



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

MARCIO JOSÉ DE QUEIROZ LIMA

A APLICAÇÃO DA TÉCNICA DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS COMO
FORMA DE GARANTIA DA ISONOMIA DAS DECISÕES JUDICIAIS EM
SEDE DE CONTROLE DIFUSO-CONCRETO DE
CONSTITUCIONALIDADE

SOUSA - PB
2009

MARCIO JOSÉ DE QUEIROZ LIMA

A APLICAÇÃO DA TÉCNICA DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS COMO
FORMA DE GARANTIA DA ISONOMIA DAS DECISÕES JUDICIAIS EM
SEDE DE CONTROLE DIFUSO-CONCRETO DE
CONSTITUCIONALIDADE

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Dr^a. Vanina Oliveira Ferreira de Sousa.

SOUSA - PB
2009

Marcio José de Queiroz Lima

A APLICAÇÃO DA TÉCNICA DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS COMO FORMA DE
GARANTIA DA ISONOMIA DAS DECISÕES JUDICIAIS EM SEDE DE CONTROLE
DIFUSO-CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE

Aprovada em: de de 2009.

BANCA EXAMINADORA

Prof^ª. Vanina Oliveira F. de Sousa – UFCG
Professor Orientador

Prof^ª. Carla Rocha Pordeus – UFCG
Professor(a)

Prof^ª. Carla Pedrosa de Figueiredo – UFCG
Professor(a)

A Deus, aos meus Pais Luzimar Carlos e Francisca Maria, aos meus filhos Pedro Samuel e Marco Aurélio e à minha amada Alcicleide.

AGRADECIMENTOS

Agradeço inicialmente à minha Professora Orientadora Vanina pela atenção e diligência que tomou durante todo o presente trabalho monográfico, o que, indubitavelmente, enalteceu-o com o seu conhecimento e grande perspicácia e, principalmente por ter me aceitado como orientando, tendo em vista a situação em que se encontrava.

Agradeço também à minha maravilhosa esposa Maria Alcicleide por todo o tempo de paciência que teve de suportar e pelo apoio moral que muito me serviu na execução dos trabalhos, bem como, durante todo o tempo de academia.

Da mesma forma, agradeço aos meus nobres colegas e amigos Frederico Fontes, Richelieu Raulino, Klinton Correia, Vanderleide Queiroz e Aucicleide Araújo pelo companheirismo e principalmente pela troca de experiências e pelos infundáveis debates jurídicos travados com o único intuito de se auferir mais conhecimento.

Devo agradecer ainda aos meus amigos Rêmulo e Rômulo pela disponibilidade de material de pesquisa, essenciais para a realização deste trabalho.

Por fim, agradeço a todos os meus colegas de Faculdade, aos meus Professores e a todos os meus colegas de trabalho, que, de alguma forma, ajudaram-me para a confecção desta monografia.

“Os sábios conservam o conhecimento,
mas a boca do tolo convida a ruína.”
Provérbios.

RESUMO

Este trabalho objetiva investigar a problemática da possibilidade de aplicação analógica da técnica de julgamento denominada modulação dos efeitos no âmbito do controle difuso-concreto de constitucionalidade, já que previsto legalmente no ordenamento brasileiro apenas para o controle abstrato-concentrado, conforme disposto no art. 27 da Lei n.º 9.868/1999 e no art. 11 da Lei n.º 9.882/1999, bem como reconhecer as conseqüências do seu uso pelos órgãos jurisdicionais e, determinar qual será a competência do Senado Federal nestes casos, uma vez que este é o órgão incumbido constitucionalmente de determinar efeitos erga omnes através da suspensão de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Para tanto, buscou-se definir, através de uma abordagem histórica, as origens do controle de constitucionalidade brasileiro, apontando as influências alienígenas que o determinaram. Por meio do método dedutivo, empreendeu-se uma análise sobre a concepção da inconstitucionalidade dentro da ordem constitucional brasileira e o seu tratamento jurisdicional, compreendendo os efeitos que poderiam dela advir para os jurisdicionados. Utilizando-se do estudo bibliográfico da doutrina e documental da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal possibilitou o entendimento amplo em relação à temática, situação em que se foi possível o exame dos principais julgados a ela pertinentes, aferindo-se que, mediante a ponderação do princípio da segurança jurídica com o da nulidade da lei inconstitucional, o sistema constitucional brasileiro autoriza o uso da técnica da modulação dos efeitos diante do controle difuso-concreto de constitucionalidade, em casos excepcionais, a fim de minimizar as negativas repercussões sociais e jurídicas da nulidade *ab initio* da norma inconstitucional. Com efeito, essa nova concepção sobre a inconstitucionalidade pôde dotar o julgador de subsídios suficientes para a correta aplicação do direito e manter a segurança das relações sociais.

Palavras-chave: Supremacia Constitucional. Controle Difuso-Concreto de Constitucionalidade. Modulação dos Efeitos.

ABSTRACT

This study aims to investigate the problem of the possibility of application of analog modulation technique called trial of the effects under the control of diffuse-concrete constitutionality, as legally provided for in the Brazilian town only for the abstract-concentrate control in accordance with art. 27 of Law No 9868/1999 and in art. 11 of Law No. 9882/1999, and recognize the consequences of their use by the courts, and determine which is the jurisdiction of the Senate in these cases, since this is the body constitutionally mandated to determine effects erga omnes by suspension of law declared unconstitutional by final decision of the Supreme Court. For this, we tried to define, through a historical approach, the origins of control of constitutionality Brazil, pointing out the influences that led aliens. Through deductive method, an analysis was undertaken on the design of unconstitutionality in the Brazilian constitutional court and its treatment, including effects that it could have for the courts. Using a bibliographic study of the doctrine and the jurisprudence of the documentary Supreme Court allowed a broad understanding on the issue, situation in which it was possible the examination of the main trial relevant to them, checking that, by considering the principle legal certainty to the invalidity of the law unconstitutional, the Brazilian constitutional system empowers the use of the modulation effects before the diffuse-specific control of constitutionality, in exceptional cases, to minimize the negative impact of social and legal nullity ab initio standard unconstitutional. Indeed, this new design on the unconstitutionality could provide the judge grants sufficient for the correct application of the law and maintain the security of social relations.

Keywords: Constitucional Supremacy. Diffuse Judicial Review. Prospective Effects.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 A CONSTITUIÇÃO E A SUPREMACIA CONSTITUCIONAL.....	13
1.1 Conceito de Constituição.....	13
1.2 Antecedentes históricos da constituição moderna.....	15
1.3 O Constitucionalismo Moderno.....	18
1.3.1 Técnicas de Garantia da Constituição Moderna.....	20
1.3.1.1 A Constituição Rígida.....	20
1.3.1.2 O Controle de Constitucionalidade.....	22
1.3.1.2.1 O Controle Concreto-Difuso de Constitucionalidade.....	25
1.3.1.2.2 O Controle Abstrato-Concentrado de Constitucionalidade.....	28
2 A INCONSTITUCIONALIDADE SOB A ÓPTICA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO.....	32
2.1 A Inconstitucionalidade.....	32
2.1.1 Conceito.....	32
2.1.2 Espécies de Inconstitucionalidade.....	35
2.2 O Reconhecimento da Inconstitucionalidade como Atitude Declaratória.....	38
2.3 O Advento da Constituição de 1934 e a Participação do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade: o Efeito Ex Nunc.....	43
2.5 O Controle Sinérgico de Constitucionalidade na Constituição de 1988 e o Tratamento da Inconstitucionalidade.....	46
3 A APLICAÇÃO DA TÉCNICA DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS COMO FORMA DE GARANTIA DA ISONOMIA DAS DECISÕES JUDICIAIS EM SEDE DE CONTROLE DIFUSO-CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE.....	52
3.1 Conceito	52
3.2 A Constitucionalidade do Art. 27 da Lei N.º 9.868/1999 e do Art. 11 da Lei N.º 9.882/1999.....	53
3.3 Requisitos de Aplicação da Modulação dos Efeitos.....	59
3.3.1 Requisitos Formais.....	59
3.3.2 Requisitos Materiais.....	60

3.4 A Técnica da Modulação dos Efeitos no Controle Difuso de Constitucionalidade.....	63
3.4.1 Dos Órgãos Competentes.....	67
3.4.2 O Senado Federal e a Modulação dos Efeitos.....	69
3.4.3 A Modulação dos Efeitos na Teoria da Abstrativização do Controle Concreto de Constitucionalidade.....	72
 CONCLUSÃO.....	 75
 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	 78

INTRODUÇÃO

A supremacia da Constituição é celeiro de valorosos estudos para a compreensão do Direito Público, principalmente em matéria ontológica quando se analisa a intrincada estrutura estatal, além de possibilitar a estruturação de um Estado Democrático de Direito.

Data vênia são atuais as discussões sobre temas relativos ao Direito Constitucional, quando comparado com outros ramos jurídicos, o que se leva a crer que densas mudanças ainda estão por se desvelar, incitadas, neste caso particular, pelas constantes mutações das relações entre os Estados, e entre estes e os indivíduos que os compõem.

Nesta esteira, o controle de constitucionalidade é a seção dos estudos da Constituição que mais tem merecido o destaque entre os constitucionalistas pátrios nos últimos tempos, máxime pela intensa análise dos institutos a ele inerentes, eis que se tem pretendido resguardar com maior afinco a superioridade da Constituição frente às outras normas do ordenamento jurídico.

Tal vertiginoso interesse pode também ser explicado em razão do complexo modelo de controle de constitucionalidade adotado na Constituição Brasileira, que, a um só tempo, vê-se penetrado das experiências de muitos Estados que adotam posturas distintas na disciplina desse controle, compelindo, assim, o estudioso sobre o tema, a buscar nas mais diversas fontes a essência necessário para se obter a compreensão de tão sensível sistema de proteção à prevalência das normas constitucionais.

O estudo aqui proposto tem como fulcro o exame do sustentáculo da supremacia constitucional através do Controle de Constitucionalidade, buscando garantir a segurança jurídica das relações e o excepcional interesse social, através da possibilidade da modulação temporal dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade no Direito Brasileiro.

Em essência, a temática aqui abordada tem como aporte o conflito entre os princípios da segurança jurídica e a supremacia das normas constitucionais, embate que diz respeito a todos os jurisdicionados, uma vez que representa a Constituição a consagração dos valores fundamentais de um povo. Para tanto, o presente trabalho foi estruturado a partir da evolução dos institutos basilares da constituição, com a firmiação de seu conceito, antecedentes históricos determinantes à demonstração da fatuidade da supremacia da Constituição como princípio constitucional, seguindo para a demonstração e enunciação do

instituto de controle com a convergência entre os dois principais sistemas que o legislador constituinte nacional fez encartar no bojo da Lei Maior de 1988, que seja o controle concreto-difuso, de origem estadunidense, e o abstrato-concentrado, cujas raízes são estruturadas na doutrina Kelsiana.

Faz-se necessário ressaltar que a distinção entre estes dois sistemas de controle, na atual Carta Magna, encontra-se basicamente na forma de se obter a declaração de constitucionalidade (em relação ao órgão competente ou à parte legitimada) e nos efeitos temporais e subjetivos das decisões dos tribunais incumbidos de realizar a atividade de verificação da constitucionalidade dos atos normativos.

Obsta, no entanto, esclarecer que por ter o Supremo Tribunal Federal a participação final nas duas espécies de controle, inúmeros são os debates acerca da possibilidade de esta Corte determinar efeitos semelhantes para os dois referidos sistemas de proteção de constitucionalidade uma vez que na guarda da Constituição, tal órgão deverá sempre buscar a máxima segurança jurídica e isonomia das relações.

Com efeito, ressalta-se, precipuamente, no terceiro capítulo deste trabalho, sobre a modulação dos efeitos temporais no controle concreto de constitucionalidade, isto é, a atribuição de efeitos *ex nunc* para a declaração *incidenter tantum* de inconstitucionalidade ou a fixação de uma específica data de início para que se afaste incidentalmente a norma incompatível com a Constituição. Esta técnica, já prevista expressamente para o controle abstrato das normas (art. 27 da Lei n.º 9.868/1999 e art. 11 da Lei n.º 9.882/1999) não tem acolhimento explícito para o controle concreto, o que levanta várias dúvidas quanto à sua aplicação nesta última espécie.

Observa-se na fundamentação desta pesquisa que, contudo, nem mesmo o para o controle abstrato de constitucionalidade a técnica da modulação dos efeitos temporais está imune de críticas, haja vista ser apregoada de inconstitucional por alguns, proporcionando, assim, ferrenho debate na doutrina e jurisprudência sobre a sua constitucionalidade.

Não é, pois, da finalidade deste trabalho examinar com minúcias a constitucionalidade dos dispositivos que sustentam a modulação dos efeitos temporais, embora se tenha por compulsório a exploração de tão rica discussão ainda que de forma não aprofundada. O que aqui se propõe é, sobretudo, uma reflexão sobre o uso da referida técnica de julgamento no controle incidental de constitucionalidade, em razão da proximidade entre os modelos de controle adotados no Brasil, e suas repercussões, sobretudo diante da

participação do Senado (art. 52, inciso X da Constituição Federal) e também sob a tendência de abstrativização do controle concreto pela Corte Suprema.

Busca-se na evolução histórica do controle de constitucionalidade, tanto em razão das influências do Direito Comparado como pelas originais fórmulas pátrias, os fundamentos que a alicerçam, devendo-se ainda observar com maior atenção à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, porquanto intérprete maior da Constituição, sem descuidar, no entanto, do estudo das obras clássicas sobre o tema e da moderna doutrina.

Para a compreensão do tema, promoveu-se, então, uma pesquisa documental e bibliográfica, em atenção à análise de alguns julgados do Supremo Tribunal Federal, mormente sobre a decisão do Recurso Extraordinário n.º 197.917, caso em que primeiro se agenciou a modulação dos efeitos no seio do controle concreto-difuso de constitucionalidade, como também, tendo por finalidade identificar cientificamente os traços que caracterizam os institutos analisados e examinar as soluções apontadas pela doutrina e jurisprudência para a temática.

1 A CONSTITUIÇÃO E A SUPREMACIA CONSTITUCIONAL

Neste primeiro capítulo, será analisado o conceito de Constituição, determina o Constitucionalismo Moderno a fim de possibilitar a compreensão a cerca dos Sistemas de Controle de constitucionalidade, delineando o seu tracejar histórico no ordenamento jurídico brasileiro e a importância da aplicação do controle das normas na garantia de se aplicar os direitos fundamentais e de manter a supremacia constitucional nas relações jurídicas.

1.1 Conceito de Constituição

Evidencia-se a opção por analisar o conceito de Constituição, antes mesmo do exame de sua escala histórico-evolutiva, para que no decorrer da abordagem histórica se identifiquem com maior clareza quais as características dos atos normativos dos Estados que serviram de base para a produção científica do que hoje se concebe por Constituição.

O termo Constituição é oriundo do verbo constituir, que pode significar formar, compor, organizar, estabelecer. Por sua vez, "constituir" se origina da palavra latina *constituere*, que possui, como antecedente a raiz indo-européia *sti*, apresentando esta o sentido de organização. Etimologicamente, a constituição pode ser considerada como o ato pelo qual se proporciona a estrutura organizativa de um determinado objeto.

Todavia, o entendimento do termo não pode se cingir ao caráter formal de suas origens. Deve ser ele observado como amoldável a partir dos fatos sociais que o criaram e o modificaram, e que, por si só, já guardam infundáveis nuances, sendo essencial que o intérprete assimile as influências das relações sociais que tocam o tema. Só assim se pode dotar o termo de atualidade e de coerência.

Em uma concepção prévia se pode dizer então que a Constituição é a norma que fundamenta as atividades estatais (dentro e fora dos limites do próprio Estado) e que regula o poder internamente. Este poder deve ser entendido tanto em seu caráter administrativo

(estrutura organizativa) como na relação entre o soberano (órgão que desempenha o governo) e os seus cidadãos, estabelecendo-se, assim, as liberdades individuais.

De maneira deveras didática, Silva (2005, p. 37-38) corrobora com essa diretiva e se pronuncia acerca dessa temática, afirmando que:

A constituição do Estado, considerada sua lei fundamental, seria, então, a organização dos seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado.

Utilizando-se do mesmo acostamento, Moraes (2004, p. 2) assim instrui:

Constituição deve ser entendida como lei fundamental e suprema de um Estado, que contém normas referentes à estruturação do Estado, à formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos.

Como se pode perceber, o conceito de Constituição tem como assento precipuamente o objeto de sua normatização, que pode ser dividida em duas grandes frentes: a atuação do poder estatal e os direitos fundamentais do cidadão. Ambas, conforme se verá, foram à bandeira das revoluções burguesas do século XVIII, mas que demarcam até em tempos hodiernos o âmbito de atuação constitucional.

Nesse diapasão, Silva (2005, p. 38) adverte:

Essa noção de constituição estatal, contudo, não expressa senão uma idéia parcial de seu conceito, porque a toma como algo desvinculado da realidade social, quando deve ser concebida como uma estrutura normativa, uma conexão de sentido, que envolve um conjunto de valores.

Nessa perspectiva, a Constituição não é um simples instrumento de proteção das relações existentes, mas a norma fundamental em que se projeta e realiza uma sociedade em devir, que indica as mudanças e conformação do sistema político, das relações sociais e da ordem jurídica.

Nota-se, com isso, que há diferentes formas de se compreender o Direito e por conseqüência acabam produzindo diferentes concepções de Constituição conforme o prisma de análise. Nesse sentido Novellino (2008, p. 39-41) analisa a Constituição sob três aspectos, a saber: o sociológico, o político e o jurídico:

A concepção sociológica sustenta que as questões constitucionais não são jurídicas, diferenciando o que chamou de Constituição *escrita* da Constituição *efetiva* ou *real*. [...] Pela concepção política, o fundamento de uma Constituição não estaria contido em outras normas jurídicas ou em si mesma, mas a vontade política que a antecede. [...] A Constituição em sentido lógico jurídico é o fundamento de validade da Constituição jurídico-normativa, conjunto de normas que regulam a produção de outras normas, ou seja, a Constituição como norma positiva suprema.

Vislumbra-se que, a Constituição em sentido sociológico é aquela concebida como fato social, e não propriamente como norma. O texto positivo da Constituição seria o resultado da realidade social do País, das forças que imperam na sociedade, em determinado momento histórico. Pelo sentido político a Constituição ser entendida como a decisão política fundamental, não se confunde com leis constitucionais, devendo cuidar apenas da estrutura do Estado e direito fundamentais. Finalmente no sentido jurídico, a Constituição pode ser entendida como o conjunto de normas fundamentais, compreendida de uma perspectiva estritamente formal, que exterioriza os elementos essenciais de um Estado, a Constituição é norma hipotética fundamental.

Outro ponto que merece destaque é o de que, sendo a constituição a lei fundamental do Estado, é ela que dirige toda a orientação normativa dela proveniente, fato que será abordado com maiores detalhes adiante.

1.2 Antecedentes históricos da constituição moderna

Desde as sociedades primitivas, é pontual a noção de uma ordem normativa que traça mecanismos eficientes para cumprir as finalidades dos mais variados agrupamentos humanos. Por isso, é bastante aceito o brocardo *ubi societas, ibi ius* (onde há a sociedade, há o

direito) ou *ubi ius, ibi societas* (onde há o direito, há a sociedade), nada mais do que plausível já que a concepção de sociedade pressupõe uma organização determinada através do Direito.

O advento do Estado se dá em um momento posterior da evolução humana, com o refinamento das relações sociais e com o crescimento populacional. Nessa direção, o ilustre Silva (2007, p. 15-16) aponta com notória lucidez:

O fato é que, quando uma sociedade nacional se organiza politicamente e dá nascimento a um Estado, já possui uma certa bagagem cultural, que se traduz em ideais comunitários e símbolos de consciência grupal. Já se formara, então, uma ordem sociocultural, qualificada por uma escala de valores, que, historicamente, profana das relações humanas dentro da comunidade nacional.

As primeiras normas escritas que se tem notícia provém das antigas civilizações orientais, que pouco tratava de assuntos atualmente próprios das constituições modernas. Disciplinavam em sua maior parcela relações de direito civil, de direito penal e relações entre as pessoas e a entidade divina.

Nas civilizações da antiguidade clássica, entretanto, é que se encontra o cerne da constituição como se concebe hoje. O pensamento aristotélico, neste período, representa verdadeiro divisor de águas da cultura jurídica, até então vigente, quanto à organização do Estado. É a partir da politeia que se inicia o estudo de uma ordem jurídica específica a fomentar a relação da cidade-estado (pólis) com as pessoas que o compõem.

Consoante assevera Diniz (2002, p. 31):

A politeia de Aristóteles pode ser entendida em duas acepções distintas, mas com estreita ligação: uma como a “ordem fundamental de uma associação política, especialmente no que se refere às relações entre governantes e governados”; e outra enquanto “totalidade das regras que organizam o exercício da autoridade e as relações entre os órgãos públicos”.

A partir do pensamento de Aristóteles, a pólis seria o agente viabilizador das finalidades individuais e que, por conseguinte, realizaria o bem-estar daqueles que nela se inseriam, pois, nesta visão, o ser humano só alcançaria a sua plenitude nas cidades-estados em virtude de que naquele organismo social, que era reputado na época como o mais perfeito, poderia potencializar as suas habilidades.

No Direito Romano, destaca-se uma organização normativa que seria o antecedente primitivo da supremacia das normas constitucionais, uma vez que conduzia a uma hierarquia de regras. Em um primeiro plano se encontravam os *nómoi*, leis fundamentais que deveriam se submeter a um processo de revisão dificultoso, o que se desassemelhava das *pséfismas*, normas que se encontravam hierarquicamente inferiores àquelas. Em razão disso, estas não poderiam contrariar aquelas.

Inobstante esta constatação, o período em que os romanos dominaram o mundo não foi fértil para a construção de uma constituição aos moldes como se verifica nos dias atuais, embora tenham eles empreendido um profícuo trabalho doutrinário no âmbito do Direito Privado.

Fazendo um estudo detalhado das organizações estatais da antiguidade, Jacques (1983, p. 19) sintetiza todas as características das normas que antecederam a constituição moderna:

Eram mais instituições que constituições, documentos escritos, códigos políticos. Não escritas, consuetudinárias, e, por isso mesmo, plásticas, podiam ser modificadas sem outra formalidade além do simples ato de modificação. Não se conhecia, ainda, o "poder constituinte", de onde emanam as Constituições escritas, mas tão-só, o "poder legiferante ordinário".

Vislumbra-se que no período medieval, poucas foram às mudanças no panorama apresentado, haja vista o continente europeu ter se submetido em sua quase totalidade ao domínio da Igreja e dos suseranos. Enquanto o poder eclesiástico reprimia os estudos científicos quando contrariassem os seus interesses (o que ocorria na maioria das vezes), os donos dos feudos impunham aos vassallos as suas normas consuetudinárias. Cada feudo possuía normas distintas uma das outras.

Examina-se, entretanto, que nessa mesma época, é na Inglaterra que se tem o primeiro passo para a consolidação de uma constituição moderna. O fracasso do monarca inglês João Sem Terra na batalha de Bouvines, em 1214, que culminou na perda das possessões inglesas na França teve impacto determinante para que os barões ingleses obrigassem o soberano em 1215 a assinar a *Magna Charta Libertatum*. Tal documento de majestosa valia para a vitória dos burgueses sobre o poder dos monarcas é tido como o ato que mais se aproxima até então de uma constituição, visto conter normas referentes à

obrigação de o déspota respeitar o direito adquirido dos barões e o dever de audiência prévia do Grande Conselho, composto por estes barões, para a tomada de algumas decisões da corte.

Outros foram os documentos que formaram o arcabouço constitucional inglês, como o *Petition of Rights*, de 1629, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, o *Bill of Rights*, de 1689. Todos eles, como tendência, instituíram direitos fundamentais, que, por consequência, limitaram o poderio estatal até então absoluto.

1.3 O Constitucionalismo Moderno

As revoluções de cunho liberal do final do século XVIII marcam o início da Idade Contemporânea e com elas trazem a nova óptica do Estado, rompendo com o modelo de monarquia absolutista que reinava no mundo ocidental.

A opressão do despotismo descontentava a nova classe que ascendia: a burguesia. A razão que mantinha o poder absolutista, a centralização do poder, não mais representava uma solução para os problemas das nações. Ao revés, causava empecilho à nova ordem liberal que surgia, porquanto a intervenção estatal nas relações econômicas, que simbolizava o apogeu do capitalismo nascente (mercantilista), já poderia ser considerada uma atitude reacionária.

Impulsionados pela corrente humanista do final da Idade Média, muitos foram os autores que puseram em xeque o Antigo Regime. Na França, movimentos como dos enciclopedistas espalharam os ideais dos iluministas, desejando romper com as trevas, presentes em todo o período medieval.

Na América do Norte, o liberalismo ganhava força. O ideal de libertação das treze colônias inglesas veio abastecido com o pensamento iluminista francês, alicerçado no *laissez faire, laissez passer*. Os insurgentes chegam ao poder em 1776 e desde esta data as várias colônias promulgaram as suas constituições, como a da Virgínia naquele mesmo ano e posteriormente a de Nova Jersey, a de Maryland e a da Carolina do Norte. Somente em 1787 é que foi aprovada a Constituição dos Estados Unidos da América, mas que deveria ser depois

ratificada pelos seus Estados-membros. Uma nova ordem jurídica, fundada na tripartição de poderes e na garantia de direitos individuais, era apresentada ao mundo.

Em território francês, o constitucionalismo se deflagra no momento pós-revolucionário. O levante burguês, logo após ter feito a ruptura com o poder absoluto, em 1789, mesmo ano do golpe insurgente, fez convocar os Estados Gerais que, reunidos em uma Assembléia Nacional denominada de Constituinte, tratou de formular um documento que viesse a consagrar a bandeira de liberdade e igualdade e fraternidade. Com tal desiderato foi instituída a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Em análise à solução de continuidade do governo absolutista perpetrada pelos atos revolucionários, é adequada a conclusão apontada por Horta (2003) para quem:

A filosofia do poder político está na Declaração de Direitos. Ela revela o finalismo do poder. O texto norte-americano de 1776 e a Declaração Francesa de 1789 indicam a profundidade do rompimento com as estruturas políticas anteriores, o que se torna particularmente notado na área do Estado francês dos fins do século XVIII. A sociedade corporativa e estamental é substituída pela sociedade individualista. O súdito cede lugar ao cidadão. A pessoa sem direitos diante do poder absoluto passa a ser titular de direitos subjetivos oponíveis ao poder.

Tão relevante o legado liberal da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que os textos constitucionais que o sobrevieram não destoaram dos mesmos princípios lá inscritos. Pode-se dizer que, a Declaração de Direitos foi a primeira constituição francesa. Além de garantias individuais, encontram-se nela normas de organização estatal como a tripartição dos poderes, todas as características essenciais de um moderno texto constitucional.

Verifica-se que, a opção por um documento escrito teve um viés de resistência ao império das normas consuetudinárias de privilégios nobiliásticos, e, por isso, visava a atingir, em virtude do comando abstrato que lhe é inerente, todas as pessoas do reino. Essa prospecção é mais bem avaliada por Diniz (2002, p. 66):

Para conseguir afirmar-se como classe, a burguesia utilizou dois instrumentos ideológicos: a universalização de seus valores e a introdução da idéia de Estado Constitucional, cujos fundamentos residiam na separação dos poderes, no reconhecimento e na garantia dos direitos individuais e na lei, como expressão da vontade geral. [...] A lei, uma vez laicizada e distinta do costume, tinha existência própria no plano formal e constituía a medida das expressões do jurídico.

Várias foram às constituições da França a se iniciar pela de 1791, mas todas mantiveram as mesmas diretrizes da Declaração de 1789. Paulatinamente, foi-se construindo a doutrina constitucional, de normas que seriam especiais em relação às demais e não só se destacariam por ser o símbolo da quebra do domínio absolutista.

1.3.1 Técnicas de garantia das Normas Constitucionais

Constata-se que os valores revolucionários e fundamentais que carregam as normas de uma Constituição, fazem estas se firmarem e sobreviverem com status de superioridade com relação às demais normas. Diante disto, consolida-se a teoria da supremacia constitucional, baseada em uma hierarquia de normas, em que no topo estão as constitucionais. Sendo, por isso, denominadas as demais de infraconstitucionais, ou seja, abaixo da Constituição. Restando estas últimas, seu fundamento de validade das normas constitucionais

Impende ressaltar que, essa supremacia se não existissem mecanismos suficientes que o proovessem, já que os fins não se bastam em si mesmos. A realidade jurídica e, primordialmente, a política de cada Estado deu o tom da criação de garantias para promover a superioridade das normas constitucionais.

1.3.1.1 A Constituição rígida

Diz-se rígida a Constituição que se submete a um processo de revisão de suas normas mais dificultoso do que o das leis ordinárias do Estado. Em conseqüência, verifica-se que, a rigidez constitucional provém das constituições escritas, pois as normas constitucionais não-escritas que são provenientes, geralmente, dos costumes e da jurisprudência, como a

Constituição Inglesa, cuja forma de alteração constitucional é a mesma para todas as normas, o que garante a paridade de normas constitucionais e não constitucionais, sendo inexistente a rigidez de qualquer uma delas.

Com muita clareza, Novelino (2008, p. 49) estabelece que as constituições rígidas:

São aquelas que só podem modificadas mediante procedimento mais solene e mais complexo que o ordinário. Possuem exigências formais especiais, como debates mais amplos, prazos mais dilatados e quorum qualificado, podendo conter matérias insuscetíveis de modificação pelo poder derivado reformador (cláusulas pétreas).

Pauta-se a rigidez constitucional na estabilidade conferida às leis que compõem o texto da Constituição. Desta forma, a estrutura do Estado se mantém inalterada até que sobrevenha relevante motivação que demonstre a necessidade de sua modificação.

Segundo Bonavides (1997, p. 122):

Da rigidez constitucional resulta a superioridade da lei constitucional, obra do poder constituinte, sobre a lei ordinária, simples ato do poder constituído, por um poder inferior, de competência limitada pela constituição mesma.

Essa característica é proveniente da supremacia formal da Constituição, onde o modo de ser criada desvela sua distinção sobre qualquer outra norma, o que se evidencia em maior grau em virtude da existência de um órgão cujo poder legiferante detém a legitimidade especial de elaborá-la, como atesta Barroso (2004, p. 163-164):

Sistematizando, então, as idéias pertinentes, vai-se ver que a supremacia da Constituição é tributária da idéia de superioridade do poder constituinte sobre as instituições jurídicas vigentes. Isso faz com que o produto do seu exercício, a Constituição, esteja situado no topo do ordenamento jurídico, servindo de fundamento de validade de todas as demais normas, conforme teoria clássica [...]. Essa supremacia somente se verifica onde exista Constituição rígida.

Também de forma clara, o mestre Silva (2005, p. 49) se posiciona acerca de tal princípio:

O princípio da supremacia da constituição resulta da compatibilidade vertical das normas da ordenação jurídica de um país, no sentido de que as normas de grau superior que é a constituição. As que não forem compatíveis com ela são invalidas, pois a incompatibilidade vertical resolve-se em favor das normas de grau mais elevado, que funciona com fundamento de validade das normas inferiores.

A proteção da Constituição, implementada por um texto rígido, é, por si só, prévia, porquanto, impede que haja uma alteração na norma constitucional meramente idiossincrática. Sendo esta limitação imposta até ao constituinte derivado, razão não se encontra então para que se proceda a defesa constitucional quando se tratar de normas já existentes que sejam inferiores à Constituição, considerando a existência, neste prisma, de uma escala hierárquica, visto que esta resistência também é apanágio da garantia de sua superioridade formal.

A esta garantia de prevalência da norma constitucional sobre as demais normas dá-se o nome de controle de constitucionalidade. É o que ora se analisará com maiores detalhes, eis que o fulcro deste trabalho.

1.3.1.2 O controle de constitucionalidade

Como consectário da supremacia constitucional, o controle de constitucionalidade mostra-se o mais complexo instrumento de acautelamento da hierárquica ordem constitucional e também o mais efetivo.

Como bem assegura Bonavides (1997, p. 268):

Sem esse controle, a supremacia da norma constitucional seria vã, frustrando-se assim a máxima vantagem que a Constituição rígida e limitativa de poderes oferece ao correto, harmônico e equilibrado funcionamento dos órgãos do Estado e sobretudo à garantia dos direitos enumerados na lei fundamental.

Constata-se que, o fundamento do controle de constitucionalidade encontra-se na idéia de supremacia da Constituição escrita, ou seja, na superioridade de uma lei maior que se sobrepõe a todas as demais normas jurídicas existentes num dado ordenamento (escalonamento normativo).

Nesse sentido, importante frisar os ensinamentos de Moraes (2006, p. 657), ao dispor que a idéia de controle de constitucionalidade está ligada à supremacia da constituição sobre todo o ordenamento jurídico e, também, à rigidez constitucional, e proteção aos direitos e garantias fundamentais.

Novelino (2008, p. 97) expõe com a devida precisão que “o controle de constitucionalidade consiste no conjunto de órgãos e instrumentos criados com o objetivo de assegurar a supremacia formal da Constituição”.

O controle de constitucionalidade se presta à aferição de incompatibilidade entre a Constituição e uma outra norma existente (ou na iminência de existir) no plano jurídico que seja inferior em relação àquela, podendo esta ser considerada carente de validade, sendo expungida do ordenamento a que se submete quando se constata que é contrária aquela. Na verdade, controle da constitucionalidade tem por finalidade o exame da adequação das leis e dos atos normativos à Constituição, do ponto de vista material ou formal.

Dessa forma, exercer o controle da constitucionalidade das leis e atos normativos significa apreciar sua consonância para com a Carta Magna. Sem um efetivo sistema de controle dos atos normativos, a Constituição torna-se apenas um belo documento de intenções.

Conquanto tenha este cerne, observa-se que a formulação de um controle de constitucionalidade dos atos normativos não recebeu tratamento uniforme nos diversos Estados que o adotaram, sendo, por isso, criados institutos específicos para cada espécie de controle.

O atual sistema brasileiro de controle de constitucionalidade recebeu influência dos dois principais modelos de controle – o modelo norte-americano e o modelo austríaco – que foram sendo construídos no passar dos anos. Imprescindível, pois, para a compreensão dos fundamentos que compõem a complexa organização de controle de constitucionalidade encartada pela Lei Maior Brasileira, a análise desses modelos de controle que a influíram.

Todavia, antes mesmo de se imiscuir nos dois principais modelos de controle que aqui serão examinados (o norte-americano e o europeu ou austríaco), curial se mostra tecer, previamente, algumas considerações acerca das classificações dos vários modos de se proceder à proteção constitucional que foram criados pelas experiências dos Estados a fim de melhor situar o objeto do estudo.

A doutrina moderna classifica o controle de constitucionalidade em cinco grandes blocos: quanto ao momento; quanto ao tipo de pretensão deduzida em juízo; quanto à forma de controle; quanto à natureza do órgão e quanto à competência.

Quanto ao momento pode ele ser preventivo, quando é exercido antes do aperfeiçoamento do ato normativo, ou seja, em um momento anterior à entrada em vigor da lei (*lato sensu*). É repressivo quando, após a plena vigência do ato normativo, ele é submetido à impugnação de inconstitucionalidade (NOVELINO, 2008, p. 105).

Em relação à pretensão levada a juízo, o controle poderá ser efetuado em um processo constitucional objetivo, que visa precipuamente à proteção da ordem constitucional objetiva, ou em um processo constitucional subjetivo em que se busca a tutela de direitos subjetivos em uma demanda onde se discute a constitucionalidade de determinado ato normativo. Nesta última espécie, o objetivo principal não é a declaração da inconstitucionalidade (esta é apenas incidental), mas a prevenção ou reparação da lesão a um direito concretamente violado (NOVELINO, 2008, p. 113).

No tocante à forma de controle tem-se o concreto (ou por via de exceção), que é aquele em que a constitucionalidade é aferida incidentalmente em uma querela, cuja pretensão principal é o reconhecimento de um direito que está sendo obstado por uma norma inconstitucional. Há ainda o controle abstrato (ou por via de ação) cuja análise de constitucionalidade é feita em tese, isto é, o objeto de exame é a norma considerada abstratamente, sem estar vinculada a um caso concreto. Neste caso, é avaliada a possibilidade hipotética de o ato normativo impugnado vir a ferir normas constitucionais (NOVELINO, 2008, p. 109-110).

Quanto à natureza, os órgãos podem ser jurisdicionais, caso do Brasil, políticos, como o da França, ou misto, que aglutina a um só tempo o controle de constitucionalidade em órgãos jurisdicionais e em políticos, cada qual com sua competência, como é o caso da Federação Suíça.

No que se refere à competência há o modelo difuso e o concentrado. No difuso qualquer órgão (ou alguns órgãos) na estrutura de controle podem verificar a compatibilidade entre as normas infraconstitucionais e as constitucionais. Diversamente, o controle concentrado é aquele de incumbência de um órgão especial. Interessante notar que geralmente o controle concreto é também difuso e o abstrato é concentrado. A exceção fica por conta do sistema alemão, que, em um caso concreto, o juízo inferior, quando reconhecida a controvérsia de constitucionalidade, remete o seu exame ao Tribunal Federal Alemão (NOVELINO, 2008, p. 113-114).

1.3.1.2.1 O controle concreto-difuso de constitucionalidade

As origens do controle de constitucionalidade remontam primeiramente ao constitucionalismo norte-americano. Desde antes da promulgação da Constituição Federal Estadunidense, no célebre jornal “O Federalista”, Hamilton, Madison e Jay já pregavam que os atos contrários à constituição não poderiam ser tidos como válidos, já que seria nulos devendo sua aferição passar pelo crivo do Poder Judiciário.

Torna-se pertinente destacar a lição de Novelino (2008, p. 117) ao afirmar que:

Nessa forma de controle, por ser o reconhecimento da inconstitucionalidade apenas incidental, tendo em vista que o principal objetivo é a proteção de direitos subjetivos (“*processo constitucional subjetivo*”), a inconstitucionalidade pode ser reconhecida por qualquer órgão do judiciário, mesmo sem provocação da parte (“de ofício”).

As bases deste pensamento foram utilizadas no famigerado caso *Marbury vs. Madison* (1803), onde se discutia na Corte Suprema Americana a validade do artigo 13 da Lei de 1789, que tratava da competência para decidir controvérsias atinentes à legitimidade dos atos dos juízes de paz. No julgamento da lide, o chefe de Justiça John Marshall, interpretando o art. VI, cláusula 2ª da Constituição Estadunidense, proclamou a supremacia das leis constitucionais e afirmou a legitimidade do Poder Judiciário para promover o controle da constitucionalidade. Conforme se verifica nesta passagem da lavra do ilustríssimo magistrado:

Ou a Constituição é uma lei superior, soberana, irreformável por meios comuns; ou se nivela com os actos de legislação usual, e, como estes, é reformável ao sabor da legislatura. Si a primeira proposição é verdadeira, então o acto legislativo, contrario á Constituição, não será lei; si é verdadeira a segunda, então as constituições escriptas são absurdos esforços do povo, por limitar um poder de sua natureza ilimitável. Ora, com certeza, todos os que têm formulado constituições escriptas, sempre o fizeram com o intuito de assentar a lei fundamental e suprema da nação; e, conseqüentemente, a teoria de tais governos deve ser que qualquer acto da legislatura, ofensivo da Constituição, é nulo. Esta doutrina está essencialmente ligada ás constituições escriptas, e, portanto, deve-se observar como um dos princípios fundamentais de nossa sociedade.

Tão precisas, as palavras de Marshall naquele julgado que até hoje ressoam como os postulados do controle jurisdicional de constitucionalidade que os Estados Unidos da América e que serve de base para o sistema difuso de controle de constitucionalidade. Assim a tese que se criou lá foi a de que qualquer juízo no território norte-americano devidamente provocado por qualquer cidadão em um caso concreto poderia deixar de aplicar uma lei, que estivesse abaixo da Constituição, se ela contrariasse dispositivos desta. Inaugurava-se, pois, o judicial review. Mais além, restou configurado que as decisões da Suprema Corte deveriam ser seguidas pelos juízos inferiores por força do precedente (*stare decisis*).

Sob a mesma doutrina também se consolidou a técnica de nulidade das leis declaradas inconstitucionais. Deste modo, a norma eivada de inconstitucionalidade deixaria de ter validade desde a sua entrada no ordenamento jurídico, como se ela nunca existisse. As decisões da Suprema Cortem Estadunidense possuíam efeitos retroativos (*ex tunc*).

Conforme ressalta Mendes (2004, p. 288-289):

Em face da adoção pelo Judiciário brasileiro do princípio da nulidade da lei inconstitucional, a lei declarada inconstitucional é nula desde sua origem – *ab initio*. Daí se exigir eficácia *ex tunc* à decisão que a declare, porquanto a observância de uma norma inconstitucional importaria na suspensão provisória ou parcial da Constituição. [] Nesse caso, os termos “inconstitucionalidade” e “nulidade” são empregados como sinônimos, possuindo o caráter de sanção. Leva o ato ferido pela pecha de inconstitucionalidade a ser declarado nulo *ipso jure* não mais podendo ser aplicado, seja no âmbito do comércio jurídico privado, seja na esfera estatal.

Ante o fato de a lei ser norma hierarquicamente inferior à Constituição e por possuir nesta os fundamentos de validade e sustentação, não será 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. Por esse princípio, atribui-se nulidade absoluta e ineficácia plena à lei incompatível com a Constituição

Federal, por lhe faltar o fundamento de validade. Logo, a lei que afrontar essa regra estará incorrendo em vício, passível de sanção imposta pelo próprio sistema. O juiz não anula a lei inconstitucional, esta, por natureza, é nula em si mesma, competindo ao juiz, ao exercer a função de controle, o dever de declarar a nulidade, que é preexistente.

Sob a influência norte-americana, o princípio da nulidade da lei inconstitucional era aplicado somente no campo do controle difuso. Porém, com a evolução do mecanismo de controle da constitucionalidade, tal doutrina também foi adotada para as hipóteses da atuação do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado, consagrando os atributos da nulidade *ab initio* da lei inconstitucional e da retroatividade radical quanto aos efeitos da decisão que a declarar.

Tão assente restou à idéia do controle de constitucionalidade através do Judiciário que entre os americanos tornaram-se célebres as palavras do Juiz Hugles: “Nós estamos sob uma Constituição, mas a Constituição é o que os juízes dizem que é”. Conforme preleciona Diniz (2002, p. 117):

O poder conferido ao Judiciário a partir da consolidação do controle de constitucionalidade nos Estados Unidos sofreu inúmeras críticas, principalmente porque seus opositores viam neste a conformação de um verdadeiro governo de juízes.

Embora a primeira experiência de controle de constitucionalidade tenha sido através de um órgão do jurisdicional, não olvida Bonavides (1997; p. 270) que “esta função tem feição política mais do que jurídica”.

A atividade de se avaliar a existência de inconstitucionalidades nas normas infraconstitucionais é um contraponto à produção legislativa e esse agir no Estado Democrático de Direito torna-se crítico quando é conferido a um órgão do Poder Judiciário.

Verifica-se, pois, uma aparente contradição: o Legislativo, composto por representantes eleitos pelo povo, edita leis que podem ser invalidadas por pessoas que não foram submetidas ao crivo popular.

Nesta óptica, a discussão acerca da legitimação do Judiciário para o controle de constitucionalidade encontra apaziguamento no seguinte tripé: a complementaridade entre Democracia e Estado de Direito, cuja análise jurídica da transgressão das normas constitucionais, embora tenha caráter político, deve ser feita por um órgão técnico; a escolha

participativa dos três poderes na composição dos Tribunais Constitucionais, o que representaria a colaboração do povo nesta seleção, mesmo que de forma indireta; e a aceitação popular das decisões jurisdicionais (MORAES, 2004, p. 67-69).

Amparada nesta concepção, a Suprema Corte Norte-Americana estruturou o que hoje se conhece por controle concreto-difuso de constitucionalidade, que fundamenta e serve de espelho para o controle difusamente aplicado pelo judiciário brasileiro em lides concretas fulcrado no dissenso de inconstitucionalidade das leis.

1.3.1.2.2 O controle abstrato-concentrado de constitucionalidade

Observa-se que, a implementação precoce do controle difuso de constitucionalidade estadunidense discursa sobre a atividade do judiciário neste mister, o continente europeu somente começou a discutir com maior clareza a possibilidade de controlar a atividade legiferante constitucionalmente válida no final do século XIX.

Nestes termos, é preciso lembrar que em tal período histórico o ambiente de instabilidade vivido nos países do Velho Mundo, derivado do fato de que muitas nações tiveram que acomodar o regime monárquico no seio de uma fulminante mutação estrutural do Estado, enfraqueceu os estudos sobre a supremacia da Constituição em relação às demais leis. Conclui-se que o foco era outro e que, além disso, a implementação do Estado de Direito trazia consigo um apego exacerbado ao legalismo, uma vez que, nessa época representava à lei a expressão da vontade geral, preparada por representantes escolhidos pelo povo, que constituíam os seus mandatários. Desse modo, afirma Diniz (2002, p. 127) que “houve, por isso, na França uma adoração à ideologia legalista em quase todo o século XIX. As discussões para a formação de uma corte constitucional passaram despercebidas neste período”.

Somente com o desprestígio do modelo liberal e a crise do sistema capitalista, já na fase inicial do século XX, é que na Europa se voltou aos olhares para efetivação dos direitos fundamentais do cidadão, expressão máxima das normas constitucionais garantidoras. Surgindo, neste período, o pensamento de um Estado de bem-estar social, mais intervencionista, menos liberal.

Nesta esteira de acontecimentos, a formulação do positivismo jurídico pelas mãos de Hans Kelsen estruturou sobremaneira o pensamento de uma hierarquia de normas, sendo que no ápice se encontrava a norma fundamental e abaixo dela a Constituição que lhe devia submissão e sob esta ainda as outras normas que com ela não poderiam ser

Conforme expõe Bulos (2007, p. 115):

O sistema austríaco é marcadamente normativista. Não há espaço para juízo subjetivo na seara do controle de constitucionalidade. Valorizações políticas comprometem o sentido do sistema concebido por Kelsen, baseado na regra de que o juiz não pode substituir o legislador. Aqui, ao contrário do modelo alemão, também não se podem invocar princípios jusnaturalistas como parâmetro de controle incompatível.

Com este aporte ideológico, a Constituição Austríaca de 1º de outubro de 1920 instituiu expressamente o controle de constitucionalidade a ser executado por um órgão especial que tivesse a jurisdição constitucional única para o exercício da verificação de compatibilidade das leis com a Constituição. Assim, em contraposição ao modelo americano, um único tribunal é que faria a aferição de constitucionalidade das leis e esta não mais seria oriunda de um caso concreto, mas de uma análise em abstrato da lei, tida como inconstitucional. Daí ser denominada esta forma de controle de concentrado.

Para Kelsen (1991; p. 287-288) “o fundamento para a competência exclusiva do exercício do controle de constitucionalidade era a necessária segurança jurídica”. Acrescenta-se a isso a posição fundada por Kelsen ao arrematar que:

Se a constituição conferisse a toda e qualquer pessoa esta questão, dificilmente poderia surgir uma lei que vinculasse os súditos do Direito e os órgãos jurídicos. Devendo evitar-se uma tal situação, a Constituição apenas pode conferir competência para tal a um determinado órgão jurídico.

Nesse lume, seguindo o ideário de Kelsen, o julgamento das ações constitucionais pelo Tribunal Constitucional Austríaco albergou os efeitos *erga omnes* (contra todos), vinculantes e *ex nunc*. Este último, melhor analisado em momento próprio, determinava que, enquanto não fossem declaradas inconstitucionais as leis impugnadas, estas teriam plena validade jurídica, resquício ainda do período legalista, o que faz assemelhar a

declaração de inconstitucionalidade, neste sistema, à revogação de lei. Inconcebível no modelo austríaco uma lei editada pelo poder legítimo ser tida como inexistente.

Como bem assinala Vieira (1999, p. 141):

No sistema austríaco, ao contrário, a Corte Constitucional não declara uma nulidade, mas anula, cassa uma lei que, enquanto não ocorrer a publicação do pronunciamento, é válida e eficaz, ainda que inconstitucional. Efeito constitutivo.

Outra característica do sistema austríaco era a previsão de um número limitado de legitimados a propor a provocação da Corte Constitucional. Inicialmente permitia-se o uso desta prerrogativa apenas ao Governo Federal em relação às leis regionais e aos Governos Regionais em face das leis federais. Mais a frente, se alargou esta competência para os Governos Regionais, um terço dos deputados do Conselho Nacional, ou um terço dos membros do Conselho Federal, quando se tratasse de leis federais, e para os Governos Regionais, a terça parte dos deputados do Conselho Nacional, o terço dos representantes do Conselho Federal, bem como um terço dos membros das Assembléias Regionais, no caso de leis regionais (MORAES, 2003, p. 123).

Com a reforma constitucional de 7 de dezembro de 1929, abriu-se, ademais, a possibilidade de qualquer tribunal de segunda instância e mais o Tribunal Supremo e o Tribunal Administrativo suspenderem os processos onde existisse a questão constitucional, ou seja, quando houvesse dúvida sobre a constitucionalidade do ato normativo, remetendo-os ao Tribunal Constitucional, que avaliaria não o caso concreto, mas a compatibilidade hipotética da norma questionada com a Constituição (MORAES, 2003, p. 127).

Além desses casos, Alexandre de Moraes apresenta também como instrumento de controle de constitucionalidade austríaco o recurso constitucional. Este, de legitimidade a qualquer do povo, poderia ser utilizado sempre que houvesse lesão a direito constitucional derivada de ato ou medida estatal, desde que entre este e a propositura da ação não decorressem mais de seis meses. Contudo, mais uma vez a análise da constitucionalidade se daria in abstracto (MORAES, 2003, p. 129).

Sobre os mesmos moldes foi construído o sistema tedesco de controle de constitucionalidade, mas com algumas peculiaridades.

Entretanto, na França se construiu um modelo que, embora tenha se valido de muitos dos ensinamentos de Kelsen, possuía uma estrutura radicalmente oposta àquela que se perpetrou na Áustria, já que o órgão que executaria o controle de constitucionalidade seria de natureza política.

Diversas foram às tentativas de se instalar um órgão político para efetuar difícil tarefa no Estado francês. Malogrou neste intento o Senado, ainda na Constituição de 14 de janeiro de 1852, e o Comitê Constitucional da Constituição de 27 de outubro de 1946. Ficou a cargo do Conselho Constitucional, criado pela Constituição Francesa de 1958, a função de executar o controle de constitucionalidade. Nada obstante possuírem suas decisões efeito erga omnes e vinculante, o raio de sua atuação limitou-se praticamente ao controle preventivo, o que o distancia bastante, como se verá, do modelo adotado no Brasil, que é preponderantemente repressivo.

2 A INCONSTITUCIONALIDADE SOB A ÓPTICA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

2.1 A inconstitucionalidade

Este capítulo tem por fito a concepção do conceito de inconstitucionalidade, para, a partir dele, explicar o controle de constitucionalidade na Dogmática Jurídica, enfatizando as formas como se dá essa inconstitucionalidade, bem como as conseqüências jurídicas originadas do advento desta. Ressalta-se também as profundas e significativas mudanças introduzidas pela Constituição de 1934 no nosso sistema de controle de constitucionalidade, principalmente no que concerne a consagração da competência do Senado Federal para suspender a execução, no todo ou em parte, da norma declarada inconstitucional, trazendo a tona o efeito erga omnes conferida a decisão proferida pelo STF. Finalmente, destacar a ampliação significativa dos mecanismos de proteção judicial, bem assim do próprio controle de constitucionalidade das leis trazidos pela Constituição de 1988.

2.1.1 Conceito

O Princípio da Presunção de Constitucionalidade baseia-se na eficácia do controle preventivo e pugna pelo entendimento de que toda espécie normativa nasce de acordo com a Constituição e, como tal, deve ser preservada. Definir constitucionalidade, portanto, parece simples, ou seja, tudo aquilo que emerge no ordenamento jurídico ordinário é presumidamente constitucional. No entanto, a questão torna-se muito mais complexa quando se pretende definir o que seja inconstitucionalidade

De maneira sucinta, o célebre Hans Kelsen (1991, p. 284), analisando o que alguns juízes denominavam de decisões ilegais, esboça um conceito claro de inconstitucionalidade:

Dizer que uma decisão judicial ou uma resolução administrativa são contrárias ao Direito, somente pode significar que o processo em que a norma individual foi produzida, ou seu conteúdo, não correspondem à norma geral criada por via legislativa ou consuetudinária, que determina aquele ou fixa o seu conteúdo.

Há que se ressaltar que a noção conduzida por Kelsen não demonstra todas as possibilidades que a doutrina moderna encabeça para a inconstitucionalidade. Kelsen descuida de alguns temas, como o da omissão inconstitucional, mas nem por isso o seu contributo sobre o tema carece de valor, já que conduz com propriedade um estudo apurado acerca da hierarquia das normas.

Averigua-se que, alguns autores também tratam da inconstitucionalidade, ora como estado de conflito entre uma lei e a Constituição, ora se utilizando do conceito de constitucionalidade para definir. Nada obstante, tais posições não destoam de reconhecer que há uma hierarquia de normas e de que a maior, a Constituição, repercute em todas as outras, seja para lhes declarar a validade, seja para considerá-las incompatíveis com os seus postulados.

Nas palavras de Miranda apud Mendes, Coelho e Branco (2007, p. 1051):

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

Ademais, cabe ressaltar que, consoante, Mendes, Coelho e Branco (2007, p. 1051-1052) “é essa relação de índole normativa que se qualifica a inconstitucionalidade, pois somente assim logra-se afirmar a obrigatoriedade do texto constitucional e a ineficácia de todo e ato normativo contraveniente”.

Sob este prisma, a supremacia da Constituição perante as demais normas do mesmo ordenamento jurídico opera em dois planos distintos: um deles é quando a lei infraconstitucional deve ser interpretada à luz da lei constitucional, o que pode dotar aquela de

um significado mais abrangente ou mais restrito, o que se sucede a partir da denominada interpretação conforme a Constituição, alterando a órbita normativa originariamente ou literalmente concebida; o outro ocorre quando se verifica a total incompatibilidade de validade entre a lei infraconstitucional e a constitucional, ou mesmo de uma determinada omissão em face da constituição do legislador em regulamentar norma constitucional de eficácia limitada, o que inviabiliza a permanência destas situações perante o ordenamento jurídico.

Quando há uma restrição de validade a uma norma infraconstitucional, ou de uma atitude contrária à Constituição, imposta mediante o controle de constitucionalidade, seja aquela derivada do comentado primeiro plano ou mesmo do segundo plano, está-se diante de uma inconstitucionalidade. Serejo (2000, n. 19) faz uma ponderação a esta concepção, afirmando que:

A inconstitucionalidade mostra-se, assim, como uma relação trilateral entre valores, sendo o primeiro um valor constitutivo da sociedade, outro um valor atualizado contra este primeiro (entre os quais dá-se o choque axiológico) e o terceiro, o valor em potência e harmônico com o valor constitutivo, polar ao segundo: a Constituição, um valor atualizado (norma ou omissão) contra ela e a possibilidade de atualização diversa (valor em potência).

Observa-se que, o mesmo considera que a inconstitucionalidade é que justifica o próprio controle de constitucionalidade e não o inverso.

Pelas palavras do insigne autor, sempre que se procede à análise de constitucionalidade é promovida a atualização valorativa da Constituição. Sendo derivada da constatação de inconstitucionalidade, o valor da Carta Magna se atualiza pela interpretação defensiva. Quando se declara a constitucionalidade, um novo valor é admitido pela nova compreensão da Lei Maior.

Esta visão considera o texto constitucional como em constante mutação, o que se coaduna perfeitamente ao que anteriormente dito, já que é na Constituição em que se concentram os valores fundamentais do Estado. Como uma construção que toma nova forma no decorrer do tempo pela ação erosiva, a Constituição sofre com a erosão provocada pelos fatos, e ainda por muitas vezes deve descartar determinadas peças para manter a incolumidade de sua estrutura.

Cabível se ressaltar que a inconstitucionalidade não se dá apenas a partir do confronto do ato comissivo ou omissivo com as normas originárias da Constituição, mas também com os dispositivos encartados pela revisão constitucional (art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT), com as normas das Emendas Constitucionais e com os princípios constitucionais implícitos. Esse conjunto de normas de referência ao controle da constitucionalidade é denominado de bloco de constitucionalidade (NOVELINO, 2008, p. 149).

2.1.2 Espécies de inconstitucionalidade

Como é sabido, a inconstitucionalidade é o conflito de um comportamento, de uma norma ou de um ato com a Lei Fundamental. Estes devem todos ser eliminados ante a supremacia constitucional. A inconstitucionalidade pode ser de tipos diversos, o que faz com que a maioria dos doutrinadores busque estabelecer uma adequada classificação para as diversas formas de inconstitucionalidade.

Segundo Novelino (2008, p. 98-103), apreendem-se “as seguintes classificações sobre a inconstitucionalidade: quanto ao tipo de conduta, quanto à norma constitucional ofendida, quanto à sua extensão, quanto ao momento, quanto ao prisma de apuração”.

Na primeira das classificações mencionadas, levando em consideração a conduta ou a falta desta, a inconstitucionalidade pode ser por ação ou por omissão. Na definição de Paulo e Alexandrino (2009, p. 299), observa-se que:

Tanto o agir quanto o não agir podem ser inconstitucionais. Ao se fazer um ato ou editar uma lei contrários à Carta Maior está sendo cometida uma inconstitucionalidade por ação, ou inconstitucionalidade positiva, ou, ainda, inconstitucionalidade por ato comissivo. Já quando o poder político deixa de editar uma lei exigida pela Constituição, temos aí uma inconstitucionalidade omissiva, ou negativa.

Tem-se como escopo da inconstitucionalidade por ação um diploma legal que extrapola os limites insertos na Constituição. É, em razão disso, um abuso aos poderes

conferidos pela Carta Política, um agir que a desvirtua. Neste caso, a lei não apresenta a Constituição como fundamento de validade. A forma de confronto à norma que foge aos preceitos constitucionais é a sua expulsão do ordenamento jurídico.

De outra parte, a inconstitucionalidade por omissão ou omissão inconstitucional, não se trata de um simples não fazer, ou, por outra, da inatividade entendida naturalisticamente; trata-se, em verdade, do descumprimento do dever constitucional de legislar. Não existem no ordenamento brasileiro, efetivos mecanismos legais para o combate a este tipo de omissão, ficando o seu controle a mercê dos desígnios jurisprudenciais.

No que se refere à norma constitucional ofendida, pode a inconstitucionalidade ser formal ou material. Novamente Paulo e Alexandrino (2009, p. 299) posicionam-se a respeito da matéria, afirmando que:

Em direito, quando se menciona o aspecto "material" de algum fenômeno está sempre se falando do conteúdo; já quando se fala em aspecto "formal" o enfoque é no mecanismo, no ritual. Aqui não é diferente. Inconstitucionalidade material ocorre quando o conteúdo de um ato jurídico é contrário à Lei Maior. Inconstitucionalidade formal, por sua vez, surge quando os procedimentos adotados na elaboração de um ato se chocam com a Constituição, ainda que seu conteúdo final possa ser compatível. O nível formal inclui não apenas vícios no procedimento em si, mas também vícios de competência: se uma norma for criada por alguém que a Lei Maior não disse ser competente para tanto, temos aí também uma inconstitucionalidade formal.

Desta forma, considera-se formalmente inconstitucional a norma que descumpre com requisito de forma indispensável para a sua validade. Ainda se subdivide a inconstitucionalidade formal em: orgânica, propriamente dita e por violação a pressupostos objetivos do ato normativo (LENZA, 2007, p. 155-159).

O vício da inconstitucionalidade formal orgânico se refere ao descumprimento da formulação do ato por determinado órgão incumbido constitucionalmente, como ocorre, por exemplo, nos casos em que uma lei de competência da União é editada por um Estado da Federação.

Conforme Lenza (2007, p. 155-159) a inconstitucionalidade formal propriamente dita decorre:

Da inobservância do devido processo legislativo e pode ser dividida em subjetiva, na hipótese de a norma infraconstitucional ter desatendido à iniciativa exclusiva (ou

mesmo concorrente) para a propositura de lei, e objetiva, quando se referir às demais fases do processo legislativo, posterior à fase de iniciativa.

O último dos tipos de vício de inconstitucionalidade formal, aquele que se refere à violação a pressupostos objetivos do ato normativo, é de origem lusitana, idealizada por J. J. Canotilho. A idéia do jurista português, trazida por Lenza (2007, p. 155-159) para esta classificação, enuncia que:

Alguns atos externos ao processo legislativo, mas que são indispensáveis à criação das leis, devem ser reputados como pressupostos objetivos. Um exemplo da aplicação no ordenamento brasileiro desta construção doutrinária é a necessidade de respeito aos requisitos da relevância e urgência das medidas provisórias (art. 62, caput da Lei Maior).

No tocante à extensão, há a inconstitucionalidade parcial quando atinge parte do ato normativo impugnado, isto é, um dispositivo, uma expressão, ou até mesmo uma palavra, enquanto que a inconstitucionalidade total atinge todo o diploma normativo.

Em relação ao momento, a inconstitucionalidade pode ser originária ou superveniente. A primeira espécie se dá quando uma norma é viciada de inconstitucionalidade em referência à norma constitucional vigente à época da edição daquela. Ao revés, a inconstitucionalidade superveniente é a aquela que se opera no momento da entrada em vigor de uma nova norma constitucional, que não fazia parte do contexto jurídico em que sobreveio a norma anterior.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de não reputar inconstitucional a norma que fere dispositivo que posteriormente for integrada ao corpo da Constituição, mas simplesmente de considerá-la revogada. Ressalte-se que não pode ser compatível com a norma constitucional a lei que formalmente não se coaduna com ela. Daí exsurge a necessidade de aplicação do princípio da economia legislativa, da continuidade do ordenamento jurídico e do antigo brocardo *tempus regit actum* (a lei rege o seu tempo). Assim, para a tese que aceita a inconstitucionalidade superveniente, esta só é possível no caso de conflito material entre a norma da Constituição e a da lei inferior.

No que toca ao prisma de apuração, há a inconstitucionalidade direta e a indireta. Aquela pode ser resumida como a incompatibilidade entre a norma infraconstitucional e a constitucional que lhe dá diretamente o fundamento de validade. A inconstitucionalidade

indireta se dá quando há uma norma intermediária entre o ato normativo analisado e a Constituição. Nesta última categoria ainda se enquadra a inconstitucionalidade conseqüente que ocorre no fato de uma norma que depende de outra, mas que esta outra é posteriormente declarada inconstitucional, fazendo aquela carecer de constitucionalidade, e a inconstitucionalidade reflexa que “resulta da violação de uma norma infraconstitucional interposta entre o ato questionado e a Constituição (NOVELINO, 2008, p. 53).

Em resumo, estas são as modalidades que se conhecem a partir da doutrina pátria acerca da inconstitucionalidade. Os parâmetros aqui delineados representam assento seguro para o desenvolvimento do trabalho, que se servirá de alguns dos conceitos aqui traçados para definir a natureza das decisões no controle de constitucionalidade quando observarem a existência de uma inconstitucionalidade.

2.2 O reconhecimento da inconstitucionalidade como atitude declaratória

A teoria que entende como meramente declaratória a decisão que reconhece a inconstitucionalidade tem raízes históricas no ordenamento jurídico brasileiro, razão pela qual se faz imperioso se desvendar os primórdios do controle de constitucionalidade nacional e sua reação em face do ato normativo inconstitucional.

Nessa esteira, no período imperial, sob a égide da Constituição outorgada de 1824, frágeis eram os mecanismos de controle de constitucionalidade das leis, o que não implicou, naquele período, na estruturação de uma efetiva defesa da constitucionalidade. Porém, outra configuração se evidenciou no Brasil República.

O novo panorama organizacional brasileiro foi inspirado precipuamente nos Estados Unidos da América dos quais o Brasil importou a forma federalista de Estado, o regime republicano e presidencialista, o nome República dos Estados Unidos do Brasil e, nessa torrente, o controle jurisdicional concreto-difuso de constitucionalidade, isso sob a batuta de Ruy Barbosa, jurisconsulto que fez coro para a implantação de uma jurisdição constitucional no Estado Brasileiro aos moldes daquela instaurada na América do Norte. Foi ele, inclusive, que teve a honra de elaborar o projeto da primeira constituição republicana.

Com respaldo, o controle de constitucionalidade foi adotado no Brasil como propunha o emérito juriconsulto desde a Constituição Provisória de 1890, em seu art. 58, § 1º, a e b, e depois pelo Decreto n.º 848/1890, art. 9º, parágrafo único, a e b, onde foram fixadas as regras que seriam seguidas na Constituição de 1891 e que tratavam da defesa jurisdicional da constitucionalidade em face das leis estaduais e federais mediante a provocação da parte interessada.

A Constituição de 1891 ratificou as regras da Constituição Provisória, estando o cerne da jurisdição constitucional deste período disposto no art. 59, § 1º, a e b, que fixava a competência recursal do Supremo Tribunal Federal, em última instância, ao questionamento sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela, e ainda à contestação de validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.

Os estudos do *Águia de Haia*, que se filiava quase que incondicionalmente à forma de controle de constitucionalidade adotada nos Estados Unidos, conduziram a uma aproximação da nossa forma de controle àquela estadunidense. Para este autor, a inconstitucionalidade resultaria na nulidade do ato incompatível com a Lei Maior, o que deveria ser aferido por qualquer dos órgãos jurisdicionais quando a fruição de um direito estivesse sendo obstada pela norma inconstitucional. A declaração de inconstitucionalidade seria, assim, um incidente dentro do processo, onde o juiz, verificando que uma das partes estava sendo cerceada em seus direitos, por uma norma inconstitucional, afasta-a por considerá-la sem qualquer efeito.

No entanto, este mister, por ser exercido na via processual ordinária e incidentalmente, só atinge as partes envolvidas no litígio (eficácia *inter partes*), pois, sob esta forma de controle, a inaplicabilidade do ato inconstitucional do poder executivo, ou legislativo, decide-se, em relação a cada caso particular, por sentença proferida em ação adequada e executável entre as partes (BARBOSA, 1893, p. 124).

A técnica utilizada nesta espécie de controle, de inaplicação da norma eivada de inconstitucionalidade, é a declaração de nulidade. Assim explica o famoso jurista baiano:

Uma coisa é declarar a nulidade. Outra, anular. Declarar a nulidade, isso fazem os tribunais, legitimamente, a respeito de leis ordinárias, quando inconciliáveis com a lei fundamental. Em tais casos declarar nula uma lei é simplesmente consignar a sua

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

Por esta forma de controle, desconsidera-se a norma inconstitucional, negando-lhe validade. Em razão disso, não geraria ela qualquer efeito. Nesse caso, a sentença que reconhecer a inconstitucionalidade do ato normativo seria, então, meramente declaratória, porquanto, cingiria unicamente a manifestar-se pela nulidade da norma inconstitucional, não criando a partir dela qualquer obrigação para as partes, senão aquela pela desconstituição ou pela constituição do ato negado que teve amparo em uma inconstitucionalidade, já que estes últimos provimentos são consecutórios do provimento declaratório.

Todavia, obsta temperar que, todos os provimentos, o que declara a inconstitucionalidade e aquele que irrompe o impedimento do gozo de um direito obstado por esta, operam retroativamente, isto é, com efeitos *ex tunc* como se a norma constitucional não demonstrasse nenhuma autoridade sobre a parte que invoca o seu vício ou que é beneficiado por ele.

Esta configuração orientou os tribunais pátrios. Porém, em que pese a primeira Carta Magna da República ter sido taxativa quanto ao poder da magistratura nacional em analisar a validade dos atos normativos em face da Constituição, tímido se mostrou o uso de tão novéis artifícios. Essa situação é retratada por Luís Júnior (1998, ano 3, n. 27, p.7):

Com a república, os juízes que serviram no regime imperial se defrontaram com uma nova e para muito desconhecida realidade: a possibilidade de declarar nulos os atos do Legislativo e do Executivo. O órgão de cúpula do novo Poder Judiciário era - e ainda é - o Supremo Tribunal Federal (STF), em cuja primeira composição estavam presentes magistrados que compuseram o Supremo Tribunal de Justiça, que durante o império era o órgão de cúpula do judiciário reinol, mas sem a competência e elastério de seu sucessor. Mudou-se um sistema constitucional, e permaneceram velhas mentalidades.

Constata-se que, paulatinamente, com a edição da Lei n.º 221, de 20 de novembro de 1894, que tratou explicitamente da atribuição dos juízes e tribunais de deixar de aplicar as leis inconstitucionais (art. 13, § 10), e o evolver da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, foi-se estratificando o controle da constitucionalidade das leis no Brasil. (LUÍS JÚNIOR, 1998, ano 3, n. 27, p. 7)

Com forte inspiração americana, o estudo a respeito da qualidade dos atos normativos inconstitucionais foi inaugurado pelo ilustre Ruy Barbosa, que com o passar dos anos, ainda com forte inspiração americana, estabeleceu-se pela Corte Suprema por diversas vezes que a norma inconstitucional não deveria produzir qualquer efeito em razão de sua nulidade. Todavia, no Brasil, a introdução do controle jurisdicional de leis deveu-se mais à incorporação, no Direito positivo, da doutrina desenvolvida nos Estados Unidos do que propriamente à criação interpretativa dos tribunais. (CAMPOS, 1998, ano 3, n. 27).

Esse magistério de Ruy Barbosa contagiou não só a jurisprudência brasileira, mas também doutrina nacional, que o adotou de forma praticamente unânime. Há somente algumas ponderações a este entendimento.

Bittencourt (1997, p. 133), conquanto demonstre em sua obra a natureza declaratória da decisão que reconhece a inconstitucionalidade, afirma que “no caso de a lei não preencher os requisitos formais para a sua validade deve o tribunal declarar não a sua nulidade, mas a sua inexistência”. Ainda preleciona o citado autor que:

Tem lugar a inexistência da lei quando na sua elaboração não forem obedecidas ou observadas as formalidades constitucionais prescritas para o processo legislativo. [...] Se o ato a que se atribui êste nome [de lei] não se apresenta sob a forma estabelecida pela Constituição, ou não obedeceu na sua elaboração ao rito e ao processo prescritos, não se trata, na hipótese, de uma lei.

Ocorre que considerar inexistente uma lei que teve vigência, mesmo que esta não preenchesse com os requisitos para ser uma lei na própria expressão da palavra, é usar do sectarismo. A lei foi aplicada e realizou o *jus imperium* estatal, portanto, existiu. Até mesmo no Direito Civil há uma inclinação a não mais se utilizar do termo inexistência para se referir aos atos jurídicos realizados sem a observância das formalidades legais. Por isto, esta tese ganhou poucos adeptos (BASTOS, 1956, p. 430 apud. MELLO, 2003).

Entrementes, quer na declaração de nulidade ou de inexistência da norma inconstitucional, persistiu um inconveniente no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro até o advento da Constituição de 1934: o de afastar radicalmente a aplicação de uma determinada norma para um ou poucos casos, enquanto que os demais teriam solução diferente, tanto os que não foram submetidos ao crivo do Judiciário ou, ainda os que *sub judice* tivessem desfecho pela constitucionalidade de norma alhures declarada inconstitucional. Este é o ponto que afastou o modelo brasileiro de controle de

constitucionalidade do americano, facilmente explicado por decorrência do sistema jurídico pátrio do *civil law* (romano-germânico) em oposição ao *common law* (anglo-saxônico) dos Estados Unidos da América.

Sobre esta diversidade, reporta Bonavides (1997, p. 275):

No sistema clássico de semelhante controle [ao brasileiro], que é o americano, a ordem jurídica afasta esse perigo quando a declaração é feita por um aresto da Corte Suprema. Nenhum juiz ou tribunal se abalçaria a aplicar ali uma lei já inquinada do vício da inconstitucionalidade por decisão do mais alto órgão da Justiça americana.

Crítica esta, reforçada por Streck (apud Sampaio Junior, 2006, p. 215), cujo desconforto com a situação era evidente, pois por “durante 43 anos ficamos sob os auspícios de um controle jurisdicional difuso que funcionava apenas inter partes”.

Como visto, a doutrina que determina a nulidade da norma inconstitucional tem raízes na dogmática estadunidense e tem como consequência uma decisão de caráter meramente declaratório, pois o reconhecimento da inconstitucionalidade faz com que a norma impugnada por este vício não produza nenhum efeito. O julgamento que se deslinda por esta conclusão nada faz senão reafirmar o que já existia: uma incompatibilidade entre a norma inconstitucional e a própria Constituição. Essa incompatibilidade, logicamente, mostra-se desde a entrada no ordenamento jurídico do ato inconstitucional. Por isso, a declaração de inconstitucionalidade produz eficácia retroativa (*ex tunc*).

É de se notar que esta doutrina não é unânime nas ordens jurídicas construídas sob o manto do constitucionalismo, principalmente em alguns países da Europa onde a história determinou contornos bastante distintos do que de fato ocorreu na América Inglesa. É na Áustria que se constrói um modelo de controle de constitucionalidade totalmente diverso do norte-americano.

2.3 O advento da constituição de 1934 e a participação do senado federal no controle de constitucionalidade: o efeito ex nunc.

O amadurecimento do controle constitucionalidade das leis no Brasil, nos anos que se decorreram desde a instauração da República, fez com que se visualizasse terreno fértil para a implantação de outros instrumentos que viessem a fomentar tão necessária ferramenta à engrenagem do Estado Democrático de Direito.

No âmbito político, tensões se verificaram com o golpe de 1930 e o governo provisório de Getúlio Vargas. Aliás, somente após a Revolução Constitucionalista de 1932 é que se iniciaram os trabalhos para a feitura de uma nova Constituição, promulgada a 16 de julho de 1934.

Com ela, além de mantidas com pequenas alterações as disposições já existentes sobre controle de constitucionalidade, sobrevieram mudanças substanciais que proporcionaram ao sistema constitucional uma maior efetividade e legitimidade às declarações de inconstitucionalidade.

A primeira delas, a cláusula de reserva de plenário, preceito do art. 179 da referida Lei Maior, determinava que as decisões que declarassem a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público teriam que ser tomadas pela maioria absoluta dos magistrados que compusessem o respectivo tribunal.

Regra da mais salutar consciência jurídica, o art. 179 colocou os julgados que versavam sobre controle de constitucionalidade em um patamar mais elevado em relação às demais demandas levadas ao Judiciário. Todavia, em se tratando de reconhecimento da constitucionalidade do ato normativo, contrario sensu, não se necessitava de quorum qualificado. O referido dispositivo teve como consequência imediata a diminuição de entendimentos díspares dentro dos próprios tribunais em matérias relativas à jurisdição constitucional.

Outra importante inovação ficou por conta do art. 12, § 2º que estabeleceu a competência do Procurador-Geral da República para ajuizar ação sobre a constitucionalidade de lei federal de intervenção no caso da primeira parte do inciso V do mesmo artigo, que seria apreciada pela Corte Suprema (designação dada pela Constituição de 1934 para o Supremo Tribunal Federal – art. 9º). Julgando a Corte Suprema que a lei interventiva possuía vício de

inconstitucionalidade, não vigoraria a pecha da intervenção federal. Esta foi a primeira experiência brasileira de controle concentrado de constitucionalidade.

Por fim, a última mudança e a mais relevante para o nosso estudo foi a que previu no art. 91, inciso IV a competência do Senado Federal para suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando houvessem sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário.

Foi à forma encontrada pelo constituinte nacional para substituir a regra do *stare decisis* norte-americano, podendo, deste modo, espargir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade para os casos não contemplados na relação jurídico-processual onde o provimento de afastar a aplicação da norma considerada inconstitucional foi determinado. Trata-se de atribuir eficácia erga omnes à decisão jurisdicional por ato de um órgão político.

Embora de grande valia para a formação de um controle de constitucionalidade mais efetivo, a norma citada não esteve imune de reparos. A dicção do referido dispositivo, ao aludir laconicamente à declaração de inconstitucionalidade pelo Judiciário, gerou dubiedade quanto a se definir: estaria autorizado o Senado a proceder a tal prerrogativa quando qualquer órgão judiciário declarasse ser o ato normativo inconstitucional ou somente poderia se utilizar dela quando assim se pronunciasse um Tribunal Superior?

Sobre essa indagação Poletti (1985, p. 92), assim se posiciona:

Houve, é verdade, certa imprecisão, pois ao falar em Poder Judiciário, não se podia deduzir qual o órgão judicial que deveria possibilitar a suspensão da execução. Talvez, daqui se pudesse deduzir a inobrigatoriedade de o Senado determinar a suspensão da execução, ficando a critério daquela Casa do Congresso Nacional o exame individual dos casos, permitindo-lhe, inclusive, adotar a medida suspensiva mesmo que a declaração houvesse sido proferida por um juiz singular ou por um Tribunal estadual.

Paulatinamente, materializou-se que o tribunal a que o Senado teria como referência para o uso da suspensão da lei seria a Corte Suprema, uma vez que a esta cabia a última palavra no âmbito do Judiciário sobre os vícios de inconstitucionalidade, segundo preceituava o art. 76, n.º 2, inciso III e alíneas da Constituição Republicana de 1934, uma repetição com pequenas alterações dos dispositivos que tratavam do mesmo assunto na Carta Constitucional anterior (art. 59, § 1º, a e b).

Além destas, surgiram ainda várias outras dubiedades quanto à aplicação da até então novel competência legislativa: se o ato senatorial seria vinculado ou discricionário, se ele poderia revogar a suspensão outrora efetivada, se abrangia a suspensão de leis municipais, estaduais e distritais. A estes questionamentos ainda pode ser acrescentado o debate sobre os efeitos temporais do ato do Senado (Resolução) para as pessoas não inseridas na relação processual onde houve a declaração de inconstitucionalidade: efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*?

Almeida (2007, ano 44, n. 174, p. 18) assegura que:

A doutrina, de forma simplista, pretende resolver esta a questão pela seguinte fórmula: sendo concebido o ato senatorial como uma retirada da validade da lei inconstitucional, deverá se emprestar efeitos *ex nunc*; de maneira diversa, se se entender que a Resolução faz a retirada da eficácia da norma incompatível com a Constituição, os efeitos são *ex tunc*. O mesmo autor, porém, observa que parte dessa discussão “explica-se antes por desencontros na compreensão das palavras”.

Nessa linha de raciocínio, em sendo expedido o ato do Senado, devem ser respeitadas as situações anteriores definitivamente construídas, porquanto a revogação tem efeito *ex nunc*, já que o Senado Federal apenas cassa a lei, que deixa de obrigar, e, assim, perde a sua executoriedade porque, dessa data em diante, a revoga simplesmente.

Esteado em semelhante idéia, pronuncia-se Silva (2005, p. 54):

O problema deve ser decidido, pois, considerando-se dois aspectos. No que tange ao caso concreto, a declaração surte efeitos *ex tunc*, isto é, fulmina a relação jurídica fundada na lei inconstitucional desde o seu nascimento. No entanto, a lei continua eficaz e aplicável, até que o Senado suspenda sua executoriedade; essa manifestação do Senado, que não revoga nem anula a lei, mas simplesmente lhe retira a eficácia, só tem efeitos, daí por diante, *ex nunc*. Pois, até então, a lei existiu. Se existiu, foi aplicada, revelou eficácia, produziu validamente seus efeitos.

Equiparando-se a resolução suspensiva do Senado Federal a uma revogação de lei (ato normativo), o Supremo Tribunal Federal considerou-a um ato constitutivo a gerar efeitos a partir de sua publicação. Reputar como revogada a lei declarada inconstitucional é o mesmo que afirmar que esta mesma lei teve sua validade teve aplicação, portanto, seus efeitos são *ex nunc*. O ato do Senado Federal só atingirá os casos posteriores à sua publicação.

Observa-se que, o uso da expressão “suspender” tem mesmo o sentido de privar a continuidade de algo que se está fluindo. Veja-se a utilização deste verbete quando se refere

à prescrição: a suspensão é usada para os casos em que o prazo tem sua contagem reprimida, mas voltando a ser contabilizada quando não mais persistir o evento que lhe deu causa, respeitando o prazo já decorrido; enquanto que a interrupção, instituto diverso, determina a quebra da contagem do prazo para que possa retomá-lo quando não mais subsistir a sua causa.

Com essa constatação não se pretende equiparar o instituto da suspensão pelo Senado da execução da lei reconhecida como inconstitucional à “suspensão” da prescrição, mas simplesmente tentar revelar a lógica do sistema jurídico vigente, haja vista a impossibilidade do uso de um mesmo termo para situações que não tenham pertinência entre si. Isso seria quebrantar a ordem jurídica, tornando-a, portanto, em uma “desordem”.

Curioso notar ainda o Decreto n.º 2.346/1996, que consolida normas de procedimentos a serem observadas pela Administração Pública Federal em razão de decisões judiciais, no dispositivo do § 2º do art. 1º. Trata esta norma de dotar, expressamente, à suspensão da execução pelo Senado da lei inconstitucional de efeitos *ex tunc*, o que se faz bastante curioso, já que provém de norma não proposta pelo legislador.

2.4 O controle sincrético de constitucionalidade na constituição de 1988

Depois de um período de sucessivos governos militares, desvinculados dos anseios democráticos, surge um novo panorama político no país, de redemocratização. Os anos de repressão e de censura fez ascender o espírito de mudança na vibrante sociedade da década de 1980. Nesse lume, a Assembléia Constituinte de 1988 pautou os seus trabalhos na tentativa de conciliar no texto da Constituição os mais diversos desejos sociais. Logo, ficou conhecida ela por Carta Cidadã.

Nota-se que, tais alterações refletiram de forma bastante contundente no controle da constitucionalidade. Foram criados novos institutos, nunca antes experimentados no ordenamento brasileiro, e outros ganharam uma nova roupagem. Porém, resguardando a convivência das bases fundamentadoras do controle concreto-difuso e abstrato-concentrado.

Pela Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal, como órgão de jurisdição constitucional, guardião da integridade da Lei Maior, manteve-se o intérprete último sobre a constitucionalidade das leis e dos atos normativos.

Vultosas as alterações que se procederam no controle de constitucionalidade por via de ação. Além da já conhecida representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, que recebeu o nome de ação direta de inconstitucionalidade – ADIN (art. 102, inciso I, alínea “a”, primeira parte) e da representação interventiva, ora denominada de ação direta de inconstitucionalidade interventiva – ADII, nasceram a ação de inconstitucionalidade por omissão – ADIO (art. 103, § 2º), o mandado de injunção (art. 5º, LXXI) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF. A partir da Emenda Constitucional n.º 3 de 1993, surgiu a ação declaratória de constitucionalidade – ADC (art. 102, inciso I, alínea “a”, in fine) com efeito vinculante (art. 102, § 2º).

A legitimidade para a propositura da ADIN e ADC (art. 103 e incisos da Constituição Federal) e para a ADPF (art. 2º da Lei n.º. 9.882/1999) foi ampliada para possibilitar o seu uso pelo Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados, das Assembléias Legislativas, e da Câmara Legislativa do Distrito Federal, Governador de Estado ou do Distrito Federal, Procurador-Geral da República, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Foi dissolvido o monopólio do Procurador-Geral da República na utilização da ação direta e se proporcionou uma participação mais democrática no controle abstrato-concentrado, mas se manteve a exclusividade da ação direta de inconstitucionalidade de intervenção em mãos do Chefe do Ministério Público (art. 36, inciso III da Carta Magna).

Com a Emenda Constitucional n.º 45/2004, cognominada de Reforma do Judiciário, outras tantas alterações foram promovidas no controle de constitucionalidade. Destaca-se, dentre elas, a criação da Súmula Vinculante (art. 103-A) e o requisito da Repercussão Geral para o conhecimento do Recurso Extraordinário (art. 102, § 3º).

Contudo, a efetiva mudança ocorreu mesmo no âmbito dos tribunais. Novas técnicas de controle da constitucionalidade foram sendo utilizadas a fim de resguardar ao máximo os direitos fundamentais, fugindo, para tanto, do formalismo de conclusões radicais acerca da inconstitucionalidade das normas, que, em vez de proporcionar uma proteção da ordem constitucional, acabaria por desvirtuá-la. Daí a adoção da interpretação conforme a

Constituição, da declaração da inconstitucionalidade sem redução de texto ou com redução de texto, da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, da inconstitucionalidade “por arrastamento” e da inconstitucionalidade progressiva. Esta última em razão da pertinência com o tema do presente trabalho deve ser ora melhor analisado.

A técnica de reconhecimento da inconstitucionalidade progressiva, também chamada de declaração de constitucionalidade de norma em trânsito para a inconstitucionalidade, é utilizada quando uma norma, que, em tese, deve ser considerada inconstitucional, fere formalmente a Constituição, mas, por razões fáticas, ainda resguarda direitos amparados pela Lei Maior, isto é, a lei ainda é constitucional. Para tanto, deve haver verdadeira ponderação constitucional, pois, neste caso, haverá conflito de normas constitucionais, mas com prevalência de uma sobre a outra.

Com efeito, somente poderá ser considerada constitucional quando não alcançada à conformação dos fatos que determine a sua constitucionalidade, ou seja, na superveniência de causa que torne a norma inconstitucional, esta não terá mais eficácia. Esta técnica foi pela primeira vez utilizada na jurisprudência nacional no caso do exame incidental de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal do art. 68 do Código de Processo Penal – CPP, nos seguintes termos:

LEGITIMIDADE - AÇÃO EX DELICTO - MINISTÉRIO PÚBLICO - DEFENSORIA PÚBLICA - ARTIGO 68 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CARTA DA REPÚBLICA DE 1988. A teor do disposto no artigo 134 da Constituição Federal, cabe à Defensoria Pública, instituição essencial à função jurisdicional do Estado, a orientação e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do artigo 5º, LXXIV, da Carta, estando restrita a atuação do Ministério Público, no campo dos interesses sociais e individuais, àqueles indisponíveis (parte final do artigo 127 da Constituição Federal). INCONSTITUCIONALIDADE PROGRESSIVA - VIABILIZAÇÃO DO EXERCÍCIO DE DIREITO ASSEGURADO CONSTITUCIONALMENTE – ASSISTÊNCIA JURÍDICA E JUDICIÁRIA DOS NECESSITADOS – SUBSISTÊNCIA TEMPORÁRIA DA LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Ao Estado, no que assegurado constitucionalmente certo direito, cumpre viabilizar o respectivo exercício. Enquanto não criada por lei, organizada – e, portanto, preenchidos os cargos próprios, na unidade da Federação – a Defensoria Pública, permanece em vigor o artigo 68 do Código de Processo Penal, estando o Ministério Público legitimado para a ação de ressarcimento nele prevista. Irrelevância de a assistência vir sendo prestada por órgão da Procuradoria-Geral do Estado, em face de não lhe competir, constitucionalmente, a defesa daqueles que não possam demandar, contratando diretamente profissional da advocacia, sem prejuízo do próprio sustento.

No caso, a Corte Suprema reconheceu que, pela Constituição de 1988, o Ministério Público não poderia funcionar como patrono da parte, mesmo que pobre, para

tutelar direito econômico disponível, como é o caso do ressarcimento pela reparação do dano (art. 68 do CPP), já que ao órgão ministerial cabe a função de defesa dos direitos individuais indisponíveis. A atribuição conferida pelo referido dispositivo processual seria, pois, da Defensoria Pública pela previsão do art. 134 da Constituição Federal. Porém, como no Estado de São Paulo ainda não se demonstrava estruturada a Defensoria Pública a suprir as necessidades de todos os jurisdicionados, não poderia ser afastada aquela atribuição do parquet, sob pena de privar a pessoa pobre do exercício do direito de reparação do dano. A constitucionalidade do dispositivo foi mantida até que a Defensoria alcançasse o nível de organização do Ministério Público naquele Estado.

A esta conclusão do julgado, levanta o Ministro Sepúlveda Pertence valiosas ponderações sobre a declaração de inconstitucionalidade:

O caso mostra, com efeito, a inflexível estreiteza da alternativa da jurisdição constitucional ortodoxa, com a qual ainda jogamos no Brasil: consideramo-nos presos ao dilema entre a constitucionalidade plena e definitiva da lei ou a declaração de sua inconstitucionalidade com fulminante eficácia *ex tunc*; [...] Essas alternativas radicais – além dos notórios inconvenientes que gera – faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade da realização da norma da Constituição – ainda quando teoricamente não se cuide de um preceito de eficácia limitada –, subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fática que a viabilizem.

Com efeito, a adoção da inconstitucionalidade progressiva destoa da doutrina clássica no Brasil da nulidade primária da norma inconstitucional. Nesta hipótese, para Novelino (2008, p. 159) também ocorre “uma modulação temporal dos efeitos da decisão, mas sem fixação do momento para o início da declaração de inconstitucionalidade”. Há uma postergação do início do afastamento da lei inconstitucional.

Afora esta questão, em algumas situações onde pela declaração de inconstitucionalidade haveria a possibilidade de prejuízo considerável para aqueles que cumpriram determinada lei até então considerada constitucional, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela manutenção das relações erigidas sob o império desta. É exemplo disso o seguinte julgado:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM TESE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ALEGAÇÃO DE DIREITO ADQUIRIDO. Acórdão que prestigiou lei estadual a revelia da declaração de inconstitucionalidade desta última pelo Supremo.

Subsistência de pagamento de gratificação mesmo após a decisão erga omnes da corte. Jurisprudência do STF no sentido de que a retribuição declarada inconstitucional não é de ser devolvida no período de validade inquestionada da lei de origem - mas tampouco paga após a declaração de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário provido em parte.

Este mesmo entendimento foi precedido ainda no Recurso Extraordinário n.º 105.789, cujo relator foi o Ministro Carlos Madeira. Compreendia, assim, que, embora a norma deva ser tida desde o início como nula, deve-se evitar que a sua expulsão do ordenamento jurídico gere um grave desconforto social, ou mesmo determinada categoria, como a dos juízes nos casos em apreço, pois se confiou no comando da norma.

Fato notável é que o STF em nenhum momento quando do julgamento daquelas demandas se pronunciou que agia tendo por base o princípio da segurança jurídica, o que levou Gilmar Ferreira Mendes a afirmar que o Tribunal, na hipótese, acabou por produzir uma mitigação de efeitos com base em artifícios quase que exclusivamente retóricos. Em que pese tal evidência, a Suprema Corte demonstrou uma mudança de postura sobre a questão da nulidade da lei inconstitucional, fato importante para a consolidação da modulação dos efeitos do reconhecimento da inconstitucionalidade.

De outra parte, na doutrina, cita-se ainda o caso da omissão inconstitucional como uma mitigação dos efeitos puramente retroativos da declaração da inconstitucionalidade, conforme preconiza Silveira (2005, ano 9, n. 718):

A decisão, no caso da omissão constitucional, também não tem caráter meramente declaratório. Qual seria a utilidade de uma decisão que apenas declarasse a negligência legislativa? De fato, a decisão em tal ação tem natureza mandamental, já que se dá ciência ao órgão faltante para que tome as providências necessárias (pode-se dizê-lo, ao menos, quanto à omissão da Administração Pública, já que, nesse caso, a Constituição fixa prazo de trinta dias para a regulamentação). Tanto no mandado de injunção quanto na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a eficácia da decisão é, sempre, *ex nunc*. E isso é facilmente compreensível: como compelir alguém a praticar ato no passado? Assim, mais uma vez fica mitigada a teoria da nulidade (já que a declaração de nulidade tem efeitos *tunc*).

Opinião esta acompanhada pelos festejados Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, que reconhecem aí a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade.

Todas estas inovações se estratificaram com a edição da Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999, que regulou o processo e julgamento da ação direta de

inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, e da Lei n.º 9.882, de 3 de dezembro de 1999, que disciplinou o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Com elas a declaração de inconstitucionalidade sofreu uma verdadeira mudança de concepção no Direito Brasileiro, principalmente pelos arts. 27, da primeira lei, e 11, da segunda.

As citadas disposições previram expressamente a modulação dos efeitos temporais no controle abstrato-concentrado de constitucionalidade, ou seja, autorizaram ao Pretório Excelso a possibilidade de dar efeitos diferentes do *ex tunc* para as inconstitucionalidades.

No próximo capítulo se irá demonstrar como esta técnica pode ser utilizada no controle concreto-difuso de constitucionalidade, a partir dos parâmetros traçados pelo Supremo Tribunal Federal, analisando as principais decisões sobre o tema.

3 A APLICAÇÃO DA TÉCNICA DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS COMO FORMA DE GARANTIA DA ISONOMIA DAS DECISÕES JUDICIAIS EM SEDE DE CONTROLE DIFUSO-CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE

3.1 Conceito de modulação dos efeitos

A princípio convém ressaltar que, não há uma uniformização doutrinária quanto ao uso de uma expressão para designar o tema do presente trabalho. Preferem alguns autores a expressão “manipulação dos efeitos”, “limitação de efeitos” ou ainda “aplicação de efeitos prospectivos”. Todas estas apontando para o mesmo fim: a determinação do início de validade dos efeitos dos julgados.

Não se adota aqui o termo manipulação pelo simples motivo de que ele denota um aspecto de poder não condizente com o que realmente se quer exprimir. Também não se mostra preciso o uso de limitação de efeitos ou aplicação de efeitos limitados (restritos), pois o verbo limitar tem um sentido contrário a tornar pleno, algo que é limitado não tem plenitude. Muito embora a expressão aplicação de efeitos prospectivos seja a mais atraente, visto que o adjetivo que a qualifica empresta um sentido de futuro. Porém, esbarra o termo em uma conclusão simples: pela norma atual, como se verá, o STF pode fixar como momento inicial de validade de suas decisões período anterior ao julgamento da querela.

Diante destas considerações, observa-se mais adequado o uso da terminologia “modulação dos efeitos temporais”, embora ainda se possa utilizar, eventualmente, das outras expressões. Definido isto, mister se mostra delinear com exatidão o conceito do objeto de estudo. Para tanto, cabível alguns esclarecimentos prévios.

A atividade jurisdicional pressupõe a criação de uma norma jurídica individual (decisão). Esta, por óbvio, possui uma repercussão no tempo, modificando ou conservando uma dada realidade fática que se encontrava supostamente amparada em uma norma jurídica genérica (lei). Enquanto que a decisão que conserva a situação de fato possui sua força normativa diferida no tempo, o julgamento que a altera importa em uma ruptura. Daí que se faz relevante conhecer o início de obrigatoriedade da norma individual.

No âmbito do controle de constitucionalidade, a aferição do *dies a quo* (dia do começo) para compulsoriedade das decisões mostra-se mais crítico, pois o seu fulcro não é a conservação ou modificação de uma situação de fato, mas de uma situação do próprio direito,

que, por conseguinte, vai interferir na realidade dos fatos, quando estes estiverem fundamentados no direito submetido àquele controle, gerando uma interferência em uma infinidade de casos, haja vista a generalidade da norma.

Com efeito, ao considerar que as declarações de inconstitucionalidade devem possuir efeitos *ex tunc* (Teoria da Nulidade Absoluta), são radicais as repercussões, pois podem ser alteradas as situações fáticas constituídas com base em uma norma jurídica *a priori* válida e que representaria até então uma imposição aos jurisdicionados.

Sob este prisma, modular os efeitos temporais é fixar o início de validade das decisões no controle de constitucionalidade, em um momento diverso da nulidade primária da lei impugnada, a partir de alguns requisitos que minimizem os prejuízos das situações regularmente formadas, resguardando a segurança jurídica das relações.

Nesse contexto, aos órgãos com a incumbência do controle de constitucionalidade, mais do que dizer sobre a compatibilidade da norma impugnada com a Constituição, tem o dever de compreender a situação político-social do país para proporcionar, dentro da margem de discricionariedade própria do Judiciário, o apaziguamento social, um dos objetivos fundamentais de um Estado de Direito.

3.2 A constitucionalidade do art. 27 da lei n.º 9.868/1999 e do art. 11 da lei n.º 9.882/1999

Como o presente trabalho tem por fim analisar a forma como a modulação dos efeitos temporais opera no ordenamento brasileiro, curial se mostra ora ter por foco os dispositivos legais que fundamentam esta técnica de julgamento no controle abstrato-concentrado de constitucionalidade para que se possa, posteriormente, compreender como ela é utilizada no controle concreto-difuso de constitucionalidade.

Neste lume, assevera Mendes (2007, p. 1146) que, “embora a Lei n. 9.868 de 10-11-1999, tenha autorizado o Supremo Tribunal Federal a declarar a inconstitucionalidade com efeitos limitados, é lícito indagar sobre a admissibilidade do uso dessa técnica de decisão no controle difuso”.

Desta feita, necessário se faz analisar os dispositivos que ordenam a possibilidade de modulação dos efeitos das decisões, buscando demonstrar a constitucionalidade na primazia de se buscar o bem social e a segurança jurídica.

A lei 9.868/99 que trata do procedimento de julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade e das Ações Declaratórias de Constitucionalidade adotou a possibilidade da técnica de modulação dos efeitos das decisões em sede destas ações diretas, conforme a dicção do seu artigo 27:

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.

Nota-se, todavia, que a aplicação de tal instituto restringe-se, tão somente, às hipóteses de controle abstrato ou concentrado de constitucionalidade. Em relação ao controle difuso-incidental não há qualquer disposição semelhante.

Seguindo, o exemplo do art. 27 da Lei 9.868/99, também na Lei 9.882/99 - que trata do processo de julgamento das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental - foi consagrada hipótese de exceção à regra da nulidade do ato impugnado, mediante previsão em seu artigo 11:

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

Percebe-se que o art. 11, da Lei 9.882/99 também admite a possibilidade de modulação de efeitos das decisões. Porém, é válido ressaltar que todas essas previsões legais se referem ao controle concentrado de constitucionalidade.

Ambas as normas aventadas possuem praticamente a mesma redação. Elas autorizam o Supremo Tribunal Federal a fixar o início de validade da declaração de inconstitucionalidade, isto é, sob o prisma do que já expandido, concedem a prerrogativa de modular os efeitos temporais.

Diante da novidade legislativa, não faltaram críticas àqueles dispositivos, que culminaram no ajuizamento perante o Supremo Tribunal Federal de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidades em face do art. 27 da Lei n.º 9.868/1999: a ADIN n.º 2.154 e a ADIN n.º 2.258.

A ADIN n.º 2.154, proposta pela Confederação Nacional das Profissões Liberais, aduz-se ser o art. 27 da Lei 9.868/99 contrário aos princípios da legalidade e da

igualdade formal em virtude de a declaração de inconstitucionalidade, na forma do artigo referido, atingir de maneira distinta pessoas que se encontram na mesma situação (de submissão à norma).

Na ADIN n.º 2.258, intentada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, enuncia-se que a norma do art. 27 da Lei n.º 9.868/1999 fere os princípios da legalidade e do Estado Democrático de Direito, haja vista que uma lei declarada inconstitucional pela Corte Suprema não pode produzir efeitos, se aqui, a teoria da nulidade dos atos impugnados opera.

Tendo em vista as razões processuais de conexão, o STF iniciou o julgamento em conjunto das duas ADINs, sob a relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, que proferiu seu voto declarando a inconstitucionalidade do dispositivo em apreço pelo motivo de que a matéria somente poderia ter sido disciplinada por norma constitucional. A sessão de julgamento do dia 16 de Agosto de 2007, porém, foi suspensa devido o pedido de vista da Ministra Carmen Lúcia. Até a presente data aguarda-se o deslinde da questão acerca da constitucionalidade (inconstitucionalidade) do citado dispositivo.

Em razão destes fatos, é imprescindível demonstrar razões jurídicas para demonstrar a constitucionalidade das normas que dão supedâneo à modulação dos efeitos temporais no ordenamento jurídico nacional.

Impende ressaltar que os ataques sobre a constitucionalidade dos citados dispositivos não se restringem àqueles fundamentos aventados nas ações supracitadas. Campos (2004, p. 94), embora reconheça a necessidade de se proporcionar uma flexibilização aos efeitos no tempo das decisões sobre a constitucionalidade dos atos normativos, afirma:

Realmente, a necessidade de assegurar maior flexibilidade às decisões no âmbito da jurisdição constitucional não pode ser negada. A tendência observada em alguns países tem sido exatamente nesse sentido, e isso os fatos não desmentem. Porém, deve-se questionar a legitimidade de instituir tais técnicas por meio de lei ordinária, sem um maior debate e participação da sociedade.

No plano da teoria geral, subverte-se a unidade do ordenamento jurídico. Não pode uma lei ordinária estabelecer que outra norma de igual hierarquia seja considerada válida em específicas situações, servindo a esta, pois, de fundamento de validade, ainda que intermediado por decisão jurisdicional. A questão da validade remete à estrutura escalonada do ordenamento jurídico, segundo o qual a norma superior serve de fundamento de validade à norma produzida com base em seus termos.

Deste modo, somente poderia ser válida a aplicação de efeitos limitados à declaração de inconstitucionalidade se o Pretório Excelso fosse autorizado para tanto pela própria Constituição Federal, uma vez que apenas uma norma de *status* constitucional poderia limitar os efeitos de uma norma infraconstitucional. Neste sentido, Rodrigues (2001, p. 120)

elucida que somente por meio de uma emenda constitucional poderia ser disciplinada a modulação dos efeitos no tempo.

No entanto, o sistema constitucional vigente proporciona terreno fértil para tal, de maneira implícita, através do princípio da segurança jurídica.

Além disso, a segurança jurídica também não pode ser concebida como um retrocesso, uma estagnação para o Direito. É nesse compasso que se habilita a tratar Aranha (1997, p. 60) da matéria com notória lucidez:

O fator último provocador do embate das teorias jurídicas mais recentes está na tentativa de orientação dos sistemas jurídicos vigentes a uma compatibilização entre uma segurança jurídica necessária e uma maleabilidade suficiente do sistema que possibilite o acompanhamento da evolução social. *O esforço está em estabelecer-se um sistema jurídico que, embora harmonicamente diretivo, não encerre em si um tûmulo valorativo imutável.* Eis a constante das tendências do pensamento jurídico contemporâneo.

A segurança jurídica, em um conceito genérico, é a garantia assegurada pela Constituição Federal ao jurisdicionado para que uma determinada situação concreta de direito não seja alterada, especialmente quando sobre ela exista pronunciamento judicial. A segurança jurídica na Constituição Federal é considerada, ao nosso pensar, sobre três aspectos diferentes: como princípio, como valor e como direito fundamental (DELGADO, 2005).

Assim, não se pode considerar como inconstitucionais os dispositivos em comento, sob pena de ferimento da vigente estrutura jurídica constitucional, máxime porque eles representam nada menos do que a instrumentalização de um princípio da Constituição. Mesmo que a segurança jurídica não fosse elevada ao *status* constitucional, o sistema de Direito vigente poderia conduzir a esta conclusão.

Corroborando com o que dito, ao comentar sobre a norma do art. 27 da Lei n.º 9.868/1999, Zavascki (2003, p. 65) esclarece que:

Tal dispositivo, na verdade, reafirma a tese, pois deixa implícito que os atos praticados com base em lei inconstitucional são atos nulos e que somente podem ser mantidos em virtude de fatores extravagantes, ou seja, por "razões de segurança pública ou de excepcional interesse social". Ao mantê-los, pelos fundamentos indicados, o Supremo não está declarando que foram atos válidos, nem está assumindo a função de "legislador positivo", criando uma norma - que só poderia ser de hierarquia constitucional - para validar atos inconstitucionais. O que o Supremo faz, ao preservar determinado *status quo* formado irregularmente, é típica função de juiz.

Quando o Supremo Tribunal Federal determina que a sua decisão só começará a valer após determinada data, prestigia o trabalho do legislador, visto que, principalmente quando se trata de inconstitucionalidade material, este foi o primeiro intérprete da

Constituição. Na intrincada estrutura de funções institucionais, o Judiciário funciona como um contrapeso aos abusos cometidos por aqueles que detêm maior parcela de discricionariedade.

No Direito Comparado, tanto na Europa como nos Estados Unidos da América, tal técnica já é largamente usada desde muito tempo. A partir desta constatação, Mendes, Coelho e Branco (2007, p. 1206) pontuam:

Assinale-se que, antes do advento da Lei n. 9.868/99, talvez fosse o STF, muito provavelmente, o único órgão importante de jurisdição constitucional a não fazer o uso, de modo expresso, da limitação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Não só a Suprema Corte americana (caso *Linkletter v. Walker*), mas também uma série expressiva de Cortes Constitucionais e Cortes Supremas adotam a técnica da limitação de efeitos (cf. v. g., a Corte Constitucional austríaca (Constituição, art. 140), a Corte Constitucional alemã (Lei Orgânica, § 31, 2 e 79, 1) a Corte Constitucional espanhola (embora não expressa na Constituição, adotou, desde 1989, a técnica da *declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade* – cf. Garcia de Enterría, *Justicia constitucional*, cit. p. 5), a Corte Constitucional portuguesa (Constituição, art. 282, n. 4), o Tribunal de Justiça da Comunidade Européia (art. 174, 2, do Tratado de Roma), o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (caso *Markx*, de 13-6-1079).

Todavia, conquanto não sejam inconstitucionais em sua essência os dispositivos tratados, é necessário dizer que eles merecem uma interpretação no que se refere à expressão restringir os efeitos daquela declaração e decidir que ela só tenha eficácia a partir de outro momento que venha a ser fixado.

Segundo afirmam Mendes, Coelho e Branco (2007, p. 1205), “restringir os efeitos é o mesmo que declarar a inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade”, permitindo que se operem a suspensão de aplicação da lei e dos processos em curso até o legislador, dentro de prazo razoável, venha a se manifestar sobre a situação inconstitucional.

Mais à frente Mendes, Coelho e Branco (2007, p. 1205-1206) exemplificam a sua interpretação da citada expressão:

Poderão surgir casos que recomendem a adoção de uma pura declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade [...]. 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 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.

Nesta perspectiva, o órgão jurisdicional conserva a lei pelo simples motivo de que sua exclusão poderá acarretar prejuízos maiores para os cidadãos, porém com a ressalva de que deva o legislador agir de modo a adaptar o conteúdo normativo a fim de eliminar a sua

inconstitucionalidade. Trata-se de técnica de julgamento muito próxima à da já comentada declaração de inconstitucionalidade progressiva com a diferença de que na espécie em comento a mera alteração da lei pode dotá-la de constitucionalidade, o que não ocorre com esta última.

Deve ser considerado provido de constitucionalidade o julgamento feito a estes moldes, pois, embora a norma seja literalmente inconstitucional, sua lacuna seria, além de inconstitucional, mais gravosa para os jurisdicionados. Assim, ao declarar a inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, a Corte Suprema nada mais faz do que consagrar o princípio do interesse social em detrimento do formalismo da pura declaração de inconstitucionalidade. Logo, a lei nesta parte é constitucional.

Ademais, também é constitucional a fixação de um momento no futuro (declaração de inconstitucionalidade *pro futuro*) para se iniciar a eficácia da decisão que reconheceu a inconstitucionalidade.

O outro momento a que preceituam as vertentes normas é aquele que é diferente à eficácia retroativa pura da decisão, como também se distingue do início de validade a partir do trânsito em julgado da declaração de inconstitucionalidade. Logo, em uma interpretação literal, chega-se a concluir que a inconstitucionalidade pode ser considerada em qualquer momento desde que não sejam aqueles já tratados. Neste prisma, pode-se até mesmo dizer que, em tese, poderá ser arbitrado o início da validade da decisão daqui a duzentos anos. Todavia, pela proeminência do princípio da razoabilidade, não há que se temer esta situação.

Sobre esta técnica de julgamento assim se pronuncia Mendes, Coelho e Branco (2007, p. 1205):

Nesse caso, a lei reconhecida como inconstitucional, tendo em vista fortes razões de segurança jurídica ou de interesse social, continuará a ser aplicada dentro do prazo fixado pelo Tribunal. A eliminação da lei declarada inconstitucional do ordenamento submete-se a um termo pré-fixo. Considerando que o legislador não fixou o limite temporal para a aplicação excepcional da lei inconstitucional, caberá ao próprio Tribunal essa definição.

De maneira diametralmente diversa, Moraes (2004, p. 648) traça outra interpretação para a expressão “outro momento”, assim averbando:

Essa hipótese de restrição temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade tem limites lógicos. Assim, se o STF entender pela aplicação dessa hipótese excepcional, deverá escolher como termo inicial da produção de efeitos, qualquer momento entre a *edição da norma* e a *publicação oficial da decisão*. Desta forma, não poderá o STF estipular como termo inicial para a 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.

Conquanto seja louvável a contribuição deste eminente jurisconsulto, ela não atende aos postulados da segurança jurídica. Há casos em que se recomenda a fixação de um momento no futuro para que possa a declaração de inconstitucionalidade difundir seus efeitos. Isso se faz necessário em razão de abrir tempo hábil para que o legislador possa sanar o vício da inconstitucionalidade.

È merecido frisar que, esta técnica de julgamento destoa das já comentadas, pois, naquelas a norma produz efeitos por motivos extrínsecos à própria lei e não por imposição de prazo fixado pelo Tribunal.

Contudo, isto não pode ser considerado um empecilho para o uso desta espécie de modulação, pois as normas constitucionais que estabelecem limites para o prazo de latência da declaração de inconstitucionalidade, como preceitua a Constituição da Áustria, são uma limitação ao agir legítimo da Corte Constitucional. É uma garantia para evitar abusos. Deve-se reconhecer, por isso, a necessidade de uma norma que determine o limite do prazo para o início da eficácia da declaração de inconstitucionalidade, devendo ela ser entabulada no bojo da Constituição. Porém, repita-se que a sua inexistência não veda a utilização desta técnica na ordem jurídica vigente.

Ultrapassada a discussão sobre a constitucionalidade das normas que fundamentam a modulação dos efeitos temporais, inicia-se ora o estudo sobre as condições necessárias para a sua aplicação.

3.3 Requisitos de aplicação da modulação dos efeitos

3.3.1 Requisitos formais

No controle abstrato-concentrado de constitucionalidade, tem-se como requisitos formais para aplicação da limitação de efeitos temporais: a ação cabível, o órgão jurisdicional competente, a superveniência da norma infraconstitucional em relação à vigente Constituição e o quorum qualificado.

De regra, as ações em que se habilita a modulação dos efeitos temporais são: a ação direta de inconstitucionalidade (ADI), a ação declaratória de constitucionalidade (ADECON) e a argüição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), haja vista a previsão expressa nas Leis n.º 9.868/1999 e n.º 9.882/1999.

Destaques-se, que o requerimento expresso para a técnica em análise, na petição inicial não constitui requisito indispensável, necessitando apenas o manejo das referidas ações. Caso entenda necessário, o STF aplicar-la-á, já que se presta ao ordenamento jurídico como um todo.

Cumpra-se lembrar que, tendo em vista a possibilidade de na esfera estadual os Tribunais locais julgarem o procedimento de controle concentrado de constitucionalidade (art. 125, § 2º da CF), não se vislumbra qualquer óbice a que estes apliquem de forma analógica a limitação de efeitos temporais.

Outrossim, para que se opere a modulação dos efeitos temporais, a norma infraconstitucional incompatível com a Constituição não pode ser pré-constitucional. Para o STF, se a lei foi editada antes mesmo do advento da atual Carta Constitucional e não tenha atendido aos cânones constitucionais, ela não foi recepcionada, não sendo possível, pois, considerar que ela tenha produzido efeitos depois da entrada em vigor da norma hierarquicamente superior.

Acrescente-se a estes requisitos, a necessidade do quorum qualificado é previsto no art. 27 da Lei n.º 9.868/1999 e no art. 11 da Lei n.º 9.882/1999. Depreende-se destas normas que apenas com o voto de pelo menos um terço dos membros dos órgãos competentes é que a declaração de inconstitucionalidade pode ter eficácia diferente da *ex tunc*. Assim, para que isso ocorra, deverá contar com a aprovação de no mínimo oito ministros, que equivalem a dois terços dos membros do Pretório Excelso.

3.3.2 Requisitos materiais

Como requisitos de ordem material, o legislador encartou duas particulares situações para a aplicação da modulação dos efeitos temporais: “razões de segurança jurídica” ou “excepcional interesse social”. Ambas as situações, são frutos da garantia da máxima aplicação do princípio da segurança jurídica na vida social.

Quanto às razões de segurança jurídica, como assevera Nader (1999, p. 141), “no plano jurídico a segurança corresponde a uma primeira necessidade, a mais urgente, porque diz respeito à ordem”. O Direito, como agente disciplinador da atividade humana, necessita intimamente da efetivação da segurança jurídica, sob pena de quebrantar o vínculo firmado entre os que concorrem para a formação do ordenamento jurídico.

Se a ordem não é por si só o fundamento do Direito, é, entretanto, seu elemento intrínseco e uma de suas bases mais sólidas, pois orienta o agir dos indivíduos sem grandes alterações de curso. Esta faceta se faz indispensável para a sociedade principalmente para a garantia do cumprimento das relações jurídico-sociais.

Neste prisma, em alguns casos em que o reconhecimento da nulidade da lei pode acarretar em uma ruptura de inúmeras relações jurídicas já perfeitamente consolidadas, gerando prejuízo substancial para as partes nelas envolvidas, visualiza-se as razões de segurança jurídica necessária para que se possam modular os efeitos no tempo das decisões que reconhecem a existência de inconstitucionalidade da norma infraconstitucional, na forma do art. 27 da Lei n.º 9.868/1999.

Quando o STF verificar a existência destas balizas, não deve ele se furtar do uso da referida técnica, pois assim estará concretizando o seu papel de órgão jurisdicional, de dizer o direito, com a vertente de se promover a paz social.

Quanto ao excepcional interesse social, considerado uma das cláusulas abertas do direito, também chamadas de conceitos jurídicos indeterminados, faz exigir do magistrado um maior poder de interpretação da norma. Nesse compasso a doutrina se mantém receosa em conceituar a expressão com grandiosa carga axiológica.

Entrementes Mendes, Coelho e Branco (2007, p. 1.204) o excepcional interesse social pode ser concebido como “outro princípio constitucionalmente importante” ou “outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social”, isto é, seria qualquer princípio da Constituição diferente da segurança jurídica.

Aragão (2003, p. 246), estudando o tema sob a perspectiva da teoria dos poderes neutrais do Estado, traz considerável contributo, *ipsis litteris*:

O STF, ao exercer o controle abstrato de constitucionalidade e ao fixar os efeitos das decisões proferidas (art. 27 da Lei 9.868/1999), deve buscar satisfazer os interesses contemplados, às vezes contraditoriamente, no ordenamento jurídico – não um “interesse público” geral e metafísico –, compondo os interesses do próprio Estado; dos indivíduos; dos contribuintes; dos agentes econômicos; dos consumidores; da coletividade em geral; os interesses públicos setoriais e pontuais; os interesses difusos e coletivos etc.

Em linhas seguintes o mesmo autor arremata:

Não se está a negar a importância jurídica do interesse público. Há referências positivas em relação a ele. O que deve ficar claro, porém, é que deve haver uma ponderação relativamente aos interesses privados e à medida de sua restrição. É essa ponderação para atribuir máxima realização aos interesses envolvidos o critério decisivo para a atuação do STF. E, antes que esse critério seja delimitado, não há como cogitar sobre a referida supremacia do interesse público sobre o particular.

Como bem afirma o autor, o interesse social não se resume ao interesse público, ou dos órgãos públicos. Para se aferir se a técnica da modulação pode ser aplicada deve se verificar se ela atende tanto os interesses públicos como também aos particulares, a fim de gerar uma sensação de bem-estar geral para a população. Se o benefício da aplicação da limitação de efeitos penderem apenas para uma ou poucas das categorias de pessoas, sejam elas naturais ou jurídicas, em detrimento das demais, não há que se conhecer o excepcional interesse social.

Com base nesta compreensão, o Supremo Tribunal Federal negou por várias vezes a aplicação da modulação dos efeitos temporais quando a matéria inconstitucional era aquela afeta à seara tributária, como se nota do seguinte aresto:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IPTU. ALÍQUOTA PROGRESSIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE COM EFICÁCIA PROSPECTIVA [EX NUNC] EM SEDE DE CONTROLE DIFUSO. NÃO CONFIGURAÇÃO DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ARTIGO 27 DA LEI N. 9.868/99. 1. A possibilidade de atribuir-se efeitos prospectivos à declaração de inconstitucionalidade, dado o seu caráter excepcional, somente tem cabimento quando o tribunal manifesta-se expressamente sobre o tema, observando-se a exigência de quorum qualificado previsto em lei específica. 2. Em diversas oportunidades, anteriormente ao advento da Emenda Constitucional n. 29/00, o Tribunal, inclusive em sua composição plenária, declarou a inconstitucionalidade de textos normativos editados por diversos municípios em que se previa a cobrança do IPTU com base em alíquotas progressivas. Em nenhuma delas, entretanto, reconheceu-se a existência das razões de segurança jurídica, boa-fé e excepcional interesse social, ora invocadas pelo agravante, para atribuir eficácia prospectiva àquelas decisões. Pelo contrário, a jurisprudência da corte é firme em reconhecer a inconstitucionalidade retroativa dos preceitos atacados, impondo-se, conseqüentemente, a repetição dos valores pagos indevidamente. Agravo regimental a que se nega provimento.

Por óbvio que, em se tratando de inconstitucionalidade de tributos, a aplicação de efeitos prospectivos interessa muito mais à Fazenda Pública do que aos contribuintes de uma forma geral. Desequilibra a balança, portanto, defender o Estado contra a repetição do indébito, pois que prejudica o exercício da livre iniciativa dos cidadãos, também considerados para a constatação da existência do excepcional interesse social.

Vale ressaltar ainda que, não se pode ser considerar qualquer interesse social como autorizador da limitação de efeitos. Deve ser ele, como explicita a lei, excepcional, ou

seja, somente em casos extremos é que se pode valer desta técnica, mesmo porque a norma considerada inconstitucional por si só é um mal para o ordenamento jurídico.

Ao que se evidencia, tem a Suprema Corte empregado o expediente da modulação dos efeitos temporais com prudência, dentro dos limites estabelecidos pelo legislador ordinário.

3.4 A técnica da modulação dos efeitos no controle difuso de constitucionalidade

Se a modulação dos efeitos temporais no controle abstrato-concentrado de constitucionalidade é recente no Brasil, embora tenha sido fruto de raízes históricas desde o início do século XX, como se pode perceber ao longo do presente trabalho, mais atual ainda se faz o seu uso no controle concreto-difuso de constitucionalidade.

As leis que tratam expressamente desta técnica de julgamento no ordenamento brasileiro se referem apenas a algumas ações do controle por via de ação (a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade e a ação de descumprimento de preceito fundamental). Nada se referem ao seu uso nas demais espécies de ações.

Não obstante ser esta a realidade jurídica vigente no Estado brasileiro, não se enxerga diferença bastante entre os dois sistemas de controle de constitucionalidade, aqui já tratados, a fomentar que o seu tratamento seja tão destoante ao ponto de se dotar um dos sistemas de uma prerrogativa necessária ao desenvolvimento jurídico e ao outro relegar o esquecimento e o desprovimento de subsídios indispensáveis a uma boa prestação jurisdicional.

É sob esta perspectiva que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal engendrou a técnica da restrição de efeitos temporais por analogia ao controle concreto-difuso de constitucionalidade. A primeira das experiências do emprego deste expediente pelo Pretório Excelso se deu no Recurso Extraordinário n.º 197.917, onde se discutia a constitucionalidade da Lei Orgânica do Município de Mira Estrela na parte em que tratava do número de vereadores daquela municipalidade, isso em cotejo com o art. 29, inciso IV, da Constituição Federal, que teve o julgamento assim ementado:

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.

Amparados nos fundamentos da isonomia e razoabilidade, os ministros entenderam que o número de vereadores das câmaras municipais deveria ser fixado sob um parâmetro aritmético rígido, observando, além das faixas de população enumeradas pela Carta Magna nos incisos do art. 29, outras intermediárias àquelas, também com base na população do Município. Assim, fora declarado incidentalmente a inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei Orgânica do Município de Mira Estrela por não atender às balizas determinadas pela Corte Suprema.

No caso, o órgão supremo determinou que a Câmara de Vereadores de Mira Estrela, após o trânsito em julgado, adotasse as medidas cabíveis para adequar sua composição aos parâmetros fixados nas razões do aresto, mas respeitados os mandatos de vereadores para aquela legislatura.

O novo posicionamento do STF teve grande repercussão nas Câmaras Municipais de todo o Brasil, pois necessitaram adequar o número de cadeiras do Legislativo

Municipal às balizas traçadas pelo Pretório Excelso, sob pena de serem declaradas inconstitucionais as leis orgânicas dos Municípios que do assunto tratavam.

Repercussão de igual ou maior relevância, porém, ocorreu no tratamento da norma inconstitucional. Pela primeira vez, no âmbito do controle concreto-difuso de constitucionalidade, reconheceu-se que o ato normativo declarado inconstitucional poderia produzir efeitos: não haveria para o caso a invalidade *ex tunc* da norma incompatível com a Constituição.

Essa nova diretiva da Suprema Corte Nacional esteou-se nas mesmas bases de pensamento que tornaram legítimo o poder de modular os efeitos no tempo das decisões no controle abstrato-concentrado de constitucionalidade, como já tratado em linhas acima, máxime pela presença no ordenamento pátrio do princípio da segurança jurídica.

Para a compreensão da mudança jurisprudencial aqui aludida, mister se faz transcrever as palavras do Ministro Gilmar Ferreira Mendes que conduziu os outros julgadores para a discussão sobre a possibilidade de limitação dos efeitos temporais à até então possível declaração de inconstitucionalidade ao caso que se colocava em apreço. Tratando da pertinência da segurança jurídica como princípio constitucional, assim averba o insigne ministro:

A base constitucional dessa limitação – necessidade de um outro princípio que justifique a não-aplicação do princípio da nulidade – parece sugerir que, se aplicável, a declaração de inconstitucionalidade restrita revela-se abrangente do modelo de controle de constitucionalidade como um todo. É que, nesses, casos, tal como já argumentado, o afastamento do princípio da nulidade da lei assenta-se em fundamentos constitucionais e não em razões de conveniência. Se o sistema constitucional legitima a declaração de inconstitucionalidade restrita no controle abstrato, esta decisão poderá afetar, igualmente, os processos do modelo concreto ou incidental de normas. Do contrário, poder-se-ia ter inclusive um esvaziamento ou uma perda de significado da própria declaração de inconstitucionalidade restrita ou limitada.

E conclui:

Assim, configurado eventual conflito entre o princípio da nulidade e o princípio da segurança jurídica, que, entre nós, tem *status* constitucional, a solução da questão há de ser, igualmente, levada a efeito em um processo de complexa ponderação.

Na mesma linha de pensamento é o voto do Ministro Cezar Peluso:

De fato, se a CF legitima tal limitação no controle abstrato, não tem por que não legitimá-la no concreto, pois, no fundo, as técnicas de controle servem ambas, com caráter alternativo e conseqüências próprias, adequados a cada situação histórica, ao mesmíssimo propósito constitucional. A variedade dos instrumentos, ou dos métodos, não desnatura o fim, que é único, o controle eficaz da constitucionalidade

das leis. A regra da nulidade, enfim, cede apenas a razões de coerência sistemática e de segurança jurídica, ditadas por situações excepcionais, com a do caso.

Após esta decisão, que se tornou o condutor do tema em estudo, fez-se pacífico no STF a aplicação de efeitos limitados à declaração incidental de inconstitucionalidade.

Conforme já dito, as normas constantes de leis ordinárias que prevêm a modulação dos efeitos temporais no controle abstrato-concentrado de constitucionalidade não podem ser consideradas inconstitucionais, pois elas defluem do próprio sistema constitucional vigente. Da mesma forma deve ser considerado o uso da aludida técnica de julgamento no controle concreto-difuso, pois ela é conseqüência da aplicação mais correta do direito no caso concreto, já que salvaguarda situações excepcionais e estas, sem qualquer embargo, podem surgir nesta espécie de controle, com em qualquer outra.

Até mesmo nos Estados Unidos da América, onde se deu a gênese do controle concreto de constitucionalidade e da doutrina da absoluta nulidade da norma inconstitucional, despertou-se para esta conclusão mais cedo. Sobre esta situação comenta Ferreira (2007, p. 194):

A maior resistência à adoção da teoria da anulabilidade no controle incidental, como era de se esperar, deveria ter ocorrido no berço desse sistema de declaração de inconstitucionalidade - o modelo norte-americano de controle de constitucionalidade das normas -, máxime por envolver 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. Todavia, não foi isso que ocorreu. A despeito de cuidar de resolver situações subjetivas concretas, a jurisprudência americana, quando convocada a desvencilhar caso paradigmático, não hesitou em despertar para a prospectividade dos efeitos da decretação de inconstitucionalidade.

A mudança de concepção no ordenamento norte-americano teve como origem o caso *Mapp vs. Ohio* de 1961. Neste julgado, a Corte Suprema modificou o entendimento sobre a utilidade da prova produzida ilegalmente. A teor da 4ª Emenda, aquela corte assentou ser inadmissível para a convicção do magistrado o uso dos meios probatórios obtidos ilicitamente, contrariando o precedente do caso *Wolf vs. Colorado* de 1949. A partir da mudança jurisprudencial, multiplicaram-se os pedidos de liberação de presos que haviam sido condenados em virtude de provas auferidas por meios ilegais.

Entrementes, ao revés da tradicional doutrina estadunidense que conferia à declaração de inconstitucionalidade efeitos retroativos, o caso *Linkletter vs. Walker* de 1965 teve diferente deslinde. O *justice* Clark, ao julgar tal demanda, afirmou que a decisão de *Mapp vs. Ohio* teve a finalidade de desestimular ações ilícitas da polícia, proteger a privacidade das vítimas e uniformizar a atuação dos órgãos estatais com base nos mesmos

padrões jurídicos. Todavia, a declaração de inconstitucionalidade com efeitos meramente retroativos poderia gerar em contrapartida uma insegurança aos órgãos do Estado, que confiaram no precedente *Mapp vs. Ohio*.

Torna-se, pois, inconteste o uso da modulação temporal dos efeitos também no controle incidental de constitucionalidade. Contudo, em razão das peculiaridades do sistema brasileiro de constitucionalidade sobressaem alguns pontos que merecem alguns comentários, o que se fará em próximas linhas.

3.4.1 Dos órgãos competentes

Como já se sabe, as raízes do Controle Difuso de Constitucionalidade estão no modelo norte-americano. E nesse modelo, as questões sobre a validade constitucional de uma lei são entregues a qualquer juiz ou tribunal de jurisdição ordinária, sem necessidade de um procedimento especial, conferindo-se a competência para exame, reprovação ou rejeição de leis incompatíveis com a Constituição, a todos os órgãos do Judiciário chamados a apreciar um caso concreto submetido a sua decisão.

Novelino (2008, p. 117) ensina que:

O reconhecimento da inconstitucionalidade no controle difuso é meramente incidental, visto que o principal objetivo é a proteção de um direito subjetivo. Dessa forma, a inconstitucionalidade pode ser reconhecida por qualquer órgão do judiciário

Para a compreensão da temática analisada, urge se esclarecer se o tribunal ordinário ou mesmo o juízo monocrático, no controle concreto-difuso de constitucionalidade, podem aplicar a limitação de efeitos no tempo para as declarações de inconstitucionalidade ou se essa prerrogativa é somente dada ao Supremo Tribunal Federal.

É importante se dizer que, não há lei expressa que autorize outro órgão que não o Pretório Excelso a modular os efeitos das decisões que reconhecem a inconstitucionalidade de ato normativo de forma incidental no processo subjetivo. Assim, tal problemática deve ser resolvida por elementos de interpretação estranhos à mera exegese dos diplomas legais.

Como se sabe, no sistema jurídico brasileiro da atualidade, qualquer juiz de primeiro grau pode e deve analisar incidentalmente a questão da constitucionalidade de atos,

sejam públicos ou privados. Se o ato inconstitucional é nulo, tal nulidade pode e deve ser conhecida de ofício pelo magistrado. Tal controle, efetuado na fundamentação da decisão, pode ser levado a efeito em qualquer espécie de demanda.

Obviamente, a declaração da inconstitucionalidade opera somente entre as partes e não é a pretensão vertida, mas é apenas tomada como causa de pedir e razão de decidir. Logo o julgador irá acolher ou rejeitar o pedido, porque há ou não uma inconstitucionalidade, mas não irá formalizar uma declaração de inconstitucionalidade, que não é o pedido. A compatibilidade com a Constituição é, por conseguinte, uma questão prejudicial.

Tratando-se de lide que envolva a discussão sobre a constitucionalidade como matéria incidente para resolver a causa e se se considerar que o único órgão com a atribuição para modular os efeitos temporais é o STF, pode se ter aí uma monumental disparidade no tratamento da resolução da causa: enquanto a Corte Suprema poderia convalidar os efeitos já produzidos pela norma inconstitucional, os outros juízos apenas declararíamos que esta nenhum efeito poderia gerar.

Consoante já afirmado em linhas acima, a vigente ordem constitucional por si só já contempla a permissão à restrição de efeitos no tempo às decisões que reconhecem a inconstitucionalidade do ato normativo. Assim, não há que se negar ao juízo monocrático o uso desta técnica de julgamento com a simples alegação de não poder nele se constatar a figura do colegiado, sendo, por isso, impossível a verificação do quorum de dois terços para aceitar a modulação dos efeitos, como preconiza os já tão citados dispositivos legais.

Não só no plano processual é que se verifica esta nova compreensão da atividade jurisdicional. Também em âmbito constitucional se vislumbra uma implícita abertura para o alargamento das funções do juiz, mormente com a Constituição de 1988, que fez jus à fama de Carta Cidadã ao prever inúmeros dispositivos consagradores de direitos e garantias fundamentais, espalhados por todo o texto constitucional, o que de fato munuiu o magistrado de amparo jurídico bastante para a justa aplicação do direito. Sobre esta realidade jurídica, são notáveis as palavras de Castro, F. (2002, p. 295):

Observa-se, por um lado, o caráter aberto de vários dispositivos constitucionais – abertura consciente e querida pelo legislador constituinte – de molde a permitir o fluir de um processo político dinâmico e, por outro lado, que ao juiz é conferido um espaço de criatividade conformadora na seleção de valores constitucionalmente plasmados, quando da solução do litígio.

Nesta esteira, torna-se evidente que não se pode obstar a que o magistrado, ao apreciar a demanda judicial, possa empregar todos os instrumentos existentes no ordenamento

jurídico para a correta aplicação do direito, aí se incluindo a possibilidade de modulação dos efeitos temporais quando da declaração de inconstitucionalidade. Esta conclusão vale tanto para o juízo singular como para o tribunal ordinário e é corroborada pela lição de Ferreira (2007, p. 172-173):

Por mais que se hesite em conceder poderes ao juiz ou aos tribunais ordinários para promover a limitação dos efeitos da decretação de inconstitucionalidade, é forçoso reconhecer que a aferição incidental pressupõe necessariamente a análise da causa a ser decidida e, como tal, reclama íntimo contato dos órgãos jurisdicionais que a enfrentam. Não seria lógico, ao mesmo tempo, permitir que o juiz declarasse incidentalmente a inconstitucionalidade e o proibisse de estabelecer os efeitos de sua decisão, abrindo margem para que permanecesse de mãos atadas em ar contemplativo, mesmo vislumbrando o desmoronamento da boa-fé e da segurança jurídica das partes litigantes. A possibilidade de o juiz modular os efeitos da inconstitucionalidade decorre da natureza ínsita do controle difuso.

Ora, se o juiz desfruta do poder criativo para dizer o direito aplicável ao caso concreto, reconhecendo *incidenter tantum* a inconstitucionalidade do ato normativo atacado, nada o impede de estabelecer os limites temporais de eficácia de sua decisão. No âmbito de avaliação da compatibilidade com a Constituição, é bem provável que se encontrem os efeitos que a decretação de inconstitucionalidade pode projetar no mundo fático.

Portanto, privar o juízo monocrático ou o tribunal ordinário da modulação dos efeitos temporais nas declarações incidentais de inconstitucionalidades seria o mesmo que criar abismos dentro do Judiciário, pois geraria uma prerrogativa exacerbada a um só órgão em detrimento do engessamento da atividade jurisdicional para os outros. Ademais a concessão desta técnica de julgamento a um só órgão desvirtua a sua própria finalidade, que é a de minimizar os radicais impactos da nulidade *ex tunc* da norma inconstitucional.

3.4.2 O Senado Federal e a modulação dos efeitos

Conforme já tratado, o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade engendrou fórmula criativa para que as declarações *incidenter tantum* de inconstitucionalidade, proferidas por decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal, possibilitando que a decisão de inconstitucionalidade que deveria produzir apenas efeitos interpartes possuísse eficácia contra todos (*erga omnes*): através do instituto constitucional da

suspensão da execução da lei pelo Senado Federal, disposto no art. 52, inciso X da Carta Magna, através de um decreto legislativo.

Além de a suspensão da execução da lei afetar a todos, constata-se que a sua eficácia é *ex nunc*. Não obstante a este fato, indaga-se: pode o Senado, amparado na sua prerrogativa de suspensão da execução do ato normativo, fazer um juízo de modulação dos seus efeitos temporais, quando da edição da resolução suspensiva?

Respondendo a esta questão Castro, J. (2008, p. 96-97) assim se pronuncia:

O efeito da resolução do Senado, dada a sua natureza de ato legislativo normativo e vinculado, é aquele modulado pelo Supremo Tribunal à declaração de inconstitucionalidade: via de regra, efeito *ex tunc*; e em face de situações especiais, efeito *ex nunc* e prospectivo, em consideração não aos interesses das partes envolvidas no litígio estabelecido no processo, mas em respeito aos efeitos consolidados, os efeitos indiretos da relação jurídica estabelecida quando ainda não declarado o vício de inconstitucionalidade: deu-se relevo às graves repercussões sobre a paz social, assegurando-se, em tais casos, o mínimo de certeza e de estabilidade *versus* relações e situações jurídicas.

Na opinião do autor, a resolução senatorial seria sempre vinculada à decisão da Corte Suprema. Logo, se o STF modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no caso concreto, este mesmo raciocínio deve ser levado a todos os outros casos após a edição da suspensiva. Por este entendimento, não poderia o Senado por ele mesmo promover à limitação de efeitos, mas simplesmente ratificar *erga omnes* a decisão do Supremo Tribunal Federal.

Diversa é a posição de Barros (2003, p. 259) que afirma:

Realmente, a intervenção do Senado constitui uma *intersecção* do sistema difuso com o concentrado, que os aproxima entre si. Mas não os assimila, nem os identifica, nem muito menos confunde um com o outro. De um lado, nessa intersecção não se tem o efeito *ex tunc* próprio do sistema difuso, porque aí não se está julgando um caso concreto. De outro lado, porque o Senado aí não age como legislador negativo (ademais, ele é uma das câmaras do Legislativo, mas não é o Legislativo), não há possibilidade de modular no tempo – *ex tunc*, *ex nunc* ou *pro futuro* – o vigor da decisão de inconstitucionalidade vinda do Supremo, ao qual o Senado não pode substituir. O Senado apenas suspende a execução da lei. O que – evidentemente – ele só pode fazer do momento de sua resolução para diante, ou seja, *ex nunc*. Sob pena de ultrapassar a sua competência constitucional.

Esta é a posição mais consentânea com todo o constructo sobre a matéria no presente estudo.

Urge afirmar desde já que, diante das razões outrora expendidas, a aplicação de efeitos retroativos pelo ato senatorial não se mostra possível. Então, se se considerar legítima a atitude de o Senado Federal modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, ele o

fará atendendo à prospectividade e não à retrospectividade. Assim, esta prerrogativa somente seria possível se o Senado empregasse à declaração de inconstitucionalidade com efeitos *pro futuro*.

Porém, não se pode considerar o Senado autorizado a aplicar qualquer a restrição de efeitos às declarações de inconstitucionalidade.

O ato de suspensão da execução do ato normativo pelo Senado é, por si só, discricionário. Com efeito, o Senado decide o momento mais oportuno e conveniente para ampliar a outros sujeitos à decisão do STF que reconheceu a inconstitucionalidade da lei em determinado caso concreto. Esta situação difere do que ocorre com aquele órgão jurisdicional, pois, quando provocado, deve dar ao caso uma solução de acordo com as normas do ordenamento jurídico. Daí decorre a pedra de toque do questionamento supramencionado.

Não se faz necessário dar ao Senado a prerrogativa da limitação de efeitos à declaração de inconstitucionalidade, pois aquele órgão legislativo possui o poder de decidir qual o momento em que esta deverá ter validade *erga omnes*, ou seja, pode definir o momento mais adequado para editar a resolução suspensiva.

A atitude do Senado Federal, como visto, assemelha-se com a cassação da lei. Esta não mais poderá ser aplicada já que desde a resolução senatorial tem-se suspensa a sua execução, nega-se, pois, que seja a norma inconstitucional considerada válida dentro do ordenamento jurídico nacional desde a data da resolução.

Todavia, pelos mesmos motivos de segurança jurídica ou excepcional interesse social, deve ser assegurado ao Senado fixar momento no futuro em que possa iniciar *erga omnes* a validade da declaração de inconstitucionalidade, da mesma forma como se autoriza a que os órgãos legislativos imponham a *vacatio legis* a uma lei. Não se trata, pois, de uma verdadeira modulação dos efeitos temporais com todas as possibilidades conferidas pelo art. 27 da Lei n.º 9.868/1999, mas de uma simples postergação para que a inconstitucionalidade possa surtir efeitos para os cidadãos

Destarte, somente neste caso se mostra cabível pela ordem vigente que o Senado possa proceder a um juízo de modulação dos efeitos temporais quando estiver se utilizando da atribuição prevista no inciso X do art. 52 da Carta Magna Federal.

3.4.3 A modulação dos efeitos na teoria da abstrativização do controle concreto de constitucionalidade

A teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade é mais uma das inovações na jurisdição constitucional brasileira imposta por mudança jurisprudencial. Esta teoria no Supremo Tribunal Federal não se encontra hoje consolidada, mas, em razão da pertinência com o tema do presente trabalho, merece aqui trazer algumas elucidações sobre ela e sua implicação para a temática em análise.

Por abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, deve ser entendida a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal dotar de eficácia *erga omnes* a declaração incidental de inconstitucionalidade, sem a concorrência de volitividade de qualquer órgão. Operando-se desta forma, a decisão que apenas atingia as partes do processo em que se deu o reconhecimento *incidenter tantum* de inconstitucionalidade passa a atacar os indivíduos que não compunham a primitiva relação processual. É, deste modo, uma aproximação entre os controles difuso e concentrado de constitucionalidade, máxime no que se refere aos efeitos da decisão (LENZA, 2007, p. 182).

No âmbito do STF, uma ampla discussão sobre esta possível mudança de paradigma tem sido travada no bojo da Reclamação n.º 4.335/AC, em que se pleiteia a garantia da autoridade da decisão proferida no Habeas Corpus n.º 82.959/SP, onde foi declarada incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/1990.

Na citada Reclamação debate-se se o espírito das normas constitucionais pátrias, mormente o que dispõe o caput do art. 102 (quando trata da guarda da Constituição), autorizam a que o STF possa conferir efeitos que atinjam todos os jurisdicionados, isso em detrimento da competência do Senado Federal para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (art. 52, inciso X), sendo também objeto de análise a possível usurpação da competência traçada para a Súmula Vinculante (art. 103-A), que já albergaria os efeitos que o Pretório Excelso pretender dar às decisões do controle concreto de constitucionalidade.

Há na Corte Suprema, até o presente momento, duas correntes para o deslinde da citada reclamação: uma pela admissibilidade, encartada pelos Ministros Gilmar Ferreira Mendes (relator do processo) e Eros Roberto Grau, que buscam demonstrar a mutação

constitucional do inciso X do art. 52 da Lei Maior diante da necessidade de uma maior eficácia nas decisões do STF, relegando ao Senado uma função de dar publicidade aos julgados do Pretório Excelso; e outra pela inadmissibilidade, derivada dos votos dos Ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa, que adotam a interpretação tradicional quanto ao papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade.

Deve-se frisar que não se deve contemplar o exame sobre a possibilidade ou não da aplicação da teoria da abstrativização do controle concreto. Porém, merecem aqui alguns comentários no que toca ao uso da técnica da modulação dos efeitos temporais no caso de ser aceita a aludida teoria no Supremo Tribunal Federal, embora a escassa doutrina a respeito. Apesar de assumir uma postura de neutralidade diante de tal tendência, Lenza (2007, p. 185) afirma que:

Muito embora a tese de transcendência do controle difuso pareça bastante sedutora, relevante e eficaz inclusive em termos de economia processual, de efetividade do processo, de celeridade processual e de implementação do princípio da força normativa da Constituição, parece faltar ao menos em sede de controle difuso, dispositivos e regras, sejam processuais ou constitucionais, para sua implementação

Logo em seguida, conclui o autor que:

O efeito *erga omnes* da decisão foi previsto somente para o controle concentrado de constitucionalidade e para a súmula vinculante (EC n. 45/04) e, se tratando de controle difuso, nos termos da regra do art. 52, X, CF/88, somente após a atuação discricionária do Senado Federal.

Tradicionalmente, a eficácia *erga omnes* da decisão no controle concreto-difuso de constitucionalidade no ordenamento pátrio é promovida por um ato do Senado Federal, por força do que dispõe o inciso X do art. 52 da Constituição Federal, conforme já fora amplamente tratado. Tal ato senatorial fulmina a validade da lei a partir de sua edição, operando, portanto, efeitos *ex nunc*.

Tomando-se em consideração a aplicação da abstrativização, na forma em que proposta pelos eminentes ministros que a patrocinam, deve haver a participação do Senado Federal para espargir para todos a eficácia da declaração de inconstitucionalidade, mas de maneira mitigada. Desta forma, em vez de protagonista deste fenômeno jurídico, seria ele um mero coadjuvante. Não teria assim discricionariedade para a imposição da suspensão da execução da lei declarada inconstitucional. Seu ato seria vinculado. Apenas deveria, após a comunicação do STF, publicar a decisão que haveria reconhecido a inconstitucionalidade do ato normativo.

Como o Senado nada mais faria senão tornar pública a deliberação do Supremo Tribunal Federal, o seu agir não mais teria a feição de cassar a lei inconstitucional. Assim, cai por terra toda a construção jurídica que conduzia à constatação da eficácia *ex nunc* do ato senatorial de suspensão da execução da lei. Nesta concepção, tudo o que fosse deliberado pela Corte Suprema quanto ao momento de validade da declaração de inconstitucionalidade seria ratificado por ato do Senado Federal.

Verificada a vinculação a que o Senado teria no caso de ser adotada a força transcendental da decisão do STF, curial ora resolver o seguinte questionamento: como poderia ocorrer a restrição de efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade da lei para os outros casos que não aquele da originária relação jurídico-processual?

Tendo em vista a tendência de aproximação das duas espécies de controle de constitucionalidade (o concreto e o abstrato), própria da teoria da abstrativização, infere-se que a modulação dos efeitos das decisões sobre a constitucionalidade das leis no controle concreto-difuso deve se ater aos mesmos parâmetros de aplicação do modelo abstrato-concentrado, pois, somente pelo fato de se tratar de declaração incidental, não desaparecem os motivos autorizadores desta técnica de julgamento.

No entanto, pode ocorrer o implemento de situações díspares no que se refere aos efeitos no tempo da declaração de inconstitucionalidade, uma para o caso em que há o pronunciamento jurisdicional e outra para os demais casos. Não se percebe, outrossim, qualquer óbice a que o STF possa fazer a limitação de efeitos para o caso em julgamento sem assim proceder, nos outros casos, pois pode haver naquele caso uma peculiaridade que justifique esta disparidade. Da mesma forma, não se pode obstar, por exemplo, a que no caso se reconheça a inconstitucionalidade com efeitos retroativos e para os demais se indique a eficácia *ex nunc* ou *pro futuro* (ou mesmo retroativos em parte).

Portanto, vingando no Supremo Tribunal Federal a força transcendental das declarações incidentais de inconstitucionalidade, não se vislumbra qualquer empecilho para uma prestação jurisdicional pautada na segurança jurídica tornada possível através da técnica da modulação dos efeitos.

CONCLUSÃO

A história do constitucionalismo moderno demonstrou a necessidade de uma ordem jurídica pautada na hierarquia de normas para fazer figurar no patamar mais elevado, como valores máximos de determinado Estado, as leis que dariam fundamento a todas as outras. Ao conjunto daquelas normas atribui-se o nome de Constituição.

Para garantir a supremacia da Constituição, foram criadas algumas técnicas que propiciassem a manutenção da autoridade de suas normas, tanto no que se refere a sua mutabilidade, com o implemento da rigidez constitucional, quanto à defesa do seu comando normativo em face das normas inferiores, o que culminou na criação do controle de constitucionalidade dos atos normativos.

Várias foram às experiências para a construção do mais adequado modelo de controle da controle da constitucionalidade. Nos Estados Unidos da América criou-se o *judicial review* de caráter estritamente jurisdicional, onde qualquer tribunal em cada caso concreto poderia exercê-lo (modelo concreto-difuso). Nos diferentes Estados europeus, a tônica foi a de confiar a um único órgão especial, na maioria das vezes jurisdicional, a tarefa do controle em tese da constitucionalidade da lei (modelo abstrato-concentrado).

Em cada um destes modelos deferiu-se determinada forma de tratamento da inconstitucionalidade. A teoria da nulidade absoluta da norma inconstitucional (eficácia *ex tunc* do reconhecimento da inconstitucionalidade) se consolidou no sistema de controle de constitucionalidade estadunidense, alicerçado no magistério do Chefe de Justiça John Marshall, enquanto que a teoria da anulabilidade se ratificou na Áustria por influência próxima das idéias de Hans Kelsen.

Com a gênese do controle de constitucionalidade no Brasil, adotou-se o modelo concreto-difuso, principalmente em virtude do prestígio que tomou o pensamento de Ruy Barbosa, que conduziu os trabalhos para a formulação da Constituição de 1891, sendo inclusive aceito pela jurisprudência a teoria da nulidade das normas inconstitucionais tal qual havia se pensado no sistema norte-americano de constitucionalidade. Conservou-se, neste período a natureza meramente declaratória do reconhecimento da inconstitucionalidade.

Entretanto, a superveniência da Constituição de 1934 alterou esta concepção em razão da atribuição do Senado de suspender a execução da lei declarada inconstitucional pelo Judiciário. Tal função do Senado Federal inaugurou o reconhecimento da inconstitucionalidade como atitude constitutiva, já que ela pode ser equiparada à revogação da

lei, gerando este ato senatorial, a partir da sua edição (efeitos *ex nunc*), eficácia contra todos (*erga omnes*).

Na vigência da Constituição de 1946, pela Emenda Constitucional n.º 16 de 1965, criou-se no ordenamento nacional o controle abstrato-concentrado de constitucionalidade. Nesta espécie de controle, a declaração de inconstitucionalidade faz expurgar da ordem jurídica a lei inconstitucional, afetando os inúmeros casos submetidos a esta. Por isso, levantaram-se vozes pela inobservância da nulidade *ab initio* da lei impugnada em determinados casos para salvaguardar, em virtude da segurança jurídica, situações já consolidadas, como propugnou Leitão de Abreu, quando então era ministro do STF.

Desde então, a Suprema Corte em alguns casos antes e depois do advento da Constituição de 1988 encarou a possibilidade da atribuição de efeitos *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade com sutileza, não se pronunciando expressamente sobre este ponto. Todavia, o Pretório Excelso evoluiu sobre este tema ao incorporar novas técnicas de julgamento, como a verificação da norma constitucional em trânsito para a inconstitucionalidade (declaração da inconstitucionalidade progressiva).

Somente a partir da Lei n.º 9.868/1999 (art. 27) e Lei n.º 9.882/1999 (art. 11) é que fora admitido explicitamente a possibilidade de o STF afastar no controle abstrato-concentrado a nulidade da lei inconstitucional para que este órgão convalidasse alguns dos efeitos produzidos pela norma declarada inconstitucional pela técnica da modulação dos efeitos temporais.

Embora se tenha questionado a constitucionalidade dos citados dispositivos, constata-se que o princípio constitucional da segurança jurídica em cotejo com o da nulidade da norma inconstitucional, em um processo de ponderação, resulta na possibilidade de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade para amenizar os impactos da retirada de eficácia *ab initio* da norma incompatível com a Constituição. Mesmo sendo regulado por leis ordinárias, é constitucional o uso desta técnica de julgamento, haja vista ser ela coerente com os cânones constitucionais.

No controle abstrato-concentrado de constitucionalidade tem-se como requisitos formais para a aplicação da aludida técnica de julgamento: a ação cabível (ADIN, ADC e ADPF), o órgão competente (STF ou TJs), o objeto de impugnação ser norma pós-constitucional e o *quorum* qualificado de dois terços dos membros do tribunal competente. Como requisitos materiais infere-se por expressa previsão legal: as razões de segurança jurídica e o excepcional interesse social, este último entendido como a prevalência de considerável vantagem social obtida durante a vigência da norma impugnada.

Tendo em vista a ocorrência de circunstâncias excepcionais no controle incidental de constitucionalidade que demonstram ser deveras prejudicial a declaração da nulidade da norma inconstitucional, tal como ocorre no controle abstrato-concentrado, verifica-se consentâneo com a ordem constitucional o uso da modulação dos efeitos também naquela espécie de controle da constitucionalidade, não obstante a ausência de norma expressa nesse sentido.

Como a limitação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade decorre da típica função jurisdicional de aplicar o direito ao caso concreto, não há que se negar esta prerrogativa ao juízo singular ou ao tribunal ordinário quando da análise da constitucionalidade de determinada norma, sob pena de se criarem diferenças substanciais entre os diferentes graus de jurisdição.

Diversamente, sendo discricionária a atribuição do Senado Federal de suspender a execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (art. 52, inciso X da Lei Maior), podendo este órgão legislativo determinar qual o momento da edição de ato próprio para tal, não se demonstra possível que ele empreenda a modulação dos efeitos temporais na forma como foi idealizada para os órgãos jurisdicionais, mas, apresentando-se os requisitos materiais para a modulação dos efeitos, poderá postergar o Senado o início de validade da declaração de inconstitucionalidade (aplicação de efeitos *pro futuro*).

No que toca à possível adoção da teoria da abstrativização do controle concreto-difuso de constitucionalidade no STF, isto é, quando se reconhecer eficácia *erga omnes* à declaração incidental de inconstitucionalidade por determinação da Suprema Corte, não se demonstra empecilho para o uso da técnica da modulação dos efeitos mesmo de maneira distinta em relação ao caso em que há o pronunciamento e aos demais casos, se subsistentes os seus motivos autorizadores. Nesta óptica, a atribuição do Senado Federal se cinge apenas a publicar a decisão do STF, sendo, portanto, vinculado o seu ato.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre Santos. *O Controle da Constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal à Luz da Teoria dos Poderes Neutrais*. *Revista de Direito Constitucional e Internacional: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, ano 11, n. 45, p. 237-248, out/dez. 2003.

ARANHA, Márcio Nunes. *Segurança jurídica stricto sensu e legalidade dos atos administrativos*. *Convalidação do ato nulo pela imputação do valor de segurança jurídica em concreto à junção da boa-fé e do lapso temporal*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 34, n. 134, p. 59-73, abr./jun. 1997.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Considerações sobre a Função do Senado Federal de suspender Execução de Lei declarada Inconstitucional pelo Supremo Tribunal*. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 44, n. 174, p. 15-24, abr/jun. 2007.

BARBOSA, Ruy. *Os Actos Inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*. Rio de Janeiro, 1893.

BARROS, Sérgio Resende de. *Constituição, artigo 52, inciso X: reversibilidade?* *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 40, n. 158, p. 233-239, abr./jun. 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O Controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil: Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nºs 1/1992 a 56/2007 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nºs 1 a 6/1994*. – Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2008.

_____. 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. Acesso em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9868.htm>. Acesso em: 18 mai. 2009.

_____. Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal.. Acesso em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9868.htm>. Acesso em: 18 mai. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.819, Relator Ministro Eros Grau, Brasília, julgamento em 24 de outubro de 2007, Informativo/STF 485.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 147.776, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Brasília, publicado em RTJ 175/309-310.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 392.139/RJ, Primeira Turma, Relator Ministro Eros Grau, Brasília, publicado em Diário de Justiça de 13 de maio de 2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 438.025, Relator Ministro Celso de Mello, Brasília, julgamento em 7 de março de 2006, Diário de Justiça 25 de agosto de 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 442.683/RS, Relator Ministro Carlos Velloso, Brasília, julgado em 13 de dezembro de 2005.

CAMPOS, Ricardo Ribeiro. *Leis Inconstitucionais ainda Constitucionais?* Revista CEJ, Brasília, n. 25, p. 85-96, abr./jun. 2004.

CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros de. *O Papel Político do Poder Judiciário*. Revista de Direito Constitucional e Internacional: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, ano 10, n. 38, p. 289-303, jan/mar. 2002.

CASTRO, João Bosco Marcial de. *O Controle de Constitucionalidade das Leis e a Intervenção do Senado Federal*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008.

DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. *Constituição e Hermenêutica Constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

Dicionário Jurídico de Latim. Dominus CD-ROM Jurídico. Belo Horizonte: Dominus Legis, 2003. 1 CD-ROM.

FERREIRA, Carlos Wagner Dias. *Modulação dos Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade no Controle Difuso*. Revista Esmafe: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região. Recife: TRF 5ª Região, n. 12, p. 155-178, mar. 2007.

HORTA, Raul Machado. *Constituição e Direitos Sociais*. Dominus CD-ROM Jurídico. Belo Horizonte: Dominus Legis, 2003. 1 CD-ROM.

JACQUES, Paulino. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 3. ed.. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 11. ed. São Paulo: Método, 2007.

MACIEL, Adhemar Ferreira. *Observações sobre o controle da constitucionalidade das leis no Brasil*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n. 140, p. 267-278, out/dez. 1998.

MELLO, Celso de. *ADIN e Efeito Repristinatório*. Dominus CD-ROM Jurídico. Belo Horizonte: Dominus Legis, 2003. 1 CD-ROM.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Teoria das Constituições Rígidas*. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1980.

MENDES, Gilmar Ferreira. *O Papel do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 41, n. 162, p. 150, abr/jun. 2004.

_____, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais: Garantia Suprema da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. *Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NOVELINO, Marcelo. *Teoria da Constituição e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Jus Podium, 2008.

PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 4 ed. São Paulo: Método, 2009.

POLETTI, Ronaldo. *Controle da Constitucionalidade das Leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

SAMPAIO JUNIOR, José Herval. *O Poder Moderador como Origem do Controle de Constitucionalidade no Brasil*. *Revista Direito e Liberdade*, Mossoró, v. 4, n. 1, p. 195-224, jul/dez. 2006.

SEREJO, Paulo. *Conceito de Inconstitucionalidade: Fundamento de uma teoria concreta do controle de constitucionalidade*. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, n. 19, v. 19, dez. 2000. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_19/Artigos/PauloSerejo_rev19.htm>. Acesso em: 10 mai. 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Processo Constitucional de Formação das Leis*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVEIRA, Máisa Cristina Dante da. *A questão da nulidade do ato inconstitucional no direito positivo brasileiro*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 718, 23 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6927>>. Acesso em: 14 mai. 2009.

VIEIRA, Iacyr de Aguiar. *O Controle da Constitucionalidade das Leis: Os Diferentes Sistemas*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 36, n. 141, p. 39-62, jan/mar. 1999.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Ações de controle concentrado de constitucionalidade*. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; DIDIER JR., Fredie. (Org.). *Procedimentos especiais cíveis: legislação extravagante*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 49-69.