, 395 U.S. 352 (1969), no qual se firmou novo posicionamento sobre a matéria no sentido de que caberia à lei estadual regular a prescrição nesses casos. A prevalecer o recente precedente, a prescrição à ação de Huson seria de 1 ano conforme a lei de Louisiana, o que implicaria em sua rejeição[381]. Diante deste dilema, a Suprema Corte decidiu que não poderia ficar cega ao fato de que este caso é anterior ao caso *Rodrigue*, tendo sido ajuizado mais de um ano antes da mudança de orientação jurisprudencial. Se aplicada retroativamente a nova jurisprudência, ter-se-ia de reconhecer que a ação de Huson estaria obstada dois anos antes da decisão proferida no caso *Rodrigue*. Assim, decidiu por não dar efeito retroativo à decisão *Rodrigue vs. Aetna Casualty & Surety Co.* (395 U.S. 352), deixando-se de aplicar a lei estadual de Louisiana acerca da prescrição[382].

Ademais, conforme ensinamentos de LAURENCE TRIBE, a Suprema Corte fixou parâmetros para o afastamento da retroatividade: *primeiro, a decisão a ser aplicada de forma não-retroativa deve estabelecer um novo princípio jurídico, seja superando notórios precedentes sobre os quais os litigantes possam ter se baseados, seja decidindo uma questão de primeira impressão cuja resolução não foi claramente anunciada. Em segundo lugar, é necessário pesar os méritos e os deméritos em cada caso, olhando-se para a história anterior à regra em questão, seu propósito e efeito, e se a aplicação retrospectiva irá promover ou retardar esta aplicação. Finalmente, é preciso pesar a desigualdade imposta pela aplicação retroativa, pois onde a decisão da Corte poderia ter importantes resultados desiguais se aplicado retroativamente, há uma ampla base em nossos casos para evitar a injustiça ou a angustia, através de uma aplicação não-retroativa*[383]. Pelo que se pode observar da orientação traçada em *Chevron Oil Co vs. Huson*, a clássica retroatividade *ex tunc* deveria ser afastada ou mitigada (a) se a decisão estabelecesse novos princípios legais (seja por ignorar ou superar precedentes passados, seja por decidir pela

[381] LIMA, Christina Aires Corrêa, *O princípio da nulidade das leis inconstitucionais*,..., p. 126-127.
[382] LIMA, Christina Aires Corrêa, *O princípio da nulidade das leis inconstitucionais*,..., p. 128-129.
[383] TRIBE, Laurence Henry, *American Constitucional Law*,..., p. 219.

primeira vez questão cuja solução ainda não fora devidamente estabelecida); (b) se a aplicação não retroativa não frustrasse a aplicação da regra estabelecida ou (c) se a limitação à retroatividade fosse necessária para evitar uma "substancial injustiça"[384].

Cumpre ressaltar, todavia, que já na década de 1980, verifica-se uma tendência de a Suprema Corte norte-americana voltar ao entendimento sufragado por JOHN MARSHALL, deixando-se de lado a tese de efeitos prospectivos à decisão de inconstitucionalidade. Em âmbito criminal, no caso *Griffith v. Kentucky,* 479 U.S. 314 (1987), a Corte retornou à tese de que uma regra proveniente da decisão de inconstitucionalidade de uma lei deve ser aplicada retroativamente a todos os casos ainda não julgados em definitivos, pautando-se na concepção de que a natureza do controle de constitucionalidade priva-a da prerrogativa essencialmente legislativa de dar efeito retroativo ou prospectivo[385]. No âmbito cível, decidiu-se em *Harper v. Virginia Dept. of Taxation*, 509 U.S. 86 (1993) que a retroatividade deveria ser a regra também na jurisdição civil, já que não haveria motivos a justificar uma distinção entre as esferas criminal e cível. Contudo, a Suprema Corte não renunciou completamente o poder de atribuir efeitos prospectivos a suas decisões[386], razão pela qual os parâmetros fixados em *Chevron Oil Co. vs. Huson* são, até hoje, utilizados quando há necessidade de a Corte se pronunciar a respeito do efeito retroativo de uma declaração de inconstitucionalidade[387].

Após termos exposto a evolução do sistema de controle de constitucionalidade norte-americano quanto à admissão de exceções à retroatividade *ex tunc* das declarações de inconstitucionalidade, podemos concluir que o principal motivo para a aceitação da modulação de efeitos nos EUA foi a preocupação com as consequências nocivas que as alterações de jurisprudências pacificadas acarretariam à estabilidade das relações jurídicas firmadas sobre a égide da lei então constitucional. Sem maiores receios, podemos afirmar que o perigo de danos à segurança jurídica ensejou o afastamento da rígida doutrina da nulidade da lei inconstitucional, de maneira que, nos casos em que a Suprema Corte decidisse por mudar seu entendimento em superação de precedentes, a atribuição de efeitos prospectivos passou a ser aceita.

---

[384] Além de LAURENCE H. TRIBE, consultar também DANIEL SARMENTO, *A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade,...*, p. 20 e MARCELO PASSAMANI MACHADO, *Controle de constitucionalidade das leis: efeitos de suas decisões,...*, p. 83.
[385] TRIBE, Laurence Henry, *American Constitucional Law,*…, p. 220.
[386] TRIBE, Laurence Henry, *American Constitucional Law,*…, p. 226.
[387] LIMA, Christina Aires Correa, *O princípio da nulidade das leis inconstitucionais,...*, p. 125.

Por isso, JOSÉ ADÉRCIO SAMPAIO LEITE está com a razão quando afirma que a adoção de efeitos prospectivos nos Estados Unidos está associada à mudança de orientação jurisprudencial (*prospective overruling*)[388]. De fato, tanto em *Linkletter vs. Walker* quanto em *Chevron Oil Co. vs. Huson*, a Suprema Corte norte-americana decidiu modular os efeitos naturais de suas decisões de inconstitucionalidade em virtude da superação de precedentes jurisprudenciais que a própria Corte havia realizado no caso *Mapp vs. Ohio* e no caso *Rodrigue vs. Aetna Casualty & Surety Co.* Ao constatar que a declaração de inconstitucionalidade com possíveis efeitos retroativos representava, ela mesma, mudança de jurisprudência pacificada, a Suprema Corte entendeu ser cabível e adequado fixar efeitos *ex nunc*, em respeito às relações jurídicas já formalizadas.

Ao nosso entender, a Suprema Corte norte-americana assim fez sem ter de recorrer à utilização de um juízo de ponderação de princípios constitucionais[389], chegando inicialmente firmar posição no sentido de deter tal prerrogativa por ser-lhe próprio um puro juízo de política judiciária. Esta posição não prevaleceu, conforme o caso *Griffith vs. Kentucky*. Porém, permanecem os critérios firmados em *Chevron Oil Co. vs. Huson*, do qual indubitavelmente o de maior destaque e balizamento é o de a decisão de inconstitucionalidade implicar revisão ou mudança de jurisprudência pacificada. Portanto, para modular os efeitos naturais da declaração de inconstitucionalidade, a Suprema Corte adotou uma típica solução por subsunção, estabelecendo uma regra de exceção com parâmetros pré-definidos para o potencial conflito entre a retroatividade e a irretroatividade da lei inconstitucional.

Seja como for, além do sistema constitucional norte-americano, observamos que a superação de jurisprudência pacificada também é invocada como critério

---

[388] SAMPAIO, José Adércio Leite, *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional,...*, p. 222.

[389] Diverge CHRISTINA AIRES CORREA LIMA de nossa conclusão. Para a autora, no caso *Linkletter vs. Walker, a Suprema Corte americana, mesmo sem explicar um método sistemático de decisão como é típico dos países de tradição romano-germânica, acabou por pautar sua decisão, no caso narrado, na ponderação de valores relevantes para a ordem constitucional daquele país, e que são refletidos em princípios constitucionais*. Assim também no caso *Chevron Oil Co. vs. Huson*, pois, segundo seu entender, *o que a Corte fez, mais uma vez, utilizando-se do teste do caso Chevron Oil, foi pesar os princípios em jogo. De um lado da balança foi colocado o princípio da segurança jurídica, ou da proteção da confiança dos cidadãos depositada em uma corte legalmente estabelecida... Do mesmo lado da balança estava o princípio da justiça, visto que a Corte considerou injusto causar prejuízos aos que confiaram suas causas à jurisdição dessas cortes. Some-se a esses princípios o da razoabilidade, pela inadequação dos meios ao fim desejado, que se encontra na afirmação da suprema corte de que o efeito retroativo (meio), não iria favorecer a execução da decisão da Corte (fim). Após pesar todos esses princípios, que se contrapunham, no caso, ao princípio da nulidade da lei inconstitucional, com o seu consequente efeito retroativo, a Corte deu prevalência aos primeiros, de modo a não conferir efeitos retroativos à sua decisão*. Conferir *O princípio da nulidade das leis inconstitucionais,...*, pp. 95 e 139-140.

objetivo para a modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade em alguns sistemas europeus. TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR afirma, neste sentido, que já em meados da década de 1960 na Alemanha, Wilhelm Knittel propunha, nas hipóteses de confiança fundada em reiterados precedentes, que os tribunais mantivessem-se na jurisprudência de então para os casos relativos a fatos passados, mas ao menos tempo anunciassem que os julgamentos de casos futuros basear-se-iam em novo posicionamento jurídico[390]. Ou seja, propunha o mesmo raciocínio que rege a modulação de efeitos nos Estados Unidos para a atenuação da retroatividade da lei inconstitucional no sistema alemão.

Lógica similar é adotada pela Corte Constitucional italiana em alguns casos de inconstitucionalidade superveniente. A jurisdição constitucional na Itália tem admitido a tese de que uma determinada lei pode ser constitucional no momento de sua entrada em vigor, mas vir a ser tornar inconstitucional em um momento posterior em virtude da *mutação constitucional*[391], do que pensamos ser exemplo a hipótese de modificação de significado da norma constitucional por mudança de *consciência social* e por *transformação gradual da legislação e da jurisprudência*[392]. Nestes casos, a Corte Constitucional admite a atribuição de efeitos invalidantes *ex nunc* e só a partir do momento em que a lei tornou-se inconstitucional, justamente porque, até então, a orientação era pela constitucionalidade da lei. Por ser assim, é possível notar que, nessas situações, a Corte Constitucional italiana também afasta a retroatividade *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade sem ter de usar a ponderação de princípios, instituindo regra de exceção à partir da lógica de que o entendimento anterior deve ser protegido apesar da inconstitucionalidade superveniente.

---

[390] FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, *Irretroatividade e jurisprudência judicial*, *in* CARRAZA, Roque Antonio, FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, NERY JÚNIOR, Nelson, *Efeito* ex nunc *e as decisões do STJ*, 2ª ed., Barueri, Editora Manole, 2008, p. 14.

[391] CICCONETTI, Stefano Maria, *Lezioni di giustizia costituzionale*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2010, p. 81. A propósito, ERNST WOLFGANG BÖCKENFÖRDE alerta para o fato de que a expressão "mutação constitucional" pode assumir diversos significados. Poder ser entendida como (a) a mudança de situação constitucional que se encontra uma comunidade política, como (b) a modificação dos efeitos da Constituição em razão da aparição de novas circunstâncias políticas e socioculturais, como (c) a modificação do significado de uma norma constitucional sem que seu conteúdo seja alterado, e como (d) a modificação do conteúdo de uma norma constitucional sem a alteração do texto constitucional (reforma tácita). Ver *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Madrid, Editorial Trotta, 2000, pp. 181-182. No caso da Corte Constitucional italiana, pensamos que o conceito de mutação constitucional cinge-se a possíveis modificações de significado e conteúdo da norma constitucional ocorridas ao longo do tempo capazes de tornar inconstitucionalidade disposições legais outrora compatíveis com os anteriores significados e conteúdo da mesma norma.

[392] PINARDI, Roberto, *La corte, i giudici ed il legislatore: il problema degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità*, Milano, Giuffré Editore, 1993, pp. 49 e 51.

Portanto, ainda que não se possa afirmar que a técnica de modulação de efeitos feita com fundamento da superação de precedentes jurisprudenciais tenha sido forjada para se rivalizar com os métodos de solução com ponderação, a nós não nos restam dúvidas de que a *prospective overruling* preconizada nos Estados Unidos é uma das modalidades de modulação de efeitos feita pela subsunção, pois resolve o potencial conflito entre a extirpação e a preservação dos efeitos já produzidos através da criação de regras de exceções sem obrigatoriamente ter-se de valer do sopesamento de princípios. Trata-se também de um modo de se interpretar o princípio da segurança jurídica objetivamente para fins de modulação de efeitos, dele extraindo-se a norma excepcional de que os efeitos produzidos pela lei inconstitucional devem ser mantidos caso, segundo a jurisprudência consolidada anterior, neles não houvesse vício de inconstitucionalidade.

3.3.3. Situações administrativas firmes e as fórmulas de preclusão

Na Espanha, o sistema de controle de constitucionalidade adota a tese de que a lei contrária à Constituição não é apta a produzir efeitos válidos desde sua vigência. Apesar de a Constituição Espanhola de 1978 nada dizer sobre efeitos invalidantes *ex tunc* ou *ex nunc* da decisão que reconhece o vício[393], acolhe-se a doutrina que a declaração de inconstitucionalidade da lei importa na invalidação da lei inconstitucional com efeitos retroativos e implica seu desaparecimento do ordenamento jurídico[394]. O art. 39.1 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional espanhol confirma a adoção da retroatividade *ex tunc* que ao preceituar que *quando a sentença declarar a inconstitucionalidade, declarará igualmente a nulidade dos preceitos impugnados, assim como, se for o caso, de outros da mesma lei, disposição ou ato com força de lei aos quais deve ser estendida por conexão ou consequencia*[395].

Só que também na Espanha acolhem-se atenuações aos efeitos nulificantes *ex tunc* produzidos pela declaração de inconstitucionalidade. Com respaldo no art. 165 da Constituição Espanhola de 1978, o art. 40.1 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional (LOTC) estabelece exceções à retroatividade da invalidação dos efeitos produzidos

[393] A Constituição Espanhola, de fato, não diz expressamente qual é o alcance temporal da sanção ao vício de inconstitucionalidade. No entanto, de leitura *a contrario sensu* do art. 164.2 é possível inferir que a consequência da inconstitucionalidade é a extirpação da lei e de seus efeitos, ao dizer que a vigência da parte da lei não afetada pela inconstitucionalidade subsistirá incólume.
[394] REYES, Manuel Aragon, *Temas Básicos de Derecho Constitucional,* Tomo III – Tribunal Constitucional e Derechos Fundamentales, Madrid, Civitas Ediciones, 2001, p. 97.
[395] Tradução livre do art. 39, I, Lei Orgânica do Tribunal Constitucional espanhol.

pela lei inconstitucional, ao dizer que a declaração de inconstitucionalidade não enseja a revisão de processos extintos por sentença transitada em julgado em que a lei inconstitucional tenha aplicada, com exceção dos processos administrativos e judiciais nos quais houve aplicação de sanção[396]. Deste modo, em regra, todas as situações jurídicas surgidas desde a entrada em vigor da lei devem ser consideradas nulas, exceto as sentenças revestidas de coisa julgada despidas de cunho sancionatório[397].

Pela redação da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional espanhol, não haveria margem para que o Tribunal procedesse a outro tipo de restrição dos efeitos retroativos que não a já previsto abstratamente no art. 40.1, isto é, a coisa julgada de sentenças cíveis ou criminais, desde que por conta da declaração de inconstitucionalidade não decorra situação mais favorável ao condenado ou àquele que sofreu sanção administrativa. A técnica de modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, neste contexto, estaria limitada a, no máximo, reconhecer situações que, por se enquadrarem no art. 40.1, não devam ser atingidas pela nulidade. Enfim, pela literalidade do dispositivo legal, após declarar a inconstitucionalidade da lei, caberia à jurisdição constitucional identificar as possíveis hipóteses em relação às quais os efeitos da lei viciada permaneceriam válidos e, em sendo constatados, modular os efeitos da decisão de inconstitucionalidade.

O Tribunal Constitucional da Espanha (TCE) pautou-se por esta interpretação até o julgamento da *Cuestión de inconstitucionalidad* nº. 1.837/88. Nela, o TCE foi instado a decidir sobre a constitucionalidade de alguns dispositivos da Lei nº. 44/1978 que, disciplinando a apuração do imposto de renda das pessoas físicas, previam uma sujeição tributária conjunta para contribuintes integrantes de unidades familiares conjugais. Diante do caso, o Tribunal Constitucional proferiu a Sentença 45/1989, declarando-os incompatíveis com o princípio da igualdade consagrado na Constituição Espanhola de 1978 em razão de terem instituído tratamento fiscal mais gravoso para pessoas que constituem família do que para outras que, mesmo com nível de renda idêntico, não pertencem a uma unidade familiar. Entretanto, acolhendo pedido subsidiário feito pelo Advogado do Estado, deixou de impor efeitos retroativos *ex tunc* à declaração de inconstitucionalidade, atribuin-

---

[396] Diz o art. 40.1 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional: *As sentenças declaratórias da inconstitucionalidade de leis, disposições ou atos com força de lei não permitem a revisão de processos encerrados mediante sentença com força de coisa julgada nos quais tenha sido feita aplicação de leis, disposições ou atos inconstitucionais, salvo no caso de processos penais ou contecioso-administrativos referentes a um procedimento sancionador em que, como conseqüência da nulidade da norma aplicada, resulte redução de pena ou sanção, ou ainda exclusão, isenção ou limitação de responsabilidade*.

[397] MONTORO, Ángel José Gomez, *in* PAGÉS, Juan Luis Requejo (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica Del Tribunal Constitucional*,…, p. 614.

do eficácia prospectiva a se iniciar a partir de sua publicação. Com isso, impediram-se pedidos de restituição do imposto pago antes da STC 45/1989[398].

Assim decidiu o Tribunal Constitucional da Espanha por duas razões principais: (a) por entender que, a despeito da previsão do art. 39.1 de sua Lei Orgânica, o vínculo entre inconstitucionalidade e nulidade não é sempre necessário, cabendo ao próprio Tribunal a tarefa de precisar, em cada caso, qual é o alcance da invalidação a ser imposta à lei inconstitucional; (b) por entender que a restrição à retroatividade *ex tunc* prevista no art. 40.1 da LOTC, interpretada à luz do princípio da segurança jurídica, deve alcançar outras situações consolidadas que não apenas a coisa julgada. Nesse aspecto, fez constar na fundamentação da decisão de inconstitucionalidade que:

> *"entre as situações consolidadas que hão de ser consideradas como não suscetíveis de serem revisadas como conseqüência da nulidade que agora declaramos figuram não só aquelas decididas mediante sentença com força de coisa julgada (art. 40.1 LOTC), como também, por exigência do princípio da segurança jurídica, as estabelecidas mediante atuações administrativas firmes; a conclusão em contrário, com efeito, implica um tratamento inaceitável em desfavor de quem recorreu, sem êxito, aos Tribunais em contraste com o tratamento recebido por quem não suscitou em tempo a revisão do ato de aplicação das disposições hoje declaradas inconstitucionais"*[399].

À época, a concepção de que cabe ao Tribunal Constitucional espanhol fixar o alcance da invalidação caso a caso teve adeptos, merecendo ser destacado EDUARDO DE GARCIA DE ENTERRÍA, para quem o Tribunal Constitucional espanhol proporcionou real progresso para o sistema de justiça constitucional após a Sentença 45/1989[400]. Por outro lado, também não ficou imune a severas críticas. Uma delas é a tecida por ÁNGEL JOSÉ GOMEZ MONTORO quanto à tese de que a Lei Orgânica do Tribunal Constitucional nada dispõe sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade. A seu ver, o Tribunal Constitucional excedeu-se em sua fundamentação, na medida em que não há possibilidade lógica de se afirmar que a Lei Orgânica não trata do assunto, tampouco que a Corte

[398] STC 45/1989, de 20 de fevereiro de 1989 (BOE nº. 52, de março de 1989.
[399] Tradução livre de trecho da fundamentação da Sentença 45/1989.
[400] ENTERRÍA, Eduardo de Garcia de, *Justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales*, Revista de Direito Público nº. 92, outubro-dezembro/1989, p. 12.

espanhola não possui vinculação alguma para decidir sobre o alcance temporal de suas decisões[401].

Quanto à ideia de que os efeitos *ex tunc* devem ser atenuados tendo como parâmetro a existência de situações consolidadas, é possível constatar que o Tribunal Constitucional espanhol tem mantido o entendimento de que a proibição da revisão de processos encerrados mediante sentença transitada em julgado (art. 40.1, LOTC) não deve limitar-se às hipóteses de coisa julgada, mas também alcançar as situações consolidadas com o tempo[402] e as situações administrativas firmes[403], assim entendidas como as que não estão abertas à impugnação pela via administrativa ou pela via judicial[404]. Exemplo disso são as autuações fiscais e os pagamentos espontâneos de tributos não impugnados no tempo e modo legalmente previstos, conforme exposto pelo Advogado do Estado no julgamento *Cuestión de inconstitucionalidad* nº. 1.837/88 em sua manifestação.

Observando esta mesma tendência, MIGUEL AZPITARTE[405] informa que o Tribunal Constitucional espanhol vem modulando a consequência jurídica da inconstitucionalidade, afastando os efeitos retroativos *ex* tunc também nos casos em que carece de sentido porque a lei inconstitucional já esgotou seus efeitos. Desta maneira julgou o Tribunal na Sentença 13/1992, oportunidade em que não impôs a nulidade às autorizações de gastos declaradas inconstitucionais e que serviram para conceder certos subsídios financei-

---

[401] Para ANGEL MONTORO, o Tribunal Constitucional até pode limitar o alcance temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, desde que o faça de modo a serem evitados prejuízos àqueles que, de boa-fé, beneficiaram-se com as disposições legais posteriormente declaradas inconstitucionais, e desde que o Poder Público não seja beneficiado em situações criadas por si mesmo com a limitação da nulidade. Ver *Comentarios a la Ley Orgánica Del Tribunal Constitucional*,…, p. 617.

[402] REYES, Manuel Aragón,*Temas Básicos de Derecho Constitucional,* Tomo III – Tribunal Constitucional e Derechos Fundamentales, Madrid, Civitas Ediciones, 2001, p. 97.

[403] Confirmando a tendência, diz ZENO VELOSO que *o Tribunal Constitucional, recentemente, tem ampliado a sua atuação, indo além do explicitamente mencionado na Constituição, deixando de ressalvar, apenas, a coisa julgada, para incluir outras situações consolidadas, que não são atingidas pela sentença de inconstitucionalidade da lei sob a qual foram constituídas. Assim, em nome do princípio da segurança jurídica, não são atingidos pela declaração de nulidade da lei os atos administrativos firmes, que não tenham caráter sancionador. Igualmente, não são atingidos os atos processuais realizados ao amparo de uma lei posteriormente declarada inconstitucional e nula, se tais atos são firmes e se não representam qualquer restrição a um direito fundamental.* Ver *Controle jurisdicional de constitucionalidade,* 3ª ed., Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2003, p. 179.

[404] MONTORO, Ángel José Gomez, *in* PAGÉS, Juan Luis Requejo (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica Del Tribunal Constitucional*,…, p. 621.

[405] AZPITARTE, Miguel, *Tribunal constitucional y derecho constitucional desde la perspectiva española, in* TAVARES, André Ramos, *Justiça constitucional: pressupostos teóricos e análises concretas,* Belo Horizonte, Editora Fórum, 2007, p. 327.

ros, pautando-se no fundamento de que isto representaria um grave prejuízo para as situações consolidadas já que se tratava de um orçamento já encerrado e executado[406].

Verifica-se, em suma, que o Tribunal Constitucional espanhol, em decisões como as da Sentença 45/1989, acabou por quebrar o nexo entre inconstitucionalidade e nulidade. Possibilitou-se que a inconstitucionalidade seja declarada sem que efeitos *ex tunc* tenham de ser aplicados[407], ao alargar a impossibilidade de invalidação retroativa às relações jurídicas extintas por caducidade ou prescrição ou por consumação dos fatos, na hipótese de serem material ou tecnicamente irreversíveis[408]. Assim faz o Tribunal Constitucional justamente em cumprimento à exigência do princípio da segurança jurídica, cujo um dos possíveis aspectos objetivos determina a imutabilidade das situações consolidadas, ainda que não sancionadas judicialmente[409].

Portanto, podemos afirmar que a modulação de efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade feita pelo Tribunal Constitucional da Espanha é realizada através do alargamento conceitual da regra de exceção à invalidação *ex tunc* prevista no art. 40.1 da LOTC[410]. Ao estender às situações administrativas firmes e às situações consolidadas a proteção inicialmente assegurada apenas à coisa julgada, a jurisdição constitucional espanhola está a modular os efeitos da decisão de inconstitucionalidade pelo método da subsunção subsidiado com a técnica hermenêutica da interpretação extensiva[411].

---

[406] STC 13/1992, de 6 de fevereiro de 1992 (BOE nº. 54, de 3 de março de 1992).

[407] ALCALÁ, Humberto Nogueira, *El control represivo concreto y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en la reforma de las competencias del Tribunal Constitucional de Chile y los efectos de sus sentencias*,…, p. 466.

[408] SAMPAIO, José Adércio Leite, *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*,..., p. 238.

[409] ALCALÁ, Humberto Nogueira, *El control represivo concreto y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en la reforma de las competencias del Tribunal Constitucional de Chile y los efectos de sus sentencias*,…, p. 466.

[410] A reforçar o entendimento de que a manutenção de situações consolidadas é ato de modulação de efeitos estão as considerações feitas por JORGE MIRANDA. Segundo o autor português, a limitação à retroatividade prevista aos casos julgados deve ser estendida às situações consolidadas, das quais são exemplos as relações consolidadas por cumprimento de obrigações, por transação ou ato de natureza análoga, além das decisões administrativas de caráter definitivo. Isto em razão da necessidade de garantia de estabilidade e da segurança jurídica. No entanto, destaca que melhor que aplicar analogicamente o art. 282.3 da CRP, e assim estender a intangibilidade da coisa julgada às situações consolidadas, é limitar os efeitos retroativos através do art. 282.4 da CRP, justamente o dispositivo constitucional que, em Portugal, indiscutivelmente cuida da modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade. Ver *Manual de direito constitucional*,..., p. 291.

[411] Conforme já exposto no item 3.3.2, já no final do século XIX, a Corte Suprema norte-americana começou a admitir temperamentos ao efeito *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade, assim decidindo nos casos em que inconstitucionalidade de lei estadual sobre divórcio. Nesse caso, os divórcios realizados antes da decisão foram mantidos diante da constatação de que se trata de situações consolidadas no tempo. Não é sem razão, portanto, a afirmação feita por ROGER STIEFELMANN LEAL, no sentido de que *o Poder Judiciário estadunidense tem admitido temperamentos, de modo a reconhecer, em alguns casos, que o juízo de inconstitucionalidade da lei tenha efeito meramente prospectivo, observando, portanto, certos 'efeitos*

Interpreta-se o alcance do desdobramento legal do princípio da segurança jurídica previsto no art. 40.1 da LOTC, outorgando-lhe densidade normativa capaz de autorizar a modulação de efeitos dispensando o uso do método da ponderação de princípios.

Na Itália, as atenuações à retroatividade *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade são realizadas sob lógica semelhante a que se observa na jurisdição constitucional espanhola. Embora exista alguma controvérsia doutrinária acerca dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade[412], e a despeito de a leitura inicial do art. 136 da Constituição da República Italiana poder conduzir a uma conclusão oposta[413], é possível afirmar que o sistema constitucional italiano adota a invalidação *ex tunc* como sanção ao vício de inconstitucionalidade, na medida em que se reconhecem efeitos retroativos às decisões da Corte Constitucional que declaram leis inconstitucionais[414]. Enfim, a retroatividade *ex tunc* é a regra em seu sistema de controle de constitucionalidade.

Apesar disso, entende-se que a declaração de inconstitucionalidade proferida pela jurisdição constitucional italiana opera efeitos retroativos *ex tunc* apenas às situações pendentes ou relações jurídicas não-exauridas, assim entendidas como aquelas semelhantes ou análogas às discutidas incidentalmente na decisão de inconstitucionalidade[415], e que ainda são suscetíveis de serem questionadas em juízo[416]. Deste modo, pode-se afirmar que a retroatividade *ex tunc* não atinge as relações exauridas ou consolidadas[417], isto é, aquelas em que os efeitos produzidos pela lei inconstitucional antes da declaração do vício já estão consolidados ou juridicamente consumados.

Quanto à caracterização de situações jurídicas exauridas, GUSTAVO ZAGREBELSKI expõe que freqüentemente são consideradas causas de exaurimento (a) o

---

consolidados'. Ver *A convergência dos sistemas de controle de constitucionalidade: aspectos processuais e institucionais*, Revista de Direito Constitucional e Internacional nº. 57, out-dez/2006, pp. 69-70. Logo, se é fato que a modulação de efeitos em virtude de situações consolidadas ganhou notoriedade na Espanha, não se pode afirmar cuidar-se de solução estranha a outros sistemas constitucionais.

[412] Não se pode afirmar que inexiste discussão doutrinária acerca da natureza da lei inconstitucional e dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade na Itália. Exemplo disto é a lição de PIETRO VIRGA, para quem a decisão de inconstitucionalidade possui caráter constitutivo e com eficácia análoga à revogação de uma lei, na medida em que cessa de viger no dia seguinte a publicação da decisão. Conferir *Diritto Costituzionale*, 9ª ed., Giuffrè Editore, 1979, p. 551.

[413] O art. 136 da Constituição Italiana preceitua que *quando a Corte declara a ilegitimidade constitucional de uma norma de lei ou de um ato com força de lei, a norma perde sua eficácia a partir do dia sucessivo à publicação da decisão. A decisão da Corte é publicada e comunicada às Câmaras e aos Conselhos Regionais interessados, a fim de que, sempre que considerado necessário, tomem providências nas formas constitucionais* (tradução livre).

[414] ZAGREBELSKI, Gustavo, *La Giustizia Costituzionale*, Imola, Il Mulino, 1988, p. 266.

[415] VIRGA, Pietro, *Diritto Costituzionale*, 9ª ed., Giuffrè Editore, 1979, p. 556.

[416] ZAGREBELSKI, Gustavo, *La Giustizia Costituzionale*,..., p. 266.

[417] PINARDI, Roberto, *La corte degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità*,..., p. 24.

trânsito em julgado de sentença capaz de torná-la definitivamente enraizada no sistema jurídico; (b) o transcurso do tempo nos casos em que o ordenamento jurídico atribua a ele a capacidade de bloquear irremediavelmente uma situação jurídica, tal qual ocorre nas hipóteses de (b1) prescrição que, nas relações de direito privado, implica a não exigibilidade de direito creditório e o não exercício do direito real, (b2) a decadência que, nas relações de direito público, impede o questionamento de atos administrativos, tornando-os incontestáveis, (b3) a preclusão que, no âmbito do direito processual, torna o vício de um ato processual não seja desconstituível[418]. Contudo, segundo PIETRO VIRGA, apesar de consolidadas, as sentenças penais condenatórias devem ser excluídas do rol de situações não alcançadas pela retroatividade *ex tunc*. Isto porque a elas deve ser aplicado, por analogia, o art. 2º do Código Penal italiano quanto à lei penal revogadora, de maneira que, com a declaração da inconstitucionalidade, devem cessar a execução e os efeitos da pena[419].

Alinhado com esse pensamento está STEFANO MARIA CICCONETTI, pois afirma que as exceções ao efeito retroativo são as relações definitivamente consideradas exauridas no ponto de vista jurídico. No entanto, admite ser difícil mencionar todos os casos em que a relação jurídica pode ser considerada definitivamente exaurida, de modo que exemplifica com a relação decidida em sentença transitada em julgado e com os casos em que o exercício de um direito ou de uma faculdade restou obstaculizado pelo encerramento do prazo prescricional ou decadencial. Igualmente, exceções da exceção são as sentenças condenatórias penais, em razão do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica[420].

Observa-se, portanto, que as decisões de inconstitucionalidade proferidas pela Corte Constitucional italiana têm seus efeitos invalidantes retroativos limitados pelas chamadas fórmulas de preclusão, previstas abstrata e genericamente na legislação ordinária e que, fundadas no princípio da segurança jurídica, excepcionam o alcance da invalidação retroativa dos efeitos produzidos pela lei inconstitucional[421]. A modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade na Itália é realizada através da fixação de normas de exceções à regra geral da nulidade, as quais, se subsumidas a fatos

---

[418] ZAGREBELSKI, Gustavo, *La Giustizia Costituzionale,...*, p. 267.
[419] VIRGA, Pietro, *Diritto Costituzionale,* 9ª ed.,..., p. 555.
[420] CICCONETTI, Stefano Maria, *Lezioni di giustizia costituzionale,* 4ª ed., Torino, G. Giappichelli Editore, 2010, pp. 79-80.
[421] PALU, Oswaldo Luiz, *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos,...*, p. 175.

concretos, autorizam a permanência de efeitos válidos a despeito de terem sido produzidos a partir de uma lei viciada[422].

É de ressaltar, entrementes, que, no início da década de 1980, a Corte Constitucional italiana passou a modular os efeitos retroativos e a fixar um marco temporal a partir do qual os efeitos da declaração de inconstitucionalidade começariam a correr. Conforme afirma STEFANO MARIA CICCONETTI[423], assim fez a Corte fundamentando-se na percepção de que a declaração de inconstitucionalidade de uma lei, se de um lado protege e garante certos valores, de outro teria efeitos negativos em comparação de outros valores, de maneira que, ao modular os efeitos temporais, objetivou reduzir os efeitos negativos ou identificar um "ponto de menor sofrimento" para ambos os valores contrapostos.

Por um período a Corte Constitucional italiana valeu-se, aparentemente, da técnica da ponderação de princípios ou de balanceamento de valores para excepcionar o alcance normal da sanção ao vício de inconstitucionalidade. Isto porque, nesses casos, a Corte acabava por diferir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, indicando um momento a partir do qual a lei impugnada deve ser considerada inconstitucional, em virtude de adotar a concepção de que deveria alcançar o equilíbrio dos diferentes valores constitucionais que estão concretamente em jogo no caso levado a seu julgamento[424]. Entretanto, STEFANO MARIA CICCONETTI também afirma que, apesar disto, nos últimos anos a Corte Constitucional tem tentado buscar novas maneira de limitar o efeito retroativo dos acórdãos, muito em virtude das críticas bastante generalizadas que foram feitas a essa jurisprudência inovadora. Especialmente, a Corte tentou desenvolver um relacionamento de colaboração com o Parlamento, a fim de proteger o âmbito de discricionariedade do legislador. É possível concluir assim que, em prestígio à função legislativa, a Corte optou por deixar ao Poder Legislativo a prerrogativa de resolver os eventuais ou prováveis "obstáculos políticos"[425] que a eliminação da lei inconstitucional pode acarretar[426].

---

[422] Esta conclusão é decorrência lógica do conceito de modulação de efeitos que adotamos no item 2.2.2 *supra*., segundo o qual a manutenção de pelo menos um efeito já produzido pela lei inconstitucional é considerada hipótese de modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade nos sistemas em que a invalidação retroativa *ex tunc* é o alcance preferencial da sanção ao vício de inconstitucionalidade.

[423] CICCONETTI, Stefano Maria, *Lezioni di giustizia costituzionale,...*, pp. 80-81.

[424] ROMBOLI, Roberto, *De la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en via incidental,...*, p. 72.

[425] "Obstáculos políticos" seriam aqueles presentes quando a eliminação de uma lei possa desestabilizar a ordem e a execução gradual dos valores constitucionais, ou possa produzir situações de maior inconstitucionalidade, ou possa determinar conseqüências sócio-econômicas relevantes, ou ainda possa anular toda uma atividade processual desenvolvida no curso de um período amplo de tempo por parte de todos os juízes italianos. Segundo ROBERTO ROMBOLI, a fim de evitar estes obstáculos e a fim de evitar que a

Diante do exposto, portanto, é possível concluir que a jurisdição constitucional italiana tem deixado de modular os efeitos das declarações de inconstitucionalidade mediante um balanceamento de valores, prestigiando a regra geral da retroatividade *ex tunc* apesar das implicações negativas que eventualmente podem recair sobre algumas relações jurídicas pendentes ou situações não consolidadas. Conseqüentemente, podemos afirmar que as atenuações ao alcance dos efeitos *ex tunc* no âmbito da Corte Constitucional na Itália continuam a seguir a lógica subsuntiva da exceção à regra, em que do princípio da segurança jurídica obtém-se pela interpretação a norma constitucional a autorizar a irretroatividade diante das fórmulas de preclusão.

Por derradeiro, pensamos ser bastante interessante trazer a lume algumas considerações sobre o sistema constitucional peruano. Chama a atenção o modo pelo qual a modulação de efeitos da declaração de inconstitucional deve ser realizada pelo Tribunal Constitucional do Peru. Primeiramente, é de se destacar que o sistema constitucional peruano adotou o modelo de controle de constitucionalidade concentrado, de maneira que ao Tribunal Constitucional compete conhecer em instância única as ações de inconstitucionalidade, sendo este autônomo, independente, composto de membros eleitos a cada 5 anos, que não se confunde com a Corte Suprema do país, tampouco constitucionalmente atrelado ao Poder Judiciário (art. 201)[427]. Além disto, cumpre mencionar que a Constituição Política do Peru estabelece expressamente que a sentença proferida pelo Tribunal Constitucional que declara a inconstitucionalidade de lei não tem efeito retroativo (art. 204). Adota-se,

---

Corte Constitucional italiana deixe de declarar a inconstitucionalidade de uma lei apesar de estar plenamente convencida dela, é que foram instituídos instrumentos decisórios para limitar ou retardar a eficácia retroativa da declaração de inconstitucionalidade. Ver *De la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en via incidental*,..., p. 70. Contudo, conforme afirmamos acima, a Corte Constitucional preferiu deixar de fazer uso destes instrumentos decisórios para prestigiar a função legislativa.

[426] Neste escopo, Stefano Maria Cicconetti afirmar ser emblemático o ocorrido com a Sentença nº. 131/96, em que a Corte Constitucional deixou de limitar o efeito retroativo da sentença, mesmo estando a par dos problemas de aplicação resultantes da declaração sobre as discussões já em curso. Nela, a Corte Constitucional observou tem plena consciência das dificuldades práticas que a declaração de inconstitucionalidade provoca nos casos concretos, esclarecendo que, apesar delas, não pode se furtar de sua função essencial de garantidor da constitucionalidade das leis, de modo que as dificuldades devem ser resolvidas pelos órgãos competentes e responsáveis. Diante deste "convite", em apenas 15 dias o Governo italiano editou o Decreto-Lei nº. 250, de 10 de maio de 1996, para eliminar a retroatividade da sentença constitucional, tornando-a inaplicável a todos os processos nos quais as audiências já tinham sido declaradas abertas. Ver *Lezioni di giustizia costituzionale*,..., pp. 81-82. Seja como for, além desse expediente, DANIEL SARMENTO afirma que a Corte Constitucional italiana utiliza-se, às vezes, do expediente de protelar a publicação da decisão de inconstitucionalidade para dar tempo ao Parlamento para criar uma nova disciplina jurídica sobre a matéria, evitando-se vácuos normativos. Conferir *Eficácia temporal do controle de constitucionalidade (o princípio da proporcionalidade e a ponderação de interesses) das leis*,..., p. 32.

[427] LEÓN, Aníbal Quiroga, *El derecho procesal constitucional en el Perú y el Código Procesal Constitucional, in Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006*, 12º año, Tomo I, Montevideo, Fundación Konrad-Adenauer, 2006, p. 396.

assim, a invalidação prospectiva como sanção-regra ao vício de inconstitucionalidade, do mesmo modo como ocorre no modelo austríaco de controle de constitucionalidade.

No entanto, o art. 83 do Código Processual Constitucional do Peru estabelece que, a despeito de a declaração de inconstitucionalidade não possuir efeito retroativo e nem tem o condão de reabrir processos judiciais concluídos com base na lei declarada inconstitucional, em duas hipóteses excepcionalmente a regra da irretroatividade é atenuada: (a) em matéria penal, nos casos de aplicação de retroatividade benigna e (b) em matéria tributária, nos casos em que o Tribunal Constitucional reconhecer que o art. 74 da Constituição peruana[428] foi violado pela lei inconstitucional. Neste último caso, aliás, o Tribunal deverá assinalar expressamente os efeitos temporais de sua decisão, resolvendo na sentença aquilo que concerne às situações jurídicas formadas enquanto a lei declarada inconstitucional estava em vigência[429].

Observa-se, assim, que a modulação dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade no Peru é também feita através da previsão de uma norma de exceção à regra geral da sanção ao vício de inconstitucionalidade. Afastam-se os efeitos típicos da anulabilidade caso o Tribunal Constitucional entenda estar diante de uma lei inconstitucional a impor regime penal mais gravoso ou diante de uma lei inconstitucional violadora dos princípios tributários fundamentais. Nestas duas hipóteses, o que se nota é a préfixação de que nem a consolidação da situação no tempo, nem a presença de fórmulas de preclusão serão capazes de impedir a excepcional retroatividade da invalidação oriunda da declaração de inconstitucionalidade. Trata-se de espécie de modulação de efeito "às avessas" quando comparado com Espanha e Itália.

---

[428] Em tradução livre: *Art. 74. Os tributos são criados, modificados ou revogados, ou é estabelecida uma isenção, exclusivamente por lei ou decreto legislativo em caso de delegação de faculdades, salvo tarifas e taxas, as quais são reguladas mediante decreto supremo. (1) Os governos regionais e os governos locais podem criar, modificar e excluir contribuições ou taxas, ou isentar destas, dentro de sua jurisdição, com os limites fixados indicados na lei. O Estado, ao exercer seu poder de tributar, deve respeitar os princípios da reserva legal, e os da igualdade e respeito aos direitos fundamentais da pessoa. Nenhum tributo poder ter caráter confiscatório. (2) As leis orçamentárias e os decretos de urgência não podem conter normas sobre matéria tributária. As leis relativas a tributos de periodicidade anual valem a partir de primeiro de janeiro do ano seguinte a sua promulgação.(3) Não surtem efeitos as normas tributárias emitidas em violação às disposições do presente artigo".*

[429] PRAELI, Francisco José Eguiguren, *El nuevo Código Procesal Constitucional Del Perú, in Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2005,* 11º año, Tomo I, Montevideo, Fundación Konrad-Adenauer, 2005, p. 350.

3.3.4. Vazios normativos e necessidade de atuação do legislador

A Alemanha filiou-se à concepção tradicional de que ao vício de inconstitucional vincula-se a conseqüência jurídica da nulidade, já que a lei inconstitucional é considerada nula *ab initio* em seu sistema constitucional[430]. Nele, diversamente do sistema austríaco, considera-se que a lei inconstitucional não apenas está sujeita à anulação como também é nula desde sua origem (*ex tunc*) e, por isso, desprovida de qualquer eficácia jurídica[431]. Desta maneira, conforme preceitua o art. 78 da atual Lei do Tribunal Constitucional Federal alemão (LTCF), se o Tribunal Constitucional chegar à convicção de que direito federal é incompatível com a Lei Fundamental ou o direito estadual é incompatível com a Lei Fundamental ou com outro direito federal, então, declara essa lei nula[432].

Contudo, ainda antes da reforma legislativa ocorrida em 1970 na Lei do Tribunal Constitucional Federal alemão, a jurisprudência constitucional havia criado outros tipos de decisão para além da lógica inconstitucionalidade-nulidade, mesmo sem autorização legislativa[433]. Paulatinamente, o Tribunal Constitucional Federal tinha passado a admitir que uma lei pudesse ser considerada incompatível com a Constituição sem que isto implicasse a declaração de sua nulidade, até que, para consolidar aquilo que já vinha sendo praticado na jurisprudência alemã, foi legalmente reconhecida a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade[434], com a introdução dos §§ 31 e 79 na LTCF[435].

---

[430] MENDES, Gilmar Ferreira, *Controle de constitucionalidade na Alemanha (a declaração de nulidade da lei inconstitucional, a interpretação conforme à Constituição e a declaração constitucionalidade da lei na jurisprudência da corte constitucional alemã)*, Revista de Direito Administrativo nº. 193, jul-set/1993, p. 14.

[431] SCHLAICH, Klaus, *El Tribunal Constitucional Federal Alemán*, *in* CAPPELLETI, Mauro, DUBOUIS, Louis, ELIA, Leopoldo (*et al*), *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 193.

[432] HECK, Luís Afonso, *Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal alemão (Lei do Tribunal Constitucional Federal)*, Revista de Informação Legislativa ano 32, nº. 127, julho-setembro/1995, p. 253.

[433] SCHLAICH, Klaus, *El Tribunal Constitucional Federal Alemán*,…, p. 194.

[434] SCHLAICH, Klaus, *El Tribunal Constitucional Federal Alemán*,…, p. 195.

[435] Quanto a seu conteúdo normativo, Gilmar Ferreira Mendes informa-nos de que *"o § 79 da Lei orgânica do Tribunal contém preceitos que dispõem, expressamente, sobre as consequências jurídicas da declaração de nulidade. 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 a dispor de maneira diversa (§ 79 (2). Acentua-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. 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"*. Ver *Controle de constitucionalidade na Alemanha (a declaração de nulidade da lei inconstitucional, a interpretação conforme à Constituição e a declaração constitucionalidade da lei na jurisprudência da corte constitucional alemã)*,..., p. 16.

Seja como for, conforme ensina GILMAR FERREIRA MENDES, a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade, também denominada declaração de incompatibilidade, foi inicialmente instituída para superar os casos de inconstitucionalidade por omissão e de inconstitucionalidade pela exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade[436]. Não é por outra razão que HUMBERTO ÁVILA, ao subdividir as hipóteses em que tradicionalmente a incompatibilidade é preferível à nulidade, informa que Tribunal Constitucional Alemão dela faz uso nos (a) *casos em que só a declaração da nulidade da lei não restaura o estado de constitucionalidade*, e (b) *casos em que a declaração de nulidade não restaura automaticamente o estado de constitucionalidade*[437].

Entre as hipóteses em que a (a) nulidade, *per si*, não restaura a constitucionalidade estão as (a.1) leis anti-isonômicas, que apesar de concretizar algum princípio constitucional com a concessão de benefício, acabam por excluir dele alguns sujeitos injustificadamente[438], e as (a.2) leis deficitárias, que deixam de prever estabelecer diferenciação obrigatória a determinadas pessoas ou situações[439]. Nestes casos, verifica-se que a lei inconstitucional, apesar de violar o princípio da igualdade, acaba por promover em alguma medida o ideal constitucional cuja conformação cabia ao legislador, de maneira que a declaração de nulidade eliminaria tal promoção (ainda que parcial) e ainda não ensejaria a promoção do ideal para os excluídos, sob pena de violar o princípio da separação de poderes[440]. Já entre as hipóteses em que (b) a nulidade não restaura automaticamente o estado de constitucionalidade estão os casos de leis que protegem bens jurídicos, que *garantem o exercício da liberdade e que prevêem instituições estatais necessárias ao exercício de determinados direitos*, no entanto promovem este ideal constitucional insatisfatoriamente. Nestes casos também se observa que a eliminação total dos efeitos da lei retira o mínimo já feito pelo legislador[441].

---

[436] MENDES, Gilmar Ferreira, *A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia da cidadania. Declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade no direito brasileiro*, Revista de Direito Administrativo nº. 191, jan-mar/1993, p. 53.

[437] ÁVILA, Humberto, *Segurança jurídica: entre a permanência, mudança e realização no Direito Tributário*,..., p. 502.

[438] ÁVILA, Humberto, *Segurança jurídica: entre a permanência, mudança e realização no Direito Tributário*,..., p. 503.

[439] ÁVILA, Humberto, *Segurança jurídica: entre a permanência, mudança e realização no Direito Tributário*,..., p. 507.

[440] ÁVILA, Humberto, *Segurança jurídica: entre a permanência, mudança e realização no Direito Tributário*,..., p. 505.

[441] ÁVILA, Humberto, *Segurança jurídica: entre a permanência, mudança e realização no Direito Tributário*,..., p. 511.

Pelo que se pode notar, o Tribunal Constitucional Federal alemão se vale da declaração de incompatibilidade quando, (1) existindo determinação constitucional ao Poder Público para que realize determinado ideal (em geral, direitos sociais) e (2) não havendo uma pré-fixação constitucional acerca de como o Estado deverá promovê-lo (há liberdade de como fazê-lo), (3) o Estado edita lei que atende parcial ou insatisfatoriamente o ideal previsto na Constituição[442], em choque contra o princípio da igualdade em sua perspectiva material (igualdade pela lei e na lei)[443]. Nestas situações, considerando que a expulsão da norma jurídica violadora do princípio da igualdade acarreta um distanciamento maior do propósito constitucional, o Tribunal Constitucional alemão deixa de impor os efeitos invalidantes *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade, gerando para o legislador o dever jurídico de empreender as medidas necessárias para suprimir o estado de inconstitucionalidade[444].

Além destas hipóteses, a jurisdição constitucional germânica tem utilizado a declaração de incompatibilidade também em casos em que "razões de segurança jurídica" justificam a manutenção dos efeitos da lei inconstitucional. Assim tem decidido o Tribunal Constitucional Federal *quando a nulidade iria produzir um vácuo jurídico ou um estado de incerteza* [445], ocasião em que, para evitar que o vazio normativo importe em omissão inconstitucional[446], simplesmente deixa de invalidar retroativamente os efeitos produzidos pela lei inconstitucional em benefício da segurança jurídica. Pode-se citar como exemplo disso a hipótese apresentada por KLAUS SCHLAICH de inconstitucionalidade da lei instituidora do imposto de renda por criar distinções desarrazoadas entre contribuintes, caso em que o Tribunal Constitucional se depara com a possibilidade de negar ao Fisco a aferição de todos os recursos advindos dessa lei até a edição de nova disciplina legal, se conferir efeitos retroativos a sua decisão[447].

---

[442] ÁVILA, Humberto, *Segurança jurídica: entre a permanência, mudança e realização no Direito Tributário,...*, p. 512.
[443] MARTINS, Leonardo, *Direito processual constitucional alemão,* São Paulo, Atlas, 2011, p. 97.
[444] SARMENTO, Daniel, *Eficácia temporal do controle de constitucionalidade (o princípio da proporcionalidade e a ponderação de interesses) das leis,...*, p. 31.
[445] HUMBERTO ÁVILA cita exemplo de hipótese em que é cabível a declaração de mera incompatibilidade: lei destinada a fazer a revisão geral dos salários a faz insatisfatoriamente, ocasião em que, se aplicada a nulidade, criar-se-ia um vazio jurídico a permitir o pagamento dos salários e uma incerteza jurídica quanto aos salários já pagos sem o devido fundamento legal. Ver *Segurança jurídica: entre a permanência, mudança e realização no Direito Tributário,...*, p. 513.
[446] MARTINS, Leonardo, *Direito processual constitucional alemão,* São Paulo, Editora Atlas, 2011, p. 99.
[447] SCHLAICH, Klaus, *El Tribunal Constitucional Federal Alemán,…*, p. 195.

Cumpre registrar ainda que o Tribunal Constitucional Federal alemão já se valeu da técnica de mera declaração de incompatibilidade também nos casos de inconstitucionalidade por erros no processo legislativo, nos quais o Tribunal, em prol da segurança jurídica e por inexistir inconstitucionalidade material, não declarou nula a lei e apelou ao legislador para que sanasse o vício dado[448]; nos casos de inconstitucionalidade por violações "não-evidentes"[449]; e nos casos em que o Tribunal constata a inexistência de regras ou disciplina jurídica transitória que ofereçam alternativa credível à solução consagrada na norma inconstitucional[450].

De toda sorte, não se pode confundir declaração de incompatibilidade com modulação de efeitos, como se fossem institutos umbilicalmente correlatos. Não é correto afirmar que haja modulação dos efeitos temporais em casos como o de declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade baseada em omissão legislativa. A inconstitucionalidade por omissão não pode ocasionar efeitos invalidantes, já que não faz sentido declarar a nulidade de uma lacuna ou de um não-ato[451]. Já tivemos a oportunidade de esclarecer anteriormente que a própria idéia de omissão ser apta a ensejar inconstitucionalidades subverte o vínculo entre o vício de inconstitucionalidade e a sanção de invalidação[452]. Somente nos casos em que a violação à igualdade caracteriza-se pela imposição injustificadamente diferenciada de ônus para sujeitos em situação idêntica é que faz sentido declarar a própria lei inconstitucional[453]. Nessa ocasião então, em não sendo pronunciada a nulidade, é que se pode atrelar a declaração de incompatibilidade com a técnica da modulação de efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade.

Como quer que seja, chama a atenção uma das hipóteses em que o Tribunal Constitucional Federal alemão utiliza-se da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade: a de vazios normativos ou vácuos legislativos. Nestes casos, a jurisdição constitucional deixa de aplicar a sanção de invalidação sobre a lei inconstitucional para não dar ensejo a uma lacuna normativa, especialmente nas circunstâncias em que a lacuna também puder caracterizar uma omissão inconstitucional. E assim age a jurisdição

---

[448] TALAMINI, Eduardo, *Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira: repercussão geral, força vinculante, modulação dos efeitos do controle de constitucionalidade e alargamento do objeto de controle direito*,..., p. 192.
[449] WEBER, Albrecht, *Alemania*,..., p. 79.
[450] CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional e teoria da Constituição*,..., p. 958.
[451] MENDES, Gilmar Ferreira, *A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia da cidadania. Declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade no direito brasileiro*,..., p. 54.
[452] LEAL, Roger Stiefelmann, *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*,..., p. 83.
[453] MARTINS, Leonardo, *Direito processual constitucional alemão*,..., p. 98

constitucional justamente em observância da segurança jurídica, com vistas a superar os problemas do vazio normativo[454].

Para este propósito, modulam-se os efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, afastando-se a invalidação retroativa *ex tunc* e, em certas ocasiões, até mesmo a invalidação *ex nunc* por um certo período. Aliás, no mais das vezes, nestes casos a modulação de efeitos deve ser *pro futuro*, já que se a jurisdição constitucional afastar somente a invalidação *ex tunc*, impedindo-se a aplicação da lei inconstitucional apenas dali para frente, ainda assim se poderá estar diante de um vácuo jurídico intolerável para a ordem constitucional[455]. Foi exatamente o que aconteceu no caso dos casamentos mistos decidido pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão:

> *"Na decisão proferida pelo* Bundesverfassungsgericht *sobre a constitucionalidade da lei que disciplinava o regime de nacionalidade das crianças nascidas dos chamados 'casamentos mistos', tornou-se evidente que, sem a aplicação provisória da disposição inconstitucional, haveria um vácuo legislativo. O* Bundesverfassungsgericht *reconheceu a legitimidade da aplicação provisória da lei declarada inconstitucional se razões de índole constitucional, em particular, motivos de segurança jurídica tornam imperiosa a vigência temporária da lei inconstitucional, a fim de que não surja, nessa fase intermediária, situação ainda mais distante da vontade constitucional do que a anteriormente existente*"[456].

Para além do contexto europeu, assim também agiu o Tribunal Constitucional da Bolívia na Sentença 82/2000. No intuito de evitar um perigoso vácuo jurídico, ainda mais considerando que no então período de transição democrática do país ainda vigiam muitas disposições legais aprovadas mediante decreto-lei, o Tribunal boliviano fixou prazo de 2 anos para que o Poder Legislativo sanasse os vícios de origem da lei inconstitucional. Com esta decisão, quis-se afastar o um grave vazio normativo sem que o Tribunal

---

[454] BEILFUSS, Markus González, *Tribunal constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 333.

[455] MENDES, Gilmar Ferreira, *A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia da cidadania. Declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade no direito brasileiro,...*, p. 56.

[456] MENDES, Gilmar Ferreira, *A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia da cidadania. Declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade no direito brasileiro,...*, p. 57.

tivesse de fazer uso de uma sentença aditiva para impor uma das possíveis alternativas de regramento previstas na Constituição. Por isso, para não incorrer no exercício de função tipicamente legislativa, fez uso da técnica de modulação de efeitos[457].

Curiosamente, um dos primeiros a admitir a possibilidade de se ter o reconhecimento da inconstitucionalidade desacompanhado da imediata anulação da lei viciada por o próprio HANS KELSEN no âmbito do sistema de controle de constitucionalidade austríaco. Por entender que a anulação da lei inconstitucional não tem o condão de restabelecer a vigência da lei anterior, afirma que a invalidação resulta um vazio jurídico, capaz de ensejar conseqüências desagradabilíssimas. Isto, sobretudo, se a inconstitucionalidade não tiver sido por causa de conteúdo e, em particular, se a elaboração de uma lei para regular o mesmo objeto requerer um prazo muito longo. Daí conclui: *para remediar esse inconveniente, é bom prever a possibilidade de diferir a entrada em vigor da sentença de anulação até a expiração de certo prazo a contar da sua publicação*[458].

No mesmo sentido se manifesta MARKUS GONZÁLEZ BEILFUSS, ao afirmar que o modelo austríaco de se tolerar a vigência da inconstitucionalidade enquanto não editada a nova lei é aquele que permite que o restabelecimento da constitucionalidade realize-se sem situações de vazios normativos ou de paralisia, e sem incertezas de comportamento para os operadores jurídicos, tudo em prol da segurança jurídica[459]. E disto ainda não destoa nem mesmo DANIEL SARMENTO, para quem 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 provisória do diploma legal questionado*[460].

Em síntese, verifica-se que um dos fundamentos da declaração de incompatibilidade adotado pela jurisprudência constitucional alemã é neutralizar os efeitos perniciosos que o vazio normativo provocado pela declaração de inconstitucionalidade traria à segurança jurídica e, especificamente, à certeza da regulação de condutas que se espera do Direito. Ao vislumbrar a possibilidade de a invalidação da lei inconstitucional vir a ensejar um vácuo legislativo, a jurisdição constitucional alemã pode afastar a pronúncia

---

[457] ALCALÁ, Humberto Nogueira, *El control represivo concreto y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en la reforma de las competencias del Tribunal Constitucional de Chile y los efectos de sus sentencias*,…, p. 472.
[458] KELSEN, Hans, *Jurisdição constitucional*,..., pp. 171-172.
[459] BEILFUSS, Markus González, *Tribunal constitucional y reparación de la discriminación normativa*,..., p. 331.
[460] SARMENTO, Daniel, *A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade*,..., p. 33.

de nulidade e modula os efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, às vezes até para o futuro, ocasião em que também informa a necessidade de atuação ao Poder Legislativo a ser efetuada dentro de um prazo estipulado.

Novamente, entendemos estar diante de um método de modulação de efeitos realizado através da subsunção jurídica[461]. O padrão geral continua a ser a invalidação retroativa *ex tunc* para as declarações de inconstitucionalidade, podendo ser excepcionado nas hipóteses em que objetivamente se verifique a existência de vácuos normativos a serem suplantados pelo legislador. Concretizando o princípio da segurança jurídica, a regra de exceção aqui, instituída pelo próprio Tribunal Constitucional Federal alemão – e não necessariamente por sua Lei – é a de que, presentes vácuos normativos, então poderão ser modulados os efeitos normais da decisão de inconstitucionalidade. Tal objetividade, a propósito, reforça-se quando o vazio normativo, além de afetar a segurança jurídica nas relações humanas, puder também caracterizar uma omissão inconstitucional, pois aqui a tentativa de restauração da ordem constitucional acaba por dar ensejo a outra inconstitucionalidade não permitida.

3.4. SOLUÇÃO PELO JUÍZO POLÍTICO

Cumpre ressaltar para efeitos deste estudo que há quem tangencie a discussão sobre o método de aplicação jurídica mais adequado para a modulação de efeitos e veja a questão como exercício de política judicial, tão-somente. Neste sentido, por exemplo, está a visão proclamada por SÉRGIO RESENDE DE BARROS. Para este professor, ao julgar a constitucionalidade das leis, o Supremo Tribunal Federal reveste-se da função de tribunal constitucional *e, como tal, profere decisões político-jurídicas, as quais – por serem assim – devem e podem ter os seus efeitos graduados e modelados, no tempo e no espaço, bem como em sua compreensão e extensão, conforme a necessidade político-social*

[461] É necessário registrar que HUMBERTO ÁVILA acrescenta aos requisitos da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade o de que *a ponderação entre os efeitos provenientes da declaração de nulidade da lei e os efeitos decorrentes da declaração de incompatibilidade da lei, tendo como parâmetro a Constituição na sua inteireza, revelem que a eliminação da lei não restaura o estado de inconstitucionalidade exigido pela Constituição, antes o prejudica*. Ver *Segurança jurídica: entre a permanência, mudança e realização no Direito Tributário,...*, pp. 512-513. Apesar disto, pensamos que não se trata da melhor forma de se ver a questão. A um porque não se externa os possíveis princípios constitucionais que estariam em jogo nessa situação (talvez o da nulidade *versus* o da segurança jurídica). A dois porque não identificamos outros autores a sustentar tal requisito para os casos de vácuo normativo. A três porque a piora no estado de inconstitucionalidade pode muito bem ser identificada sem o uso da ponderação quando o vácuo normativo releve-se, simultaneamente, ser uma inconstitucionalidade por omissão.

que as enforma[462]. Ainda segundo o autor, *todo o controle de constitucionalidade tem um teor político inafastável*, de maneira que a possibilidade de graduar os efeitos das decisões de inconstitucionalidade advém das prerrogativas que o Supremo Tribunal Federal detém como corte constitucional, isto é, da faculdade de julgar conforme *as circunstâncias fáticas significativas* e conforme *as concepções jurídicas dominantes em sua atuação*[463].

Esta orientação foi claramente adotada pela Suprema Corte dos EUA no julgamento do célebre caso *Linkletter vs. Walker*. Conforme já tivemos oportunidade de assinalar[464], a fixação de efeitos retroativos ou prospectivos foi considerada questão de pura política judiciária, a ser decidida particularmente em cada caso suscitado à Suprema Corte levando-se em conta as repercussões práticas e jurídicas que a retroatividade *ex tunc* pode vir a gerar caso seja escolhida. E, apesar de esta posição ter sido posteriormente superada nos Estados Unidos, o Supremo Tribunal Federal já expressou tal concepção no julgamento da ADI 1.102/DF[465] através do voto do Ministro Maurício Corrêa.

Contudo, a jurisprudência mais recente do Supremo Tribunal Federal não tem seguido a orientação traçada pelo Ministro Maurício Corrêa. Predomina o entendimento de que a modulação de efeitos deve ser realizada mediante um severo juízo de ponderação, e não se basear em considerações de política judiciária[466]. Atualmente, portanto, tem prevalecido a orientação de que a modulação de efeitos não deve ser feita à luz de um juízo político, e sim através de um juízo rigoroso de ponderação de princípios, não obstante seja discutível se, de fato, há como deixar de considerar a ponderação como expres-

---

[462] BARROS, Sérgio Resende de, *O nó górdio do sistema misto*, *in* TAVARES, André Ramos, e ROTHENBURG, Walter Claudius (org.), *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei nº. 9.882/99*, São Paulo, Atlas, 2001, p. 189.

[463] BARROS, Sérgio Resende de, *O nó górdio do sistema misto*,..., pp. 190-191.

[464] Ver 3.3.2 *supra*.

[465] Cuidou-se de ação direta de inconstitucionalidade através da qual foi declarada inconstitucional a incidência de contribuição previdenciária sobre os pagamentos feitos a autônomos e a empresários sem vínculo empregatício, por não se enquadrarem no conceito de "folha de salário" previsto no art. 195, inciso I, Constituição Federal. Nela, o Ministro Maurício Correa externou o seguinte entendimento: *creio não constituir-se afronta ao ordenamento constitucional exercer a Corte política judicial de conveniência, se viesse a adotar a sistemática, caso por caso, para a aplicação de quais os efeitos que deveriam ser impostos, quando, como nesta hipótese, defluisse situação tal a recomendar, na salvaguarda dos superiores interesses do Estado e em razão da calamidade dos cofres da Previdência Social, se buscasse o* dies a quo*, para a eficácia dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, a data do deferimento cautelar*.

[466] Assim disse o Ministro Gilmar Mendes, por exemplo, em voto proferido na ADI 3.819/MG acerca da possibilidade de o Supremo Tribunal Federal modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade: *portanto, aqui, não se trata de qualquer juízo de conveniência ou de adoção de qualquer opção política, mas tão-somente, de adoção de uma mera técnica jurídica que hoje é universal na jurisdição constitucional. Não há Corte constitucional digna desse nome que não faça modulação de efeitos, exatamente porque se ponderam princípios.*

são de um juízo de política judiciária, conforme entende JOSÉ LEVI MELLO DO AMARAL JÚNIOR[467].

Seja como for, sob esta premissa, torna-se secundária a análise sobre qual deve ser a melhor maneira de assegurar o caráter jurídico da declaração de inconstitucionalidade com efeitos temporais modulados pela jurisdição constitucional. Acolhida a tese de que fixação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade é questão de pura política judicial, podendo ser realizada com a mesma discricionariedade do legislador (ou, quem sabe, do Poder Constituinte), a nós parece que a problemática da modulação de efeitos deixa o âmbito jurídico de qual o método mais adequado para ingressar em uma seara provavelmente mais espinhosa, que envolve discussões sobre a legitimidade e o papel do Supremo Tribunal Federal na separação de poderes traçada pela Constituição da República Federativa do Brasil em 1988.

[467] AMARAL JÚNIOR, Jose Levi Mello do, *Da admissibilidade da restrição temporal de efeitos das decisões de inconstitucionalidade em controle concreto*,..., p. 437.

4. CRÍTICAS À MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

4.1. PROPÓSITO DA EXPOSIÇÃO DAS CRÍTICAS

Até aqui buscamos demonstrar que a invalidação da lei inconstitucional e de seus efeitos reveste-se da natureza jurídica de sanção ao vício de inconstitucionalidade, imposta pela jurisdição constitucional na segunda etapa da apreciação da compatibilidade da lei com a Constituição. Também ressaltamos que a modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade poder ser entendida como a técnica através da qual a jurisdição constitucional determina outro alcance temporal para a sanção de invalidação dos efeitos produzidos pela lei inconstitucional que não o geralmente admitido pelo sistema jurídico. Por causa disto, vimos que pode ser considerada como técnica de dosagem da extensão da sanção à inconstitucionalidade.

Do mesmo modo, procuramos demonstrar que a doutrina constitucionalista brasileira majoritária e a jurisprudência dominante no Supremo Tribunal Federal defendem que a modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade deve ser realizada através do método de ponderação de princípios, por intermédio do qual a jurisdição constitucional deve apreciar qual ou quais são os princípios, valores e interesses constitucionalmente protegidos que se sobressaem no caso concreto para, então, decidir-se pela modulação ou não da invalidação retroativa *ex tunc*. Vimos que boa parte dos autores a defender a solução com ponderação busca, de algum modo, traçar critérios objetivos para a realização do sopesamento, alguns dos quais insistindo que não se trata de decisões pautadas em política judiciária[468].

Além disto, objetivamos apontar a existência de algumas soluções para a modulação de efeitos que não se baseiam na ponderação de princípios, sendo antes, a nosso ver, típicos métodos de subsunção jurídica, em que eventuais conflitos entre normas são resolvidos através do estabelecimento de regras de exceção, pelo tradicional critério da especialidade. Juntamente, destacamos que a doutrina e jurisprudência estrangeiras pouca ou nenhuma ênfase dão à ponderação de princípios como método a ser adotado para o afastamento de suas respectivas sanções de invalidação preferenciais. Antes, tendem a optar por soluções que buscam minorar a margem de discricionariedade da jurisdição constitu-

[468] MENDES, Gilmar Ferreira, *Jurisdição constitucional – o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*,..., p. 395.

cional no tocante ao juízo sobre a permanência ou não dos efeitos da lei declarada inconstitucional.

Contudo, é chegada a hora de começarmos a analisar se o método adotado pelo Supremo Tribunal Federal para a modulação de efeitos é o mais recomendável, pois, diante do painel traçado, pode parecer que adotar soluções com ou sem ponderação é mera opção de cada sistema de controle de constitucionalidade. Eis o momento próprio para verificarmos se existem paradigmas na dogmática jurídica a apontar para um ou outro método de realização da modulação de efeitos. Afinal, a ponderação de princípios é o instrumento mais adequado para, na fixação da sanção ao vício de inconstitucionalidade, afastar-se a regra preferencial da invalidação retroativa *ex tunc*?

Para podermos responder, neste capítulo serão apresentadas as principais críticas que são feitas à ponderação de princípios, à modulação de efeitos e ao art. 27 da Lei nº 9.868/99, as quais nos fazem concluir que, no mínimo, é questionável o método utilizado no Brasil para a modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade. Em maior ou menor grau, todas têm em comum a preocupação com a objetividade que se espera do Supremo Tribunal Federal ao decidir a delicada questão de atenuar o alcance da invalidação retroativa *ex tunc* tão arraigada no sistema constitucional brasileiro pelo dogma da nulidade da lei inconstitucional. Todas apontam para o fato de que, tal como está sendo feito no Brasil, a modulação de efeitos distancia-se da previsibilidade esperada quando o assunto é a decisão de inconstitucionalidade.

4.2. CRÍTICAS AO MÉTODO DE PONDERAÇÃO

A ponderação pode ser entendida como a técnica de aplicação jurídica através da qual a jurisdição constitucional identifica a norma jurídica a ser aplicada ao caso concreto a partir da atribuição de pesos a todas as normas conflitantes entre si capazes de, em tese, disciplinar os fatos em apreciação no julgamento. Com surgimento no final do século XIX, ganhou notoriedade em meados do século XX com a evolução da teoria dos direitos fundamentais proporcionada principalmente pelas doutrinas de RONALD DWORKIN e ROBERT ALEXY, para as quais os direitos fundamentais revestem-se de natureza de princípios constitucionais.

Além disto, nos últimos anos no Brasil, doutrinariamente a ponderação tem tendido a saltar do patamar de método de solução de conflitos entre direitos fun-

damentais para alcançar o *status* de critério geral de aplicação do ordenamento jurídico, sob a concepção metodológica de que o julgador pode e deve abandonar o plano legal para adentrar no plano constitucional sempre que um princípio constitucional possa servir de fundamento para a decisão judicial, ainda que exista regra jurídica infraconstitucional a regular a matéria. Se assim pode ser feito, e considerando que os princípios constitucionais devem ser ponderados para servir de fundamento da decisão judicial, pode-se concluir então que, sob estas premissas, toda decisão judicial pode ser baseada numa ponderação de princípios[469].

Ocorre que a tendência de se expandirem as searas em que a ponderação de princípios é tradicionalmente cabível está longe de poder ser considerada despropositada ou ideologicamente isenta. Conforme já assinalamos anteriormente, uma das causas de expansão da ponderação de princípios no Brasil é a crescente aceitação de um movimento de teorização constitucional chamado de "neoconstitucionalismo" que, apesar de sua fluidez conceitual, tem como principais motes (a) a supervalorização dos princípios constitucionais em detrimento das regras jurídicas, (b) o apego à ponderação no lugar da subsunção e da justiça particular sobre a justiça geral e abstrata, (c) a prevalência do Poder Judiciário sobre os demais Poderes, e (d) a defesa da aplicação direta da Constituição em substituição à incidência da lei infraconstitucional[470].

Observa-se, assim, que o uso alargado da ponderação de princípios para campos que não os originalmente pensados pela teoria dos direitos fundamentais – a invocação do sopesamento para a modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade pode ser considerada um exemplo disto – já é, em si, algo bastante criticável porque estende inadvertidamente a ponderação para searas nas quais a lógica de aplicação no "máximo possível" tem dificuldades de conformação. Além desse motivo, o próprio "neoconstitucionalismo" – cujo marco filosófico é o "pós-positivismo"[471] – é criti-

---

[469] ÁVILA, Humberto, "*Neoconstitucionalismo": entre a "Ciência do Direito" e o "Direito da Ciência",...*, p. 7.

[470] ÁVILA, Humberto, "*Neoconstitucionalismo": entre a "Ciência do Direito" e o "Direito da Ciência",...*, p. 2

[471] Segundo LUÍS ROBERTO BARROSO e ANA PAULA DE BARCELOS, *o pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana*. Ver *O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro,...*, pp. 278-279. Apesar da definição, não é preciso muito esforço para perceber a fluidez da própria conceituação deste que busca ser uma nova proposta de teorização do direito constitucional.

cável, por padecer de uma fragilidade teórica justamente porque, dentre outros fatores[472], (a) exagera na valorização dos princípios constitucionais, (b) despreza regras em favor de princípios e (c) extrair deles desdobramentos típicos da disciplina legislativa[473]. Ademais, faz com que o direito constitucional deixe de ser uma ciência objetivamente considerada e passe a ser a expressão emocional das intenções do intérprete[474], capaz de tornar a inconstitucionalidade um conceito emocional, e não mais técnico[475].

A propósito, conforme alerta VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA ao tratar das técnicas de interpretação constitucional, há sempre de se tomar cuidado com as pretensas inovações em sede de hermenêutica constitucional, uma vez que são costumeiramente acompanhadas de uma visão maniqueísta de que o novo é condenar os métodos tradicionais e afirmar que eles não mais são as ferramentas adequadas, enquanto que velho é crer na aplicação de métodos privatistas concebidos no século XIX[476]. A mesma preocupação deve ser estendida às pretensamente novas concepções que o "neoconstitucionalismo" traz para o direito constitucional do século XXI, o que *per si* já deve colocar sob suspeita a invocação da ponderação como o método preponderante para a aplicação do direito.

---

[472] Segundo ELIVAL DA SILVA RAMOS, *a fragilidade teórica do neoconstitucionalismo pode ser também aquilatada: pela indevida invocação de autores estrangeiros que, supostamente, teriam rompido com o positivismo jurídico, quando, na verdade, o que professam nada mais é do que um positivismo renovado (em geral, com a incorporação da viragem ocorrida em meados do século passado); pelo recurso frequente a uma retórica vazia e passionalista; e, finalmente, pelo fato de que 'os partidários do pós-positivismo, como, em geral, os críticos do positivismo jurídico, constroem uma imagem caricatural de seu adversário teórico que não encontra correspondência nos escritos dos mais conhecidos juspositivistas do século XX'*. Ver *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*,..., p. 284.

[473] RAMOS, Elival da Silva, *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*,..., p. 283. Outrossim, já no século passado, HANS KELSEN advertiu sobre os perigos da adoção de disposições constitucionais com alto grau de abstração, tal como as que fazem referência à justiça, à equidade, à igualdade, à liberdade, à moralidade, etc. Isto porque tais disposições poderiam ser equivocadamente interpretadas como diretivas do conteúdo das leis, mesmo sem o estabelecimento de critérios objetivos pela Constituição. A seu ver, *não é impossível que um tribunal constitucional chamado a se pronunciar sobre a constitucionalidade de uma lei anule-a por ser injusta, sendo a justiça um princípio constitucional que ele deve por conseguinte aplicar. Mas nesse caso, a força do tributal seria tal, que deveria ser considerada simplesmente insuportável. A concepção que a maioria dos juízes desse tribunal tivesse da justiça poderia estar em total oposição com a da maioria da população, e o estaria evidentemente com a concepção da maioria do Parlamento que votou a lei*. Por isso, adverte que, em se optando por adotar princípios relativos ao conteúdo das demais normas jurídicas, devem ser formulados da forma mais precisa possível. Ver *Jurisdição constitucional*,...,pp. 169-170. Observa-se, portanto, que o "neoconstitucionalismo", ao pregar uma principialização da Constituição, acaba por concretizar a preocupação manifestada por HANS KELSEN, abrindo justamente a margem de discricionariedade à jurisdição constitucional com que o jurista receava

[474] HORBACH, Carlos Bastide, *A nova roupa do direito constitucional: neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos*, Revista dos Tribunais nº. 859, maio/2007.

[475] Carlos Bastide Horbach chega a afirmar que, no Brasil, em tempos de neoconstitucionalismo, a inconstitucionalidade ganha ares de um conceito emocional a ponto de, quando se afirmar "sou contra ela lei porque é inconstitucional", está-se na verdade dizendo: "Esta lei é inconstitucional porque sou contra ela"! Ver *A nova roupa do direito constitucional: neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos*,..., p.

[476] SILVA, Virgílio Afonso, *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*, *in* SILVA, Virgílio Afonso (org.), *Interpretação constitucional*, São Paulo, Editora Malheiros, 2010, p. 116.

De toda maneira, independentemente da influência pós-positivista que se percebe na questão, é possível destacar diversas críticas à ponderação de princípios considerada em si mesma, ainda que seja vista apenas como um método de solução de colisões entre direitos fundamentais. Didaticamente, as críticas podem ser dividas em três grupos básicos: (a) as que sustentam que a ponderação de interesses esvazia os direitos fundamentais ao torna-los relativos e subordinados a uma "reserva de ponderação"; (b) as que afirmam que a ponderação, por não se firmar em critérios racionais e objetivos de decisão, camufla um verdadeiro decisionismo judicial, em que é conferido ao juiz uma margem exagerada de discricionariedade na escolha dos princípios que devem prevalecer e (c) as que alegam que a ponderação implica a outorga de um poder excessivo ao Poder Judiciário, já que ao juiz é dada a prerrogativa de realizar opções políticas acerca dos valores jurídicos tal qual a função legislativa[477].

ERNST WOLFGANG BÖCKENFÖRDE é um dos principais críticos da ponderação. Já quando atuava como juiz do Tribunal Constitucional Federal alemão, Böcken-förde deixou evidenciada sua contrariedade com o uso da ponderação de princípios para a solução de conflitos envolvendo direitos fundamentais. Isto porque, em 1985, foi um dos que discordou da decisão majoritária do Tribunal Constitucional que entendeu serem constitucionais as disposições da lei que regulava a objeção de consciência para o serviço militar, sob o argumento de que o direito de recusar servir o Exército haveria de ser ponderado com o princípio constitucional da defesa nacional. Sua discordância baseou-se no entendimento de que o uso da ponderação, além de ter sido efetuada em desfavor de um direito fundamental no caso em questão, proporciona a perda da força vinculante dos direitos fundamentais, já que os torna sujeitos a toda sorte de limitações. Além disto, considerando a ausência de critérios gerais previstos na Constituição para a realização do sopesamento, ter-se-ia de reconhecer que a norma jurídica a ser aplicada não mais decorre da Constituição, mas sim do juízo de ponderação do Tribunal[478].

Neste raciocínio também são os textos doutrinários de BÖCKENFÖRDE. Neles, porém, vai além da rejeição à técnica da ponderação de princípios, pois também critica a inserção de valores na Constituição de um Estado que pretende ser de Direito. Segundo seu modo de ver, a garantia da liberdade e dos demais direitos fundamentais já não é mais incondicionada e feita através de uma delimitação jurídico-formal na Constitui-

[477] Divisão didática proposta por DANIEL SARMENTO em sua obra *A ponderação de interesses na Constituição Federal*,..., pp. 141-142.
[478] BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*,..., pp. 68-69.

ção, mas somente se estiver adstrita ao sistema de valores positivados[479]. Em decorrência disto, franqueia-se abertura para a instalação de regimes autoritários, caracterizados pela progressiva quebra das garantias formais e dos procedimentos em nome de um direito material superior. Assim entende BÖCKENFÖRDE, acima de tudo, porque:

> *"Y esto vale también de un modo especial para la apelación a valores materiales, ya que los valores como tales no son susceptibles de una fundamentación racional mediada intersubjetivamente. Em último extremo se apoyan más bien em vivencias, en el sentimento, en evidencias, y com ello se retrotraem a convicciones compartidas y abren la puerta de par en par a opiniones y actitudes personales (ideológicas), a un positivismo de las valoraciones cotidianas, pues además no hay un sistema racionalmente fundado para resolver los conflictos entre esos valores"*[480].

Desta afirmação já se pode extrair uma severa crítica à ponderação de princípios. Ao se admitir que através da ponderação é que a jurisdição constitucional decide-se sobre a aplicação de valores e princípios, e ao se reconhecer que não existe um sistema racionalmente embasado para resolver conflitos entre valores, é de se concluir que, para o autor alemão, a ponderação de princípios é técnica de aplicação jurídica despida da racionalidade esperada no Estado de Direito. Não é sem motivo que diz em outro escrito que a invocação da ponderação para resolver conflitos revela uma aparência racional, mas foge a uma fundamentação real, sendo que *na prática, significa uma fórmula velada do decisionismo judicial ou interpretativo*[481], de modo a ensejar *um trânsito escorregadio do Estado legislativo parlamentar para o Estado jurisdicional da justiça constitucional*[482].

Vemos também o espanhol JUAN ANTONIO GARCIA AMADO[483] a criticar a as concepções teóricas preconizadas por GUSTAVO ZAGREBELSKI em sua obra "*El derecho ductil"*, das quais uma delas é a de que os princípios podem ser combinados em proporções diversas que permitam a melhor acomodação conjunta de todos, através de

---

[479] BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Madrid, Editorial Trotta, 2000, p. 41.
[480] BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia,...*, pp. 42-43.
[481] BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 60.
[482] BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, *Escritos sobre derechos fundamentales,…*, p. 72
[483] AMADO, Juan Antonio García, *Ductilidad del derecho o exaltación del juez? Defensa de la ley frente a (otros) valores y principios,* Anuario de Filosofia del Derecho, vol. 13, 1996, pp. 65-89.

prudentes soluções acumulativas, combinatórias, compensatórias – isto é, da técnica de ponderação – que conduzam os princípios constitucionais a um desenvolvimento conjunto. Diante desta concepção, o professor da Universidade de León questiona, com certa ironia, se há algo diferente entre dizer que todos os princípios podem ser convergidos para a solução do caso concreto – afirmação que soa agradável – e reconhecer que não há que se considerar relevante nenhum princípio quando estes entram em conflito.

Além desta indagação de resposta intuitiva, JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO é contundente em dizer que a afirmação de ser possível ao intérprete dizer o conteúdo relevante de um princípio para o caso concreto e conciliá-lo em proporção adequada com um princípio de conteúdo oposto é nada mais que a mais pura, simples, desnuda discricionariedade, camuflada de um expediente metodológico de dizer que a decisão resulta de uma objetiva e imparcial ponderação de princípios[484]. Portanto, à semelhança de ERNST WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, AMADO também vê na ponderação de princípios uma técnica despida de objetividade e racionalidade capazes de afastar o decisionismo judicial, sendo antes uma espécie de "disfarce" teórico para a discricionariedade.

FRIEDRICH MÜLLER é mais contundente: o sopesamento é um método irracional, uma mistura de "sugestionamento linguístico", "pré-compreensões mal-esclareci-das" e "envolvimento afetivo em problemas jurídicos concretos", cujo resultado não passa de mera suposição[485] e de um potencial atentado à racionalidade e objetividade exigidas pelo Estado de Direito[486], sendo nada mais do que uma palavra contra a outra[487]. Outrossim, merecem destaques as críticas feitas por ALEXANDER ALEINIKOFF. Resumidamente, afirma que a ponderação não possui critérios objetivos que permitam comparações entre os valores em conflito, assim como padece da falta de uma escala de valores diversa das pré-concepções subjetivas do julgador para orientá-lo no sopesamento dos valores en-

---

[484] Aliás, JUAN ANTONIO GARCIA AMADO utiliza-se de uma interessantíssima expressão para criticar trechos do texto de Gustavo Zagrebelski quando este se vale de palavras-chaves que parecem dizer muito, mas que dificilmente significam algo: elementos metafísicos. Pelo teor de suas críticas, o doutrinador espanhol dá a entender que o sopesamento de princípios, com os moldes em que normalmente é invocado, poderia ser enquadrado nesse conceito. Ver *Ductilidad del derecho o exaltación del juez? Defensa de la ley frente a (otros) valores y principios,* Anuario de Filosofia del Derecho, vol. 13, 1996, pp. 65-89.

[485] SILVA, Virgílio Afonso, *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico,...*, p. 137.

[486] A inferência é feita a partir das considerações de FRIEDRICH MÜLLER sobre a identificação da ponderação de conseqüências com o estilo de raciocínio de política constitucional. Segundo o autor, apesar de o trabalho do direito constitucional estar embebido em pontos de vistas de política constitucional, *nem o caráter vinculante do direito constitucional, lá onde ocorreu um pré-decisão normativa, nem a racionalidade e objetividade exigidas pelo Estado de Direito, até onde ela é em princípio possível na ciência jurídica, devem ser questionados*. Ver *Métodos de trabalho do direito constitucional*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2005, p. 90.

[487] ALEXY, Robert, *Teoria dos direitos fundamentais,...*, p.174.

volvidos. A estas dificuldades acrescenta o fato de que, em geral, a Suprema Corte norte-americana tende, ao realizar o juízo de ponderação, a não expor de onde colheu os pesos que atribui aos interesses em conflito e a não discutir os critérios de avaliação que empregou. Por isto, afirma uma ponderação criteriosa para a solução do conflito nunca é realizada na prática[488].

No Brasil, em edições mais recentes de seu consagrado *Curso de direito constitucional*, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO traz considerações sobre princípios constitucionais e sua aplicação, nas quais expressa que toda vez que o julgador estiver diante de um conflito de princípios e optar por sopesá-los (ou ponderá-los), estará a realizar juízo sempre arbitrário e discutível, já que a Constituição Federal não estabelece escala para que pesos sejam atribuídos[489]. Ao seu lado está ÁLVARO RICARDO DE SOUZA CRUZ, para quem a ponderação de valores nada mais é do que *uma caixa preta da qual o intérprete extrai qualquer coisa que ele quiser*, transformando *inequivocamente a decisão judicial num decisionismo que aproxima demasiadamente a jurisdição da atividade legislativa ordinária e até mesmo constituinte*[490].

A acentuada discricionariedade da ponderação de princípios, aliás, não é negada nem mesmo por alguns de seus próprios defensores brasileiros. Apesar de insistir que a ponderação pode ser fundada em critérios racionais advindos do uso do princípio da proporcionalidade[491], DANIEL SARMENTO reconhece que seria negar o óbvio dizer que a ponderação não concede ampla discricionariedade ao julgador, carreando uma dose maior de insegurança à ordem jurídica[492]. Admite também que *sob o manto da ponderação de interesses, às vezes se pratica o mais puro decisionismo judicial, em que preferências puramente subjetivas e não justificadas ditam o resultado de um conflito entre princípios constitucionais*[493], de forma que *não há como negar que a ponderação de interesses exacerba a dimensão política da jurisdição constitucional, tornando mais agudos os problemas concernentes à sua legitimidade, como instituição contramajoritária*[494].

---

[488] A respeito de ALEXANDER ALEINIKOFF e seu artigo *Constitutional law in the age of balancing*, ver a obra de PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*,..., pp. 98-100.
[489] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Curso de direito constitucional*, 35ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2009, p. 397.
[490] CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza, *Jurisdição constitucional democrática*,..., p. 430.
[491] SARMENTO, Daniel, *A ponderação de interesses na Constituição Federal*,..., p. 151.
[492] SARMENTO, Daniel, *A ponderação de interesses na Constituição Federal*,..., p. 145.
[493] SARMENTO, Daniel, *A ponderação de interesses na Constituição Federal*,..., p. 146.
[494] SARMENTO, Daniel, *A ponderação de interesses na Constituição Federal*,..., p. 149.

Finalmente, até LUÍS ROBERTO BARROSO admite que o método de se realizar a ponderação de princípios atualmente não atende satisfatoriamente critérios objetivos que seriam de se esperar na aplicação jurídica. É o que se pode concluir de que recente afirmação em conjunto com ANA PAULA DE BARCELOS: *é bem de ser, no entanto, que a ponderação, embora preveja a atribuição de pesos diversos aos fatores relevantes de uma determinada situação, não fornece referências materiais ou axiológicas para a valoração a ser feita. No seu limite máximo, presta-se ao papel de oferecer um rótulo para voluntarismos e soluções* ad hoc*, tanto as bem-inspiradas como as nem tanto... No estágio atual, a ponderação ainda não atingiu o padrão desejável de objetividade, dando lugar a ampla discricionariedade judicial*[495].

São estas, em sínteses, as principais críticas que a doutrina jurídica faz à técnica de ponderação de princípios. Às vezes com mais veemência, às vezes com menos, fato é que em todas se vê o reconhecimento de que a ponderação é método de aplicação jurídica realizada à deriva de critérios racionais e objetivos para o sopesamento dos valores conflitantes, o que a habilita a ser um potencial disfarce de arbitrariedades judiciais e de tomadas de decisões tipicamente políticas. Mesmo se adotada apenas para a solução de conflitos entre direitos fundamentais, e não com a amplitude pregada pelo "neoconstitucionalismo", ainda assim a ponderação padeceria de uma preocupante discricionariedade, segundo se pode concluir.

Logo, podemos concluir desde já que trazer a ponderação de princípios para o bojo da modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade está longe de ser uma opção interpretativa como tantas outras possíveis. Há um ônus que advém da constatação de que nela podem-se abrir grandes margens de discricionariedade indesejada em se tratando de controle de constitucionalidade das leis. Eis assim um primeiro fato a desincentivar as soluções com ponderação em matéria de modulação de efeitos.

4.3. CRÍTICAS À MODULAÇÃO DE EFEITOS

A modulação de efeitos faz-se presente em quase todos os sistemas constitucionais, haja vista que tanto o modelo estadunidense quanto o modelo austríaco de

[495] BARCELOS, Ana Paula de, e BARROSO, Luís Roberto, *O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*,..., pp. 290-291.

controle de constitucionalidade passaram a admitir atenuações às sanções originalmente concebidas como consequências ao vício de inconstitucionalidade. Não se pode rechaçar que a modulação de efeitos é, de fato, realizada pelas mais diversas jurisdições constitucionais pelo mundo, mesmo que não haja respaldo constitucional explícito. Pode-se afirmar seguramente que a presença da modulação de efeitos é fato incontestável no cotidiano dos órgãos responsáveis pelo controle de constitucionalidade das leis.

O sistema constitucional brasileiro não fugiu à regra. O Supremo Tribunal Federal há décadas tem admitido exceções ao dogma da nulidade da lei inconstitucional, permitindo a manutenção de certos efeitos produzidos pela lei, às vezes permitindo até a permanência temporária da própria lei inconstitucional. Com a edição do art. 27 da Lei nº. 9.868/99 e do art. 11 da Lei nº. 9.882/99, a modulação de efeitos tornou-se legalmente consagrada no Brasil, muito embora já tivesse sido utilizada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Tornou-se oficial o que antes podia ser considerado oficioso e de cabimento questionável.

Isto, todavia, não foi capaz de blindar a modulação de efeitos de críticas as mais diversas possíveis. Críticas que vão desde a existência da modulação de efeito em si considerada até a previsão da modulação de efeitos *pro futuro*, passando por questionamentos quanto à forma e à freqüência com que a modulação de efeitos tem sido feita pelo Supremo Tribunal Federal. Vejamos, assim, algumas delas, especialmente as trazidas pela doutrina constitucionalista brasileira, pois serão úteis para respondermos mais adiante se a ponderação é o método mais adequado para afastar os efeitos invalidantes *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade.

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO é certamente um dos principais críticos quanto às questões concernentes à modulação dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade, especialmente nos moldes estabelecidos pela Lei nº. 9.868/99. Inicialmente, em artigo publicado pouco após a edição do art. 27 da aludida lei, registrou seu entendimento de que a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal restringir os efeitos de sua decisão de inconstitucionalidade ataca a rigidez da Constituição de 1988, na medida me que se consideraram válidos os atos inconstitucionais. *Não é mais rígida a Constituição brasileira*[496], definiu o autor. Posteriormente, com menos rigor, expressou que, com a con-

[496] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade (Leis nº. 9.868, de 10 de novembro e nº. 9.982, de 3 de dezembro de 1999)*, Revista de Direito Administrativo nº. 220, abril-junho/2000, p. 11.

tinuidade da vigência e eficácia da lei inconstitucional, *fica ao menos abalada a rigidez na Constituição; é ela flexibilizada, eis que típico é das constituições flexíveis serem elas alteradas por lei infraconstitucional que as contradiz*[497]. Manteve-se, porém, na compreensão de que a modulação de efeitos é técnica que viola (ou pelo menos mitiga) a supremacia da Constituição sobre as leis infraconstitucionais, e tendente a tornar o Supremo Tribunal Federal uma espécie de terceira Câmara do Poder Legislativo, uma vez que, ao convalidar um ato inconstitucional, legisla[498].

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS está ao seu lado. Defende a impossibilidade de se relativizar os efeitos retroativos da decisão de inconstitucionalidade, convalidando-se atos contrários à Constituição praticados antes da declaração[499]. Aliás, faz questão de ressaltar que, neste aspecto, é possível transportar ao Brasil as experiências do direito constitucional alemão como a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, sob pena de se indevidamente transformar uma "inconstitucionalidade real" em "constitucionalidade pragmática". A ele, *se uma norma tiver sido afastada do cenário jurídico nacional pelo vício maior da inconstitucionalidade, não há como considerar seus efeitos válidos, como se constitucional fosse no passado ou – o que é pior – mantê-los com validade ainda por certo período de tempo*[500].

ÁLVARO RICARDO DE SOUZA CRUZ, por sua vez, é até mais enfático. O professor da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais vê na modulação de efeitos um perigoso mecanismo que tem levado a jurisdição constitucional à condição de Poder Constituinte Originário alternativo[501]. A seu ver, ao admitir a permanência de efeitos vali-

---

[497] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *O valor do ato inconstitucional em face do direito positivo brasileiro,...*, p. 225.

[498] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *O valor do ato inconstitucional em face do direito positivo brasileiro,...*, p. 227.

[499] MARTINS, Ives Gandra da Silva, MENDES, Gilmar Mendes, *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999,...*, pp. 205-206.

[500] MARTINS, Ives Gandra da Silva, *Descumprimento de preceito fundamental: eficácia das decisões, in* ROTHENBURG, Walter Claudius, e TAVARES, André Ramos, *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei nº. 9.882/99*, São Paulo, Editora Atlas, 2001, p. 179.

[501] CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza, *Jurisdição constitucional democrática,...*, p. 24. Além disso, a perplexidade do autor torna-se notória com a seguinte observação: *qual a garantia da prevalência das cláusulas pétreas da Constituição? Mais, qual a garantia de que leis atentatórias aos direitos fundamentais, especialmente aquelas ligadas à política econômica governamental, não prevalecerão, tendo seus efeitos mantidos por mais um, dois ou dez anos? O Supremo estará preparado para enfrentar o assédio do Executivo? Já esteve ele pronto para resistir ao longo da história? Estará alguma Corte Constitucional, afastada do suporta da sociedade, pronta para enfrentar esse desafio? Nos paradigmas liberal e social do controle de constitucionalidade, a resposta claramente é negativa. Fruto do paradigma social, o art. 27 a Lei n. 9.868/99 e seu congênere na Lei n. 9.882/99 são, além de ilegítimos, inconstitucionais, pois transformam o Supremo em verdadeiro Poder Constituinte Originário*. Conferir *Jurisdição constitucional democrática,...*, pp. 425-426.

dos da lei inconstitucional, a jurisdição constitucional está claramente violando a supremacia da Constituição, momento em que *na verdade, o Judiciário estaria abandonando o Direito e passando a operar exclusivamente por meio de argumentos pragmáticos, ou seja, politicamente*[502]. Conclui, assim, que a previsão legal da modulação de efeitos no Brasil (art. 27 da Lei nº. 9.868/99) é inteiramente absurda e capaz de violar todos os princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito, chegando a sugerir não haver diferenças entre uma decisão de inconstitucionalidade que mantenha a eficácia de uma norma inconstitucional e os Atos Institucionais do período da ditadura militar brasileira[503].

Interessante perceber que o autor não se furta de também criticar a ideia de que a modulação de efeitos deve ser feita através da ponderação de princípios. Isto porque, segundo entende, *a inconstitucionalidade é fenômeno deontológico, por conseguinte impossível de graduação ou pesagem; logo, uma lei não pode ser mais inconstitucional do que outra. Ambas são inconstitucionais e ponto final*[504]. Sob esta ótica, falar em manutenção dos efeitos da lei inconstitucional para se evitar uma situação ainda mais inconstitucional seria descabido, assim como seria invocar a teoria da aparência, a boa-fé, a coisa julgada ou o princípio do equilíbrio financeiro para se afastar a supremacia da Constituição[505].

HUMBERTO ÁVILA também questiona a técnica de modulação dos efeitos temporais das decisões de inconstitucionalidade tal qual feita no Brasil. Apesar de reconhecer que, em algumas hipóteses e observados determinados requisitos, a modulação é medida que deve ser aplicada, entende que *seu espaço, dentro do âmbito dos princípios do Estado de Direito e da segurança jurídica, é muito pequeno – demasiadamente pequeno*[506]. Não rejeita a utilização deste mecanismo. Contudo, por considerar que a modulação importa na manutenção de atos contrários à Constituição ou de seus efeitos, vê em seu uso uma

---

[502] CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza, *Jurisdição constitucional democrática*,..., p. 260.
[503] CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza, *Jurisdição constitucional democrática*,..., p. 426.
[504] CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza, *Jurisdição constitucional democrática*,..., p. 260.
[505] Como alternativa à ponderação de princípios, ÁLVARO RICARDO DE SOUZA CRUZ propõe a adoção da Teoria Discursiva do Direito e da Democracia, de maneira que *no instante em que uma norma for impugnada na via concentrada, o Supremo só terá duas opções: a) reconhecer sua constitucionalidade e, portanto, seus efeitos plenos, b) reconhecer sua inconstitucionalidade. Então, ter-se-á duas hipóteses: a) a lei será nula e perderá sua eficácia, retroativamente até a promulgação da lei ou da norma constitucional (*ex tunc*), ou b) a lei será considerada anulada e perderá seus efeitos a partir da declaração judicial (*ex nunc*), marcando, com isso, o prazo a quo de eventual efeito represtinatório*. Ver *Jurisdição constitucional democrática*,..., p. 423. Contudo, o autor não deixa claro em que ocasiões o Supremo Tribunal Federal deverá impor a invalidação *ex tunc* ou a invalidação *ex nunc*.
[506] ÁVILA, Humberto, *Segurança jurídica: entre a permanência, mudança e realização no Direito Tributário*,..., p. 500.

espécie de "contraordem" ou "contramandado" internamente contraditório ao próprio Direito, pois *este deve ser obedecido, mas pode ser descumprido, e, se pode ser descumprido, não precisa ser obedecido*.[507] Logo, afirma que *toda modulação de efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade envolve uma contradição do Direito consigo mesmo: ao manter o que lhe é contrário, o Direito como que devora a si próprio, tal como uma cobra que engole sua própria cauda. Ela envolve, por assim dizer, não um Direito Constitucional, mas um Direito Inconstitucional*[508].

Além disto, por causa deste duplo comando contraditório, o professor gaúcho entende que com a modulação dos efeitos temporais, cria-se incerteza quanto à qual regra realmente deve ser observada: (a) se a que foi violada ou (b) se aquela aplicada pelo Poder Judiciário que não sancionou a violação da primeira regra. E, no intuito de bem demonstrar o que quer dizer, HUMBERTO ÁVILA cita o interessantíssimo e didático exemplo de um filho pequeno recalcitrante em obedecer a seu pai, que, por ser tão cotidiano, traduz bem sua impressão sobre o tema: *se o filho entende o que é 'não', porém não ter certeza de que 'não' é realmente 'não', ou ainda que tenha, não está certo de que, depois de chorar ou de insistir, o 'não' pode transformar-se em 'sim', ele simplesmente não cumpre ou pelo menos duvida da ordem emitida pelos pais*[509].

Como crê que a modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade é expediente de uso muitíssimo restrito, o autor apresenta requisitos necessário para se modular efeitos. A título de pressupostos, entende que a técnica só pode ser utilizada (a) em casos de difícil repetitividade no futuro[510], e (b) em que não haja manifesta inconstitucionalidade da lei impugnada, ou seja, nos que o destinatário da regra não podia nem devia saber da inconstitucionalidade de seu comportamento[511]. Como fina-

---

[507] ÁVILA, Humberto, *Segurança jurídica: entre a permanência, mudança e realização no Direito Tributário,...*, p. 497.
[508] ÁVILA, Humberto, *Segurança jurídica: entre a permanência, mudança e realização no Direito Tributário,...*, p. 561.
[509] ÁVILA, Humberto, *Segurança jurídica: entre a permanência, mudança e realização no Direito Tributário,...*, p. 498.
[510] Cita como exemplos o ADI 2.240/BA, já que a seu ver o Município cuja criação, apesar de inconstitucional, foi mantido nunca ou dificilmente será novamente criado; e o RE 197.917/SP, pois entende não haver risco, ou ser ele ínfimo, de o número de vereadores de um Município, declarado incompatível com a Constituição, ser novamente alterado. Já não vê do mesmo modo os casos que envolvem o ingresso no serviço público sem concurso, já que vê neles um incentivo à futura violação da Constituição. Ver *Segurança jurídica: entre a permanência, mudança e realização no Direito Tributário,...*,p. 563.
[511] HUMBERTO ÁVILA, neste sentido, critica a modulação de efeitos feita na ADI 3.660-2 pelo Supremo Tribunal Federal pois, apesar de reconhecer que a posição do Tribunal acerca inconstitucionalidade da destinação de custas judiciais a pessoas jurídicas de direito privado já era conhecida de longa data, ainda

lidades, entende que a modulação deve implicar a restauração do estado de constitucionalidade que a retroatividade da decisão não provocaria[512], de modo que somente seria cabível quando não houver outro meio de restabelecer o estado de constitucionalidade[513].

Ainda em observação às finalidades, HUMBERTO ÁVILA defende que a modulação só é permitida nos casos em que diretamente ou indiretamente proteger os direitos fundamentais e em que contribuir para a concretização do princípio da igualdade[514]. Conclui, assim, que *a análise dos requisitos e das finalidades da modulação de efeitos revela que a sua utilização – com se preconiza nesta tese – não é fruto de uma mera ponderação entre os efeitos (negativos) da declaração de nulidade (ex tunc) e os efeitos (positivos) da declaração de incompatibilidade (ex nunc)*, sustentando enfaticamente *"haver requisitos sem os quais, independentemente da referida ponderação, não se deve falar em modulação de efeitos*[515]. Sem a observância destes requisitos, termina, o controle de constitucionalidade não é minimamente calculável e, portanto, incompatível com o próprio princípio da segurança jurídica.

Já para JOSÉ LEVI MELLO DO AMARAL JÚNIOR, a admissão da modulação de efeitos traz pelo menos duas ordens de dificuldades e perigos. A primeira diz respeito ao fato de que a manutenção em vigor de lei inconstitucional acarreta uma *tolerância em favor da inconstitucionalidade*. Mesmo que transitoriamente, abre-se uma exceção à própria Constituição, tornando o Supremo Tribunal Federal o poder soberano. A segunda diz respeito ao modo de se realizar a modulação de efeitos através da ponderação de princípios e valores, pois vê nesta solução uma perigosa abertura para a atuação imediata de valores, em que o fim justifica o meio[516]. Observa-se assim que o autor não é contrário à modula-

---

assim atribui efeito prospectivos à decisão. Ver *Segurança jurídica: entre a permanência, mudança e realização no Direito Tributário,...*,p. 566.

[512] ÁVILA, Humberto, *Segurança jurídica: entre a permanência, mudança e realização no Direito Tributário,...*, p. 567.

[513] ÁVILA, Humberto, *Segurança jurídica: entre a permanência, mudança e realização no Direito Tributário,...*, p. 569

[514] Cita como exemplo de má-aplicação da modulação de efeitos as decisões proferidas nos RE 556.665/RS, 559.882/RS e 560.626/RS em que o Supremo Tribunal Federal, a despeito de reconhecer a inconstitucionalidade da lei ordinária que fixou prazos de decadência e prescrição às contribuições previdenciárias, excluiu das conseqüências do efeito retroativo os contribuintes que espontaneamente pagaram seus débitos. Neste caso, salienta que os que obedeceram à lei foram prejudicados. Os que descumpriram ou discutiram sua aplicação foram beneficiados. Ver *Segurança jurídica: entre a permanência, mudança e realização no Direito Tributário,...*, p. 573.

[515] ÁVILA, Humberto, *Segurança jurídica: entre a permanência, mudança e realização no Direito Tributário,...*, p. 574.

[516] Em citação à Carl Schmitt, JOSÉ LEVI MELLO DO AMARAL JÚNIOR destaca que a aplicação de um valor envolve a rejeição de um não-valor, e acaba sendo feita sob um lógica de retribuição de um mal com o mal, apesar de se estar diante de valores. Por isso, endossa a concepção de que ao legislador cabe a tarefa de

ção de efeitos, mas não deixa de expor com bastante ênfase os problemas que advém da atenuação do dogma da nulidade da lei inconstitucional e, principalmente, da realização da modulação através da ponderação de princípios.

Seja como for, LÊNIO LUIZ STRECK[517] e INGO WOLFGANG SARLET[518] estão na mesma corrente doutrinária de se criticar a modulação de efeitos sem rechaçá-la por inteiro. Alinham-se no sentido de que a modulação de efeitos não deve ter o alargado alcance que a Lei nº. 9.868/99 quis outorgar à jurisdição constitucional brasileira. Ambos reconhecem a existência de razões de ordem pragmáticas a apontar para a necessidade de se relativizar o dogma da nulidade e a previsão de efeito *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade. Por outro lado, são contrários à possibilidade de o Supremo Tribunal Federal vir a fixar outro alcance à invalidação que não o das clássicas teorias da nulidade e da anulabilidade da lei inconstitucional[519].

Chama a atenção, porém, as razões invocadas por cada um deles para justificar a posição. Diz LÊNIO STRECK não ser 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 razoabilidade*[520]. Por sua vez, INGO WOLFGANG SARLET é contrário à fixação dos efeitos temporais para além das alternativas *ex tunc* e *ex nunc* por entender que a postergação indiscriminada importa em *fator de insegurança jurídica e institucional, por si só potencial ameaça ao princípio do Estado de*

---

mediar os conflitos de valores por meio de regras mensuráveis e aplicáveis, de modo a se *impedir o terror da atuação imediata e automática dos valores*. Ver *Da admissibilidade da restrição temporal de efeitos das decisões de inconstitucionalidade em controle concreto*, ..., pp. 440-441.

[517] STRECK, Lênio, *Jurisdição constitucional e hermenêutica*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 2004, pp. 697-698.

[518] SARLET, Ingo Wolfgang, *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: alguns aspectos controversos*, ROTHENBURG, Walter Claudius, e TAVARES, André Ramos, *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei nº. 9.882/99*, São Paulo, Editora Atlas, 2001, p. 161-162.

[519] Segundo LÊNIO STRECK, *nem a Constituição está disponível ao Supremo Tribunal Federal e tampouco este pode dispor do prazo para 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)*. Conferir *Jurisdição constitucional e hermenêutica*,..., p. 697. Está em concordância, assim, com a colocação feita por JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, segundo a qual *os tribunais não têm competência constitucional (e legal) para recortar livremente os efeitos do vício jurídico dos actos normativos inconstitucionais. O regime jurídico dos efeitos de inconstitucionalidade tem de ser, pois, um regime jurídico constitucionalmente fundado*. Ver *Direito constitucional e teoria da Constituição*,..., p. 953.

[520] STRECK, Lênio Luiz, *Jurisdição constitucional e hermenêutica*,..., pp. 697-698.

Direito, além dos graves riscos até mesmo de ofensas aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos[521].

O destaque que merece ser feito às considerações dos autores é o de que o mesmo princípio da proporcionalidade e razoabilidade e os mesmos direito e garantias fundamentais que servem de fundamentos para a crítica à modulação de efeitos são também utilizados pela doutrina constitucional majoritária no Brasil justamente para respaldar a realização da modulação de efeitos para além da lógica *ex tunc* e *ex nunc.* Diante desse quadro de coisas, torna-se complicado discernir se os direitos fundamentais postulam a permanência dos efeitos produzidos pela lei inconstitucional (segurança jurídica) ou se tendem à extirpação total da lei viciada. Igualmente, fica difícil saber se o princípio da proporcionalidade impede o alargamento da modulação de efeitos ou se autoriza a modulação de efeitos até *pro futuro*, bastando ser utilizado corretamente na fundamentação da declaração de inconstitucionalidade.

Aliás, especificamente quanto ao princípio da proporcionalidade, devemos destacar que doutrinariamente é discutível este se pode ser aplicado em casos em que a jurisdição constitucional não está a julgar constitucionalidade de atos normativos que restringem princípios constitucionais[522]. Inspirado nas lições de VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, VICTOR MARCEL PINHEIRO esclarece que a regra da proporcionalidade é o meio adequado para controlar ações legislativas do Poder Público. Isto, porém, não ocorre quando o Supremo Tribunal Federal resolver conflitos entre o princípio da nulidade (princípio da exclusão da norma inconstitucional) e os demais princípios a postularem pela manutenção dos efeitos da lei inconstitucional. Segundo vê, ao aplicar o art. 27 da Lei nº. 9.868/99 e decidir-se por modular ou não os efeitos de suas decisões, não está em jogo uma medida legislativa que, sendo fruto de sopesamento do legislador, regulamenta quais são os efeitos da inconstitucionalidade em determinado caso concreto[523].

VICTOR MARCEL PINHEIRO, diga-se de passagem, entende que a modulação de efeitos envolve um conflito entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional e o princípio da segurança jurídica para cuja solução o legislador não previu nenhuma me-

---

[521] SARLET, Ingo Wolfgang, *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: alguns aspectos controversos,...*, p. 162.
[522] PINHEIRO, Victor Marcel, *A modulação de efeitos em decisão de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal,...*, p. 40.
[523] PINHEIRO, Victor Marcel, *A modulação de efeitos em decisão de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal,...*, p. 41.

dida a priori, devendo ser resolvido através de um juízo de ponderação no caso concreto[524]. Conseqüentemente, entende *que essa abordagem, do problema, se não errada, obscurece o raciocínio utilizado na modulação de efeitos de decisões de inconstitucionalidade. Como já ressaltado, no caso de modulação de efeitos das decisões do STF não deve haver a aplicação da regra da proporcionalidade, uma vez que não há medida do legislador a ser controlada no que se refere à modulação. Essa aplicação gera confusões no que diz respeito à estrutura do sopesamento dos princípios constitucionais envolvidos*[525].

Por fim, há aqueles que, assim como faz JORGE MIRANDA em Portugal[526], expressam seu receio quanto a um possível uso descomedido da técnica de modulação de efeitos pelo Supremo Tribunal Federal, em esquecimento de que se trata de uma medida de excepcionalidade. A demonstrar esta preocupação está ZENO VELOSO, para quem *a temperança, o comedimento e a prudência no emprego da faculdade de dar conteúdo normativo às suas decisões serão os ingredientes essenciais para que a inovação seja democrática e salutar*[527]. Curiosamente, em sua obra datada de 2003, o professor da Universidade Federal do Pará mostrava-se confiante na esperança de que o Supremo Tribunal Federal não viria a se utilizar da modulação de efeitos para, por exemplo, manter a incidência de um tributo inconstitucional e afastar o direito à restituição do indébito[528]. Os anos, contudo, mostraram que os receios não seriam vãos e infundados[529].

---

[524] PINHEIRO, Victor Marcel, *A modulação de efeitos em decisão de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal,...*, p. 41.

[525][525] PINHEIRO, Victor Marcel, *A modulação de efeitos em decisão de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal,...*, p. 47.

[526] O jurista português adverte que a limitação de efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade tem caráter necessariamente excepcional, devendo ser reduzida ao estritamente necessário para salvaguardar os valores mencionados no art. 282, CRP. Apesar disto, alerta para o fato de que *o Tribunal Constitucional tem vindo a fazer uma excessiva ou 'generosa' aplicação do art. 282º, nº. 4; e tem chegado, não raro, a fazer depender a apreciação da constitucionalidade da verificação prévia da utilidade da sua eventual declaração, como se estivesse em fiscalização concreta.* Ver *Manual de direito constitucional,...*, pp. 301-302.

[527] VELOSO, Zeno, *Controle jurisdicional de constitucionalidade,...*, p. 196.

[528] Vale a transcrição: *a alguns preocupa a influência que possa exercer um Poder Executivo forte e autoritário, para reverter a seu favor a possibilidade de se conferir limitações ou restrições materiais e temporais à declaração de inconstitucionalidade. Políticos e juristas já manifestaram o temor de que, diante de uma regra como a do art. 27, um tributo seja declarado inconstitucional por decisão do STF, em ação direta, poderá ser considerado devido durante o período anterior ao trânsito em julgado da sentença, afastando-se qualquer direito à repetição do indébito. O perfil, a dignidade, a independência do Supremo Tribunal nos levam a ter convicção de que esses receios são vãos e infundados*. Ver *Controle jurisdicional de constitucionalidade,...*, p. 196.

[529] Poucos anos após, o Supremo Tribunal Federal viu-se diante dos RE 556.664/RS, 559.882/RS, 560.626/RS e 559.943/RS, em que se discutia a constitucionalidade dos prazos de 10 anos para a decadência e prescrição das contribuições previdenciárias reguladas na Lei nº. 8.212/91. Declarada a inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal decidiu considerar legítimos os recolhimentos efetuados dentro dos

Sinteticamente, estas são as principais objeções que a doutrina brasileira aponta quando o assunto é modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade. Conforme já assinalado, vão de total repulsa à possibilidade de o Supremo Tribunal Federal excepcionar a retroatividade *ex tunc* que a declaração de inconstitucionalidade impõe à lei assim reconhecida até a de que a modulação de efeitos não pode ser feita do modo e com o alcance que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e o art. 27 da Lei nº. 9.868/99 reconhecem como devidos. Comunicam-se, contudo, pelo fato de que, em todas, observa-se uma nítida preocupação com a potencial falta de objetividade, racionalidade e de certeza jurídica que a modulação de efeitos pode encerrar em si mesma, ainda mais se feita através de soluções com ponderação ou mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade e razoabilidade. Preocupação que se justifica pela perigosa aproximação do Supremo Tribunal Federal com o exercício de funções tipicamente legislativas.

4.4. CRÍTICAS AO ART. 27, LEI Nº. 9.8687/99

Não há maiores controvérsias quanto ao fato de que o Supremo Tribunal Federal já havia atenuado as consequências do dogma da nulidade em declarações de inconstitucionalidade proferidas antes da edição da Lei nº. 9.868/99, tanto pela via do controle incidental como pela via do controle concentrado. Mesmo para os autores que equiparam a modulação de efeitos apenas à convalidação parcial da lei inconstitucional no plano normativo-abstrato e a diferenciam da manutenção de efeitos no plano fático-concreto, reconhece-se que o Supremo Tribunal já atuava indiretamente sobre os efeitos da nulidade, ressalvando de sua força desconstitutiva algumas situações concretas[530].

Apesar das soluções adotadas pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade incidental e concreto, foi editada a Lei nº. 9.868/99 a estabelecer, em seu art. 27, a possibilidade de o STF restringir os efeitos da declaração de inconstitucional ou decidir que ela só tenha eficácia a partir do trânsito em julgado ou ainda de outro momento que venha a ser fixado, desde que o faça por maioria de dois terços de seus membros, baseado em razões de segurança jurídica e excepcional interesse social. Segundo GILMAR FERREIRA MENDES, o art. 27 veio preencher uma lacuna

---

prazos previstos nos art. 45 e 46 da Lei nº. 8.212/91 e que não haviam sido impugnados antes da data daquele julgamento (11.06.2008). Atribuiu, portanto, típicos efeitos *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade.

[530] RAMOS, Elival da Silva, *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*,..., p. 237.

existente no âmbito das técnicas de decisão no controle de constitucionalidade no Brasil, em consonância com a evolução no Direito Constitucional comparado[531].

Contudo, poucos são os dispositivos legais no sistema jurídico brasileiro tão contestados como é o do art. 27 da Lei nº. 9.868/99. A constitucionalidade, a pertinência e a necessidade do art. 27 são objetos de questionamentos de todos os lados. Há quem o veja como inconstitucional porque por entender que somente a Constituição poderia autorizar a modulação de efeitos pelo STF[532]. Há quem o veja como porta de entrada de uma abusiva discricionariedade judicial para o Supremo Tribunal Federal, em violação ao princípio da separação de poderes. Há quem entenda, em sentido diametralmente oposto, que se trata de uma indevida restrição aos poderes naturais do Poder Judiciário, em violação também ao princípio da separação de poderes. Realmente, com o perdão do jargão, fica a impressão de que o dispositivo legal não foi capaz de agradar nem gregos nem troianos.

Em geral, são os defensores das soluções com ponderação para a modulação de efeitos aqueles que criticam o art. 27 da Lei nº. 9.868/99 pelo fato de ter restringido as possibilidades de o Supremo Tribunal Federal atenuar os efeitos invalidantes retroativos ao estipular um quórum qualificado e delimitar as hipóteses materiais em que a modulação de efeitos é cabível. Talvez o principal deles seja LUÍS ROBERTO BARROSO que, não obstante tenha participado da comissão de juristas do anteprojeto ensejador da Lei nº. 9.868/99, vê na edição do art. 27 um ato legislativo desnecessário diante da jurisprudência equilibrada e construtiva do STF sobre a questão. Junto dele estão HUGO DE BRITO MACHADO[533] e PAULO ROBERTO LYRIO PIMENTA[534].

No entanto, o LUÍS ROBERTO BARROSO vai mais além, afirmando que o dispositivo *veio ele restringir a liberdade de ponderação até então exercida pelo Supremo Tribunal Federal, ao impor o quorum de dois terços de seus membros. Nesse caso, também caberia questionar se o legislador ordinário poderia impor condições para a*

---

[531] Voto-vista proferido na ADI 2.240/BA julgada pelo Supremo Tribunal Federal.

[532] RAMOS, Elival da Silva, *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*,..., p. 300.

[533] Palavras de HUGO DE BRITO MACHADO: *embora desnecessária, porque na verdade o próprio Supremo Tribunal Federal já podia ter definido em sua jurisprudência tais efeitos, a edição do dispositivo legal em tela tem o mérito de contribuir para a superação de posições excessivamente cautelosas, para não dizer tímidas, da Corte Maior, que não se tem adiantado na construção do sistema jurídico.* Ver *Declaração de inconstitucionalidade e direito intertemporal,* Revista Dialética de Direito Tributário nº. 57, jul./2000, p. 79.

[534] Palavras de PAULO ROBERTO LYRIO PIMENTA: *parece-nos que esse dispositivo é de grande inutilidade no direito brasileiro, eis que a possibilidade de mitigação da eficácia temporal da pronúncia de inconstitucionalidade encontra-se implicitamente admitida no texto Constitucional, como examinado anteriormente; sendo desnecessária, portanto, a previsão em lei infraconstitucional.* Ver *Efeitos da decisão de inconstitucionalidade em direito tributário*,..., p. 99.

ponderação de valores constitucionais[535]. Assim também faz PAULO JOSÉ MACHADO CORRÊA, ao ver no estabelecimento do quórum uma indevida intervenção do Poder Legislativo nas competências do Poder Judiciário, a qual, por afetar a estrutura e organização de um dos Poderes do Estado, deveria ter sido disposta na própria Constituição, e não por lei ordinária, sob pena de violação à separação de poderes[536].

Além da questão do quórum qualificado de dois terços, critica-se também a previsão legal de que a modulação de efeitos só poderia ser feita diante de razões de segurança jurídica e excepcional interesse social, nada mais. CHRISTINA AIRES CORRÊA LIMA, conforme destacado anteriormente, enxerga no art. 27 uma descabida introdução de hierarquia entre princípios constitucionais, colocando-os num patamar acima dos demais, os quais ficariam excluídos para fins de modulação de efeitos[537]. Para evitar esta suposta ingerência legislativa indevida, PAULO JOSÉ MACHADO CORRÊA ensina que a melhor interpretação do art. 27 seja a de que os princípios nele contemplados não constituem um rol taxativo, mas uma mera enunciação exemplificativa[538].

Entretanto, entendemos que as críticas até aqui expostas contra o art. 27 decorrem primordialmente da visão que cada um dos autores tem sobre o alcance da ponderação de princípios no âmbito da aplicação jurídica. Pode-se dizer que são decorrência lógica do fato de verem com naturalidade o uso da ponderação de princípios na modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade. Em relação aos que costumeiramente exaltam a ponderação, não é de se estranhar também sejam críticos de "intervenções" legislativas tendentes a discipliná-la. Por isso, pouco inovam na matéria, justamente porque partem de um pressuposto cuja validade não parecem estar dispostos a discutir, isto é, a adequação da ponderação como método de modulação de efeitos.

Do mesmo modo, pensamos que o propósito do art. 27 da Lei nº. 9.868/99 foi o de permitir expressamente a modulação de efeitos pelo Supremo Tribunal Federal. Teve a virtude de instituir critérios objetivos procedimentais e materiais. Só que o dispositivo legal acabou por não torná-los objetivos, já que, à semelhança da Constituição da República Portuguesa, se valeu de conceitos indeterminados e com ampla abrangência

---

[535] BARROSO, Luís Roberto, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro,...*, p. 25.
[536] CORRÊA, Paulo José Machado, *Determinação temporal dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade e sua disciplina normativa (art. 27 da Lei 9.868/1999)*, Revista dos Tribunais nº. 894, abril/2010, p. 75.
[537] LIMA, Christina Aires Corrêa, *O princípio da nulidade das leis inconstitucionais,...*, pp. 189-190.
[538] CORRÊA, Paulo José Machado, *Determinação temporal dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade e sua disciplina normativa (art. 27 da Lei 9.868/1999),...*, p. 74.

jurídica, dando margem à inserção do método da ponderação. Quanto a isto, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO sustenta que os conceitos de segurança jurídica e excepcional interesse social, além de extremamente amplos e de possibilitarem uma abertura a critérios de conveniência e oportunidade, são de apreciação tipicamente política e subjetiva, já que *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*, cobrindo o que se quiser cobrir com eles[539].

OSÓRIO SILVA BARBOSA SOBRINHO é mais incisivo e, com certo teor de ironia, assim diz sobre a modulação de efeito baseada na segurança jurídica e no excepcional interesse social: *para utilizar-se desse incomedido poder, basta que o próprio Tribunal entenda estar presente um de dois requisitos vagos e indeterminados. São eles: a) razões de segurança jurídica; ou b) excepcional interesse social. O que significam esses conceitos e quando eles se fazem presentes em determinada causa sob julgamento só o voto da maioria dos Ministros saberá dizer, no que serão auxiliados exclusivamente por suas consciências, embora possam e devam os legitimados alertar para as consequências da decisão, a fim de nortear os votos dos Ministros*[540]. Com isto, alerta o autor sobre a elevada incerteza produzida pela modulação de efeitos feita nos moldes do art. 27, vez que, segundo seu pensar, seus critérios vagos e imprecisos não possuem o condão de fazer saber se, em determinado caso, o Supremo Tribunal Federal fará ou não – e em que medida fará – a modulação dos efeitos temporais de sua decisão[541].

LÊNIO STRECK, assim como já se manifestara sobre o instituto da modulação de efeitos em si, é outro a censurar a vagueza e ambiguidade das expressões "razões de segurança jurídica e excepcional interesse social" previstas no art. 27, Lei nº. 9.868/99. Além de enfraquecerem a força normativa da Constituição, afirma categoricamente que o Supremo Tribunal Federal ganha do dispositivo legal em comento uma enorme e indevida discricionariedade[542]. Por sua vez, INGO WOLFGANG SARLET alerta que o art.

---

[539] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *O valor do ato inconstitucional em face do direito positivo brasileiro,...*, p. 226.

[540] BARBOSA SOBRINHO, Osório Silva, *Comentários à Lei nº. 9.868/99: processo do controle concentrado de constitucionalidade*, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 64

[541] Com um estilo peculiar, OSÓRIO SILVA BARBOSA SOBRINHO chega até mesmo afirmar que caso a fixação do marco temporal para início dos efeitos da decisão não seja feita com a devida parcimônia, o legislador acabará por criar um monstro, sendo possível que o Supremo Tribunal Federal, benevolente com determinado Chefe de Governo, reconheça a inconstitucionalidade de um plano econômico, fixando porém em três anos e onze meses a data futura em que sua decisão produzirá efeitos. Ver *Comentários à Lei nº. 9.868/99: processo do controle concentrado de constitucionalidade,...*, p. 66-67.

[542] STRECK, Lênio Luiz, *Jurisdição constitucional e hermenêutica,...*, p. 693.

27, tal qual o art. 11, Lei nº. 9.882/99, permite ao Supremo Tribunal Federal uma margem de arbítrio sem precedente e virtualmente sem paralelos no direito constitucional pátrio e comparado, na medida em que outorga ao Tribunal ampla liberdade para manipular os efeitos de suas decisões[543].

A imprecisão dos requisitos previstos no art. 27 da Lei nº. 9.868/99 é bem demonstrada por ANDREI PITTEN VELOSO, por deixar evidente a dubiedade em que o Supremo Tribunal Federal pode cair quando modula os efeitos retroativos da decisão de inconstitucionalidade com base em razões de segurança jurídica. Tratando do julgamento do RE 566.664/RS, em que o STF modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade dos art. 45 e 46 da Lei nº. 8.212/91 sob o fundamento de proteger a segurança jurídica, o autor defende que a segurança jurídica seria garantida justamente se não tivesse havido a modulação, pois aos contribuintes seriam assegurados seus direitos garantidos constitucionalmente, *vindo a roborar a força jurídica das limitações ao poder de tributar, frequentemente abalada por ações irresponsáveis do legislador*[544].

Verifica-se do exemplo mencionado que, em tese, razões de segurança jurídica podem ser utilizadas tanto para um lado como para outro, tanto para justificar a modulação de efeitos como para rechaçá-la, mantendo-se a típica invalidação *ex tunc*. Não é por outro motivo que HUMBERTO ÁVILA afirma que as decisões de inconstitucionalidade não podem invocar a segurança jurídica sem defini-la e sem analisar todos os efeitos que lhe digam respeito. Por isso, conclui – também com certa ironia – que *o uso da segurança jurídica como fundamento decisório sem a sua definição e sem a delimitação dos tipos e da extensão de todos os efeitos é incompatível com o princípio do Estado de Direito e, por paradoxal que isso possa parecer, com o próprio princípio da segurança jurídica*[545].

Ocorre que, se o conceito de "razões de segurança jurídica" já apresenta vagueza capaz de franquear ao Supremo Tribunal Federal uma discricionariedade de monta não desejada, a adoção do conceito de "excepcional interesse social" pelo art. 27 da Lei nº. 9.868/99 torna-o criticável até mesmo pelos juristas que vêem na ponderação o método mais adequado para realizar a modulação de efeitos. Exemplo disto é ANA PAULA ÁVILA, para quem a utilização da expressão com tamanha fluidez e ambigüidade no signi-

---

[543] SARLET, Ingo Wolfgang, *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: alguns aspectos controversos*,..., pp. 161-162.
[544] VELLOSO, Andrei Pitten, *A temerária "modulação" dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade em matéria tributária*, Revista Dialética de Direito Tributário nº. 157, outubro/2008, p. 8.
[545] ÁVILA, Humberto, *Segurança jurídica: entre a permanência, mudança e realização no Direito Tributário*,..., p. 538.

ficado torna o preenchimento do conceito um processo cujo resultado é imprevisível, o que afasta a previsibilidade necessária à manutenção da ordem jurídica e contraria o próprio princípio da segurança jurídica e do Estado de Direito[546]. Não à-toa a indagação feita por LÊNIO STRECK: *Afinal, o que se pode entender por 'excepcional interesse social'?*[547].

4.5. INFERÊNCIAS DAS CRÍTICAS

A ênfase das críticas à ponderação, à técnica de modulação de efeitos e ao art. 27 da Lei nº. 9.868/99, se é que pode ser resumida em apenas duas palavras, diz respeito a subjetivismo e imprevisibilidade. A ponderação é vista como método de aplicação jurídica que camufla decisionismos judiciais, na medida em que permite à jurisdição constitucional uma excessiva discricionariedade a ponto de livremente escolher como fazer a atribuição de pesos aos princípios envolvidos. A modulação de efeitos é vista como um perigoso instrumento a franquear à jurisdição constitucional a prerrogativa de tolerar o vício de inconstitucionalidade, incrementando-se a incerteza jurídica com a admissão de contraordens. O art. 27 da Lei nº. 9.868/99, valendo-se de fórmulas amplíssimas e vagas como "razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social", é visto como viabilizador da possibilidade de o Supremo Tribunal Federal vir a modular os efeitos de suas decisões baseado em critérios tipicamente políticos de conveniência e oportunidade.

Pensamos que, já pelo teor destas críticas, o uso da ponderação de princípios na modulação de efeitos deve ser considerado questionável. No entanto, diante do que até aqui se expôs, entendemos que modular efeitos da declaração de inconstitucionalidade mediante o método de ponderação não só é questionável, como também é ato censurável, temerário e reprovável. Censurável porque a ponderação de princípios é método para o qual ainda não se firmou entendimento sólido quanto a seu modo de realização – o que a torna um potencial instrumento para o decisionismo de cunho político com roupagem de juridicidade –, e porque a inserção da ponderação de princípio no bojo da modulação de efeitos mostra-se afinada – senão explicada – com a criticável tendência neoconstitucionalista de alargar o manejo da ponderação para além da colisão de direitos fundamentais. Temerário porque nem mesmo os doutrinadores brasileiros que defendem a utilização da ponderação na modulação de efeitos conseguem chegar a um consenso sobre o que e como

[546] ÁVILA, Ana Paula, *A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade*,..., p. 166.
[547] STRECK, Lênio Luiz, *Jurisdição constitucional e hermenêutica*,..., p. 693.

deve ser ponderado, de modo a não serem capazes de fornecer à jurisdição constitucional critérios seguros. Reprovável porque, sendo a modulação de efeitos técnica que permite a jurisdição constitucional excepcionar os efeitos preferenciais da declaração de inconstitucionalidade, não se justifica o uso de um método sabidamente mais subjetivo (ponderação) em detrimento de um reconhecidamente mais objetivo (subsunção) e que se mostra idôneo para viabilizar a modulação de efeitos, haja vista a experiência estrangeira.

Além desses motivos, entendemos que o manejar da ponderação de princípios no bojo da modulação de efeitos vai a sentido contrário da previsibilidade jurídica que se espera da jurisdição constitucional ao excepcionar a regra geral de que a lei contrária à Constituição não deve gerar efeitos. As críticas feitas à modulação e ao art. 27 da Lei nº. 9.868/99, apesar de não serem inteiramente adequadas[548], têm a virtude de evidenciar o fato de que a modulação de efeitos é técnica de origem e natureza excepcional, motivo pelo qual deve ser utilizada da maneira mais clara, objetiva e previsível possível, com o que não colabora o uso da ponderação de princípios, a nosso ver. Assim, se num primeiro momento a adoção de soluções com ponderação ou com subsunção pode dar a impressão de ser apenas um ato de mera escolha política e indiferente quanto a suas repercussões na ordem jurídica, podemos concluir que a ponderação não parece ser o método mais adequado para que a jurisdição constitucional realize, com legitimidade, a modulação de efeitos.

Além destes aspectos, não é demais destacar que a doutrina estrangeira mostra-se bastante preocupada com a assunção de critérios objetivos para a modulação. HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ, por exemplo, a par de aceitar que cada ordenamento jurídico fixe exceções à regra geral da nulidade ou anulabilidade da lei inconstitucional, diz que assim mesmo devem existir alguns parâmetros objetivos básicos a serem seguidos pela jurisdição constitucional na determinação dos efeitos temporais, a fim de se observar alguma segurança mínima à sociedade, ao não deixá-la à absoluta discricionariedade dos

[548] Não compartilhamos integralmente com as críticas feitas à ponderação, à modulação de efeitos e ao art. 27 da Lei nº. 9.868/99. Não refutamos o uso do método de ponderação na seara em que foi desenvolvida, isto é, a dos direitos fundamentais que se revelam verdadeiros mandamentos de otimização a serem realizados no máximo possível. Tampouco rechaçamos a possibilidade de a jurisdição constitucional modular os efeitos temporais de suas declarações de inconstitucionalidade, pois entendemos que a modulação não é necessariamente instrumento político e pode ser feita através de critérios jurídico e objetivos. Finalmente, entendemos que, embora a introdução do art. 27 da Lei nº. 9.868/99 tenha sido acompanhada justamente da corrente defendida pelo Ministro Gilmar Mendes, teve a virtude de estabelecer parâmetros objetivos (quórum de 2/3 e os critérios de segurança jurídica e excepcional interesse social) que antes nem precisavam ser objeto de deliberação pelo Supremo Tribunal Federal ao modular os efeitos da decisão de inconstitucionalidade.

Tribunais Constitucionais do caso a caso[549]. Do mesmo modo posiciona-se MARKUS GONZÁLES BEILFUSS ao defender a reforma da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional espanhol para que nela se incluam expressamente as técnicas das sentenças aditivas e da apelação ao legislador a reparar a inconstitucionalidade da lei, além da previsão das situações consolidadas no conceito de sentenças transitadas em julgado no art. 40.1 da LOTC. Isto porque entende que a reforma da LOTC deve obrigar o Tribunal Constitucional a desenvolver critérios jurisprudenciais a garantir níveis mínimos de previsibilidade[550].

Vê-se assim que a preocupação da doutrina constitucional estrangeira em se assegurar maior objetividade e previsibilidade na modulação de efeitos não advém apenas de uma indução lógica feita a partir do pouco uso da ponderação de princípios para a fixação dos efeitos temporais. Ao contrário, pode ser realmente aferida a partir das observações feitas por HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ, em análise do contexto chileno, e por MARKUS GONZÁLES BEILFUSS, em análise do contexto espanhol, além da já mencionada tendência jurisprudencial da Suprema Corte norte-americana em restringir – ou até eliminar – as possibilidade de se atenuar os efeitos invalidantes *ex tunc* decorrentes do reconhecimento da inconstitucionalidade de uma lei. Já a doutrina constitucional majoritária no Brasil, no entanto, intencionalmente ou não, parece se distanciar deste propósito ao defender que a modulação de efeitos deve ser fruto de um juízo rigoroso de ponderação.

Logo, há fortes indícios de que o método de ponderação de princípios não é o mais adequado para a realização da modulação de efeitos. Porém, não é razoável dizer a partir desta tendência que o método a ser adotado então é o da subsunção, tal qual como na doutrina estrangeira. Se fosse assim, estar-se-ia correndo um sério risco de acolher estrangeirismos apenas e tão-somente porque são, com o perdão da redundância, estrangeiros. A crítica que se faz à admissão pura e simples de técnicas estrangeiras sem levar em consideração as peculiaridades constitucionais do Brasil não deve ser esquecida aqui[551]. Há de se ter mais elementos para se afirmar, com segurança, que a ponderação é um método a ser evitado na modulação. Estes elementos, a nosso ver, podem ser encontra-

---

[549] ALCALÁ, Humberto Nogueira, *El control represivo concreto y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en la reforma de las competencias del Tribunal Constitucional de Chile y los efectos de sus sentencias,…,* p. 472.

[550] BEILFUSS, Markus González, *Tribunal constitucional y reparación de la discriminación normativa,…*, pp. 329-330.

[551] Um dos críticos a esta "transposição" pura e simples de técnicas estrangeiras ao Brasil é HUMBERTO ÁVILA, ao rechaçar a mera admissão da declaração de incompatibilidade utilizada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Isto por uma razão simples: as Constituições são diferentes, assim como são os significados da segurança jurídica a respaldar a modulação de efeitos. Ver *Segurança jurídica: entre a permanência, mudança e realização no direito tributário,...*, p. 516.

dos na análise comparativa da dosimetria da pena, cuja natureza, por implicar imposição de sanção, é assemelhada a que da modulação de efeitos.

5. PROPOSTAS DE ALTERNATIVAS À PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS PARA A MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

5.1. RAZÕES DA ANÁLISE COMPARATIVA

Vimos que a modulação de efeitos pode ser compreendida como técnica através da qual a jurisdição constitucional deixa de aplicar ao vício de inconstitucionalidade a sanção de invalidação com o alcance temporal preferencialmente estabelecido pelo sistema jurídico, determinando outro momento para o início da cassação dos efeitos já produzidos ou até para a expulsão da lei inconstitucional. Nos sistemas de controle de constitucionalidade como o do Brasil, a modulação de efeitos também pode ser entendida como a técnica através da qual a jurisdição constitucional dosa, modera, limita ou restringe a retroatividade *ex tunc* dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, deixando de impor a sanção de invalidação preferencial a um ou mais fatos concretos pretéritos ou futuros. Vimos, portanto, que a modulação de efeitos é, antes de tudo, instrumento jurídico utilizável no contexto de aplicação de norma sancionatória e de imposição de sanção concreta.

Tivemos a oportunidade de registrar que a modulação de efeitos pode ser realizada através do método de ponderação de princípios jurídicos em que, após o sopesamento dos princípios envolvidos, a jurisdição constitucional estabelece se modula ou não a decisão de inconstitucionalidade e, se sim, fixa o alcance temporal da invalidação. Esta solução é a que conta com a maior simpatia na doutrina brasileira e na jurisprudência mais recente do Supremo Tribunal Federal. Do mesmo modo, tivemos a chance de comprovar que a modulação de efeitos pode ser realizada sem o uso da ponderação, ocasião em que a jurisdição constitucional ou tão-somente invoca razões de política judiciária e afasta a extensão padrão da invalidação, ou identifica o enquadramento dos fatos à regra de exceção à sanção preferencial e, pelo critério da especialidade e no exercício de subsunção jurídica, deixa de aplicar a invalidação com o alcance temporal típico.

No último capítulo, quisemos demonstrar que, apesar da hegemonia da ponderação como método de modulação de efeitos no Brasil, existem fundadas críticas à ponderação, à modulação em si e ao art. 27 da Lei nº. 9.868/99, originário do Projeto de Lei nº. 2.960/97 em cuja Exposição de Motivos consta explicitamente menção ao método da ponderação de princípios como o hábil a ensejar a modulação. Com isto, e com as considerações feitas nas inferências das críticas, objetivamos demonstrar que o modo pelo qual

a jurisdição constitucional brasileira modula os efeitos de suas decisão pode ser colocado em xeque, já que, a pretexto de assegurar o princípio da segurança jurídica, tende a afastá-lo e atentar contra a previsibilidade e a certeza que se espera na temática da modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade.

Assim, é possível vislumbrar alternativas à ponderação de princípios para a modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade. Para isto, propõe-se a análise da dosimetria da pena em comparação com a modulação de efeitos, análise que se releva útil e salutar em razão das questões em comum e dos pontos de contatos que podem ser identificados tanto na dosimetria quanto na modulação de efeitos. O principal elemento comum, sem dúvida, diz respeito ao fato de que tanto a modulação de efeitos quanto a dosimetria da pena podem ser consideradas técnicas de dosagem da aplicação de sanções jurídicas estabelecidas com relativa indeterminação *a priori*, e impostas em razão do cometimento de atos ilícitos. Se de um lado observa-se que a dosimetria da pena visa estabelecer a medida adequada de punição ao agente criminoso na fase da aplicação da pena, de outro se verifica que a modulação de efeitos objetiva firmar o alcance temporal da invalidação a ser aplicada como sanção jurídica ao ato inconstitucional. Através de ambas, a jurisdição consegue determinar quais devem ser o formato e a extensão da sanção jurídica aplicada.

Desde logo é necessário esclarecer que a modulação de efeitos e a dosimetria da pena não são institutos jurídicos idênticos. Cada qual tem peculiaridades que não aconselham a completa identificação entre modulação e dosimetria, e que não devem ser transportadas de um instituto para o outro, sob pena de se incorrer em confusões teóricas. Um exemplo disto é a natureza dos critérios que devem ser levados em conta para a dosagem da sanção penal e daqueles que servem como subsídio para se modular efeitos. No caso da dosimetria, observa-se que os critérios são previamente determinados pela legislação penal e levam em conta a maior ou menor gravidade do crime já apurado na etapa anterior de julgamento, uma vez que a graduação da pena pode ser considerada expressão da medida do ilícito e da culpabilidade do agente[552]. Já os critérios a serem observados para a modulação de efeitos não guardam relação com um suposto grau de inconstitucionalidade, até porque é bastante discutível se a validade jurídica pode ser graduável[553]. Entre-

[552] RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel de, *Cuantificacion de la pena y discrecionalidade judicial*, Revista Brasileira de Ciências Criminais nº. 7, jul-set/1994, p. 58.
[553] ROBERT ALEXY rejeita a possibilidade teórica de haver graduação de validade, já que a seu ver a norma jurídica é válida, ou não é. Ver *Teoria dos direitos fundamentais,...*, p. 92.

tanto e apesar disso, entendemos que os pontos de contato permitem que algumas fórmulas e experiências de cada instituto sejam transportadas reciprocamente.

5.2. LIÇÕES DA DOSIMETRIA NO DIREITO PENAL

5.2.1. Evolução histórica da aplicação da pena e a dosimetria

A história do sistema de penas é nitidamente marcada por uma oscilação entre a pré-fixação rigidamente estabelecida pela lei da pena a ser aplicada e o absoluto livre arbítrio judicial para fixar a pena no caso concreto apoiado exclusivamente em suas convicções pessoais. Verifica-se a partir da evolução histórica que o instituto da dosimetria da pena nem sempre esteve presente nos ordenamentos jurídicos como se tivesse de estar necessariamente atrelado à aplicação da pena. Também se observa que nem sempre a possibilidade de o julgador fixar a pena esteve circunscrita a critérios previamente estipulados pela lei. Verdadeiramente, nem sempre a pena pelo crime esteve fixada em lei escrita, prévia e certa, ocasião em que não havia que se falar propriamente em dosimetria.

Isto porque, conforme FRANZ VON LISZT[554] esclarece, ao tempo da Lei das XII Tábuas e das *quaestiones perpetue* a pena era estabelecida de modo definitivo e absoluto pela lei, sendo proibida qualquer graduação pelo juiz. À época, ou se impunha a pena fixada pela lei ou não se condenava. Com a condenação, impunha-se a pena com natureza e *quantum* já estabelecidos. Sem a prova de que o acusado praticou o crime, não há pena qualquer. No mesmo sentido esclarece HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, ao afirmar que, no mais antigo direito romano, não havia penas alternativas ou variáveis, nem havia lugar para o exercício do poder de fixar a sanção. A pena era consequência automática e necessária da sentença condenatória, para a qual bastava a constatação do delito e da autoria[555].

Já na Idade Média, no entanto, a pré-determinação legal da pena começa a dar espaço à graduação judiciária que, com o tempo e com a assunção do absolutismo, decaiu em um arbítrio. Cada vez mais se alargava o campo das penas arbitrárias ao ponto de, na Alemanha, surgirem novas penas em lugar das que tinham sido cominadas pela *Constitutio Criminalis Carolina*, de 1532. Como faltavam regras para a determinação da pena e parâmetros para o modo de graduá-los, a administração da justiça decaiu em um

[554] VON LISZT, Franz, *Tratado de direito penal alemão,* Tomo I, Campinas Russell Editores, 2003, pp. 405-406.
[555] FRAGOSO, Heleno Cláudio, *Lições de direito penal: parte geral,* 5ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 1983, p. 311.

arbítrio sem limites[556]. Neste período predominam o arbítrio judicial, a desigualdade de classes perante a punição, a desumanidade das penas, tudo aliado a leis imprecisas, lacunosas e imperfeitas a favorecer o absolutismo monárquico[557].

Realmente, nos tempos de monarquia absolutista era frequente a indeterminação legal das penas, as quais eram simplesmente entregues ao *merum arbitrium* dos juízes. Não havia o estabelecimento de limites para a determinação da sanção penal[558]. E isto pode ser explicado pela visão que à época se tinha do rei como não apenas o legislador, mas também o juiz supremo, de modo que, nesta concepção, o juiz atua como colaborador na função legislativa, completando a lei penal ao fixar a pena do crime no caso concreto[559]. O direito penal era marcado pela vingança pública, ou seja, pela preocupação em se garantir a segurança do soberano[560].

Contra estas arbitrariedades reagiram iluministas como Barão de Montesquieu e Cesare Beccaria, pugnando pela adstrição do juiz criminal à letra da lei e das penas pré-fixadas. Disto, e do sucesso da Revolução Francesa de 1789, resultou a edição do Código Penal francês de 1791 com que se retorna ao extremo oposto da absoluta liberdade do juiz. Como que numa espécie de movimento pendular, este Código cominou penas fixas, tornando a atividade do juiz puramente automática, não obstante tenha sido introduzido o dever de motivar as sentenças judiciais. Preferiu-se retornar ao sistema de penas romano, em que todo o poder discricionário judicial foi retirado, convertendo-se os juízes em autômatos e em aplicadores mecânicos da pena[561].

De toda sorte, pouco tempo depois, com a promulgação do Código Penal francês de 1810, foi assegurado aos juízes o poder de individualizar a pena no caso concreto. Nele foram previstas circunstâncias agravantes e atenuantes para permitir a graduação da pena em conformidade com a gravidade do mal causado e com as condições do agente[562]. Permitiu-se alguma discricionariedade aos juízes[563], uma vez que *abriu-se um grande crédito à livre apreciação da prova pelo juiz*[564]. Este sistema de penas relativamen-

---

[556] VON LISZT, Franz, *Tratado de direito penal alemão,...*, pp. 405-406.
[557] NORONHA, Edgard Magalhães, *Direito penal: vol. 1*, 24ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1986, p. 24.
[558] BITTENCOURT, Cezar Roberto, *O arbítrio judicial na dosimetria penal*, Revista dos Tribunais nº. 723, jan/1996, p. 497.
[559] FRAGOSO, Heleno Cláudio, *Lições de direito penal: parte geral,...*, p. 311.
[560] NORONHA, Edgard Magalhães, *Direito penal: vol. 1,...*, p. 24.
[561] FERREIRA, Gilberto, *Aplicação da pena*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1995, p. 46.
[562] FRAGOSO, Heleno Cláudio, *Lições de direito penal: parte geral,...*, pp. 311-312.
[563] FERREIRA, Gilberto, *Aplicação da pena,...*, pp. 46-47
[564] BITTENCOURT, Cezar Roberto, *O arbítrio judicial na dosimetria penal,...*, p. 498.

te determinadas, em que se prevê escala entre um mínimo e um máximo de pena, foi difundido e dominou a legislação criminal no século XIX[565].

Nada diferente ocorreu no direito penal brasileiro. Inicialmente, enquanto vigente as Ordenações Filipinas, as penas eram prescritas em espécie, ficando sua aplicação ao arbítrio dos julgadores[566]. Após esse período e com a independência do Brasil, é editado o Código Criminal do Império do Brazil de 1830, em cujo sistema de penas também se adotou a lógica de mínimos e máximos de penas previamente fixadas, cabendo ao juiz fixá-las estabelecê-las concretamente em graus máximo, médio ou mínimo. O art. 33 deste Código bem demonstra a influência do Código Penal francês vigente à época: *art. 33. Nenhum crime será punido com penas, que não estejam estabelecidas nas leis, nem com mais, ou menos daquellas, que estiverem decretadas para punir o crime no gráo maximo, médio, ou mínimo, salvo o caso, em que aos Juízos se permitir arbítrio".*

Com o advento do Código Penal de 1890 na fase republicana, verifica-se que a aplicação da pena seguiu-se, mais ou menos, nos termo do Código Criminal imperial: a pena era determinada para certos delitos e fixadas entre mínimos e máximos para outros crimes. Neste caso de escala de penas, o juiz podia considerar também o grau médio, além de dois sub-graus, conforme dispunha o § 2º do art. 62, segundo o qual na preponderância das agravantes a pena será aplicada entre os graus médio e máximo, e na das atenuantes, entre o médio e o mínimo[567]. A dosimetria da pena, assim, operava-se por *saltos bruscos*[568], situação mantida com a Consolidação das Leis Penais de Vicente Piragibe de 1932, na medida em que foi repetido o art. 62 do Código de 1890[569]. Por esse motivo, EDGAR MAGALHÃES NORONHA assevera que, entre o iluminismo do final do século XVIII e a promulgação do Código Penal brasileiro de 1940, o mesmo juiz que antes exercera o arbítrio judicial ilimitado passou a ser considerado quase que um autômato na aplicação da pena, uma vez que a pena fixada na lei já era dividida em graus aos quais o magistrado ficava adstrito[570].

---

[565] VON LISZT, Franz, *Tratado de direito penal alemão,...*, p. 406.
[566] GOULART, Henny, *A individualização da pena no direito brasileiro*, Dissertação de Docência-livre, São Paulo, 1970, p. 13.
[567] GOULART, Henny, *A individualização da pena no direito brasileiro,...*, pp. 18-19.
[568] HUNGRIA, Nelson, *Novas questões jurídico-penais*, Rio de Janeiro, Editora Nacional de Direito, 1945, p. 147.
[569] CERQUEIRA, Josemar Dias, *Dosimetria da pena: história e direito comparado*, Boletim de Doutrina ADCOAS nº. 24, dez/2005, p. 451.
[570] NORONHA, Edgar Magalhães, *Direito Penal, vol. 1,...*, p. 238.

No Código Penal brasileiro de 1940 buscou-se conciliar as orientações das escolas penais clássica e positivista[571], seguindo uma tendência transacional. Previu-se nele um regime de penas em que o juiz, respeitada a prefixação de mínimos e máximos para cada tipo penal e os critérios legalmente estabelecidos para a fixação da pena, pode mover-se com certa liberdade para adequar a punição ao caso concreto (art. 42)[572]. Nas palavras de NELSON HUNGRIA, *objetivismo e subjetivismo, aliam-se, interpenetram-se, formando um bloco incindível* no modelo de aplicação de penas previsto no Código Penal de 1940, pois *ao ser cominada* in abstracto, *a pena é individualizada objetivamente; mas, ao ser aplicada* in concreto, *não prescinde da sua individualização subjetiva*[573]. Portanto, verifica-se que ao juiz foi dada certa latitude na aplicação da pena[574], razão pela qual NELSON HUNGRIA vem a concluir:

> *"Ao invés da lei operando sobre entidades abstratas, vamos ter o juiz operando sobre realidades. Não mais a singela e sumária contraposição de um grau de pena a um grau objetivo de crime; pois vai entrar na equação um elemento de que o juiz, até agora, quase que se desapercebia: o elemento 'homem', o agente do crime, a personalidade do criminoso. A pena deixa de ser aplicada a 'modelos de fábrica' em sé-*

---

[571] Em linhas gerais, a escola penal clássica surge como reação à liberdade ilimitada que os juizes tinham para fixar a pena diante dos crimes que julgavam. Pautada em um racionalismo exacerbado, enxergava o crime como entidade abstrata e via o criminoso como possuidor de livre-arbítrio para praticá-lo. Em decorrência, a proporção entre crime e pena é eminentemente abstrata, pois a medida dos crimes é o dano produzido à sociedade, previamente fixada pela lei com critérios exclusivamente objetivos, e não a intenção do infrator. Sob esta concepção, não há razão para que o juiz criminal detenha qualquer discricionariedade na aplicação da pena, uma vez que esta já foi concebida pelo legislador. Um de seus expoentes foi o italiano Francesco Carrara. Por seu turno, a escola do positivismo penal surge como reação à escola clássica. Influenciada pelas ciências naturais, deslocou o foco da aplicação da pena para a figura do criminoso, em razão da concepção de que a sanção penal deve corresponder ao nível de periculosidade do infrator. A gravidade objetiva do crime dá lugar à avaliação da periculosidade do réu, motivo pelo qual se concebe que o juiz não deve ficar adstrito à cominações de penas legais, gozando de ampla discricionariedade para a dosimetria da pena. Quanto a isto, ver CAMARGO, Antonio Luis Chaves, *Sistemas de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*, São Paulo, Editora Cultural Paulista, 2002, pp. 144-147; BETTIOL, Giuseppe, *Direito penal, vol. III,* São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1976, pp. 152-154.

[572] Cumpre registrar que existe posição contrária a este entendimento. Para ANTONIO LUIS CHAVES CAMARGO, apenas com a Reforma da Parte Geral do Código Penal de 1984 é que se *"deu um passo à frente, substituindo o antigo sistema de individualização da pena, matemático e formal, por um outro pautado no princípio da culpabilidade, levando em conta, ainda, os aspectos sociais de vida do agente e sua personalidade*". Ver *Sistemas de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal,...*, p. 181. Também cumpre registrar que, em sentido absolutamente contrário, BASILEU GARCIA chega a afirma que o Código Penal de 1940 *"outorga ao magistrado bastante arbítrio na fixação da pena"*. Ver *Instituições de direito penal*, vol I, tomo II, 4ª ed., São Paulo, Editora Max Limond, 1975, p. 466. Diante destas visões diametralmente opostas, optamos por ficar com aquelas que vêem no Código Penal de 1940 a adoção de um meio-termo.

[573] HUNGRIA, Nelson, *Novas questões jurídico-penais,...*, p. 147.

[574] NORONHA, Edgar Magalhães, *Direito Penal, vol. 1,...*, p. 238.

rie, para ajustar-se, de caso em caso, a um ente humano, a um indivíduo na sua personalidade real"[575].

Através da Reforma Penal de 1984, tornou-se mais amplo o poder discricionário do juiz, acentuando a cada passo a tarefa da individualização da sanção penal. O art. 59 introduzido pela Lei nº. 7.209/84[576] difere do art. 42 do Código Penal de 1940[577], pois nele se estabelece com maior precisão que se deve ter em vista o que se mostra necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime. O leque de opções dadas aos juizes foi aumentado, especialmente em função da criação das penas substitutivas à de privação da liberdade[578]. E, desde então, não se tem observado alterações significativas no Código Penal brasileiro na temática da aplicação e dosimetria da pena.

Ainda que em breves notas, percebe-se que na evolução histórica da aplicação da pena e sua dosimetria houve idas e voltas quanto à liberdade para a imposição da sanção penal pelo juiz. De um modelo romano de opções únicas salta-se para um medieval e absolutista de total desvinculação judicial a parâmetros legais, retornando ao de possibilidades fixas no início da Revolução Francesa, o qual, desde então, vem sendo atenuado paulatinamente, sem que se retorne ao de penas indeterminadas a serem fixadas através do puro arbítrio do juiz. Observa-se que se adotou *um meio-termo, reconhecendo-se ao juiz certo poder discricionário*[579], mas, simultaneamente, atribuindo-lhe uma indispensável vinculação a parâmetros estabelecidos pelo legislador[580].

5.2.2. A dosimetria e a preocupação com objetividade

No atual estágio de evolução em que se encontra no Brasil, a dosimetria da pena pode ser vista como técnica de aplicação de norma sancionatória criminal em que ao juiz é assegurada uma discricionariedade juridicamente vinculada e através da qual

---

[575] HUNGRIA, Nelson, *Novas questões jurídico-penais,...*, p. 148.
[576] *Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime: I – as apenas aplicáveis dentre as cominadas; II – a quantidade de pena aplicável dentro dos limites previstos; III – o regime inicial de cumprimento de pena privativa de liberdade; IV – a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível*.
[577] *Art. 42. Compete ao juiz, atendendo aos antecedentes e à personalidade do agente, à intensidade do dolo ou grau da culpa, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime: I – determinar a pena aplicável, dentre as cominadas alternativamente; II – fixar, dentro dos limites legais, a quantidade da pena aplicável*.
[578] REALE JÚNIOR, Miguel, *Instituições de direito penal: parte geral*, vol. II, 2ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 2004, pp. 83-84
[579] BETTIOL, Giuseppe, *Direito penal, vol. III,...*, p. 155.
[580] FERREIRA, Gilberto, *Aplicação da pena,...*, p. 53.

estabelece uma pena suficiente a reprovar a conduta do condenado e a prevenir novas infrações, sempre de acordo com os patamares previamente determinados pela lei[581]. Mesmo com as críticas feitas ao Código Penal do império brasileiro e da república velha quanto a um engessamento no ato de aplicar penas, o que se pode notar é que o retorno à mais absoluta liberdade de escolha não encontrou guarida nas alterações legislativas que se sucederam ao longo do século XX no Código Penal brasileiro, nem mesmo com a ampla reforma de sua parte geral em 1984[582].

Em verdade, temos a impressão que, após as experiências desastradas da indeterminação das penas na Idade Média e no início da Idade Moderna, a tendência doutrinária e legislativa desde então tem sido limitar o juízo que o julgador detém ao calcular e impor a sanção penal ao condenado, no intuito de evitar o arbítrio e o subjetivismo. Ora com mais rigidez, ora com menos, é possível notar uma preocupação doutrinária em não aquiescer com um modelo de aplicação de pena a permitir o arbítrio judicial, em que o juiz simplesmente fixa a pena a partir de critérios por ele mesmo estabelecidos. Ainda que não se negue que na atividade do juiz criminal exista um coeficiente de criatividade[583], reiteradamente diversos doutrinadores insistem em destacar que não há, e não deve haver mais, espaço para o arbítrio.

Prova disto são as considerações feitas por ANÍBAL BRUNO. Comentando sobre o mundo do ser e do dever ser, reconhece que somente no mundo ideal é que se poderia admitir a livre imposição da pena pelo juiz, sem amarras legais, como o método mais adequado a fazer justiça no caso concreto. Se outras fossem as condições sociais e outra fosse a natureza humana, diz o autor, o arbítrio judicial sem prefixação legal de penas seria o sistema mais conforme com a ideia retributiva da pena. Conclui: *mas a segurança dos homens e a vigilância necessária por um regime de justiça exigem a clareza e a precisão das leis na definição dos crimes e determinação das sanções*[584]. Por causa disto, entende que ao juiz criminal foi concedido aquele que chama de "arbítrio ponderado", já que detém o julgador um *certo poder discricionário no seu julgamento*[585].

---

[581] NUCCI, Guilherme de Souza, *Individualização da pena*, 2ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 146.
[582] Após a revogação da Parte Geral do Código Penal de 1940 promovida pela Lei nº. 7.209/84, o sistema de penas sofreu apenas alterações que podemos considerar pontuais, tais como as relativas às penas restritivas de direito feitas pela Lei nº. 9.714/98, as que introduziram novas hipóteses de circunstâncias agravantes, entre outras. Todas, porém, sem promover alterações significativas no tocante à dosimetria da pena.
[583] NUCCI, Guilherme de Souza, *Individualização da pena*, ..., p. 147
[584] BRUNO, Aníbal, *Direito penal: parte geral*, tomo 3, 3º ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 1967, p. 103.
[585] BRUNO, Aníbal, *Direito penal: parte geral*,..., p. 153.

Do mesmo modo posiciona-se MANUEL DE RIVACOBA Y RIVACOBA. Inicialmente lembrando que a certeza e a segurança são diretrizes indispensáveis ao Direito e ainda mais necessárias em se tratando de direito penal[586], destaca o jurista espanhol que, na determinação da pena, o juiz, muito longe de ser livre em sua atuação, deve sempre observar as regras fornecidas pela lei, movendo-se dentro de seus limites e orientando-se por sua finalidade[587]. Em nada destoa CEZAR ROBERTO BITENCOURT. Também destacando que a segurança jurídica e a garantia dos direitos fundamentais do cidadão exigem a definição de crimes e a determinação das respectivas penas, com precisão e clareza[588], afirma que a discricionariedade permitida pelo Código Penal brasileiro não se confunde com arbitrariedade, justamente na medida em que a legislação estabelece critérios a serem observados para a fixação da pena[589].

Importante contribuição é feita por ANABELA MIRANDA RODRIGUES em sua tese de doutorado defendida na Universidade de Coimbra. Nela, externa o entendimento de que a discricionariedade do juiz criminal ao dosar a pena não se centra nos valores de oportunidade e conveniência, uma vez que o juiz se encontra adstrito aos critérios que o legislador lhe fornece e aos quais deve subordinar a liberdade de que faz uso[590]. Neste mesmo pensamento, defende que a discricionariedade na determinação da pena não equivale àquela ínsita ao âmbito administrativo, na qual a lei abre margem para o administrador escolher uma das diversas soluções corretas que satisfazem os propósitos legais estabelecidos.

Antes, diz ANABELA RODRIGUES MIRANDA que a discricionariedade juridicamente vinculada limita a liberdade de escolha à busca da única pena correta as inúmeras presentes dentro da moldura da pena, e não à opção por duas soluções igualmente corretas[591]. Assim, defende que a dosimetria da pena constitui-se estruturalmente técnica de aplicação do direito, sendo profundamente equivocado pensar que as decisões judiciais de determinação da medida da pena ocorrem num espaço estranho à racionalidade, dependendo apenas ou primordialmente de uma arte de julgar do juiz criminal e de sua subjetivi-

---

[586] RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel de, *Cuantificacion de la pena y discrecionalidade judicial*,..., p. 53.
[587] RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel de, *Cuantificacion de la pena y discrecionalidade judicial*,..., p. 56.
[588] BITENCOURT, Cezar Roberto, *O arbítrio judicial na dosimetria penal*,..., p. 497.
[589] BITENCOURT, Cezar Roberto, *O arbítrio judicial na dosimetria penal*,..., pp. 503-504.
[590] RODRIGUES, Anabela Miranda, *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 53.
[591] RODRIGUES, Anabela Miranda, *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*,..., p. 90.

dade[592]. Por causa disto, podemos afirmar que a jurista portuguesa está em consonância com a interessante expressão usada por SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA, no sentido de que a *sentença condenatória não é um ato de fé, mas um documento de convicção racionada*[593].

Portanto, pelo que foi exposto, é-nos permitido concluir que há uma tendência – ou ao menos uma preocupação – na doutrina penalista de que a aplicação da pena e sua dosimetria não dêem vazão a subjetivismos, a arbitrariedades, a discricionariedades desvinculadas da lei, a inseguranças e incertezas, enfim, àquilo que há tempos o saudoso NELSON HUNGRIA chamou de *ditadura judicial* e de *justiça de cabra-cega*[594]. Do mesmo modo, parece-nos que o atual Código Penal brasileiro é convergente com a tendência de se balizar a discricionariedade da dosimetria da pena, ao estabelecer em seu art. 59 diversas circunstâncias judiciais a serem levadas em consideração para a fixação da pena-base, e ao fixar em seu art. 67 o modelo trifásico de dosimetria da pena[595].

Consideramos que esta tendência é reforçada por duas observações. A primeira refere-se à preocupação que também pode ser constatada na doutrina penalista no sentido de que a fundamentação das sentenças condenatórias demonstre cabalmente que os critérios da dosimetria estabelecidos pela legislação foram respeitados pelo juiz. CEZAR ROBERTO BITENCOURT é um dos que enfatizam a necessidade de que cada operação realizada na dosimetria da pena seja devidamente fundamentada, de modo a esclarecer como foi apreciada cada circunstância analisada e a permitir que a compreensão do raciocínio lógico que levou à fixação da pena *in concreto*[596]. Com mais ênfase, PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR reafirma a necessidade de que a fundamentação não seja apenas aparente ou superficial, sob pena de se recair em pura arbitrariedade. Vale mencionar sua colocação:

> "*Limitações são impostas ao* arbitrium judicis, *na fixação da pena. Deverá fazê-lo de forma motivada (CF, art. 93, IX), dentro das balizas estabelecidas pelas margens do tipo. Deverá ademais levar em consi-*

---

[592] RODRIGUES, Anabela Miranda, *A determinação da medida da pena privativa de liberdade,...*, p. 13.
[593] SHECAIRA, Sérgio Salomão, *Cálculo da pena e o dever de motivar*, Revista Brasileira de Ciências Criminais nº. 6, abr-jun/1994, p. 170.
[594] Segundo NELSON HUNGRIA, *o que se pretende é a individualização racional da pena, a adequação da pena ao crime e à personalidade do criminoso, e não a ditadura judicial, a justiça de cabra-cega*. Ver *Novas questões jurídico-penais,...*, p. 152.
[595] Preconizado por NELSON HUNGRIA, é o sistema de fixação da pena em que o juiz, primeiramente, estabelece a pena-base apoiando-se nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e conseqüências do crime e comportamento da vítima), após a qual aplica as circunstâncias legais atenuantes e agravantes para então fazer incidir as causas de aumento e diminuição previstas no Código Penal. Ver GUILHERME DE SOUZA NUCCI, *Código penal comentado*, 7ª ed., São Paulo, RT, 2007, p. 402).
[596] BITENCOURT, Cezar Roberto, *O arbítrio judicial na dosimetria penal,...*, p. 504.

deração os fatos elencados, de maneira taxativa, pelo dispositivo em foco. Finalmente, a pena deverá ser escolhida e dosada de molde a reprovar e a prevenir, necessária e suficientemente, o crime... Para tanto, não serão suficientes aquelas fórmulas rituais e preguiçosas: entende-se equânime a pena', 'adequada ao fato e à personalidade', 'levando-se em conta os elementos do art. 59', etc. A adoção dessas fórmulas significa o arbítrio, jamais a discricionariedade"[597].

Por este motivo, não é raro que se verifiquem nas sentenças condenatórias verdadeiros cálculos aritméticos a apontar o trajeto lógico e psicológico seguido pelo juiz criminal para chegar ao *quantum* da pena a ser aplicada. Segundo DAVID TEIXEIRA DE AZEVEDO, isto garante a racionalidade da resposta punitiva do Estado em oposição ao caráter emocional e passional que já marcou o direito penal em outras épocas[598]. Até porque, conforme bem assinalam SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA e ALCEU CORRÊA JÚNIOR, a defesa e a acusação têm o direito de saber por quais caminhos e com quais fundamentos o juiz chegou à fixação da pena definitiva[599].

Finalmente, outra observação que merece ser feita, e que a nosso ver pode ser considerada decorrência das preocupações em não se permitir o arbítrio judicial ilimitado na dosimetria, é a de que não se constata uma presença considerável da técnica de ponderação de princípios e valores no ato de aplicar a sanção penal punitiva ao agente que realizou o fato típico descrito no antecedente da norma penal sancionatória. Pelo que pudemos observar ao menos na doutrina penal brasileira, pouco ou nada se menciona sobre o cabimento de um juízo de ponderação de princípios na dosimetria da pena, tampouco sobre como a técnica da ponderação de princípios, se cabível, poderia ser desenvolvida na fase da aplicação da pena. Não se constatou menções substanciais, quiçá defesas ou propostas, a uma eventual aplicação da lógica do "mais ou menos", tão cara para a temática dos direitos fundamentais segundo alguns, no bojo da dosagem das conseqüências impostas pelas normas incriminatórias.

O que pode ser encontrado na doutrina penalista brasileira sobre ponderação e dosimetria da pena são menções genéricas. ANTONIO LUIS CHAVES CAMARGO,

---

[597] COSTA JÚNIOR, Paulo José, *Curso de direito penal*, 8ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2005.
[598] AZEVEDO, David Teixeira, *Dosimetria da pena: causas de aumento e diminuição*, São Paulo, Malheiros Editores, 1998, p. 156.
[599] CORRÊA JÚNIOR, Alceu, e SHECAIRA, Sérgio Salomão, *Pena e constituição: aspectos relevantes para sua aplicação e execução*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 176.

por exemplo, defende a idéia de que os princípios constitucionais que fundamentam o direito penal no Estado Democrático de Direito devem servir de limite na individualização da pena pelo juiz. Segundo o autor, o juiz deve levar em consideração os princípios da dignidade da pessoa humana, da *ultima ratio* do direito penal, da subsidiariedade – do qual decorre a fragmentariedade, a proporcionalidade e a culpabilidade – para, então, realizar a individualização da pena[600]. No entanto, entendemos que não se pode afirmar que o autor esteja invocando a técnica da ponderação de princípios, até porque em nenhum momento faz alusão a um sopesamento destes princípios para, com isto, tornarem-se aplicáveis[601].

Do mesmo modo é possível encontrar na jurisprudência mais recente do Supremo Tribunal Federal algumas decisões em que se são feitas alusões a uma ponderação de valores em sede de dosimetria da pena. Quase sempre de relatoria do Ministro Ayres Britto[602], nestes julgados externa-se o entendimento de que a dosimetria da pena exige do julgador uma cuidadosa ponderação dos efeitos ético-sociais da sanção penal e das garantias constitucionais, especialmente a garantia da individualização da pena[603]. No entanto, temos dúvidas se realmente há um fundamento teórico sólido que permita sustentar que a pena aplicada ao condenado seja fruto de um juízo de ponderação em que foram sopesados o direito de liberdade do criminoso e a segurança pública, por exemplo[604]. Se

---

[600] CAMARGO, Antonio Luis Chaves, *Sistemas de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal,...*, pp. 183-184.

[601] Aliás, esta proposta assemelha-se àquela que a doutrina penalista já há algum tempo vem admitindo quanto ao chamado princípio da insignificância penal ou da bagatela. Trata-se, contudo, de hipótese em que o juiz criminal exclui a tipicidade do fato punível, por entender que não provocou lesão relevante a bem jurídico tutelado pela norma penal. Não há, propriamente, uma exclusão ou extinção de punibilidade mesmo após ter sido constatada a ilicitude. O que há é, simplesmente, uma absolvição e, consequentemente, a não imposição de uma pena.

[602] Encontram-se outros acórdãos do STF em que se faz referência a uma ponderação na dosimetria. Podem ser citados os HC 85792, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, HC 109.987, HC 108.381, HC 111.315 e HC 103.092, de relatoria do Ministro Dias Toffoli. Neles, porém, a expressão "ponderação" é utilizada em seu sentido amplo, de juízo acurado e detalhado, e não propriamente no sentido específico de ponderação de princípios tal como visto na teoria dos direitos fundamentais. Como exemplo, veja-se a ementa do HC 108.381, em que fica claro o significado genérico atribuído à ponderação: *Habeas corpus. Tráfico ilícito de entorpecentes e associação para o tráfico (arts. 33, caput, e 35, caput, ambos da Lei nº 11.343/06). Dosimetria da pena estabelecida para o crime de tráfico. Decisão fundamentada em circunstâncias judiciais desfavoráveis. Inviabilidade de reexame fático-probatório na via estreita do habeas corpus. Precedentes. Ordem denegada. 1. Devidamente motivado o quantum de pena fixado na sentença condenatória, além de proporcional ao caso em apreço, não se presta o habeas corpus para reexame ou ponderação das circunstâncias judiciais consideradas no mérito da ação penal. Precedentes. 2. Habeas corpus denegado*.

[603] Podem-se citar os HC 88.422, HC 91.656, HC 93.308, HC 96.384, HC 96.871, HC 97.509, HC 100835, HC 94.608, em cujas ementas sempre, com uma ou outra variação, trazem a seguinte síntese: *A dosimetria da pena exige do julgador uma cuidadosa ponderação dos efeitos ético-sociais da sanção penal e das garantias constitucionais, especialmente a garantia da individualização do castigo e da motivação das decisões judiciais. Garantias, essas, que alcançam a ulterior fase de fixação do regime inicial para o cumprimento da pena. Isto nos exatos termos do inciso III do art. 59 do Código Penal*.

[604] O acórdão em que o Ministro Ayres Britto sustenta e fundamenta com mais vagar o cabimento da ponderação na dosimetria da pena é o do HC 97.256/RS Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria

assim for, fica a sensação de um indevido retorno à fase histórica em que o juiz, com as mesmas prerrogativas do legislador, simplesmente dizia a pena que lhe parecia mais justa. Neste sentido, aliás, alertou o Ministro Joaquim Barbosa no HC 97.256/RS, para quem a individualização da pena não pode ter o condão de impedir que o legislador de estabelecer os requisitos para a aplicação da pena e sua dosimetria, sob pena de se vir a violar outra garantia fundamental: a de que não há pena sem prévia cominação legal (art. 5º, inciso XXXIX, CRFB/88).

5.2.3. Comparações com a modulação de efeitos e a preferência pela subsunção

Pelo que foi exposto até aqui, cremos que não restam mais dificuldades para se perceber que entre a modulação de efeitos e a dosimetria da pena existem similaridades importantes e capazes de submetê-las a uma análise comparativa útil para nosso propósito, que é o de avaliar se o método da ponderação de princípios é o mais adequado

---

Pública da União em que sustentava a inconstitucionalidade do art. 44 da Lei nº. 11.343/06, no qual se prevê a vedação da substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito, sob a alegação principal de que tal vedação viola a garantia constitucional da individualização da pena (art. 5º, inciso XLVI, CRFB). Em seu voto, o Ministro Ayres Britto fundamenta que *"a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinquente a sanção criminal que a ele, juiz, se afigurar como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação (mandado de otimização, diria Ronald Dworkin) de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto – porque não dizer? – a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional"*. Mais adiante, esclarece que *"em suma, estamos a falar de uma necessária ponderação em concreto, ditada pelo permanente esforço do juiz para conciliar segurança jurídica e justiça material"* e, então, arremata: *"Noutro modo de falar sobre a mesma coisa, o momento sentencial da dosimetria da pena não significa senão a imperiosa tarefa individualizadora de transportar para as singularidades objetivas e subjetivas do caso concreto – a cena empírico-penal, orteguiana por dizer, os comandos genéricos, impessoais e abstratos da lei*". Temos para nós que há uma evidente contradição nos fundamentos. Inicialmente, fala-se a respeito de uma ponderação entre as circunstâncias objetivas com as subjetivas do fato-típico. Após, fala-se de uma ponderação entre segurança jurídica e justiça material. Por fim, conclui que todo este processo lógico nada mais é do que o enquadramento dos fatos objetivos e subjetivos do caso concreto as hipóteses da norma penal sancionadora. Ora, enquadrar fato à norma releva-se ser típico método de subsunção, e não propriamente o método de ponderação de valores que o Ministro Ayres Britto quer propor para a dosimetria da pena. Além disto, dá a entender que, em matéria penal, o razoável pode ser irracional, e mesmo assim deverá ser preferível. Já por estas razões, temos para nós que, apesar do esforço teórico do Ministro, não há fundamento sólido para se transportar a técnica de ponderação de princípios para a seara da dosimetria da pena. Por fim, vale registrar que, em voto-vista, o Ministro Joaquim Barbosa opõe-se ao entendimento de que a lei ordinária não pode limitar a discricionariedade do juiz na aplicação da pena e vale-se de um interessantíssimo fundamento: *"se abstrairmos excessivamente o princípio da individualização da pena estabelecido no art. 5º, XLVI, chegaremos a uma situação em que o legislador não poderá estabelecer pena alguma: apenas o juiz poderia individualizar, de acordo com o seu julgamento do caso concreto, a sanção penal cabível"*, concluindo que *"o excesso interpretativo, longe de realizar os direitos e garantias individuais, aumentará a tensão existente entre jurisdição constitucional e democracia representativa"*. A nosso ver, neste aspecto a razão está com o Ministro Joaquim Barbosa ao alertar sobre os indesejáveis perigos de se acolher a visão do Ministro Ayres Britto, já que, em última análise, poder-se-á chegar à conclusão de que o princípio da individualização da pena proíbe o balizamento legislativo na dosimetria da pena. Por maioria, o STF entendeu ser inconstitucional o art. 44 da Lei nº. 11.343/06. Contudo, não há menção à ponderação nos votos dos demais Ministros.

para a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Essencialmente, tanto a modulação de efeitos como a dosimetria da pena podem ser consideradas técnicas de dosagem de sanção jurídica. Na modulação de efeitos, a jurisdição constitucional brasileira define o alcance da invalidação da lei declarada inconstitucional. Na dosimetria, o juiz criminal define a natureza e o *quantum* da pena a ser imposta ao condenado pelo crime. Ambas só ocorrem após ter sido constatada a ocorrência de um ilícito jurídico. Não há que se falar em modulação de efeitos em declarações de constitucionalidade. Descabe pensar em dosimetria da pena sem que o juiz criminal já tenha concluído pela condenação.

Historicamente, podem ser consideradas atenuações à excessiva rigidez de um regime de sanções fixas. Com a admissão da modulação de efeitos nos mais diversos sistemas constitucionais, os inconvenientes do rigor técnico das teses da nulidade e da anulabilidade da lei inconstitucionais foram minorados na medida em que foi possibilitado à jurisdição constitucional adequar a extensão dos efeitos invalidantes a depender das peculiaridades envolvidas na declaração de inconstitucionalidade. Com a introdução da dosimetria, buscou-se afastar as injustiças da pena fixa e as incertezas da pena indeterminada. Se de um lado há uma permissão legal para que o juiz aprecie com relativa liberdade os fatos e as circunstâncias atinentes ao agente criminoso, de outro a dosimetria da pena visa evitar o arbítrio e a total imprevisibilidade quanto à pena a ser aplicada. Enfim, a modulação de efeitos e a dosimetria da pena cumprem o propósito de permitir soluções "nem tanto ao céu, nem tanto ao mar", por assim dizer.

Doutrinariamente, em ambas observa-se uma justificada preocupação com a fundamentação da sentença. Na modulação de efeitos, os defensores do método da ponderação de princípios são curiosamente os que defendem com maior ênfase a necessidade de uma fundamentação capaz de alcançar o *convencimento e a adesão racional de um auditório universal (Perelman), formado tendencialmente por toda 'sociedade aberta de intérpretes da Constituição (Habërle)'*[605], devendo-se ter especial atenção na construção do significado de segurança jurídica para dele fazer uso[606]. Na dosimetria da pena, tem-se como indispensável que a fundamentação não ocorra de *forma vazia, com a repetição dos dizeres da lei e termos abstratos, mas com a indicação precisa dos fatos provados nos au-*

[605] SARMENTO, Daniel, *A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade,...*, p. 32.
[606] ÁVILA, Humberto, *Segurança jurídica: entre a permanência, mudança e realização no direito tributário,...*, p. 538.

tos[607]. Tanto em uma quanto na outra técnica de dosagem, verifica-se uma rejeição a motivações "de fachada", as quais não asseguram a racionalidade necessária.

Por outro lado, é certo que existem diferenças entre a modulação de efeitos e a dosimetria da pena. Conforme já falamos anteriormente, a dosimetria da pena baseia-se primordialmente no grau de violação ao bem jurídico tutelável pela norma penal, seja pelas circunstâncias fáticas do crime, seja pelas circunstâncias a envolver a pessoa do infrator. Já a modulação de efeitos, a rigor, não ocorre em função de um maior ou menor grau de inconstitucionalidade. Com exceção dos defensores da solução com ponderação entre o princípio da segurança jurídica e os subjacentes à norma constitucional violada[608], não se constata a tese de que a lei possa ser considerada inconstitucional com graus variados de lesão à Constituição, tampouco que a modulação de efeitos deve ocorrer em razão de um menor grau de inconstitucionalidade da lei viciada. Além disto, nos sistemas constitucionais que adotam o dogma da nulidade, existe uma sanção preferencial a ser sempre aplicada, salvo se expressamente for afastada. Na dosimetria da pena, pelo menos a prevista no Código Penal brasileiro, não há um *quantum* de pena preferencialmente estabelecido para cada crime. Antes, há uma faixa entre mínimos e máximo em que o juiz pode percorrer dentro dos parâmetros legais.

Apesar das peculiaridades de cada um dos institutos jurídicos, entendemos que não deveria haver grandes diferenças no tocante ao método de realização da modulação de efeitos e da dosimetria da pena. Afinal, antes de tudo, trata-se de técnicas de aplicação de normas jurídicas sancionatórias abstratas e de imposição de sanções aos ilícitos cometidos, tendo em comum, inclusive, o fato de que, em ambas, o julgador é chamado a dar concretude a disposições legais com termos vagos. Prova disto são os conceitos abertos e imprecisos trazidos no art. 59 do Código Penal e no art. 27 da Lei nº. 9.868/99. Só que, se forem prevalecentes as soluções que apontam para a ponderação de princípios, ter-se-á de concluir que a modulação de efeitos e a dosimetria da pena estranhamente distanciam-se.

---

[607] AGUIAR JÚNIOR, Rui Rosado, *Aplicação da pena*, Revista Brasileira de Ciências Criminais nº. 32, out-dez/2000, p. 187.

[608] Segundo também expusemos antes, a tese de que a modulação de efeitos é fruto da ponderação entre o princípio da segurança jurídica e os princípios subjacentes à norma constitucional violada acaba por propor uma "dupla análise", em que uma norma constitucional é suficientemente forte para tornar viciada uma lei, mas não forte para fazer com que todos os efeitos produzidos pela lei inconstitucional sejam apagados. Não é exagero afirmar que, em alguma medida, admitem-se assim graus de inconstitucionalidade.

Isto porque se verifica que a lógica a orientar a aplicação da pena pode ser bem expressada na fórmula *praticado um crime, violado esse bem jurídico, ameaçada, por isso mesmo a ordem social, impõe-se que ao criminoso seja aplicada uma pena*[609]. Aliás, a fórmula "se constatada a prática de um fato típico, antijurídico e culpável, então deverá ser aplicada pena ao respectivo agente" nada mais é que a estrutura sintática geral das normas sancionatórias penais, a qual, até pelo modo pelo qual é construída, tende a seguir a lógica do tudo-ou-nada das regras jurídicas. A mesma lógica pode ser observada na dosimetria da pena, com a peculiaridade de que à fórmula geral são acrescentadas as diversas condicionantes de majoração ou minoração da pena.

Deste modo, pode-se reconhecer que, a exemplo da aplicação da sanção penal, a dosimetria da pena pauta-se pelo método da subsunção. Isto não deve causar surpresa, pois a subsunção é o modo pelo qual tipicamente se opera a incidência de normas jurídicas sancionatórias em geral, conforme bem salienta ÉMERSON GARCIA: *a sanção será passível de aplicação sempre que for identificada a subsunção de determinada conduta ao preceito proibitivo de forma explícita ou implícita da norma*[610]. Um indicador a reforçar a conclusão é o fato de a doutrina penal brasileira pouco ou nada mencionar acerca de um juízo de ponderação de valores ou princípios no bojo da dosimetria da pena.

Da mesma maneira, pensamos que a discricionariedade que é admitida na dosimetria da pena é diferente daquela que existe no ato de sopesar valores e princípios. É notório o esforço doutrinário em afirmar que, apesar da latitude entre mínimos e máximos de pena, não há espaço para arbitrariedades judiciais. Fala-se em *discricionariedade juridicamente vinculada* [611] e *discricionariedade (que) não significa arbitrariedade*"[612], sempre na busca de deixar claro que o juiz, ao apreciar as circunstâncias objetivas e subjetivas do crime e delas extrair o cálculo da pena, deve sempre fazê-lo em submissão aos parâmetros da legislação penal. É evidente a preocupação no direito penal com a objetividade, mesmo nos casos em que o juiz tem de aplicar normais jurídicas com termos vagos.

Outrossim, a discricionariedade própria da dosimetria da pena revela-se em uma apreciação eminentemente fática, e não em uma análise subjetiva e valorativa das normas penais concernentes à aplicação da pena. Com exceção da particular posição do

---

[609] FERREIRA, Gilberto, *Aplicação da pena*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1995, p. 49.
[610] GARCIA, Émerson, *A lei de improbidade e a dosimetria de suas sanções*,..., p. 33.
[611] Expressão utilizada por GUILHERME DE SOUZA NUCCI em *Individualização da pena*,..., p. 146 que, para não ser paradoxal, não pode ser interpretada à luz dos conceitos de "discricionariedade" e "vinculação" próprios do direito administrativo.
[612] FERRAZ, Nelson, *Dosimetria da pena*, Revista dos Tribunais nº. 680, jun/1992, p. 323.

recém-aposentado Ministro Ayres Britto, em nenhum momento se observam lições a pregar, por exemplo, que o juiz, ao dosar a pena, deve atribuir pesos à liberdade de locomoção do condenado e à segurança pública para, então, decidir qual é a pena e em qual medida merece ser imposta. O fato de haver discricionariedade juridicamente vinculada na dosimetria da pena não implica a conclusão que ela é ou deve ser feita através de uma ponderação de princípios constitucionais. Até porque, não é demais recordar, mesmo na subsunção há espaço para a inovação e criatividade do julgador[613], não mais podendo ser reduzida ao método de subsunção mecânica e automática do século XVIII[614].

Por derradeiro, entendemos que a lógica subjacente à ponderação não está presente no ato de aplicação de sanção. A norma sancionatória não traz em si valores que supostamente devem ser aplicados no máximo possível. É inimaginável aceitar, por exemplo, que a sanção penal possa ser um mandado de otimização a requerer do juiz a imposição da pena-máxima. Não vislumbramos a possibilidade teórica de uma sanção revestir, também, da natureza jurídica de um princípio constitucional, de modo a demandar o uso da ponderação para ser aplicada ao caso concreto. Por isso, entendemos que não apenas a dosimetria da pena não pode ser aplicada por ponderação de princípios, como também as demais normas sancionatórias, sob pena de descaracterizá-las como tais.

Logo, é possível concluir a partir da análise comparativa que as similaridades entre modulação de efeitos e dosimetria da pena apontam a subsunção como o método de aplicação jurídica mais adequado para a incidência de norma sancionatória, já que a possível discricionariedade que nele haja traz menos imprevisibilidade e insegurança jurídica do que a que se pode ter com o método de ponderação de princípios. Somando-se esta constatação a que já tínhamos feito no capítulo anterior, quando analisamos as críticas feitas à ponderação, à modulação em si e ao art. 27 da Lei nº. 9.868/99, podemos concluir que a fórmula de modulação de efeitos pregada pela doutrina majoritária e adotada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não é a mais adequada, podendo e merecendo ser substituída pelos métodos adotados pela doutrina estrangeira e, que em alguma medida, já encontram alguma alusão no Brasil.

---

[613] DIMOULIS, Dimitri, *Manual de introdução ao estudo do direito*,..., p. 127.
[614] RAMOS, Elival da Silva, *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*,..., p. 71 e 82.

5.3. INSERÇÃO DAS SOLUÇÕES COM SUBSUNÇÃO NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Apesar de o método da ponderação de princípios ser, indubitavelmente, aquele que prepondera no Brasil, existem valiosas contribuições na seara da doutrina constitucionalista brasileira acerca das três principais espécies da técnica de modulação de efeitos por subsunção. Espantosamente, no mais das vezes estas contribuições são feitas por juristas que defendem a utilização da ponderação de princípios na modulação de efeitos, o que a nosso ver reforça a tese de que modulação e ponderação não têm de andar obrigatoriamente juntas, e confirma que a ponderação não é *conditio sine qua non* para que a jurisdição module os efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade.

Não obstante, em nosso entender, o fato de já haver certa aceitação na doutrina brasileira de que a modulação de efeitos cabe ou deve caber nos casos de superação de precedentes, situações consolidadas e vazios normativos, mostra que a inserção dos métodos de modulação com subsunção não deve ser vista como um indevido estrangeirismo. Antes, deve ser enxergada como aperfeiçoamento (reajuste) de uma técnica que, provavelmente por influências "neoconstitucionalistas", afastou-se ao longo dos últimos anos da objetividade exigida para a aplicação de normas jurídicas sancionatórias, tendo recaído em uma desnecessária imprevisibilidade capaz de atacar a segurança jurídica.

Através destes métodos, cremos que a jurisdição constitucional brasileira poderá voltar a um meio-termo, em que nem se retorna ao rígido binômio institucionalidade-nulidade, nem se recai em uma justiça de "cabra-cega" despida de um mínimo de previsibilidade quanto às consequências de uma declaração de inconstitucionalidade. Com eles não se pretende engessar a jurisdição constitucional, tanto que em nenhuma das espécies de solução com subsunção há a fixação de um momento único, exclusivo e exato a partir do qual a invalidação deve produzir efeitos. Com eles objetiva-se viabilizar uma densidade normativa ao princípio da segurança jurídica com maior previsibilidade, através da interpretação jurídica presente na subsunção. Enfim, com eles apenas se pretende permitir que a sociedade e os demais Poderes tenham possibilidades de prever com alguma segurança quando uma lei inconstitucional potencialmente não será invalidada retroativamente.

5.3.1. A doutrina do *prospective overruling* no Brasil

É possível encontrarmos vozes no Brasil a defender que a superação de precedentes jurisprudenciais deve ser hipótese a ensejar o afastamento dos efeitos *ex tunc* às decisões judiciais. Neste sentido está, por exemplo, TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, ainda que com olhos apenas nas decisões de caráter declaratório proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça que impliquem modificação de jurisprudência pacificada. Defende que decisões de caráter declaratório proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça devem ser moduladas e a elas atribuídos efeitos *ex nunc* caso impliquem modificação de jurisprudência pacificada, uma vez que *os precedentes, sobretudo dos tribunais superiores, pelo menos quando não deparam com uma contradição demasiadamente grande, passam, após a decorrência de um tempo razoável, a ser considerados uma espécie de 'direito vigente'*[615].

A lógica que pauta a irretroatividade da decisão judicial que se releva ser novo precedente pode ser descrita da seguinte forma: *"assim como fatos jurídicos pretéritos (mesmo quando não constituam atos jurídicos perfeitos ou direitos adquiridos) são protegidos contra a retroatividade da lei nova, valendo a lei, à época, de regência, uma jurisprudência pretérita, de fato constante e longamente reiterada, há também de ser considerada para casos iniciados antes da nova orientação jurisprudencial"*[616]. É certo que o autor acrescenta à mudança jurisprudencial um juízo de ponderação efeito *ex tunc* da sentença declaratória e a segurança jurídica, de modo que o efeito *ex nunc* deve ser atribuído se a retroatividade da nova jurisprudência comprometa a confiança na Justiça e o sentido de razoabilidade de suas decisões[617]. No entanto, de suas lições ficam o substrato teórico a fundamentar a adoção da *prospective overruling* no Brasil, demonstrando tratar-se de uma decorrência imediata da segurança jurídica.

Em sentido idêntico manifesta-se LUÍS ROBERTO BARROSO, ao defender que, nos casos de superação de jurisprudência antiga e que envolva entendimento há

---

[615] FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, *Irretroatividade e jurisprudência judicial, in* CARRAZA, Roque Antonio, FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, NERY JÚNIOR, Nelson, *Efeito* ex nunc *e as decisões do STJ*,..., p. 13.

[616] FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, *Irretroatividade e jurisprudência judicial*,..., p. 15.

[617] Isto porque, mesmo nos casos de superação de jurisprudência pacífica, a atribuição do efeito *ex nunc* deve observar os seguintes critérios: (a) situação não desejada pela vontade do legislador racional à luz do princípio da razoabilidade; (b) manifesto conflito entre valores da mesma hierarquia; (c) desequilíbrio desproporcional nos interesses sociais à luz de um principio de justiça; (d) senso do justo em termos de percepção de um interesse social que, nas circunstâncias, se destaca dos demais interesses em jogo. Ver FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, *Irretroatividade e jurisprudência judicial*,..., pp. 27-28.

muito pacificado, deve ser especialmente considerada a atribuição de efeitos meramente prospectivos, dado que os efeitos da nova interpretação judicial equivalem aos da edição de lei nova. À semelhança de TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, entende que mesmo nessa hipótese a modulação de efeitos deve ser resultado de uma ponderação entre o valor a ser promovido com a nova orientação e os valores da boa-fé, da proteção da confiança e da segurança jurídica[618]. Independentemente disto, aqui também fica claro que a superação de precedentes pode ser vista como mola propulsora da modulação de efeitos, especialmente por ser consentânea com o princípio da segurança.

Eduardo Talamini também defende que técnica da modulação dos efeitos pode vir a ser aplicada a situações em que ocorra clara mudança de interpretação acerca de uma questão constitucional. Apesar disto, entende que o fundamento desta modulação não poderia ser o art. 27 da Lei nº. 9.868/99 nem o art. 11 da Lei nº. 9.882/99, os quais *funcionam apenas como um parâmetro que dão suporte a essas regras: segurança jurídica, boa-fé, razoabilidade, proporcionalidade*"[619]. Por causa desta ressalva, é-nos permitido concluir que, ao contrário dos outros autores mencionados, EDUARDO TALAMINI não vê nesta hipótese de modulação de efeitos um exercício de ponderação de princípios, já que esta ficaria reservada aos casos de aplicação do art. 27 da Lei nº. 9.868/99. Uma vez mais, assim, fica patente que a doutrina do *prospective overruling* pode ser introduzida no Brasil sem apegos à ponderação de princípios.

Finalmente, podemos registrar o entendimento de ANDREI PITTEN VELLOSO, segundo o qual somente nos casos de radical mudança do Supremo Tribunal Federal e nos de adoção pelo STF de exegese constitucional completamente inusitada e imprevisível até ao mais prudente legislador, é que se poderia falar em modulação dos efeitos da pronúncia da inconstitucionalidade. No primeiro caso, porque se está diante de uma mutação constitucional pela via interpretativa. No segundo caso, porque se trata da hipótese de uma lei editada em perfeita consonância com a exegese constitucional sustentada de forma uníssona pelo mais abalizados juristas e não contraposta a então jurisprudência do

[618] BARROSO, Luís Roberto, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro,...*, p. 79.
[619] TALAMINI, Eduardo, *Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira: repercussão geral, força vinculante, modulação dos efeitos do controle de constitucionalidade e alargamento do objeto de controle direito,...*, p. 215.

STF, a qual vem a ser posteriormente declarada inconstitucional por uma *posição inusitada, que não era reconhecida com seriedade qual uma variante interpretativa possível*[620].

O Supremo Tribunal Federal já havia mostrado simpatia a este tese no julgamento do HC 82.959/SP[621], em que, por maioria apertada de 6 votos a 5, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº. 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos). Nessa oportunidade, a maioria dos Ministros entendeu que a proibição da progressão de regime ao condenado por crime hediondo viola a garantia constitucional da individualização da pena, contrariando a jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal que por anos orientou-se pela constitucionalidade do dispositivo legal. Por causa disto, por unanimidade, decidiu-se que a declaração de inconstitucionalidade não teria impacto às penas já extintas na data do julgamento, a fim de se obstar eventual responsabilidade do Estado por erro judicial ou por prisão excessiva. Para efeitos civis, à decisão de inconstitucionalidade foi atribuído efeito *ex nunc*.

Mais recentemente ainda, observa-se que o Supremo Tribunal Federal recentemente sinalizou simpatia à modulação de efeitos com base na superação de precedentes, fazendo expressa referência à orientação norte-americana. Assim ocorreu na ADI 4029/AM[622], em julgamento feito em 08.03.2012, com relatoria pelo Ministro Luiz Fux[623]. Nela, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que a modulação de efeitos possui variadas modalidades, sendo que uma delas seria a denominada *pure prospective*, isto é, técnica de superação de jurisprudência em que o novo entendimento se aplica exclusivamente para o

---

[620] VELLOSO, Andrei Pitten, *A temerária "modulação dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade em matéria tributária*, ..., pp. 13-14.

[621] STF, Tribunal Pleno, HC 82959, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ 01.09.2006.

[622] Em linhas gerais, cuidou-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela Associação Nacional dos Servidores do IBAMA através da qual foi questionada a constitucionalidade da Lei nº. 11.516/07, fruto de conversão da Medida Provisória nº. 366/07, que criou o Instituto Chico Mendes de Conservação de Biodiversidade. Dentre outros argumentos, foi sustentada a inconstitucionalidade formal da lei na medida em que a medida provisória não teria sido examinada pela comissão mista de Deputados e Senadores tal qual previsto no art. 62, § 9º, CRFB. Quanto a isto, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o art. 6º da Resolução nº. 01/2002 do Congresso Nacional, que permite a emissão de parecer por meio de relator nomeado pela comissão mista, diretamente ao Plenário da Câmara dos Deputados, é inconstitucional, justamente por dispensarem a prolação de parecer por parte da comissão mista.

[623] É certo que, antes do julgamento da ADI 4029/AM, o Supremo Tribunal Federal já havia afastado os típicos efeitos da nulidade ao apreciar o Inquérito 687-SP. Nele, o STF revogou a Súmula 394 ao entender, de forma inédita naquela ocasião, que o término do mandado parlamentar importava na perda do foro por prerrogativa de função. Nessa ocasião, no entanto, deixou ressalvado que os atos praticados com base na Súmula 394 deveriam permanecer válidos. A nosso ver, cuida-se aqui de uma modulação de efeitos baseada na teoria do *prospective overruling*, em que a jurisdição constitucional, por alterar seu entendimento acerca de determinada norma constitucional e passar a interpretá-la diversamente do que fazia antes em nítida superação de precedente, deixa de invalidar os casos ocorridos antes da superação do precedente. Todavia, nesta oportunidade, o Supremo Tribunal Federal não fez referência explícita a esta modalidade de modulação de efeitos, motivo pelo qual optamos por destacar a recente ADI 4029/AM.

futuro, e não àquela decisão que originou a superação da antiga tese. Aliás, chama a atenção trecho do voto do Ministro Luiz Fux: a *modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, primeiramente idealizada no direito norte americano, com a admissão do prospective overruling nos casos Linkletter v. Walker (381 U.S. 618) e Stovall v. Denno (388 U.S. 293), não significa uma afronta à Carta Magna, mas uma defesa da segurança jurídica, também norma constitucional (art. 5º, caput), sob o prisma do princípio da proporcionalidade*.

Logo, apesar de algumas impropriedades observadas no manejo desta fórmula de solução para a modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal no caso[624], é sem sombra de dúvidas de que a jurisprudência constitucional brasileira parece começar a se desvincular da hoje prevalecente visão de que a modulação de efeitos é feita por ponderação de princípios. Conforme assinalado pelo próprio Ministro relator, a modulação pode ser feita através de várias modalidades, sendo uma delas a por subsunção nos casos de superação de precedentes, a qual também defende o princípio da segurança jurídica sem que necessariamente tenhamos de recorrer à ponderação. A nossa proposta é que esta solução seja intensificada no seio da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

5.3.2. A doutrina das situações consolidadas no Brasil

Não é de todo desconhecida da doutrina e da jurisprudência brasileira a tese de que existem situações que, por terem se consolidado ou se exaurido no tempo, não podem ou não merecem ser alcançadas pelos efeitos invalidantes de uma decisão judicial, especialmente de uma declaração de inconstitucionalidade. Há doutrinadores que, mesmo não se referindo expressamente à técnica de modulação dos efeitos temporais, entendem que é cabível deixar de anular atos praticados com base na lei inconstitucional que já tenham sido consolidados fática ou juridicamente, sem que isto seja fruto de uma ponderação de princípios constitucionais.

[624] É que, se de um lado o Ministro Luiz Fux indicou o julgamento da ADI 3289, julgada em 05.05.2005, como precedente anterior que não teria acolhido a tese da inconstitucionalidade formal, de outro o próprio Ministro relator admite que a decisão nessa ADI baseou-se em motivos circunstanciais, o que, a nosso ver, impede que este precedente possa ser considerado jurisprudência pacífica sobre a matéria. Do mesmo modo, ao fixar ser o caso de modulação de efeitos, o Ministro Luiz Fux fez questão de ressaltar o grande volume quantitativo de leis aprovadas pelo Congresso Nacional com base na prática inconstitucional de dispensar a manifestação da Comissão Mista no trâmite parlamentar das medias provisórias, dando a entender ser este o principal motivo para a modulação de efeitos, e não propriamente a superação de precedentes jurisprudenciais consolidados.

Um deles é HUGO DE BRITO MACHADO, professor da Universidade Federal do Ceará. Segundo seu entender, há circunstâncias em que a jurisdição constitucional não deve atribuir efeitos *ex tunc* à declaração de inconstitucionalidade. Admitir efeitos retroativos indistintamente, para o autor, *é o mesmo que admitir leis retroativas em todos os casos, fazendo letra morta da garantia constitucional pela qual a lei não prejudicará o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada*[625]. Assim, propõe que o critério a ser utilizado para o afastamento do efeito preferencial de invalidação seja a existência ou não de situações jurídicas consolidadas, à semelhança do que ocorre quanto aos efeitos de qualquer lei nova[626].

Outro com conclusões idênticas é ÁLVARO RICARDO DE SOUZA CRUZ. Entende o autor que a manutenção de certos atos jurídicos praticados com respaldo na lei inconstitucional não fere a supremacia da Constituição porque não importa em reconhecer alguma eficácia à lei viciada. Isto ocorre porque sua permanência se dá não por uma eficácia prospectiva da lei inconstitucional, mas sim pela impossibilidade prática de se retornar ao *status quo ante* nos casos de irreversibilidade ou consumação de alguns atos jurídicos[627]. Para ele, *a declaração de inconstitucionalidade não tem o dom de 'levantar cadáveres'*[628], cabendo à jurisdição ordinária examinar as condições fáticas do caso concreto e, então, julga-lo em relação à posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal[629].

Além destes, não é demais recordar que à doutrina constitucional brasileira é conhecida a tese das fórmulas de preclusão tal qual concebida na Itália. GILMAR FERREIRA MENDES já fazia alusão a estas fórmulas em sua análise da decisão proferida no RE 122.202, externando a inteligência de que *os atos praticados com base na lei inconstitucional que não mais se afigurem suscetíveis de revisão não são afetados pela declaração*

---

[625] MACHADO, Hugo de Brito, *Declaração de inconstitucionalidade e direito intertemporal,...*, p. 84.

[626] Registre-se que, além da verificação de situações consolidadas, HUGO DE BRITO MACHADO entende que jamais pode haver retroatividade que implique ônus aos contribuintes. Ver *Declaração de inconstitucionalidade e direito intertemporal,...*, p. 86-87.

[627] Neste mesmo sentido posiciona-se CARLOS BLANCO DE MORAIS no tocante, inclusive, no caso de inexistência jurídica do ato inconstitucional. Defende o autor português que respectiva sanção deve implicar a eliminação de todos os efeitos que o ato tenha gerado, procedendo-se a uma reconstituição completa da situação existente ao momento anterior à prática do ato, desde que respeitada a reserva do possível. Para melhor explicar o que vem a ser esta "reserva do possível", dá o seguinte exemplo: *"Se um pseudo-decreto-lei que determinou a construção de uma ponte for julgado inexistente e a mesma obra tiver sido entretanto construída, existem conseqüências fácticas e mesmo jurídicas do acto aparente que se consolidarão em razão da natureza das coisas, pois seria absurdo que a ponte fosse dinamitada, tendo em vista assegurar a garantia do critério acadêmico-dogmático da improdutividade total do acto inexistente"*. Ver *Justiça constitucional – garantia da constituição e controlo da constitucionalidade*, Tomo I,..., p. 190.

[628] CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza, *Jurisdição constitucional democrática,...*, p. 255.

[629] CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza, *Jurisdição constitucional democrática,...*, p. 428.

de inconstitucionalidade[630]. Na mesma orientação seguem outros autores brasileiros como, por exemplo, OSWALDO LUIZ PALU, para quem a declaração de inconstitucionalidade deve respeitar as fórmulas de preclusão em sentido amplo, já que nada mais são do que a exteriorização do princípio da segurança jurídica[631].

Especificamente quanto às situações fáticas consolidadas, verifica-se que há anos a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem acolhido a chamada "teoria do fato consumado", a qual se apoia *na evidência empírica de que o tempo não retrocede – pelo contrário, foge irreparavelmente – de sorte que é naturalmente impossível regressar-se a situações ultrapassadas, para desconstituir relações que se consolidaram como fatos*[632]. Tem sido pacífico no âmbito do STJ o entendimento de que *não podem os jurisdicionados sofrer com a as decisões colocadas à apreciação do Poder Judiciário, em se tratando de uma situação fática consolidada pelo lapso temporal, face à morosidade dos trâmites processuais*[633]. Assim, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça reconhece que, em hipótese de situação fática consolidada, a decisão judicial não tem o condão de apagar os efeitos já produzidos com respaldo em orientação posteriormente rejeitada pelo Poder Judiciário, notadamente se os efeitos decorrem de atos praticados com respaldo em decisões judiciais provisórias, tais como tutelas antecipadas e medidas cautelares[634].

Até o próprio Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 2.240/BA chegou a esbarrar na técnica de modulação de efeitos através da constatação de situações fáticas consolidadas. Na leitura dos votos proferidos pelos Ministros Gilmar Mendes e, principalmente, Eros Grau, verifica-se que o principal motivo a levá-los a não aplicar a nulidade dos efeitos produzidos pela lei baiana inconstitucional foi, em suma, a existência fática de um Município cuja realidade não poderia ser ignorada pela Corte. Chama-nos a atenção, nesse tocante, menções como *há toda uma situação consolidada que não pode ser ignorada pelo Tribunal*, *necessidade de se assegurar realidades concretas*

---

[630] MENDES, Gilmar Ferreira, *A nulidade da lei inconstitucional e seus efeitos – considerações sobre a decisão do STF proferida no RE 122.202*.
[631] PALU, Oswaldo Luiz, *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*,..., p. 176.
[632] STJ, 1ª Turma, AgRg no REsp 1.291.328/RS, Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 09.05.2012
[633] STJ, 1ª Turma, REsp 175.313, Relator Ministro José Delgado, DJ 22.03.1999.
[634] Em geral, os precedentes em que o Superior Tribunal de Justiça acolheu a teoria do fato consumado dizem respeitos a questões de matrícula de estudantes em instituição privada de ensino superior (REsp 647.679/AM), transferência de estudante de ensino superior para outra instituição em virtude de remoção *ex officio* como servidor público (EREsp 155.052/RN), remoção de servidor público para acompanhar cônjuge (AgRg no REsp 854.555/TO), entre outros. Nestes casos, o Tribunal adotou o entendimento de que a situação realizada com base em decisão liminar deveria ser mantida ainda que a posição a respaldar a liminar contrarie a interpretação do Tribunal quanto à matéria envolvida.

que não podem mais ser desfeitas e *aplicação continuada de uma lei por diversos anos torna quase impossível a declaração de sua nulidade*, feitas pelo Ministro Gilmar Mendes, ou ainda *essa existência, existência de fato... consubstancia uma situação consolidada* e *"não o tendo feito* [a determinação da suspensão dos efeitos da lei estadual em julho de 2000] *permitiu a consolidação da situação de exceção que a existência concreta do município caracteriza"*, feitas pelo Ministro Eros Grau, relator do acórdão. A nosso ver, tais razões já eram suficientes para que, com base na segurança jurídica, fosse acolhida uma exceção à regra da retroatividade *ex tunc*, exceção advinda justamente da existência de uma situação fática consolidada no tempo. Porém, o Supremo Tribunal Federal preferiu mesmo assim fundamentar sua decisão de modulação em um processo de complexa ponderação entre a nulidade da lei inconstitucional e a segurança jurídica.

Seja como for, a nossa proposta aqui é que a doutrina das situações consolidadas – que, como vimos, não é desconhecida no Brasil – seja inserida definitivamente na temática da modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade e aperfeiçoada no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal em ações diretas de inconstitucionalidade e em arguições de descumprimento de preceitos fundamentais. Entendemos que tanto as questões concernentes às fórmulas de preclusão, que geram situações jurídicas consolidadas, como as concernentes às situações fáticas consolidadas podem ter cabimento em sede de controle de constitucional principal, não tendo de ficar adstrita ao controle de constitucionalidade difuso[635].

Isto porque, ao contrário do que se possa imaginar, não se pode afirmar que esteja consolidado o entendimento sobre qual o alcance que as fórmulas de preclusão têm no ordenamento jurídico. Exemplo disto é a disparidade existente entre o entendimento doutrinário de que a coisa julgada não é afetada pela declaração de inconstitucionalidade, exceto por ação rescisória, e o disposto do art. 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil, que permite a oposição de embargos pela Fazenda Pública contra título judicial fundado em ato inconstitucional, de modo a afastar os efeitos da coisa julgada sem

[635] Em sentido contrário está HUMBERTO ÁVILA, pois entende que a intangibilidade de situações individuais por razões de prescrição, decadência, direito adquirido, ato jurídico perfeito, coisa julgada, fato gerador ocorrido, situação consolidada pelo tempo e proteção da confiança, por depender de prova concreta, não pode ser objeto de apreciação abstrata e direita no controle concentrado, alertando que, se assim fizer, estará o Supremo Tribunal Federal a assegurar a inalterabilidade de situações sem saber se elas, de fato e de direito, existem. Ver *Segurança jurídica: Segurança jurídica: entre a permanência, mudança e realização no direito tributário,* p. 571. Contudo, um excelente modo para que ao Supremo Tribunal Federal seja oportunizado modular os efeitos da declaração de constitucional diante de situações fáticas consolidadas é a admissão de *amicus curiae* e a realização de audiências públicas[635], admitindo-se a participação dos atores sociais e políticos dos mais diversos matizes nas questões suscitadas na declaração de inconstitucionalidade.

a necessidade de uma ação rescisória. Existem, a nosso entender, incertezas quanto à repercussão que a declaração de inconstitucionalidade tem sobre as decisões transitadas em julgado, caso nela não haja menção expressa à coisa julgada.

Outro exemplo a ser citado é a variação de entendimento quanto às implicações de uma declaração de inconstitucionalidade em matéria tributária no tocante ao prazo prescricional para a repetição de indébito. Até alguns anos atrás, o Superior Tribunal de Justiça tinha fixado posição no sentido de que o decurso do prazo quinquenal de prescrição para a repetição de indébito (art. 168, Código Tributário Nacional) não era óbice para que o contribuinte ajuizasse a ação de repetição, sob o fundamento de que novo prazo de prescrição foi aberto a partir da data do julgamento[636]. Hoje, adota-se o entendimento contrário, no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade, seja em controle difuso sejam em controle concentrado, em nada altera a contagem do prazo prescricional (REsp 1.110.578/SP). De toda sorte, não é possível afirmar que haja critérios firmes na jurisdição ordinária a esclarecer as repercussões da declaração de inconstitucionalidade nas relações jurídicas já prescritas. Deste modo, a fim de evitar incertezas e imprevisibilidades, a jurisdição constitucional pode modular os efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade de modo a estabelecer quais situações podem ser alcançadas no tempo pela invalidação, definindo quais são as possíveis situações consolidadas a serem respeitadas com a modulação dos efeitos.

5.3.3. A doutrina do vazio normativo no Brasil

Há poucos anos atrás na ADI 875/DF[637], o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei Complementar nº. 62/1989 concernentes à forma de rateio do Fundo de Participações dos Estados, por entender que os critérios ali fixados não atendiam a finalidade de promover o equilíbrio socioeconômico entre os entes federativos. No entanto, declarou a inconstitucionalidade sem pronunciar a nulidade, sendo de chamar a atenção os fundamentos ali utilizados para a modulação de efeitos. É que, conforme voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, suprimir imediatamente os dispositivos *representaria incomensurável prejuízo ao interesse público e à economia dos Estados, uma vez que o vácuo legislativo poderia inviabilizar, por completo, as*

[636] SARMENTO, Daniel, *A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade,...*, p. 20-21.
[637] STF, Tribunal Pleno, ADI 875/DF, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJe 30.04.2010.

transferências de recursos. Desta forma, a fim de evitar uma situação de vazio normativo e suas conseqüências danosas, o Supremo Tribunal Federal modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, assegurando a aplicação da Lei Complementar nº. 62/1989 até 31 de dezembro de 2012.

Apesar de existirem referências o método de ponderação de princípios no voto do Ministro Relator, percebe-se também não ser desconhecida da jurisdição constitucional a técnica de modulação dos efeitos temporais realizada através da subsunção nos casos em que a retroatividade *ex tunc* provoca a ausência de comando normativo. Pensamos que, mais uma vez, o Supremo Tribunal Federal não necessitava invocar a ponderação de princípios para concluir ser cabível a modulação de efeitos. Assim poderia ter concluído caso, outorgando densidade normativa ao princípio da segurança jurídica pela interpretação, dele extraísse a norma sancionatória de exceção a permitir que o alcance da invalidação fosse mitigado. Seja como for, também aqui nossa proposta é que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firme-se na orientação do sistema constitucional alemão, passando a modular *pro futuro* as declarações de inconstitucionalidade através da subsunção de fato (possibilidade concreta de vácuo legislativo) ao preceito "razões de segurança jurídica" previsto no art. 27 da Lei º. 9.868/99. Ganham-se mais previsibilidade e objetividade.

6. CONCLUSÕES

I

O conceito de sanção jurídica inclui a invalidação de atos inconstitucionais, uma vez que toda conseqüência prevista como resposta à violação do sistema jurídico reveste-se de natureza sancionatória. A tese de que a sanção deve ser entendida exclusivamente como um mal ou castigo a ser imposto não deve ser acolhida por restringir a aplicação da sanção apenas a pessoa do infrator e retirar de seu campo de abrangência as punições sobre o ato praticado em ilicitude. Sendo uma forma de reação à contrariedade da Constituição, a invalidação é sanção ao vício da inconstitucionalidade e também um dos efeitos com repercussão temporal da declaração de inconstitucionalidade.

Embora a Constituição Federal de 1988 não estabeleça expressamente uma conseqüência à inconstitucionalidade, é possível extrair dos dispositivos constitucionais a norma sancionatória implícita a ser aplicada sobre o vício de inconstitucionalidade, de modo a ensejar sua invalidação e de seus efeitos já produzidos. Em especial, dos dispositivos constitucionais que consagram a rigidez constitucional (art. 60, §§ 2º e 4º) é possível extrair duas normas constitucionais distintas: (a) *se* o Poder Legislativo editar emenda à Constituição, *então* deverá fazê-lo por três quintos de seus membros e sem atentar contra alguma das cláusulas pétreas; (b) *se* descumprida a norma *a*, *então* o ato legislativo emanado deve ser sancionado com a invalidação de seus efeitos. Enquanto a norma *a* dispõe sobre limita o poder reformador, a norma *b* é sancionatória e objetiva assegurar a observância da norma *a* caso seja violada pelo ilícito da inconstitucionalidade.

A invalidade é vício da lei inconstitucional do qual a invalidação é sua sanção independentemente do sistema de controle de constitucionalidade. Nulidade e anulabilidade devem ser vistas apenas como tipologias temporais da sanção de invalidação. Se a invalidação alcança todos os efeitos produzidos pelo ato inconstitucional (efeitos *ex tunc*), retroagindo até o momento da entrada em vigor da lei, pode-se falar em nulidade. Se a invalidação não retroage e só se inicia a partir da data em que for reconhecida a inconstitucionalidade (efeitos *ex nunc*), pode-se falar em anulabilidade. No sistema constitucional brasileiro, em regra a sanção de invalidação retroage *ex tunc*, opção confirmada com a edição do art. 27 da Lei nº. 9.868/99.

A apreciação da inconstitucionalidade das leis envolve duas etapas de julgamento: a primeira, em que se verifica a compatibilidade com a Constituição do ato

questionado; a segunda, em que se aplica a sanção caso seja detectada a inconstitucionalidade na etapa anterior. No primeiro juízo, avalia-se se a norma constitucional "*se* for editar lei, *então* deverá fazê-lo em conformidade com a Constituição" foi respeitada ou descumprida. Caso se conclua pelo descumprimento, caracterizado está o ato ilícito (a inconstitucionalidade), o que remete o julgador ao segundo juízo, em que se avalia a aplicação da norma constitucional "*se* for declarada a inconstitucionalidade, *então* deverá ser invalidado o ato viciado".

É fato de ocorrência incontestável que principais os sistemas de controle de constitucionalidade admitem, por maior ou menor extensão, a possibilidade de a jurisdição constitucional excepcionar as sanções típicas à inconstitucionalidade. Tanto o modelo sancionatório retrospectivo norte-americano como o modelo sancionatório prospectivo austríaco sofreram atenuações, razão pela qual o poder de manipular o alcance inicial da invalidação geralmente se faz presente. Por esta razão, apesar de ser pretensiosa, a afirmação de que *não há Corte constitucional digna desse nome no mundo que não faça modulação de efeitos* mostra-se fidedigna da realidade dos fatos.

Por modulação dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade deve se entender a técnica através da qual a jurisdição constitucional determina outro alcance temporal para a invalidação da lei inconstitucional e seus efeitos que não o preferencialmente previsto pelo sistema jurídico. Nos sistemas em que a invalidação retroativa *ex tunc* é preferencial, a modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade é técnica de dosagem da extensão da sanção à inconstitucionalidade através da qual a jurisdição constitucional deixa de aplicar a retroatividade *ex tunc* e permite a manutenção da lei inconstitucional por certo prazo ou de algum de seus efeitos já produzidos. Assim, são exemplos de modulação de efeitos a manutenção de situação fática ou jurídica consolidada e cuja constituição tenha ocorrido sob a égide da lei inconstitucional.

II

Os métodos mais utilizados para a aplicação do direito são a subsunção e a ponderação. Na doutrina constitucionalista brasileira predomina o entendimento de que a modulação de efeitos deve ser realizada através do método de ponderação de princípios, através do qual a jurisdição constitucional sopesa os princípios constitucionais tendentes à manutenção dos efeitos já produzidos pela lei inconstitucional e os princípios constitucionais tendentes à completa exclusão da lei inconstitucional e de seus efeitos, de-

finindo assim se modula ou não os efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade. As soluções com ponderação são variadas e podem ser divididas didaticamente em: (1) ponderação entre o princípio da nulidade e o princípio da segurança jurídica; (2) ponderação entre o princípio da supremacia da Constituição e o princípio da segurança jurídica; (3) ponderação entre os princípios subjacentes à norma constitucional violada e o princípio da segurança jurídica; (4) ponderação entre o princípio da conservação do Estado e os princípios de direitos fundamentais dos indivíduos; e (5) ponderação entre os princípios a serem identificados caso a caso pela jurisdição constitucional.

A tese (1) de que a modulação de efeitos deve ser feita mediante o sopesamento do princípio da nulidade e do princípio da segurança jurídica tem prevalecido na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. O caráter principiológico do dogma nulidade da lei inconstitucional é assumido como pressuposto. Pouco ou nada é esclarecido quanto às razões que justificam poder considerar a nulidade da lei inconstitucional um princípio constitucional implícito. Por sua vez, a tese (2) de que a modulação de efeitos deve ser feita mediante a ponderação entre princípio da supremacia da Constituição e princípio da segurança jurídica é de difícil sustentação, pois ponderar a supremacia constitucional acaba por ensejar uma espécie de flexibilização da própria Constituição, tornando o conceito de sanção à inconstitucionalidade um autêntico *nonsense*. Já a tese (3) de que a modulação de efeitos deve ser manejada a partir do sopesamento do princípio da segurança jurídico com os subjacentes à norma constitucional violada acaba por admitir um duplo juízo da mesma norma constitucional no contexto do julgamento da constitucionalidade de uma lei, no qual uma norma constitucional pode ser considerada forte o bastante para viciar a lei que lhe é contrária, mas não tanto para fazer com que seus efeitos sejam apagados retroativamente. A tese (4) de que a modulação de efeitos encerra-se a partir da ponderação entre o princípio da conservação do Estado e os princípios constitucionais dos contribuintes incorre em três impropriedades: (a) pressupõe existir um princípio de conservação estatal, (b) admite que este eventual princípio seja episodicamente afastado e que (c) a modulação possa ser feita sem comprovação concreta das repercussões financeiras. Finalmente, a tese de que a modulação é feita pela ponderação de princípios que a jurisdição constitucional identificar acaba por ser uma crítica às demais, evidenciando que não existem critérios pré-estabelecidos no sistema jurídico brasileiro para nortear a realização da ponderação de princípios em matéria de modulação de efeitos.

Na doutrina constitucionalista estrangeira e na experiência jurisprudencial de alguns Tribunais Constitucionais, não se verifica a presença do método de ponderação de princípios na modulação de efeitos, Com exceção de Portugal, as soluções que costumam ser adotadas nos Estados Unidos, na Espanha, na Itália e na Alemanha relevam-se oriundas do típico método de subsunção. Através do critério da especialidade, as jurisdições constitucionais estabelecem exceções à regra da sanção preferencial, de modo a modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade sempre que as circunstâncias fáticas do caso concreto em análise enquadrem-se na norma de exceção. Predominantemente, identificam-se três espécies de soluções com subsunção: 1) a superação de jurisprudência pacificada (*prospective overruling*), em que o critério para a modulação de efeitos é a presença ou não de novo entendimento jurisprudencial contrário ao então prevalecente; 2) situações administrativas firmes e fórmulas de preclusão, em que o critério para a modulação de efeitos é a presença de situações, fatos e relações jurídicas consolidadas no tempo, ocasião em que se limitam os efeitos retroativos *ex tunc*; e 3) surgimento de vazios normativos, em que o critério para a modulação de efeitos é a constatação de que a retroatividade *ex tunc* produzirá um vácuo normativo a causar insegurança na disciplina das relações jurídicas atinentes à matéria tratada pela lei declarada inconstitucional. Em todas essas hipóteses, o princípio da segurança jurídica é interpretado pela jurisdição constitucional, a qual lhe outorga densidade normativa capaz de permitir a modulação de efeitos.

Em determinados momentos históricos, a modulação de efeitos foi tratada como matéria de pura política judiciária, de modo que à jurisdição constitucional, por critérios equivalentes à conveniência e oportunidade políticas, é dado definir qual o alcance temporal da invalidação. A Suprema Corte dos Estados Unidos da América e o Supremo Tribunal Federal já atenuaram os efeitos retroativos da declaração de inconstitucionalidade fundamentados na tese de que se trata de exercício de política. A adoção dessa tese desloca problemática da modulação de efeitos deixa o âmbito jurídico das discussões quanto ao método mais adequado para ingressar em uma seara mais espinhosa de discussões sobre a legitimidade do Supremo Tribunal Federal na separação de poderes traçada pela Constituição Federal de 1988.

III

Apesar de ser dominante o entendimento de que a modulação de efeitos deve ser feita pela ponderação de princípios, tanto a ponderação, como a técnica de modulação de efeitos em si, como ainda o próprio dispositivo legal do art. 27 da Lei nº.

9.868/99, sofre duras críticas por ensejarem imprevisibilidades e incertezas. A ponderação é vista como método de aplicação jurídica que camufla decisionismos judiciais, na medida em que permite à jurisdição constitucional uma excessiva discricionariedade a ponto de livremente escolher como fazer a atribuição de pesos aos princípios envolvidos. A modulação de efeitos é vista como um perigoso instrumento a franquear à jurisdição constitucional a prerrogativa de tolerar o vício de inconstitucionalidade, incrementando-se a incerteza jurídica com a admissão de contra-ordens. O art. 27 da Lei nº. 9.868/99, valendo-se de fórmulas amplíssimas e vagas como "razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social", é visto como viabilizador da possibilidade de o Supremo Tribunal Federal vir a modular os efeitos de suas decisões baseado em critérios tipicamente políticos de conveniência e oportunidade. Pelas críticas, inicia-se a constatação de que o método de ponderação não é o mais adequado para a modulação de efeitos.

O uso da ponderação de princípios para a aplicação da modulação de efeitos é questionável, censurável, temerário e reprovável. Censurável porque o teor das críticas é capaz de retirar essa orientação da posição confortável em que inicial e aparentemente está. Censurável porque a ponderação de princípios é método para o qual ainda não se firmou entendimento sólido quanto a seu modo de realização. Temerário porque nem mesmo os doutrinadores brasileiros que defendem a utilização da ponderação na modulação de efeitos conseguem chegar a um consenso sobre o que e como deve ser ponderado, de modo a não serem capazes de fornecer à jurisdição constitucional critérios seguros. Reprovável porque não se justifica o uso de um método sabidamente mais subjetivo (ponderação) em detrimento de um reconhecidamente mais objetivo (subsunção) para a aplicação de uma técnica que permite a jurisdição constitucional excepcionar a preferencial sanção à inconstitucionalidade.

IV

As lições da dosimetria no direito penal confirmam a inadequação do uso da ponderação de princípios na modulação de efeitos. A dosimetria da pena e a modulação de efeitos não são institutos idênticos, porém apresentam questões em comum e pontos de contato a permitir transpor fórmulas entre elas. Essencialmente, ambas são técnicas de dosagem da aplicação de norma jurídica sancionatória. Historicamente, são atenuações à excessiva rigidez de um regime de sanções fixas. Doutrinariamente, em ambas existe uma série preocupação com a fundamentação da decisão judicial a ser proferida.

A ponderação de princípios não é método a pautar a dosimetria da pena. A discricionariedade juridicamente vinculada não lhe abre espaço, mesmo diante da presença de termos vagos e conteúdos imprecisos previstos no art. 59 do Código Penal brasileiro. Além disto, a típica lógica da ponderação de se aplicar mandamentos normativos em seu grau máximo não está presente nos atos de aplicação de normas sancionatórias, por não trazerem em si valores outros que não os protegidos pelas normas de conduta. A dosimetria da pena é aplicada pelo método da subsunção. As similaridades entre modulação de efeitos e dosimetria da pena apontam a subsunção como o método de aplicação jurídica mais adequado para a incidência de norma sancionatória, já que a possível discricionariedade que nele haja traz menos imprevisibilidade e insegurança jurídica do que a que se pode ter com o método de ponderação de princípios.

A adoção do método de subsunção para a realização da modulação dos efeitos temporais não deve acarretar traumas na jurisdição constitucional brasileira. Tanto a doutrina do *prospective overruling*, quanto a teoria do fato consumado, quanto a do vazio normativo são conhecidas pela doutrina constitucionalista no Brasil e a pela jurisprudência dos Tribunais Superiores. É possível ao Supremo Tribunal Federal abandonar o método de ponderação de princípios sem que fique impossibilitado de modular os efeitos de suas declarações de inconstitucionalidade e sem que tenha de adotar estrangeirismos.

7. BIBLIOGRAFIA

AGUIAR JÚNIOR, Rui Rosado, *Aplicação da pena*, Revista Brasileira de Ciências Criminais nº. 32, out-dez/2000.

ALCALÁ, Humberto Nogueira, *El control represivo concreto y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en la reforma de las competencias del Tribunal Constitucional de Chile y los efectos de sus sentencias, in Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006*, 12º ano, Tomo I, Montevideo, Fundación Konrad-Adenauer, 2006.

ALEXY, Robert, *Teoria dos direitos fundamentais*, 2ª ed., São Paulo, Editora Malheiros, 2011.

ALVES, Alaôr Caffé, *Lógica: pensamento formal e argumentação*, 3ª ed., São Paulo, Editora Quartier Latin, 2003.

AMADO, Juan Antonio García, *Ductilidad del derecho o exaltación del juez? Defensa de la ley frente a (otros) valores y principios*, Anuario de Filosofia del Derecho, vol. 13, 1996.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do, *Da admissibilidade da restrição temporal de efeitos das decisões de inconstitucionalidade em controle concreto*, *in* ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de, AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do, HORBACH, Carlos Bastide [*et al.*] (coord.), *Direito constitucional, estado de direito e democracia: homenagem ao prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho*, São Paulo, Editora Quartier Latin, 2011.

ANDRADE, Fábio Martins de, *Modulação em matéria tributária: o argumento pragmático ou conseqüencialista de cunho econômico e as decisões do STF*, São Paulo, Editora Quartier Latin, 2011.

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

ÁVILA, Humberto, *"Neoconstitucionalismo": entre a "Ciência do Direito" e o "Direito da Ciência"*, Revista Eletrônica de Direito do Estado nº. 17, jan-mar/2009.

ÁVILA, Humberto, *Segurança jurídica: entre a permanência, mudança e realização no direito tributário*, São Paulo, Editora Malheiros, 2011.

ÁVILA, Humberto, *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 12ª ed., São Paulo, Editora Malheiros, 2011.

AZEVEDO, David Teixeira, *Dosimetria da pena: causas de aumento e diminuição*, São Paulo, Malheiros Editores, 1998.

AZPITARTE, Miguel, *Tribunal constitucional y derecho constitucional desde la perspectiva española, in* TAVARES, André Ramos, *Justiça constitucional: pressupostos teóricos e análises concretas*, Belo Horizonte, Editora Fórum, 2007.

BARBOSA SOBRINHO, Osório Silva, *Comentários à Lei nº. 9.868/99: processo do controle concentrado de constitucionalidade*, São Paulo, Saraiva, 2004.

BARBOSA, Rui, *Os actos inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*, Rio de Janeiro, Companhia Impressora, 1893.

BARCELOS, Ana Paula de, e BARROSO, Luís Roberto, *O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro, in* SILVA, Virgílio Afonso da (org.), *Interpretação constitucional*, São Paulo, Editora Malheiros, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de, *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, Rio de Janeiro, Renovar, 2005.

BARROS, Sérgio Resende de, *O nó górdio do sistema misto, in* TAVARES, André Ramos, ROTHENBURG, Walter Claudius (org.), *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei nº. 9.882/99*, São Paulo, Editora Atlas, 2001.

BARROSO, Luís Roberto, *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 3ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2011.

BARROSO, Luís Roberto, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro, *Curso de direito constitucional*, 17ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra, *Comentários à Constituição do Brasil: art. 92 a 126*, 4ª volume, Tomo III, São Paulo, Editora Saraiva, 1997.

BASTOS, Elísio Augusto Velloso, *A garantia jurisdicional da Constituição brasileira: propostas para redução do déficit democrático no controle de constitucionalidade brasileiro*, Tese de doutoramento, USP, 2008.

BEILFUSS, Markus González, *Tribunal constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

BETTIOL, Giuseppe, *Direito penal, vol. III,* São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1976.

BITENCOURT, Cezar Roberto, *O arbítrio judicial na dosimetria penal*, Revista dos Tribunais nº. 723, jan/1996.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio, *O contrôle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1948.

BOBBIO, Norberto, *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito,* Barueri, Manole, 2007.

_____, *Teoria da norma jurídica,* 4ª ed., Bauru, Edipro, 2008.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, *Escritos sobre derechos fundamentales,* Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

_____, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Madrid, Editorial Trotta, 2000.

BOCZAR, Sônia, *Sentenças modulatórias: manipulação dos efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal e sentenças aditivas,* Revista dos Tribunais nº. 897, julho 2010.

BONAVIDES, Paulo, *Curso de direito constitucional,* 25ª ed., São Paulo, Editora Malheiros, 2010.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional,* São Paulo, Editora Saraiva, 2009.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, e MENDES, Gilmar Ferreira, *Curso de direito constitucional,* 6ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2011.

BRUNO, Aníbal, *Direito penal: parte geral,* tomo 3, 3º ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 1967.

BUSTAMANTE, Thomas, *Princípios, regras e a fórmula de ponderação de Alexy: um modelo funcional para a argumentação jurídica,* Revista de Direito Constitucional e Internacional nº. 54, jan/mar 2006.

BUZAID, Alfredo, *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro,* São Paulo, Saraiva, 1958.

CAMARGO, Antonio Luis Chaves, *Sistemas de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*, São Paulo, Editora Cultural Paulista, 2002.

CAMPOS, Ricardo Ribeiro, *Leis inconstitucionais ainda constitucionais?*, Revista de Direito Constitucional e Internacional nº. 54, jan/mar 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra, Editora Almedina, 2003.

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

CARRAZA, Roque Antonio, FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, NERY JÚNIOR, Nelson, *Efeito* ex nunc *e as decisões do STJ*, 2ª ed., Barueri, Editora Manole, 2008.

CERQUEIRA, Josemar Dias, *Dosimetria da pena: história e direito comparado*, Boletim de Doutrina ADCOAS nº. 24, dez/2005.

CICCONETTI, Stefano Maria, *Lezioni di giustizia costituzionale*, 4ª ed., Torino, G. Giappichelli Editore, 2010.

CLEVÈ, Clèmerson Merlin, *Declaração de inconstitucionalidade, disposto normativo em sede de juízo abstrato e efeitos sobre os atos*, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política nº. 19, abr-jun/1997.

CORRÊA JÚNIOR, Alceu, e SHECAIRA, Sérgio Salomão, *Pena e constituição: aspectos relevantes para sua aplicação e execução*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1995.

CORRÊA, Paulo José Machado, *Determinação temporal dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade e sua disciplina normativa (art. 27 da Lei 9.868/1999)*, Revista dos Tribunais vol. 894, abril 2010.

COSTA JÚNIOR, Paulo José, *Curso de direito penal*, 8ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2005.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza, *Jurisdição constitucional democrática*, Belo Horizonte, Del Rey, 2004.

DIMOULIS, Dimitri, e LUNARDI, Soraya, *Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*, São Paulo, Editora Atlas, 2011.

DIMOULIS, Dimitri, *Manual de introdução ao estudo do direito*, 2ª ed., São Paulo, Editora RT, 2007.

DINIZ, Maria Helena, *Norma constitucional e seus efeitos*, 3ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1997.

ENTERRÍA, Eduardo de Garcia de, *Justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales*, Revista de Direito Público nº. 92, outubro-dezembro/1989.

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

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, *Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão, dominação*, 4ª ed., São Paulo, Editora Atlas, 2003.

_____, Tércio Sampaio, *Irretroatividade e jurisprudência judicial*, *in* CARRAZA, Roque Antonio, FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, NERY JÚNIOR, Nelson, *Efeito* ex nunc *e as decisões do STJ*, 2ª ed., Barueri, Editora Manole, 2008.

FERRAZ, Nelson, *Dosimetria da pena*, Revista dos Tribunais nº. 680, jun/1992.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Aspectos do direito constitucional contemporâneos*, 2ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2009.

_____, *Curso de direito constitucional*, 35ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2009.

_____, *Estado de direito e constituição*, 4ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2007.

_____, *O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade (Leis nº. 9.868, de 10 de novembro e nº. 9.982, de 3 de dezembro de 1999)*, Revista de Direito Administrativo nº. 220, abril-junho/2000.

_____, *O valor do ato inconstitucional em face do direito positivo brasileiro*, Revista de Direito Administrativo nº. 230, out-dez/2002.

FERREIRA, Gilberto, *Aplicação da pena*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1995.

FRAGOSO, Heleno Cláudio, *Lições de direito penal: parte geral*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 1983.

GALLOTTI, Maria Isabel, *A declaração de inconstitucionalidade das leis e seus efeitos*, Revista de Direito Administrativo nº. 170, Rio de Janeiro, out-dez/1987.

GARCIA, Baliseu, *Instituições de direito penal*, vol I, tomo II, 4ª ed., São Paulo, Editora Max Limond, 1975.

GARCIA, Émerson, *A lei de improbidade e a dosimetria de suas sanções,* Revista Brasileira de Ciências Criminais nº. 58, jan-fev/2006.

GARCIA-PELAYO, Manuel, *Derecho constitucional comparado,* Madrid, Alianza Editorial, 1999.

GOULART, Henny, *A individualização da pena no direito brasileiro,* Dissertação de Docência-livre, São Paulo, 1970.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *Sobre sentencias constitucionales y el efecto erga omnes, in Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2008*, Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2008.

HART, Herbert L. A., *O conceito de direito,* 2ª ed., Lisboa, Fundação Caloustre Gulbenkian, 1994.

HECK, Luís Afonso, *Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal alemão (Lei do Tribunal Constitucional Federal),* Revista de Informação Legislativa ano 32, nº. 127, julho-setembro/1995.

HORBACH, Carlos Bastide, *A nova roupa do direito constitucional: neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos,* Revista dos Tribunais nº. 859, maio/2007.

HUNGRIA, Nelson, *Novas questões jurídico-penais*, Rio de Janeiro, Editora Nacional de Direito, 1945.

JANCZESKI, Célio Armando, *A declaração de inconstitucionalidade com efeitos limitados, a supremacia constitucional e o direito tributário,* Revista Dialética de Direito Tributário nº. 157, out/2008.

KELSEN, Hans, *Jurisdição constitucional*, São Paulo, Editora Martins, 2003.

_____, *Teoria pura do direito,* 6ª ed., São Paulo, Editora Martins Fontes, 1998.

LEAL, Roger Stiefelmann, *A convergência dos sistemas de controle de constitucionalidade: aspectos processuais e institucionais*, Revista de Direito Constitucional e Internacional nº. 57, out-dez/2006.

_____ *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*, São Paulo, Editora Saraiva, 2006.

LEÓN, Aníbal Quiroga, *El derecho procesal constitucional en el Perú y el Código Procesal Constitucional, in Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006,* 12º año, Tomo I, Montevideo, Fundación Konrad-Adenauer, 2006.

LIMA, Christina Aires Corrêa Lima, *O princípio da nulidade das leis inconstitucionais,* Dissertação de Mestrado, Universidade de Brasília, 2000.

LINS, Robson Maia, *Controle de constitucionalidade da norma tributária: prescrição e decadência,* São Paulo, Editora Quartier Latin, 2005.

MACHADO, Hugo de Brito, *Declaração de inconstitucionalidade e direito intertemporal,* Revista Dialética de Direito Tributário nº. 57, jul./2000.

MACHADO, Marcelo Passamani, *Controle de constitucionalidade das leis: efeitos de suas decisões.* Dissertação de mestrado, USP, 2008.

MARGÍLIO, Carlos Flávio Venâncio, *Possibilidade de modulação dos efeitos da declaração de incons-titucionalidade em direito tributário,* Revista Tributária e de Finanças Públicas nº. 87, jul-ago/2009.

MARTINS, Ives Gandra da Silva, *Descumprimento de preceito fundamental: eficácia das decisões, in* ROTHENBURG, Walter Claudius, e TAVARES, André Ramos, *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei nº. 9.882/99,* São Paulo, Editora Atlas, 2001.

MARTINS, Ives Gandra da Silva, MENDES, Gilmar Mendes, *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999,* 3ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2009.

MARTINS, Leonardo, *Direito processual constitucional alemão,* São Paulo, Atlas, 2011.

MAXIMILIANO, Carlos, *Hermenêutica e aplicação do direito,* 18ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 1998.

MEDEIROS, Rui, *decisão de inconstitucionalidade – Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei,* Lisboa, Universidade Católica Editora, 1999.

MEDINA, Marcelo Borges de Mattos, *Esboço de uma teoria da ponderação independente da teoria dos princípios,* Revista de Direito Administrativo nº. 238, out-dez/2004.

MELLO, Marcos Bernardes, *Teoria dos fatos jurídicos: plano de validade,* 4ª ed. São Paulo, Editora Saraiva, 2000.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de, *A teoria das Constituições rígidas*, São Paulo, Publicação da Prefeitura do Município de São Paulo, 1948.

MENDES, Gilmar Ferreira, *A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia da cidadania. Declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade no direito brasileiro*, Revista de Direito Administrativo nº. 191, jan-mar/1993, p. 53.

_____, *A nulidade da lei inconstitucional e seus efeitos – considerações sobre a decisão do STF proferida no RE 122.202*, Revista Trimestral de Direito Público nº. 12, 1995.

_____, *Controle de constitucionalidade na Alemanha (a declaração de nulidade da lei inconstitucional, a interpretação conforme à Constituição e a declaração constitucionalidade da lei na jurisprudência da corte constitucional alemã)*, Revista de Direito Administrativo nº. 193, jul-set/1993.

_____, *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*, São Paulo, Editora Saraiva, 1990.

_____, *Jurisdição constitucional – o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 2005.

MENKE, Fabiano, *A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos*, Revista de Direito do Consumidor nº. 50, abr-jun/2004.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de, *Comentários à Constituição de 1946*, tomo I, 4ª ed., Rio de Janeiro, Editora Borsoi, 1963.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de, *Comentários à Constituição de 1967: com a Emenda nº. 1, de 1969*, tomo I, 2ª ed., Editora Revista dos Tribunais, 1970.

MIRANDA, Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional: inconstitucionalidade e garantia da Constituição*, tomo IV, 3ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

MONTORO, Ángel José Gomez, *in* PAGÉS, Juan Luis Requejo (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica Del Tribunal Constitucional*, Madrid, B.O.E, 2001.

MORAES, Alexandre, *Direito constitucional*, 13ª ed., São Paulo, Editora Atlas, 2003.

_____, *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição*, São Paulo, Editora Atlas, 2000.

MORAIS, Carlos Blanco, *Justiça constitucional: garantia da Constituição e controlo da constitucionalidade,* tomo I, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2006.

MORAIS, Carlos Blanco, *Justiça constitucional: o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*, tomo II, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

MÜLLER, Friedrich, *Métodos de trabalho do direito constitucional*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2005.

MUÑOZ, Eduardo Cifuentes, *La jurisdiccion constitucional en Colombia, in* GARCIA BELAUNDE, Domingo e FERNANDES SEGADO, Francisco (coord.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Editorial Dykinson, 1997.

NEVES, Marcelo, *Teoria da inconstitucionalidade das leis,* São Paulo, Editora Saraiva, 1988.

NIÑO, Carlos Santiago, *The Constitution of deliberative democracy, The constitution of deliberative democracy,* New Haven, Yale University Press, 1996.

NORONHA, Edgard Magalhães, *Direito penal: vol. 1*, 24ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1986.

NUCCI, Guilherme de Souza, *Código penal comentado,* 7ª ed., São Paulo, RT, 2007.

_____, *Individualização da pena,* 2ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2007.

O'BRIEN, David M., *Constitutional Law and Politics,* vol. 2, 6ª ed., New York, Norton & Company, 2005.

PALU, Oswaldo Luiz, *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos,* 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio, *Efeitos da decisão de inconstitucionalidade em direito tributário,* São Paulo, Editora Dialética, 2002.

PINARDI, Roberto, *La corte, i giudici ed il legislatore: il problema degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità*, Milano, Giuffré Editore, 1993, pp. 49 e 51.

PINHEIRO, Victor Marcel, *A modulação de efeitos em decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal,* Tese de Láurea no Curso de Graduação em Direito da Universidade de São Paulo, 2009.

POLETTI, Ronaldo, *Controle de constitucionalidade das leis,* 2ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 2000.

PRADO, Luiz Regis, *Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120*, 10ª ed., São Paulo, Editora RT, 2010.

PRAELI, Francisco José Eguiguren, *El nuevo Código Procesal Constitucional Del Perú, in Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2005,* 11º año, Tomo I, Montevideo, Fundación Konrad-Adenauer, 2005.

RAMOS, Elival da Silva, *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos,* São Paulo, Editora Saraiva, 2010.

_____, *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução,* São Paulo, Editora Saraiva, 2010.

RAMOS, Elival da Silva, *Inconstitucionalidade das leis: vício e sanção,* São Paulo, Editora Saraiva, 1994.

REALE JÚNIOR, *Instituições de direito penal – parte geral,* vol. II, 2ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 2004.

REHNQUIST, Willian H., *The Supreme Court: how is was, how is is*, New York, William Morrow & Co., 1987.

REIS, Luciano Elias, *A modulação ou limitação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade,* A & C Revista de Direito Administrativo e Constitucional nº. 42, out-dez/2010.

REYES, Manuel Aragón,*Temas Básicos de Derecho Constitucional,* Tomo III – Tribunal Constitucional e Derechos Fundamentales, Madrid, Civitas Ediciones, 2001.

RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel de, *Cuantificacion de la pena y discrecionalidade judicial*, Revista Brasileira de Ciências Criminais nº. 7, jul-set/1994.

RODRIGUES, Anabela Miranda, *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995.

ROMBOLI, Roberto, *De la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en via incidental*, Revista Española de Derecho Constitucional, nº. 48, ano 16, 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 nº. 235, jan-mar/2004.

ROXIN, Claus, *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal,* 3ª ed., Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2002.

SAMPAIO, José Adércio Leite, *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*, Belo Horizonte, Del Rey, 2002.

SAMPAIO, José Adércio Leite, *As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo, in* SAMPAIO, José Adércio Leite Sampaio, CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (org.), *Hermenêutica e jurisdição constitucional: estudos em homenagem ao professor José Alfredo de Oliveira Baracho,* Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2001.

SANTOS, Aline Nunes dos, *Modulação temporal dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade em controle abstrato e repetição de indébito*, Revista de Direito Tributário nº. 107/108.

SARLET, Ingo Wolfgang, *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: alguns aspectos controversos*, ROTHENBURG, Walter Claudius, e TAVARES, André Ramos, *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei nº. 9.882/99*, São Paulo, Editora Atlas, 2001.

SARMENTO, Daniel, *A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade, in* CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza e SAMPAIO, José Adércio Leite (org.), *Hermenêutica e jurisdição constitucional: estudos em homenagem ao Professor José Alfredo de Oliveira Baracho,* Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2001.

_____, *A ponderação de interesses na Constituição Federal,* Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2002.

_____, *Eficácia temporal do controle de constitucionalidade (o princípio da proporcionalidade e a ponderação de interesses) das leis*, Revista de Direito Administrativo nº. 212, abr-jun/1998.

SCHÄFFER, Heinz, *La relación entre el Tribunal Constitucional y el legislador*, *in* AJA, Eliseo, *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Barcelona, Editorial Ariel, 1998.

SCHLAICH, Klaus, *El Tribunal Constitucional Federal Alemán*, *in* CAPPELLETI, Mauro, DUBOUIS, Louis, ELIA, Leopoldo (*et al*), *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

SHECAIRA, Sérgio Salomão, *Cálculo da pena e o dever de motivar*, Revista Brasileira de Ciências Criminais nº. 6, abr-jun/1994.

SIERRA, Raúl Bocanegra, *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Madrid, Instituto de Estudios de Administracion Local, 1982.

SILVA, Alexandre Garrido da, *Metodologia da ponderação, jurisdição constitucional e direitos fundamentais: a contribuição de Robert Alexy e seus críticos,* Revista de Direito do Estado nº. 4, out/dez 2006.

SILVA, José Afonso, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 7ª ed., São Paulo, Editora Malheiros, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso, *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*, *in* SILVA, Virgílio Afonso (org.), *Interpretação constitucional*, São Paulo, Editora Malheiros, 2010.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton, *Direito processual constitucional*, 5ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2011.

STRECK, Lênio, *Jurisdição constitucional e hermenêutica*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 2004.

TALAMINI, Eduardo, *Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira: repercussão geral, força vinculante, modulação dos efeitos do controle de constitucionalidade e alargamento do objeto de controle direto*, Tese apresentada para o concurso à livre-docência, Universidade de São Paulo, 2010.

TAVARES, André Ramos, *Paradigmas do judicialismo brasileiro*, São Paulo, Editora Saraiva, 2012.

TELLES JÚNIOR, Goffredo da Silva, *Iniciação na Ciência do Direito*, 4ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2009.

TOLEDO, Francisco de Assis, *Princípios básicos de direito penal: de acordo com a Lei nº. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988*, 5ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1994.

TRIBE, Laurence Henry, *American Constitutional Law*, vol. 1, 3ª ed., New York, Foundation Press, 2000.

VELOSO, Zeno, *Controle jurisdicional de constitucionalidade*, 3ª ed., Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2003.

VELLOSO, Andrei Pitten, *A temerária "modulação" dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade em matéria tributária*, Revista Dialética de Direito Tributário nº. 157, outubro/2008.

VENTURA, Luigi, *Le sanzioni costituzionali*, Milano, Giuffrè Editore, 1981.

VIANA, Felipe Benedito, *O controle de constitucionalidade finalístico*,..., Dissertação de Mestrado, USP, 2010.

VIRGA, Pietro, *Diritto Costituzionale*, 9ª ed., Giuffrè Editore, 1979.

VON LISZT, Franz, *Tratado de direito penal alemão*, Tomo I, Campinas Russell Editores, 2003.

WEBER, Albrecht, *Alemania*, *in in* AJA, Eliseo, *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Barcelona, Editorial Ariel, 1998.