



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**ROBERTA MENDONÇA VIEIRA TABOADA**

**A FORÇA IMPOSITIVA DAS AÇÕES DIRETAS DE  
INCONSTITUCIONALIDADE E A TEORIA DA MODULAÇÃO  
DOS EFEITOS TEMPORAIS:  
A CONTROVERSA CRIAÇÃO DO MUNICÍPIO DE  
LUIS EDUARDO MAGALHÃES**

Salvador  
2012

**ROBERTA MENDONÇA VIEIRA TABOADA**

**A FORÇA IMPOSITIVA DAS AÇÕES DIRETAS DE  
INCONSTITUCIONALIDADE E A TEORIA DA MODULAÇÃO  
DOS EFEITOS TEMPORAIS:  
A CONTROVERSA CRIAÇÃO DO MUNICÍPIO DE  
LUIS EDUARDO MAGALHÃES**

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. Fábio Periandro de Almeida Hirsch

Salvador  
2012

**TERMO DE APROVAÇÃO****ROBERTA MENDONÇA VIEIRA TABOADA****A FORÇA IMPOSITIVA DAS AÇÕES DIRETAS DE  
INCONSTITUCIONALIDADE E A TEORIA DA MODULAÇÃO  
DOS EFEITOS TEMPORAIS:  
A CONTROVERSA CRIAÇÃO DO MUNICÍPIO DE  
LUIS EDUARDO MAGALHÃES**

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, \_\_\_\_/\_\_\_\_/ 2012

Aos meus filhos,  
Na esperança de um dia servir-lhes de  
exemplo e orgulho, todo meu amor e  
dedicação.

## **AGRADECIMENTOS**

Ao meu marido e amigo Leonardo Taboada, cujo amor me fortaleceu, pela linda parceria e enorme compreensão. Sem você meus sonhos seriam somente sonhos!

Aos meus pais, Roberto e Tânia, pelo apoio incessante e grande estímulo. É uma dádiva poder contar com suas amizades e presença, somente assim, tudo isto se fez possível!

Ao meu orientador, Professor Dr. Fábio Periandro pela compreensão com a minha ausência e correria, em tempos de nova maternidade!

Aos meus colegas e amigos, pelas palavras de encorajamento e pela união em tempos de muito estudo. Será um prazer dividir esta vitória!

“Não sabendo que era impossível, **foi lá e fez**”  
Jean Cocteau

## RESUMO

O presente trabalho dedica-se ao estudo da aplicação da modulação dos efeitos temporais da sentença declaratória de inconstitucionalidade. Tal problemática se mostra deveras importante, face às constantes mudanças sociais, políticas e, por que não, jurídicas que se configuram em nossa sociedade. Nesta conjuntura, atêm-se ao fenômeno da mitigação da aplicação impiedosa do dogma da nulidade em situações nas quais as consequências implicarão em prejuízo efetivo à direitos concedidos pelo texto constitucional. Para tanto, tem como objeto central de apreciação a Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 2240, referente à criação do Município de Luis Eduardo Magalhães. Inicialmente, lança olhar sobre o instituto do controle de constitucionalidade, suas modalidades, fitando de maneira específica, o controle centrado por meio da ação direta de inconstitucionalidade. Sobre esta, desvenda conceito, requisitos, legitimidade para a propositura e efeitos, dando atenção especial à estreita relação entre inconstitucionalidade e nulidade. Acerca da ADI 2240, apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, apresenta os principais questionamentos levantados em seu julgamento, evidenciando a consonância na escolha pela aplicação da limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade do município em foco, em favor das razões de segurança jurídica e excepcional interesse social. Dedicar-se ainda à ponderação crítica acerca da aplicação da limitação dos efeitos de inconstitucionalidade no Direito Estrangeiro e Pátrio, por meio do artigo n°27 da Lei 9.868/99.

**Palavras-chave:** Constituição; Controle de constitucionalidade; Modulação dos Efeitos; Ação direta de Inconstitucionalidade; Nulidade; Segurança jurídica.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
<b>2. DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....</b>	<b>13</b>
2.1 CONCEITO.....	13
2.2 PRESSUPOSTOS.....	16
2.2.1 A Constituição Formal.....	16
2.2.2 A Supremacia da Constituição, a norma jurídica fundamental.....	16
2.3 MODALIDADES.....	19
2.3.1 Controle Difuso.....	21
2.3.2 Controle Concentrado.....	23
2.4 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.....	26
2.4.1 Legitimidade para a propositura .....	27
2.4.2 Efeitos .....	31
<b>3. TEORIA DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS.....</b>	<b>33</b>
3.1 A MODULAÇÃO DOS EFEITOS NO DIREITO BRASILEIRO.....	34
3.1.1 O caso Mira Estrela.....	39
3.2 DIREITO ESTRANGEIRO.....	42
3.2.1 O Sistema Austríaco e a contribuição Kelseniana.....	42
3.2.2 A aplicação no Direito Norte Americano e a inconstitucionalidade prospectiva – “ <i>the unconstitutional statute is not law at all</i> ”.....	43
3.2.3 A experiência do Direito Português – artigo 282, IV da Constituição Lusitana.....	45
<b>4. ADI 2240 – A CONTROVERSA CRIAÇÃO DO MUNICÍPIO DE LUIS EDUARDO MAGALHÃES.....</b>	<b>47</b>
4.1 O EXERCÍCIO DA AUTONOMIA NA CRIAÇÃO DO MUNICÍPIO E A INCONSTITUCIONALIDADE FLAGRANTE.....	47
4.2 ADI 2.240 – A APLICAÇÃO DO DIREITO NUMA PERSPECTIVA CONSCIENTE.....	50
4.3 ARTIGO 27 DA LEI 9.868/99 E SUA REPERCUSSÃO.....	56

<b>4.3.1 Segurança jurídica e excepcional interesse social, uma interpretação ampliada.....</b>	<b>59</b>
<b>4.3.2 A possibilidade da limitação dos efeitos no controle difuso.....</b>	<b>63</b>
<b>4.3.3 A mitigação da estreita relação entre inconstitucionalidade /nulidade.....</b>	<b>66</b>
<b>5. CRÍTICAS À MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.....</b>	<b>70</b>
<b>6. CONCLUSÃO.....</b>	<b>73</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>76</b>

## 1. INTRODUÇÃO

Como Estado Constitucional, representa a nossa *Lex Mater* exponencial supremo que rege atos e condutas em nossa sociedade. Nesse sentido, seu texto atua como delimitador do horizonte de possibilidades para elaboração de todo o arcabouço legislativo de uma nação e de condição de validade de todos os atos administrativos, legislativos e jurídicos.

No Constitucionalismo Moderno, a Constituição perde sua feição meramente política e se alça a diretriz social, concebida como norma jurídica fundamental e suprema, criada para desempenhar a função de garantia da ordem e modelo sócio político de um Estado. No universo das constituições rígidas, independentemente de seu conteúdo, seu texto tem natureza de norma, que se encerra num imperativo, num mandamento que impõe a obrigatoriedade de um comportamento. O modelo brasileiro mistura uma variedade de normas, ora impositivas, ora permissivas, mas este aspecto não lhe retira sua supremacia e nem por isso inibe sua função prioritária de manutenção da ordem nacional.

A manutenção da integralidade constitucional e sua imponência como ápice maior na pirâmide normativa, exigem a utilização de instrumentos que lhe proporcionem a blindagem necessária à sua imposição. O controle de constitucionalidade tem portanto, função essencial nesta guarda, reconhecendo e excluindo do cenário normativo dispositivos que confrontem os preceitos ditados pela Constituição vigente. Seja na modalidade difusa, quando o controle é confiado à atividade jurídica de análise do caso concreto, da lei em ação, ou na modalidade concentrada, realizada pelos Tribunais superiores na análise da lei em tese, abstrata, antes até de emanar seus efeitos sobre a sociedade.

Inicialmente, serão desvendados os contornos do controle de constitucionalidade concentrado, com atenção especial à ação direta de inconstitucionalidade. Conceito, requisitos e legitimidade serão abordados, com olhar estreito em relação a propagação dos efeitos e sua aplicabilidade. Nesta esteira, mostra-se essencial observar que haverá íntima relação entre o controle de constitucionalidade e imposição da teoria da nulidade das leis inconstitucionais, abraçada por nosso ordenamento como opção.

Para esta, o dispositivo cuja inconstitucionalidade for detectada deverá ser aniquilado do âmbito normativo vigente, extraíndo-se seus efeitos em alcance ultra temporal, rumo ao passado, desde seu nascimento. Neste sentido, negócios jurídicos, atos celebrados sob sua tutela e presunção de validade, perderão efeito, serão lançados à inexistência, como se nunca antes houvessem existido.

Contudo, a aplicação de um direito dotado de coerência e sincronicidade com os atuais cenários sociais e jurídicos mundiais, requer uma releitura dos dogmas e posicionamentos construídos em bases outrora relevantes. Neste sentido, a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade surge como saída primaz ante à simples aplicação do dogma da nulidade, cujo condão fulmina de maneira certa todos os atos realizados sob o patrocínio da norma infectada.

Neste diapasão, é primaz desvendar a utilização da técnica de limitação dos efeitos da sentença no âmbito do direito estrangeiro, com foco nos modelos norte americano, debruçado sobre o controle difuso e valorização da tendência jurisprudencial; no modelo austríaco, de foco concentrado, expresso por um só órgão regulador, modelo de maior afeição ao direito brasileiro e no modelo português, cuja opção pela liberdade da modulação dos efeitos tem sede em texto constitucional.

Na esfera do direito pátrio, será objeto central de análise a ação direta de inconstitucionalidade nº 2240, que declarou a inconstitucionalidade da Lei criadora do município de Luis Eduardo Magalhães, no interior do Estado da Bahia. Nesta oportunidade, apresentou-se como opção a limitação dos efeitos da inconstitucionalidade declarada, ponderada pelo reconhecimento de real atentado à segurança jurídica e apelo social, no caso da deflagração de efeitos retroativos fulminantes à declaração.

Neste sentido, a posição jurisprudencial tem se mostrado favorável à adoção da técnica em foco, consagrada no texto da Lei nº 9.868/99 que, ao tratar dos procedimentos para a propositura e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade, apresenta a opção da limitação dos efeitos da declaração ante a razões de segurança jurídica e excepcional interesse social, em seu artigo nº27.

Restará claro, pois, que a opção de modelos alternativos na construção das decisões judiciais se mostra saída coerente no direito contemporâneo. A aplicação

pura e simples da nulidade atroz se mostrará em descompasso em casos específicos. Nestes, ao invés de ater-se à regra positivada, inerte, que demanda a nulidade como consequência da inconstitucionalidade, deverá o operador do direito realizar exercício reflexivo concernente aos efeitos fáticos da decisão proferida. E, em casos em que a irradiação dos efeitos ao passado se apresentar como ameaça à própria integridade do direito e ao texto constitucional, a nulidade se inclinará ante a aplicação de um direito consciente, por via da modulação dos efeitos temporais da sentença.

## 2 DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

### 2.1 CONCEITO

Enquanto ordem jurídica fundamental, a Constituição contém as linhas básicas do Estado, estabelecendo diretrizes para as sociedades vindouras. Segundo Luis Roberto Barroso (2011, p.75):

A Constituição cria ou reconstrói o Estado, organizando e limitando o poder político, dispondo acerca dos direitos fundamentais, valores e afins públicos e disciplinando o modo de produção e os limites dos conteúdos das normas que integrarão a ordem jurídica por ela constituída.

Assim, em face de sua supremacia, todas as manifestações normativas em um Estado de Direito deverão estar em consonância com a Constituição e jamais contra ela. Em decorrência dessa irrecusável posição de norma jurídica suprema, exige que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e regras que adota. A indeclinável e necessária compatibilidade vertical que se impõe ao sistema, satisfaz o princípio da constitucionalidade, que determina que todos os atos normativos dos poderes públicos só são válidos e, conseqüentemente, constitucionais, na medida em que se compatibilizam formal e materialmente, com o texto supremo, tanto, pois, no que se refere ao seu conteúdo, quanto ao modo de sua criação, como sabiamente prevê Kelsen (1998. p. 240):

A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas num mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da relação de dependência que resulta do fato da validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção por sua vez é determinada por outra; e assim por diante até chegar na norma fundamental – pressuposta. A norma fundamental hipotética, nestes termos, é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta inter relação criadora. ... Se começarmos a levar em conta apenas a ordem jurídica do Estado, a Constituição representa o escalão do direito positivo mais elevado.

Neste cenário, surgem os conceitos de constitucionalidade e inconstitucionalidade, a fim de indicar quais espécies jurídicas contidas no ordenamento vigente apresentam-se em harmonia ou em confronto com os preceitos previstos na norma fundamental. Segundo Jorge Miranda, (1991, p. 273 - 274), seria, pois:

A relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição - e outra coisa – um comportamento - que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível, que cabe ou não no seu sentido. Não está em causa simplesmente a adequação de uma realidade a outra realidade, que um

quid a outro quid, ou a desconformidade entre este e aquele ato, mas o cumprimento ou não de certa norma jurídica.

E evidente, portanto, a necessidade da criação de um sistema que garantisse a longevidade da supremacia imprimida à Constituição. As normas jurídicas, então, deverão compatibilizar-se, formal e materialmente, com o texto constitucional, sob pena de serem invalidadas e expurgadas do sistema positivado. Isso significa que todo e qualquer ato do poder público seja comissivo ou omissivo, normativo ou não deverá ser concebido sob a égide da esfera normativa vigente, sem dela afastar-se ou com ela conflitar-se.

O controle de Constitucionalidade surgirá como instrumento de proteção ao sistema e limitação a excessos, abusos e desvios de Poder, proporcionando que o sistema jurídico concretize o objetivo de manter a ordem e a vida harmônica em sociedade. Para Dirley da Cunha Júnior (2009, p. 265):

Assim a rigidez e supremacia constitucional constituem pressupostos indeclináveis ao controle de constitucionalidade, de modo que inexistirá este inexistindo aqueles. Desse modo, a idéia de controle e constitucionalidade das leis e atos do poder público, surge como decorrência lógica da noção de rigidez constitucional. Deveras, se no sistema das constituições rígidas estas não podem ser modificadas por leis ordinárias, mas tão somente mediante os processos especiais agravados de emenda ou revisão constitucional, tracejados pela própria constituição, segue-se logicamente que toda lei ordinária contrária a Constituição não pode ter validade, é radicalmente nula, é inconstitucional, devendo ser expulsa do sistema jurídico.

Partindo da premissa da rigidez do texto constitucional, o controle de constitucionalidade aferirá a possibilidade das normas, sob foco, integrarem o ordenamento, sem com ele entrarem em conflito. Para isso, existirão modalidades de controle que permitirão um exercício amplo de garantia à supremacia constitucional. Controlar a constitucionalidade significa impedir a eficácia de normas contrárias à Constituição e, para tanto, a defesa da Carta Maior pressupõe a existência de garantias e institutos destinados a assegurar a observância, a aplicação, a estabilidade e a conservação das suas normas. Nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho (2008, p.969):

O Estado Constitucional democrático ficaria incompleto e enfraquecido se não assegurasse um mínimo de garantias e de sanções: garantias de observância, estabilidade e preservação das normas constitucionais, sanções contra atos dos órgãos de soberania e de outros não conformes com a constituição. A idéia de proteção, defesa, tutela ou garantia da ordem constitucional tem como antecedente a idéia de defesa do Estado, que, num sentido amplo e global, se pode definir como o complexo de institutos, garantias e medidas destinadas a defender e proteger, interna e externamente, a existência jurídica e fática do Estado. Desta forma, o objeto

de defesa não é pura e simplesmente a defesa do Estado e sim da forma de Estado tal como ela é constitucionalmente formada.

Para Dirley da Cunha Júnior (2008), delimita-se como controle de constitucionalidade a atividade de fiscalização da validade e conformidade das Leis e atos do poder público em face da constituição rígida e seu texto que se impõe, desenvolvida por um ou mais órgãos constitucionalmente designados, representando atividade vital à manutenção de sua supremacia.

Portanto, faz-se essencial, ante sua imperatividade, que se crie um sistema de suporte, um processo adequado à sua própria defesa, em face dos “atentados” que possa sofrer, seja do Poder Legislativo, através de Leis em geral, quer do Poder Executivo, através de atos normativos e concretos. Para Dirley da Cunha Júnior (2010, p 40):

Do ponto de vista prático, o controle de constitucionalidade ocorre assim: quando houver dúvida se uma norma entra em conflito com a Constituição, o órgão ou órgãos competentes para o controle de constitucionalidade, quando provocados, realizam uma operação de confronto entre as normas antagônicas, de modo que, constatada inequívoca lesão ao preceito constitucional, a norma violadora é declarada inconstitucional e tem retirada, para o caso concreto (no controle concreto), quer para todos ou “*erga omnes*” (no controle abstrato).

Dessa maneira, apesar da presumida validade das normas componentes do sistema jurídico vigente, a atividade jurisdicional terá o dever de observar controvérsia suscitada, afim de que, caso confirmada, a norma seja excluída. Tal presunção, como se sabe, não é absoluta, pois se assim fosse, não haveria a necessidade da criação de um sistema de controle de constitucionalidade. Afirma André Parmo Folloni(2006, p. 18):

Não pode o juiz, portanto, deixar de refletir acerca da constitucionalidade ou não de uma norma em nome da presunção de constitucionalidade das leis. Isso acaba com o controle de constitucionalidade, relegando-o, desterrando-o, banindo-o do sistema. A presunção de constitucionalidade das leis existe, é certo. Mas não impede, ao contrário, pressupõe o efetivo controle de constitucionalidade, tanto o concentrado quanto o difuso. É dever funcional de qualquer juiz, no nosso sistema, sempre que houver pedido neste sentido, verificar se a norma questionada é, ou não, adequada à Constituição e, se o juiz entender pela inadequação, é seu dever funcional afastar a aplicação da norma naquele caso concreto, em nada impedido pela presunção de validade da norma.

Deste modo, o controle de constitucionalidade representa ferramenta fundamental à manutenção da integridade e autoridade do texto constitucional face o ordenamento jurídico vigente, atuando de forma imperativa em sua defesa.

## 2.2 PRESSUPOSTOS

A atividade de controle de constitucionalidade reclama de dois pressupostos para que se configure de maneira válida e aplicável: a) a existência de uma Constituição formal e rígida e b) o status do texto constitucional como norma suprema e fundamental.

### 2.2.1 A Constituição Formal

Para que se faça possível o efetivo controle da constitucionalidade das normas ante o poder supremo do texto constitucional, há que existir, a priori, um texto constitucional formal e escrito, que sirva como referência ao todo e qualquer exercício de normatividade num Estado de Direito. Seria, pois, um conjunto de normas e princípios, regras escritas compiladas num arcabouço normativo reconhecido como a Constituição.

Nas sociedades regidas por modelos baseados em costumes e história, o *common law*, há uma tendência a serem, na sua maioria, baseadas num modelo efetivamente flexível, adaptável caso a caso. Pois sim, torna-se inviável o efetivo controle de constitucionalidade, em decorrência da inexistência de um referencial único de aplicação da normatividade, impossibilitando sua sujeição a um controle constitucional mais rígido e objetivo. Em sua maioria, nos países em que é vigente tal modelo, existe a chamada “supremacia do parlamento”, cujas decisões não serão questionadas por eventuais órgãos de controle.

### 2.2.2 A Supremacia da Constituição, a norma jurídica fundamental.

Para Alexandre de Moraes (2007, p. 258) “a idéia de controle de constitucionalidade está ligada à supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico, e também, a de rigidez e proteção dos direitos fundamentais”. Há que se vislumbrar a Constituição como norma suprema, fundamental à sociedade, e por isso, passível de

imposição à todo ato ou norma surgido sob sua tutela. Neste sentido explica José Afonso da Silva (2006, p. 41):

A constituição é algo que tem, como forma, um complexo de normas (escritas ou costumeiras); como conteúdo, a conduta humana motivada pelas relações sociais (econômicas, políticas religiosas, etc.); como fim, a realização dos valores que apontam para o existir da comunidade; e; finalmente, como causa criadora e recriadora, o poder que emana do povo.

A rigidez constitucional é *conditio sine qua non* para o exercício do controle de constitucionalidade, já que não há que se falar nesta atividade no caso dos modelos flexíveis em que se configuram alterações mediante processo ordinário. Nesta modalidade constitucional a alteração de normas se submete a um processo especial e agravado, reservado especialmente para alteração de normas constitucionais e significativamente distintas do processo comum e simples, previsto para elaboração e alteração das leis complementares e ordinárias. Esta diferenciação confere à Constituição o status de norma diferenciada, superior à todas as outras, como prevê em sua obra Luis Roberto Barroso (2004):

A lógica do raciocínio é irrefutável. Se a Constituição é a lei suprema, admitir a aplicação de uma lei com ela incompatível é violar sua supremacia. Se uma lei inconstitucional puder reger uma dada situação, e produzir efeitos regulares e válidos, isto representaria a negativa de vigência da Constituição naquele mesmo período em relação àquela matéria. A teoria constitucional não poderia conviver com essa contradição sem sacrificar o postulado sobre o qual se assenta.

Ferreira Filho (1999) ressalta a idéia de que a Constituição está ancorada na existência de um Poder Constituinte, e que este é a justificativa da supremacia da Constituição. Porquanto, se a Constituição deriva desse mesmo poder que a instituiu, não pode ser modificada pelos poderes que ele constitui. Para que a manifestação jurídica seja válida, deve estar em total consonância com a Constituição. Portanto, se o texto constitucional é obra desse poder constituinte, criador e delimitador da ordem político-jurídica vigente, justifica-se aqui a relação de supremacia desse documento em relação às normas infraconstitucionais.

Ainda, a supremacia da constituição faz surgir uma hierarquia entre as normas jurídicas que compõem o ordenamento jurídico, estando a Constituição em seu ápice. Kelsen (1998) propõe a idéia da pirâmide normativa, ressaltando a imponência e importância que o texto constitucional tem em face das outras espécies normativas, numa relação hierárquica de fundamentação.

De acordo com a teoria Kelseniana, o sistema jurídico, é constituído por um conjunto de normas hierarquicamente organizadas, cujo ápice se localiza na norma hipotética fundamental. Sendo, portanto, “[...] o fundamento de validade último que constitui a unidade dessa interconexão criadora” (Kelsen, 1998, p. 247). Nesta esteira, todos os atos que habitem escalões inferiores estão submetidos àqueles que tomam lugar em nível que lhes é superior, lhes conferindo fundamento de validade.

Como corolário, todos os atos infraconstitucionais, incluídas as decisões judiciais, devem ser produzidos em conformidade com as normas constitucionais, que ocupam o mais elevado nível na escala hierárquica normativa e que, portanto, constituem o fundamento de validade para todos os demais atos normativos inferiores (Kelsen, 1998), evidenciando a supremacia do texto constitucional ante aos variados dispositivos sob seu manto.

A idéia de supremacia constitucional, que trouxe como consequência a diferenciação de graus entre as leis constitucionais e as leis ordinárias, surge da decisão do célebre caso, posteriormente abordado, *Marbury vs Madison*, no âmbito da Suprema Corte Americana. Neste, ficou determinado que qualquer ato ou dispositivo deveria estar condizente com o texto Constitucional, sob pena de ser excluído do arcabouço legal vigente. A decisão inaugurou, indiscutivelmente, o controle de constitucionalidade difuso, repousando sobre o princípio da supremacia da Constituição, da subordinação a ela de todos os poderes estatais e da consequente atribuição de competência do Judiciário como o seu intérprete final, com o condão de invalidar os atos que lhe contrariem.

A supremacia da constituição, portanto, se impõe e permeia a necessidade do exercício de controle de constitucionalidade a fim de proporcionar a preservação e coesão do sistema. A Carta Magna é a lei fundamental, o meio mediante o qual uma sociedade se organiza e restringe atos ou exige prestações estatais, seja prescrevendo direitos, deveres e garantias, seja conferindo o fundamento de validade de todas as leis e atos normativos. Em suma, a idéia de rigidez constitucional representa basilar do exercício de controle de constitucionalidade, numa relação recíproca de dependência.

### 2.3 MODALIDADES

Existirão variadas opções de classificação do exercício de controle da constitucionalidade. Estas diferirão quanto ao modelo e referencial classificatório, segundo propõe Dirley da Cunha Júnior (2010):

Quanto ao parâmetro de controle, a atividade poderá ser implementada no âmbito da Constituição formal, incluindo-se aqui os princípios e regras implícitos, debruçando-se somente ante alguns dispositivos constitucionais, ou referir-se à um bloco formado pela Constituição formal mais os princípios superiores definidos como direito supralegal.

Quanto ao objeto de controle, observa-se o âmbito de aplicabilidade, em geral direcionado aos atos normativos emanados do poder público, enquanto na edição de normas. Em que pese saber, atualmente, é passível de controle ato emanado da autonomia da vontade privada, através da aplicação da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Quanto ao momento da realização do controle, há que se classificar como preventivo a atividade que acontece quando da elaboração do ato, mesmo antes deste apresentar seus efeitos. Já no controle sucessivo ou repressivo, o processo que deu surgimento ao ato já está concluso, mesmo que sua vigência ainda não tenha sido deflagrada. A modalidade preventiva ainda é incipiente no âmbito brasileiro, se configurando, em sua maioria através de mandados de segurança de parlamentares em defesa das prerrogativas constitucionais.

Quanto à natureza do órgão com competência para o controle, há que observar o órgão legitimado a prática da atividade. Será configurado o controle político ou não-judicial sempre que a atividade controlatória for designada a órgão de natureza essencialmente política. É aquele exercido pelo próprio órgão criador da norma, como o poder legislativo, ou por outro *ad hoc*, isento de garantias de independência, sendo, de regra, preventivo e discricionário.

Para Dirley da Cunha Júnior (2010, p. 99) o fundamento primaz para a delegação da atividade de guarda e controle do texto constitucional à órgãos não pertencentes ao Poder Judiciário prende-se ao argumento de que a Constituição deveria ser

interpretada por órgãos com sensibilidade política. Para José Afonso da Silva (2006, p.51):

O controle político é o que entrega a verificação da inconstitucionalidade a órgãos de natureza política, tais como: o próprio Poder Legislativo, solução predominante na Europa no século passado; ou um órgão especial, como o Presidium do Soviete Supremo da ex- União Soviética (Constituição da URSS, art. 121, n.º 4) e o *Conseil Constitutionnel* da vigente Constituição francesa de 1958 (arts. 56 a 63). O controle jurisdicional, generalizado hoje em dia, denominado judicial review nos Estados Unidos da América do Norte, é a faculdade que as constituições outorgam ao Poder Judiciário de declarar a inconstitucionalidade de lei e de outros atos do Poder Público que contrariem, formal ou materialmente, preceitos ou princípios constitucionais.

Já o controle é judicial ou jurisdicional quando realizados por órgãos integrantes do âmbito do Poder Judiciário, ou exterior a este, mas cuja atuação tem natureza jurisdicional. Esta é a modalidade mais comumente exercitada no contexto brasileiro, apesar de já serem vislumbradas modalidades políticas em grande atuação.

Quanto ao modo de manifestação do controle, poderá ser classificado como incidental quando a inconstitucionalidade é contestada no curso da demanda, ou seja, na observância de um caso concreto, seja por meio de defesa ou exceção. Neste caso a inconstitucionalidade será revestida de caráter prejudicial, ou seja, deverá ser apreciada antes, pelo juiz, para proferir a decisão referente à demanda suscitada. Este será um meio de controle sempre concreto, por tratar-se de resolução de um litígio entre partes.

Poderá haver, ainda, o controle principal, quando a inconstitucionalidade é o próprio objeto da ação. Aqui se configurarão as chamadas ações diretas, por meio das quais se leva ao poder judiciário uma questão controversa acerca da inconstitucionalidade ou constitucionalidade de ato ou lei. Neste caso será sempre controle abstrato, cujos efeitos se aplicarão sobre toda a sociedade, já que a observância se dá ante a lei em tese. Restará clara, portanto, uma correlação entre o controle incidental e o controle difuso e o controle principal e o concentrado, de regra, quando o controle for difuso será encadeado incidentalmente, no caso concreto, enquanto que quando o controle for concentrado, se dará por via de ação direta.

Quanto à finalidade do controle, poderá ser classificado como subjetivo, quando se destinar a defesa de um direito ou interesse subjetivo da parte, ou objetivo, quando se destinar à defesa, exclusivamente, do texto constitucional.

Quanto ao número de órgãos, com competência para o controle, poderá ser o controle de constitucionalidade dividido em Difuso ou Concentrado, sobre o qual se repousará o presente estudo. Para Lênio Streck (2004, p.455) no Brasil é adotado o modelo misto de controle, que inclui a aplicação das duas modalidades a depender do caso em tela.

### 2.3.1 Controle Difuso

O surgimento do controle de constitucionalidade teve como origem aquela que é a decisão judicial mais conhecida dos últimos 200 anos. Em 1803 a Suprema Corte americana julgou o caso *Marbury vs Madison* a partir da incontestável argumentação apresentada pelo *Justice* John Marshall acerca da Supremacia da Constituição em face das leis em geral e da necessidade de garantir o texto constitucional e sua supremacia através de atividades de controle. Pela primeira vez o Judiciário se declararia competente para apreciar questões referentes a constitucionalidades das leis e inauguraria o controle de constitucionalidade em âmbito mundial. Segundo Virgílio Afonso da Silva (2012), no Brasil, esse modelo surge com a Proclamação da República e a Constituição de 1891, sendo recepcionado pela Constituição de 1988 no seu artigo 102, inciso III.<sup>1</sup>

No que se refere ao modelo difuso, esse sistema é exercido no âmbito do caso concreto tendo, portanto, natureza subjetiva, por envolver interesses de autor e réu. Assim, permite a todo e qualquer juiz ou tribunal com competência analisar o caso concreto, para processar ou julgar a causa. O juiz atuará de maneira originária, enquanto que o tribunal, seja este superior ou inferior, atuará tanto originariamente quanto em grau de recurso. O juiz, por sua vez, não julga a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, apenas aprecia a questão e deixa de aplicá-la por achar inconstitucional àquele caso específico que está sendo apreciado. Segundo Marcelo Mezzomo (2012):

---

<sup>1</sup> **Art. 102** - Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe **III** - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: **a)** contrariar dispositivo desta Constituição; **b)** declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; **c)** julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; **d)** julgar válida lei local contestada em face de lei federal

A principal característica dessa modalidade de controle jurisdicional reside no fato de que a questão do controle de constitucionalidade surge incidentalmente, no curso de uma demanda que não tem por objetivo principal a aferição da constitucionalidade. Por outras palavras, a questão da compatibilidade constitucional é apenas um elemento da causa de pedir.

A questão constitucional observada, aqui ostenta natureza prejudicial, ou seja, deverá ser apreciada pelo judiciário antes mesmo de que seja proferida a decisão no caso concreto. O Juiz se dedicará a esclarecer a controvérsia aplicada ao caso concreto.

Este modelo de controle poderá ser aplicado a qualquer caso no qual se desperte dúvida quanto à constitucionalidade da aplicação de um ato ou lei. Sua implementação *incider tantumm* é concretizada por meio de exceção, não por meio de defesa indireta, mas como defesa em sentido amplo que abranja qualquer lesão ou ameaça de lesão a um direito. No sistema difuso, tanto autor quanto réu pode propor uma ação de inconstitucionalidade, pois o caso concreto é inter partes.

Assim, a abrangência da decisão que será sentenciada pelo juiz, é apenas entre as partes envolvidas no processo. Consequentemente terá efeito retroativo, pois foi aplicado o dogma da nulidade, segundo o qual, caso o juiz venha a reconhecer que uma lei é inconstitucional, não cria um novo Estado, apenas declara a inconstitucionalidade no caso concreto. A norma já é inconstitucional desde o início da sua criação e o juiz apenas irá deixar de aplicá-la.

Contudo, haverá a possibilidade de que a decisão proferida em um caso concreto tenha a sua abrangência ampliada, passando a ser oponível contra todos (eficácia *erga omnes*). A Constituição prevê que poderá o Senado Federal suspender a execução de lei (municipal, estadual ou federal), declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Tal atribuição prevista no artigo 52, X, CF, permitirá, portanto, a ampliação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade originária de casos concretos por via difusa.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> **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.

### 2.3.2 Controle Concentrado

Fundado no modelo austríaco Kelseniano, delega o exercício da jurisdição constitucional a um só órgão, no âmbito brasileiro, ao Supremo Tribunal Federal, no âmbito Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, em âmbito estadual, que terá competência originária para apreciar e declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Diferentemente do controle difuso, de origem norte-americana, que se limita, em um caso concreto, a subtrair alguém aos efeitos de uma lei, o controle concentrado é efetivado em tese, visando expelir do sistema a lei ou ato infringente, já que a ação é baseada no exame de validade da lei em si, não ocorrendo num processo comum. De acordo com Marcelo Mezzomo (2012):

No controle *concentrado* ou *abstrato*, a questão constitucional não surge incidentalmente, senão que constitui a própria motivação da demanda, que se volta contra a lei abstratamente considerada, e não contra os seus efeitos concretos. Busca-se em síntese, afirmar ou negar a conformidade, material ou formal, do ato normativo em relação à Constituição.

Como no controle concentrado, hoje, não se tem fatos, interesses, direitos subjetivos em jogo, configura-se aí o controle em esfera abstrata, porque não há a preocupação em se aplicar a lei a um caso concreto, em impedir a aplicação da lei no mundo fático real. Neste sentido a preocupação se debruça sobre a defesa da constituição, repousante sobre o princípio da supremacia da constituição e o princípio do texto da rigidez constitucional.

Como prevê o artigo 102 da Carta Magna Brasileira, o Supremo Tribunal Federal será competente para processar e julgar, originariamente as ações que versarem sobre inconstitucionalidade. Portanto, a competência do Supremo Tribunal Federal não se dará em grau de recurso, uma competência recursal, como ocorre no controle difuso, a ADI será apreciada direta e inicialmente pelo STF.

A representação interventiva foi instrumento pioneiro de controle abstrato, incorporado à Constituição de 1946, que se destinava a aferir a constitucionalidade dos atos e normas estaduais face aos chamados “princípios sensíveis”, de base constitucional. Neste, o Procurador Geral da República atuaria como substituto processual em defesa do interesse coletivo, via representação da vontade geral, deflagrando sua aplicação como único legitimado.

Este processo se aperfeiçoa com a promulgação da Emenda Constitucional nº16, de novembro de 1965, que criou, ao lado da representação interventiva, uma “*representação contra a inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual*” a ser manejada pelo Procurador-Geral da República. Contudo, enquanto a representação interventiva destinava-se, somente, a defesa de um “princípio sensível”, o novo modelo reclinava-se sobre a defesa do texto constitucional de forma geral. Gilmar Ferreira Mendes (2005 p. 69) faz clara distinção entre o papel do Procurador Geral da República em ambas atuações:

Ao contrário da representação interventiva, que pressupõe um interesse da União na preservação de princípios fundamentais de ordem federativa, o controle abstrato de normas independe de qualquer interesse específico, sendo-lhe estranha mesmo a idéia de interesse jurídico a ser protegido. Por isso, dever-se-iam diferenciar, de forma clara, as competências do Procurador Geral da República. No primeiro processo, representava ele o interesse da União em face a determinado Estado, que efetiva ou supostamente, desrespeitara um *princípio sensível* estabelecido em Constituição. No controle abstrato, atuava como representante do interesse geral com o propósito de instaurar o controle judicial das normas estaduais ou federais.

Este sistema, com pequenas alterações, vigeu até o advento da Constituição de 1988, que o ampliou e aperfeiçoou. O rol de legitimados para propor ação direta de inconstitucionalidade se amplia de forma significativa. Agora a defesa da Constituição não mais reside exclusivamente nas mãos do Procurador Geral da República, sendo confiada àqueles previstos no artigo 103 do texto constitucional.<sup>3</sup>

Essa ampliação altera substancialmente o modelo de controle abstrato de constitucionalidade no Brasil, permitindo que todas as controvérsias constitucionais relevantes fossem levadas ao Supremo Tribunal Federal para sua apreciação por meio dos variados legitimados. Para Gilmar Mendes (2005), a ampla legitimação, em concomitância com a presteza e celeridade processual do modelo adotado, acabam por desencorajar a aplicação do controle difuso de forma efetiva.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade, objeto do artigo 102 da CF/88, apresenta objeto restrito, não incluindo os atos normativos de natureza privada, baseados na autonomia da vontade, como visto anteriormente, como convenções e regulamentos.

---

<sup>3</sup> **Art. 103** - Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: **I** - o Presidente da República; **II** - a Mesa do Senado Federal; **III** - a Mesa da Câmara dos Deputados; **IV** - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; **V** - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; **VI** - o Procurador-Geral da República; **VII** - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; **VIII** - partido político com representação no Congresso Nacional; **IX** - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Recentemente o STF altera seu posicionamento, aderindo a possibilidade da observância do caso concreto, através da ADPF e do regramento das leis de efeito concreto, criadas pelo poder público para reger casos específicos. Deverão, contudo, ser atos publicados e promulgados para que efetivamente apresentem existência no âmbito jurídico.

O processamento destas ações continuou a ser regrado, sobretudo, pelas disposições regimentais e construções jurisprudenciais, até que sobreveio a Lei nº. 9.868/99, a qual disciplina o processamento tanto das ações declaratórias de inconstitucionalidade como as de constitucionalidade. A Ação Direta de Inconstitucionalidade servirá como instrumento para apreciação da validade de lei ou ato normativo federal ou estadual em face do texto constitucional.

Esta definição aplica-se oportunamente aos parâmetros do caso foco deste estudo, cuja explanação se desvendará a seguir. Ao Supremo Tribunal Federal, pois, competirá, exclusivamente, processar e julgar ADI'S de lei ou ato normativo federal ou estadual em face da nossa Constituição Federal. Esta é, pois, uma ação destinada à defesa genérica de todas as normas constitucionais, na sua ampla definição, restando evidente a sua essencialidade no exercício do controle de constitucionalidade.

Declarada a inconstitucionalidade da Lei ou ato, tal decisão terá efeito contra todos, *erga omnes*, e efeito vinculante em relação a todos os órgãos do Poder Judiciário e Administração Pública federal, estadual e municipal. A decisão, segundo doutrina corrente, é de natureza declaratória, pois apenas reconhece um estado preexistente. Por isso produzirá efeitos *ex tunc*, retroagindo aos atos praticados sob sua chancela, fulminando a norma em sua própria existência.

Este controle será exercido por meio de cinco ações: Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, Ação Direta Interventiva, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, importando para este estudo o entendimento desta primeira.

## 2.4 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Esta ação foi introduzida na esfera normativa brasileira através da Emenda Constitucional nº 16/65, à Constituição de 1946. Tem por objetivo retirar do ordenamento jurídico lei ou ato normativo incompatível com a ordem constitucional, não sendo ela suscetível de desistência. Define-se como ação de controle concentrado principal que tem abrangência genérica, na defesa das normas constitucionais ante a qualquer desrespeito ou divergência em seu âmbito.

Será determinado como inconstitucional uma lei ou ato normativo quando o seu conteúdo, ou a matéria sobre o que versa, ou a forma como foi concebido, se contradizem, expressa ou implicitamente, o texto constitucional. Para Clèmerson Clève (1995), a inconstitucionalidade “é a desconformidade do ato normativo (inconstitucionalidade material) ou do seu processo de elaboração (inconstitucionalidade formal) com algum preceito ou princípio constitucional”.

Neste sentido, é pertinente a classificação proposta pelo supracitado autor que define:

A inconstitucionalidade formal, também classificada como orgânica, se configurará quando uma lei for elaborada por um órgão incompetente. Aqui reside uma celeuma já que a CF/88 não delimitou de forma detalhada a competência de cada ente, suscitando questionamentos acerca do controle, se implementado.

A inconstitucionalidade formal, ou inconstitucionalidade propriamente dita, se evidenciará se o legislador, no momento da concepção da norma, contemplar procedimento diverso daquele fixado na Constituição, como no exemplo de ignorar-se o quórum necessário à aprovação de medida, configurando vício formal.

A inconstitucionalidade material ocorrerá quando o conteúdo da lei produzida for conflitante com o conteúdo da Constituição. Este tipo de inconstitucionalidade é ainda constatada de maneira incipiente no âmbito brasileiro. Havendo contradição entre o conteúdo da norma e o conteúdo da Constituição, caracterizada estará a inconstitucionalidade material.

A inconstitucionalidade total se configurará, quando o vício que afeta a norma, tornando-a em descompasso com o sistema vigente, referir-se à sua completude,

enquanto que será parcial se referir-se à somente parte da desta. Cabe ressaltar que, no caso da inconstitucionalidade formal, seja ela propriamente dita ou orgânica, será invalidado o ato na sua completude, já que aqui trata-se de um erro de procedimento, enquanto que no caso de inconstitucionalidade material poderá ser esta total ou parcial, cabendo a observância do conteúdo proposto.

A inconstitucionalidade poderá ainda se dar por ação e por omissão, quando, aquele que tendo o dever constitucional de legislar, permanece inerte. Para Canotilho (2002, p. 1023), a omissão legislativa não é um simples não fazer, “omissão em sentido jurídico, constitucional, significa não fazer aquilo a que se estava constitucionalmente obrigado”.

Como cediço, competirá ao Supremo Tribunal Federal julgar de maneira originária, a Ação direta de inconstitucionalidade, através de uma fiscalização e exame de pedido formulado buscando a antinomia normativa alegada pelo provocador. O STF não observará, portanto o caso concreto, mas agirá como defensor da ordem jurídica, repousando-se sobre a compatibilização do dispositivo com a imposição de harmonia vertical das normas. Como, sabiamente ressalta Dirley da Cunha Júnior (2010):

Não há lide, nem partes confrontantes. Por meio dela não se compõem conflitos de interesses. O seu fim é resolver suposta incompatibilidade vertical entre lei ou ato normativo e uma norma da Constituição, sempre em benefício da supremacia constitucional. Com a propositura de ação direta de inconstitucionalidade se inicia um processo objetivo destinado a eliminar do sistema jurídico a lei ou ato normativo impugnado que contraria uma norma constitucional.

#### **2.4.1 Legitimidade para a propositura**

A Lei Fundamental de 1988 ampliou significativamente os mecanismos de proteção judicial da Constituição, em especial a variedade de possibilidades para o controle de constitucionalidade das leis. Para tanto, dilatou a possibilidade de controle através de novas garantias constitucionais, além de amplificar a lista de legitimados para propor ação direta de inconstitucionalidade. Tal fato projetou espaço para o STF na arena política de resolução de conflitos constitucionais, ocasionando um grande impacto no seu papel no sistema político-constitucional nacional.

No que se refere à legitimação ativa para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade a mesma operou a maior transformação no exercício da jurisdição constitucional no Brasil. Anteriormente, quando da criação da ação genérica, em 1965, até a promulgação da Constituição Federal de 1988, a deflagração do controle abstrato e concentrado de constitucionalidade era privativa do Procurador-Geral da República, sob sua discricionariedade. A Constituição de 1988 representou grande avanço ao quebrar este monopólio, ampliando a legitimação a fim de proporcionar um controle mais amplo e eficiente da atividade, como previsto no artigo 103 da CF/88.

O novo modelo de legitimação, que outorgou a licença à propositura a diferentes órgãos da sociedade, fortaleceu o sistema de controle abstrato de normas, como principal meio de correção e manutenção do sistema normativo vigente. A ampla legitimação permitiu que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes fossem submetidas à Côrte, colocando o controle difuso numa posição secundária. Nas palavras de Gilmar Mendes e Ives Gandra (2005, p. 77):

[...] parece quase que intuitivo que, ao ampliar, de forma significativa, o círculo de entes e órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal, no processo de controle abstrato de normas, acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso [...].

A exacerbação dos sujeitos da ação direta de inconstitucionalidade provocaria um acréscimo reconhecível na atividade controlatória no Supremo Tribunal Federal, tendo como objeto, em grande maioria dos casos a atividade legislativa. Estes legitimados são partes meramente formais, já que serão incumbidos da responsabilidade de arguirm qualquer desconformidade encontrada entre dispositivo e texto constitucional. Para Gilmar Mendes (2005, p. 155):

É de se observar, ainda, que através da outorga do direito de propositura a diferentes grupos sociais, como Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, confederações sindicais e partidos políticos com representação no Congresso Nacional, instituiu-se a possibilidade de que qualquer segmento social submeta a questão constitucional e seu interesse ao Supremo Tribunal Federal.

A fim de disciplinar o exercício da legitimidade conferida, consolidou uma distinção entre duas categorias de legitimados: os universais, que aqueles cujo papel institucional autoriza a defesa da Constituição em qualquer hipótese, e os especiais, que são os órgãos e entidades cuja atuação é restrita às questões que repercutem diretamente sobre sua esfera jurídica ou de seus filiados e em relação às quais

possam atuar com representatividade adequada, necessitando comprovar pertinência temática, como evidencia (Mendes; Coelho; Branco, 2007):

A ampla legitimação ativa levou o STF à criação de uma nova técnica de julgamento, passando a exigir o que se denominou pertinência temática ou pertinência subjetiva, entre os legitimados constante do art. 103 com o tema em debate na ADI, de forma que somente o Presidente da República, as mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, o procurador-geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e os partidos políticos dispõem de interesse processual para propor ADI sobre qualquer tema, enquanto os demais legitimados não de demonstrar, em cada ajuizamento, tal interesse.

Dentre os especiais encontraremos o Governador de Estado, a Mesa de Assembléia Legislativa, Confederação sindical e Entidade de classe de âmbito nacional. Os demais são considerados universais e terão, portanto, a exigência de pertinência temática dispensada.

Haverá particularidades que merecem reflexão acerca da configuração da legitimação proposta para a propositura. No que se refere aos partidos políticos, estes deverão representação no Congresso Nacional, em pelo menos uma das casas, constatada no momento da propositura, devendo ainda estar representados por seus diretórios nacionais. Contudo, eventual perda superveniente da representação no curso da ação não gera a extinção do feito sem julgamento do mérito, em se tratando de matéria de ordem pública como objeto da ação.

No caso das confederações sindicais, estas deverão estar constituídas na forma do art. 535 da CLT<sup>4</sup>, sendo formadas por pelo menos 3 federações, integradas por pelo menos 5 sindicatos. As entidades de classe, por seu turno, devem ter representação em pelo menos 9 estados da federação, adotando-se por analogia o art. 8º da Lei nº. 9.096/95, para que lhes seja reconhecido caráter nacional.<sup>5</sup>

Neste mesmo sentido, anteriormente a jurisprudência do STF entendia que as associações de associações, também denominadas associações de segundo grau, não teriam legitimidade para propor Ação Direta de Inconstitucionalidade. Entretanto,

---

<sup>4</sup> Art. 535 - As Confederações organizar-se-ão com o mínimo de 3 (três) federações e terão sede na Capital da República.

<sup>5</sup> Art. 8º - O requerimento do registro de partido político, dirigido ao cartório competente do Registro Civil das Pessoas Jurídicas, da Capital Federal, deve ser subscrito pelos seus fundadores, em número nunca inferior a cento e um, com domicílio eleitoral em, no mínimo, um terço dos Estados

essa orientação foi modificada no curso do julgamento da ADI 3153, conforme prevê ementa a seguir: "*in verbis*":

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: LEGITIMAÇÃO ATIVA: "ENTIDADE DE CLASSE DE ÂMBITO NACIONAL": COMPREENSÃO DA "ASSOCIAÇÃO DE ASSOCIAÇÕES" DE CLASSE: REVISÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL.

1. O conceito de entidade de classe é dado pelo objetivo institucional classista, pouco importando que a eles diretamente se filiem os membros da respectiva categoria social ou agremiações que os congreguem, com a mesma finalidade, em âmbito territorial mais restrito. 2. É entidade de classe de âmbito nacional - como tal legitimada à propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103, IX)- aquela na qual se congregam associações regionais correspondentes a cada unidade da Federação, a fim de perseguirem, em todo o País, o mesmo objetivo institucional de defesa dos interesses de uma determinada classe. 3. Nesse sentido, altera o Supremo Tribunal sua jurisprudência, de modo a admitir a legitimação das "associações de associações de classe", de âmbito nacional, para a ação direta de inconstitucionalidade. (ADI 3682 / PP-00034 EMENT VOL-02204-01 PP-00089 Relator: Min. Celso de Mello DJ 09-09-2005)

Cabe ainda ressaltar que, por decisão na ADI nº127 ficou determinado que os partidos políticos, as confederações sindicais e as entidades de classe necessitarão de representação para a propositura, quanto aos demais legitimados, serão dotados de capacidade postulatória para o exercício no feito, conforme ementa: "*in verbis*"

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. QUESTÃO DE ORDEM. GOVERNADOR DE ESTADO. CAPACIDADE POSTULATÓRIA RECONHECIDA. MEDIDA CAUTELAR. DEFERIMENTO PARCIAL.

1. O governador do Estado e as demais autoridades e entidades referidas no art. 103, incisos I a VII, da Constituição Federal, além de ativamente legitimados à instauração do controle concentrado de constitucionalidade das leis e atos normativos, federais e estaduais, mediante ajuizamento da ação direta perante o Supremo Tribunal Federal, possuem capacidade processual plena e dispõem, ex vi da própria norma constitucional, de capacidade postulatória. Podem, em consequência, enquanto ostentarem aquela condição, praticar, no processo de ação direta de inconstitucionalidade, quaisquer atos ordinariamente privativos de advogado. (ADI 127 / PP-23057 EMENT VOL-01687-01 PP-00001 Relator: Min. Celso de Mello, Requerente: Governador do Estado de Alagoas e Assembléia Legislativa do Estado de Alagoas DJ 04-12-1992)

A ampliação da legitimação à propositura deixa evidente o posicionamento do poder constituinte na busca pela ampliação de possibilidades na guarda da integridade do texto constitucional, em decorrência da quebra do monopólio ora citado, conforme modelo anteriormente consagrado.

## 2.4.2 Efeitos

A lei nula é aquela que, dotada de incongruência insustentável com o topo da pirâmide normativa vigente, apresenta vício insanável e, portanto, merece ser excluída do ordenamento. É nula desde o seu nascimento, e, portanto, incapaz de gerar efeitos no mundo jurídico. Antes da decisão acerca da inconstitucionalidade, a norma é tida como válida e imperativa, e somente o pronunciamento da sua invalidade excluirá a sua obrigatoriedade. Acerca dessa concepção declara Cappelletti (1999, p. 115-116) que:

A lei inconstitucional “[...] porque contrária a uma norma superior, é considerada absolutamente nula (*null and void*) e, por isto, ineficaz pelo que o juiz, que exerce o poder de controle, não anula, mas, meramente, declara uma (pré-existente) nulidade da lei inconstitucional.

O ponto crucial quanto a aplicação da ação direta de inconstitucionalidade refere-se à abrangência temporal dos efeitos da sentença, seja para que se projetem numa perspectiva presente-futuro, efeito *ex nunc*, ou que se reflitam ante o seu surgimento, retroagindo no tempo, efeito *ex tunc*, como ressalta Mauro Capelletti (1999, p. 118):

A lei, em outras palavras, uma vez sobrevivendo o pronunciamento de inconstitucionalidade, torna-se ineficaz para todos, do mesmo modo como se tivesse sido abrogada por uma lei posterior; e entram, de novo, em vigor - salvo se em sentido contrário dispuser a Corte Constitucional - aquelas disposições legislativas que pré-existiam à lei inconstitucional (art. 140, secção 4ª, da Constituição austríaca)

A decisão do órgão de controle que declara lei ou ato normativo como inconstitucional ou incompatível com o arcabouço normativo brasileiro, se impõe perante toda a esfera jurídica nacional de maneira impiedosa. Terá eficácia erga omnes, ou seja, perante toda a sociedade, e vinculante, afetando todos os atos provenientes da esfera jurídica e da administração pública, como prevê Rui Medeiros (1999, p. 800-801):

A eficácia *erga omnes* da declaração de inconstitucionalidade tem plena **razão de ser**. A força obrigatória geral pretende, no fundo, atribuir à declaração força ou vinculatoriedade paralela à norma controlada. A força obrigatória geral da declaração de inconstitucionalidade é uma consequência do objeto da declaração: a norma contém uma regulamentação geral e abstrata e, por isso, a consequente declaração de inconstitucionalidade deve atingir as mesmas situações e pessoas abrangidas pela norma em causa. Daí que, mesmo que se fala, ainda que impropriamente, em força de lei, há quem sublinhe justamente que a declaração de inconstitucionalidade tem o valor, não já da norma constitucional que serve de parâmetro - força de lei não é força de

Constituição –, mas sim da norma que é objecto de apreciação e, por isso, a sua posição pode variar. Todavia, em rigor e não estando em causa uma verdadeira lei, o que isso significa apenas que a decisão tem o âmbito da norma sindicada e não, portanto que a decisão ocupe, enquanto norma, uma posição na estrutura escalonada da ordem jurídica.

Declarada a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo federal ou estadual, a decisão terá, de regra, efeito retroativo, desfazendo, desde sua origem, o ato declarado inconstitucional, juntamente com todas as consequências dele derivadas, uma vez que os atos inconstitucionais são nulos. Para Alexandre Moraes (2007, p.744):

Diferentemente das decisões proferidas em outros processos judiciais, nos quais a o efeito da decisão proferida dirige-se, em regra, apenas às partes que dele participaram "inter partes", a decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade alcança quem não participou do processo onde ela foi proferida, ou seja, o efeito atinge a todos os jurisdicionados: "erga omnes" Outros efeitos se originam de decisões proferidas em ADIN. Os efeitos retroativos, ou ex tunc; e irretroativo, ou ex nunc (a partir de agora). Há também, o efeito vinculante, através do qual ficam submetidas à decisão proferida em ADIN, os demais órgãos do Poder Judiciário e as Administrações Públicas Federal, Estadual, Distrital e Municipal, conforme dispositivo expresso no Parágrafo Único, art. 28, Lei 9.868/99 (Lei que regulamenta a Ação Direta de Inconstitucionalidade).

A Emenda Constitucional nº 45/2004 vem reiterar a essência do efeito vinculante desta ação, alterando o artigo 102 da CF/88, e projetando seus efeitos ante todas as esferas Política, Jurídicas e Administrativas. Gilmar Ferreira Mendes (2009, p.526) esclarece:

O dogma da nulidade da lei inconstitucional pertence à tradição do direito brasileiro. A teoria da nulidade tem sido sustentada por praticamente todos os nossos importantes constitucionalistas. [...] significativa parcela da doutrina brasileira posicionou-se pela equiparação entre inconstitucionalidade e nulidade. Afirmava-se em favor desta tese, que o reconhecimento de qualquer feito a uma lei inconstitucional importaria na suspensão provisória ou parcial da Constituição.

Ou seja, a manutenção de ato ou lei controverso e incongruente com o sistema, representa um desrespeito ao texto Constitucional em si, subjugado, assim, a um dispositivo que fere a compatibilidade vertical imponente. Por isso, a ação direta de inconstitucionalidade representa instrumento essencial na defesa da integralidade e coesão do texto Constitucional e infra constitucional.

### 3. TEORIA DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS

A nulidade retroativa impiedosa das ações de inconstitucionalidade vem sendo abrandada no cenário jurídico brasileiro. É cediço que há uma tendência no Direito Comparado pelo manejo da declaração da inconstitucionalidade de atos e leis, face as possíveis gravosas consequências de tal ato. Nesta esteira, o Brasil tem cada vez mais se mostrado simpático à introdução desta prática na tomada das decisões por nossos Tribunais Superiores.

O recurso a técnicas inovadoras de controle constitucional e declaração de inconstitucionalidade está cada vez mais comum nos tribunais internacionais, que não se posicionam mais de maneira tendenciosa às decisões ortodoxas, como a declaração de nulidade total da norma, optando cada vez mais por saídas flexíveis e mais adequadas à configuração de um direito responsável.

É possível perceber que o legislador brasileiro opta por um modelo diferenciado em que será possível escolher entre possibilidades de aplicabilidade da nulidade da norma em face de possíveis consequências da simples decretação de nulidade. A Lei 9.868/99 apresenta essa flexibilização através da introdução do seu artigo 27, em que vislumbra a possibilidade da modulação dos efeitos da sentença de inconstitucionalidade, face à casos em que o interesse social se faça imponente.<sup>6</sup>

Surgirão, assim, modalidades como a declaração de nulidade parcial, em que somente alguns dispositivos da lei serão declarados inconstitucionais e não a sua completude, e a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, em que não se alterará o texto na norma como um todo, vislumbrando-se somente uma das suas possibilidades de aplicação. Existirão ainda as decisões que modularão os efeitos da decretação de inconstitucionalidade no tempo, como a declaração de inconstitucionalidade a partir do trânsito em julgado somente, ou a declaração com

---

<sup>6</sup> 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.

efeito pro futuro, em que se determinará data para a deflagração dos efeitos da sentença.

### 3.1 A MODULAÇÃO DOS EFEITOS NO DIREITO BRASILEIRO

Inicialmente, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal acerca da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo implicariam diretamente na exclusão da norma em tela do ordenamento pátrio. Contudo, é reconhecível a tendência a uma flexibilização da abrangência destes efeitos, em prol da aplicação do direito de maneira prudente, consciente dos seus efeitos sociais. Prova disto se encontra na aprovação da Lei nº 9.868/99, em seu artigo 27.

Fica evidente que simples declaração de nulidade da lei se mostra insuficiente para a resolução dos conflitos jurídicos apresentados, e por isso, o legislador opta pela criação de um novo instrumento reparador.

Historicamente, o modelo de controle adotado no Brasil foi o difuso incidental, de grande influência norte americana. A Constituição Republicana de 1891 definiu um sistema de origem difusa que adotou a nulidade como foco central para a concepção e ordenamento do arcabouço normativo vigente naquele tempo. Ao passo que surgiram variados modelos de controle em âmbito europeu, novos instrumentos foram sendo incorporados ao sistema brasileiro, até a configuração do modelo misto vigente no presente.

Tradicionalmente, no Direito Brasileiro, o dogma da nulidade da lei inconstitucional se impôs, através do qual se equipara a inconstitucionalidade à nulidade e, portanto, a espécie normativa reconhecidamente inconstitucional será sempre nula, desde seu nascimento, já que nunca deveria ter ingressado no sistema vigente. Contudo, nunca houve consenso quanto à sua aplicação, e amplo questionamento foi elaborado acerca da abrangência da aplicabilidade desta declaração. Em sua obra, Lúcio Bittencourt (1997, p. 141), evidencia a falta de consistência a respeito da adoção de um único modelo de aplicação dos efeitos da sentença, ao declarar:

...as dificuldades e problemas surgem, precisamente, no que tange à eficácia indireta ou colateral da sentença declaratória de inconstitucionalidade, pois, embora procurem os autores estendê-la a situações jurídicas idênticas, considerando indiretamente anulada a lei,

porque 'sua aplicação não obteria nunca mais o concurso da justiça', não tem, todavia, conseguido apresentar fundamento técnico, razoavelmente aceitável, para justificar esta extensão.

A anulabilidade da lei inconstitucional surge como opção, haja vista que a edição e aprovação regular e conseqüente presunção de validade da norma, afastariam a nulidade *ipso jure*. As relações jurídicas e atos formados sob sua égide deveriam ser reconhecidos. Cabe ponderação ante a declaração pura e simples de nulidade ao caso concreto. Hans Kelsen (1993) aborda o tema de maneira exemplar:

A decisão tomada pela autoridade competente de que algo que se apresenta como norma é nula *ab initio*, porque preenche os requisitos da nulidade determinados pela ordem jurídica, é um ato constitutivo, possui um efeito legal definido; sem esse ato e antes dele o fenômeno em questão não pode ser considerado nulo. Donde não se tratar de decisão declaratória, não constituindo, como se afigura, declaração de nulidade: é uma verdadeira anulação, com força retroativa, pois se faz mister haver legalmente existente a que a decisão se refira. Logo o fenômeno em questão não pode ser algo nulo *ab initio*, isto é, não ser legal. É preciso que este algo seja considerado como uma força anulada com força retroativa pela decisão que a declarou nula *ab initio*

Desta forma, enquanto não considerados inconstitucionais, a lei ou o ato normativo podem, na prática, produzir efeitos, no mundo fático, alterando a realidade dos indivíduos, influenciando sua existência social e jurídica, calcados na presunção de validade, servindo de premissas para a prática de atos e negócios jurídicos. Extrair a eficácia destes dispositivos significa vulnerabilizar o direito e promover a insegurança jurídica, já que tais dispositivos projetaram-se na sociedade disfarçados sob o manto da pseudo validade.

Logo, a aplicação da teoria da anulabilidade e a conseqüente eficácia prospectiva se mostram opção coerente, com a qual concordamos equalizando os princípios da constitucionalidade e da segurança jurídica. Quando a segurança jurídica se mostra afetada no seu cerne, o postulado da constitucionalidade deve ceder e, por conseguinte, a limitação de efeitos jurídicos de lei considerada inconstitucional se mostra como saída prudente. Sobre o tema, defende Hans Kelsen (2003, p. 308-309):

Também é controverso se uma lei declarada inconstitucional pela Suprema Corte deve ser considerada como nula *ab initio*. Uma interpretação nesse sentido da decisão da Suprema Corte significaria que tal decisão anula a lei de maneira geral e com força retroativa, abolindo-se assim todos os seus efeitos anteriores. Dentro de um sistema de direito positivo, porém, não existe nulidade absoluta. Não é possível caracterizar como inválido *a priori* (nulo *ab initio*) um ato que se apresenta como legal. Somente a anulação de tal ato é possível; ele não é nulo, mas anulável, eis que não é possível afirmar que um ato é nulo sem que se responda a questão sobre quem tem competência para estabelecer tal nulidade. Uma vez que a ordem legal – a

fim de evitar a anarquia – dá a certas autoridades o poder de definir se um ato é nulo, tal definição tem sempre um caráter constitutivo, e não declaratório. O ato somente é 'nulo' se a autoridade competente assim o declarar. Essa declaração é uma anulação uma invalidação. Antes dela o ato não é nulo, pois ser 'nulo' significa legalmente inexistente, e o ato precisa existir legalmente para poder ser objeto de julgamento por uma autoridade.

Desde a década de 40, a doutrina jurídica brasileira, principalmente através do magistério de Lúcio Bittencourt (1997), vem caminhando no sentido de relativizar a concepção da retroatividade dos efeitos da decisão que expõe contrariedade à Constituição, por reconhecer que a decretação simplesmente não apaga os efeitos fáticos produzidos durante o período em que se acreditava na constitucionalidade:

Assim, por exemplo, quanto às leis anteriores à Constituição, os efeitos da sentença não afetam a lei em seu berço, mas apenas a invalidade a partir da data em que se estabeleceu a nova ordem constitucional. Da mesma sorte, as relações jurídicas que se constituírem, de boa fé, à sombra de lei não ficam sumariamente canceladas em consequência do reconhecimento da inconstitucionalidade, nem a coisa soberanamente julgada perde, por esse motivo, os efeitos que lhe asseguram a imutabilidade. .... É manifesto porém que essa doutrina de ineficácia ab initio da lei inconstitucional não pode ser entendida em termos absolutos, pois que os efeitos de fato, que a norma produziu não podem ser suprimidos sumariamente por simples obra do decreto judiciário.

Ainda na década de 60, encontramos decisão proferida pelo STF em sentido contrário à tendência inaugurada pelo pensamento de Bittencourt. No julgamento do Recurso Extraordinário nº 61351, fica evidenciado que se restava aplicado o entendimento da nulidade normativa, conforme ementa : “*in verbis*”

EMENTA: REVOGAÇÃO DA LEI INCONSTITUCIONAL. É LICITO AO LEGISLATIVO ANULAR SEUS PROPRIOS ATOS, QUANDO OS CONSIDERE INCONSTITUCIONAIS. A ANULAÇÃO NESTE CASO OPERA 'EX TUNC': DO ATO NULO NÃO NASCE QUALQUER DIREITO. ESTÁGIO PROBATÓRIO NÃO PROTEGE O FUNCIONÁRIO CONTRA A DECLARAÇÃO DE NULIDADE DE SUA NOMEAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE.

Aqui, o entendimento se deu no sentido de que da norma inconstitucional não surgirão direitos, pois ao imprimir-se o efeito *ex tunc* à declaração, fulminam-se quaisquer derivações dela provenientes. Tal posicionamento apresenta incoerências com o pensamento aqui formulado, pois conforme demonstraremos no decorrer do presente estudo, os atos realizados sob o manto da presunção da validade da norma inconstitucional demonstrarão que sua pura desconstituição se faz impossível, em face aos efeitos por eles emanados.

Já na década de 70 se encontram vozes no Supremo Tribunal Federal defendendo a possibilidade da mitigação do princípio da nulidade. No Recurso Extraordinário nº. 78.594/SP, julgado em 07/06/1974, a 2ª turma do Supremo Tribunal Federal enfrentou um caso onde um funcionário público assumiu as funções de oficial de justiça com base em uma determinada lei estadual que viria a ser declarada inconstitucional pelo STF.

Ocorre que se aplicada a teoria da nulidade plena ao caso, todos os atos realizados pelo “oficial de justiça” seriam nulos, não existiriam no mundo do direito. Em seu voto, o Relator Min. Bilac Pinto afirmou que *“os efeitos desse tipo de declaração de inconstitucionalidade – declaração feita contra lei em tese – não podem ser sintetizados numa regra única, que seja válida para todos os casos”*. Para solucionar o referido litígio, o STF entendeu que os atos até então praticados pelo funcionário público seriam válidos, não obstante a inconstitucionalidade da lei que lhe deu investidura.

Também no julgamento do Recurso Extraordinário nº 79.343-BA em 31 de maio de 1977, o Relator, Min. Leitão de Abreu, apoiado na doutrina Kelseniana, propugnou a anulabilidade da Lei nº 322, de 7 de abril de 1967 e a natureza constitutiva da decisão judicial que proclama a inconstitucionalidade. O Ministro defendeu a presunção de constitucionalidade da lei, já que o referido dispositivo havia sido elaborado por órgão legislativo competente e na observância do devido processo legislativo, tendo passado até mesmo pelo crivo do chefe do Poder Executivo.

Portanto, não poderia simplesmente ser declarada nula desde a origem, pois, protegida pela presunção de validade e constitucionalidade das leis, serviu de base para o estabelecimento de inúmeras relações jurídicas, pactuadas por indivíduos de boa fé, crédulos na solidez do diploma. O Ministro Leitão de Abreu atribuiu ao Supremo Tribunal Federal o poder de declarar a inconstitucionalidade com eficácia restrita, dando ensejo à aplicação da norma inconstitucional ao caso concreto, o que seria inconcebível para a teoria da nulidade.

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 93.356, em março de 1981, o Ministro Leitão de Abreu propõe uma reflexão sobre a limitação dos efeitos da sentença de inconstitucionalidade, já que os atos praticados sob a batuta da lei posteriormente declarada inconstitucional, realizados de boa fé, mereceriam proteção, aplicando-se a norma inconstitucional ao caso concreto.

O surgimento da Lei nº 9.868/99 ratificou a tendência dos Tribunais na busca da opção frente mera declaração de nulidade, proporcionando expressamente ao STF, a possibilidade de modular os efeitos da sentença proferida ante a razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social. Surge a possibilidade de afastar-se o princípio da nulidade, em prol da aplicação das normas constitucionais de maneira responsável. Sobre esta inovação trata Gilmar Mendes(2005, p. 332) em sua obra:

[...] ao lado da ortodoxa declaração de nulidade, há de se reconhecer a possibilidade do o Supremo Tribunal Federal, em casos excepcionais, mediante decisão da maioria qualificada (2/3 dos votos), estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, proferindo a inconstitucionalidade com eficácia ex nunc ou pro futuro, especialmente naqueles casos em que a declaração de nulidade se mostre inadequada ou nas hipóteses em que a lacuna resultante da declaração de nulidade possa dar ensejo ao surgimento de uma situação ainda mais afastada da vontade constitucional.

A modulação dos efeitos não nega o caráter de princípio constitucional ao princípio da nulidade da lei inconstitucional. Entende-se, contudo, que tal princípio não poderá ser aplicado indiscriminadamente nos casos em que se revelar absolutamente inadequado ou incongruente com a finalidade perseguida, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 364.304-AgR, o Ministro Gilmar Mendes manifestou-se a cerca do tema. <sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> Razões de segurança jurídica podem revelar-se, no entanto, aptas a justificar a não-aplicação do princípio da nulidade da lei inconstitucional. Não há negar, ademais, que aceita a idéia da situação 'ainda constitucional', deverá o Tribunal, se tiver que declarar a inconstitucionalidade da norma, em outro momento fazê-lo com eficácia restritiva ou limitada. Em outros termos, o 'apelo ao legislador' e a declaração de inconstitucionalidade com efeitos limitados ou restritos estão intimamente ligados. Afinal, como admitir, para ficarmos no exemplo de Walter Jellinek, a declaração de inconstitucionalidade total com efeitos retroativos de uma lei eleitoral tempos depois da posse dos novos eleitos em um dado Estado? Nesse caso, adota-se a teoria da nulidade e declara-se inconstitucional e ipso jure a lei, com todas as conseqüências, ainda que dentre elas esteja a eventual acefalia do Estado? Questões semelhantes podem ser suscitadas em torno da inconstitucionalidade de normas orçamentárias. Há de se admitir, também aqui, a aplicação da teoria da nulidade tout court? Dúvida semelhante poderia suscitar o pedido de inconstitucionalidade, formulado anos após a promulgação da lei de organização judiciária que instituiu um número elevado de comarcas, como já se verificou entre nós.

Ou, ainda, o caso de declaração de inconstitucionalidade de regime de servidores aplicado por anos sem contestação. Essas questões — e haveria outras igualmente relevantes — parecem suficientes para demonstrar que, sem abandonar a doutrina tradicional da nulidade da lei inconstitucional, é possível e, muitas vezes, inevitável, com base no princípio da segurança jurídica, afastar a incidência do princípio da nulidade em determinadas situações. Não se nega o caráter de princípio constitucional ao princípio da nulidade da lei inconstitucional. Entende-se, porém, que tal princípio não poderá ser aplicado nos casos em que se revelar absolutamente inidôneo para a finalidade perseguida (casos de omissão ou de exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade), bem como nas hipóteses em que a sua aplicação pudesse trazer danos para o próprio

Em outra oportunidade, o Ministro Celso de Mello, no julgamento do Recurso Extradordinário nº 395.902-AgR, manifesta-se a favor da adoção da modalidade de controle em tela:

(...) A declaração de inconstitucionalidade reveste-se, ordinariamente, de eficácia *ex tunc* (RTJ 146/461-462 – RTJ 164/506-509), retroagindo ao momento em que editado o ato estatal reconhecido inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. – O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido, excepcionalmente, a possibilidade de proceder à modulação ou limitação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, mesmo quando proferida, por esta Corte, em sede de controle difuso. Precedente: RE 197.917/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa (Pleno). Revela-se inaplicável, no entanto, a teoria da limitação temporal dos efeitos, se e quando o Supremo Tribunal Federal, ao julgar determinada causa, nesta formular juízo negativo de recepção, por entender que certa lei pré-constitucional mostra-se materialmente incompatível com normas constitucionais a ela supervenientes. – A não-recepção de ato estatal pré-constitucional, por não implicar a declaração de sua inconstitucionalidade – mas o reconhecimento de sua pura e simples revogação (RTJ 143/355 — RTJ 145/339) —, descaracteriza um dos pressupostos indispensáveis à utilização da técnica da modulação temporal, que supõe, para incidir, dentre outros elementos, a necessária existência de um juízo de inconstitucionalidade (...). (RE 395.902-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Julgamento em 7-3-06, DJ 25-8-06).

Não significa, contudo afirmar que o princípio da nulidade da lei constitucional perde seu status, mas que em casos em que haja conflito com a segurança jurídica e apelo social, há que se implementar considerável ponderação quanto a sua aplicação, ensejando a modulação de efeitos suscitada. Por isso, terá o STF o poder de proferir decisões mais atentas com a realidade posta, excepcionando inclusive a própria regra do efeito *erga omnes* ou *ex tunc* das declarações. Como afirma Jorge Miranda(1996), “ a fixação dos efeitos da inconstitucionalidade destina-se a adequá-los às situações da vida, a ponderar o seu alcance e a mitigar uma excessiva rigidez que pudesse comportar.”

### 3.1.1 O caso Mira Estrela

O estudo crítico acerca da modulação dos efeitos da sentença proferida pelo Supremo Tribunal Federal, requer o olhar sobre caso emblemático que promoveu amplo questionamento quanto aos efeitos fáticos das decisões, o Mira Estrela.

---

sistema jurídico constitucional (grave ameaça à segurança jurídica)." (RE 364.304-AgR, voto do Min. Gilmar Mendes, julgamento em 3-10-06, DJ de 6-11-06)

Em 2002, o Supremo Tribunal Federal julgou o Recurso Extraordinário nº 197.917 que teve por objeto a decisão acerca da criação de Lei Municipal que versou sobre a ampliação do número de vereadores do município de Mira Estrela, em São Paulo,

O município havia aprovado, em 1990, uma lei aumentando de nove para onze o número de vereadores da cidade, com apenas 2,6 mil habitantes, em conflito com o disposto no art. 29, inciso IV, alínea a, do texto Constitucional, que determina a proporcionalidade de 9 vereadores para cidades de até 15.000 habitantes.<sup>8</sup>

O Supremo entendeu que a medida era inconstitucional, vez que não acatava a proporção estabelecida no artigo, contudo se encontrou frente a um dilema: a simples declaração de inconstitucionalidade implicaria na extinção de todos os atos realizados sob o foco da norma defeituosa. Deste modo, todos os atos aprovados pela Câmara de Vereadores de Mira Estrela desde 1990 - portanto, durante 14 anos – também o seriam, trazendo sérias consequências para o Município e sua população.

Desta forma, inclusive, a desconstituição de todos os efeitos daquela norma acarretaria a própria dissolução do Poder Legislativo Municipal, afetando o próprio princípio democrático de maneira bárbara, já a partir deste feito, estaria toda a população desprovida de representatividade. O princípio da separação de poderes, também, seria atingido em sua fundamentalidade, fulminando o poder legislativo vigente, e a gestão do Município em foco.

Frente a estas possíveis repercussões da mera aplicação da regra e consequente declaração de inconstitucionalidade sob a batuta do dogma da nulidade, tal qual propõe o texto constitucional, o Supremo Tribunal Federal optou por modular os efeitos da sentença, moldá-la de forma a proporcionar a aplicação do direito em consonância com seu papel social.

Optou-se por um misto de aplicação prospectiva clássica e a termo, deixando o ajuste para a próxima composição da Câmara Municipal. Ou seja, houve por bem o Supremo declarar a inconstitucionalidade da lei sem pronúncia de nulidade, sem que se alterasse a composição da atual legislatura da Câmara Municipal, resguardando,

---

<sup>8</sup> **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** - número de Vereadores proporcional à população do Município, observados os seguintes limites: **a)** 9 (nove) Vereadores, nos Municípios de até 15.000 (quinze mil) habitantes;

dessa forma, a validade das leis elaboradas pela composição de então até o pleito eleitoral seguinte.<sup>9</sup>

Com essa decisão, consolidou-se a declaração de inconstitucionalidade da lei com efeitos pro futuro, preservando-os até o processo eleitoral subsequente, sob o entendimento de que atende à razão de segurança jurídica assegurar o Estado de Direito e a representatividade dos cidadãos através da manutenção do Poder Legislativo Municipal e de seus consequentes atos, até o mandato subsequente.

Reside aqui, rico exemplo da importância da observância da segurança jurídica e repercussão social ante pura e simples aplicação da regra direta. Nesse caso a segurança jurídica importou na prevalência a direitos fundamentais, particularmente aos direitos políticos do cidadão, assegurando a sua representatividade, mesmo que temporariamente, sob a tutela de norma inconstitucional.

---

<sup>9</sup> RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MUNICÍPIOS. CÂMARA DE VEREADORES. COMPOSIÇÃO. AUTONOMIA MUNICIPAL. LIMITES CONSTITUCIONAIS. NÚMERO DE VEREADORES PROPORCIONAL À POPULAÇÃO. CF, ARTIGO 29, IV. APLICAÇÃO DE CRITÉRIO ARITMÉTICO RÍGIDO. INVOCAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A POPULAÇÃO E O NÚMERO DE VEREADORES. INCONSTITUCIONALIDADE, INCIDENTER TANTUM, DA NORMA MUNICIPAL. EFEITOS PARA O FUTURO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. 1. O artigo 29, inciso IV da Constituição Federal, exige que o número de Vereadores seja proporcional à população dos Municípios, observados os limites mínimos e máximos fixados pelas alíneas a, b e c. 2. Deixar a critério do legislador municipal o estabelecimento da composição das Câmaras Municipais, com observância apenas dos limites máximos e mínimos do preceito (CF, artigo 29) é tornar sem sentido a previsão constitucional expressa da proporcionalidade. 3. Situação real e contemporânea em que Municípios menos populosos têm mais Vereadores do que outros com um número de habitantes várias vezes maior. Casos em que a falta de um parâmetro matemático rígido que delimite a ação dos legislativos Municipais implica evidente afronta ao postulado da isonomia. 4. Princípio da razoabilidade. Restrição legislativa. A aprovação de norma municipal que estabelece a composição da Câmara de Vereadores sem observância da relação cogente de proporção com a respectiva população configura excesso do poder de legislar, não encontrando eco no sistema constitucional vigente. 5. Parâmetro aritmético que atende ao comando expresso na Constituição Federal, sem que a proporcionalidade reclamada traduza qualquer afronta aos demais princípios constitucionais e nem resulte formas estranhas e distantes da realidade dos Municípios brasileiros. Atendimento aos postulados da moralidade, impessoalidade e economicidade dos atos administrativos (CF, artigo 37). 6. Fronteiras da autonomia municipal impostas pela própria Carta da República, que admite a proporcionalidade da representação política em face do número de habitantes. Orientação que se confirma e se reitera segundo o modelo de composição da Câmara dos Deputados e das Assembléias Legislativas (CF, artigos 27 e 45, § 1º). 7. Inconstitucionalidade, incidenter tantum, da lei local que fixou em 11 (onze) o número de Vereadores, dado que sua população de pouco mais de 2600 habitantes somente comporta 09 representantes. 8. 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. Recurso extraordinário conhecido e em parte provido. (STF - RE 197917 / SP – Tribunal Pleno – Rel. Min. Maurício Corrêa – J. 06/06/2002 – DJ 07-05-2004 PP-00008 EMENT VOL-02150-03 PP-00368 - grifos acrescentados)

## 3.2 DIREITO ESTRANGEIRO

### 3.2.1 A aplicação no Direito Norte Americano e o *judicial review of legislation* – “*the unconstitutional statute is not law at all*”.

A antiga doutrina americana serviu de grande influência para a maioria dos constitucionalistas brasileiros. A equiparação entre inconstitucionalidade e nulidade, impunha-se de tal forma que para este sistema “*the unconstitutional statute is not law at all*”, ou seja, qualquer dispositivo normativo que se apresentasse incompatível com o texto constitucional deveria ser repellido, sua aplicação importaria na suspensão provisória ou parcial da Constituição.

A competência do Judiciário, nesse campo, é difusa, porque exercitada, no curso de uma demanda, por qualquer juiz ou tribunal. Conquanto qualquer órgão jurisdicional possa exercer a fiscalização constitucional, a verdade é que a Suprema Corte, órgão de cúpula do Judiciário americano, em virtude do princípio do *stare decisis*, se transforma em poder supremo, cujas decisões se impõe ao exercício do direito em tela.

A idéia da Supremacia Constitucional, pressuposto essencial ao exercício do controle de constitucionalidade também teve seu surgimento no Direito Americano. Em sua cláusula 2ª, a Constituição Federal dos Estados Unidos de 1787, já consagrava a noção da referência ao texto constitucional como basilar supremo no ordenamento jurídico daquele país. A fiscalização jurisdicional de constitucionalidade, *the judicial review of legislation* propunha uma reflexão jurisprudencial acerca da supremacia da Constituição sobre todas as leis ordinárias.

Esta contribuição, no sentir de Paulo Bonavides (2003) é “tão importante quanto a do federalismo e do sistema presidencial de governo, formas políticas também desconhecidas até o advento do sistema republicano nos Estados Unidos” .

Assim, o princípio da exigência de compatibilidade das leis ordinárias com o disposto na Constituição, têm origem na jurisprudência norte-americana, em especial na célebre decisão do Juiz John Marshall no caso *William Marbury vs. James Madison* em 1803. Tal julgado evidenciou a essencialidade da supremacia da

constituição ante as demais normas jurídicas e a importância da sua defesa em prol de sua perpetuidade, atividade a ser desempenhada pelos juízes. No curso dos trinta e quatro anos do exercício de sua função, Marshall estabeleceu a *Supreme Court of The United States* como a última instância a interpretar a Constituição Federal, consagrando a via de exceção no controle de constitucionalidade das leis. Sobre o caso em tela afirma Dirley da Cunha Júnior (2007):

Com a decisão de Marshall, jurídica e logicamente irretorquível, acolheu-se a tese de que as Constituições, sobretudo nos sistemas de Constituições rígidas, são normas jurídicas fundamentais e supremas a quaisquer outras, devendo sempre prevalecer, de tal sorte que, o juiz é obrigado a aplicar a Constituição e a não aplicar a lei, que nesse caso, é írrita. Nasceu, portanto, a célebre decisão, o controle judicial da constitucionalidade das leis. E isso é o que importa.

Neste diapasão, o Poder Judiciário norte-americano tornou-se à época um poder supremo, a ponto de comprometer o equilíbrio constitucional dos poderes, este período ficou conhecido como o "governo de juízes". Entretanto, como assinala Paulo Bonavides (2003), as palavras do Juiz Hugles, "Vivemos debaixo de uma Constituição, sendo a Constituição porém aquilo que os juízes dizem que é", continuam a retratar a realidade atual do sistema norte-americano de controle de constitucionalidade.

Desde o caso *Marbury v. Madison*, de regra, o controle de constitucionalidade tem se realizado no direito americano mediante provocação, nunca de ofício, sempre decorrente de um litígio concreto e real entre partes antagônicas. Uma declaração *incideter tantum* acerca da inconstitucionalidade, absolutamente necessária para resolução do caso. Deste modo, a função do Judiciário remete-se à solução das controvérsias, e conseqüente, valoração das leis aplicáveis ao caso, excluindo-se a prática da observância da lei em tese na aplicação do controle.

### **3.2.2 O Sistema Austríaco e a contribuição Kelseniana**

Somente no início do Século XX, a Áustria, acatou a idéia do controle judicial de constitucionalidade, já que, até então, como os demais países europeus, consagrava-se a absoluta supremacia do Parlamento, o que, por conseguinte, impedia o exercício do controle de normas.

O sistema austríaco ou europeu de controle de constitucionalidade sofre grande influência do pensamento de Hans Kelsen na sua concepção. Segundo Mauro Capelletti (1999), em oposição ao modelo americano e ao conhecido governo dos juízes, Kelsen negava a estes a possibilidade de realização do controle, pois acreditava ser esta uma delegação de poder deveras exacerbada nas mãos dos magistrados.

Logo, haveria de ser criado um órgão autônomo cuja tarefa exclusiva seria realizar o controle de constitucionalidade: um Tribunal Constitucional. Esta tarefa, portanto, não seria uma função própria do Judiciário, mas uma função autônoma, havendo a necessidade de um órgão constitucional também autônomo para dela se ocupar, o qual não se situaria em nenhum dos três poderes, conservando a independência de seus julgamentos.

A corte constitucional seria formada por representantes de toda a sociedade e faria apenas o controle abstrato, não resolvendo casos concretos, debruçando-se sobre o controle das leis em tese, excluindo do arcabouço legal, dispositivos incompatíveis a Constituição. Ante sua exclusiva atividade, toda e qualquer questão de inconstitucionalidade estaria afeta ao Tribunal, de modo que, se o problema fosse suscitado incidentalmente pelas instâncias ordinárias, o juiz haveria de suspender o processo e submetê-lo à sua decisão. O Poder Legislativo dividia-se, assim, em dois: o do legislador positivo, com a prerrogativa de aprovar as leis, e o do legislador negativo, com poderes de anular os dispositivos incompatíveis com a Constituição.

Então, no âmbito do Tribunal Constitucional austríaco, existiam, somente, duas formas de controle, uma realizada através de consultas dos juízes e outra por meio de ação direta. Existiria apenas a possibilidade de controle abstrato de normas infraconstitucionais. Portanto, os casos em concreto não serviriam de base para o controle já que para este modelo o cidadão comum não possuiria legitimidade para propor ação visando ao controle em abstrato. A Constituição, em rol exaustivo, listava as pessoas legitimadas a propositura.

A decisão da corte constitucional seria vinculatória, após publicação, para todos os juízes. Na concepção original de Kelsen, as partes não poderiam suscitar o incidente diretamente ao Tribunal, essa possibilidade só era dada aos juízes. As partes poderiam alegar a questão de inconstitucionalidade perante o Judiciário, mas seria esse poder, em última instância, quem decidiria pela consulta à Corte constitucional.

A principal característica do sistema Austríaco é que, enquanto nos Estados Unidos o controle de constitucionalidade só podia ser efetuado incidentalmente no curso de um processo comum, aqui passa a ser efetuado como motivo principal da ação. Assim, os efeitos da declaração se estendem *erga omnes*, tendo, portanto, caráter geral, ou seja, uma vez pronunciada a inconstitucionalidade de uma lei, ela perde sua força obrigatória em relação a todos, como se tivesse sido revogada por outra lei sucessiva. O sistema austríaco, seguindo o pensamento de Kelsen, aceita o caráter constitutivo da declaração, que produz efeitos *ex nunc*, para o futuro, portanto, sem eficácia retroativa.

### **3.2.3 A experiência do Direito Português – artigo 282, IV da Constituição Lusitana**

No direito português, a possibilidade da modulação dos efeitos da sentença de inconstitucionalidade é legalizada no texto do artigo 282, da constituição Lusitana., que determina, nos casos em que a segurança jurídica, equidade ou interesse público de excepcional relevo se impuserem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Como define Jorge Miranda (1991, p. 500) :

A fixação dos efeitos da inconstitucionalidade destina-se a adequá-los às situações da vida, a ponderar o seu alcance e a mitigar excessiva rigidez que pudesse comportar; destina-se a evitar que, para fugir a consequências demasiado gravosas da declaração, o Tribunal Constitucional viesse a não decidir pela ocorrência da inconstitucionalidade; é uma válvula de segurança da própria finalidade e da efetividade do sistema de fiscalização.

Essa posição vanguardista do direito português já refletia a tendência atual do direito comparado na busca da solução para os conflitos jurídicos que mais se afeiçoe com a manutenção da integridade constitucional e seus preceitos. Desde sua criação o dispositivo tem sido largamente utilizado, é claro, sem que se perca de vista o princípio da proporcionalidade, a fim de evitar arbitrariedades.

Note-se que, ao optar pela utilização de conceito jurídico indeterminado, o chamado “interesse público excepcional”, o legislador português ampliou as possibilidades da flexibilização da atuação da Côrte para além daquelas abarcadas pelos casos de

equidade e segurança jurídica, promovendo uma larga abrangência do dispositivo suscitado.

De acordo com Rui Medeiros (1999), a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade vem sendo amplamente utilizada desde sua adoção. Entre 1983 e 1986, aproximadamente um terço das declarações de inconstitucionalidade com força obrigatória geral teve efeitos restritos. Neste mesmo sentido entre 1989 e 1997, das 50 declarações de inconstitucionalidade proferidas em controle abstrato de normas, pelo menos 18 tiveram os seus efeitos limitados. Sob o entendimento de Jorge Miranda (2003, p. 152) representa a norma do art. 282 uma opção essencial para a manutenção da segurança jurídica do ordenamento lusitano, defendendo:

Como escreve Bachof, os tribunais constitucionais consideram-se não só autorizados mas inclusivamente obrigados a ponderar as suas decisões, a tomar em consideração as possíveis conseqüências destas. É assim que eles verificam se um possível resultado da decisão não seria manifestamente injusto, ou não acarretaria um dano para o bem público, ou não iria lesar interesses dignos de proteção de cidadãos singulares. Não pode entender-se isto, naturalmente, como se os tribunais tomassem como ponto de partida o presumível resultado da sua decisão e passassem por cima da Constituição e da lei em atenção a um resultado desejado. Mas a verdade é que um resultado injusto, ou por qualquer outra razão duvidoso, é também em regra - embora não sempre - um resultado juridicamente errado.

É primaz reconhecer a posição vanguardista do direito português, ao prever, além das razões estritamente jurídicas – segurança jurídica e equidade –, um referencial para além do texto de lei, com feição meramente política, o interesse público de excepcional relevo (Medeiros, 1999). Embora todas as três justificativas sejam cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados, representam limitação evidente à formação de decisões arbitrárias, impondo-se o princípio da proporcionalidade.

## 4 ADI 2240 – A CONTROVERSA CRIAÇÃO DO MUNICÍPIO DE LUÍS EDUARDO MAGALHÃES

### 4.1 O EXERCÍCIO DA AUTONOMIA NA CRIAÇÃO DO MUNICÍPIO E A INCONSTITUCIONALIDADE FLAGRANTE

Para que se mergulhe numa avaliação crítica a cerca da Ação de Constitucionalidade em questão, se faz necessário esclarecer as vias que levaram a configuração da situação de incongruência constitucional que ensejou a utilização da ferramenta foco deste estudo.

Determina a nossa Lei Maior, no seu artigo 18, que a República Federativa do Brasil é formada por União, Estados e Municípios, todos autônomos. O princípio da autonomia é referencial primaz na concepção do texto constitucional. A forma federativa, e a consequente cisão entre entes autônomos, é, ainda limite material expresso ao poder de revisão constitucional, tornando evidente a vontade do poder constituinte pela manutenção do modelo proposto. De acordo com Luis Roberto Barroso (2011, p. 173):

De forma sumária a caracterização do Estado federal envolve a presença de três elementos: a) repartição de competências, por via da qual cada entidade integrante da Federação receba competências políticas exercitáveis por direito próprio, frequentemente classificadas de político administrativas, legislativas e tributárias; b) a autonomia de cada ente, descrita classicamente como o poder de autodeterminação exercido dentro de um círculo pré-traçado pela Constituição, que assegura a cada ente estatal poder de auto-organização, autogoverno e autoadministração; c) a participação na formação da vontade...

É justamente esse poder conferido pela autonomia dos entes, que é delimitado pelo dispositivo de lei contido no art. 18 da Constituição Pátria, ao tratar em seu parágrafo 4º da criação, fusão e incorporação de Municípios pelos Estados.<sup>10</sup> Dessa autonomia, caracterizada pelo auto-governo, pela administração própria e pela capacidade de se auto regulamentar, obviamente respeitando os parâmetros

---

<sup>10</sup> **Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.** § 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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 15, de 1996) Vide art. 96 - ADCT

constitucionais fixados pelo poder constituinte originário e pelo poder constituinte decorrente, é que surge a possibilidade do ente federativo municipal subdividir-se para a criação de novo município ou mesmo a possibilidade de fusão ou incorporação a outro, ou a mera criação de um novo pelo Estado.

Contudo, para tanto, é necessário que se vislumbre os requisitos contidos no artigo em foco, quais sejam, por exemplo, a realização de plebiscito envolvendo a população interessada, habitantes ou aqueles que sofrerão diretamente com a criação, desmembramento ou fusão, além de estudo de viabilidade, introduzido pela Emenda constitucional nº15/96, que alterou o texto do aludido artigo.

Além desses requisitos, o procedimento de criação, desmembramento, incorporação e fusão de municípios – a partir da já citada emenda constitucional nº. 15/96 – deve observar o período fixado em lei complementar federal, norma ainda não aprovada pelo poder legislativo federal. Restaria inviabilizada qualquer iniciativa tendente à criação de novos municípios a partir da referida emenda.

Dessa maneira, criação de novos municípios se tornaria tarefa impossível, após a modificação promovida no §4º do artigo 18 de nossa constituição, até a regulamentação desse dispositivo. É de se mencionar que ante a omissão do congresso nacional em regulamentar tal preceito, o supremo tribunal federal reconheceu a existência de uma omissão inconstitucional. Tal fato se deu em decisão ao julgamento da ADI nº3682, julgada em 09/05/2007, quando o Tribunal recomendou ao congresso nacional a observância do prazo de 18 meses para adotar todas as providências legislativas ao cumprimento da norma constitucional imposta pelo art. 18, § 4º, da constituição federal. O relator Ministro Gilmar Mendes manifestou-se acerca da temática:

No caso em questão, apesar de existirem diversos projetos de lei apresentados visando a regulamentação do artigo 18 §4º, da constituição, é possível sim constatar a omissão inconstitucional quanto a efetiva deliberação e aprovação da lei complementar em referência. A omissão inconstitucional, torna-se bastante clara se voltarmos os olhos para a plethora de municípios criados mesmo após o advento da EC nº15/96 com base em requisitos definidos em antigas legislações estaduais, alguns declarados inconstitucionais por esta corte: ...; uma realidade quase que imposta por um modelo que, adotado pela EC nº15/96, ainda não foi implementado em toda a sua plenitude, em razão da inexistência da lei complementar federal a que alude o referido preceito constitucional.(ADI 3682 / Ementário 2288-2. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Requerente: Assembleia Legislativa do Estado do Mato Grosso. DJ 06.09.2007)

Em 2000, ano de eleições municipais, foi criado o Município de Luiz Eduardo Magalhães, através da lei 7.619 do Estado da Bahia, após plebiscito realizado em 19 de março do mencionado ano. Fruto do desmembramento do distrito de Mimoso do Oeste, já era denominado de Luis Eduardo Magalhães a partir da lei municipal 422 de 1998, do município baiano de Barreiras.

Emenda constitucional 15/96. Criação, incorporação, fusão e desmembramento de municípios, nos termos da lei estadual, dentro do período determinado por lei complementar e após divulgação do estudo de viabilidade municipal. Inexistência da lei complementar exigida pela constituição federal Desmembramento com base somente em lei estadual. Impossibilidade

Entretanto, como fica evidente, o município foi criado após a emenda constitucional nº. 15/96 e na ausência da lei complementar regulamentadora do art. 18, §4º da constituição federal, o que por si só já autorizaria a declaração de inconstitucionalidade da lei estadual baiana.

Ante a omissão configurada, se pronunciou, em 2003, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.702 assentando o entendimento de que a lei estadual que cria município, após 1996, enquanto pendente de regulamentação do mencionado art. 18, §4º de nossa constituição é manifestamente inconstitucional, como prevê ementa abaixo transcrita:

Acerca do mesmo tema, também, no julgamento da ADI 2.381 determinou o STF ao debruçar-se sobre a leitura do art. 18, §4º, que seria esta:

“norma constitucional de eficácia limitada, porque dependente de complementação infraconstitucional, tem, não obstante, em linha de princípio e sempre que possível, a imediata eficácia negativa de revogar as regras preexistentes que sejam contrárias” (STF, 2001, p. 1).

Além da evidente inconstitucionalidade sob a qual foi criado o Município, ainda restaram claros descompassos em relação à norma constitucional que regraria o caso em questão. No que se refere à exigência da realização de plebiscito com a população interessada, neste caso em tela, o mesmo foi realizado anteriormente à divulgação do estudo de viabilidade econômica, contrariando o disposto na regra, o que apenas ocorreu em 28 de março de 2000, com a publicação no DOE da Bahia, portanto, 9 dias após a realização do plebiscito.

Ainda, quanto ao processo de criação do município de Luis Eduardo Magalhães, é de esclarecer que apenas sua população, proveniente da área territorial desmembrada do município de Barreiras para a criação do novo município, foi

consultada. Não sendo indagada a população do território que sofreu o desmembramento para criação do novo município, pelo que não restava atendido o critério de consulta prévia à população diretamente interessada, tal qual fixado na constituição e na lei 9.709/98, no seu artigo 4º.<sup>11</sup>

Deste modo, resta evidente que a criação do Município foi rondada por inúmeros flagrantes de inconstitucionalidade, repousados na omissão legislativa na criação do dispositivo necessário para a regulamentação da prática de criação, fusão e desmembramento de municípios. Contudo, é essencial ressaltar que, malgrado a inconformidade evidente, a realidade fática constituída merece apreciação singular da Corte Suprema, ensejando a aplicação da modulação temporal dos efeitos no proferimento da sentença.

#### 4.2 ADI 2.240 – A APLICAÇÃO DO DIREITO NUMA PERSPECTIVA CONSCIENTE

Um dos casos mais controversos da aplicação da Teoria da Modulação dos Efeitos Temporais se deu na apreciação da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2240 – BA, que tratou da criação do Município de Luís Eduardo Magalhães, cujo acórdão serviu de base para a configuração do presente estudo. Como cediço, proposta pelo Partido dos Trabalhadores, a ação questionou a criação do Município pela Lei 7.619/00, pelo descumprimento do preceito contido no artigo 18, parágrafo 4º da Constituição Federal de 88 .

Alegou o autor que a Lei feriria este dispositivo ao não observar a imposição da necessidade da criação de Lei Complementar Federal que definiria o período permitido para a criação de Municípios na Federação. É fato que este texto constitucional foi alterado pela Emenda Constitucional nº 15/96, que modificou o texto original da norma, que daria competência para a definição do período para a criação, incorporação e desmembramento de municípios à lei complementar estadual.

---

<sup>11</sup> Lei 9.709/98: Art. 4º A incorporação de Estados entre si, subdivisão ou desmembramento para se anexarem a outros, ou formarem novos Estados ou Territórios Federais, dependem da aprovação da população diretamente interessada, por meio de plebiscito realizado na mesma data e horário em cada um dos Estados, e do Congresso Nacional, por lei complementar, ouvidas as respectivas Assembléias Legislativas.

No entanto, estamos diante de um claro exemplo de omissão legislativa, já que a referida determinação do pertinente período não foi realizada até a presente data, inviabilizando o exercício de um direito conferido pela nossa *Lex Mater*. Configura-se assim uma norma de eficácia limitada ou reduzida, definida por Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 96) como:

São normas que, ao revés, dependem da intervenção legislativa para incidirem, porque o constituinte, por qualquer motivo, não lhes emprestou normatividade suficiente para isso. Isto é, embora estejam irradiando efeitos jurídicos inibidores de disposições em contrário, têm aplicabilidade mediata, porque as normas assim categorizadas pedem uma lei futura que regulamente seus limites.

Impõe-se ao caso em foco o reconhecimento de que a inércia do poder legislativo quanto ao preenchimento da lacuna gerada pela falta da norma necessária, obsta o exercício de um poder proferido pela Constituição aos Estados e Municípios de se auto gerir e auto administrar sua esfera de competências. É um direito fundamental a real efetivação da Constituição, “um direito subjetivo público à emanção de normas que impõe para os órgãos com competência normativa, o dever de emitir atos normativos, e para o legislador, um correspondente dever de legislar”, como prevê Dirley da Cunha Júnior. O Governo Baiano alegou, portanto, que frente à omissão apresentada, baseou-se na sua lei orgânica para o exercício do direito constitucional previsto, concebida com base no texto constitucional original.<sup>12</sup>

A ação em foco foi proposta no ano de 2007, sete anos após a criação do Município, ensejando grande discussão sobre a peculiaridade da aplicação da declaração de inconstitucionalidade ao caso em tela. É inegável, pois, que neste período o município existiu, sob a tênue proteção da pseudo constitucionalidade, realizando atos, servindo de palco para o surgimento de relações jurídicas, arrecadando tributos, elegendo representantes do povo, modificando vidas. Destacou o relator da mencionada ADI que (STF, 2007, p. 9):

O município de Luís Eduardo Magalhães existe, de fato, como ente federativo dotado de autonomia municipal, a partir de uma decisão política. Esta realidade não pode ser ignorada. Em boa-fé, os cidadãos domiciliados no município supõem seja juridicamente regular a sua autonomia política.

---

<sup>12</sup> Art. 54 - Lei complementar estadual disporá sobre a criação, incorporação, desmembramento e fusão de Municípios, estabelecendo os critérios e requisitos mínimos relativos à população, eleitorado, número de domicílios e renda, observadas as seguintes condições: IV - criação de Município somente no período compreendido entre doze e seis meses anteriores às eleições gerais para governador ou prefeito.

(ADI 2240 / Ementário 2283-2. Relator: Ministro Eros Grau. Requerente: Partido dos Trabalhadores DJ 03.08.2007)

Oportunamente, o relator evocou o conceito da "reserva do impossível" entre os fundamentos utilizados para a preservação da nova entidade federativa, optando pela improcedência da ação. Tal instituto não se confunde com o Princípio da Reserva do Possível, instituto da Ciência das Finanças, que traduz a idéia de que a atuação estatal está condicionada à existência de recursos públicos disponíveis.

A Reserva do Impossível, por sua vez, revela-se como a impossibilidade de se anular situação fática que tenha sido fruto de decisão política de caráter institucional sem que ocorra uma agressão ao princípio federativo. Em seu voto, o Ministro Eros Grau assim explicitou o seu entendimento:

Criado o Município, passou a existir e agir como ente da federação. Trata-se de um fato. Não se anulam fatos. Um ente da federação assumiu existência [plano da existência] e dessa existência resultaram efeitos jurídicos [plano da eficácia], tal como ocorre no casamento putativo e com as "sociedades em comum". Impossível retornarmos no tempo, para anular essa existência, sem agressão à autonomia desse Município e, pois --- repito --- ao princípio federativo.

Em discordância com a decisão proferida pelo relator, o Ministro Gilmar Mendes defende escolha de saída diversa a improcedência, por entender que o reconhecimento da existência da lei é primaz, como também o fato de sua flagrante inconstitucionalidade, contudo, a simples extinção dos seus efeitos se faz inconcebível. Como evidenciam suas palavras:

A solução para o problema, a meu ver, não pode advir da simples decisão de improcedência da ação. Seria como se o Tribunal, focando toda sua atenção na necessidade de se assegurar realidades concretas que não podem mais ser desfeitas e, portanto, reconhecendo plena aplicabilidade ao princípio da segurança jurídica, deixasse de contemplar, na devida medida, o princípio da nulidade da lei inconstitucional."

(...)

É certo, outrossim, que, muitas vezes, a aplicação continuada de uma lei por diversos anos torna quase impossível a declaração de sua nulidade, recomendando a adoção de alguma técnica alternativa, com base no próprio princípio constitucional da segurança jurídica. Aqui, o princípio da nulidade deixaria de ser aplicado com fundamento no princípio da segurança jurídica.

Frente às gravosas consequências que fatalmente adviriam da simples declaração da inconstitucionalidade com efeito de nulidade da norma que gerou o município, os Ministros do STF se posicionaram de maneira a buscar a saída menos gravosa ao caso em questão. Sobre isto disse o relator Ministro Eros Grau:

Por isso esta corte não pode limitar-se à prática de um mero exercício de subsunção. Cumpre considerarmos prudentemente a circunstância de estarmos diante de uma situação de exceção e as consequências perniciosas que adviriam de eventual declaração de inconstitucionalidade da lei estadual. (ADI 2240 / Ementário 2283-2. Relator: Ministro Eros Grau. Requerente: Partido dos Trabalhadores DJ 03.08.2007)

Estava claro que a apreciação acerca da inconstitucionalidade do dispositivo de Lei em foco não poderia limitar-se a simples atividade de declaração de inconstitucionalidade e extermínio da norma com efeitos projetados à sua criação. Era determinante a aplicação do direito e da regra sob uma perspectiva responsável, ciente de que o interesse social e a segurança jurídica poderiam abalar-se ante a simples aplicação cega da norma mandamental.

Desta maneira, a mera declaração de inconstitucionalidade não teria o condão de fazer desaparecer a existência pretérita do município, ou dos atos decorrentes dessa existência, pois, como preceitua Pontes de Miranda (1972) “fora do mundo jurídico não há reversibilidade do tempo”. Este também é o entendimento de Regina Maria Macedo Neri Ferrari (2004, p. 283):

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

Aqui reside um arcabouço de preceitos e princípios constitucionais em jogo. O princípio da nulidade das leis inconstitucionais impunha ao caso concreto, que se aplicasse de maneira normativa e, portanto, meramente, impositiva, o excídio dos atos criados com base no dispositivo, ou seja, o extermínio do Município de Luís Eduardo Magalhães do mundo jurídico. Ante o fato de a lei ser norma hierarquicamente inferior à Constituição e por possuir nesta os fundamentos de validade e sustentação, não seria, a partir deste princípio, permitida a sua coexistência no ordenamento jurídico se seu conteúdo dispuser de modo a contrariar a Constituição, uma vez que somente com fundamento na Lei Maior é que ela poderia ser validada.

Prudentemente, o Ministro Eros Grau, traz a tona fatos que ensejam a reflexão da Corte sobre a decisão. Atesta que o Município adquiriu autonomia, realizando atos próprios de sua competência, abrigando ainda registros de nascimento, óbitos,

celebrações de casamento, sendo, portanto, irresponsável crer na correção quanto à mera aplicação da sanção à incongruência atestada. Seria este um caso em que a força impositiva dos fatos, não prevista pelo nosso ordenamento, se impõe sobre a força normativa positivada. Retrata este em seu voto:

A República Federativa do Brasil é composta pela união indissolúvel dos Estados e Municípios, e do distrito Federal (Artigo 1º da Constituição Federal). Assim, observado o disposto no § 4º do artigo 18 da Constituição do Brasil e a Lei Complementar nele mencionada, a decisão política que envolva a criação de um Município poderia se existente a Lei Complementar, ser tomada. A omissão do congresso Nacional impede, no entanto, que esta decisão de caráter político, seja tomada. Daí termos no Município de Luís Eduardo Magalhães a exceção – exceção que como observei não é prevista pelo direito positivo – decorre da violação, mesmo que indireta pelo Congresso Nacional da ordem constitucional. Moléstia do sistema desvia de seu estado normal. (ADI 2240 / Ementário 2283-2. Relator: Ministro Eros Grau. Requerente: Partido dos Trabalhadores DJ 03.08.2007)

Ressalta ainda:

Dirá eventualmente algum normativista radical que o Município de Luís Eduardo Magalhães jamais foi criado em termos formais. Da inconstitucionalidade da lei então, decorreria sua inconstitucionalidade institucional. Esta poderia ser tida como uma afirmação correta no mundo do dever ser. Sucede que vivemos no mundo do ser, a vida passa no mundo do ser, onde o Município existe. Somente no plano das abstrações poderíamos ignorar a realidade do mundo do ser, inclusive, nela, a existência do Município de Luís Eduardo Magalhães. Para tanto é necessário que se viva no mundo do dever ser. E o debate que se aplica a esse mundo, o mundo do dever ser, nada promete de útil. (ADI 2240 / Ementário 2283-2. Relator: Ministro Eros Grau. Requerente: Partido dos Trabalhadores DJ 03.08.2007)

Defende ainda, votando pela improcedência da ação, que não se pode declarar a inconstitucionalidade da Lei em questão porque esta não implicaria na inconstitucionalidade institucional e, portanto no desaparecimento do município.

Contudo, frente a sua explanação, evoca o Ministro Gilmar Mendes pela constatação de que de fato a lei se apresenta em conflito com os ditames constitucionais e por isso não poderia mais subsistir no nosso ordenamento. Tal comportamento geraria precedente perigo ao sistema jurídico pátrio, afetando a função precípua do próprio Supremo Tribunal Federal de guarda da constituição e de sua integridade.

Em contraponto, propõe a aplicação da Teoria em tela, imprimindo a modulação dos efeitos para a consecução de uma decisão mais adequada e menos lesiva. Pra ele é completamente plausível aceitar que, sem abandonar a doutrina tradicional da nulidade da lei inconstitucional, em alguns casos é necessário e às vezes até inevitável, com base na segurança jurídica, afastar o princípio da nulidade.

Essa modulação não implica a convalidação da norma declarada inconstitucional, mas a preservação de seus efeitos já produzidos, ou que se produzirão ainda e certo lapso de tempo, para, conforme já destacado, proteger o regime constitucional de grave afronta à segurança jurídica ou outro princípio constitucional que se apresente sob a forma de relevante interesse social.

Afinal de contas, como impor a uma comunidade formada, a um Município soberano que exerceu seus poderes e autonomia arrecadando tributos, elegendo governantes, o fardo de simplesmente ignorar a sua própria existência em favor da manutenção do dogma da nulidade? Haja vista que toda a celeuma se deu em face de uma omissão legislativa que deu ensejo ao ato legislativo estadual acatado por nosso sistema por tantos anos.

Como se vê este caso apresenta panorama complexo que se adequa aos preceitos previstos no artigo 27 da lei 9.868/99, e, portanto, abriga a possibilidade da modulação do efeito da sentença decorrente desta ação. Como defende o Ministro Gilmar Mendes (2007, p. 22).

O que importa assinalar é que, segundo a interpretação aqui preconizada, o princípio da nulidade somente há de ser afastado, se se puder comprovar, 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. (ADI 2240 / Ementário 2283-2. Relator: Ministro Eros Grau. Requerente: Partido dos Trabalhadores DJ 03.08.2007)

Portanto, o princípio da nulidade ainda é a regra, pois que representa instrumento essencial à manutenção da rigidez constitucional, posto que seu afastamento se dará somente em casos de extrema relevância, refletido no quórum especial imposto para aprovação de atos desta essência em 2/3.

Frente ao cenário descrito, restou evidente a necessidade do reposicionamento da Corte Suprema no nosso ordenamento ante o caso concreto. A decisão proferida terminou por definir a procedência da inconstitucionalidade da Lei nº 7.619/00, sem a pronúncia da sua nulidade, mantendo sua vigência por prazo de 24 meses, período em que o legislador estadual poderá rever o tema e adequar seus desvios ao seu retorno ao mundo das legalidades. Sobre o tema declarou Dirley da Cunha Júnior (2007, p. 233):

Deixou claro a Suprema Corte que a decisão que constata a existência de omissão inconstitucional e determina ao legislador que empreenda as medidas necessárias à colmatação da lacuna inconstitucional constitui

sentença de caráter nitidamente mandamental, que impõe, ao legislador o dever dentro de um prazo razoável, de proceder à eliminação do estado de inconstitucionalidade.

Até a presente data a lacuna evidenciada no processo ainda não foi preenchida, mantendo-se a situação descrita na margem da inconstitucionalidade, ante a inércia do poder legislativo federal.

#### 4.3 ARTIGO 27 DA LEI 9.868/99 E SUA REPERCUSSÃO

Para que se compreenda a essência da necessidade da utilização da técnica da modulação dos efeitos, e conseqüente renúncia à declaração de inconstitucionalidade com eficácia retroativa, é mister que se entenda que, nesta espécie, a declaração de inconstitucionalidade assegura melhor a normatividade da Constituição do que a simples declaração de inconstitucionalidade. Significa, portanto, perceber que a reação ao ato normativo inconstitucional deve ser aferida, reflexivamente, a partir da própria ordem constitucional, ou seja, as conseqüências no plano concreto da inconstitucionalidade da lei devem ser determinadas no quadro da Constituição no seu todo e na sua unidade.

Sendo assim, o Supremo Tribunal Federal, ressalvado por critérios constitucionais, deverá realizar um juízo de escolha, avaliando a situação concreta que conduza à mais rápida, efetiva e abrangente otimização da Constituição. Desta maneira, os interesses tutelados pelas diferentes normas constitucionais devem ser tomados em consideração em sede de determinação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade.

A Teoria da Modulação dos Efeitos Temporais da Sentença surge como uma negação à postura impositiva do direito positivista de Hans Kelsen e a teoria da nulidade largamente utilizada. Com base na Teoria da Nulidade, a declaração de inconstitucionalidade de uma norma tem efeito *ex tunc*, se projeta ao passado, é como se ela não tivesse existido. Logo, seus efeitos retroagem anulando todas as suas conseqüências: tudo aquilo que se construiu em face dessa norma não tem validade. Os atos praticados na sua vigência eram nulos de pleno direito. Segundo Gilmar Mendes:

A evolução das técnicas de controle judicial em sede de constitucionalidade deu-se no sentido da quase integral superação do sistema que Canotilho denominou o “silogismo tautológico” (1) uma lei inconstitucional é nula (2) uma lei é nula porque inconstitucional (3) a inconstitucionalidade reconduz-se a nulidade e a nulidade a inconstitucionalidade. (ADI 2240 / Ementário 2283-2. Relator: Ministro Eros Grau. Requerente: Partido dos Trabalhadores DJ 03.08.2007)

A simples deflagração da declaração de inconstitucionalidade não se apresenta, pois, como suficiente para a resolução de questões jurídicas iminentes, haja vista às possíveis e catastróficas consequências da simples eliminação da norma do nosso ordenamento. A Lei 9.868/99 é exemplo desta realidade, ao consagrar em seu artigo 27 a possibilidade de modulação da decisão, em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Contudo, a justificativa para o afastamento da eficácia retroativa, *ex tunc*, só deve ser admitida quando a Côrte puder demonstrar que a adoção de uma declaração de inconstitucionalidade pura e simples envolveria um sacrifício ainda maior a outro valor constitucional, ou seja, a justificação poderá flutuar para além da segurança jurídica e excepcional interesse social. Para Canotilho (2000, p. 904) :

Em rigor lógico, a eficácia *ex nunc* seria própria do sistema concentrado. Como sustentou Kelsen, enquanto um Tribunal Constitucional não tiver declarado inconstitucional uma lei, este acto é válido e vinculante para os juízes e outros aplicadores do direito.

É essencial observar, destarte, que o art. 27 da Lei n.º9.868/99 não tem o intuito de extirpar o princípio da dogma da nulidade da lei inconstitucional, sua finalidade foi introduzir expressamente em nosso sistema de direito positivo uma nova modalidade de técnica decisória. O artigo em foco inovou significativamente a matéria no ordenamento jurídico brasileiro, como já vinha sendo feito em âmbito jurisprudencial pelo Supremo Tribunal Federal. Relata Gilmar Mendes (2009, p.493) sobre a fragilidade da simples aplicação da declaração de inconstitucionalidade com fulminante eficácia *ex tunc* e a necessidade da utilização de instrumentos de modulação temporal pela Côrte:

Essa deficiência mostrou-se igualmente notória, na decisão de 23 de março 1994, na qual o Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de ampliar a já complexa tessitura das técnicas de decisão no controle de constitucionalidade, admitindo que lei que concedia prazo em dobro para a defensoria pública era de ser constitucional enquanto esses órgãos não estivessem devidamente habilitados ou estruturados.

Com base nesta norma, a partir de então, o STF poderá proferir suas decisões em variadas modalidades, a saber: a) declaração de inconstitucionalidade apenas a

partir do trânsito em julgado da decisão (declaração de inconstitucionalidade *ex nunc*); b) declaração de inconstitucionalidade, com suspensão dos efeitos por algum tempo a ser fixado na sentença (declaração de inconstitucionalidade com efeito *pro futuro*); e, eventualmente, c) declarar a inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade, determinando que ocorra a suspensão de aplicação da lei e dos processos em curso até que o legislador, dentro de prazo razoável, se pronuncie acerca da situação que deu ensejo a inconstitucionalidade (Mendes; Coelho; Branco, 2007) .

No que se refere à declaração de inconstitucionalidade com eficácia *pro futuro*, a lei ou ato normativo reconhecido como inconstitucional, continua a ser aplicado, emanando seus efeitos dentro de um prazo estabelecido pelo Tribunal, mesmo após a decisão que reconhece sua inconstitucionalidade. A sua exclusão do sistema se submete a um termo fixado, em que pese saber que o legislador não estabeleceu um limite temporal para aplicação excepcional de lei inconstitucional.

Como cediço, ainda, é possível uma lei ou ato normativo seja reconhecido como inconstitucional, mas não tenha sua nulidade pronunciada . Acerca dessa hipótese exemplifica Mendes, Coelho e Branco (2007, p.1205-1206) que:

Poderá ser o caso de determinadas lesões ao princípio da isonomia (exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade). Nessas situações, muitas vezes não pode o Tribunal eliminar a lei do ordenamento jurídico sob pena de suprimir uma vantagem ou um avanço considerável. A preservação dessa situação sem qualquer ressalva poderá importar, outrossim, no agravamento do quadro de desigualdade verificado. Assim, um juízo rigoroso de proporcionalidade poderá recomendar que se declare a inconstitucionalidade sem nulidade, congelando a situação jurídica existente até o pronunciamento do legislador sobre a superação da situação inconstitucional

A autorização normativa para atenuação da teoria da nulidade do ato inconstitucional, portanto, permitiu o tratamento da matéria sob um novo enfoque, mais coerente com os avanços verificados na teoria da Constituição. Assim, não obstante as críticas quanto à conveniência e oportunidade do regramento, bem como as objeções relativamente a sua constitucionalidade, é inegável que a produção de efeitos retroativos pode trazer consequências indesejadas pelo próprio texto constitucional, o que justifica o temperamento do dogma da nulidade da lei inconstitucional e afasta argumentos externos no sentido de que tal romperia a supremacia da Constituição.

Portanto, a proteção da segurança jurídica, da confiança e da boa-fé, consubstanciada na manutenção dos efeitos produzidos pela norma inconstitucional

durante a sua vigência, muitas vezes, resguarda mais a supremacia da Constituição e os direitos nela assegurados que uma irrestrita e cega atribuição de efeitos retrospectivos à afirmação de inconstitucionalidade de uma norma.

Estaria, assim, oficializado ante a esfera jurídica pátria, a possibilidade da mitigação da aplicação ortodoxa da nulidade frente às situações que autorizem a aplicação da supracitada Teoria. Assim, permitindo que o Supremo, ao examinar a regularidade da lei em face da Constituição, não se atenha apenas, cegamente, aos aspectos jurídicos da questão, mas que ele possa cumprir, efetivamente, no desempenho de sua missão de guardião da Constituição, e seu intérprete máximo, a sua função mais importante, exatamente a de tornar a Constituição um instrumento vivo, adaptando-a as novas condições sociais.

#### **4.3.1 Segurança jurídica e excepcional interesse social, um interpretação ampliativa**

Um dos grandes desafios, quando se tem em mente na aplicação do direito, reside no próprio aspecto semântico de seus dispositivos, dotados em alguns momentos de variadas possibilidades interpretativas. A supracitada lei desvenda tal dificuldade ao optar pelos referenciais de *segurança jurídica e excepcional interesse social* como pressupostos que devem justificar a sua aplicabilidade.

É reconhecível, contudo, que os sistemas normativos existentes apresentarão, de regra, uma imensa variedade de aplicações, para além do que seus destinatários possam apreender. Cotidianamente, valores subjetivos como justiça e equidade entram em conflito, exigindo do operador do direito similar abstraldade na resolução das lides apresentadas, com vasta amplitude de possibilidades.

Por isso, o exercício interpretativo do direito se faz exigível, com o apelo aos variados princípios aplicáveis ao caso concreto, fundamentando suas decisões dentro dos parâmetros previstos pelo ordenamento, como define Gustavo Valverde (2004, p. 68):

O que não estiver previsto nas normas do sistema, permanecerá como comunicação meramente social, passível de processamento por outro sistema, mas irrelevante para o direito. Os problemas sociais só passam a

ser problemas jurídicos quando o próprio sistema jurídico os seleciona e lhes confere tratamento por meio de suas estruturas.

Prova disto, é a abertura do sistema para a inclusão de valores vagos como os em foco, para contemplar àquelas situações em que a norma estrita direta não possa ser aplicada de maneira a abarcar todas as configurações possíveis. Portanto, desde que se obedeça aos limites impostos sobre o que é reconhecidamente jurídico, permitido pelo sistema, o direito será aplicável, mesmo para além da norma literal. Como sabiamente prevê Kelsen(1998, p. 466),

O Direito a aplicar forma, em todas as hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito, todo ato que se mantenha dentro deste quando ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível.

A exigência prevista no artigo em tela para a possibilidade de modulação dos efeitos da sentença de constitucionalidade revela uma visionária perspectiva de aplicação do direito. Aqui se vislumbra a possibilidade de existirem situações em que a imputação direta da norma e seus efeitos, deva ser ponderada, em favor da manutenção da integridade constitucional.

A idéia de segurança jurídica está diretamente ligada ao Estado de direito e a sua garantia constituiu, no início, seu objetivo principal. Conforme observa Joaquim Gomes Canotilho(2008,p.252), “o homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsavelmente a sua vida”. A manutenção do Estado de Direito, portanto, repousava nas bases da segurança proporcionada pela instituição de uma ordem jurídica imperativa à toda a sociedade.

A estabilidade da ordem jurídica é tão importante quanto sua própria existência. Não se poderia considerar seguro um ordenamento que fosse constantemente modificado. A coesão e manutenção do sistema proporciona um ambiente socialmente seguro e previsível, mantendo a ordem social.

No que se refere à nossa Carta Maior, este paradigma ganha ainda mais importância. Como dito anteriormente, a Constituição é um compilo de tradições e valores de uma sociedade, servindo de referencial para a imposição de limites e delineamento do modelo ideal de convívio social. Para isso, é essencial que este modelo permaneça coeso e claro para todos os integrantes daquela sociedade específica. Como alerta Konrad Hesse (1991) “a freqüência das reformas constitucionais abala a confiança na sua inquebrantabilidade, debilitando a sua força normativa. A estabilidade constitui condição fundamental da eficácia da Constituição”

De acordo com José Afonso da Silva, a *segurança jurídica* é uma decorrência da *segurança do direito*. Esta se refere à positividade do direito, que encontra o seu fundamento de validade na Constituição, “na medida em que a Constituição tem por missão assegurar a vigência e eficácia do princípio da dignidade da pessoa humana em que se centram todas as demais manifestações dos direitos fundamentais do homem”. Consiste na garantia de estabilidade e certeza das relações jurídicas, proporcionando aos indivíduos prever os efeitos das suas condutas.

Existirá, pois, estreita relação entre os conceitos centrais do direito e a idéia de segurança jurídica, como a noção do negócio jurídico perfeito e a coisa julgada. Sobre o tema, José Joaquim Gomes Canotilho (1995, p. 353) posiciona-se:

Os princípios da proteção da confiança e da segurança jurídica podem formular-se assim: o cidadão deve poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições jurídicas e relações, praticados ou tomadas de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam os efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nessas mesmas normas. Estes princípios apontam basicamente para: (1) a proibição de leis retroactivas; (2) a inalterabilidade do caso julgado; (3) a tendencial irrevogabilidade de actos administrativos constitutivos de direitos.

A segurança jurídica em sentido amplo está ligada à garantia geral de direitos que se consagram constitucionalmente. Esta poderia ser entendida como a própria segurança do direito, embora aquela não dependa necessariamente de regras escritas, pois a ordem jurídica pode ser segura mesmo em países cuja normatividade se baseie meramente em costumes e história. Estaria esta, portanto, mais ligada ao aspecto material das normas de direito do que ao seu aspecto formal, no sentido de tornar efetivos os direitos fundamentais do homem.

Em sentido estrito, a segurança jurídica se coloca como instrumento próprio para garantia da estabilidade, pois, embora não impeça que as leis sejam modificadas, impõe como regra que permanecerão intactos os efeitos produzidos durante a vigência destas. Por isso, garante a certeza de que relações e negócios jurídicos constituídos com base em normas jurídicas postas permanecerão imunes, durante sua vigência.

O aspecto da segurança jurídica a que se refere a tutela proferida no artigo 27 da Lei 9.868/99 reside na idéia da segurança em sentido estrito, haja vista que protege as relações e circunstâncias jurídicas fundadas sobre a tutela de uma norma cuja constitucionalidade é questionada. Destarte, se por um lado o controle de

constitucionalidade das leis serve para garantir a segurança jurídica, por outro, esta, como princípio constitucional, poderá em alguns casos justificar o reconhecimento das situações jurídicas que se criaram sob a vigência da lei inconstitucional e, até mesmo, a sua posterior aplicação. Apenas o caso concreto, em que se possam avaliar as conseqüências da declaração de inconstitucionalidade, é que dirá qual a decisão se configura mais justa, como prevê Queiroz (2000, p. 155).

[...] o juiz não se limita unicamente a uma exegese puramente formal dos textos jurídicos, antes deve justificar (: fundamentar) o significado da norma jurídica e pô-la em harmonia com a nova realidade social, voltado a desenvolver a antiga função de 'mediador' entre os grupos e interesses, entre o direito e a justiça .

Para que seja proferida uma decisão entendida como justa, há que se realizar um juízo de direito, uma avaliação fática dos efeitos emanados daquela norma em foco, para que se considere a boa fé daqueles confiantes na suposta constitucionalidade do dispositivo. Desta maneira, portanto, a segurança jurídica é relevada como referencial na formulação de variadas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, como, inclusive, na ação direta de inconstitucionalidade em questão.

No mesmo sentido, surge a expressão *excepcional interesse social*, fundada na idéia de que ao proferir-se uma sentença declaratória de inconstitucionalidade, há que se sopesar a realidade social e suas conseqüências para que se proceda a fixação dos efeitos. Quis o legislador escolher uma expressão de sentido amplo, que abranja uma variedade de situações fáticas, a fim de proporcionar amplitude à aplicabilidade da norma flexibilizada.

A decisão que limita os efeitos da declaração de inconstitucionalidade com fundamento em excepcional interesse social não precisa indicar necessariamente um direito expresso na Constituição, até mesmo porque, conforme dispõe o § 2º do art. 5º, não ficam excluídos outros direitos e garantias “decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que a República do Brasil seja parte”.<sup>13</sup>

A relevância do interesse social será, pois, analisada por meio da ponderação entre o princípio constitucional que embasa o aclame social e outro também previsto ou

---

<sup>13</sup> 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: § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

decorrente dos direitos expressos na Constituição, ambos em face dos princípios que definem a ordem constitucional global.

#### **4.3.2 A possibilidade da limitação dos efeitos no controle difuso**

Frente a possibilidade inaugurada com a Lei nº 9.868/99 de limitação dos efeitos da sentença de inconstitucionalidade, questiona-se sobre a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade em sede de controle difuso.

Inicialmente, o regime incidental de controle de constitucionalidade importaria na declaração de inconstitucionalidade e, conseqüente determinação da nulidade *ab initio* da lei ou ato normativo considerado incompatível com a Lei Fundamental. Contudo, como cediço, é cada vez mais recorrente a opção pela adoção de modelo flexibilizado quanto a concepção da inconstitucionalidade de fato.

Cada vez mais, é reconhecível a iminente ruptura da vinculação inconstitucionalidade/nulidade, pertencentes a planos diversos, o da validade e o da eficácia, atributos formadores da norma jurídica. A relação causa/efeito antes difundida, pressupunha a concepção no sentido de que a eficácia fazia parte integrante da validade, ofuscando as diferenciações que as notabilizaram. A teoria que preconiza a diferenciação entre validez e eficácia tem estreita relação com a anulabilidade e a produção de efeitos prospectivos na seara da decretação da inconstitucionalidade.

Como se poderia intuir, a maior resistência à adoção da teoria da anulabilidade no controle incidental, como era de se esperar, deveria ter ocorrido no berço do modelo norte-americano de controle de constitucionalidade das normas. Isto se deve ao fato do aludido sistema debruçar-se, essencialmente, sobre a apreciação de casos concretos que dependiam, para o seu deslinde, da definição da compatibilidade da lei ou ato normativo com a Constituição de 1787.

Contudo, na prática o direito americano demonstrou flexibilização inteligente, concomitante com as tendências impostas pelas mudanças históricas e jurídicas,

não hesitando em despertar para a prospectividade dos efeitos da decretação de inconstitucionalidade.

O Ministro Gilmar Mendes(2009), ao debruçar-se sobre o tema, ressalta que, mesmo a doutrina americana tão defensora da idéia de que a expressão “lei inconstitucional” configurava uma *contradictio in terminis*, uma vez que “*the unconstitutional statute is not law at all*”, após a Grande Depressão, a partir da década de 30, reconhece a necessidade de se estabelecerem restrições aos efeitos atinentes à declaração de inconstitucionalidade, especialmente em relação à condenações criminais amparadas em leis ou práticas consideradas constitucionais, num primeiro momento, mas posteriormente declaradas inconstitucionais, em especial pela Suprema Corte Americana. Se fosse invocar a teoria da nulidade absoluta da lei inconstitucional, certamente o Estado teria que suportar inúmeras indenizações e ressarcimentos àqueles que cumpriram pena ou, de alguma maneira, tiveram as respectivas liberdades cerceadas.

A Suprema Corte, atualmente, entende cabível tanto a clássica nulidade absoluta, quanto a superação prospectiva (*prospective overruling*), sobretudo nas decisões que representam alteração de jurisprudência (*overruling*). Esta se divide em *limited prospectivity*, aplicável aos processos já iniciados e pendentes de decisão (incluindo o processo originário), e *pure prospectivity*, que exclui completamente a eficácia retroativa, nem sequer se aplicando ao processo que lhe deu origem. Fica evidente que, pelo menos, o controle incidental não é incompatível com a idéia da limitação de efeitos na decisão de inconstitucionalidade.

A experiência brasileira revela que a maioria dos casos em que se atribui eficácia *ex nunc* ou *pro futuro* às declarações de inconstitucionalidade está no âmbito do controle difuso. Embora tenha se rendido quase que pacificamente à teoria da nulidade no controle incidental, ainda é possível colher, após a Constituição de 1988, alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal que, em casos excepcionais, quando se acham em risco a boa-fé e a segurança jurídica dos cidadãos ou da própria ordem jurídica, decide por projetar efeitos prospectivos às decisões que decretam a inconstitucionalidade

Um exemplo é o julgamento do HC nº 82.959, no qual se declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, que proibia a progressão de regime de cumprimento de pena nos crimes hediondos. Neste, o Min. Carlos

Ayres de Britto observou ser inevitável a aplicação da regra geral do Código Penal – embora esta também seja contrária à Constituição, por tratar da mesma forma situações desiguais – até que o legislador regule de forma específica a progressão de regime no caso dos crimes hediondos. Interessantes as justificativas do Ministro, que comprovam a importância da declaração de inconstitucionalidade com efeitos limitados para preservar, em alguns casos, uma situação que, se não é a mais perfeita, pelo menos, é a que está mais próxima da vontade da Constituição:

Fica claro que, apesar do princípio da nulidade se impor ao caso concreto com força exterminadora de atos e fatos jurídicos pela vontade constitucional, haverá casos em que esta força será mitigada, relevada em prol da integridade do próprio texto constitucional. Haverá, portanto, situações em que “razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”, se contrapõem ao abate em si do ato inconstitucional.

Deste modo, o caso Mira Estrela, aqui relatado, representa exemplo desta flexibilização em caso concreto, quando se decidiu pela aplicação de efeitos *ex tunc* à declaração proferida em prol da manutenção da situação jurídica já constituída e para evitar catastróficas consequências sociais.

A limitação dos efeitos foi objeto central no julgamento do Recurso Extraordinário nº 442683/RS, em que se discutiu acerca das consequências da declaração de inconstitucionalidade de atos administrativos que, com base nos artigos 8º, III; 10, *parágrafo único*; 13, § 4º; 17 e 33, IV, todos da Lei nº 8.112/90 (declarados inconstitucionais em 1998 – ADI 837/DF), previam a progressão de servidores públicos mediante concurso interno, contrariando a exigência constitucional do concurso público como forma de acesso aos cargos públicos. O Supremo Tribunal Federal entendeu que “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”.

Assim sendo, a manipulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso legitima-se na mesma medida em que se encontram fundamentos na Constituição para fazê-lo no âmbito do controle abstrato. Inviabilizar esta aplicação fulminaria de pronto a declaração de inconstitucionalidade restrita ou limitada, tendo em vista que no processo de natureza objetiva discute-se tão-somente a questão

constitucional, não se produzindo a imediata desconstituição das relações jurídicas anteriores, ou seja, não apresentando reflexos imediatos no âmbito concreto das relações sociais e jurídicas.

#### **4.3.3 A mitigação da estreita relação entre inconstitucionalidade / nulidade**

Como cediço, o direito brasileiro adotou como referencial a aplicação da teoria da nulidade desde o início da República, como revelam as palavras de Rui Barbosa, por Luis Roberto Barroso (2004), “toda medida legislativa, ou executiva, que desrespeitar precedentes constitucionais, é, de sua essência, nula”.

Por conseguinte, pode-se dizer que prevalece no Brasil, em sede doutrinária e jurisprudencial, com chancela do Supremo Tribunal Federal, a orientação de que a lei inconstitucional é nula de pleno direito e que a decisão que reconhece a inconstitucionalidade tem eficácia retroativa, restando inválidos todos os atos praticados com base na lei impugnada. Tal declaração propaga-se ante toda a sociedade de maneira avassaladora, extinguindo atos e relações construídas com base no diploma infectado. Como visto anteriormente, o texto constitucional brasileiro não prevê a possibilidade da modulação dos efeitos da sentença, como o diploma português, permanecendo os tribunais fiéis ao dogma da nulidade da lei inconstitucional.

Todavia, seria impossível e até mesmo irresponsável, que o Supremo Tribunal Federal se quedasse inerte ante as mudanças sociais e jurídicas que se apresentam, a Lei 9.868/99 é exemplo vivo disto. Era inevitável que em algumas situações excepcionais se admitisse o temperamento da regra geral, para que se suprimisse ou atenuasse o pronunciamento da inconstitucionalidade, em nome de valores como os da boa-fé, justiça e segurança jurídica.

Essa flexibilização, notadamente reconhecível no âmbito do direito comparado, mostra-se plenamente compatível com o ordenamento brasileiro, uma vez que a nossa Constituição da República, assim como a norte-americana, nada dispõe a respeito da retroação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Para Gilmar Mendes (2009, p. 524):

A análise do direito comparado demonstra uma forte tendência no sentido da universalização de alternativas normativas ou jurisprudenciais em relação à técnica da nulidade. Pode-se dizer que, independentemente do modelo de controle adotado, de perfil difuso ou concentrado, a criação de técnicas alternativas é comum aos mais diversos sistemas constitucionais.

Assim, por mais que prevaleça hoje doutrinaria e jurisprudencialmente a teoria da nulidade da declaração de inconstitucionalidade, a modulação se apresenta como opção recorrente. É evidente que o fato da sentença judicial implicar a nulidade *ab initio* da normatividade impugnada favorece o surgimento de variadas problemáticas, principalmente no âmbito social.

Já que não existe prazo para a pronúncia da nulidade – já que a inconstitucionalidade decorre do vício, em princípio, insanável e, portanto, imune à prescrição -, considere-se o caso de uma lei cuja legitimidade foi reconhecida após o decurso de longo lapso temporal, tendo, inclusive, prestigiado a consolidação de um sem-número de situações jurídicas. Imagine-se que relações jurídicas foram travadas sob seu escudo protetor, vidas foram alteradas sob sua sombra e tutela. É prudente que nestes casos a impiedosa nulidade se confronte com a complacência da aplicação de um direito responsável por sua repercussão, sob pena de sustentar a injustiça.

Com efeito, desde antes da edição da Lei nº 9.868/99, o Supremo Tribunal Federal vinha apreciando pedidos de modulação dos efeitos temporais da decisão afirmativa de inconstitucionalidade, dando-lhe efeitos prospectivos em situações para as quais foram invocados os mais variados argumentos, não obstante a inexistência de autorização expressa. Com o advento da supracitada lei, restou disciplinada a possibilidade da modulação dos efeitos temporais das decisões afirmativas de inconstitucionalidade.

Independentemente do modelo consagrado de controle de constitucionalidade (difuso ou concentrado), é essencial que se realize um exercício de reflexão acerca dos prováveis efeitos que a decisão declaratória de inconstitucionalidade pode repercutir na resolução do caso particular. Em ambos os regimes, indistintamente, a incidência dos efeitos retrospectivos pode se mostrar mais nociva ao Direito e à ordem jurídica do que a própria ofensa à Constituição, sendo imperiosa a possibilidade de modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade tanto em sede de controle abstrato como no âmbito do controle difuso.

Contudo, é imperioso ressaltar que a regra permanece sendo a retroação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, dado a gravidade do defeito que macula a norma editada em desconformidade com o texto constitucional. Contudo, excepcionalmente, o desfazimento de todos os efeitos gerados pela norma reconhecida como inconstitucional pode implicar em ofensa ainda maior à Constituição, sendo imperativo o temperamento à regra da nulidade da norma inconstitucional.

O Supremo Tribunal Federal tem se mostrado favorável a adoção da modulação dos efeitos como opção para a resolução das divergências apresentadas, conforme voto proferido pela Ministra do STF Ellen Gracie em julgamento ADI 3.615:

Com essas considerações, julgo procedente o pedido formulado na presente ação direta e declaro a inconstitucionalidade do artigo 51 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias do Estado da Paraíba. Nos termos do art. 27 da Lei 9.868/99, proponho, porém, a aplicação ex nunc dos efeitos dessa decisão. Justifico. Nas mais recentes ações diretas que trataram desse tema, normalmente propostas logo após a edição da lei impugnada, se tem aplicado o rito célere do art. 12 da Lei 9.868/99. Assim, o tempo necessário para o surgimento da decisão pela inconstitucionalidade do Diploma dificilmente é desarrazoado, possibilitando a regular aplicação dos efeitos ex tunc. Nas ações diretas mais antigas, por sua vez, era praxe do Tribunal a quase imediata suspensão cautelar do ato normativo atacado. Assim, mesmo que o julgamento definitivo demorasse a acontecer, a aplicação dos efeitos ex tunc não gerava maiores problemas, pois a norma permanecera durante todo o tempo com sua vigência suspensa. Aqui, a situação é diferente. Contesta-se, em novembro de 2005, norma promulgada em outubro de 1989. Durante esses dezesseis anos, foram consolidadas diversas situações jurídicas, principalmente no campo financeiro, tributário e administrativo, que não podem, sob pena de ofensa à segurança jurídica, ser desconstituídas desde a sua origem. Por essa razão, considero presente legítima hipótese de aplicação de efeitos ex nunc da declaração de inconstitucionalidade. (ADI 3.615, voto da Min. Ellen Gracie, julgamento em 30-8-06, DJ de 9-3-07)

A análise jurisprudencial retrata ainda inúmeros exemplos:

AÇÃO CAUTELAR INOMINADA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EFEITO SUSPENSIVO. DECISÃO MONOCRÁTICA CONCESSIVA. REFERENDUM DO PLENÁRIO. OPERAÇÃO URBANA CENTRO. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO QUE, EM ADI ESTADUAL, DECLAROU A INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

Eficácia dos efeitos dessa declaração para momento futuro — pro futuro. Art. 27 da Lei n. 9.868, de 10-11-99. Existência de plausibilidade jurídica do pedido de declaração de inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* e ocorrência do *periculum in mora*." (Pet 2.859-MC-segunda, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 3-2-05, DJ de 20-5-05)

"Servidor público: provimento derivado. Inconstitucionalidade: efeito *ex nunc*. Princípios da boa-fé e da segurança jurídica. 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 17-2-1993, 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. 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. ( RE 442.683, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 13-12-05, *DJ* de 24-3-06)

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

Deste modo, em que pese o fato do direito brasileiro posicionar-se em favor da aplicação do dogma da nulidade, ainda assim é cada vez mais evidente a adoção de ferramentas que proporcionem a aplicação do direito de forma consciente ante as repercussões das decisões proferidas, mitigando a estreita relação entre inconstitucionalidade e nulidade.

## 5 CRÍTICAS À MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

Apesar de tema recorrente na jurisprudência atual e pertinente opção face à simples aplicação da teoria da nulidade impiedosa, a modulação dos efeitos sofre numerosas críticas doutrinárias.

Um dos primeiros pontos suscitados pelos críticos é o fato de que a atividade de limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade consiste na equiparação da atividade jurisdicional a de verdadeiro legislador. Nesta o operador do direito proporciona efeito prospectivo a norma que, em face da constituição, se apresenta como inválida, concedendo-lhe a capacidade de produzir efeitos válidos. Conforme o dispositivo de lei em tela, além dos efeitos *ex tunc* e *ex nunc* já mencionados, o Supremo Tribunal Federal poderia ainda deliberar em favor da modulação *pro futuro*, mantendo os efeitos de uma norma já declarada inconstitucional por um prazo determinado pela Côrte. Estaria o juiz a declarar como válida determinada lei, durante dado intervalo de tempo, e, assim, lançando-a no mundo jurídico como texto normativo impositivo, vinculante, obrigatório, função desempenhada precipuamente pelo legislador, ou até mesmo pelo constituinte.

Este posicionamento defende que somente o legislador teria o condão de renovar o cenário jurídico, tornando válida ou inválida a norma. Todavia, é evidente que, ante a variedade de princípios de que pode utilizar-se o jurista no momento de construção de sua decisão, além das variadas técnicas hermenêuticas, a atividade criativa vem sendo amplamente incentivada. Ressalta Mauro Cappelletti (1999) que a interpretação sempre implica certo grau de escolha e, por via de conseqüência, de criatividade, com destaque para alguns domínios da ciência jurídica, como a justiça constitucional.

Resta evidente que a via concentrada proporciona ao Supremo Tribunal a conferência de poderes que possibilitam até proferir advertências aos poderes Executivo e Legislativo, para que se manifestem acerca de possíveis lacunas, e sanem os problemas encontrados. Tal situação fica evidente no caso da técnica do “apelo ao legislador” quando o STF reconhece a constitucionalidade de norma que, caso permaneça inalterada será declarada inconstitucional, e por isso, solicita ao

legislador que prossiga no saneamento dos vícios encontrados para que a norma não seja extinta, como evidencia Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2006, p. 182):

É preciso destacar que o apelo ao legislador e o reconhecimento do processo fático de inconstitucionalidade desmistificam a perspectiva de que o controle abstrato de normas limitar-se-ia ao exame comparativo de textos desconectado de qualquer dado da realidade.

A referida técnica representa largo esforço na aplicação de um direito conectado ao mundo fático, mas expõe a imponência do poder conferido ao Supremo no desempenho de suas atividades. Sobre o tema salienta o mesmo autor:

“Um acúmulo de poderes e atribuições, até então inimagináveis, foram até agora concedidos ao Supremo Tribunal Federal, levando Ferreira (1983) a afirmar, tal como Charles Evans Hughes, *Chief Justice* da Suprema Corte americana nos primórdios do século passado que, no fundo, o nosso Direito Constitucional é o que o Supremo Tribunal Federal diz que ele realmente é.” (CRUZ, 2004: P. 19).

Ainda, em situações consumadas pelo tempo, irreversíveis ou de reversão possível, que comprometam efetivamente valores constitucionais relevantes, poderá não restar outra opção ao juiz senão optar por manipular os efeitos decorrentes da pronúncia de inconstitucionalidade, quando ameaçadas a segurança jurídica e a própria estabilidade do ordenamento jurídico.

No mesmo sentido, Lenio Streck (2002, p. 504-505), crítica a atividade em foco, ao questionar o poder conferido ao Supremo Tribunal Federal, com o advento da Lei nº 9.868/99, de especificar a data de início da eficácia para a decisão de inconstitucionalidade:

...nem a Constituição está disponível ao Supremo Tribunal Federal e tampouco este pode dispor do prazo para o início da eficácia de sua decisão (ressalvado o caso do efeito *ex nunc*, *stricto sensu*, já praticado desde há muito em Tribunais Europeus, na tradição da doutrina kelseniana). Tal possibilidade enfraquece a força normativa da Constituição, em virtude da possibilidade de manipulação dos efeitos, a partir de vagos e ambíguos fundamentos da existência de *razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social* (sic). Tal previsão é absolutamente estranha ao Direito Constitucional brasileiro. Se há razões de ordem pragmática que apontam para a necessidade da mitigação da previsão do efeito *ex nunc*, não parece razoável admitir que a decisão de inconstitucionalidade venha a contemplar eficácia pró-futuro, para além do mero efeito *ex nunc*, ou em parte para o passado, com o que o efeito nem seria *ex tunc* e nem *ex nunc*. Estar-se-ia atribuindo um espaço de arbitrariedade ao Supremo Tribunal Federal que, a toda evidência, viola os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

É essencial ressaltar que, como Lênio Streck, parte da doutrina entende que o termo inicial, a data fixada pelo Tribunal para o início da produção dos efeitos, deva se

situar entre a edição da norma e a publicação oficial da decisão, como ressalta Alexandre de Moraes(2007, p. 732)

“Dessa forma, não poderá o STF estipular como termo inicial para produção dos efeitos da decisão data posterior à publicação da decisão *no Diário Oficial*, uma vez que a norma inconstitucional não mais pertence ao ordenamento jurídico, não podendo permanecer produzindo efeitos.”

Entretanto, em que pese a opinião crítica proferida por diversos doutrinadores de grande expressão, é evidente que a atividade criativa e a conferência de poder ao Supremo Tribunal Federal são realidades necessárias á configuração do sistema jurídico vigente. Embasados num ordenamento de bases principiológicas, cada vez mais os juízes e ministros são chamados à realizar atividade interpretativa na aplicação da melhor decisão, interpretando cláusulas vagas e ambíguas, comumente designadas como conceitos jurídicos indeterminados.

Contudo, é essencial que no exercício desta atividade, sejam os operadores do direito tolidos pela aplicabilidade do princípio da presunção de constitucionalidade e da segurança jurídica, a fim de que a modulação realmente se dê em casos nos quais sua aplicação revelar pura essencialidade.

## 6 CONCLUSÃO

A realização do presente estudo promoveu rica reflexão acerca de institutos basilares da ordem jurídica e social brasileira. É claro que a Constituição, como referencial supremo, se impõe na concepção e construção de todo o arcabouço legal vigente. Para tanto, se mantém, em teoria, rígida e superior, emanando seus efeitos de maneira imperiosa. A Constituição é um regulador volitivo da sociedade e da organização política de um país em um momento histórico.

Contudo, num sistema neoconstitucionalista, não mais se aplicaria o mero exercício de subsunção na busca pela aplicação das normas constitucionais. Há que se realizar uma profunda avaliação do caso concreto e do efeito do exercício interpretativo da Constituição sobre a sociedade a que esta se impõe.

Nesta esteira, a Teoria da Modulação dos Efeitos Temporais surge como uma saída efetiva na busca de um direito consciente. A adequação das decisões à real necessidade do caso concreto, em detrimento de uma mera atividade normativista de declaração de inconstitucionalidade, abre novas perspectivas ao exercício criativo dos aplicadores do direito. A aplicação da Teoria se mostra não como um atentado à aplicação pura do princípio da nulidade, mas uma adaptação deste ao novo cenário doutrinário e social que se apresenta.

A abordagem acerca das modalidades de controle e configuração de seus próprios efeitos, serviu de base para o entendimento da amplitude do exercício de fiscalização da constitucionalidade em âmbito brasileiro. A modalidade concentrada, foco deste presente estudo, revelou-se como palco para a resolução das mais variadas controvérsias a cerca de conflitos entre leis e atos normativos colidentes com o texto constitucional, haja vista a vasta legitimação ativa proposta pelo rol do artigo 103 da CF/88. Para tanto, o uso da ação direta de inconstitucionalidade se mostrou instrumento eficaz.

Por conseguinte, a abordagem da Teoria da modulação dos efeitos temporais, apresentada, inicialmente, quanto à sua aplicação no cenário normativo brasileiro, doutrinária e jurisprudencialmente, evidenciou ser este um instrumento inovador essencial à manutenção da integridade do texto Constitucional, blindando direitos

adquiridos mesmo ante a dispositivos inconstitucionais, ou evitando que conseqüências fáticas afetem o cerne da lei maior.

O Direito estrangeiro apresentou-se como influência primaz para a configuração do sistema controlatório em nosso país. O sistema americano, calcado no *judicial review of legislation* impregnou-se na configuração do sistema difuso pátrio, enquanto que o modelo austríaco impô-se na proposição do controle concentrado, repousado sob às mãos de um único órgão, no nosso caso o Supremo Tribunal Federal. Ainda, o direito português forneceu exemplo singular, com a permissão contida no artigo nº282 da constituição lusitana para a implementação da técnica aqui defendida. Independentemente do modelo de controle de constitucionalidade adotado, de perfil difuso ou concentrado, concreto ou abstrato, a criação de técnicas alternativas de julgamento da inconstitucionalidade é comum aos mais diversos modelos de jurisdição.

O objeto central deste estudo, a Ação direta de inconstitucionalidade nº 2240 que declarou a inconstitucionalidade da lei de criação do município de Luis Eduardo Magalhães na Bahia, serviu de exemplo vivo quanto à essencialidade da implementação da técnica ora suscitada. Ante às possíveis catastróficas conseqüências que decorreriam da declaração de inconstitucionalidade pura e simples e seguinte pronúncia de nulidade da norma, a modulação dos efeitos se mostrou como saída ideal, afim de preservar a integridade constitucional, observando-se o princípio federativo.

Restou evidente, que o ato, mesmo quando eivado de vício que o invalide ante ao mundo jurídico, poderá na prática apresentar seus efeitos até a pronúncia de sua nulidade, modificando vidas e servindo de base para a realização de negócios e relações jurídicas. Exemplos jurisprudenciais evidenciaram que o exercício de limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade vem sendo realizado pelo Supremo Tribunal Federal desde, pelo menos, a década de 60.

Destarte, a promulgação da Lei 9.868/99, reafirmou a tendência jurisprudencial evidenciada, regulamentando a possibilidade da modulação de efeitos pelo Supremo Tribunal Federal, ante a razões de segurança jurídica e excepcional interesse social. Ficou evidente, ainda em exemplos de decisões proferidas pela Côrte, que a técnica vem sendo aplicada seja para a declaração de nulidade com efeitos futuros, sem a

pronúncia de nulidade ou *ex nunc*, mostrando-se saída apropriada na implementação de um direito consciente.

Nem mesmo a adoção formal do princípio da nulidade, evidente no texto constitucional pátrio, impediu a adoção de técnicas alternativas naqueles casos em que a nulidade poderia se revelar inapropriada, inviável ao caso concreto ou trazer conseqüências intoleráveis para o sistema jurídico, com ameaça de caos jurídico ou situação de insegurança jurídica.

Para aqueles casos de grande impacto político e social, implicando em questões que envolvam a sociedade de maneira expressiva, nem sempre a resolução do impasse jurídico poderá se dar apenas pela estática subsunção. É responsabilidade do Tribunal sopesar suas decisões realizando juízo de proporcionalidade quanto às conseqüências advindas do uso de seu poder jurídico, o caos social há que abrandar o ímpeto determinante da atividade jurisdicional.

A fim de preservar o sistema político constitucional vigente, é um dever das Cortes Constitucionais a flexibilização da eficácia temporal da decisão no processo de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, considerando que a Constituição não é apenas um texto normativo, mas um sistema que oficializa, legitima, resguarda e protege o compilo de valores de uma sociedade.

Por fim, o princípio da nulidade das leis inconstitucionais não se apaga, mas se curva a necessidade de flexibilização imposta pela segurança jurídica e manutenção do Estado, baseados na ideia de que o Direito é organismo vivo, mutável, devendo se manter aberto às novas possibilidades que venham a surgir.

## REFERÊNCIAS

BAHIA. Lei nº7.619, de 30 de março de 2000. Cria o Município de Luís Eduardo Magalhães. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/757312/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2240-ba-stf> Acesso em: 10 de março de 2012

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva 2010

BASTOS, Celso Ribeiro; BRITO, Carlos Ayres de. **Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1982

BITTENCOURT, Lúcio. **O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis**. Imprensa: Brasília, Ministério da Justiça, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: 1988.

\_\_\_\_\_. **Lei 9.709**. 18 de novembro de 1998. Regulamenta a execução do disposto nos incisos I, II e III do art. 14 da Constituição Federal Brasília, DF: Senado Federal: 1998. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9709.htm) Acesso em: 20 de outubro de 2012

\_\_\_\_\_. **Lei 9.868**. 18 de novembro de 1999. Dispõe sobre processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm) Acesso em: 10 de março de 2012  
ADI 127 / Relator: Min Celso de Mello, Requerente:

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 127**, PP-23057 EMENT VOL-01687-01 PP-00001 Relator: Ministra Celso de Mello. Requerente: Governador do Estado de Alagoas e Assembléia Legislativa do Estado de Alagoas DJ 04-12-1992. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14673164/questao-de-ordem-na-medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-127-al-stf> Acessado em 15 de março de 2012

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal , **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2240- BA**, PP-00025 EMENT Relator: Ministra Ellen Gracie. Requerente: Partido dos Trabalhadores. Dj. 22/08/2006 .Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=235847> Acessado em 15 de março de 2012

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal , **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2381 - RS**, EMENT 290533Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Requerente: Partido Progressista Brasileiro PPB. Dj. 14/12/2001 .Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15351168/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2381-rs-stf> Acessado em 23 de maio de 2012

\_\_\_\_\_.Supremo Tribunal Federal , **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2702 - PA**, PP-00025 EMENT 2138-3Relator: Ministro Mauricio Corrêa. Requerente: Procurador Geral da República. Dj. 06/02/2004 .Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266890> Acessado em 23 de maio de 2012

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal , **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3153**, PP-00034 EMENT VOL-02204- Relator: Min Celso de Mello. Requerente: Federação Nacional Das Associações Dos Produtores De Cachaça De Alambique, Fenacaluiz Cláudio Silveira, Presidente Da República, Advogado-Geral Da União, Secretário Da Receita Federal. DJ 09-09-2005 .Disponível em: [http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/767706/agregna-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi -agr-3153-df-stf](http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/767706/agregna-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-agr-3153-df-stf) Acessado em 25 de março de 2012

\_\_\_\_\_.Supremo Tribunal Federal , **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3615**, Ementário 2283-22267-1. Relator: Ministra Ellen Gracie. Requerente: Partido da Frente Liberal. Dj. 09/03/2007.Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=474616>Acessado em 25 de março de 2012

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal , **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3682-3 MT**, Ementário 2288-2. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Requerente: Partido da Frente Liberal. Dj. 09/05/2007.Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=485460> Acessado em 25 de março de 2012

\_\_\_\_\_.Supremo Tribunal Federal , **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3689**, Ementário 2283-2. Relator: Ministro Eros Grau. Requerente: Partido do MovDj. 29/06/.2007.Disponívelmento Democrático Brasileiro PMDB em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=469708> Acessado em 15 de março de 2012

\_\_\_\_\_.Supremo Tribunal Federal , **HC 82959 SP 3689**, Ementário 2283-2. Relator: Ministro Marco Aurélio. Dj. 01/09/2006. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/761705/habeas-corpus-hc-82959-sp-stf> Acessado em 23 de outubro de 2012

\_\_\_\_\_.Supremo Tribunal Federal , **Recurso Extraordinário nº 61.351 BA** PP-03702 EMENT VOL-00739-02 Relator: Amaral de Abreu Dj. 20/09/1968. Disponível

em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/703906/recurso-extraordinario-re-79343-ba-stf> Acessado em 15 de outubro de 2012

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal , **Recurso Extraordinário nº 79.343 BA** EMENT VOL-01068-02 PP-00791 Relator: Leitão de Abreu Dj. 02/09/1977. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/842202/embargos-no-recurso-extraordinario-re-embargos-61351-rn-stf> Acessado em 23 de outubro de 2012

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal , **Recurso Extraordinário nº 78.594 SP** PP- Relator: Bilac Pinto Dj. 04/11/1974. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/711192/recurso-extraordinario-re-78594-sp-stf> Acessado em 22 de outubro de 2012

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal , **Recurso Extraordinário nº 93.356 MT** PP-03854 EMENT RTJ VOL-00097-03 Relator: Leitão de Abreu Dj. 04/05/1981. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/735461/recurso-extraordinario-re-93356-mt-stf> Acessado em 22 de outubro de 2012

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal , **Recurso Extraordinário nº 197.917 TJ SP** EMENT VOL-02150-03 Relator: Maurício Corrêa Dj. 05/06/2002. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/774152/recurso-extraordinario-re-197917-sp-stf> Acessado em 22 de outubro de 2012

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal , **Recurso Extraordinário nº 364.304 AgR**, EMENT VOL-02254-04 PP-00818 Relator: Gilmar Mendes Dj. 06/11/2006. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/759385/agregno-recurso-extraordinario-re-agr-364304-rj-stf> Acessado em 20 de outubro de 2012

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal , **Recurso Extraordinário nº 395.902 AgR** Relator: Celso de Mello DJ 15/09/2006. Disponível em: <http://www.interessepublico.com.br/?p=43441> Acessado em 20 de outubro de 2012

\_\_\_\_\_. **Lei nº 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. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm) Acesso em: 10 de março de 2012

CANOTILHO, José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.<sup>a</sup> Edição - 5.<sup>a</sup> Reimpressão, Editora Almedina, 2008

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almeida, 1995.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Revisão de José Carlos Barbosa Moreira. 2. ed. reimp. Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. 297 p.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Editora Juspodivm, 2009.

\_\_\_\_\_. **Controle de Constitucionalidade**, 4ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2010.

\_\_\_\_\_. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição**, 2ª ed. rev e atual. São Paulo:Saraiva, 2008

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004

FERRARI, Regina Maria Macedo Neri. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade** – 5 ed. ver, atual e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999.

FOLLONI, André Parmo. **“Constitucionalidade: presunção ou controle?”** In Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2006

JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.  
\_\_\_\_\_. **Teoria pura do direito** [tradução João Baptista Machado]. 6ª ed. - São Paulo : Martins Fontes, 1998

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991. p. 22-3.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado. – 12 ed. Rev.** São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

MARTINS, Ives Gandra Silva. **Controle Concentrado de Constitucionalidade – Comentários À Lei 9.868 de 10/11/1999/** Ives Gandra Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes. 3º ed. São Paulo: Saraiva, 2009

MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**. Lisboa: Universidade Católica, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal: uma proposta de projeto de lei**. Revista Jurídica Virtual, n. 6, novembro/1999.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha.** 5. ed. São Paulo : Saraiva, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 4ª ed. Revisada e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à lei 9.868, de 10-11-1999.** São Paulo : Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_, COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2007

MEZZOMO, Marcelo Colombelli. **Introdução ao controle de constitucionalidade, difuso e concentrado.** <http://www.advogado.adv.br/artigos/2006/marcelocolombellimezzomo/introducaocontrole.htm> Acesso em : 1º de Junho de 2012.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** 6. ed. Lisboa: Coimbra Editora, 2007. t. II.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional,** 10a edição, Atlas, São Paulo, 2007

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado.** 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2012.

PONTES DE MIRANDA apud BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa.** Lisboa: 1976

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 27a. edição - São Paulo:Malheiros, 2006

SILVA, Virgílio Afonso. **O STF e o Controle de Constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública.** [http://teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2009-RDA250-STF\\_e\\_deliberacao.pdf](http://teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2009-RDA250-STF_e_deliberacao.pdf). Acessado em 31 de maio de 2012

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma nova crítica do Direito.** – 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004

VALVERDE, Gustavo. **Coisa julgada em matéria tributária.** São Paulo: Quatier Latin 2004.