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.

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.