



FACULDADE
BAIANA DE
DIREITO

FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

ADRIANE MAIA SALES JESUS

**A MODULAÇÃO DE EFEITOS TEMPORAIS EM DECISÃO DE
INCONSTITUCIONALIDADE: UMA ANÁLISE DO ARTIGO 27
DA LEI 9868/99**

Salvador
2018

ADRIANE MAIA SALES JESUS

**A MODULAÇÃO DE EFEITOS TEMPORAIS EM DECISÃO DE
INCONSTITUCIONALIDADE: UMA ANÁLISE DO ARTIGO 27
DA LEI 9868/99**

Monografia apresentada ao curso de graduação em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito
parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito.

Orientador: Prof. Dr. Gabriel Dias Marques Da Cruz.

Salvador

2018

À minha família, base da minha formação pessoal e diretamente responsável por cada objetivo até aqui realizado.

TERMO DE APROVAÇÃO

ADRIANE MAIA SALES JESUS

**A MODULAÇÃO DE EFEITOS TEMPORAIS EM DECISÃO DE
INCONSTITUCIONALIDADE: UMA ANÁLISE DO ARTIGO 27
DA LEI 9868/99.**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito,
Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição _____

Nome: _____

Titulação e instituição _____

Nome: _____

Titulação e instituição _____

Salvador, ____/____/2018.

AGRADECIMENTOS

“Sonho que se sonha só, é só um sonho que se sonha só, mas sonho que se sonha juntos é Realidade”. Sem dúvidas, o presente trabalho não se concretizaria sem o apoio direto ou indireto de pessoas especiais.

Agradeço, em primeiro lugar, a Deus, pois sem ele nada sou.

Aos meus pais, fonte da minha superação diária; por me ensinarem a superar os objetivos com força e garra e por nunca medirem esforços para me fazer feliz.

Ao meu irmão, pelos sorrisos que me arrancava mesmo quando a tensão ao longo do presente trabalho tomava conta de mim; tornando tudo mais leve.

À minhas avós e meu Avó Lazineiro (*in memoriam*), pelo cuidado e zelo no decorrer dessa caminhada.

À minha tia, por sempre acreditar em mim.

Ao meu orientador, exemplo não somente de docente e doutrinador, mas de ser humano; pela cautela, atenção e dedicação, guiando-me sempre que precisei, colaborando diretamente para a concretização deste trabalho.

Ao meu amor, Matheus, pelo companheirismo e compreensão. Por dividir comigo a minha trajetória acadêmica, sempre ao meu lado nos momentos de alegria e de incertezas.

Aos funcionários da Faculdade Baiana de Direito, em especial à Jô e Ângela, que tantas vezes acalmaram meu coração quando me recebiam com tanto carinho.

À Faculdade Baiana de Direito, como um todo, por expandir os meus horizontes e me fazer perceber que somos sempre capazes, basta esforço, vontade e determinação para conquistarmos os nossos objetivos.

Por fim, aos meus amigos, especialmente àqueles que conquistei na Faculdade. Encarar a rotina ao lado de cada um de vocês, sem sobra de dúvidas, é gratificante. Agradeço, especialmente à Anne Danon, Bruna Libório, Fernanda Germínio, Isabela Campos e Isabela Isis, pelos momentos em que nos ajudamos e nos empenhamos a concretizar nossos respectivos trabalhos.

“As Leis não bastam. Os lírios não nascem da Lei.”

Carlos Drummond de Andrade

RESUMO

A modulação de efeitos é um instituto inovador no ordenamento jurídico brasileiro, no qual adota-se o dogma da nulidade e tem-se como princípios de extrema importância a supremacia e rigidez constitucional. Desse modo, o referido instituto, embora vagamente utilizado antes de 1999 foi introduzido, efetivamente, pelo artigo 27 da Lei 9868/99. Com a sua publicação surgiram algumas discussões doutrinárias acerca da sua constitucionalidade, assim como das suas limitações, vez que tal artigo possibilita que o Supremo, com o fito de salvaguardar a segurança jurídica e o excepcional interesse social, limite os efeitos da decisão, tornando-o prospectivo. Cumpre salientar que tal decisão, no Brasil, possui efeitos *ex tunc*, porém, através do supracitado artigo, há a viabilidade de atribuir efeitos futuros. Nesse diapasão, os efeitos prospectivos poderão ser um instrumento eficaz para salvaguardar princípios basilares da Constituição; conseqüentemente o ato normativo ou a lei inconstitucional poderão ser mantidos no ordenamento até determinado período, para que a segurança jurídica, o excepcional interesse social ou até mesmo o princípio da confiança não reste ameaçado. Com efeito, a presente monografia analisa a importância, a justificativa e os limites atribuídos a este instituto, pormenorizando os princípios aplicados e observando a visão doutrinária e jurisprudencial acerca da referida temática. Para tanto, vislumbrou-se casos emblemáticos em que a modulação foi utilizada, como o caso Mira Estrela e o Município Luís Eduardo Magalhães; assim como foram analisados os argumentos daqueles que concordam com a inconstitucionalidade do artigo, pautando a necessidade de suspensão imediata deste assim como a tese de defesa do outro polo doutrinário.

Palavras-chave: Inconstitucionalidade. Modulação. Flexibilização. Dogma da nulidade. Controle de Constitucionalidade. Segurança jurídica.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

a.	Ano
ADC	Ação Direta de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Preceito Fundamental
Art.	Artigo
Arts.	Artigos
CFRB	Constituição Federal da República
HC	<i>Habeas Corpus</i>
LF	Lei Federal
STF	Supremo Tribunal Federal
Coord.	Coordenador
Ed.	Edição
N.	Número
Org.	Organizador
P.	Página
Rel.	Relator
RCL	Reclamação
TJ	Tribunal de Justiça da Bahia
V.	Volume

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	14
2.1 PRESSUPOSTOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	18
2.2 ESPÉCIES DE INCONSTITUCIONALIDADE	24
2.3 TIPOS DE CONTROLES JURISDICIONAIS DE CONSTITUCIONALIDADE	28
2.3.1 Controle difuso	32
2.3.2 Controle Concentrado	37
2.3.3 Controle misto	40
3 MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO	42
3.1 DOGMA DA NULIDADE	42
3.2 NULIDADE VS. ANULABILIDADE DA NORMA INCONSTITUCIONAL E A MODULAÇÃO DE EFEITOS	51
3.3 REQUISITOS PARA MODULAR DECISÕES	58
3.4 ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS APLICADOS À MODULAÇÃO DE EFEITOS DECISÓRIOS	65
4 A PRÁTICA DA MODULAÇÃO DE EFEITOS E SUAS CONSEQUÊNCIAS	72
4.1 MODULAÇÃO E OS TIPOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	73
4.2 ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS DE MODULAÇÃO	79
4.3 (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA MODULAÇÃO TEMPORAL	91
4.4 A DISCRICIONARIEDADE DO SUPREMO E ATUAÇÃO POLÍTICA	94
6 CONCLUSÃO	97
REFERÊNCIAS	

1 INTRODUÇÃO

A elaboração do presente trabalho possui fundamento na pesquisa acerca da modulação de efeitos, tema pouco discutido no Brasil, embora de grande interesse jurisprudencial, vez que utilizado diversas vezes nos tribunais.

O objetivo deste trabalho é, para tanto, traçar os caminhos a seres trilhados pela jurisprudência pátria no que tange a limitação dos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade da norma legal. Instiga ainda a percepção acerca da (im)possibilidade da utilização deste instituto no Brasil bem como a constitucionalidade do artigo 27 da Lei 9868/99.

Na referida norma legal, o legislador possibilitou a modulação dos efeitos através de dois terços de membros do Supremo quando presentes razões de excepcional interesse social ou segurança jurídica.

Em tese, ao que parece, o legislador preferiu dispor dessa possibilidade para que tais requisitos não restem frustrados no âmbito jurídico, vez que, claramente, caso somente houvesse a possibilidade de aplicar os efeitos *ex tunc* nas decisões que declaram determinada norma como inconstitucional, haveria em muitas hipóteses a mitigação dos institutos a serem preservados pela modulação de efeitos, quais sejam: segurança jurídica e excepcional interesse social.

Assim, objetiva-se investigar a viabilidade da utilização da modulação de efeitos e a possibilidade do Supremo valer-se de uma decisão para desfazer todos os atos praticados diante da inconstitucionalidade de uma norma, ou seja: aplicar os efeitos *ex tunc*. Necessário também será observar a ponderação da aplicação de efeitos futuros e a real necessidade da utilização deste efeito, com o fulcro de preservar a segurança jurídica e o excepcional interesse social, conforme dispõe o artigo supracitado, foco central do presente trabalho.

Introduzida, efetivamente, com a Lei 9868/99 a modulação de efeitos decisórios era antes mesmo do ano de 1999 timidamente utilizada no ordenamento jurídico brasileiro, contudo, a referida lei trouxe maior embasamento para a utilização deste instituto. De outro modo, embora trazido por dispositivo legal, o artigo 27 da lei supracitada é alvo de duas Ações de Inconstitucionalidade, o que também será visto no presente trabalho.

Perpassadas tais considerações, o presente trabalho tratará do tema da modulação de efeitos com foco no artigo 27 da Lei 9868/99 como instrumento apto a salvaguardar a segurança jurídica, analisando a sua aplicabilidade jurisprudencial bem como a possibilidade de afastar o entendimento doutrinário e jurisprudencial aplicado no Brasil. Para tanto, tal problemática será pormenorizada em três capítulos de desenvolvimento, observando a visão de inúmeros autores e aplicando sobre tais uma análise crítica do tema.

Ab initio, com o objetivo primordial de introduzir a temática, será tratado, ainda que brevemente, o controle de constitucionalidade, traçando aspectos fundamentais sobre a matéria, analisando, sobretudo, o conceito de juízo relacional, utilizando sempre como parâmetro a Constituição e observando possíveis incompatibilidades com a Carta Magna. Neste sentido, será sempre necessário observar possíveis ameaças à supremacia constitucional.

Será feito, para tanto, uma breve análise histórica do controle de constitucionalidade em âmbito mundial e posteriormente o avanço deste controle no ordenamento brasileiro. Adentrar-se-á no assunto vislumbrando os pontos mais interligados à modulação de efeitos, vez que, esgotar o tema do controle constitucional não seria possível no presente trabalho. Assim, serão demonstrados, ainda que com brevidade, planos de existência, validade e eficácia que o controle de constitucionalidade atinge, seguido por suas tipicidades e órgãos com legitimidade para provocar tal instituto.

Desse modo, foi possível delinear alguns pontos da matéria para que, diante de explicações de suma importância acerca da temática, fosse possível adentrar no tema central, qual seja: modulação dos efeitos decisórios. Ora, analisar o controle de constitucionalidade é analisar, de certo modo, a inconstitucionalidade das leis, logo, é impossível tratar sobre os efeitos da decisão que declara a referida inconstitucionalidade sem perpassar sobre tal temática.

Em seguida, no capítulo posterior, será abordada a decisão de inconstitucionalidade e os efeitos decorrentes do julgamento que declara a incompatibilidade normativa. Para tanto, será exaustivamente evidenciado no trabalho a visão de diversos doutrinadores acerca do dogma da nulidade e uma discussão acerca da anulabilidade e nulidade.

Com efeito, o respectivo capítulo se encarregará de fazer análises acerca dos requisitos estabelecidos legalmente e doutrinariamente para modular os efeitos da decisão, com o fito de evidenciar os percalços que o legislador demonstrou nos referidos artigos.

Por fim, no capítulo resguardado para tratar efetivamente da modulação de efeitos será necessário ainda discorrer acerca da possibilidade da modulação de efeitos nos tipos de controle de constitucionalidade: difuso e concentrado. Observar-se-á posição doutrinária bem como jurisprudencial no que tange tal viabilidade e como a jurisprudência aplica o instituto da modulação de efeitos nas ações concretas e abstratas.

Nesse esteio, serão observados casos concretos acerca da aplicação do artigo 27 da Lei 9868/99 bem como o artigo 11 da Lei 9882/99 - sempre com foco no artigo da Lei 9868 - analisando, para tanto, como se dá a aplicabilidade deste instituto e a sua concretização no ordenamento jurídico, verificando a sua viabilidade. Para tanto, será necessário trazer ao presente trabalho ementas que refletem a aplicação deste conceito, observando a ponderação de interesses jurídicos. Destarte, será oportuno observar a aplicação do instituto como defesa estatal, analisando a possibilidade - ou não - deste fato.

Insta ainda abordar a temática da inconstitucionalidade do artigo supracitado, evidenciando, para tanto, os tópicos citados nas petições iniciais das Ações Diretas De Inconstitucionalidade propostas com o fim de eliminar do ordenamento a modulação de efeitos proposta pelas Leis 9868/99 e 9882/99.

Por fim, será evidenciada uma análise crítica acerca da discricionariedade atribuída ao Supremo, já que o legislador não delimitou com clareza os limites da modulação, vez que os requisitos para aplicação do determinado instituto são vagos, possibilitando alta possibilidade de decisões discricionárias e, possivelmente, políticas.

Tal capítulo se revela de grande importância ao logo do trabalho realizado, vez que se trata, efetivamente, do foco central do trabalho. Evidenciam-se neste tópico as posições doutrinárias e a concretização da modulação, observando a necessidade de manter a segurança jurídica, para que os cidadãos não tenham seus direitos ameaçados em prol das decisões políticas do órgão de cúpula.

Isto posto, é possível perceber que a presente pesquisa fixa-se em identificar se há possibilidade de aplicar a modulação de efeitos decisórios no ordenamento jurídico brasileiro, traçando, para tanto, breves comparações com outros países e abordando a temática em prol dos requisitos estabelecidos na legislação. Cabe ressaltar que o presente trabalho não pretende exaurir todo o tema, vez que há grande divergência doutrinária e jurisprudencial, logo, o intuito é ainda maior: instigar a reflexão do tema abordado, vez que, em regra, sua abordagem é muito superficial, embora se trata de temática de grande relevância.

Assim, a conclusão sintetizará todo o exposto na pesquisa, sob uma análise crítica e construtiva dos efeitos que poderão ser gerados pela modulação e ainda far-se-á a ponderação de algumas críticas, com o fito de chegar a um determinado consenso no que tange a aplicação deste conceito; finalizando, portanto, com uma solução para a problemática enfrentada ao decorrer do trabalho.

2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Há anos remotos fala-se sobre o controle de constitucionalidade, aliás, acredita-se, inclusive, que essa ferramenta normativa tenha sido inaugurada no caso *Marbury vs. Madison* em 1803. Entretanto, embora grande parte da doutrina considere a tese do constitucionalista norte-americano James Grant, é possível verificar que muito antes da clássica decisão supracitada já existia¹ - ainda que de modo retraído - a regulação da validade de leis, como será adiante demonstrado.

Insta salientar que de fato é possível verificarmos que o caso *Marbury vs. Madison* iniciou o sistema do *judicial review*, o que realmente considera-se aqui como inovador, fixando para tanto - por mérito de John Marshall - a supremacia da Constituição e impondo como dever dos juízes a necessidade de se opor contra àquelas normas que contrariassem a Carta Magna².

Outrossim, é necessário esclarecer para melhor entendimento do presente trabalho que embora se corrobore parcialmente a tese de James Grant também entende-se que outros sistemas antigos jurídicos foram iniciados desde a antiguidade e já demonstravam gradações de supremacia em relação à outras leis, iniciando timidamente um controle normativo.

Nesse sentido e em nobre raciocínio, corrobora Cappelletti quando interpreta novas fontes do controle. Assim, necessário se faz constar que antes mesmo do sistema americano, o direito ateniense já afirmava que o decreto deveria ser “legal, seja na forma, seja na substância”, o que hoje se entende como a necessidade de corroborar as normas com a Constituição. Há que se trazer a lume também a concepção medieval que fazia constar as normas *jus naturale*, afirmando ser a Constituição a Lei superior, bem como a *jus positum*, que afirmava a necessidade da norma posterior não confrontar com a anterior.³

Ainda consta frisar que a supremacia Inglesa também pode ser apresentada como origem do controle com a absoluta supremacia do Parlamento inglês.⁴ À época

¹ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 6.ed. [tradução: Aroldo Plínio Gonçalves]. Porto Alegre, Fabris 1984, p. 49.

² *Ibidem*, p. 63.

³ *Ibidem*, p. 52.

⁴ *Ibidem*, p. 58.

predominou a tese de Edward Coke⁵, em que se estabeleceu a supremacia da *Common Law*, ainda que em face do Rei e do Parlamento, em que se pregava que os juízes deveriam controlar a legitimidade das leis e aquelas que fossem opostas à *Common Law* deveriam ser rejeitadas. Contudo, diante da Revolução Gloriosa, de 1688, a tese supracitada perdeu força diante da institucionalização da supremacia parlamentar.⁶

Ainda há que se pensar acerca dos casos americanos que antecederam – e contribuíram - o *Marbury vs. Madison*, sendo possível destacar um dos antecedentes mais conhecidos e citados pelos constitucionalistas: *Trevett vs. Weeden*, julgado em 1786, no qual foi declarada inválida a lei por ausência de pressuposto de jurisdição. Outro caso a ser considerado é o *Ware x Hylton*, analisado no ano de 1796 e baseado na Constituição de 1787 – diferente do anterior – em que se entendeu que os tratados, diante de possuírem a mesma hierarquia constitucional, não deveriam ser violados por leis estaduais.⁷

Os casos citados, entretanto, não possuíram a mesma repercussão do *Marbury vs. Madison*. Entretanto, entende-se no presente trabalho tratar-se de precedentes que refletiram diretamente na conhecida decisão.

Com o fito de encerrar a explanação acerca dos possíveis berços do controle, afirma-se claramente o fundamento trazido por Cappelletti para sustentar a posição adotada no trabalho:

“Tratou-se durante anos de posições filosóficas e comportamentos teóricos, todavia, foi o sistema americano que trouxe a inovação do posicionamento concreto acerca da rigidez constitucional e do controle difuso estabelecido à época.”

Portanto, impossível se faz aqui considerar outra corrente a não ser esta; vez que, como o próprio Cappelletti frisa: não considerou-se como “um gesto de

⁵ CUNHA JUNIOR, Dirley da, 9.ed., **Controle de constitucionalidade teoria e prática**, Salvador: Juspodivm, 2017, p. 62.

⁶ Atualmente o modelo inglês embora não seja rígido e, em verdade, embora se baseie em normas costumeiras, é possível afirmar que do ponto de vista sociológico é possível entender que seja mais rígida que a própria Constituição Federal Brasileira. *Ibidem*, p. 35.

⁷ POLETTI, Ronaldo. 2.ed. **Controle de Constitucionalidade das Leis. Os Casos Americanos e a História da Suprema Corte**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 23.

improvisação, mas, antes, de um gesto amadurecido através de séculos de história, história não apenas americana, mas universal”.⁸

Outrossim, a Constituição Austríaca de 1920 consagrou a supremacia constitucional dando exclusividade ao exercício do controle judicial de constitucionalidade – adotando o controle concentrado e por via de ação direta, opondo-se ao controle norte-americano.⁹

Adepto a tal controle de constitucionalidade, assevera Kelsen¹⁰:

Se o controle da constitucionalidade é reservado a um único tribunal, este pode deter competência para anular a validade da lei reconhecida como inconstitucional não só em relação a um caso concreto mas em relação a todos os casos a que a lei se refira – quer dizer, para anular a lei como tal. Até esse momento, porém, a lei é inválida e deve ser aplicada por todos os órgãos aplicadores do Direito.

Adota-se aqui, como pioneiro, o sistema americano (*judicial review*), por entender que o início do constitucionalismo se deu com a concepção da *Supremacy of the Constitution*. Assim, conforme interpretação de John Marshall acerca do artigo VI, cláusula 2ª da Constituição Federal Norte-Americana, passou-se a entender a supremacia da Constituição e a necessidade dos juízes se subordinarem às normas nela estabelecidas.¹¹

Cumpre-nos considerar como berço do controle o sistema norte americano, em especial, a sentença da *Supreme Court* no caso *Marbury v. Madison*; posição esta aceita pela doutrina brasileira, vez que assim corrobora Paulo Bonavides, Luís Barroso, Gilmar Mendes e Paulo Branco, Dirley da Cunha e outros ilustres constitucionalistas¹². Insta salientar que, embora seja esta a corrente adotada no presente trabalho, não é a única estabelecida na doutrina.

⁸ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 6.ed. [tradução: Aroldo Plínio Gonçalves]. Porto Alegre, Fabris 1984, p.63.

⁹ MORAES, Alexandre de. 28.ed., **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 759.

¹⁰ KELSEN, Hans. [tradução: João Baptista Machado]. 6.ed. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 303.

¹¹ CUNHA JUNIOR, Dirley da, 9.ed., **Controle de constitucionalidade teoria e prática**, Salvador: Juspodivm, 2017, p. 64.

¹² Conforme possível observar em: BARROSO, Luís Roberto, 7.ed., **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 46; CUNHA JUNIOR, Dirley da, 9.ed., **Controle de constitucionalidade teoria e prática**, Salvador: Juspodivm, 2017, p. 87 e Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, 12.ed., **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo: Saraiva, 2017, p.1135.

O controle de constitucionalidade judicial apenas foi introduzido no sistema brasileiro com os artigos 59 e 60 da Constituição Federal do ano de 1891, de onde também era extraída a competência da União e dos Estados para se pronunciarem acerca de alguma invalidade normativa frente à Constituição.¹³

Com clareza assevera Rui Barbosa: “A redação é claríssima, nela se reconhece não só a competência da União como a das Justiças dos Estados, para conhecer da legitimidade das leis perante a Constituição”.¹⁴

Houve ausência do controle judicial de constitucionalidade na primeira *Lex Mater*, segundo Alexandre Moraes, porque havia supremacia do Parlamento e alta relevância do princípio da legalidade – que expressava a vontade da sociedade - por isso, acrescenta: a fiscalização deveria ser feita justamente pelo responsável pela elaboração de normas, o Poder Legislativo.”¹⁵

Adotado pelo sistema brasileiro apenas na Constituição de 1891, o controle de constitucionalidade começou a ser desenvolvido pelo Supremo Tribunal Federal, que sucedeu o Supremo Tribunal de Justiça do Império, e como consequência dos ensinamentos da Águia de Haia, o Brasil passou, inicialmente, a ter um controle de constitucionalidade difuso.¹⁶

Assim, neste capítulo abordar-se-á uma breve análise acerca do controle de constitucionalidade, assim, não será esgotado o tema, vez que o foco do presente trabalho apenas tangencia o assunto. Outrossim, necessário se faz abordá-lo, para maior compreensão da matéria sob enfoque.

Será tratado para tanto, dos elementos básicos para que o controle de constitucionalidade possa ocorrer, bem como os planos de existência, validade e eficácia que o controle de constitucionalidade atinge, seguido por suas tipicidades e órgãos com legitimidade para provocar tal instituto.

¹³ BARROSO, Luís Roberto. 7.ed., **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 85.

¹⁴ BARBOSA, Rui. **Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo**. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962, p. 70.

¹⁵ AGRA, Walber De Moura, 8.ed., **Curso de Direito Constitucional**, Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 670.

¹⁶ *Ibidem*, p. 669.

Isto para que, por fim, seja possível compreender as espécies de constitucionalidade bem como, mais à frente, o foco central do presente trabalho, qual seja: a modulação dos efeitos decisórios, trazida pela Lei 9868/99.

2.1 PRESSUPOSTOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Fonte de interações e divergências entre a doutrina, tem-se o controle de constitucionalidade como a garantia da hierarquia constitucional. Trata-se, portanto, de uma atividade fiscalizatória de validade e conformidade da norma em Constituições rígidas.¹⁷

É através de tal hierarquia que se observa uma clara distinção entre a obra do Constituinte e Legislador – que não poderá violar ou ignorar a validade da Lei Maior tampouco contrariá-la.¹⁸

Todas as normas jurídicas possuem como característica básica a imperatividade. As normas constitucionais, por sua vez, assumem posição peculiar, possuem – particularmente – supremacia. Portanto, se impõem sobre outras normas por conta da sua particularidade suprema, que advém da soberania de quem os produziu: O Poder Constituinte Originário.¹⁹

Assim, é claro que, os atos de concretização do direito infraconstitucional estão envolvidos, explicitamente ou não, sob uma operação mental de controle de constitucionalidade. Logo, quando uma norma jurídica não coincide com a Constituição não há que se cogitar aplicá-la.²⁰

Convém lembrar aqui da teoria clássica²¹ do escalonamento da ordem jurídica que hierarquizou as normas e designou que no ápice das camadas de normas encontra-

¹⁷ CUNHA JUNIOR, Dirley da, 9.ed., **Controle de constitucionalidade teoria e prática**, Salvador: Juspodivm, 2017, p. 34.

¹⁸ MARTINS, Flávia Bahia. 9.ed., **Direito constitucional**, Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p.492.

¹⁹ GEORGAKILAS, Ritinha Alzira Stevenson, A Constituição e sua supremacia. *In*: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio (Coord.). **Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia**, São Paulo: Atlas, p. 101.

²⁰ BARROSO, Luís Roberto, 7.ed., **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 23.

²¹ Embora considerada por muitos doutrinadores como obra exclusiva de Kelsen é importante frisar que, em verdade, Kelsen iniciou a Teoria pura do direito como uma obra puramente estática, o que foi modificado através da nobre influência de Adolf Julius Merkl, iniciando uma tese de que utilizar-se

se a Constituição, considerada fundamento supremo.²² A teoria é clara quando afirma que todas as normas do direito brasileiro necessitam estar em consonância com a Carta Magna e, caso não estejam, como bem frisa Luís Roberto Barroso: não deverá ser aplicada, porque, aplicar uma norma inconstitucional é deixar de aplicar a Constituição.²³

Em brevíssima síntese, o controle de constitucionalidade é um meio para que a supremacia constitucional – que garante concomitantemente a segurança jurídica – não seja desacatada e, para tanto, seja sempre compatível com a Lei Maior.

Tem-se como uma das funções precípua do controle de constitucionalidade a garantia de direitos fundamentais, vez que a norma, segundo Jorge Miranda, possui função de salvaguarda-los. Assim, é necessário resguardar as normas para que os cidadãos possam usufruir integralmente dela.²⁴

Desse modo, é necessário que haja muita cautela no que diz respeito à aplicação indiscriminada do dogma da nulidade. Nas palavras de Daniel Sarmento, “a eliminação de normas jurídicas do ordenamento pode gerar situações de verdadeiro caos.”²⁵

Insta salientar que a alteração de entendimento jurisprudencial não é requisito para declaração de inconstitucionalidade, o processo de inconstitucionalização, portanto, apenas será alternativa quando houver alteração fática; não há possibilidade de cogitar que mero entendimento jurisprudencial afete a norma, caracterizando-a como inconstitucional de modo superveniente.²⁶ Diante do princípio da presunção de constitucionalidade normativo, as normas serão consideradas constitucionais até

puramente da concepção estática não seria ideal para descrever com precisão acerca de todos os fenômenos do ordenamento jurídico e, portanto, influenciando diretamente na clássica tese de Hans Kelsen. DIAS, Gabriel Nogueira. **Positivismo jurídico e a teoria geral do direito: na obra de Hans Kelsen**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 238,

²² KELSEN, Hans. 6.ed. **Teoria Pura do Direito**. [tradução: João Baptista Machado]. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 247.

²³ BARROSO, Luís Roberto, 7.ed., **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 23.

²⁴ MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade**. Reimpressão. Coimbra: Coimbra editora, 1996, p. 225.

²⁵ SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. In: Daniel Sarmento (Org.). **O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 235.

²⁶ IPSEN *Apud* MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, 12.ed., **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo: Saraiva, 2017, p.1135.

que haja declaração da sua inconstitucionalidade, “levando estabilidade e segurança às relações disciplinadas”.²⁷

Em nobres palavras, Jorge Miranda afirma que a “garantia constitucional é um corolário” e que, se a norma jurídica possui garantia jurídica a norma constitucional não se caracteriza como exceção e, portanto, tratar-se-á de garantia constitucional.²⁸

Portanto, é necessário que sejam cumpridos pressupostos como formas de parâmetros para esse controle. Nesse sentido, existem duas premissas²⁹ para o controle de constitucionalidade: Supremacia e rigidez constitucionais.³⁰

A supremacia formal da Constituição tem origem na sua rigidez e se manifesta por sua superioridade hierárquica em relação às demais normas do ordenamento. Assim, a preservação da supremacia exige mecanismos que poderão invalidar e anular atos que não se conformem com a Lei Maior.³¹

Corroborando a ideia da supremacia da Constituição Dirley Cunha acrescenta ainda que enquanto princípio jurídico atribui à Lei Maior “força subordinante” além de “elevar a condição de legitimidade e validade das normas jurídicas positivadas em um dado Estado – É a base de sustentação do próprio Estado Democrático de Direito”.³²

O mencionado autor, faz ainda, pertinente comentário quando assevera que a supremacia, entretanto, estaria comprometida, caso o sistema não garantisse uma segurança para manter a sua característica de superioridade bem como a força

²⁷ AGRA, Walber De Moura, 8.ed., **Curso de Direito Constitucional**, Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 667.

²⁸ MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade**. Reimpressão. Coimbra: Coimbra editora, 1996, p. 225.

²⁹ Cumpre aqui frisar a presença do controle de constitucionalidade no ordenamento Inglês - embora muitos considerem que não há controle neste modelo, em verdade, é possível o observarmos, ainda que diferente do que se adota no modelo brasileiro – pois não existe rigidez constitucional. Nas Constituições flexíveis é possível haver o controle de constitucionalidade formal, o controle de constitucionalidade material – casos em que haverá o controle administrativo - e na inconstitucionalidade por omissão. AGRA, Walber De Moura. *Op.cit.*, p. 660.

³⁰ BARROSO, Luís Roberto, **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva. 2016, p. 23.

³¹ NOVELINO, Marcelo, **Teoria da constituição e controle da constitucionalidade**, Salvador: Juspodivm, 2008, p.147.

³² CUNHA JUNIOR, Dirley da, 9.ed., **Controle de constitucionalidade teoria e prática**, Salvador: Juspodivm, 2017, p. 34.

normativa da Constituição.³³ A supremacia não é ato autônomo e necessita estar corroborada ao sistema constitucional.

Há ainda que se acrescentar: a compatibilidade entre normas jurídicas é o que satisfaz o princípio da constitucionalidade.³⁴ Sobre tal princípio, importante frisar que deverá atuar como “*Ratio Legis* da garantia jurisdicional da Constituição. Com isso, não vimos contestar que uma norma de garantia não jurisdicional tenha por *Ratio Legis* a constitucionalidade.”

O que contesta Jorge Miranda, é que a *Ratio Legis* possa ser colocada como princípio geral de Direito assim como – compara – a norma de garantia constitucional.³⁵

A rigidez constitucional - que também se trata de pressuposto do controle - é um instituto que firma a necessidade da norma constitucional ter processo de elaboração diferente - desde a origem – do que aquele apto a gerar normas infraconstitucionais.³⁶

Gilmar Mendes e Paulo Branco salientam que a rigidez é o que diferencia o Poder Constituinte dos demais, além de concretizar hierarquia sobre as normas.³⁷ Acrescentam os doutrinadores que no momento em que a rigidez impõe a supremacia constitucional, demanda a necessidade de instituir-se um sistema de controle de constitucionalidade de leis e atos normativos.³⁸

Bonavides esclarece ainda, quanto à competência dos órgãos, tratar-se do ponto mais importante da questão de controle constitucional, é necessário determinado controle acerca de quem o operacionalizará e, caso não seja realizado, a supremacia e rigidez seriam letra morta na Constituição.³⁹ Assim, ressalta Dirley:

³³ CUNHA JUNIOR, Dirley da, 9.ed., **Controle de constitucionalidade teoria e prática**, Salvador: Juspodivm, 2017, p.34.

³⁴ *Ibidem*, p. 36.

³⁵ MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade**. Reimp. Coimbra: Coimbra editora, 1996, p. 225.

³⁶ BARROSO, Luís Roberto, 7.ed., **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 23.

³⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, 12.ed., **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo: Saraiva, 2017, p.1110.

³⁸ *Ibidem*, p.1111.

³⁹ BONAVIDES, Paulo. 28.ed. **Curso de Direito Constitucional**, Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2013, p. 308.

“esse controle somente existirá se a própria Constituição prever, expressa ou implicitamente, um ou mais órgãos com competência para realizá-lo.”⁴⁰

Ora, a lei que não se subordina à Carta Magna atenta contra a própria ordem de soberania idealizada e imposta rigidamente aos cidadãos e aos órgãos encarregados de poderes estatais.⁴¹

É inegável que a supremacia e a rigidez, portanto, juntas, formam um conglomerado essencial para efetivação do controle de constitucionalidade - que sequer ocorrerá sem estes institutos.⁴²

Ainda é possível ainda analisar a norma jurídica sob 3 prismas: existência, validade e eficácia.

O plano da existência impede que a norma ingresse no mundo jurídico, desde que presentes os agentes, a forma e o objeto necessários à incidência da lei. Nesse sentido, Luís Barroso frisa que, uma norma ao produzir efeitos e contrariar a Constituição não é inexistente, justamente por existir no plano fático.⁴³

Diferente desse aspecto, é possível analisar o plano de validade, no qual, necessitamos de outros elementos, quais sejam: “competência, forma adequada, e licitude-possibilidade”⁴⁴; o que possibilita, portanto, a validade do ato. Com isso, quando a lei divergir da Carta Magna por vício formal ou material não será inexistente. Portanto, insta salientar: a norma considerada inconstitucional é aquela que sequer atende o requisitos impostos pela Constituição.

Por fim, o plano da eficácia sempre se relacionará à produção dos efeitos e, a norma que é considerada como inconstitucional sequer deverá ser aplicada.⁴⁵ Logo, a inconstitucionalidade da lei a torna letra morta no ordenamento, embora não seja retirada expressamente de vigência.⁴⁶

⁴⁰ CUNHA JUNIOR, Dirley da, 9.ed., **Controle de constitucionalidade teoria e prática**, Salvador: Juspodivm, 2017, p. 37.

⁴¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. Direito Processual constitucional. **Revista Magister de Direito Civil e processual civil**. Porto Alegre: Magister ano V, n.25 jul/ago, 2004, p. 37.

⁴² CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Op.cit.* p. 36.

⁴³ BARROSO, Luís Roberto, 7.ed., **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2016, p.35.

⁴⁴ *Ibidem, loc cit.*

⁴⁵ *Ibidem*, p. 36.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 37.

Acerca da temática, inclusive, diferencia Gilmar Mendes e Paulo Branco quando asseveram que os conceitos de constitucionalidade ou inconstitucionalidade não se interpretam apenas no que diz respeito à ideia de conformidade ou não com a Carta Magna.⁴⁷ O momento no qual se aceita a validade de uma lei deverá ter fundamento constitucional e, nesse sentido, apenas será válida a lei que corrobore a Constituição. Ora, “uma lei inválida sequer é lei”⁴⁸, aduz Kelsen.

Justamente sobre esse ponto assevera Jorge Miranda que não há um conceito estático sobre inconstitucionalidade, em verdade, há uma relação entre norma e Constituição que não se conformam juntas.⁴⁹ Para tanto, é indispensável que haja uma análise sistêmica bem como uma forma de organizar as normas diante de critérios coerentes e que mantenham a hierarquia do teor constitucional.⁵⁰

Por fim, entretanto, não menos importante, essencial se faz abordar outro pressuposto do controle de constitucionalidade: A previsão de órgão competente.

Ainda que todos os pressupostos existam e sejam válidos o controle apenas existirá desde que haja um órgão com competência para realiza-lo. Assim, é possível que seja exercida função jurisdicional e política desde que haja competência para fazê-lo.⁵¹ Se considera, inclusive, que a ausência de competência dos juízes – não eleitos pelo povo – constitui obstáculo ao reconhecimento do controle judicial de constitucionalidade da lei para invalidar a norma elaborada pelo Legislativo.⁵²

No Brasil, especificamente, cumpre ao Poder Judiciário o exercício do controle de constitucionalidade embora seja possível também que os Poderes Legislativo e Executivo excepcionalmente desempenhem controles preventivos e repressivos.⁵³ Em todo os casos caberá, em regra, ao Poder Judiciário a “palavra final”.⁵⁴

⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, 12.ed., **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1114.

⁴⁸ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6.ed. [tradução: João Baptista Machado]. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 300.

⁴⁹ MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade**. Reimpressão. Coimbra: Coimbra editora, 1996, p.11.

⁵⁰ NEVES, André Luiz Batista. **Introdução ao Controle de Constitucionalidade**, ed. Juspodivm, 2007, p. 19.

⁵¹ CUNHA JUNIOR, Dirley da, 9.ed., **Controle de constitucionalidade teoria e prática**, Salvador: Juspodivm, 2017, p. 37.

⁵² *Ibidem*, p.38.

⁵³ *Ibidem*, p. 36.

⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto, 7.ed., **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 67.

Mister se faz abordar que a declaração de inconstitucionalidade da lei só poderá ser feita diante de concreta incompatibilidade com a Carta Magna. Assim, em claras palavras aborda Humberto Junior⁵⁵:

Quando o juiz apenas imagina que o procedimento poderia ser melhor organizado se se observassem outros critérios de atuação, isso não o autoriza a agir como um normatizador primário para suprimir a obra do legislador e fazer operar *ex novo* sua própria e pessoal normatização. Pouco importa que esteja motivado pelo desejo de melhor cumprir os princípios constitucionais.

Insta salientar, por fim, que o Executivo e o Legislativo também possuem papéis necessários no controle de constitucionalidade. Como será abordado adiante, cabe ao Executivo exercer poder de veto fundamentado na inconstitucionalidade, assim como poderá também negar a aplicação de lei com fundamento firmado na inconstitucionalidade. Outrossim, o Legislativo poderá suspender os atos normativos que estejam aquém dos limites estabelecidos em lei conforme o artigo 49, V da Constituição Federal, cabe ainda a possibilidade de corrigir as decisões judiciais e até mesmo declarar nulidade de lei diante dos atos de natureza legislativa.⁵⁶

2.2 ESPÉCIES DE INCONSTITUCIONALIDADE

Basicamente os órgãos de controle de constitucionalidade são divididos em políticos e jurídicos. Entretanto, existe ainda uma terceira modalidade, considerada por alguns autores como controle de constitucionalidade misto.⁵⁷

O controle político é realizado quando a fiscalização de constitucionalidade da lei é atribuído a um órgão com natureza política, normalmente ligado diretamente a um Parlamento.⁵⁸ Cumpre aqui ressaltar a importância francesa nesse aspecto: Reconhecida por seu modelo do controle de constitucionalidade a França confia a

⁵⁵ THEODORO JUNIOR, Humberto. Direito Processual constitucional. **Revista Magister de Direito Civil e processual civil**. Porto Alegre: Magister ano V, n.25 jul/ago, 2004, p.38.

⁵⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, 12.ed., **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo: Saraiva, 2017, p.1061.

⁵⁷ MORAES, Alexandre de. 28.ed., **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 738.

⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto, 7.ed., **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 64.

um corpo político⁵⁹ - diferente daqueles habitualmente vistos e, portanto, diferente do Legislativo, Executivo e do Judiciário – a função dos controles dos tribunais.⁶⁰

Entende Luís Barroso, bem como Mauro Cappelletti⁶¹, no que diz respeito ao modelo francês que na verdade, o termo correto para designar o controle político seria “não judicial”⁶²; é que, “no fundo, é o fato de não integrar o Poder Judiciário e de não exercer função jurisdicional, o que mais notadamente singulariza o *Conseil Constitutionnel*”.⁶³

Em tal controle, evita-se que o Poder Judiciário tenha preponderância, porque entende-se que haveria possibilidade de atuação do órgão como legislador negativo retirando normas do ordenamento jurídico.⁶⁴ A prevalência do controle preventivo, segundo Luís Barroso tem fundamento na desconfiança dos franceses nos juízes e concomitantemente no controle judicial, adotando, por conseguinte, “um modelo rígido de separação de poderes”.⁶⁵

⁵⁹ Composto por nove conselheiros escolhidos pelo Presidente da República e pelo Parlamento, tendo ainda como membros natos os ex-Presidentes da República foi criado pela Constituição francesa e denominou-se por “Conselho Constitucional” com o fito de obter, em regra, uma manifestação de tal controle antes da possível promulgação das leis. Ocorre que com a reforma constitucional de 2008 – Lei Constitucional nº 2008/724 de 23 de julho de 2008 - houve a possibilidade de prever controle de constitucionalidade de uma lei já vigente no ordenamento, considerando-se, portanto, como uma inovação, instituindo uma modalidade de constitucionalidade após a promulgação da lei, o que não era, como visto, estabelecido inicialmente e somente passou a ocorrer com a reforma supracitada. Sobre tal possibilidade atribuiu-se o nome de questão prioritária de constitucionalidade (*question prioritaire de constitutionnalité*) e com isso deixou-se de realizar apenas o controle preventivo, passando a realizar também o controle repressivo, alterando o antigo sistema e concedendo a possibilidade do exercício do controle repressivo por um órgão político. BARROSO, Luís Roberto, 7.ed., **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 65. Dirley da Cunha acrescenta ainda tratar-se de incidente que poderá ser suscitado por qualquer pessoa que faça parte do processo, que poderá até mesmo ser judicial ou administrativo, quando alguma disposição legislativas violar os direitos e liberdades garantidos pela Constituição. CUNHA JUNIOR, Dirley da, 9.ed., **Controle de constitucionalidade teoria e prática**, Salvador: Juspodivm, 2017, p. 36.

⁶⁰ BEZERRA, Paulo César Santos. **Lições de Teoria Constitucional e de direito constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 399.

⁶¹ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 6.ed. [tradução: Aroldo Plínio Gonçalves]. Reimp. Porto Alegre: Fabris 1999, p.27.

⁶² LOURENÇO, Rodrigo Lopes. **Controle de constitucionalidade à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Forense. 1999, p. 314. Sobre esse termo cumpre afirmar que entendeu o autor ser impróprio o termo político pois entende-se que “político é todo órgão dotado de autonomia dotado de autonomia de decisão outorgada diretamente pela Constituição”.

⁶³ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit, loc cit*.

⁶⁴ AGRA, Walber De Moura, 8.ed., **Curso de Direito Constitucional**, Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 672.

⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Op cit.*, p. 64.

Nessa mesma linha confirma Cappelletti que a exclusão do controle judicial, na realidade, tem fundamento histórico e ideológico.⁶⁶ E, corrobora Walber Agra, quando afirma que em decorrência da incerteza acerca do modo de atuação dos juízes a Revolução Francesa mitigou os poderes do judiciário.⁶⁷

Em nítido contraste com o modelo político se encontra o controle de constitucionalidade judicial ou jurisdicional: ligado diretamente à estrutura do Poder Judiciário ou, cuja atuação remeta à atuação jurisdicional.⁶⁸ Consiste na entrega do controle da jurisdição ao órgão do Poder Judiciário.⁶⁹ É o controle que prevalece mundialmente, no qual “se atribuem todos os poderes a um órgão ou Tribunal Constitucional”.⁷⁰

No Brasil, o controle de constitucionalidade exercido preponderantemente é judicial, no qual designa-se como guardião⁷¹ da Constituição o Supremo Tribunal Federal. Embora prevaleça no sistema brasileiro o controle jurisdicional, é possível admitir o controle político em alguns casos, a exemplo dos pareceres, projetos de leis das Comissões de Constituição e Justiça e de Cidadania das Casas Legislativas.⁷²

A atual Constituição brasileira, portanto, se manteve com o sistema misto. Trata-se de espécie de controle no qual a Constituição se submete - em determinados momentos - ao controle político bem como ao controle jurisdicional.⁷³

A inconstitucionalidade de uma norma poderá ser classificada de acordo com a origem do defeito que macula o ato questionado, podendo ser formal ou material.⁷⁴

⁶⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 6.ed. [tradução: Aroldo Plínio Gonçalves]. Porto Alegre, Fabris 1984.

⁶⁷ Impulsionado pela Revolução Francesa, o controle de constitucionalidade político se localiza em momento no qual havia “aversão generalizada” àqueles juízes que buscavam lucrar sob qualquer fundamento, vez que os membros escolhidos para determinado cargo eram àqueles que não possuíam estabilidade financeira e vivenciavam dificuldades. AGRA, Walber De Moura, 8.ed., **Curso de Direito Constitucional**, Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 665.

⁶⁸ CUNHA JUNIOR, Dirley da, 9.ed., **Controle de constitucionalidade teoria e prática**, Salvador: Juspodivm, 2017, p. 106.

⁶⁹ AGRA, Walber De Moura. *Op.cit.*, p. 673.

⁷⁰ BEZERRA, Paulo César Santos. **Lições de Teoria Constitucional e de direito constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 399.

⁷¹ Houve grande discussão acerca do tema, o que gerou debate entre os nobres juristas Schmitt e Kelsen acerca da legitimidade para ser guardião constitucional. Assevera Schmitt que as normas derivam da vontade política, assim, concomitantemente deveria se falar em controle com natureza política; de outro modo, Kelsen crê que apenas exercerá a jurisdição de modo neutro o Poder Judiciário, que zelaria pela garantia de normas constitucionais, para fins do devido trabalho, aplica-se, portanto, o posicionamento adotado por ele. AGRA, Walber De Moura. *Op.cit.* p. 669.

⁷² CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Op.cit.*, *loc cit.*

⁷³ MORAES, Alexandre de. 28.ed., **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 738.

Ab initio, cumpre esclarecer que a Constituição disciplina o modo como as leis devem ser criadas, por isso, devem ser compatibilizados alguns valores e, caso não o seja, será possível verificar a inconstitucionalidade. A respeito da inconstitucionalidade formal – não se encaixa à forma de produção legislativa que propõe a Lei Maior; consiste na “inobservância da regra de competência para edição do ato” – e material – consiste em contrariar norma constitucional, quando deveria coadunar com a Constituição.⁷⁵

A inconstitucionalidade formal possui vício na forma⁷⁶ e resulta da inobservância de procedimento estabelecido na Constituição, é o que ocorre quando a Lei Maior estabelece que determinada espécie normativa requer quórum específico de maioria absoluta para ser aprovada e no plano fático tal norma é aprovada por maioria simples⁷⁷. A prática deste controle não é tão dificultoso nem alcança alto grau de polêmica como o controle material de constitucionalidade, pois o que se pretende aqui é apenas que haja acatamento às formas estabelecidas na Lei Maior.⁷⁸

De outro modo, a inconstitucionalidade material se refere à divergência de norma infraconstitucional com a Constituição.⁷⁹ Nesse sentido, esclarece Barroso⁸⁰: “Pode traduzir-se no confronto de uma regra constitucional”. Destarte, Paulo Bonavides ressalta o quão delicado é tratar da inconstitucionalidade material já que esta possui elevado teor político, vez que a incidência é sobre o teor da norma. Sua característica, por vez, se funda no “desespero dos publicistas” que diminuem a norma a um aspecto predominantemente jurídico, incompatível com o seu próprio fim, na medida que “a Constituição faz da liberdade o seu fim e fundamento primordial”.⁸¹

⁷⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, 12.ed., **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo: Saraiva, 2017, p.1125.

⁷⁵ CUNHA JUNIOR, Dirley da, 9.ed., **Controle de constitucionalidade teoria e prática**, Salvador: Juspodivm, 2017, p. 28.

⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto, 7.ed., **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 48.

⁷⁷ SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. *In*: Daniel Sarmento (Org.). **O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 235.

⁷⁸ BONAVIDES, Paulo. 28.ed. **Curso de Direito Constitucional**, Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2013, p. 308.

⁷⁹ SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, p. 236.

⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Op.cit.*, p. 51.

⁸¹ BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 310.

Possível distinguir a norma quanto à decorrência (ou não) de algum ato, nesse sentido: quando a norma decorre de algum ato proibido pela Constituição, trata-se de inconstitucionalidade por ação.⁸² E quanto a esse ponto acrescenta-se: a referência à inconstitucionalidade por ação incluirá atos que não sejam compatíveis com a constituição.⁸³

De outro modo, a Inconstitucionalidade por omissão é inversa à anterior e caracteriza-se no momento que o Poder Público não pratica um ato determinado pela Constituição como necessário.⁸⁴ Trata-se de uma omissão do Estado.

Sarmiento exemplifica, com o fito de clarear o entendimento: “Exemplo clássico de Inconstitucionalidade por omissão é a não edição de lei”.⁸⁵

Assim sendo, trata-se de Inconstitucionalidade por ação a prática de ato proibido, enquanto a Inconstitucionalidade por omissão é caracterizada por fato contrário: quando um comportamento determinado pela Constituição não é realizado pelo Poder público.

Acerca dessas espécies poderemos melhor discorrer sobre a sua aplicabilidade na modulação temporal dos efeitos nos próximos capítulos, vez que, reitere-se: Abordar-se-á neste capítulo apenas breves noções acerca do controle de constitucionalidade para que possamos em momento oportuno fazer as devidas considerações, unindo, para tanto, o controle de constitucionalidade com o tema central da monografia.

2.3 TIPOS DE CONTROLES JURISDICIONAIS DE CONSTITUCIONALIDADE

Findo o breve exame dos pressupostos do controle de constitucionalidade, faz-se necessário analisar os diferentes tipos de constitucionalidade para que seja possível adentrar no foco central do presente trabalho.

⁸² SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. *In*: Daniel Sarmiento (Org.). **O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 235.

⁸³ BARROSO, Luís Roberto, 7.ed., **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 53.

⁸⁴ SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, p. 235.

⁸⁵ *Ibidem*, p.237.

Caracterizar-se-á os tipos de controle de constitucionalidade quanto ao momento em: preventivos e repressivos; senão vejamos:

Quanto ao controle preventivo: Trata-se se controle prévio àquele realizado antes mesmo da norma inconstitucional entrar em vigor, em tal controle será analisada a regularidade da norma, nesse caso, Luís Barroso acredita haver eliminação de inconstitucionalidade.⁸⁶ Destarte, não há que se declarar a nulidade⁸⁷ da medida – pois ela sequer foi colocada no ordenamento jurídico - mas devem ser propostas novas vias com o fito de afastar uma possível inconstitucionalidade.⁸⁸

Dentro das normas jurídicas há que se falar na possibilidade do controle preventivo ser exercido pelo Legislativo, bem como pelo Executivo, senão vejamos:

“O controle preventivo será exercido através de pareceres das Comissões de Constituição e Justiça das Casas Legislativas, emitidos sobre os projetos de leis apresentados – assim como poderá ser desempenhado pelo Executivo - pelos Chefes do Executivo das três esferas políticas da Federação (Presidente, Governadores e Prefeitos), por meio de veto jurídico-constitucional aposto a projetos de leis, por motivo de inconstitucionalidade (CF/88, §1º do art. 66)”.

Já quanto à modalidade do controle prévio de constitucionalidade em casos de sede judicial, o Supremo Tribunal Federal tem admitido que o controle preventivo em concreto, de modo excepcional, seja aceito - recusando o controle em sede abstrata - nos casos que envolvam mandado de segurança, quando impetrado por parlamentar com o fito de preservar suas prerrogativas em face de proposta inconstitucional de emenda constitucional ou de lei quando houver vício de inconstitucionalidade formal nos casos em que o vício se referir diretamente ao processamento da lei ou emenda.⁸⁹

Impende aqui observar inclusive o posicionamento do Supremo na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 466, que corrobora a impossibilidade de “autorizar o sistema de controle jurisdicional preventivo da legitimidade constitucional de meras

⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto, 7.ed., **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 51, p. 67.

⁸⁷ Acerca da nulidade ou anulabilidade da norma, abordar-se-á no próximo capítulo, fazendo, para tanto, relação de determinado instituto à luz da modulação dos efeitos decisórios. Entretanto, *ab initio*, será adotado o posicionamento do autor Luís Roberto Barroso.

⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit., loc cit.*

⁸⁹ CUNHA JUNIOR, Dirley da, 9.ed., **Controle de constitucionalidade teoria e prática**, Salvador: Juspodivm, 2017, p. 104.

proposições legislativas pelo STF”.⁹⁰ Ou seja, não há possibilidade de aplicar o controle concentrado para projetos em tramitação, o que levou o Ministro Teori Zavascki a negar o pedido e revogar a liminar, concedida pelo relator do processo, Gilmar Mendes.

Cumpra esclarecer aqui a abordagem do ilustre Dirley da Cunha no que tange a impossibilidade de admitir o controle preventivo em sede judicial quando se tratar de inconstitucionalidade formal⁹¹, senão vejamos: “O Supremo Tribunal Federal não admite o controle judicial preventivo, ainda que provocado concretamente por iniciativa parlamentar quando o vício de inconstitucionalidade for formal.”⁹²

Ora, “não cabe atribuir a parlamentar, a quem a Constituição nega habilitação para provocar o controle abstrato repressivo, a prerrogativa, sob todos os aspectos mais abrangente e mais eficiente, de provocar esse mesmo controle antecipadamente, por via de mandado de segurança.”⁹³

Acerca do tema assevera Gilmar Mendes que a possibilidade de tal exceção tem o objetivo de impedir a tramitação de projeto de emenda constitucional lesiva às cláusulas pétreas, conforme dispõe a Carta Magna em seu artigo 60, §4.⁹⁴

Em síntese, habitualmente, o controle preventivo poderá ser exercido pelo poder Executivo, exercido através do veto jurídico, conforme artigo 66, § 1º, nos casos em

⁹⁰ STF. **Ministro Teori Zavascki abre divergência no julgamento sobre PLC 14/2013**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=241074&caixaBusca=N>>. Acesso em: 20 set. 2018.

⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 32033/DF, Relator: Gilmar Mendes. DJ 18 fev. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5290006>>. Acesso em: 23 jul. 2018. EMENTA: CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DE PROJETO DE LEI. INVIABILIDADE. 1. Não se admite, no sistema brasileiro, o controle jurisdicional de constitucionalidade material de projetos de lei (controle preventivo de normas em curso de formação). O que a jurisprudência do STF tem admitido, como exceção, é “a legitimidade do parlamentar - e somente do parlamentar - para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de lei ou emenda constitucional incompatíveis com disposições constitucionais que disciplinam o processo legislativo” (MS 24.667, Pleno, Min. Carlos Velloso, DJ de 23.04.04). Nessas excepcionais situações, em que o vício de inconstitucionalidade está diretamente relacionado a aspectos formais e procedimentais da atuação legislativa, a impetração de segurança é admissível, segundo a jurisprudência do STF, porque visa a corrigir vício já efetivamente concretizado no próprio curso do processo de formação da norma, antes mesmo e independentemente de sua final aprovação ou não.

⁹² CUNHA JUNIOR, Dirley da, 9.ed., **Controle de constitucionalidade teoria e prática**, Salvador: Juspodivm, 2017, p. 104.

⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança nº 32033/DF. *Op.cit., loc.cit.*

⁹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, 12.ed., **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo: Saraiva, 2017, p.1116.

que houver proposta de lei sob o fundamento de inconstitucionalidade. Já no que tange o controle Legislativo é possível que seja exercido nos casos em que declara a inconstitucionalidade de atos normativos pela Comissão de Constituição e Justiça. E ainda, excepcionalmente, pelo Judiciário nos casos em que houver impedimento pelo próprio poder judiciário quando do trâmite de projeto tendente a abolir a cláusula pétrea.⁹⁵

Outrossim, em contraste com o controle preventivo, o controle repressivo atua de modo a “paralisar a eficácia” de Lei, não mais tratar-se-á de projeto de lei, porque nesse caso, diferente do controle preventivo, a norma já produz efeitos no plano fático. Assim, quando considerada inconstitucional deverão ser tomadas providências para que não mais produzam efeitos ou pra que estes sejam limitados.⁹⁶

No direito brasileiro, em regra, tal controle será desempenhado pelo Poder Judiciário, por todos os seus órgãos, porém, por procedimentos diversos – que veremos adiante. É possível ainda que alguns mecanismos de atuação repressiva sejam realizados pelo Legislativo e Executivo, entretanto, nos casos que houver controvérsia quanto à interpretação, será necessário recorrer ao Judiciário.⁹⁷

Insta salientar que o processo legislativo brasileiro admite o controle repressivo a partir da decretação da norma e, antes desta apenas haverá que se falar em controle preventivo, como já visto no presente trabalho,⁹⁸ que embora permitido na legislação, tem a sua utilização reduzida no Brasil.⁹⁹

Tratar-se-á no presente trabalho com foco no referido controle repressivo, vez que, é este controle que engloba a modulação de efeitos temporais da decisão e, como já frisado, o foco do presente trabalho não se encontra no controle de constitucionalidade, todavia, para melhor entendimento, faz-se necessário

⁹⁵ AGRA, Walber De Moura, 8.ed., **Curso de Direito Constitucional**, Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 679.

⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto, 7.ed., **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 67.

⁹⁷ AGRA, Walber De Moura. *Op.cit. loc. cit.*

⁹⁸ *Ibidem, loc. cit.*

⁹⁹ Trata-se, como já visto no presente trabalho de modelo exaustivamente utilizado na França, submetidos ao Conselho Constitucional. Possível também observar a adoção do controle de constitucionalidade preventivo na Constituição portuguesa nos seus artigos 278 e 279 em que, segundo Gomes Canotilho “há uma verdadeira decisão jurisdicional sobre a constitucionalidade de *projectos* de atos normativos.” CANOTILHO, J. J. Gomes; SARLET, Gilmar Ferreira. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva. 2013, p. 367.

esclarecer, ainda que brevemente, pontos essenciais para compreensão da temática central.

2.3.1 Controle Difuso

Originado do caso *Marbury v. Madison* – julgado pela Suprema Corte Americana – no ano de 1803, a partir da inquestionável argumentação de John Marshall acerca da supremacia constitucional sob as leis em geral e a “necessidade de garantir o texto constitucional por meio de um controle atribuído aos órgãos do Poder Judiciário (*judicial review of legislation*)”.¹⁰⁰

Trata-se de um controle por via de exceção que ocorre exclusivamente quando uma das partes de um processo aduz – ao defender a sua causa – objeção de inconstitucionalidade da lei que pretende aplicar.¹⁰¹ Nesse caso, a análise será realizada *incidenter tantum*, com fundamento direcionado ao magistrado com o fito de resolver a questão principal em determinado processo, podendo ser utilizada como precedente, embora não produza coisa julgada.¹⁰² No direito brasileiro, tem-se como principal instrumento do controle difuso o recurso extraordinário.¹⁰³

O objeto principal deste controle, não é, todavia, a inconstitucionalidade normativa. Tem-se uma norma analisada de modo incidental, com o fito de solucionar o processo.¹⁰⁴ Trata-se de controle realizado no curso de uma demanda judicial concreta e, por isso, incidental. Completa Dirley: “É uma combinação necessária”.¹⁰⁵

¹⁰⁰ CUNHA JUNIOR, Dirley da, 9.ed., **Controle de constitucionalidade teoria e prática**, Salvador: Juspodivm, 2017, p. 36.

¹⁰¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 12.ed. São Paulo: Malheiros editores. 2002, p. 272.

¹⁰² DIDIER, Fredie. **Panorama sobre o novo sistema de controle difuso de constitucionalidade das leis no direito brasileiro**. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/artigos/panorama-sobre-o-novo-sistema-de-controle-difuso-de-constitucionalidade-das-leis-no-direito-brasileiro/>>. Acesso em: 16 de mai. de 2018.

¹⁰³ *Ibidem*, loc.cit.

¹⁰⁴ SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. **Direito processual constitucional**, 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.115.

¹⁰⁵ CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Op.cit.*, p. 111.

Cabe frisar que em geral o controle incidental é associado ao modelo difuso, todavia, no modelo brasileiro é possível verificar o controle incidental exercido nos julgamentos de processos subjetivos exercidos pelo STF.¹⁰⁶

Haverá, portanto, plena competência de qualquer juiz para afastar aplicação de lei em concreto, o que não se confunde com a devida declaração da norma.

Características estas que justificam também a denominação deste controle como controle pela via de exceção ou por via de defesa.¹⁰⁷

O controle difuso é aquele em que se oportuniza a todos os juízes e tribunais a sua fiscalização. Embora, em regra, na prática, tenha âmbito restrito, vez que premido pelas decisões de ADIs/ ADCs e súmulas vinculantes.¹⁰⁸

Luís Barroso assevera ainda que o controle difuso permite que todo e qualquer juiz possa reconhecer a inconstitucionalidade da norma, não aplicando-a ao caso concreto, que foi levado à conhecimento da Corte.¹⁰⁹

Outrossim, no Brasil, esses conceitos se sobrepõem.¹¹⁰

Assim, desde o início da República o controle incidental é exercido de modo difuso, especificamente desde a Constituição de 1891¹¹¹, e apenas depois de 1999 com o advento da Lei 9.882/1999 admitiu-se a hipótese de controle incidental concentrado.¹¹²

Os efeitos da decisão no controle operam de modo *ex tunc*, vez que retroagem à incidência da a norma inconstitucional que passa a ser tida como nula¹¹³. Há, nesses casos, apenas o condão de afastar a incidência de norma eivada de vícios, portanto, não haverá análise de questões preliminares, que dizem respeito ao

¹⁰⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, 12.ed., **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo: Saraiva, 2017, p.1115.

¹⁰⁷ MORAES, Alexandre de. 28.ed., **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 744.

¹⁰⁸ NEVES, André Luiz Batista, **Introdução ao Controle de Constitucionalidade**, Juspodivm, 2007, p. 114.

¹⁰⁹ BARROSO, Luís Roberto, 7.ed., **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 69.

¹¹⁰ *Ibidem*, p.72.

¹¹¹ CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Op.cit.*, p. 36.

¹¹² BARROSO, Luís Roberto, 2.ed. **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.72.

¹¹³ NEVES, André Luiz Batista. *Op.cit.,loc.cit.*

próprio processo bem como seu desenvolvimento. Referir-se-ão, à questões prejudiciais que impeçam o julgamento da lide, portanto.¹¹⁴

A inconstitucionalidade da norma - nesse caso - não é objeto da lide, o que o é, em verdade, é a questão prejudicial que impede o prosseguimento do feito. Não se trata da causa de pedir diretamente, portanto. Produzirá efeitos *inter partes*, pois não incluirá terceiros, apenas se restringirão à “eficácia subjetiva da coisa julgada”. Vale ainda salientar que tal efeito se expande até mesmo para ações civis públicas, que em regra terão efeitos *erga omnes* – restritos ao pedido, não estendendo-se à determinada norma afastada.¹¹⁵

Com o fito de maior compreensão do trabalho faz-se necessário abordar a distinção entre os termos: *erga omnes* e vinculante. O efeito vinculante da norma proíbe que tal ato permaneça no quadro jurídico-social, assim, de modo generalizado, devem todos os órgãos do Poder Judiciário se submeter à determinada decisão. Inclusive, se faz mister ressaltar que nos casos de declaração de inconstitucionalidade a Administração terá, por obrigação, que editar atos normativos que não se submetam ao conteúdo da decisão prolatada.¹¹⁶

No que tange ao *quantum* necessário para a declaração de inconstitucionalidade no controle difuso exige-se a maioria absoluta dos votos – ou de órgão especial, onde exista – tendo em vista a cláusula de reserva de plenário, instituto reforçado pela Súmula nº 10 do STF¹¹⁷.

Cabe frisar: a declaração de inconstitucionalidade inconstitucional *incidenter tantum* em controle difuso apenas poderá ser realizada por órgão especial ou plenário.¹¹⁸ Nesse sentido, a Ministra Ellen Gracie assevera: “O STF exerce, por excelência, o controle difuso de constitucionalidade quando do julgamento do recurso

¹¹⁴ CUNHA JUNIOR, Dirley da, 9.ed., **Controle de constitucionalidade teoria e prática**, Salvador: Juspodivm, 2017, p. 111.

¹¹⁵ NEVES, André Luiz Batista, **Introdução ao Controle de Constitucionalidade**, Juspodivm, 2007, p. 114.

¹¹⁶ SILVA NETO, Manoel Jorge e, 8.ed. **Curso de direito constitucional**, São Paulo: Saraiva, 2013, p. 275.

¹¹⁷ Acerca da reserva do plenário, é de suma importância resguardar a ressalva feita pela súmula 10; vejamos: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”. BRASIL. **Súmula Vinculante nº 10**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1216>>. Acesso em: 04 mai. 2018.

¹¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 123.

extraordinário, tendo os seus colegiados fracionários competência regimental para fazê-lo sem ofensa ao art. 97 da CF”.¹¹⁹

Em ato contínuo, acerca do juiz ou tribunal legitimado para exercer o controle, Barroso acerta quando afirma que a faculdade do juiz monocrático de reputar inconstitucional é exercida de modo mais singelo que a competência dos tribunais por não necessitarem da reserva de plenário.¹²⁰

Com o fito de finalizar a análise em tela é necessário esclarecer que já é considerado pela maioria da doutrina pátria o entendimento de que: diante de decisão do pleno, órgão especial ou do Supremo Tribunal não há necessidade de seguir o procedimento do citado artigo, enaltecendo, portanto, os princípios da celeridade, economia e segurança jurídica.¹²¹

Cumprindo ainda abordar a problemática que envolve a suspensão parcial ou integral da norma inconstitucional pelo Senado Federal ao paralisar a execução da lei considerada inconstitucional. Frise-se que não cabe falar em contenção da eficácia, mas apenas no bloqueio da execução.¹²²

Trata-se de um instituto, aparentemente, mantido no sistema por questões históricas, assevera Luís Barroso que a outorga ao Senado Federal de competência com o fito de suspender a execução da lei inconstitucional fundamenta-se na tentativa de atribuir eficácia geral, leia-se: *erga omnes*, àquela decisão proferida em plano concreto que, em regra, apenas terá efeitos às partes processuais.¹²³

Conquanto, o que se nota atualmente é que tal instituto restou-se obsoleto desde à Emenda Constitucional nº 16/65¹²⁴ com a criação da ação genérica de inconstitucionalidade. Ora, como bem frisa Roberto Barroso: Uma decisão que

¹¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RECURSO ESPECIAL** nº 361.829. Relatora: Ministra Ellen Gracie, DJ 19 mar. 2010; Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=1058>>. Acesso em: 08 mai. 2018.

¹²⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 123.

¹²¹ *Ibidem*, p. 105.

¹²² *Ibidem*, p. 122.

¹²³ *Ibidem*, p. 166.

¹²⁴ Marcada pelo pacote de abril em 1977 a emenda trouxe inúmeras alterações, a saber: edição de normas, reforma do judiciário, aumento de magistrados de TRF, criação do Conselho Nacional da Magistratura e ainda o fechamento temporário do Congresso por 14 dias. STF. **A crise do Supremo**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/Print/pt_BR/Institucional/Hist%C3%B3ria/A-crise-do-Supremo/A-crise-do-Supremo>. Acesso em: 19 ago. 2018.

decorra do Pleno do Superior Tribunal Federal deverá ter igual extensão, independente de que via seja adotada para tal – incidental ou direta.

No mesmo sentido entende o Ministro Teori quando se manifestou na Reclamação nº 4335: “É inegável que, atualmente, a força expansiva das decisões do STF, mesmo quando tomadas em casos concretos, não decorre apenas e tão somente da resolução do Senado, nas hipóteses do artigo 52, inciso X, da Constituição”. Assim também aderiu, na mesma Reclamação, o Ministro Gilmar Mendes asseverando que tal decisão produzida pelo Supremo possuía eficácia geral e vinculante e apenas seria cabível ao Senado editar a resolução com o fito de dar maior publicidade ao fato.¹²⁵

Em síntese, explica Gilmar Mendes¹²⁶:

A exigência de que a eficácia geral da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal em casos concretos dependa da decisão do Senado Federal, introduzida entre nós com a Constituição de 1934 e preservada na Constituição de 1988 (art. 52, X), perdeu parte do seu significado com a ampliação do controle abstrato de normas, sofrendo mesmo um processo de obsolescência. A amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de que se suspenda, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, contribuíram, certamente, para que se mitigasse a crença na própria justificativa desse instituto, que se inspirava diretamente numa concepção de separação de Poderes – hoje necessária e inevitavelmente ultrapassada. Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de emenda constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade proferida no controle incidental, valer tão somente para as partes? A única resposta plausível nos leva a acreditar que o instituto da suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão exclusivamente histórica.

Assim, quando o Supremo Tribunal Federal confere efeito vinculante à parte dispositiva da decisão e aos próprios fundamentos determinantes, é possível observarmos o efeito transcendental dos motivos determinantes da decisão, conforme explica Dirley da Cunha.¹²⁷

¹²⁵ STF. **Plenário conclui julgamento sobre decisão que impediu progressão de regime.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=262988>>. Acesso em: 23 ago. 2018.

¹²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, 12.ed., **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo: Saraiva, 2017, p.1231.

¹²⁷ CUNHA JUNIOR, Dirley da. O princípio do *stare decisis* e a decisão do Supremo Tribunal Federal no controle. O sincretismo da jurisdição constitucional brasileira, *In*: NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras complementares de direito constitucional**, Salvador: Juspodivm, 2007, p. 89.

Ainda acerca da temática é de suma importância observarmos aqui o que o Ministro Celso de Melo denominou como “mutação constitucional”¹²⁸ quando decidiu acerca do inédito caso do Amianto, julgado nas ADI’s 3.470 e 3.406 – em controle concentrado. Sobre o tema asseverou ainda Gilmar Mendes que o referido caso trata-se de uma espécie de releitura do disposto no artigo 52, X, da Constituição Federal¹²⁹. Estabeleceu no caso concreto, para tanto, o efeito *erga omnes* e vinculante da decisão, adotando, portanto, a teoria da abstrativização¹³⁰.

Desse modo, observa-se, com clareza, a redução do poder do Senado no caso em tela, que apenas terá a possibilidade de publicar a decisão e, por vez, intensificar a publicidade. Entende-se aqui que ainda não houve mudança de entendimento do Supremo, todavia, corrobora-se o entendimento da Ministra Carmen Lúcia na ADI supracitada quando aduz que se caminha para uma alteração jurisprudencial.¹³¹

Assim, feita a breve análise acerca do controle difuso e visto que trata-se de instituto largamente utilizado na contemporaneidade e sob o qual existe inédita discussão é possível prosseguirmos para o capítulo adiante abordando o controle concentrado, modelo basicamente “invertido” do controle visto neste tópico.

2.3.2 Controle concentrado

Trata-se do controle exercido apenas por um órgão determinado, como assevera Marcelo Novelino¹³²; outrossim, o Ministro Barroso acrescenta que tal controle poderá também ser realizado por órgãos limitados apenas para tais fins – ou que

¹²⁸ STF. **ADI: amianto e efeito vinculante de declaração incidental de inconstitucionalidade**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo886.htm>>. Acesso em: 01 set. 2018.

¹²⁹ Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: [...] X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

¹³⁰ Ocorre quando, por via incidental, tem-se efeitos vinculantes e *erga omnes*. Diante de tal abstrativização deixa o Senado de possuir capacidade para suspender – ou não – as normas, já que estas desde o julgamento pelo Supremo passam a ser imediatamente vinculantes. Diante da mutação constitucional vivida em face do artigo 52, X da Constituição, Daniel Sarmento assevera haver incompatibilidade com a Constituição, o que, segundo o autor, não poderia ocorrer pois dependeria de uma reforma constitucional. SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. *In*: Daniel Sarmento (Org.). **O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 235.

¹³¹ STF. **ADI: amianto e efeito vinculante de declaração incidental de inconstitucionalidade**. *Op.cit.loc.cit.*

¹³² NOVELINO, Marcelo, **Teoria da constituição e controle da constitucionalidade**, Salvador: Juspodivm, 2008, p.147.

tenha essa atividade como principal.¹³³ Trata-se de questão a ser resolvida “*principaliter tantum*, como a questão principal do processo instaurado com esse único objetivo”, e que terá capacidade de gerar coisa julgada, sob a qual sequer caberá ação rescisória.¹³⁴

Quanto à implantação do controle concentrado no Brasil é possível afirmar que já na Constituição de 1934 foi possível observar um afastamento do “puro critério difuso”¹³⁵, iniciando, para tanto, nuances do modelo concentrado através da ADI interventiva, antes denominada como representação interventiva, que consistia em dar poderes ao Procurador-Geral da República e ainda que se sujeitava à competência ao Supremo Tribunal Federal, conforme artigo 12, V, §2 da Constituição.¹³⁶

Efetivamente trazido pela Emenda Constitucional nº 16 em 1965 no Brasil; o controle concentrado de constitucionalidade como mecanismo de garantia da supremacia da Constituição Federal compete exclusivamente ao STF¹³⁷ Insta salientar que nos casos de julgamento acerca das Representações de Inconstitucionalidade das leis estaduais e municipais é possível que Órgãos Especiais, bem como os Tribunais de Justiça julguem tais ações.¹³⁸

Assim, é possível observar que determinado controle funciona como forma de proteção constitucional, para que não haja desconformidade de qualquer norma com a Lei Maior.

Tal controle poderá ser verificado em situações restritas; quais sejam: Ação de inconstitucionalidade genérica, interventiva, por omissão, declaratória de constitucionalidade bem como arguição de descumprimento de preceito

¹³³ BARROSO, Luís Roberto, 7.ed., **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 70.

¹³⁴ DIDIER, Fredie. **Panorama sobre o novo sistema de controle difuso de constitucionalidade das leis no direito brasileiro**. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/artigos/panorama-sobre-o-novo-sistema-de-controle-difuso-de-constitucionalidade-das-leis-no-direito-brasileiro/>>.

Acesso em: 16 de mai. de 2018.

¹³⁵ AFONSO da SILVA, José. 40.ed., **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros. 2017, p, 52.

¹³⁶ CUNHA JUNIOR, Dirley da, 9.ed., **Controle de constitucionalidade teoria e prática**, Salvador: Juspodivm, 2017, p. 94.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 185.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 184.

fundamental. As quais dar-se-á enfoque no capítulo seguinte, ao abordarmos a modulação de efeitos.¹³⁹

No caso em análise, tratar-se-á de uma afronta à Constituição, que gere insegurança jurídica e, com o intuito de sanar o vício há possibilidade de reclamar providências independente de ofensa ao direito individual em razão da supremacia, já acentuada no presente trabalho.¹⁴⁰ O presente controle não necessita da presença de um caso concreto¹⁴¹ e, em regra, será realizado quando houver antinomia entre alguma norma jurídica infraconstitucional e outra constitucional.¹⁴²

Kelsen - forte idealizador do controle concentrado - frisa que em determinado controle não há enfoque para casos concretos, o objetivo principal desse princípio é a manutenção da supremacia constitucional, ou seja, a função deste controle é a anulação de leis incongruentes com a Carta Magna.¹⁴³

Diferente do primeiro controle visto¹⁴⁴, este controle possui efeito *erga omnes* bem como efeito vinculante.¹⁴⁵ E ainda possuirá efeitos *ex tunc*, ou seja, atingirá os atos jurídicos anteriores à declaração - o que será no seguinte capítulo tratado com maior profundidade.¹⁴⁶

Tais decisões geram grandes consequências jurídicas - muitas vezes sociais - e, por isso, para declarar inconstitucionalidade por controle concentrado, necessariamente, deverá haver quórum formado por maioria absoluta dos membros e deverão estar presentes oito Ministros, no mínimo.¹⁴⁷

Trata-se de instituto com grande valia para o sistema constitucional, vez que não envolverá apenas fatos jurídicos, podendo, desse modo, afetar diretamente entes

¹³⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28.ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 760.

¹⁴⁰ VELOSO, Zeno. 3.ed. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**, Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.61.

¹⁴¹ Como exceção é possível observarmos a ADPF incidental que possibilita ao STF a análise de uma ação direta decorrente de caso concreto, que ocorra por via difusa acerca de lesão por meio incidental, como assevera Dirley da Cunha. CUNHA JUNIOR, Dirley da, 9.ed., **Controle de constitucionalidade teoria e prática**, Salvador: Juspodivm, 2017, p. 186.

¹⁴² *Ibidem*, p. 185.

¹⁴³ KELSEN, Hans. [tradução: João Baptista Machado]. 6.ed. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 303.

¹⁴⁴ Cumpre esclarecer a possibilidade de ocorrer efeito *erga omnes* no controle difuso, por meio de uma possível mutação constitucional, como já visto anteriormente.

¹⁴⁵ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5.ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.231.

¹⁴⁶ AGRA, Walber de Moura. O sincretismo da jurisdição constitucional brasileira, In: NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras complementares de direito constitucional**, Salvador: Juspodivm, 2008, p. 224.

¹⁴⁷ *Ibidem*, loc.cit.

estatais e a sociedade como um todo, porque a harmonia constitucional, como já visto, é essencial para o ordenamento.

2.3.3 Controle misto

Finalmente há que se falar no controle de constitucionalidade misto, no qual os dois modelos são consagrados: o controle difuso e o controle concentrado. Exemplificados eminentemente pelo modelo português e brasileiro, em regra, entrega competência para o Poder Judiciário a possibilidade-necessidade de afastar a norma incongruente com a Constituição Federal assim como reconhece também a competência de órgãos proferirem decisões que ressaltem a posição suprema da Constituição.¹⁴⁸

O sistema brasileiro conjuga tanto o controle difuso como as ações de inconstitucionalidade direta, ações declaratórias de constitucionalidade, diretas de inconstitucionalidade por omissão e representação interventiva, que são de competência do Supremo.¹⁴⁹

Nas lições de Casseb há que se falar ainda que a combinação entre os principais modelos de controle de constitucionalidade: americano e austríaco, respectivamente, difuso e concentrado.¹⁵⁰ A junção entre os dois institutos gera, portanto, um controle diferenciado, híbrido.

Nesse sentido, o presente trabalho corrobora a ideia de que no Brasil o modelo difuso se constituiu nos termos das lições de Rui Barbosa, na Constituição Federal de 1891, em que, como já frisado no presente trabalho, acreditava o Águia de Haia que a própria Constituição previa a possibilidade de não apenas a União, mas de

¹⁴⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, 12.ed., **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo: Saraiva, 2017, p.1049.

¹⁴⁹ *Ibidem, loc. cit.*

¹⁵⁰ CONTINETINO, Marcelo Casseb. **Relação e tensão entre o controle difuso e concentrado de constitucionalidade no Brasil: uma abordagem histórica**. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=9e91a17c43b4ebae>>. Acesso em: 17 ago. 2018.

que a justiça dos Estados reconhecesse a legitimidade das leis perante a Constituição.¹⁵¹

Outrossim, o modelo concentrado do Brasil teria sido colocado com a Emenda Constitucional¹⁵² nº 16/1965, quando concentrou o e atribuiu à sua decisão os efeitos *erga omnes* e *ex tunc*.¹⁵³

O entendimento entre maior parte da doutrina consiste na combinação do modelo difuso concreto incidental, que poderá ser provocado por um caso concreto através da via de exceção ou defesa e será julgado perante qualquer juízo ou tribunal. Combinar-se-á a este modelo o controle de constitucionalidade concentrado abstrato principal, sob o qual haverá efeitos *erga omnes* e apenas poderá ser julgado pelo Supremo Tribunal Federal e por Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal por meio de ações diretas: Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, Representação Interventiva ou Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva, Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.¹⁵⁴

Assim, diante do exposto, é possível observar que os três sistemas de controle de constitucionalidade (sejam eles: concentrado, difuso ou misto), ganharam o mundo e atualmente já estão presentes em inúmeros países e têm sido muito bem aceitos embora exercidos de diferentes modos e adequados à cada necessidade territorial.¹⁵⁵ O Brasil, por sua vez, não adotou, como visto, nem o controle difuso, nem o controle concentrado, preferindo, portanto, o controle misto, e aliás, assim também o fez com as questões de nulidade e anulabilidade tão bem definidas no direito alienígena mas o Brasil, por sua vez, resolveu por excepcionar o entendimento, o que será explícito no tópico seguinte.

Feitas as devidas considerações acerca do controle de constitucionalidade e sua aplicação no Brasil, será possível adentrarmos no foco central do trabalho, vez que

¹⁵¹ CUNHA JUNIOR, Dirley da, 9.ed., **Controle de constitucionalidade teoria e prática**, Salvador: Juspodivm, 2017, p. 93.

¹⁵² Insta salientar que acerca da discussão sobre a instauração do modelo concentrado no Brasil já fora discutida no presente trabalho e, portanto, não retomar-se-á tal análise, sob a qual se entende que a Emenda oficializou o controle concentrado no país.

¹⁵³ CONTINETINO, Marcelo Casseb. **Relação e tensão entre o controle difuso e concentrado de constitucionalidade no Brasil: uma abordagem histórica**. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=9e91a17c43b4ebae>>. Acesso em: 17 ago. 2018.

¹⁵⁴ CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Op.cit.*, p. 98.

¹⁵⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, 12.ed., **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo: Saraiva, 2017, p.1051.

perpassados os caminhos necessários para a devida compreensão acerca do tema; pois não haveria possibilidade de prosseguirmos o presente trabalho sem traçar tal temática. Ora, a modulação se encontra, como já dito, dentro da matéria do controle de constitucionalidade, o que se tornou inequívoco aqui, vez que se trata de um fenômeno ocorrido, efetivamente, dentro do controle de constitucionalidade.¹⁵⁶

¹⁵⁶ ROCHA JUNIOR, Luis Clovis Machado da. **A decisão sobre os efeitos do ato inconstitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2014. p. 19.

3 MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO

No presente capítulo objetiva-se abordar a modulação de efeitos como um critério a ser observado pelos juristas diante de alguns requisitos a serem designados, tais quais: excepcional interesse social e segurança jurídica.

Abordar-se-á a adequação do instituto no direito brasileiro e uma breve análise deste conceito em outros países, como Portugal, que o evidenciou já na Constituição, divergindo do posicionamento brasileiro.

Importante será também discorrer sobre a nulidade e a anulabilidade das leis quando declaradas inconstitucionais e, feita tal exposição, analisar-se-á a modulação como um instituto que foge às regras, inovador, portanto.

Outrossim, abordaremos a interpretação dos doutrinadores, bem como da jurisprudência, no que tange os efeitos *pro futuro* e até que ponto permanece esse instituto sendo favorável para a população, assim como os limites a serem observados pelo Supremo para modular. Para tanto, será interpretado o artigo 27 da Lei 9868/99 de acordo com clássicos doutrinadores.

Insta ainda abordar a inegável alteração e evolução do controle de constitucionalidade com a inovação da norma infraconstitucional.

Analisar-se-á ainda a possibilidade de instaurar a modulação e quais os seus tipos deste instituto realizado no ordenamento brasileiro. Por fim, os princípios serão observados, com a finalidade de resguardar os critérios estabelecidos.

3.1 DOGMA DA NULIDADE

O dogma da nulidade é tido como tradição do direito brasileiro, muito embora não haja previsão expressa na Constituição acerca da aplicação do efeito *ex tunc*. Contudo, a doutrina juntamente com a jurisprudência pátria sempre admitiram o caráter retroativo das normas consideradas inconstitucionais, firmando sobre isso entendimento já concretizado. Cotejando com direito nacional com a doutrina norte-americana – já evidenciada no presente trabalho – é firmada pelo julgamento do caso *Marbury vs. Madison*.¹⁵⁷

¹⁵⁷ SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. In: Daniel Sarmento (Org.). **O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 105.

Ocorre que, diante de segurança jurídica ou excepcional interesse jurídico é possível, após a efetiva ponderação e declaração de inconstitucionalidade da lei, estabelecer sobre a decisão efeitos para o futuro, *ex nunc*, portanto.¹⁵⁸

Diante deste instituto, com previsão no artigo 27 da Lei 9868/99, é inegável que há uma possível flexibilização do dogma da retroatividade das leis declaradas inconstitucionais, o que polemizou a referida norma legal.

Nesse sentido, suscita Ana Ávila a possibilidade de ruptura com o dogma da nulidade e com a Constituição.¹⁵⁹ Enquanto de outro lado se encontram os defensores da atribuição de efeitos não retroativos da decisão e estes baseiam seus fundamentos no posicionamento de Hans Kelsen que crê na lei meramente anulável, razão pela qual a decisão que declara o vício teria caráter constitutivo e não declaratório.¹⁶⁰

É de suma importância, para tanto, conceituarmos a modulação de efeitos, instituto muito discutido entre os doutrinadores e estabelecido através da Lei 9868/99, que inclusive, evoluiu o controle de constitucionalidade¹⁶¹ – já desenvolvido no presente trabalho e, inegavelmente, fundamental para a efetiva instituição da modulação de efeitos no ordenamento brasileiro.

Denomina-se como modulação de efeitos no controle de constitucionalidade o fenômeno em que, reconhecida a inconstitucionalidade da lei em determinado ato normativo, não se lhe invalida desde o momento em que se iniciou a sua aplicação, ou seja, não se dá à decisão de inconstitucionalidade os efeitos *ex tunc*.¹⁶²

Existem doutrinadores que entendem haver modulação de efeitos da decisão ou, ainda, da declaração de nulidade. Todavia, em outro polo, há juristas que creem na

¹⁵⁸ ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 61.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 63.

¹⁶⁰ SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. *In*: Daniel Sarmento (Org.). **O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 105.

¹⁶¹ Cumpre ressaltar que antes da Lei 9868/99 os efeitos da decisão estavam estritamente vinculados a natureza da inconstitucionalidade, portanto, existiam dois caminhos: de um lado se entendia o ato como nulo, logo, deveriam ser desconstituídos desde o início. Em outro polo estariam os atos anuláveis, em que os efeitos deste seriam mantidos e somente após a declaração de inconstitucionalidade o ato deixaria de produzir efeitos. Claramente se fundava nas lições de Hans Kelsen e de Rui Barbosa. ÁVILA, Ana Paula Oliveira. *Op.cit.*, p.21.

¹⁶² ROCHA JUNIOR, Luis Clovis Machado da. **A decisão sobre os efeitos do ato inconstitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2014. p. 19.

modulação da inconstitucionalidade. Contudo, coadunam os autores sobre os efeitos da modulação, qual seja: futuros.¹⁶³

Desse modo, embora haja divergência na literatura jurídica acerca do campo de aplicação dos efeitos futuros: se haveria uma modulação sobre a decisão/declaração de inconstitucionalidade ou se este instituto se refere diretamente à inconstitucionalidade, o certo é que tal efeito passa a ter vigência a partir da decisão que declara a norma como inconstitucional ou ainda quando se estabelece à esta declaração efeitos futuros – que iniciam a vigência em momento a ser estabelecido pelo Judiciário. Portanto, entende-se não ser necessário adentrar em tal discussão. Em consequente, é possível observar que a modulação é restrita à situação de exceção, como: “ameaça de caos jurídico, lacunas jurídicas, entre outras, em que a segurança jurídica, ou outro fundamento constitucional revestido de excepcional interesse social demonstre melhor atender à vontade constitucional.”¹⁶⁴

Acredita Luis Clovis que há necessidade de questionar até que medida é válido, constitucionalmente, “apagar os efeitos do ato inconstitucional em detrimento destes outros interesses legítimos”. Portanto, “a realização enquanto norma deste instituto deve ser adequado paulatinamente à realidade.”¹⁶⁵

Dispõe o artigo 27¹⁶⁶ que ao declarar a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo é necessário além de segurança jurídica e excepcional interesse social, seja definido por decisão de 2/3 dos membros do Supremo, assim será possível que o STF restrinja o efeito da declaração de inconstitucionalidade e poderá declarar que tal decisão só tenha eficácia a partir do seu trânsito em julgado ou ainda definir o momento em que a inconstitucionalidade passará a surtir efeitos, frise-se: desde que cumprido o quórum necessário.¹⁶⁷

É através da modulação que há possibilidade do Supremo analisar “cada passo específico” e verificar, diante deles, quais as consequências da decisão que vier a determinar a retroatividade dos efeitos.

¹⁶³ ROCHA JUNIOR, Luis Clovis Machado da. **A decisão sobre os efeitos do ato inconstitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2014. p. 19.

¹⁶⁴ SOUZA, Rômulo Vinicius Nunes. Atuação do STF na modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. *In*: GARCIA, Maria. (Coord.). **Revista de direito constitucional e internacional**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 76. 2011, p. 35.

¹⁶⁵ ROCHA JUNIOR, Luis Clovis Machado da. *Op.cit.* p. 21.

¹⁶⁶ Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

¹⁶⁷ SOUZA, Rômulo Vinicius Nunes. *Op.cit.*, p. 39.

Assim, como bem esclarece Agra, poderá através de tal instituto ponderar caso a caso a análise do princípio da segurança jurídica frente à teoria tradicional da inconstitucionalidade dos atos.¹⁶⁸

Embora muitos doutrinadores apenas se refiram aos dois institutos – segurança jurídica e excepcional interesse social - como premissas para modular decisões, Ives Gandra e Gilmar Mendes estabelecem visão diferente.¹⁶⁹

Acreditam os ilustres doutrinadores que para afastar o princípio da nulidade do ordenamento jurídico brasileiro não seria necessário, estritamente, estabelecer perigo à segurança jurídica. Em caso de perigo de violação sobre outro princípio constitucionalmente relevante também haveria essa possibilidade, desde que realizada a devida ponderação e proporcionalidade como “instrumento de aferição da justeza”.¹⁷⁰

Assim, consideram os doutrinadores que a segurança jurídica efetivamente seria um princípio a ser citado nos casos em que haja possibilidade para modular a decisão. Contudo, o excepcional interesse social poderia ser aplicado juntamente à outro princípio, vez que, segundo os referidos autores trata-se de requisito muito vago.

Ou seja, diante de eminente perigo de transgressão da lei ou norma, acerca da vontade constitucional, haveria possibilidade de estabelecer efeitos *ex nunc* e, em ato contínuo, apresentar exceção à regra adotada pela doutrina e jurisprudência, pois como já visto no presente trabalho os efeitos *ex tunc*, são “regra” do ordenamento – constituindo o dogma da nulidade - embora não possuam disposição constitucional.¹⁷¹

Há uma tentativa de garantir a segurança das relações jurídicas sob fundamento de normas proscritas do ordenamento positivo presidido pela Constituição, dotada de rigidez constitucional e para tanto, adota-se uma espécie de justiça discricionária, conforme denomina Carlos Roberto Siqueira.¹⁷²

¹⁶⁸ AGRA, Walber De Moura, 8.ed., **Curso de Direito Constitucional**, Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 718.

¹⁶⁹ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 564.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 313.

¹⁷¹ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. cit.*, p. 564.

¹⁷² CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Da declaração de Inconstitucionalidade e seus efeitos em Face das Leis nº 9.868 e 9.882/99. *In*: Daniel Sarmento (Org.). **O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 235.

Embora haja necessidades implementadas pela segurança jurídica e excepcional interesse social, Lenio Streck discorda da possibilidade de modular os efeitos, senão vejamos¹⁷³:

Tal possibilidade enfraquece a força normativa da Constituição, em virtude da possibilidade de manipulação dos efeitos, a partir de vagos e ambíguos fundamentos da existência de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social. Tal previsão é absolutamente estranha ao Direito Constitucional brasileiro.

E conclui ainda o referido autor: “Estar-se-ia atribuindo um espaço de arbitrariedade ao Supremo Tribunal Federal que, a toda evidência, viola os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade”.¹⁷⁴

Esclarecido o conceito fundamental da modulação, é possível seguir para a análise da inauguração da lei no ordenamento jurídico, com o fito de observar a lei que estabeleceu o instituto para que em seguida seja possível proceder com a devida análise principiológica no que tange a modulação de efeitos decisórios.

Embora muitos acreditem que a modulação se iniciou com a Lei 9868/99 e que antes não havia sido instaurado no Brasil esse instituto, em verdade, embora não expresso em lei ou na Constituição, já em 1977 havia uma tendência do Supremo Tribunal Federal brasileiro para mitigar os efeitos do princípio da nulidade, o que fica evidente no julgamento do Recurso Extraordinário nº 79.343/BA¹⁷⁵, senão vejamos o voto do Ministro Leitão de Abreu:

A lei inconstitucional é um fato eficaz, ao menos antes da determinação da inconstitucionalidade, podendo ter consequências que não é lícito ignorar. A tutela da boa fé exige que, em determinadas circunstâncias, notadamente quando, sob a lei ainda não declarada inconstitucional, se estabelecerem relações entre o particular e o poder público, se apure, prudencialmente, até que ponto a retroatividade da decisão, que decreta a inconstitucionalidade pode atingir, prejudicando-o o agente que teve por legítimo o ato e, fundado nele, operou na presunção que estava procedendo sob o amparo do direito objetivo.

¹⁷³ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica, uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002, p. 545.

¹⁷⁴ *Ibidem*, loc. cit.

¹⁷⁵ STF. **Segurança Jurídica e Modulação Temporal dos Efeitos (RE 442683/RS)**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo419.htm#transcricao4>>. Acesso: 21. ago.2018.

Ora, inegável que a Lei 9868/99 foi um grande marco para o controle de constitucionalidade - embora a grande responsável pela ampliação da legitimidade tenha sido a Constituição Federal de 88 - de propositura da Ação Direta de Constitucionalidade, fundadora da Arguição de Descumprimento de preceito fundamental, e ainda incumbida por introduzir a Ação Declaratória de Constitucionalidade com efeito vinculante.

Dentre outras inovações, as Lei 9868/99¹⁷⁶ e 9882/99 consagraram o entendimento doutrinário e o comportamento jurisprudencial acerca de diversas questões antes não pacificadas, embora muito discutidas em âmbito prático.¹⁷⁷ Cumpre esclarecer que antes mesmo de expressado na esfera normativa brasileira o conceito de modulação dos efeitos decisórios já era amplamente discutido em outros países.

Destacam-se entre as experiências alienígenas, o Direito Americano – considerado “berço” da aplicação de nulidade/inexistência da ação – bem como o Direito Alemão, por sua concepção, e por fim, o Direito Português, considerado como fonte inspiradora da modulação de efeitos e que contém a expressa regulamentação constitucional acerca da modulação dos efeitos decisórios.

Inspiração para o Direito Brasileiro, o Direito Português, influenciado pelos modelos Austríaco e Alemão¹⁷⁸, através do seu Tribunal Constitucional¹⁷⁹, ao declarar a inconstitucionalidade da lei desde já o considera nula e considera tal decisão com efeitos *erga omnes*, vinculantes, reconstituintes e retroativos, salvo a decisão em face de coisa julgada. Desse modo, cumpre explicar o artigo 282 da Constituição portuguesa:

¹⁷⁶ “Essa lei trata, em detalhes, dos aspectos procedimentais em relação as ações de ADI e ADC perante o Supremo Tribunal Federal e ainda dos vários aspectos atinentes à decisão resultante desses processos, seja pela fixação do quórum necessário para deliberação e votação no mérito, seja no que diz respeito aos seus efeitos.” ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p.21.

¹⁷⁷ FERREIRA, Olavo Augusto Vianna. ROMEU, Luciana Campanelli. A aplicação da modulação temporal pelo Supremo Tribunal Federal: Casos julgados e propostas de alguns limites. *In*: GARCIA, Maria. (Coord.). **Revista de direito constitucional e internacional**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 76. 2011, p, 291.

¹⁷⁸ ROCHA JUNIOR, Luis Clovis Machado da. **A decisão sobre os efeitos do ato inconstitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2014. p. 37.

¹⁷⁹ “É dada ao Tribunal Constitucional a competência para restringir os efeitos do ato inconstitucional”. *Ibidem*, p. 38.

1. A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado.
2. Tratando-se, porém, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infração de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última.
3. Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido.

Dito isso, é possível observar ainda a possibilidade de fixação dos efeitos quando a segurança jurídica ou as razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo necessitarem de tal instrumento; senão vejamos:

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 n.os 1 e 2.

Portanto, é possível, como descrito na Constituição portuguesa que haja a possibilidade de fixação de efeitos. Nesse sentido, Jorge Miranda compreende que tal possibilidade destina-se a evitar que, com o intuito de esquivar-se de consequências mais gravosas da declaração de inconstitucionalidade o Tribunal português decidisse não julgar algum ato normativo como inconstitucional.¹⁸⁰ O que geraria o *self-restraint*, o que seria um auto controle judicial, para que não seja declarada a inconstitucionalidade da lei, se aproximando da insindicabilidade – gerando uma disfunção entre a possibilidade de discutir os atos normativos.¹⁸¹

Possível perceber, portanto, que há no ordenamento português uma preocupação com a estrutura sionormativa permitindo aos juízes constitucionais controlar a

¹⁸⁰ MIRANDA, JORGE. Sobre o direito Constitucional comparado. In: CARVALHO FILHO, Carlos Henrique (Coord.). **Revista de direito constitucional e internacional**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 55. 2006, p. 247.

¹⁸¹ ROCHA JUNIOR, Luis Clovis Machado da. **A decisão sobre os efeitos do ato inconstitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2014. p. 38.

legislação, sem que tal controle entre em discrepância com o que prega o legislador.¹⁸²

Embora muitos acreditem que o excepcional interesse social e a segurança jurídica sejam fundamentos que afastem a discricionariedade do legislador para devida aplicação da modulação dos efeitos, atualmente, o ato deixou de ser excepcional, passando a modalidade reiterada no Tribunal Constitucional Português, o que poderá tornar o instituto “vulgarizado”, como bem explana Luis Clovis¹⁸³.

Assim, como visto, em Portugal há previsão constitucional sobre a possibilidade de declarar os efeitos *pro futuro*, como explicitado. Entretanto, a regra geral é que diante da declaração de inconstitucionalidade os efeitos retroagem desde a criação da norma, como exposto no artigo 282. Contudo, a coisa julgada não será alcançada pela declaração de inconstitucionalidade.¹⁸⁴

Outrossim, o modelo americano, considerado o berço da nulidade dos atos normativos, adepto do controle difuso de constitucionalidade, começou a admitir a mitigação dos efeitos de inconstitucionalidade com efeitos retroativos a partir da Grande Depressão Econômica de 1929, passando a permitir, pontualmente, a invalidade do ato inconstitucional com efeitos *ex nunc*: Sobre isso importa reconsiderar o caso *Linkletter v. Walker*,¹⁸⁵ julgado clássico, e já abordado no presente trabalho. No entanto, foi no caso “*Stovall v. Demo*” que a Suprema Corte Americana finalmente codificou o entendimento sobre a modulação, em esfera penal; vejamos:

Os critérios condutores da solução da questão implicam: (a) o propósito (uso) a ser servido (alcançado) pelos novos padrões. (b) a extensão da confiança (dependência) das autoridades responsáveis pelo cumprimento

¹⁸² SOUZA, Rômulo Vinicius Nunes. Atuação do STF na modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. *In*: GARCIA, Maria. (Coord.). **Revista de direito constitucional e internacional**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 76. 2011, p. 39.

¹⁸³ ROCHA JUNIOR, Luis Clovis Machado da. **A decisão sobre os efeitos do ato inconstitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2014. p. 37.

¹⁸⁴ FERREIRA, Olavo Augusto Vianna. ROMEU, Luciana Campanelli. A aplicação da modulação temporal pelo Supremo Tribunal Federal: Casos julgados e propostas de alguns limites. *In*: GARCIA, Maria. (Coord.). **Revista de direito constitucional e internacional**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 76. 2011, p. 283.

¹⁸⁵ D'AREDE, Arthur de Oliveira. Modulação de efeitos em decisões judiciais no STF: Uma análise comparada da ADI 2240 e do leading case “*Linkletter v. Walker*. *In*: Gabriel Dias Marques da Cruz (Coord.). **Estudos de controle de Constitucionalidade**. Salvador: Faculdade Baiana De Direito. p. 16.

da lei com relação aos antigos padrões. (c) o efeito sobre a administração da justiça de uma aplicação retroativa de novos padrões.

Em seguida foi possível discorrer sobre a matéria em âmbito cível, a partir do precedente *Chevron Oil Co vs. Huson*, caso em que também admitiu-se a limitação dos efeitos retroativos. Novamente se estabeleceu no julgado razões como a iniquidade, a confiança, o mérito e o demérito como pressupostos da modulação de efeitos.

Outrossim, diferente do modelo português em que a possibilidade de efeitos *ex nunc* se estabelece constitucionalmente, não se verifica tal fundamentação diretamente na Constituição, assemelhando-se ao modelo brasileiro no que tange essa temática.¹⁸⁶

Trata-se, pois, de “mitigações à invalidação retroativa exercidas de modo pontual, sempre em casos excepcionais e específicos com a máxima cautela para preservar a autoridade da Constituição e dos precedentes dos Tribunais”.¹⁸⁷

Há quem sustente a inconstitucionalidade do artigo 27¹⁸⁸ justamente por haver rompimento com o dogma da nulidade e entender que os efeitos da decisão deveriam ser desfeitos *ab initio*. Asseveram ainda estes doutrinadores que o dogma da nulidade rompe com a supremacia constitucional por se reconhecer a validade de algo que vai de encontro ao que prega a Constituição.

A grande questão é demonstrar, portanto, em quais situações preservar os efeitos da norma inconstitucional seria também uma defesa da Constituição e nessa perspectiva afirma Ana Ávila que esta manutenção de efeitos somente estará autorizada a ocorrer diante dos efeitos de uma norma declarada inconstitucional caso tais efeitos gerem benefícios ao indivíduo.

Evidenciados os principais quesitos sobre a dogmática e a relação deste instituto com a modulação é possível observar a sanção de invalidade do ato inconstitucional e neste sentido impende observar que a norma sanção (que depende de uma decisão judicial) não poderá gerar a inexistência do ato.¹⁸⁹ Ou seja, a sanção adequadamente compreendida somente incidirá após a devida certificação do vício,

¹⁸⁶ ROCHA JUNIOR, Luis Clovis Machado da. **A decisão sobre os efeitos do ato inconstitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2014. p. 26.

¹⁸⁷ ROCHA JUNIOR, Luis Clovis Machado da. *Op.cit.*, p. 28.

¹⁸⁸ Nesse sentido, o Ministro Sepúlveda. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2258, Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=1835254>>. Acesso em: 28 set. 2018.

¹⁸⁹ ROCHA JUNIOR, Luis Clovis Machado da. *Op.cit.*, p. 76.

o que será realizado através de parecer da maioria absoluta dos membros do Supremo.

Assim, põe-se fim à delimitação a ser realizada no presente trabalho acerca do dogma da nulidade – relacionado à modulação dos efeitos temporais. Contudo, insta salientar que tal instituto não se limita somente aos aspectos aqui evidenciados. Todavia, a presente pesquisa funda-se na relação do dogma com os efeitos futuros da decisão. Nesse sentido, impende analisar este tópico concomitantemente à distinção entre a análise da nulidade e anulabilidade da norma constitucional para melhor entendimento da temática abordada.

3.2 NULIDADE VS. ANULABILIDADE DA NORMA INCONSTITUCIONAL E A MODULAÇÃO DE EFEITOS

Feito brevemente as supracitadas análises, impende abordar a discussão acerca de nulidade e anulabilidade da norma inconstitucional e identificar o que prega a doutrina, bem como a jurisprudência nesse sentido.

O artigo 27 da Lei nº 9.868/99 estabelece de modo claro que diante de excepcional interesse social ou segurança jurídica o Supremo Tribunal Federal, diante de quórum qualificado, possui a faculdade de restringir a constitucionalidade da lei e poderá designar, através de tal decisão, que a devida inconstitucionalidade somente surtirá efeitos a partir do trânsito em julgado da decisão que declarou a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, ou de momento posterior a ser ainda fixado pelos membros do Supremo.¹⁹⁰ Admitida pelo ordenamento jurídico a teoria da nulidade tem natureza meramente declaratória.¹⁹¹

Diante disso, surge, em âmbito doutrinário, o reconhecimento da possibilidade de produzir os efeitos supracitados quando a declaração de inconstitucionalidade seja inadequada ou quando determinada lacuna resultante de uma própria declaração de

¹⁹⁰ Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

¹⁹¹ D'AREDE, Arthur de Oliveira. Modulação de efeitos em decisões judiciais no STF: Uma análise comparada da ADI 2240 e do leading case "Linkletter v. Walker. In: Gabriel Dias Marques da Cruz (Coord.). **Estudos de controle de Constitucionalidade**. Salvador: Faculdade Baiana De Direito. p. 16.

nulidade enseje maior insegurança jurídica.¹⁹² Portanto, necessário se faz, *ab initio*, entender acerca da possibilidade – ou não – de adotar a nulidade no ordenamento jurídico.

Há anos a distinção entre o ato nulo e anulável vem se desenvolvendo e sempre foi matéria de divergência entre os constitucionalistas. Há quem diga que a anulabilidade originou-se em Roma e a distinção entre os institutos, inicialmente, se fundava na gravidade do defeito em que se pautava o ato.¹⁹³ No direito romano, durante anos, não existia o instituto da anulabilidade e, portanto, apenas se considerava o ato como nulo e este seria o equivalente ao ato inexistente.¹⁹⁴

Já a tese da nulidade do ato inconstitucional, se fundou no direito norte americano, segundo o “*the unconstitutional statute is not law at all*”.¹⁹⁵

Nesse sentido, defensor da tese da anulabilidade, Kelsen assevera que dentro da ordem jurídica não é possível haver nulidade – entende que uma norma existente na Constituição não poderá ser nula.¹⁹⁶ Uma lei só será considerada válida quando existir fundamentação para acatar tal validade e tal fundamento necessariamente deverá possuir lastros na *Lex Mater*.

Claramente explica Kelsen:

De uma lei inválida, não se pode, porém, afirmar que ela é contrária à Constituição, pois uma lei inválida não é sequer uma lei, porque não é juridicamente existente e, portanto, não é possível acerca dela qualquer afirmação jurídica.

Dessa forma, enquanto não se considerar como inválida determinada lei não haveria, segundo o autor, possibilidade de ser inconstitucional.¹⁹⁷ Nesse sentido, diante da presunção de constitucionalidade das normas constitucionais, se coaduna – em parte – com essa perspectiva, vez que, no ordenamento brasileiro é impossível considerar uma norma como inconstitucional sem que já haja uma declaração de

¹⁹² KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6a.ed. [tradução: João Baptista Machado]. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 306.

¹⁹³ ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p.27.

¹⁹⁴ *Ibidem*, loc. cit.

¹⁹⁵ WILLOUGHBY, W.W. *Apud* MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 313.

¹⁹⁶ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. *Op.cit.*, loc.cit.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 300.

inconstitucionalidade – que poderá ser feita através do modelo difuso ou concentrado, como visto.

Tal concepção acredita que em realidade nenhuma norma é nula, em verdade, ela é desconstituída e anulada a partir da decisão em que a declara inconstitucional e, somente então, passa a ser nula. Assim, “ao que tudo indica, na teoria pura do direito, todas as normas são válidas. Algumas são definitivamente válidas (as postas em conformidade com a Constituição), enquanto outras são provisoriamente válidas”.¹⁹⁸

Em síntese, as leis possuiriam validade e legitimidade até o momento em que fosse declarada a incompatibilidade com a Constituição. Dentro dessa tese é possível que os efeitos retroajam e sejam desconstruídos, entretanto, a regra é que esses atos apenas gerem efeitos futuros (*ex nunc*). Contudo, não se diz que a lei era nula desde o início, mas apenas tornar ia-se inválida diante da decisão proferida.

Em ato contínuo, cabe acrescentar que enquanto não houver revogação da lei, esta deverá ser considerada plenamente válida e, portanto, constitucional.¹⁹⁹ Jamais haverá a possibilidade de declarar uma norma como inválida antes da declaração de inconstitucionalidade, pois presume-se como verdadeira a lei colocada na Constituição, além da preocupação basilar trazida pela segurança jurídica.

Daí também é possível extrair a supremacia constitucional, feição peculiar das normas jurídicas constitucionais. Veja: todas as normas gozam da imperatividade, todavia, a norma constitucional não apenas goza desta característica como também possui particularidade suprema, “ostentando posição de proeminência com relação às demais”.²⁰⁰

Cumprir trazer à lume o entendimento de Rui Barbosa sobre o assunto, senão vejamos: “Não há numa Constituição, cláusulas a que se deva atribuir meramente o

¹⁹⁸ ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p.42.

¹⁹⁹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6a.ed. [tradução: João Baptista Machado]. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 306.

²⁰⁰ CUNHA JUNIOR, Dirley da, 9.ed., **Controle de constitucionalidade teoria e prática**, Salvador: Juspodivm, 2017, p. 25.

valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm força imperativa de regras, ditas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos.”²⁰¹

Desse modo, partindo do pressuposto de que as normas colocadas na Constituição gozam de presunção de veracidade e possuem eficácia, bem como imperatividade, há que se analisar a teoria das invalidades²⁰² quanto ao momento posterior à sua decretação de inconstitucionalidade, momento em que ela deixa de existir – ou não.

A norma inconstitucional, portanto, poderá ser nula e, para estes defensores, deve ser aplicada a irretroatividade das leis, pois estender os efeitos aos atos já anteriormente praticados, seria uma ameaça à segurança jurídica²⁰³ e às pessoas de boa fé que constituíram as relações pautadas no ordenamento pátrio.²⁰⁴

Ainda em 1968 Lúcio Bittencourt²⁰⁵ já afirmava que as relações realizadas de boa-fé não seriam canceladas quando houvesse o reconhecimento da inconstitucionalidade; assim, a coisa julgada não perderia o seu caráter, mantendo-se imutável. No entanto, deixou claro que a doutrina da eficácia *ab initio* não poderia ser absoluta pois crê que os efeitos que foram de fato produzidos pela norma não poderão ser suprimidos por simples decretos do Judiciário.

Em lado oposto se encontra a teoria da nulidade da lei inconstitucional que faz incidir os efeitos retroativos – *ex tunc* – desfazendo todos os atos considerados válidos e os fazendo retroagir desde a sua criação, pois trata-se de ato viciado desde o início.

Em contrapartida, Daniel Sarmiento observa que, caso seja dado à norma reconhecida como inconstitucional o efeito *ex nunc*, caberia reconhecer que, durante a vigência da norma, ao produzir plenos efeitos no plano fático e jurídico, haveria contrariedade ao princípio da supremacia, que como dito, é fundamento basilar da

²⁰¹ BARBOSA, Rui. **Os atos de inconstitucionais do Congresso e do Executivo**. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962, p. 85.

²⁰² Gilmar Mendes, em acertada manifestação, denominou como uma das necessidades de alterações Constitucionais a mutação constitucional, sob a qual assevera ser uma alteração da Carta Magna, já que muitas vezes sem que haja uma alteração efetiva do texto constitucional há uma evolução em relação à situação de fato bem como uma mudança na visão jurídica dominante na sociedade e isso acarreta em uma alteração constitucional sem que haja sequer alteração mínima no texto da Constituição. Finaliza o autor ainda que a nova interpretação deverá se fundamentar nas palavras descritas no texto e jamais poderá violentar os princípios basilares da *Lex Mater*. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, 12.ed., **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo: Saraiva, 2017, p.132.

²⁰³ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 126.

²⁰⁴ BITTENCOURT, Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 147.

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 148.

Constituição, logo, assevera: “permitiria que durante certo período uma norma infraconstitucional se sobrepusesse à Constituição, desacatando impunemente os seus mandamentos”.²⁰⁶

É evidente, portanto, segundo esses defensores que diante da aplicação dos efeitos *ex nunc*, há grande possibilidade de aniquilar tudo o quanto exposto aqui presente, fundamentado na estrutura elementar da Constituição, que ficaria inevitavelmente ferida, pois se entende nesse caso que durante determinado período de tempo a lei inconstitucional surtiu efeitos.

Assim, como bem elucida Ana Paula Ávila, é necessário que haja temperamento à regra da nulidade dos atos inconstitucionais quando se refere às decisões do Supremo Tribunal Federal, que eminentemente prefere a regra da nulidade constitucional. Entretanto, em determinados casos prefere afastar a teoria, “equiparando o ato inconstitucional ao ato anulável e determinando que a declaração de inconstitucionalidade produzisse efeitos *ex nunc*.”²⁰⁷

A exceção supracitada faz menção, implicitamente, ao tema central do presente trabalho: a modulação de efeitos decisórios, estabelecida no artigo 27 da Lei 9868/99.

Há, inicialmente, que haver a desmistificação da máxima da nulidade, entendendo que em alguns momentos é necessário superar esse preceito e, eventualmente, aplicar outro, entretanto, caso seja assim aplicado, haveria uma quebra com os preceitos do Supremo, que, segundo Ana Ávila, tornaram-se dogmas – que necessitam ser quebrados para cumprirem com o fim maior: a guarda constitucional.

Ressalta-se ainda que houve ausência de disciplina legal e por isso, o instituto se fortaleceu baseado apenas em jurisprudências e, consolidou-se com a adoção da nulidade da lei inconstitucional.²⁰⁸ Houve ainda quem estabelecesse que a teoria da

²⁰⁶ SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. *In*: Daniel Sarmento (Org.). **O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 102.

²⁰⁷ ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p.41.

²⁰⁸ *Ibidem*, p.39.

nulidade, em verdade, se tratava de princípio implícito e ainda, com hierarquia constitucional.²⁰⁹

Todavia, pontua Ana Ávila²¹⁰:

“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 (austriaco e norte americano) experimentam com o passar do tempo”.

Na mesma linha de entendimento acredita Luis Clovis Machado que em acertada síntese dispõe que o controle adotado no ordenamento brasileiro convive com duas modalidades - formando o controle misto de constitucionalidade - vez que convivem as modalidades de difuso e concentrado, concreto e abstrato no mesmo sistema jurídico. Ora, “se a discussão é acirrada no direito alienígena, pode não precisar sê-lo no Brasil, cuja tradição eclética mistura tradição americana e europeia.”²¹¹

Em lado contrário ao que pregam os doutrinadores supracitados, Luiz Fux crê que a modulação decorre da Constituição e também do plano infraconstitucional²¹², senão vejamos:

A modulação temporal das decisões em controle judicial de constitucionalidade decorre diretamente da Carta de 1988 ao consubstanciar instrumento voltado à acomodação otimizada entre o princípio da nulidade das leis inconstitucionais e outros valores constitucionais relevantes, notadamente a segurança jurídica e a proteção da confiança legítima, além de encontrar lastro também no plano infraconstitucional.

Ainda sobre a retroatividade dos efeitos decisórios, mister se faz abordar a decisão proferida no direito norte americano²¹³ no *leading case Linkletter v. Waker* no qual se

²⁰⁹ CLÈVE, Clemerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2000, p. 245.

²¹⁰ ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p.41.

²¹¹ ROCHA JUNIOR, Luis Clovis Machado da. **A decisão sobre os efeitos do ato inconstitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2014. p.66.

²¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.425. Relator: Luiz Fux. DJ 04 ago. 2015 Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5290006>>. Acesso em: 30 set. 2018.

²¹³ A tese da nulidade no direito norte americano se construiu, assim como no direito brasileiro, à luz de jurisprudências, sem previsão constitucional e foi na decisão do caso citado que se entendeu a

reconheceu a inconstitucionalidade da lei entendendo que os efeitos por ela produzidos deveriam ser resguardados, estabelecendo, para tanto, efeitos para planos futuros ou apenas para o caso analisado.

Decidiu a Suprema corte americana que não havia imposição à retroatividade, bem como não haveria proibição, e em sede de controle de constitucionalidade no caso concreto quem determinará a aplicação – ou não – de efeitos retroativos é a própria Corte americana adequando ao caso concreto e aplicando a proporcionalidade.²¹⁴

Insta salientar que a discussão é de grande relevância e, caso realizada de forma indiscriminada o reconhecimento de norma declarada inconstitucional pode romper com a supremacia Constitucional.²¹⁵

Nesse sentido que, diante da ausência de imposição constitucional acerca da discussão supracitada, com o fito da matéria ser devidamente regulamentada e adequada ao caso concreto, “deve-se abrir mão de uma regra geral, exclusiva e absoluta”²¹⁶ e proceder como estabeleceu o artigo 27, em favor de uma ponderação diante do caso concreto.

Em sede jurisprudencial e doutrinária²¹⁷, há que se frisar a preferência pelo efeito *ex tunc*²¹⁸, nesse sentido, importante se faz observar a decisão do Supremo, que há anos firma tal entendimento, senão vejamos:

“A declaração de inconstitucionalidade de uma lei alcança, inclusive, os atos pretéritos com base nela praticados, eis que o reconhecimento desse supremo vício jurídico, que inquina de total nulidade os atos emanados do

necessidade de moldar os efeitos da decisão, analisando em cada caso concreto a possibilidade ou não de declarar os efeitos como futuros ou retroativos. Acredita Ana Ávila que trata-se de questão política e acrescenta que caberia ao judiciário fixar de que forma os efeitos seriam produzidos, *ex tunc* ou *ex nunc*. ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p.39.

²¹⁴ D'AREDE, Arthur de Oliveira. Modulação de efeitos em decisões judiciais no STF: Uma análise comparada da ADI 2240 e do leading case “Linkletter v. Walker. *In*: Gabriel Dias Marques da Cruz (Coord.). **Estudos de controle de Constitucionalidade**. Salvador: Faculdade Baiana De Direito. p. 16.

²¹⁵ ÁVILA, Ana Paula Oliveira. *Op. cit.*, p.38.

²¹⁶ *Ibidem*, p.46.

²¹⁷ *Ibidem*, p.45.

²¹⁸ Nesse sentido, cabe acrescentar que a própria Constituição dispõe que a inconstitucionalidade é reconhecida por decisão declaratória, o que reforçaria a tese da nulidade do ato inconstitucional, já que as decisões declaratórias reconhecem atos nulos, não anuláveis. Assim dispõe: FERREIRA, Olavo Augusto Vianna. ROMEU, Luciana Campanelli. A aplicação da modulação temporal pelo Supremo Tribunal Federal: Casos julgados e propostas de alguns limites. *In*: GARCIA, Maria. (Coord.). **Revista de direito constitucional e internacional**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 76. 2011, p, 281.

Poder Público, desampara as situações constituídas sob sua égide e inibe – ante sua inaptidão para produzir efeitos jurídicos válidos – a possibilidade de invocação de qualquer direito”.²¹⁹

Desse modo, excepcionalmente, haverá a declaração de inconstitucionalidade com efeitos futuros, sob a qual deverá fundar-se em requisitos a serem devidamente observados e que trataremos adiante.

Feitas as devidas considerações acerca da ponderação de efeitos nas decisões inconstitucionais, será possível adentrarmos no foco central do trabalho, vez que perpassados os caminhos necessários para a devida compreensão acerca do tema, pois a modulação se encontra, como já dito, dentro da matéria do controle de constitucionalidade, o que se tornou inequívoco no presente trabalho.²²⁰

3.3 REQUISITOS PARA MODULAR DECISÕES

A modulação de efeitos da decisão é, claramente, um instituto de grande valia, contudo, é necessário que para a devida aplicação desta sejam respeitadas formalidades essenciais pois, somente assim, a lei declarada inconstitucional gerará efeitos *ex nunc*.

Desse modo, a observância de tal procedimento se aplica ao controle de constitucionalidade difuso ou concreto, vez que a superação da regra de invalidade com efeitos retroativos não está fundada na espécie de controle. Ora, há em tal superação uma proteção dos direitos fundamentais bem como no princípio da supremacia constitucional, aplicável portanto, a todas as espécies de controle de constitucionalidade.²²¹

Quanto aos requisitos formais é de suma importância a observância do quórum de votação, qual seja: 2/3 dos ministros do STF, conforme estabelece o citado artigo 27 da Lei 9868/99. No que tange a necessidade da aprovação de 8 (oito) dos referidos membros do Supremo Tribunal Federal diz respeito à importância deste instituto e

²¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 652/MA, Relator: Celso de Mello. DJ 02 abr. 1992. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5290006>>. Acesso em: 23 jul.

²²⁰ ROCHA JUNIOR, Luis Clovis Machado da. **A decisão sobre os efeitos do ato inconstitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2014. p. 19.

²²¹ *Ibidem*, p. 183.

ainda, a exaltação acerca de uma possível “banalização das decisões prospectivas no controle de constitucionalidade”.²²²

Entende-se, para tanto, que diante da nobreza constitucional bem como da sua rigidez não haveria qualquer possibilidade de declarar uma norma como inconstitucional sem que houvesse quórum significativo para tanto, por conseguinte, impende concordar com o quórum qualificado estabelecido pela legislação.

Destarte, parte doutrinária crê que o quórum qualificado supracitado violaria a regra expressa no artigo 97 da Constituição, vez que este instituto normativo propõe o voto da maioria absoluta dos membros do Supremo ou do respectivo órgão especial nos casos de declaração de inconstitucionalidade.²²³

Conquanto, entende-se – e nesse sentido corrobora Ana Paula Ávila²²⁴ - que o quórum estabelecido constitucionalmente pelo artigo 97 é aquele necessário para a devida declaração de inconstitucionalidade; em polo distinto se encontra a modulação de efeitos estabelecida pelo artigo 27 da Lei 9868/99, que corresponde a uma “etapa cronologicamente posterior ao exame e confirmação de inconstitucionalidade”²²⁵.

Insta salientar que o procedimento supracitado é observado estritamente pelo Supremo Tribunal Federal, logo, quando esse quórum não é atingido não haverá modulação dos efeitos. Segue exatamente esta lógica a impossibilidade de qualquer outro tribunal aplicar a modulação de efeitos e a devida aplicação dos efeitos *ex nunc*, assim como não é possível que órgãos fracionários decidam por tal aplicação.²²⁶

No que tange a possibilidade da modulação de efeitos das normas pré-constitucionais, o Supremo entendeu, no Agravo Regimental nº 395.902 que descabe manipular uma eficácia temporal de uma norma que sequer tem vigência e aplicabilidade no ordenamento.²²⁷

²²² ROCHA JUNIOR, Luis Clovis Machado da. **A decisão sobre os efeitos do ato inconstitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2014. p. 182.

²²³ ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 58.

²²⁴ *Ibidem*, p. 58.

²²⁵ *Ibidem*, p. 59.

²²⁶ ROCHA JUNIOR, Luis Clovis Machado da. *Op. cit.*, p. 183.

²²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. Agravo de Instrumento nº 581.820/RJ, Relator: Joaquim Barbosa. DJ 22 mai. 2012. Disponível em:

Nesse sentido, Celso de Mello asseverou em seu voto que não é possível modular algo que sequer teve promulgação na vigente Constituição, já que, claramente, a modulação só incidirá diante de um juízo de inconstitucionalidade. Cumpre frisar que não recepção e inconstitucionalidade não se confundem. Desse modo, diante da não recepção da norma, não há que considerar a inconstitucionalidade desta, conforme decisão do STF.²²⁸

Insta frisar que o Ministro Gilmar Mendes discordou da referida tese e ressaltou sua perspectiva no voto da AI 631.533 discordando do referido argumento:

Entendo que o alcance no tempo de decisão judicial determinante de não recepção de direito pré-constitucional pode ser objeto de discussão. E os precedentes citados comprovam a assertiva. Como demonstrado, há possibilidade de se modularem os efeitos da não-recepção de norma pela Constituição de 1988, conquanto que juízo de ponderação justifique o uso de tal recurso de hermenêutica constitucional. Não obstante, não vislumbro justificativa que ampare a pretensão do recorrente, do ponto de vista substancial, e no caso presente, bem entendido.

Asseverou Gilmar Mendes, em seu voto, que diante da devida ponderação haveria possibilidade de afastar o dogma da nulidade para observar os efeitos futuros. Acredita o referido membro do Supremo que deverá se assegurar o princípio da segurança jurídica e acrescenta ainda não tratar-se a decisão de “política judiciária” mas sim em “fundamento constitucional próprio”.²²⁹

Possível ilustrar o posicionamento do STF no Ag 1347330/SP, que por sua vez, coaduna com o entendimento do Ministro Celso de Mello, qual seja: pela impossibilidade de modular norma ainda não recepcionada pela Constituição:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ALEGAÇÃO DE

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2179921>>. Acesso em: 03 out. 2018.

²²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. Recurso Extraordinário nº 395.902-6/RJ, Relator: Celso de Mello. DJ 07 mar. 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=357712>>. Acesso em: 03 out. 2018.

²²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. Agravo de Instrumento nº 631.533/RJ, Relator: Gilmar Mendes. DJ 18 abr. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=566319>>. Acesso em: 05 out. 2018.

VIOLAÇÃO A DISPOSITIVOS DA LEI 5.250/67. ADPF N. 130 DO STF. INCONSTITUCIONALIDADE. DANOS MORAIS. REVISÃO DO MONTANTE DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE PROVA. SÚMULA 7/STJ. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. O STF, ao julgar a ADPF N. 130, declarou a não-recepção, pela Constituição Federal, da Lei de Imprensa em sua totalidade. Não sendo possível a modulação de efeitos das decisões que declaram a não-recepção, tem-se que a Lei de Imprensa é inválida desde a promulgação da Constituição Federal. 2. Portanto, inviável se configura o conhecimento de recurso especial por violação a dispositivos da Lei de Imprensa, pois ao Superior Tribunal de Justiça foi atribuído o mister constitucional de zelar pela correta aplicação e interpretação da legislação federal. 3. A revisão do julgado recorrido no concernente à ocorrência do dano, bem como quanto à extensão do montante indenizatório arbitrado, ensejaria incursão à seara fático-probatória dos autos, o que encontra óbice no enunciado 7 da Súmula do STJ. 4. Embargos de declaração.²³⁰

Possível fazer comparação com tal decisão também no que tange a cláusula de reserva, vez que a Constituição em seu artigo 97 não impõe a cláusula de reserva para juízos de revogação pré-constitucionais.²³¹

Nesse mesmo raciocínio, Luis Clovis assevera: “declarações de constitucionalidade de leis ou de atos normativos, em regra, não geram pretensão a qualquer tipo de modulação de efeitos da invalidação”.²³²

Ora, possibilitar a modulação dos efeitos de uma norma que sequer possui vigência seria desrespeitar a supremacia constitucional porque “ninguém pode apostar na inconstitucionalidade do ato, ou dela valer-se, para gerar expectativas que depois queira ver tuteladas”.²³³

Ainda sobre os requisitos formais decidiu o Supremo Tribunal Federal que não há que se falar acerca da manipulação dos efeitos da invalidade de lei ou ato normativo nas ações de constitucionalidade porque apenas impende abordar a modulação dos efeitos temporais em casos de inconstitucionalidade, frise: quando houver declaração da inconstitucionalidade normativa, descabendo, portanto, suscitar a

²³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201001638686&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 16 out. 2018.

²³¹ ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 69.

²³² ROCHA JUNIOR, Luis Clovis Machado da. **A decisão sobre os efeitos do ato inconstitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2014. p. 186.

²³³ *Ibidem*, loc.cit.

modulação em casos de declaração de constitucionalidade, já que a ADC apenas reitera e confirma a validade da norma.²³⁴

No que tange as possibilidades de competência para decretação do efeito *ex nunc*, é possível dizer que o dispositivo da modulação de efeitos é claro quando se refere a dois terços dos membros. Contudo, há que se enfrentar no presente trabalho questionamento de muitos doutrinadores acerca da competência da superação da regra da invalidade.

Defende Ana Ávila que caberia a modulação dos efeitos em Tribunais por seus Órgãos Especiais, vez que há, segundo a autora, ligação entre o controle abstrato e concreto de constitucionalidade. Assim, por analogia, seria cabível a competência dos Tribunais por seus Órgãos Especiais, “seja no incidente provocado por Turma ou Câmara (a partir de um caso concreto), seja por ADI de Leis ou Normas Estaduais, em face das Constituições Estaduais.”²³⁵

Nessa mesma esteira, compreende-se que: Se existe a possibilidade dos Tribunais, que são considerados órgãos de cúpula, conhecerem da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo não haveria motivos para impossibilitar a sanção e “calibrar seu alcance temporal”.²³⁶

Em ato contínuo e ainda acerca da competência para declarar os efeitos futuros da declaração de inconstitucionalidade: Não caberia ao juiz monocrático o julgamento acerca da superação da norma, tendo em vista que cabe a este juízo o julgamento de atos concretos, enquanto a modulação temporal é algo que, como visto, atinge a todos, tem efeito *erga omnes* - diferente do controle difuso, que afasta alguma norma e aplica outras, submetendo a referida decisão somente para as partes do caso concreto - regulando o alcance da invalidade de modo geral.²³⁷

No que tange o requisito material, encontra-se explícito no próprio Texto Constitucional - assim como o requisito formal - a necessidade de segurança jurídica ou excepcional interesse social e a inobservância deste requisito comprometeria a

²³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1040/DF, Relator: Ellen Gracie. DJ 31 mai. 2006. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+1040%2EENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+1040%2EACMS%2E%29&base=baseAcor daos&url=http://tinyurl.com/kgt2xdg>>. Acesso em: 05 out. 2018.

²³⁵ ROCHA JUNIOR, Luis Clovis Machado da. **A decisão sobre os efeitos do ato inconstitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2014. p. 192.

²³⁶ *Ibidem*, loc. cit.

²³⁷ *Ibidem*, p. 186.

referida modulação já que os fundamentos para possibilitar este instituto se fundam justamente nestes quesitos. Se assim não o fosse haveria exacerbada discricionariedade do órgão de cúpula para prospectar os efeitos decisórios²³⁸, o que geraria crescente insegurança jurídica.

Acrescenta-se ainda como requisito indispensável para efetivação da modulação a necessidade de haver determinado conflito entre normas constitucionais relacionadas à segurança jurídica ou direitos fundamentais que – necessariamente – possuam interesses sociais relevantes.²³⁹

Oportuno se faz constar no presente trabalho que para manter a garantia da segurança jurídica é necessário, para viabilizar a modulação decisória, a concordância prática bem como a ponderação²⁴⁰ das normas constitucionais envolvidas. Tal ponderação, por sua vez, tem como objeto tanto normas que sustentam a manutenção de efeitos bem como aquelas que sustentam a invalidação de efeitos em face da Constituição.²⁴¹

Assim, a apreciação dos efeitos da decisão voltam-se à necessidade de um juízo de ponderação acerca da nocividade que o instituto da modulação poderia acarretar no mundo jurídico.²⁴² Corrobora essa ponderação o direito português que expressamente identifica tal princípio no artigo 282 (4) da sua Constituição²⁴³.

Em situações pontuais, portanto, esclarece Ana Ávila, que invalidar os efeitos é mais contrário à Constituição do que mantê-los intactos durante um lapso de tempo, modulando-os para o futuro. Para aplicá-los, evitando que “permaneçam no limbo

²³⁸ PRAVATO, Felipe. A Constituição e a legitimação da modulação dos efeitos. *In*: Luiz Guilherme Marinoni (Dir.). **Revista iberoamericana de derecho processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 112.

²³⁹ *Ibidem*, p. 113.

²⁴⁰ “Embora a doutrina nacional atribua à proporcionalidade o papel de postulado invocável para a superação entre princípios jurídicos e, à razoabilidade, o papel de postulado orientador da superação de regras”, ao abordar a questão da modulação tem-se a necessidade aplicar ambos os institutos. ROCHA JUNIOR, Luis Clovis Machado da. **A decisão sobre os efeitos do ato inconstitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2014. p. 192..

²⁴¹ ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 69.

²⁴² SOUZA, Rômulo Vinicius Nunes. Atuação do STF na modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. *In*: GARCIA, Maria. (Coord.). **Revista de direito constitucional e internacional**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 76. 2011, p. 39.

²⁴³ 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 nº 1 e 2.

das afirmações fáceis” é necessária a utilização de “séria justificativa dogmática e argumentativa”.²⁴⁴

De outro modo, não há que se falar somente em ponderação, pois esta deverá ser feita em conjunto à correta valoração e definição constitucional dos direitos presentes na questão. Há uma tentativa de “correção material” do discurso não bastando a simples racionalização deste.²⁴⁵

Daí a importância para identificar e exaltar a necessidade de observação dos princípios estabelecidos na norma infraconstitucional e acrescentar àqueles trazidos pela doutrina no sentido de “frear” o poder discricionário do Supremo Tribunal Federal, pois entende-se no presente trabalho tratar-se de assunto complexo em que muitos poderes se submetem à interpretação do STF.

Desse modo, impende a necessidade de abordar os princípios que tangenciam a modulação de efeitos decisórios, analisando estes não somente de modo abstrato, mas observando a justificativa e fundamentos dos membros do Supremo para modular, reiterando sempre a relação com a segurança jurídica ou com direitos fundamentais – ambos voltados ao interesse social.

No próximo tópico, portanto, abordar-se-á os princípios que se aplicam à modulação, evidenciando e analisando de modo doutrinário e jurisprudencial a sua aplicação no ordenamento jurídico.

3.4 ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS APLICADOS À MODULAÇÃO DE EFEITOS DECISÓRIOS

O artigo 27 da Lei 9868/99 traz expressamente a segurança jurídica e o excepcional interesse social como requisitos necessários e fundamentais para modular as decisões. Já em âmbito doutrinário surge o princípio da proteção da confiança como requisito para prolatar os efeitos futuros de uma decisão, entendendo-se que este último decorre da junção entre os dois pressupostos – alternativos - citados pela legislação.

²⁴⁴ ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 71.

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 93.

Inicialmente cumpre diferenciar a segurança evidenciada no artigo 5º da Constituição com a noção de segurança jurídica. Tem-se na noção de segurança pública, em geral, a ideia de proteção, garantia e confiança, o que trata-se, portanto, de dever do estado, conforme propõe o artigo 144 da CFRB.²⁴⁶

A segurança jurídica, no entanto, se relaciona ao âmbito de aplicação vinculado à noção do direito, incidindo sobre as normas²⁴⁷ e além disso: trata-se de um dos pilares do Estado de Direito que sequer possui previsão expressa - nesse sentido entende-se até mesmo ser dispensável constar expressamente no Texto Constitucional - o que seria, para tanto, “desnecessário”.²⁴⁸

Nesse mesmo raciocínio, é possível observar que há imprecisão sobre o significado deste princípio, não há delimitação sobre ele – simplesmente por entender que não há possibilidade de qualquer restrição acerca da segurança jurídica. Segundo Ferrari trata-se de “conceito jurídico indeterminado” e que não apresenta somente um significado, pois não há que se delimitar uma possível “justiça” e restringi-lo seria algo de “difícil realização”.²⁴⁹

Ocorre que, embora seja um instrumento de difícil delimitação é uníssono que se trata de “elemento definitório do próprio direito”.²⁵⁰ Corrobora a doutrina e a jurisprudência quando se referem à segurança jurídica - em sua vertente subjetiva - aludindo, quase sempre, a proteção da confiança.²⁵¹

Salienta Ana Paula Ávila que estão envolvidos nesse princípio duas dimensões: “a certeza quanto à norma que regula atos sociais”; e, de outro, a “expectativa ou confiança quanto à situação do indivíduo na sociedade”. Representando, portanto, o reflexo de cada indivíduo na sociedade e condicionando todo o encadeamento entre presente e futuro.²⁵²

²⁴⁶ Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio [...].

²⁴⁷ ROCHA JUNIOR, Luis Clovis Machado da. **A decisão sobre os efeitos do ato inconstitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2014. p. 143.

²⁴⁸ ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 147.

²⁴⁹ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 304.

²⁵⁰ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 112.

²⁵¹ ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 147.

²⁵² *Ibidem*, p. 148.

Há a tentativa - ao menos teórica - de salvaguardar os direitos do cidadão que não poderia ser afetado por atos novos sem a devida ciência acerca destes, o que remete à noção de não surpresa do indivíduo em âmbito jurídico.

Por isso haverá a imposição acerca da necessidade de identificar - desde logo - a consequência geral e abstrata diante de descumprimento da norma constitucional. Ou seja, a certeza do que poderá ocorrer diante da violação da norma.²⁵³

Se encontra justamente nesse ponto a estabilidade de situações resultantes da perfeita concretização das normas, há uma garantia da permanência das situações formadas, o que gera a proteção da confiança bem como exalta a presunção de validade das normas constitucionais.²⁵⁴

É nesse sentido que se fundamenta a maioria dos casos, qual seja: a não modulação, o que sem dúvidas, é a melhor efetivação da segurança jurídica, encarada como garantia e presunção de certeza no âmbito jurídico.²⁵⁵ Ora, se assim não o fosse o correto não seria falar em exceção à regra, haveria uma aplicação de um instituto que modifica a presunção do cidadão bem como fragmenta a expectativa de direito estabelecida, o que geria também a quebra da confiança. Mas frise-se: se não fosse a modulação uma exceção no âmbito do direito.

Sobre esse ponto de vista uma norma declarada como inconstitucional e aplicados os efeitos retroativos geraria o *status quo ante* da norma, contudo, é possível que tendo em vista a proteção da confiança, por ter assento constitucional, poderá ser ponderada e seus efeitos poderão ser modulados.²⁵⁶

Adverte Luis Clovis que esta barreira somente poderá ser quebrada - leia-se: efeito retroativo - caso comprovada a necessidade em prol da sociedade e jamais - eis que trata-se de hipótese taxativa²⁵⁷ - em prol do estado. Somente vencida esta

²⁵³ ROCHA JUNIOR, Luis Clovis Machado da. **A decisão sobre os efeitos do ato inconstitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2014. p. 147.

²⁵⁴ ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 148.

²⁵⁵ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 343.

²⁵⁶ ÁVILA, Ana Paula Oliveira. *Op.cit. loc.cit.*

²⁵⁷ O estado não tem capacidade para invocar o aspecto da segurança jurídica para manter situações que tenham gerado benefícios para este. Inicialmente porque quando houver conflito em torno de detrimientos de direitos fundamentais para o indivíduo já se estabeleceu que prevalecerá o direito do cidadão. De outro modo cumpre ainda demonstrar que a segurança jurídica é um direito fundamental do indivíduo, logo, aproveitam aos cidadãos e não ao estado. Por fim, diante do que foi aqui explanado há uma proteção da confiança, logo, o autor de um ato inválido não poderia lograr proveito através deste próprio ato. *Ibidem*, p. 151.

comprovação é que haverá a possibilidade de aplicar o princípio²⁵⁸ da proporcionalidade, de acordo com os “novos efeitos temporais”.²⁵⁹

Impende observar, portanto, que a segurança jurídica evidenciada no artigo 27 da Lei 9868/99 deve ser utilizado em favor do cidadão e com o fulcro de protegê-lo, preservando a proteção da confiança bem como resguardando a presunção de veracidade de todo o exposto na Carta Magna. Como salienta Ávila essas razões poderão ser invocadas - e somente o serão - “para conferir prevalência aos direitos fundamentais dos indivíduos e, jamais, para perpetuar a lesão, a esses mesmos direitos em razão da norma declarada inconstitucional”.²⁶⁰

Visto esse princípio, que é considerado como fundamental, impende abordar o excepcional interesse social, expresso no artigo 27 da Lei 9868/99, requisito alternativo com a segurança jurídica para modular os efeitos da decisão inconstitucional.

Acerca do excepcional interesse social tem-se que a expressão é pouco encontrada na doutrina brasileira, embora muito citada e nesse sentido, há quem diga que este instituto não é definido, mas sim exemplificado²⁶¹.

No âmbito do controle de constitucionalidade essa expressão foi inaugurada pela tão citada Lei 9868/99, embora tenha sido efetivamente inaugurada na Lei 4.132/62 que aborda as desapropriações, regulamentando, portanto, o tema.

Somente com a Constituição da 88 que o interesse social foi consagrado no artigo 184²⁶² para justificar a desapropriação para fins de reforma.²⁶³ Assim, o interesse social expresso na CRFB resguarda os fins agrários ou da atividade econômica do

²⁵⁸ Cumpre esclarecer aqui que há discussão acerca da utilização do termo princípio, tendo em vista que Humberto Ávila considera que, em verdade, o correto seria denominá-lo por postulado. Entretanto, coaduna-se com a utilização do termo “princípio”, pois entende-se que “normas que obrigam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas”, como esclarece Robert Alexy, citado na obra “O proporcional e o Razoável”, do Autor Virgílio Afonso. SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *In*: PAVAN, Oriene. **Revista dos Tribunais**, v. 798. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002, p. 35.

²⁵⁹ ROCHA JUNIOR, Luis Clovis Machado da. **A decisão sobre os efeitos do ato inconstitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2014. p. 160.

²⁶⁰ ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 148.

²⁶¹ CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Lei de Desapropriação: Constituição de 1988 e leis ordinárias**. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 522.

²⁶² Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

²⁶³ ÁVILA, Ana Paula Oliveira. *Op.cit, loc.cit.*

estado – o que o faz no artigo 170 da Carta Magna – não se aplicando nos casos de controle de constitucionalidade tampouco modulação dos efeitos decisórios.

Ocorre que, como dito, o excepcional interesse social não está presente expressamente na Constituição, logo, a ausência de suporte na *Lex Mater* por si só já permite o questionamento acerca da possibilidade de realização da modulação através dele. Diferente, portanto, da segurança jurídica que possui lastro constitucional, doutrinário e jurisprudencial.²⁶⁴

Há na presente expressão uma ambiguidade e fluidez acerca do significado que torna o preenchimento do conceito algo, no mínimo, imprevisível. O que poderá, inclusive, ferir a manutenção da segurança jurídica no ordenamento.

Assim, consta perguntar: “O que é, afinal, um excepcional interesse social jurídico de tutela?”²⁶⁵ A certeza que se tem é que não poderá esta cláusula alargar a discricionariedade, aumentando, para tanto, a arbitrariedade política.

Impende observar que ato político, por sua vez, é aquele praticado com margem de discricção e diretamente em obediência à Constituição, no exercício de função puramente política.²⁶⁶

Nesse sentido, se faz importante delimitar a interpretação dos membros do Supremo Tribunal Federal mas não deverá pautar-se pelo interesse do ente estatal, caso o benefício não se relacione ao interesse da coletividade.

De outro modo, Ferrari acredita que, em verdade, pretendeu o legislador criar uma hipótese de modulação de efeitos temporais para considerar a tutela do interesse público primário. Logo, não seria hipótese restrita a apenas uma classe, tampouco grupo social.²⁶⁷

Todavia, não seria nesse sentido a hipótese colocada no artigo 4º da Lei 11.417/06 quando se refere ao excepcional interesse público, senão vejamos:

²⁶⁴ ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 148.

²⁶⁵ ROCHA JUNIOR, Luis Clovis Machado da. **A decisão sobre os efeitos do ato inconstitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2014. p. 160.

²⁶⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 18. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 355.

²⁶⁷ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 313.

A súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público.

Assim, acredita Luis Clovis, que a intenção do legislador foi, em verdade, repetir o sentido da norma portuguesa no intuito de reproduzir um conceito indeterminado para abarcar as possibilidades de utilização da modulação de efeitos decisórios.²⁶⁸

Desse modo, tem-se que o excepcional interesse jurídico deve ser sempre utilizado a favor do cidadão. Descabendo qualquer ato que viole a proteção da confiança, o que atingiria diretamente instrumentos constitucionais como a própria segurança jurídica, incorrendo em um possível lesão à pressupostos da supremacia constitucional.²⁶⁹

Entende Ana Ávila, que é necessário “levar a sério” esse argumento no sentido de que a utilização do artigo 27, esteada no excepcional interesse social, é inconstitucional, por desconformidade aos princípios constitucionais.²⁷⁰ Em ato contínuo, Gilmar Mendes acredita que “não se há de basear em consideração de política judiciária, mas em fundamento constitucional próprio”²⁷¹ e ainda:

O que importa assinalar é que, consoante a interpretação aqui preconizada, o princípio da nulidade somente há de ser afastado se se puder demonstrar, com base numa ponderação concreta, que a declaração de inconstitucionalidade ortodoxa envolveria o sacrifício da segurança jurídica ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social.

Diante do exposto é possível observar através de tal voto que sequer refere-se ao excepcional interesse social, este instituto, portanto, poderá encontrar fundamento em diversas normas da Constituição e finaliza asseverando que há possibilidade de

²⁶⁸ ROCHA JUNIOR, Luis Clovis Machado da. **A decisão sobre os efeitos do ato inconstitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2014, p. 166.

²⁶⁹ SOUZA, Rômulo Vinicius Nunes. Atuação do STF na modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. *In*: GARCIA, Maria. (Coord.). **Revista de direito constitucional e internacional**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 76. 2011, p. 55.

²⁷⁰ ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 166.

²⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 474.708/DF, Relator: Gilmar Mendes. DJ 18 abr. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStfArquivo/anexo/AI401600.pdf>>. Acesso: 05 out. 2018.

afastar o princípio da nulidade (norma regra no direito brasileiro²⁷²) se restar demonstrado, por meio de ponderação concreta que a referida decisão acerca da inconstitucionalidade da norma “envolveria o sacrifício da segurança jurídica ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social” .trata-se de referência à “qualquer outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social” e finaliza: .²⁷³

Assim também entende, até então, a jurisprudência do Supremo. Consta ainda frisar que há grande fidelidade ao instituto da nulidade das normas inconstitucionais - o que fica evidente em diversos julgados, somente aplicando a modulação em casos de necessidade e relevância.²⁷⁴

Seguindo este ângulo, têm-se o entendimento de Ricardo Lewandowski²⁷⁵ no sentido de que não é possível modular os efeitos antes de manifestação do órgão de cúpula, senão vejamos:

A atribuição de efeitos prospectivos à declaração de inconstitucionalidade, dado o seu caráter excepcional, somente tem cabimento quando o tribunal manifesta-se expressamente sobre o tema, observando-se a exigência de quórum qualificado previsto em lei.

A decisão prospectiva, portanto, vincula muitas outras nesse sentido e assim, em regra, converge a doutrina pátria.

Por fim, entende-se que não há uma teoria que seja aceita de modo inequívoco em todos os casos, logo, é necessária a devida ponderação em cada caso e em cada decisão, de modo a vislumbrar a segurança jurídica (efetivamente).²⁷⁶

²⁷² ROCHA JUNIOR, Luis Clovis Machado da. **A decisão sobre os efeitos do ato inconstitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2014. p. 97.

²⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 474.708/DF. *Op.cit., loc.cit.*

²⁷⁴ SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. *In*: Daniel Sarmento (Org.). **O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 114.

²⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 457.766/DF, Relator: Ricardo Lewandowski. DJ 11 mai. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStfArquivo/anexo/AI4871600.pdf>>. Acesso: 10 out. 2018.

²⁷⁶ SARMENTO, Daniel. *Op.cit.*, p. 138.

Desse modo, vencidas as questões acerca da presente temática em sentido teórico é possível analisar algumas das decisões essenciais para o atual desenvolvimento da modulação de efeitos, o que será abordado a seguir.

4 A PRÁTICA DA MODULAÇÃO DE EFEITOS E SUAS CONSEQUÊNCIAS

O atual capítulo tem o objetivo de esclarecer a utilização da modulação de efeitos no âmbito concreto. Para tanto, observar-se-á quais os tipos de controle poderão ser utilizados para aplicação deste instituto, assim como será analisada a possibilidade de suscitar os efeitos *ex nunc* nos casos de embargos de declaração.

Impende ainda observar casos concretos de modulação dos efeitos, vez que muitas vezes são utilizados de modo fundamentado, enquanto outras vezes não possuem a fundamentação que deveriam.

Será observada ainda a possibilidade do artigo 27 ser considerado, ou não, como inconstitucional, vez que existem Ações Diretas de Inconstitucionalidade em transito no Supremo, observando, para tanto, os argumentos trazidos nas petições iniciais que aduzem tal argumento.

Por fim, será necessário discorrer sobre a discricionariedade do Supremo e uma análise acerca de um posicionamento ativista, o que será discutido amplamente no tópico atual.

4.1 MODULAÇÃO E OS TIPOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O Brasil adotou, como já visto no presente trabalho, o controle judicial de constitucionalidade misto, representado pela possibilidade de controle das leis pela via concreta ou abstrata, ou seja, é possível que haja um controle concentrado – realizado pelos órgãos de cúpula – ou ainda, que haja controle por juízes até mesmo de primeira instância, nos casos do controle difuso.²⁷⁷

Como visto no tópico anterior, a modulação temporal de efeitos se deu efetivamente com o surgimento da Lei 9868/99, embora já houvesse sido utilizado o efeito futuro para situações pontuais antes da vigência desta norma.

²⁷⁷ SOUZA, Rômulo Vinicius Nunes. Atuação do STF na modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. *In*: GARCIA, Maria. (Coord.). **Revista de direito constitucional e internacional**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 76. 2011, p. 39.

É interessante observar que existem causas em que o controle não é de competência originária do Pleno, entretanto, necessitam do controle de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal. Nesses caso, normalmente, tem-se a decisão pelas Turmas, estas - diferente do Pleno – possuem cinco ministros e somente terão suas questões submetidas ao Supremo nos casos de reconhecida relevância.²⁷⁸

Insta salientar que o artigo 27 da Lei 9868/99 engloba as Ações Diretas de Inconstitucionalidade e a Ação Direta de Constitucionalidade. No caso do artigo 11 da Lei 9882/99²⁷⁹ trata-se da modulação em sede de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Desse modo, não resta dúvida acerca da modulação de efeitos no controle abstrato, vez que já expresso por leis próprias tal possibilidade. De outro modo, claramente não há uma lei específica para aplicação de tal instituto no controle de constitucionalidade difuso, contudo, o Supremo tem aplicado, analogicamente, o efeito *ex nunc* nos casos concretos que necessitam da modulação²⁸⁰.

Nesse sentido, questionam os doutrinadores Bruno Ortigara Dellagerisi e Fausto Santos de Moraes:

Ao declarar efeitos pro futuro no controle difuso de constitucionalidade mesmo com uma extensa fundamentação, estaria o Supremo Tribunal Federal seguindo a tradição da nulidade do ato jurídico declarado inconstitucional nos moldes do *judicial review*? Ou estaria inovando de acordo de acordo com sua conveniência?²⁸¹

Tais perguntas se fundam na postura ativista do Poder Judiciário já que muitas vezes decidem sem critérios constitucionais²⁸² explícitos.²⁸³ Possível entender

²⁷⁸ ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 59.

²⁷⁹ Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

²⁸⁰ Neste sentido, tem-se o emblemático caso do Município de Mira-Estrela.

²⁸¹ CORREIO, Bruno Ortigara Dellagerisi; MORAIS, Fausto Santos. **Modulação e abstrativização do efeito difuso: estudo de caso**. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/viewFile/22585/17607>>. Acesso em: 13 out. 2018.

²⁸² O que será possível verificar no tópico seguinte, onde abordar-se-á casos concretos da modulação, em especial, os casos que envolvem matérias tributaristas e administrativas.

também, de outro modo, a referida aplicação da modulação nestes casos aplicando o entendimento aludido por Gabriel Marques acerca do processo objetivo, exaltando, para tanto, a celeridade e segurança jurídica.²⁸⁴

Ao abordar tal pensamento tem-se que diante da segurança jurídica haveria a possibilidade de fazer a referida analogia ao controle difuso embora não seja este suscitado na Lei, mas diante da jurisprudência pátria, ter-se-ia a possibilidade de abordar o referido raciocínio para justificar o posicionamento do Supremo.

Defendendo a aplicação da modulação nos casos do controle concreto, proferidas, portanto, em sede de controle difuso, abordam os doutrinadores Gilmar Mendes e Ives Gandra²⁸⁵:

“O afastamento do princípio da nulidade da lei assenta-se em fundamentos constitucionais e não em razões de conveniência. Se o sistema constitucional legitima a declaração de inconstitucionalidade restrita no controle abstrato, essa decisão poderá afetar, igualmente, os processos do modelo concreto ou incidental de normas.”

Finalizam ainda os referidos autores que caso haja declaração da inconstitucionalidade no controle abstrato essa decisão afetará todos os demais processos que possuam pedidos idênticos e que estejam pendentes de decisão. Os casos concretos ainda não transitados em julgado hão de ter o mesmo tratamento se e quando submetidos ao STF.²⁸⁶

Não pareceria - como um todo - correto afirmar que haveria impossibilidade de disposição dos efeitos futuros no que tange o controle de constitucionalidade difuso somente baseando-se na autorização por lei que justamente regulamenta o controle

²⁸³ CORREIO, Bruno Ortigara Dellagerisi; MORAIS, Fausto Santos. **Modulação e abstrativização do efeito difuso: estudo de caso.** Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/viewFile/22585/17607>>. Acesso em: 13 out. 2018.

²⁸⁴ CRUZ, Gabriel Dias Marques. **Incidente de Inconstitucionalidade e Cadastro Nacional de Decisões: Duas Soluções para um Modelo Complexo.** Disponível em: <http://www.academia.edu/31945094/Incidente_de_Inconstitucionalidade_e_Cadastro_Nacional_de_Decis%C3%B5es_Duas_Solu%C3%A7%C3%B5es_para_um_Modelo_Complexo>. Acesso em: 13 out. 2018.

²⁸⁵ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade.** São Paulo: Saraiva, 2001, p. 563.

²⁸⁶ *Ibidem, loc.cit.*

de constitucionalidade pela via de ação. Não há que se pensar em uma excludente, mas sim em um alargamento das possibilidades de modulação.²⁸⁷

Assim também abordou o Ministro Carlos Veloso no RE nº 442.683/RS quando assevera que “o art. 27 da Lei 9868, bem como apontado pelo Ministro-Relator, na verdade apenas explicita, estrutura e declara o que o Tribunal pode fazer a partir do próprio Texto Constitucional.”²⁸⁸

Desse modo, não há que se falar somente em modulação nos casos de controle de constitucionalidade concentrado, pois entende-se que a superação da regra *ex tunc* tem fundamento em normas constitucionais que “tutelam a manutenção das situações geradas pela norma inconstitucional protegendo situações geradas pela norma inconstitucional”, logo, protegem as situações deduzidas em juízo tanto pelo controle concreto como pelo abstrato.²⁸⁹

Corroboram a jurisprudência pátria nesse mesmo sentido, evidenciando em seus julgados acerca do controle de constitucionalidade difuso a possibilidade de modular os efeitos. Senão vejamos os seguintes exemplos - a título ilustrativo - já que a temática central não será abordada no presente trabalho:

PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.²⁹⁰

EMENTA: TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE PROPRIEDADE TERRITORIAL URBANA (IPTU). MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO.

²⁸⁷ ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 60.

²⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 442.683/RS, Relator: Carlos Veloso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=368474>> Acesso em: 13 out. 2018.

²⁸⁹ ÁVILA, Ana Paula Oliveira. *Op.cit.*, p. 60.

²⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 82959-SP, Relator: Marco Aurélio. DJ 01 set. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=368474>> Acesso em: 13 out. 2018.

PROGRESSIVIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE. SÚMULA 668/STF. CONSTITUCIONAL. CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE. MODULAÇÃO TEMPORAL DA DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. A orientação do Supremo Tribunal Federal admite, em situações extremas, o reconhecimento de efeitos meramente prospectivos à declaração incidental de inconstitucionalidade. Requisitos ausentes na hipótese. Precedentes da Segunda Turma. Agravo regimental conhecido, mas ao qual se nega provimento.²⁹¹

EMENTA: CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO: PROVIMENTO DERIVADO: INCONSTITUCIONALIDADE: EFEITO EX NUNC. PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ E DA SEGURANÇA JURÍDICA. I. - A Constituição de 1988 instituiu o concurso público como forma de acesso aos cargos públicos. CF, art. 37, II. Pedido de desconstituição de ato administrativo que deferiu, mediante concurso interno, a progressão de servidores públicos. Acontece que, à época dos fatos 1987 a 1992, o entendimento a respeito do tema não era pacífico, certo que, apenas em 17.02.1993, é que o Supremo Tribunal Federal suspendeu, com efeito ex nunc, a eficácia do art. 8º, III; art. 10, parágrafo único; art. 13, § 4º; art. 17 e art. 33, IV, da Lei 8.112, de 1990, dispositivos esses que foram declarados inconstitucionais em 27.8.1998: ADI 837/DF, Relator o Ministro Moreira Alves, "DJ" de 25.6.1999. II. - **Os princípios da boa-fé e da segurança jurídica autorizam a adoção do efeito ex nunc para a decisão que decreta a inconstitucionalidade. Ademais, os prejuízos que adviriam para a Administração seriam maiores que eventuais vantagens do desfazimento dos atos administrativos.** III. - Precedentes do Supremo Tribunal Federal. IV. - RE conhecido, mas não provido.²⁹² (grifo nosso)

Para que não restem dúvidas acerca da temática esclareceu o Ministro Maurício Corrêa a possibilidade de declarar a inconstitucionalidade aplicando, para tanto, efeitos *ex nunc*²⁹³.

Inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, da norma municipal. Efeitos para o futuro. Situação excepcional. (...) Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade.

²⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento, Relator: Joaquim Barbosa. DJ 24 out. 2011. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2320539>>. Acesso em: 15 out. 2018.

²⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 442683. Relator: Carlos Velloso. DJ 24 mar. 2006. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+442683%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+442683%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/d2sqhpg>>. Acesso em: 13 out. 2018.

²⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 266.99ª/SP, Relator: Maurício Corrêa. DJ: 21 mai. 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=235847>>. Acesso em: 17 out. 2018.

Vencida a discussão acerca da possibilidade de modular efeitos em controle concreto e difuso, insta abordar a possibilidade de aplicar os efeitos prospectivos no embargos de declaração. Nesse sentido, entende a doutrina²⁹⁴ e jurisprudência²⁹⁵ que a modulação de efeitos decorre da Constituição, logo, o puro silêncio constitucional não geraria a limitação do momento processual.

Entende Luis Clovis que o STF admite a aplicação da modulação de efeitos ainda que requerida através de embargos porque acredita que não haveria outro instrumento apto e ainda, porque através dos embargos seria realizada a justiça material do caso em concreto.²⁹⁶

Em ato contínuo entende-se no presente trabalho que é necessário alargar o entendimento acerca das possibilidades de arguições da modulação em prol da segurança jurídica e excepcional interesse social. Não seria oportuno, portanto, limitar as ações que discutam tal efeito prospectivo, vez que tal limitação poderia ferir os referidos princípios.

Assim, esclarecidas as possibilidades acerca da modulação, é necessário entender que a utilização deste instituto requer, como já frisado no presente trabalho, a ponderação axiológica, na qual o Supremo analisará se deverá ou não aplicar a devida modulação, utilizando, para tanto, a segurança jurídica, bem como o excepcional interesse social para ponderar qual bem jurídico tem maior valor, quando confrontado com estes.

O órgão de cúpula já se manifestou algumas vezes²⁹⁷ determinando a impossibilidade de aplicação da modulação de efeitos decisórios no controle difuso,

²⁹⁴ Nesse sentido: ROCHA JUNIOR, Luis Clovis Machado da. **A decisão sobre os efeitos do ato inconstitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2014. p. 218.

²⁹⁵ Eu sempre tenho entendido que se pode conhecer dos embargos de declaração, mas se há de rejeitá-los caso não exista a expressa indicação, no julgamento, de que houve pedido para modulação de efeitos, porque não há como identificar a omissão. (...) estamos estabelecendo a possibilidade de, por via de embargos declaratórios, mesmo inexistindo omissão, no que concerne à modulação dos efeitos, apreciar. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargo de Declaração da Ação Direta de inconstitucionalidade nº 2.791-3/PARANÁ, Relator: Gilmar Mendes. DJ: 04 set.. 2010. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=602249>>. Acesso em: 15 out. 2018.

²⁹⁶ ROCHA JUNIOR, Luis Clovis Machado da. *Op.cit.* p. 219.

²⁹⁷ Nesse sentido: Recurso Extraordinário nº 430.421, Relator Ministro Cezar Peluso, DJ de 4 de fevereiro de 2005 e Agravo de Instrumento nº 521.546, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, de 26 de abril de 2005. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 521.546/SP, Relator: Sepúlveda Pertence. DJ: 27 abr. 2005. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=235847>>. Acesso em: 13 out. 2018.

entretanto, Ana Ávila²⁹⁸ considerou as decisões como “precipitadas”. Crê a doutrinadora que nos casos em que o Supremo negou a aplicação dos efeitos *ex nunc* não houve informação “esclarecedora”.

A impossibilidade na aplicação da modulação para os efeitos futuros, embora reconhecida pelos ministros, possuem fundamentos vagos para esclarecer o motivo da não concessão dos efeitos *ex nunc* para decisões de inconstitucionalidade.²⁹⁹ E nesse sentido, abordar-se-á a discricionariedade dada ao Supremo na modulação dos efeitos, no tópico 4.4.

Insta esclarecer ainda, por fim, o instituto da coisa julgada e a sua possível desconstituição através da decisão de inconstitucionalidade. Inicialmente é de grande importância entender que a coisa julgada não é uma mera regra de processo, trata-se de uma regra “indispensável” à existência do discurso jurídico.³⁰⁰

Sabe-se que a coisa julgada não deverá ser desconstituída sem a devida fundamentação, o que garante, portanto, a segurança jurídica.³⁰¹ Todavia, conforme já observado no presente trabalho, a decisão que declara uma norma como inconstitucional é minuciosamente observada, pois se sabe dos efeitos que tal decisão poderá trazer.

A modulação de efeitos, como já visto, poderá operar mantendo os efeitos decorrentes da coisa julgada. Ocorre que, para modular são necessários requisitos fundamentais: 2/3 dos membros do Supremo e segurança jurídica ou excepcional interesse social. Impende observar que, como será visto, tem-se dado grande poder de ativismo ao STF, logo, é possível que sejam tomadas decisões puramente políticas, o que poderá implicar no desrespeito de outras normas. A modulação, portanto, é algo que deverá ser observado com muita cautela.

Sustenta Mônica de Guimarães Zica que a modulação geraria critérios menos rígidos que o adotado nos casos de inconstitucionalidade, logo, crê a autora que a postura ativista do Supremo não geraria riscos se o STF utilizasse os efeitos

²⁹⁸ ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 59.

²⁹⁹ *Ibidem*, loc. cit.

³⁰⁰ ZICA, Mônica Guimarães. Coisa julgada e a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal (STF). In: CASTRO, João Antônio Lima. **Direito processual: Efetividade técnica constitucional**. Minas Gerais: Instituto de Educação Continuada, 2010, p. 86.

³⁰¹ *Ibidem*, p. 89.

futuros.³⁰² Impende esclarecer que não se coaduna aqui com tal posicionamento. A utilização dos efeitos ex nunc poderá gerar grandes desrespeitos constitucionais assim como poderá, efetivamente, modular outros desrespeitos. Logo, entende-se que a utilização deste instituto não poderá, em nenhuma hipótese, ser aferido no sentido de ser melhor em todos os casos, pois isso não ocorrerá em todas as situações.

Feitas as devidas ponderações acerca das possibilidades de controles para modularem os efeitos da decisão, tornando-os futuros, será possível analisar casos concretos em que o Supremo, fundamentado na segurança jurídica ou no excepcional interesse social. O que tornará possível a ilustração do que fora exaustivamente trabalhado no presente trabalho.

4.2 ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS DE MODULAÇÃO

Analisar-se-á no presente tópico situações emblemáticas acerca da modulação temporal dos efeitos, que afetaram milhares de pessoas e, sob os quais, muitas vezes, aplicou-se a modulação visando a proteção da confiança, a segurança jurídica e o excepcional interesse social.

Um dos casos mais famosos acerca da modulação temporal é, sem dúvidas, o ocorrido no Município de Mira Estrela. Ajuizado pelo Ministério Público o recurso ordinário nº 197.917 resultou na declaração de inconstitucionalidade do artigo 6º da Lei orgânica nº 222. Dispunha a referida norma o número de onze vereadores, contudo, tal Município possuía somente três mil habitantes, logo, diante da fixação proporcional estabelecida constitucionalmente³⁰³, o referido Município somente deveria ter nove vereadores.³⁰⁴

³⁰² ZICA, Mônica Guimarães. Coisa julgada e a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal (STF). *In*: CASTRO, João Antônio Lima. **Direito processual: Efetividade técnica constitucional**. Minas Gerais: Instituto de Educação Continuada, 2010, p. 86.

³⁰³ Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: [...] IV - para a composição das Câmaras Municipais, será observado o limite máximo de: [...] a) 9 (nove) Vereadores, nos Municípios de até 15.000 (quinze mil) habitantes;

³⁰⁴ FERREIRA, Olavo Augusto Vianna. ROMEU, Luciana Campanelli. A aplicação da modulação temporal pelo Supremo Tribunal Federal: Casos julgados e propostas de alguns limites. *In*: GARCIA,

Foi proposto pelo *Parquet* a declaração de inconstitucionalidade da lei bem como a devolução daquilo que foi recebido indevidamente pelos vereadores. Entretanto, a sentença julgou parcialmente procedente a ação por não considerar a possibilidade da devolução dos valores, entretanto, considerou a procedência do pedido no que tange a declaração de inconstitucionalidade.³⁰⁵

A sentença de primeiro grau, por sua vez, reconhecia a inconstitucionalidade da referida lei e reduzia o número de vereadores estabelecido, extinguindo os mandatos que resultavam da majoração do número fixado, decretou ainda que fossem devolvidos qualquer valor que, por ventura, fosse recebido após a publicação da sentença, contudo, o Tribunal de Justiça reformou a decisão de primeiro grau deixando, para tanto, de decretar a inconstitucionalidade em face do caos de geraria tal decisão.³⁰⁶

Entretanto, somente no recurso extraordinário é foi reconhecida a inconstitucionalidade do dispositivo em questão e para tanto, coube ao intérprete a decisão acerca da melhor forma para promover a segurança jurídica, elemento que sustenta o próprio estado de direito.³⁰⁷

Nesse caso, observa-se o que foi explanado reiteradamente no presente trabalho, porém em caso concreto: A existência de uma lei infraconstitucional que corrompe a postulação da Constituição.

Estabeleceu o relator do recurso citado que não há qualquer possibilidade de entregar ao legislador municipal o estabelecimento de composição da Câmara Municipal, fundado apenas nos limites variados entre mínimo e máximo da Constituição. Caso isso ocorresse tornaria sem sentido a previsão constitucional que diz respeito à proporcionalidade.³⁰⁸

Maria. (Coord.). **Revista de direito constitucional e internacional**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 76. 2011, p, 254.

³⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 266.99ª/SP, Relator: Maurício Corrêa. DJ: 21 mai. 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=235847>>. Acesso em: 13 out. 2018.

³⁰⁶ ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 105.

³⁰⁷ *Ibidem*, p. 106.

³⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 266.99/SP, Relator: Maurício Corrêa. DJ: 21 mai. 2004. Disponível em: <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia_pt_br&idConteudo=184820&modo=cms>. Acesso em: 13 out. 2018.

A ementa do caso Mira Estrela ainda ressaltou que a aplicação dos efeitos *ex nunc* foi realizada com fundamento no princípio da segurança jurídica vez que, aplicar os efeitos retrospectivos geraria grave ameaça ao sistema legislativo vigente.³⁰⁹

Inegável que a aplicação dos efeitos retrospectivos gerariam grande instabilidade jurídica e, talvez até mais do que a própria declaração de inconstitucionalidade. Tal aplicação geraria a nulidade de todas as decisões ocorridas na Câmara de Vereadores - anteriores à declaração de inconstitucionalidade – bem como das leis aprovadas no referido órgão.³¹⁰

Nesse sentido, Gilmar Mendes e Ives Gandra acrescentam pensamento fundamental acerca do tema: “a decisão repercute sobre o próprio processo eleitoral, o reconhecimento de efeito retroativo importaria quase no desfazimento a posteriori desse processo, até mesmo com a redefinição dos eleitos no último pleito.”³¹¹

Seguem um raciocínio lógico os referidos autores quando observam que caso houvesse sido declarada a inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc* haveria a invalidade das últimas eleições, conseqüentemente haveria ilegitimidade do parlamento e do próprio Governo. Desse modo, inexistiria órgão legitimado para promulgar nova lei eleitoral, já que a lei anterior já se encerrara.³¹²

Entendem os Ministros Gilmar Mendes e Ives Gandra que “o Supremo Tribunal Federal decidiu por aplicar efeitos pro futuro, para preservar a atual composição da Câmara Municipal”.³¹³ Há, portanto, um “caso típico” de decisão que provocaria instabilidade jurídica.³¹⁴

Ora, inegável e perceptível que a decretação de efeitos retroativos geraria caos jurídico e insegurança para a população, que seria diretamente afetada. Logo, como

³⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 266.99/SP, Relator: Maurício Corrêa. DJ: 21 mai. 2004. Disponível em: <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia_pt_br&idConteudo=184820&modo=cms>. Acesso em: 13 out. 2018.

³¹⁰ FERREIRA, Olavo Augusto Vianna. ROMEU, Luciana Campanelli. A aplicação da modulação temporal pelo Supremo Tribunal Federal: Casos julgados e propostas de alguns limites. *In*: GARCIA, Maria. (Coord.). **Revista de direito constitucional e internacional**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 76. 2011, p, 283.

³¹¹ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 569.

³¹² *Ibidem*, p. 560.

³¹³ CORREIO, Bruno Ortigara Dellagerisi; MORAIS, Fausto Santos. Modulação e abstrativização do efeito difuso: estudo de caso. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/viewFile/22585/17607>>. Acesso em: 13 out. 2018.

³¹⁴ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. cit.*, p. 569.

houve preenchimento de todos os requisitos, houve a possibilidade de declarar efeitos prospectivos para o referido caso.

Outro caso muito reconhecido no que tange a modulação dos efeitos decisórios é a ação direta de inconstitucionalidade nº 2.240³¹⁵, sobre o Município de Luís Eduardo Magalhães³¹⁶. Tratou-se de ação interposta pelo Partido dos Trabalhadores, que alegava a inconstitucionalidade da Lei estadual nº 7.619, de 30 de março de 2000 por criar o referido Município – desmembrando-o de Barreiras – sem que houvesse

³¹⁵ EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 7.619/00, DO ESTADO DA BAHIA, QUE CRIOU O MUNICÍPIO DE LUÍS EDUARDO MAGALHÃES. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL POSTERIOR À EC 15/96. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR FEDERAL PREVISTA NO TEXTO CONSTITUCIONAL. AFRONTA AO DISPOSTO NO ARTIGO 18, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. OMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO. EXISTÊNCIA DE FATO. SITUAÇÃO CONSOLIDADA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA DA JURÍDICA. SITUAÇÃO DE EXCEÇÃO, ESTADO DE EXCEÇÃO. A EXCEÇÃO NÃO SE SUBTRAI À NORMA, MAS ESTA, SUSPENDENDO-SE, DÁ LUGAR À EXCEÇÃO --- APENAS ASSIM ELA SE CONSTITUI COMO REGRA, MANTENDO-SE EM RELAÇÃO COM A EXCEÇÃO. 1. O Município foi efetivamente criado e assumiu existência de fato, há mais de seis anos, como ente federativo. 2. Existência de fato do Município, decorrente da decisão política que importou na sua instalação como ente federativo dotado de autonomia. Situação excepcional consolidada, de caráter institucional, político. Hipótese que consubstancia reconhecimento e acolhimento da força normativa dos fatos. 3. Esta Corte não pode limitar-se à prática de mero exercício de subsunção. A situação de exceção, situação consolidada --- embora ainda não jurídica --- não pode ser desconsiderada. 4. A exceção resulta de omissão do Poder Legislativo, visto que o impedimento de criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios, desde a promulgação da Emenda Constitucional n. 15, em 12 de setembro de 1.996, deve-se à ausência de lei complementar federal. 5. Omissão do Congresso Nacional que inviabiliza o que a Constituição autoriza: a criação de Município. A não edição da lei complementar dentro de um prazo razoável consubstancia autêntica violação da ordem constitucional. 6. A criação do Município de Luís Eduardo Magalhães importa, tal como se deu, uma situação excepcional não prevista pelo direito positivo. 7. O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade. Não é a exceção que se subtrai à norma, mas a norma que, suspendendo-se, dá lugar à exceção --- apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção. 8. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Não se afasta do ordenamento, ao fazê-lo, eis que aplica a norma à exceção desaplicando-a, isto é, retirando-a da exceção. 9. Cumpre verificar o que menos compromete a força normativa futura da Constituição e sua função de estabilização. No aparente conflito de inconstitucionalidades impor-se-ia o reconhecimento da existência válida do Município, a fim de que se afaste a agressão à federação. 10. O princípio da segurança jurídica prospera em benefício da preservação do Município. 11. Princípio da continuidade do Estado. 12. Julgamento no qual foi considerada a decisão desta Corte no MI n. 725, quando determinado que o Congresso Nacional, no prazo de dezoito meses, ao editar a lei complementar federal referida no § 4º do artigo 18 da Constituição do Brasil, considere, reconhecendo-a, a existência consolidada do Município de Luís Eduardo Magalhães. Declaração de inconstitucionalidade da lei estadual sem pronúncia de sua nulidade 13. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade, mas não pronunciar a nulidade pelo prazo de 24 meses, da Lei n. 7.619, de 30 de março de 2000, do Estado da Bahia. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2240, Relator: Min. EROS GRAU. DJ: 03 ago. 2007. Disponível em: <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia_pt_br&idConteudo=184820&modo=cms>. Acesso em: 15 out. 2018.

³¹⁶ Seguido pelas ADI 3.316/MT, 3.489/SC e 3.689, em que se atribuiu efeitos prospectivos à declaração de inconstitucionalidade pronunciada. FERREIRA, Olavo Augusto Vianna. ROMEU, Luciana Campanelli. A aplicação da modulação temporal pelo Supremo Tribunal Federal: Casos julgados e propostas de alguns limites. In: GARCIA, Maria. (Coord.). **Revista de direito constitucional e internacional**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 76. 2011, p. 261.

edição de Lei Complementar Federal.³¹⁷ Tal situação claramente confronta com a Constituição Federal, especialmente com o artigo 18§4³¹⁸ já que haveria necessidade de consulta prévia - o que não foi feito – bem como de lei complementar federal, como visto.

Insta ainda salientar que não cabe sustentar fundamento no “preceito da Constituição Baiana que atribuía à lei complementar estadual os requisitos para a criação de Municípios teria sido revogado com o advento da EC 15/96” também não possui lastro a fundamentação acerca da violação do regime democrático, pois restou evidenciado que não houve consulta prévia – exigida pela Constituição – por meio de plebiscito, vez que não foi realizada com a totalidade da população envolvida no processo de emancipação; apenas determinado distrito teve a possibilidade de manifestação. “Ademais, os estudos de viabilidade municipal foram publicados em data posterior ao citado plebiscito”.³¹⁹

Ocorre que ao deparar-se com a referida inconstitucionalidade o Plenário do Tribunal verificou que o Município fora efetivamente criado. Neste efeito, direitos haviam sido instituídos e cidadãos de boa-fé também haveriam firmado atos, portanto, pronunciar a nulidade deste local geraria caos jurídico e social.³²⁰ Necessário seria, portanto - após a devida ponderação dos efeitos da nulidade e da segurança jurídica ou de outro princípio que ponha em risco o excepcional interesse social - modular os efeitos desta decisão.

Nesse mesmo sentido coadunou o Ministro Gilmar Mendes em seu voto, quando afirmou que em determinadas situações não poderá o princípio da nulidade ser aplicado quando se revelar “absolutamente inidôneo para a finalidade perseguida” e

³¹⁷ FERREIRA, Olavo Augusto Vianna. ROMEU, Luciana Campanelli. A aplicação da modulação temporal pelo Supremo Tribunal Federal: Casos julgados e propostas de alguns limites. *In*: GARCIA, Maria. (Coord.). **Revista de direito constitucional e internacional**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 76. 2011, p, 283.

³¹⁸ § 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei.

³¹⁹ STF. **ADI e Lei 8906/94**. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo427.htm>>. Acesso em: 18 out. 2018.

³²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2240, Relator: Min. EROS GRAU. DJ: 03 ago. 2007. Disponível em: <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia_pt_br&idConteudo=184820&modo=cms>. Acesso em: 11 out. 2018.

principalmente nos casos em que “a sua aplicação possa trazer danos para o próprio sistema jurídico constitucional”.³²¹

Complementa ainda que como o Município foi efetivamente criado³²² não poderia limitar-se uma decisão ao mero exercício de subsunção e salienta: “cumpre considerarmos prudentemente a circunstância de estarmos diante de uma situação de exceção”.

O relator Eros Grau salientou, inicialmente que³²³:

Não obstante a criação desse ente tenha implicado situação excepcional não prevista pelo direito positivo, aduziu que a declaração de improcedência do pedido não servirá de estímulo à criação de novos municípios indiscriminadamente.

Nesse sentido, considerou-se improcedente o pedido, aduzindo, para tanto, a excepcionalidade do caso, embora tenha reconhecido a violação do novo Município em face da Constituição, especialmente do parágrafo 4 do artigo 18. Reconheceu, para tanto, que a improcedência do pedido seria um “apelo ao Legislativo para suprir a omissão constitucional reiteradamente consumada”.³²⁴

Declarou-se, diante disso, a procedência da ação direta, por unanimidade, inclusive. Não houve, portanto, declaração da nulidade da lei impugnada, mantendo a vigência desta por mais 24 (vinte e quatro) meses. Tempo estabelecido para que pudesse “o legislador estadual reapreciar o tema, tendo como base os padrões que deverão ser fixados na lei complementar federal, conforme decisão desta Corte na ADI 3682.”³²⁵

Possível, portanto, dizer que houve a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no referido caso, estabelecendo tempo considerado pelo

³²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2240, Relator: Min. EROS GRAU. DJ: 03 ago. 2007. Disponível em: <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia_pt_br&idConteudo=184820&modo=cms>. Acesso em: 11 out. 2018.

³²² Ao momento da decisão salientou o ministro Gilmar Mendes que já havia lei orgânica, mais de duzentas leis municipais. Há havia sido realizada eleição bem como Prefeitos e Vice-prefeitos já haviam sido eleitos. Tributos já haviam sido instituídos. Casamentos foram celebrados. Poderes de polícia foram efetivamente exercidos e tantos outros atos realizados no Município de Luís Eduardo, inegável, portanto, que a aplicação dos efeitos retroativos gerariam alta insegurança jurídica. *Ibidem, loc.cit.*

³²³ *Ibidem, loc.cit.*

³²⁴ *Ibidem, loc. cit.*

³²⁵ *Ibidem, loc. cit.*

Supremo como necessário para os devidos ajustes a serem realizados de acordo com a edição da lei complementar federal.³²⁶

Possível observar, portanto, que nestes dois casos - emblemáticos - que simbolizam a modulação dos efeitos decisórios, a segurança jurídica encontrou-se visivelmente presente, pois aplicar o dogma da nulidade, qual seja: o efeito *ex tunc* geraria um caos e talvez até mesmo uma possível desordem. Contudo, é possível observar clara mudança de cenário quando a situação deixa de ter evidente segurança jurídica em prol do indivíduo - como será observado adiante - no que tange situações administrativas e tributárias.

A concepção de aplicação dos efeitos *ex tunc* se encontra reiteradamente na jurisprudência do Supremo tribunal Federal, entretanto, em situações excepcionais tem-se observado, na prática, a modulação dos efeitos do julgamento para negar o direito de recebimento do contribuinte acerca do débito já quitado em momento anterior.³²⁷

Nesse sentido, oportuno abordar a temática da modulação no RE 556.664 em que o STF declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei 8212/91 que ampliavam a prescrição e decadência das contribuições de seguridade social. Contudo, não havia lei complementar para edição de tal matéria, o que impossibilita, por conseguinte, tal alteração, já que seria necessário para a edição de normas gerais a observância de tal requisito, conforme dispõe a Constituição de 1988 em seu artigo 146, III.³²⁸

Assim, declarou-se a inconstitucionalidade da norma estabelecida nos artigos 45 e 46 da Lei 8212/91 e, para tanto, fundamentou o Ministro Gilmar Mendes que seu voto não se baseava em questões de conveniência mas em fundamentos constitucionais tendo em vista que os supracitados artigos geraria possível insegurança jurídica quanto aos valores pagos fora do prazo quinquenal, previstos

³²⁶ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 584.

³²⁷ VELLOSO, Andrei Pitten. A temerária “modulação” dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade em matéria tributária. *In*: ROCHA, Valdir de Oliveira. **Revista dialética de direito tributário**. São Paulo: Gráfica Palas Athena 2008, p. 7.

³²⁸ *Ibidem, loc.cit.*

pelo Código Tributário Nacional e que, por ventura, não foram contestados administrativa ou judicialmente.³²⁹

Ocorre que, diferente do que pode ser observado nos casos em que não se trata de matéria tributarista é muito mais fácil verificar o nítido interesse social bem como efetivação da segurança jurídica, o que não parece ocorrer com os casos tributários, vez que a fundamentação para aplicação deste instituto possui fundamento na segurança jurídica alegando, para tanto, a impossibilidade de devolução do valor para o contribuinte, que pagou sobre um imposto já considerado inconstitucional ou com alguma inconstitucionalidade, seja formal ou material, portanto, indevido.³³⁰

Nesse sentido, é nítido que os casos de modulação já citados no presente trabalho, quais sejam: Mira Estrela e o Município Luís Eduardo, guardam nítida segurança jurídica e excepcional interesse social. Desfazer um Município é algo que poderá gerar, concretamente, prejuízos irreparáveis. Entretanto, restituir um tributo pago por contribuinte de boa-fé, ainda que prejudique o Estado, não geraria qualquer insegurança jurídica, acredita-se, inclusive, que o efeito seria contrário, gerando efetiva segurança jurídica nesse âmbito.

Cabe ainda alocar no presente tópico o Recurso Extraordinário nº 363.852, interposto pelo Frigorífico Mataboi S/A, contra o acórdão que manteve a constitucionalidade da previsão de recolhimento de contribuição para o Fundo de Assistência do Trabalhador Rural (FUNRURAL) sobre a receita bruta que provém da comercialização da produção rural dos empregadores.³³¹

Tal previsão, por sua vez, teve a sua inconstitucionalidade declarada pelo Supremo, especificamente o artigo 1º da Lei 8.540/92, desobrigando a retenção e recolhimento que estabelecia o referido dispositivo, vez que sub-rogava tal recolhimento sobre a receita bruta proveniente da comercialização da produção rural.³³²

³²⁹ VELLOSO, Andrei Pitten. A temerária “modulação” dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade em matéria tributária. In: ROCHA, Valdir de Oliveira. **Revista dialética de direito tributário**. São Paulo: Gráfica Palas Athena 2008, p. 7.

³³⁰ NETO RAGHIAN, Ary. A declaração de inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/1991 e a modulação dos efeitos dessa decisão pelo STF. Breves considerações. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda. 2009, p. 322.

³³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 363852/SP, Relator: Min. MARCO AURÉLIO. DJ: 01 abr. 2005. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2071943>>. Acesso em: 18 out. 2018.

³³² FERREIRA, Olavo Augusto Vianna. ROMEU, Luciana Campanelli. A aplicação da modulação temporal pelo Supremo Tribunal Federal: Casos julgados e propostas de alguns limites. In: GARCIA,

Diante da inconstitucionalidade declarada, os ministros do Supremo analisaram o pedido realizado pelo Instituto Nacional do Seguro Social para modular os efeitos da decisão. Todavia, não houve a modulação solicitada, embora a Ministra Ellen Gracie tenha tido opinião diversa, sendo voto vencido, portanto.³³³

O voto da referida Ministra fundamentou-se na precaução de possíveis “enxurradas de ações na justiça de primeiro grau”.³³⁴ No presente trabalho, com toda vênua, não se corrobora o fundamento da Ministra Ellen Gracie, pois como já frisado reiteradamente, tal argumento não propõe segurança jurídica, estabelece, em verdade, o oposto.

Feitas tais considerações impede abordar a modulação de efeitos realizada por Cortes Estaduais, a citar interessante jurisprudência baiana proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0303489-40.2012.8.05.0000:

DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEIS MUNICIPAIS 8.167/2012, 8.378/2012 e 8.379/2012. ALTERAÇÃO DE PLANO DIRETOR. MUNICÍPIO DE SALVADOR. AUSÊNCIA DE PARTICIPAÇÃO POPULAR. AFRONTA À CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DA BAHIA. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA. EFEITOS. MODULAÇÃO. POSSIBILIDADE. ART. 27 DA LEI N. 9.868/99. PRESERVAÇÃO DO INTERESSE DA COLETIVIDADE. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

Foi possível reconhecer no caso supracitado que é necessário garantir a efetiva participação popular no Plano Diretor do Desenvolvimento Urbano a participação popular e que, até a mesmo a alteração deste PDDU necessita de tal participação. Caso não haja a integração popular considerar-se-á que há vícios a serem dirimidos. No caso em tela, o Tribunal de Justiça da Bahia entendeu pela inconstitucionalidade de diversos artigos³³⁵ e das Leis 8.378/12 e 8.379/12.³³⁶

Maria. (Coord.). **Revista de direito constitucional e internacional**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 76. 2011, p, 270.

³³³ FERREIRA, Olavo Augusto Vianna. ROMEU, Luciana Campanelli. A aplicação da modulação temporal pelo Supremo Tribunal Federal: Casos julgados e propostas de alguns limites. *In*: GARCIA, Maria. (Coord.). **Revista de direito constitucional e internacional**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 76. 2011, p, 270.

³³⁴ *Ibidem*, p, 276.

³³⁵ arts. 4º, I a VIII, 14, 15, 16, 17, caput e §3º, 20, 21, 23, 24, parágrafo único, 25, II, 33, 36, caput e §3º, 40, 41, II, 42, 45, 52, III, 53, 55, III e IV, alínea a, 56, I, alínea a, II, alínea a, e III a V, 57, I e III, 59, caput e §4º, 76, III, 78, II, 79, III, 84, I e IV, 85, 88, 89, 94, 95, 98, I e II, 100, I e IV, 119, I, alínea g, e II, alínea h, 123, 131, II, alínea b, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160 e 161 da Lei Municipal n. 8.167/2012, bem assim, em sua integralidade, as Leis n. 8.378/12 e n.

Insta ainda frisar que na referida ADIN houve um confronto diretamente com a Constituição baiana, diferente do que foi visto até o presente momento, em que a ponderação era feita de acordo com a Constituição brasileira.

Adotou o Tribunal pela aplicação da modulação de efeitos baseando-se no excepcional interesse social, fundamentando, para tanto, que a modulação geraria efetivo benefício à coletividade.

Recente caso acerca da modulação de efeitos também no Tribunal de Justiça baiano foi proferido para atender o excepcional interesse público:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. IMPUGNAÇÃO AOS ARTS. 2º, I, II, III, VI, VII, VIII, IX, X, XI, XII; 3º, § 1º; 5º; E 8º DA LEI Nº 920 DE 23 DE FEVEREIRO DE 2011 DO MUNICÍPIO DE MORRO DO CHAPÉU. VIOLAÇÃO AO ART. 37, IX, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. NORMA DE REPRODUÇÃO OBRIGATÓRIA PELO PODER CONSTITUINTE DERIVADO DECORRENTE. PREVISÃO LEGAL DE CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES PARA FUNÇÕES ORDINÁRIAS DE ADMINISTRAÇÃO. AUSÊNCIA DE CARÁTER TEMPORÁRIO E EXCEPCIONAL. DESRESPEITO AOS REQUISITOS DO INSTITUTO DA CONTRATAÇÃO POR TEMPO DETERMINADO PARA ATENDER A NECESSIDADE TEMPORÁRIA DE EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO. PROCEDÊNCIA PARCIAL DA AÇÃO, DECLARANDO-SE A INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 2º, INCISOS I, II, III, VI, VII, VIII, IX, X, XI, XII; 3º, § 1º; 5º, I; E 8º, DA LEI Nº 920/2011 DO MUNICÍPIO DE MORRO DO CHAPÉU. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO PARA TER EFICÁCIA EX NUNC.³³⁷

No referido caso, em síntese, as normas impugnadas autorizavam a contratação temporária de servidores que atenderiam à necessidades permanentes, logo, seria impossível denomina-las como “transitórias de excepcional e relevante interesse público”.³³⁸

Ocorre que, no momento em que a administração pública contrata sem realizar o devido concurso público, resta a Constituição da Bahia ferida, já que em seu artigo

8.379/12. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 0005257-35.2016.8.05.0000, Relator: Júlio Cezar Lemos Travessa. DJ 08/11/2017. Disponível em: <<https://www2.tjba.jus.br/erp-portal/publico/jurisprudencia/consultaJurisprudencia.xhtml>>. Acesso em: 18 out. 2018.

³³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 0005257-35.2016.8.05.0000, Relator: Júlio Cezar Lemos Travessa. DJ 08/11/2017. Disponível em: <<https://www2.tjba.jus.br/erp-portal/publico/jurisprudencia/consultaJurisprudencia.xhtml>>. Acesso em: 18 out. 2018.

³³⁷ *Ibidem, loc.cit.*

³³⁸ *Ibidem, loc.cit.*

14³³⁹, *caput* há disposição acerca da temática, bem como institui a Constituição da República em seu artigo 37, II.³⁴⁰

Assim, como já foi visto no presente trabalho em tópico anterior a doutrina majoritária acredita ser impossível modular os efeitos em favor dos entes públicos, logo, não se observa segurança jurídica no momento em que há julgamento contrário aos interesses do cidadão tampouco interesse social.³⁴¹

O que se percebe, é que no momento em que se indica a impossibilidade de modulação em favor dos entes estatais observa-se doutrina fortemente tributária, seja ao ilustrar-se a posição com exemplos tributários ou ainda no que tange a própria doutrina, que é predominantemente tributarista.

No entanto, defende Ravi Peixoto que há possibilidade de garantir a segurança jurídica ainda que resguarde os direitos do ente estatal. Afirma o autor que o ente público poderá requerer sua tutela jurisdicional, pois acredita o doutrinador que há uma negociação igualitária e uma “submissão de ambos ao mesmo estatuto jurídico”.³⁴²

Assevera ainda que não se pode impedir que seja realizada a modulação de efeitos em favor do Estado com fulcro na possibilidade de criação de outros textos normativos inconstitucionais, já que, conforme o jurista, isso não incentivaria a edição de outros textos inconstitucionais, já que o Poder Judiciário estaria apto a barrar a criação de uma lei eivada de vícios. Crê, então, que haveria possibilidade da modulação em favor do Ente estatal.³⁴³

³³⁹ Art. 14. A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvada a nomeação para cargo em comissão, declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

³⁴⁰ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

³⁴¹ PEIXOTO, Ravi. A modulação de efeitos em favor dos entes públicos na superação de precedentes: uma análise da sua (im)possibilidade. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda. **Revista de processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 246. p. 382.

³⁴² *Ibidem*, *loc.cit.*

³⁴³ *Ibidem*, *loc.cit.*

Sustenta, por fim, que o estado poderia ser agraciado com a incidência da segurança jurídica bem como da confiança legítima, caso preenchidos os seus requisitos, podendo, portanto, beneficiar o particular bem como o Ente estatal.³⁴⁴

Cumpra esclarecer ainda que este não é o posicionamento, em regra, da jurisprudência³⁴⁵, pois entende-se aqui que os precedentes ao agraciarem o Estado não o fazem de forma explícita, demonstram, na verdade, o argumento da segurança jurídica, como nos casos já evidenciados de tributário, por exemplo.

Em ato contínuo, é de suma importância trazer ao presente trabalho parte da ementa do julgado referente à ADI 2.010, com o fulcro de ilustrar a posição já evidenciada pelo Supremo acerca desta temática:

RAZÕES DE ESTADO NÃO PODEM SER INVOCADAS PARA LEGITIMAR O DESRESPEITO À SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. - A invocação das razões de Estado - além de deslegitimar-se como fundamento idôneo de justificação de medidas legislativas - representa, por efeito das gravíssimas conseqüências provocadas por seu eventual acolhimento, uma ameaça inadmissível às liberdades públicas, à supremacia da ordem constitucional e aos valores democráticos que a informam, culminando por introduzir, no sistema de direito positivo, um preocupante fator de ruptura e de desestabilização político-jurídica. Nada compensa a ruptura da ordem constitucional. Nada recompõe os gravíssimos efeitos que derivam do gesto de infidelidade ao texto da Lei Fundamental. A defesa da Constituição não se expõe, nem deve submeter-se, a qualquer juízo de oportunidade ou de conveniência, muito menos a avaliações discricionárias fundadas em razões de pragmatismo governamental. A relação do Poder e de seus agentes, com a Constituição, há de ser, necessariamente, uma relação de respeito. Se, em determinado momento histórico, circunstâncias de fato ou de direito reclamarem a alteração da Constituição, em ordem a conferir-lhe um sentido de maior contemporaneidade, para ajustá-la, desse modo, às novas exigências ditadas por necessidades políticas, sociais ou econômicas, impor-se-á a prévia modificação do texto da Lei Fundamental, com estrita observância das limitações e do processo de reforma estabelecidos na própria Carta Política. A DEFESA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA REPRESENTA O ENCARGO MAIS RELEVANTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. - O Supremo Tribunal Federal - que é o guardião da Constituição, por expressa delegação do Poder Constituinte - não pode renunciar ao exercício desse encargo, pois, se a Suprema Corte falhar no desempenho da gravíssima atribuição que lhe foi outorgada, a integridade do sistema político, a proteção das liberdades públicas, a estabilidade do ordenamento normativo

³⁴⁴ PEIXOTO, Ravi. A modulação de efeitos em favor dos entes públicos na superação de precedentes: uma análise da sua (im)possibilidade. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda. **Revista de processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 246. p. 382.

³⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2010 MC, Relator: Min. CELSO DE MELLO. DJ 12/04/2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000018002&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 18 out. 2018.

do Estado, a segurança das relações jurídicas e a legitimidade das instituições da República restarão profundamente comprometidas. O inaceitável desprezo pela Constituição não pode converter-se em prática governamental consentida. Ao menos, enquanto houver um Poder Judiciário independente e consciente de sua alta responsabilidade política, social e jurídico-institucional.³⁴⁶

Desse modo, demonstrada a divergência doutrinária que divide alguns doutrinadores, é oportuno esclarecer que no presente trabalho não se corroborará a tese de Ravi Peixoto, aproximando-se, portanto, da doutrina majoritária vista anteriormente, qual seja: a impossibilidade de modulação dos efeitos em prol do Estado.

Entende-se, no referido posicionamento, que o cidadão é, efetivamente, hipossuficiente na relação estatal, não há que se falar em igualdade neste caso. E ainda, não se entende como justo o entendimento de favorecimento do Estado em prol de uma suposta segurança jurídica quando o interessado for o ente estatal. Não há que se coadunar com o pensamento de lesar quem agiu de boa fé e, por inércia judiciária ou do próprio estado, restou prejudicado.

Tratou-se no presente tópico acerca de casos ilustrativos e exemplificativos, o que reitera a necessidade aplicar a cada caso concreto a ponderação dos bens jurídicos conflitantes, quais sejam: àqueles protegidos por normas constitucionais que fundamentem a aplicação da modulação de efeitos; de outro lado, àqueles protegidos pela norma constitucional violada que possuem fundamento para atribuição dos efeitos retroativos à declaração de inconstitucionalidade.³⁴⁷

Assim, será possível adentrarmos no tópico final do presente capítulo, analisando a discricionariedade dos operadores de direito no que diz respeito à modulação de efeitos, analisando uma possível atuação política.

³⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2010 MC, Relator: Min. CELSO DE MELLO. DJ 12/04/2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000018002&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 18 out. 2018.

³⁴⁷ ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p.111.

4.3 (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA MODULAÇÃO TEMPORAL

Diante de todo o exposto no presente trabalho, sabe-se que a limitação temporal dos efeitos é possível através do artigo 27 da Lei 9868/99 (nos casos de ADI e ADC) ou ainda através do artigo 11 da Lei 9882/99 (quando trata-se de ADPF). São necessários para tanto 2 quesitos, previstos na norma legal; são eles: excepcional interesse social ou segurança jurídica e quórum de 2/3 dos membros do Supremo.

Diante disso há quem sustente que tais artigos são inconstitucionais, seja por haver rompimento com o dogma da nulidade ou porque tais efeitos decorrem de norma legal, rompendo, diante disso, com a supremacia constitucional por se reconhecer a validade de algo que vai de encontro ao que prega a Constituição.

Nesse sentido, Ana Ávila esclarece que não deverá haver raciocínio absoluta acerca do dogma da nulidade, mas sim com uma espécie de preferência. Enquanto, de outro modo, encontra-se a modulação de efeitos, como exceção à regra. Sustenta a autora que é necessário estabelecer em qual situação a “preservação dos efeitos da norma inconstitucional é também o meio de superação da supremacia da Constituição”.³⁴⁸

Há ainda os defensores do artigo 27 por tratar-se a nulidade da lei inconstitucional como uma presunção relativa e não absoluta, assim, tratar-se-ia se uma espécie de regra de preferência. Haveria, sobre essa perspectiva, uma alternativa para as situações em que a retroação gere resultado ainda mais inconstitucional que o reconhecimento da própria norma invalidada.³⁴⁹

Em ato contínuo ao pensamento esclarecido, a norma estabelecida no artigo 27 foi objeto de Ação Direta de Constitucionalidade³⁵⁰ bem como o artigo 11 da Arguição de Preceito Fundamental,³⁵¹ respectivamente apensadas em face da identidade

³⁴⁸ ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p.69.

³⁴⁹ *Ibidem*, p.111.

³⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2258. Relator: Min. Dias Toffoli Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1835254>>. Acesso em: 30 out. 2018.

³⁵¹ *Ibidem*, *loc. cit.*

parcial dos objetos e distribuídas por prevenção ao Ministro Sepúlveda Pertence. Atualmente, entretanto, houve substituição pelo Ministro Dias Toffoli.³⁵²

Instaurada pela CNPL – entidade sindical de representação nacional das profissões liberais e regulamentadas - a Ação Direta de Inconstitucionalidade com pedido de medida cautelar fundamenta a necessidade da concessão de cautelar com fulcro em possível perecimento de direito, em ato contínuo solicita ainda a referida petição a negativa da vigência e aplicabilidade do artigo 26³⁵³ da Lei 9868/99 que impossibilita ação rescisória que tenha por objeto as sentenças prolatadas nas ações diretas de inconstitucionalidade bem com declaratória, permitindo, portanto, o ajuizamento de tal ação.

Por fim, requer ainda a ADI - pedido este que é de maior interesse do presente trabalho – que as decisões que proclamem a inconstitucionalidade das normas tenha efeito *ex tunc*, reconhecendo, para tanto, o dogma da nulidade, dominante no ordenamento brasileiro, e não excepcionando, em nenhum caso, este efeito retrospectivo.³⁵⁴

Assevera o Autor da ação que a norma tida como inconstitucional não merece sequer um minuto como válida, tornando-se “intolerável”. Sustenta, com base na tese de Manoel Gonçalves Filho que essa possibilidade gerará situações desiguais, vez que uma lei já declarada inconstitucional será considerada como se válida fosse durante certo período e ainda acrescenta que a aplicação deste dispositivo em âmbito tributário importa em verdadeiro confisco.

Já a ADI nº 2258 foi proposta pelo Conselho Federal dos Advogados e tratou de Ação Direta de Inconstitucionalidade com pedido de liminar. Requer, para tanto, que sejam suspensos o parágrafo 2º do artigo 11 da CFRB, o artigo 21 bem como o artigo 27 da Lei 9868/99. Pede ainda que após a declaração definitiva sejam considerados os artigos supracitados como inconstitucionais.³⁵⁵

³⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2258. Relator: Min. Dias Toffoli Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1835254>>. Acesso em: 30 out. 2018.

³⁵³ Para fins do devido trabalho não adentrar-se-á no mérito da inconstitucionalidade do artigo 27, pois o foco central da presente pesquisa consiste no artigo 27 e na possibilidade de atribuição do efeito *ex nunc* à decisões pontuais.

³⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2258. *Op.cit., loc.cit.*

³⁵⁵ *Ibidem, loc.cit.*

Fundamenta ainda a tese de que o artigo 27 contraria a jurisprudência reiterada do Supremo no sentido de aplicar o efeito *ex tunc* nos casos de declaração de inconstitucionalidade.

No que tange o mérito arguido acerca da inconstitucionalidade do artigo 27, é possível considerar que no mesmo sentido da ADI 2154 esclarece a ação proposta pela OAB que o artigo colocaria em risco o Estado democrático de direito³⁵⁶ e o princípio da legalidade³⁵⁷ e salienta ainda que tal dispositivo feriria a supremacia constitucional.³⁵⁸

Insta salientar que o Ministro Relator das Ações de Constitucionalidade ajuizadas decidiu pela inconstitucionalidade das leis e salientou ainda que ao declarar a inconstitucionalidade destas a desconstituição de tal decisão reestabeleceria a força das leis antes eliminada do ordenamento, o que geraria insegurança jurídica. Ressaltou ainda, no seu voto, que uma alteração desse porte apenas poderia ser realizada diante de emenda constitucional.³⁵⁹ Contudo, não prosperou a decisão do relator já que até o presente momento a referida ação não teve julgamento, vez que a Ministra Carmem Lucia pediu vista dos autos.

Entende-se que diante de tantas jurisprudências já invocadas deliberando acerca da modulação e da necessidade da exceção dos efeitos da nulidade os artigos não serão determinados inconstitucionais, não haveria possibilidade de desfazer todos os atos até o presente momento praticados.

4.4 A DISCRICIONARIEDADE DO SUPREMO E ATUAÇÃO POLÍTICA

³⁵⁶ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...].

³⁵⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

³⁵⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2258. Relator: Min. Dias Toffoli Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1835254>>. Acesso em: 31 out. 2018.

³⁵⁹ Embora o relator tenha proferido voto no sentido da inconstitucionalidade do artigo 27 da lei 9868, o julgamento foi suspenso por falta de quórum ante as ausências de 3 Ministros e do impedimento de Gilmar Mendes. *Ibidem, loc.cit.*

Modular os efeitos temporais é, em certa medida, ensejar uma solução inovadora, de natureza normativa, que garanta o impacto mais moderado da decisão, contudo, ainda que em estrita consonância com a autorização dada pelo legislador, poderá configurar um “convite ao ativismo” no momento em que proporciona exatamente um juízo de ponderação.³⁶⁰

Oportuno frisar que não há na lei ou na Constituição nenhum abalçamento acerca desta aplicabilidade; o que nos leva a entender que, efetivamente, o Supremo possui alta discricionariedade para envolver os conceitos colocados na norma legal como requisitos para modular os efeitos da decisão.

Inegável é, portanto, que o instituto da modulação abarca grande autonomia jurídica aos membros do Supremo, nesse sentido, basta suscitar a segurança jurídica para aderir aos efeitos futuros. Nesse sentido, questiona Andrei Pitten:

Mas que insegurança jurídica é essa? Se os preceitos são inconstitucionais e os contribuintes já versaram aos cofres públicos os valores exigidos pelo Fisco, a declaração da sua ilegitimidade jurídica deveria produzir o efeito de autorizá-los a postular a restituição do que pagaram ao arrepio da Constituição.

Ora, coaduna-se aqui com o questionamento relevante feito pelo autor no que diz respeito à devolução do valor pago, vez que pagou-se sobre algo que não deveria sequer ter existido. E nesse sentido é possível invocar a opinião do que aduz Rômulo Vinicius: não deverá o efeito futuro ser colocado em prol do estado, mas sim do cidadão, e é isto que engloba a segurança jurídica.³⁶¹

Assevera ainda Andrei Pitten que, em verdade, geraria efetivamente a segurança jurídica caso cumprida a efetividade dos direitos e garantias constitucionais, ou seja, não abalaria a certeza jurídica quanto aos vícios que ampliaram os prazos

³⁶⁰ MENDONÇA, Grace Maria Fernandes. O ativismo judicial na modulação temporal dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade. *In*: ARAÚJO, Nélida Maria de Brito. (Coord.) **Revista da AGU**. Brasília: EAGU, v. 15. 2002, p. 27.

³⁶¹ SOUZA, Rômulo Vinicius Nunes. Atuação do STF na modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. *In*: GARCIA, Maria. (Coord.). **Revista de direito constitucional e internacional**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 76. 2011, p. 56.

decadenciais e prescricionais tampouco afetaria a segurança jurídica do poder público de não ter, necessariamente, que “satisfazer pretensões já prescritas”.³⁶²

Assim, pode se observar, no que tange as decisões tributárias, que o fundamento “jurídico-constitucional” é baseado, normalmente, no interesse fazendário e, o Supremo Federal, a exemplo do RE 556.664 optou por “dissimular o real fundamento da sua decisão” alegando, para tanto, a segurança jurídica, no entanto, na realidade, designou o real interesse do Fisco.

Nesse sentido, fundamenta-se a modulação do seguinte modo³⁶³:

Essa proposta de modulação, inédita no âmbito do Supremo, foi feita pelo presidente da Corte, Ministro Gilmar Mendes, e tem o poder de garantir a necessária segurança jurídica na resolução da matéria. A Procuradoria da Fazenda Nacional havia se pronunciado, durante o julgamento de ontem, alegando que a questão envolve em torno de R\$ 96 bilhões, entre valores já arrecadados e em vias de cobrança pela União com base nas leis declaradas inconstitucionais.

Inquestionável a aplicação, portanto, de uma supressão dos princípios constitucionais em face de razões de conveniência econômica. Assim, “com a devida vênia, o STF afastou-se dos fundamentos de índole constitucional para, modulando os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, abrir espaço às razões de conveniência.”³⁶⁴

Desse modo, é possível que um determinado instituto, voltado para a guarda da segurança jurídica acabe por “instigar a própria insegurança” diante da discricionariedade dada ao órgão de cúpula.³⁶⁵

E nesse sentido, o que a doutrina teme é que o Supremo, visando manter a economia acabe por segregar direitos inerentes ao cidadão já que, como trabalhado no capítulo anterior, a segurança jurídica e o interesse excepcionais são temas

³⁶² VELLOSO, Andrei Pitten. A temerária “modulação” dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade em matéria tributária. In: ROCHA, Valdir de Oliveira. **Revista dialética de direito tributário**. São Paulo: Gráfica Palas Athena 2008, p. 8.

³⁶³ STF. **Plenário define efeitos do julgamento sobre prazos quanto à exigência de contribuições sociais.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=911116>>. Acesso em: 16 out. 2018.

³⁶⁴ NETO RAGHIANT, Ary. A declaração de inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/1991 e a modulação dos efeitos dessa decisão pelo STF. Breves considerações. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda. 2009, p. 322.

³⁶⁵ *Ibidem, loc.cit.*

vagos e que detêm grandes entraves acerca do seu real significado, vez que não estão delimitados legalmente tampouco constitucionalmente.

Insta salientar o posicionamento de Olavo Viana e Luciana Campanelli no sentido de que há, muitas vezes, supressão dos direitos fundamentais quando se confia a interpretação da Constituição ao Supremo.³⁶⁶

De outro modo, trata-se o artigo 27 da Lei 9868/99 de instituto com grande valia para o ordenamento jurídico brasileiro, com extrema relevância para a paz social, quando utilizado excepcionalmente e “materializável sob a forma de interesse social”.³⁶⁷

Asseverou Celso de Mello, há mais de uma década, que haveria impossibilidade de invocar razões de estado para “legitimar o desrespeito à supremacia da Constituição da República”. Considerou que invocar razões de Estado acabam por “deslegitimar” qualquer fundamento idôneo de justificação de medidas legislativas.³⁶⁸

Complementa ainda que a Guarda constitucional é responsabilidade do Supremo Tribunal Federal e, diante disso, caso falhe em seu desempenho tal ato gerará um provável efeito dominó, gerando uma ruptura com a segurança jurídica, a legitimidade das instituições da República e ainda com o ordenamento jurídico, como um todo.³⁶⁹

Nesse sentido, coaduna-se com o posicionamento do jurista. É necessário respeitar a primazia da Constituição e tê-lo como um dever de todo agente estatal - inclusive, é impossível limitar tal feito a apenas um ou alguns agentes – sendo impossível ignorar os preceitos da Carta Magna tampouco arguir a inobservância dos princípios constitucionais sob o entendimento de satisfazer necessidades políticas ou socioeconômicas.

³⁶⁶ FERREIRA, Olavo Augusto Vianna. ROMEU, Luciana Campanelli. A aplicação da modulação temporal pelo Supremo Tribunal Federal: Casos julgados e propostas de alguns limites. *In*: GARCIA, Maria. (Coord.). **Revista de direito constitucional e internacional**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 76. 2011, p, 274.

³⁶⁷ NETO RAGHIANI, Ary. A declaração de inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/1991 e a modulação dos efeitos dessa decisão pelo STF. Breves considerações. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda. 2009, p. 322

³⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2010 MC, Relator: Min. CELSO DE MELLO. DJ 12/04/2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000018002&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 15 out. 2018.

³⁶⁹ *Ibidem*, *loc. cit.*

Por fim, abordadas as devidas temáticas entende-se que o poder discricionário atribuído ao órgão julgador da modulação de efeitos é inovador, como dito, e caso o Supremo ou o Tribunal de Justiça não saibam utilizá-lo, restou-se evidente que os efeitos serão irreparáveis. Portanto, não deverá fundamentar-se em questões meramente políticas, vez que esse posicionamento poderá decisivo para o denominado “efeito dominó” no ordenamento jurídico.

5 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto na presente pesquisa é possível verificar que o controle de constitucionalidade é uma forma de observar a compatibilização das leis e atos normativos perante a Carta Magna. Nesse sentido, tem-se como premissas fundamentais a rigidez e supremacia constitucional. Portanto, oportuno se faz observar a presença destes requisitos bem como a sua compatibilidade com a Constituição.

Caso aja desconformidade com a *Lex Mater*, o ato ou a lei desconforme deverá ser considerada inconstitucional e, em seguida, retirada do ordenamento jurídico, retornando ao *status quo ante* e assim, retornar-se-á ao respeito constitucional inicialmente estabelecido.

De outro modo, existem situações em que não há possibilidade de desfazer os atos já praticados, como visto exaustivamente no presente trabalho, ilustrado pelo caso emblemático de Mira Estrela e do Município de Luís Eduardo. Ora, não existe possibilidade de desconstruir certos atos já praticados, vez que a desconstrução de tais atos geraria insegurança jurídica e causaria surpresa para toda a população.

Nesse esteio, iniciou-se a possibilidade de admitir a flexibilização do dogma da nulidade adotado pelo ordenamento jurídico. Insta frisar que não se estabeleceu na Constituição a necessidade de utilização deste efeito *ex tunc*, utilizado como dogma, em verdade, construiu-se tal efeito a partir de construção doutrinária e jurisprudencial, portanto, não há qualquer efeito, neste sentido, que decorra da Constituição.

A mitigação do dogma da nulidade é adotada, atualmente, com ressalvas. É inegável que em determinadas situações não seja cabível aplicar efeitos retroativos quando há declaração de inconstitucionalidade assim como, entende-se no presente trabalho, ser impossível constituir uma rigidez acerca desse entendimento. Existem casos em que será necessário aplicar efeitos *ex tunc* enquanto haverá também a possibilidade de aplicar efeitos *ex nunc*.

Nesse sentido, entendendo a necessidade desta mitigação bem como flexibilização da regra da nulidade, a Lei 9868/99 e 9882/99 estabeleceu em seus artigos 27 e 11, respectivamente, a possibilidade de modular efeitos diante da inconstitucionalidade.

No que tange a inconstitucionalidade destas leis, evidenciadas através das ADINs, entende-se que não há, efetivamente, desrespeito à supremacia constitucional, vez que a determinação dos efeitos ex nunc não decorrem de norma constitucional. Ora, não há na Constituição nada que determine o dogma da nulidade. Portanto, tem-se uma construção jurisprudencial, logo, não há desrespeito à supremacia constitucional.

Apesar das críticas, entende-se que os dispositivos estudados, na realidade, evidenciam a vontade do legislador que prega pela segurança jurídica. Portanto, são constitucionais. Contudo, é necessário que o Supremo Tribunal Federal ao realizar a declaração de inconstitucionalidade tenha muita cautela, pois entende-se que houve, certo descuido do legislador ao colocar como requisitos princípios tão vagos, atribuindo tamanha discricionariedade ao STF.

Por ser assim, a aplicação deste instituto poderá ameaçar a segurança jurídica assim como poderá mantê-la, tudo depende do modo como o Supremo fará a sua aplicação. Trata-se de legislação que atribui poderes altamente discricionários ao STF, entretanto, não será possível decidir baseado em qualquer tipo de discricionariedade, as decisões que fundamentem a modulação deverão ser bem delimitadas e justificadas.

Entende-se, na presente pesquisa, que o ideal seria estabelecer mais requisitos para atribuir os efeitos ex nunc às decisões que declaram a inconstitucionalidade de ato normativo ou de Lei. Assim, seria afastada a excessiva discricionariedade que atua neste instituto, fazendo com que haja uma insegurança no âmbito jurídico, já que muitas vezes, como visto, o Supremo escolhe por modular com fulcro em decisões políticas, o que fica muito claro nas decisões em âmbito tributário.

Conclui-se, por fim, que atribuir rigidez ao entendimento acerca da aplicação da nulidade ou anulabilidade é algo, no mínimo, ultrapassado. Muitas vezes as mitigações serão necessárias para manter a expectativa do cidadão de direito que agiu de boa fé, em nome do interesse social ou da efetiva segurança jurídica. Importa ainda acrescentar que trata-se de instituto de grande valia para o

ordenamento jurídico brasileiro, porém, pouco conhecido e discutido na doutrina, o que incentiva o Supremo a agir fora dos moldes necessários, coadunando com situações políticas e econômicas.

Portanto, a modulação - caso realizada - deverá ser declarada visando a segurança jurídica dos cidadãos e jamais do interesse estatal. É necessário preservar, com isso, a coisa julgada e a não surpresa, declarando aquilo que seja mais coerente e que vise, de modo efetivo, a justiça social. Para isso, caso sejam os artigos 27 e 11 das Leis 9868/99 e 9882/99 declarados constitucionais, o Supremo deverá atuar com coerência, sem vislumbrar interesse político. Portanto, reitera-se o exposto: serão necessários novos requisitos para estabelecer maior limitação ao órgão de cúpula.

Conclui-se, por fim, que a modulação já foi reiteradamente utilizada no ordenamento jurídico brasileiro, desconstituí-la geraria surpresa para aqueles que foram agraciados por seus efeitos e que agiram de boa fé. Não se trata meramente de desconstituir um artigo e declara-lo inconstitucional, pois deste instituto já decorreram muitos efeitos e inclusive, ao desfazê-lo, automaticamente haveria a intransigência do dogma da nulidade, não aceitando, portanto, a sua flexibilidade. Logo, conclui-se com a seguinte reflexão: diante da inconstitucionalidade do artigo que se refere à modulação - com o fundamento de manutenção da segurança jurídica e excepcional interesse social - qual seria o posicionamento do Supremo senão pela sua própria modulação? Compreende-se, portanto, que a efetividade da segurança jurídica depende da mitigação do dogma da nulidade, caso contrário, é possível, inclusive, que reste ferido tal princípio, sendo, portanto, ainda mais inconstitucional que a aplicação, durante certo período da lei declarada inconstitucional.

REFERÊNCIAS

AFONSO da SILVA, José. 40.ed., **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros. 2017

AGRA, Walber De Moura, 8.ed., **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. Walber de Moura. O sincretismo da jurisdição constitucional brasileira, In: NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras complementares de direito constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2008.

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

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 343.

BARBOSA, Rui. **Os atos de inconstitucionais do Congresso e do Executivo**. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962.

BARROSO, Luís Roberto, 2.ed. **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Luís Roberto, 7.ed., **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2016.

BEZERRA, Paulo César Santos. **Lições de Teoria Constitucional e de direito constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2007.

BITTENCOURT, Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BONAVIDES, Paulo. 28.ed. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2013.

BRASIL. **Lei 9.868**, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de

constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF, 10 nov. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm>. Acesso em: 28 set. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 set. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 jul. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2258. Relator: Min. Dias Toffoli Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1835254>>. Acesso em: 30 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2258. Relator: Min. Dias Toffoli Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1835254>>. Acesso em: 30 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2258. Relator: Min. Dias Toffoli Disponível em: <[http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1835254Conforme ADI nº 2154 e ADI nº 2258](http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1835254Conforme%20ADI%20n%202154%20e%20ADI%20n%202258)>. Acesso em: 30 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2258. Relator: Min. Dias Toffoli Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=1807999>>. Acesso em: 30 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2258. Relator: Min. Dias Toffoli Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=1835254>>. Acesso em: 30 set.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RECURSO ESPECIAL nº 361.829. Relatora: Ministra Ellen Gracie, DJ 19 mar. 2010; Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=1058>>. Acesso em: 08 mai. 2018.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 6.ed. [tradução: Aroldo Plínio Gonçalves]. Porto Alegre, Fabris 1984.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Da declaração de Inconstitucionalidade e seus efeitos em Face das Leis nº 9.868 e 9.882/99. *In*: Daniel Sarmiento (Org.). **O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CLÈVE, Clemerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2000.

CONTINETINO, Marcelo Casseb. **Relação e tensão entre o controle difuso e concentrado de constitucionalidade no Brasil: uma abordagem histórica**. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=9e91a17c43b4ebae>>. Acesso em: 17 ago. 2018.

CORREIO, Bruno Ortigara Dellagerisi; MORAIS, Fausto Santos. **Modulação e abstrativização do efeito difuso: estudo de caso**. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/viewFile/22585/17607>>. Acesso em: 13 out. 2018.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Lei de Desapropriação: Constituição de 1988 e leis ordinárias**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

CUNHA JUNIOR, Dirley da, 9.ed., **Controle de constitucionalidade teoria e prática**, Salvador: Juspodivm, 2017, p. 104.

D'AREDE, Arthur de Oliveira. Modulação de efeitos em decisões judiciais no STF: Uma análise comparada da ADI 2240 e do leading case "Linkletter v. Walker. *In*: Gabriel Dias Marques da Cruz (Coord.). **Estudos de controle de Constitucionalidade**. Salvador: Faculdade Baiana De Direito.

DIDIER, Fredie. **Panorama sobre o novo sistema de controle difuso de constitucionalidade das leis no direito brasileiro**. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/artigos/panorama-sobre-o-novo-sistema-de-controle-difuso-de-constitucionalidade-das-leis-no-direito-brasileiro/>>. Acesso em: 16 de mai. de 2018.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 126.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna. ROMEU, Luciana Campanelli. A aplicação da modulação temporal pelo Supremo Tribunal Federal: Casos julgados e propostas de

alguns limites. In: GARCIA, Maria. (Coord.). **Revista de direito constitucional e internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 76. 2011, p, 274.

GEORGAKILAS, Ritinha Alzira Stevenson, A Constituição e sua supremacia. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio (Coord.). **Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia**. São Paulo: Atlas, p. 101.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Direito Processual constitucional. **Revista Magister de Direito Civil e processual civil**. Porto Alegre: Magister ano V, n.25 jul/ago, 2004.

KELSEN, Hans. [tradução: João Baptista Machado]. 6.ed. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOURENÇO, Rodrigo Lopes. **Controle de constitucionalidade à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Forense. 1999.

CRUZ, Gabriel Dias Marques. **Incidente de Inconstitucionalidade e Cadastro Nacional de Decisões: Duas Soluções para um Modelo Complexo**. Disponível em:

<http://www.academia.edu/31945094/Incidente_de_Inconstitucionalidade_e_Cadastro_Nacional_de_Decis%C3%B5es_Duas_Solu%C3%A7%C3%B5es_para_um_Modelo_Complexo>. Acesso em: 13 out. 2018.

MARTINS, Flávia Bahia. 9.ed., **Direito constitucional**. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, 12.ed., **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENDONÇA, Grace Maria Fernandes. O ativismo judicial na modulação temporal dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade. In: ARAÚJO, Nélida Maria de Brito. (Coord.). **Revista da AGU**. Brasília: EAGU, v. 15. 2002.

MIRANDA, JORGE. Sobre o direito Constitucional comparado. In: CARVALHO FILHO, Carlos Henrique (Coord.). **Revista de direito constitucional e internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 55. 2006.

MORAES, Alexandre de. 28.ed., **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2012.

NETO RAGHIANT, Ary. A declaração de inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/1991 e a modulação dos efeitos dessa decisão pelo STF. Breves considerações. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda. 2009.

NEVES, André Luiz Batista. **Introdução ao Controle de Constitucionalidade**. Juspodivm, 2007.

NOVELINO, Marcelo, **Teoria da constituição e controle da constitucionalidade**. Salvador: Juspodivm, 2008.

PEIXOTO, Ravi. A modulação de efeitos em favor dos entes públicos na superação de precedentes: uma análise da sua (im)possibilidade. In: WAMBIER, Teresa Arruda. **Revista de processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 246.

POLETTI, Ronaldo. 2.ed. **Controle de Constitucionalidade das Leis. Os Casos Americanos e a História da Suprema Corte**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PRAVATO, Felipe. A Constituição e a legitimação da modulação dos efeitos. In: Luiz Guilherme Marinoni (Dir.). **Revista iberoamericana de derecho processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais.

ROCHA JUNIOR, Luis Clovis Machado da. **A decisão sobre os efeitos do ato inconstitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2014.

SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. In: Daniel Sarmento (Org.). **O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

SILVA NETO, Manoel Jorge e, 8.ed. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 275.

SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. **Direito processual constitucional**, 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SOUZA, Rômulo Vinicius Nunes. Atuação do STF na modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. In: GARCIA, Maria. (Coord.). **Revista de direito constitucional e internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 76. 2011.

STF. ADI: amianto e efeito vinculante de declaração incidental de inconstitucionalidade. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo886.htm>>. Acesso em: 01 set. 2018.

STF. Ministro Teori Zavascki abre divergência no julgamento sobre PLC 14/2013. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=241074&caixaBusca=N>>. Acesso em: 20 set. 2018.

STF. Plenário define efeitos do julgamento sobre prazos quanto à exigência de contribuições sociais. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=91116>>. Acesso em: 16 out. 2018.

STF. Segurança Jurídica e Modulação Temporal dos Efeitos (RE 442683/RS). Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo419.htm#transcricao4>>. Acesso: 21. ago.2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica, uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do advogado.

VELLOSO, Andrei Pitten. A temerária “modulação” dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade em matéria tributária. In: ROCHA, Valdir de Oliveira. **Revista dialética de direito tributário**. São Paulo: Gráfica Palas Athena 2008.

VELOSO, Zeno. 3.ed. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

ZICA, Mônica Guimarães. Coisa julgada e a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal (STF). In: CASTRO, João Antônio Lima. **Direito processual: Efetividade técnica constitucional**. Minas Gerais: Instituto de Educação Continuada, 2010.