

**FUNDAÇÃO EDUCACIONAL MACHADO DE ASSIS
FACULDADES INTEGRADAS MACHADO DE ASSIS
CURSO DE DIREITO**

JEAN RODRIGUES

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE
UMA ANÁLISE DA MODULAÇÃO DOS EFETOS TEMPORAIS NO SISTEMA
JURÍDICO BRASILEIRO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

Santa Rosa
2018

JEAN RODRIGUES

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE
UMA ANÁLISE DA MODULAÇÃO DOS EFETOS TEMPORAIS NO SISTEMA
JURÍDICO BRASILEIRO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

Monografia apresentada às Faculdades Integradas Machado de Assis, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Ms. Tiago Neu Jardim

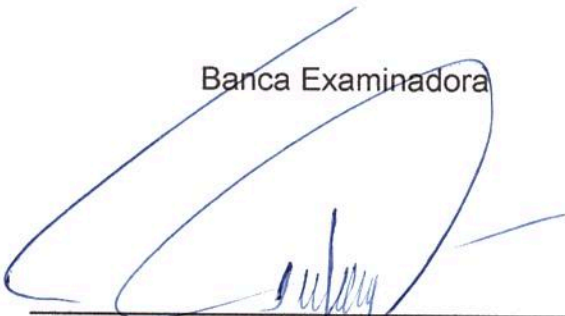
Santa Rosa
2018

JEAN RODRIGUES

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE
UMA ANÁLISE DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS NO SISTEMA
JURÍDICO BRASILEIRO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

Monografia apresentada às Faculdades Integradas Machado de Assis, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Banca Examinadora



Prof. Ms. Tiago Neu Jardim – Orientador



Prof. Ms. Guilherme Guimarães de Freitas



Prof. Ms. Rafael Lago Salapata

Santa Rosa, 04 de dezembro de 2018.

DEDICATÓRIA

Dedico esse trabalho a mim, a minha família e a meus amigos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Curso de Direito das
Faculdades Integradas Machado de Assis
por contribuir com minha formação jurídica.

A liberdade não é um luxo dos tempos de bonança; é, sobretudo, o maior elemento de estabilidade das instituições.

Ruy Barbosa.

RESUMO

Este Trabalho de Conclusão de Curso trata da modulação dos efeitos temporais da decisão no controle de constitucionalidade no Brasil, analisando-a como forma de manutenção da superioridade normativa da Constituição, delimitada pelos aspectos histórico-jurídicos que tratam a teoria da nulidade do ato inconstitucional e a da anulabilidade, bem como a Legislação e a Jurisprudência brasileira acerca do tema. O problema enfrentado é saber se o instituto da modulação dos efeitos temporais no controle de constitucionalidade contribui para a manutenção da ordem e da segurança jurídica no Brasil, estudando os fundamentos do controle de constitucionalidade e as teorias oriundas de diferentes escolas. O objetivo geral da pesquisa é analisar a modulação dos efeitos temporais no controle de constitucionalidade, a fim de compreender a relevância de tal instituto para a manutenção da ordem e segurança jurídica brasileira. Já os objetivos específicos são, respectivamente, estudar os fundamentos históricos, doutrinários e legais sobre o controle de constitucionalidade, bem como verificar o sistema difuso e concentrado de controle de constitucionalidade e as teorias de nulidade e anulabilidade do ato inconstitucional; e pesquisar os pressupostos da modulação dos efeitos temporais e a sua aplicação no controle de constitucionalidade brasileiro. A pesquisa é viável, pois há base de decisões para análise, assim como doutrina e legislação sobre o assunto, tornando a fundamentação teórica possível de ser realizada a partir do recorte feito. A metodologia empregada, quanto à natureza, é de cunho teórica, sendo que o tratamento dos dados ocorreu de forma qualitativa. A pesquisa possui o método de abordagem hipotético-dedutivo, com o fim explicativo. No que tange ao método de procedimento, este pode ser definido como histórico, sendo que a coleta de dados foi realizada por meio de documentação indireta, com a realização de pesquisa bibliográfica (doutrina e legislação) e documental (jurisprudência). No primeiro capítulo faz-se uso do direito comparado a fim de compreender as origens do controle de constitucionalidade e seus pressupostos, bem como a análise das teorias da nulidade e anulabilidade, verificando-se a influência delas no sistema brasileiro. No segundo capítulo aborda-se especificamente a modulação dos efeitos temporais e seus consectários lógicos, especialmente as razões de sua aplicação e o tratamento conferido pelo direito brasileiro. Por fim, na conclusão, baseado no estudo teórico, propõe-se que a decisão de inconstitucionalidade leve em conta as singularidades de cada caso, ponderando-se entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional e os princípios da segurança jurídica e o excepcional interesse público, com o fito de melhor definir o marco temporal de término da vigência da lei violadora e preservar a superioridade normativa da Constituição.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade. Teoria da nulidade. Teoria da anulabilidade. Eficácia temporal.

ABSTRACT

This final project deals with the modulation of the temporal effects of the decision in the control of constitutionality in Brazil, analyzing it as a way of maintaining the normative superiority of the Constitution, delimited by the historical-juridical aspects that deal with the theory of nullity of the unconstitutional act and the annullability, as well as the Brazilian Law and Jurisprudence on the subject. The problem is whether the institute of modulation of temporal effects in the control of constitutionality contributes to the maintenance of order and legal security in Brazil, studying the fundamentals of constitutionality control and theories from different schools. The general objective of the research is to analyze the modulation of temporal effects in the control of constitutionality, in order to understand the relevance of such institute for the maintenance of Brazilian legal order and security. The specific objectives are, respectively, to study the historical, doctrinal and legal bases on the control of constitutionality, as well as verify the diffuse and concentrated system of constitutionality control and theories of nullity and annullability of the unconstitutional act; and to investigate the assumptions of the modulation of temporal effects and their application in the control of Brazilian constitutionality. Research is feasible because there are basis for decisions for analysis, as well as doctrine and legislation on the subject, making the theoretical foundation possible to be realized from the cut made. The methodology used, in terms of nature, is theoretical, and the treatment of the data occurred in a qualitative way. The research has the method of hypothetico-deductive approach, with the explanatory purpose. Regarding the method of procedure, this can be defined as historical, and the data collection was performed through indirect documentation, with the accomplishment of bibliographic research (doctrine and legislation) and documentary (jurisprudence). In the first chapter we make use of comparative law in order to understand the origins of constitutionality control and its assumptions, as well as the analysis of theories of nullity and annullability, verifying their influence on the Brazilian system. The second chapter deals specifically with the modulation of temporal effects and their logical concepts, especially the reasons for their application and the treatment conferred by Brazilian law. Finally, in the conclusion, based on the theoretical study, it is proposed that the decision of unconstitutionality takes into account the singularities of each case, pondering between the principle of nullity of the unconstitutional law and the principles of legal certainty and the exceptional public interest in order to better define the time frame for terminating the validity of the violating law, and preserve the normative superiority of the Constitution.

Keywords: Constitutionality Control. Nullity Theory. Annulability Theory. Temporal Efficacy.

LISTA DE ABREVIações

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

AgRg – Agravo Regimental

art. – artigo

Cf. - conforme

CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CPC – Código de Processo Civil

EC – Emenda Constitucional

RE – Recurso Extraordinário

STF – Supremo Tribunal Federal

p. – página

§ - parágrafo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: ASPECTOS HISTÓRICOS E JURÍDICOS	12
1.1. CONSTITUCIONALISMO E PRESSUPOSTOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: SISTEMAS DIFUSO E CONCENTRADO.....	12
1.1.1. Constitucionalismo e pressupostos do controle de constitucionalidade	12
1.1.2. Sistema difuso de controle de constitucionalidade	17
1.1.3. Sistema concentrado de controle de constitucionalidade	19
1.1.4. Breve histórico do controle judicial de constitucionalidade no direito brasileiro	20
1.2. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E EFEITOS ATRIBUIDOS À DECISÃO NO CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE: TEORIAS DA NULIDADE E DA ANULABILIDADE	23
1.2.1 Jurisdição constitucional	24
1.2.2. Planos de validade das normas	26
1.2.3 Teoria da nulidade	28
1.2.4. Teoria da anulabilidade	30
1.2.5 Teorias da nulidade e anulabilidade sob a óptica do direito brasileiro: Notas introdutórias ao instituto da modulação dos efeitos temporais	32
2 MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS: ASPECTOS LEGISLATIVOS, DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS	35
2.1. VALOR JURÍDICO DO ATO INCONSTITUCIONAL E AS DECISÕES RESTRITIVAS DOS EFEITOS TEMPORAIS: MANUTENÇÃO DA SUPERIORIDADE NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E GARANTIA DA SEGURANÇA JURÍDICA.	35
2.1.1. A adoção da teoria da nulidade no direito brasileiro	35
2.1.2. Decisões limitativas ou restritivas dos efeitos temporais	41
2.1.3. Manutenção da supremacia da Constituição: Razões de segurança jurídica e excepcional interesse social	43
2.2 A MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE MISTO BRASILEIRO: SISTEMAS DIFUSO E CONCENTRADO	47
2.2.1. Sistema difuso	48
2.2.2. Sistema concentrado	52
CONSIDERAÇÕES FINAIS	55
REFERÊNCIAS	58

INTRODUÇÃO

O controle de constitucionalidade é uma importante maneira de garantir a supremacia normativa de uma Constituição, especialmente as rígidas, uma vez que o ordenamento jurídico, ao prever o expurgo dos atos que contrariem a ordem constitucional, garante a coerência e a direção a ser seguida pela legislação infraconstitucional. Isto é, o sistema de controle de constitucionalidade das leis visa garantir que o texto da Constituição permaneça vigente e difundindo seus valores nas normas hierarquicamente inferiores.

Com essa aspiração, o constitucionalismo brasileiro aderiu a distintas fontes do Direito, reunindo teorias antagônicas em um sistema de controle de constitucionalidade judicial misto. A influência inicial foi do direito norte-americano, conhecido como sistema difuso ou incidental, o qual concebe a norma inconstitucional como nula desde seu nascimento, possuindo a decisão de inconstitucionalidade natureza declaratória e eficácia retroativa.

Não obstante, a partir da década de 1930, sem excluir a influência anterior, o movimento constitucionalista brasileiro passou a incorporar aspectos do sistema austríaco, conhecido como sistema concentrado de controle de constitucionalidade. Diferente do modelo anterior, esse é exercido apenas por um tribunal constitucional, o qual é provocado somente por um agente previamente legitimado. Para essa escola, a decisão de inconstitucionalidade possui caráter constitutivo e, via de regra, efeitos prospectivos.

Ante a aglutinação de teorias tão contrapostas em seus eixos fundamentais, vários aspectos jurídicos e de adaptabilidade à realidade social surgiram, sendo um deles os efeitos atribuídos à decisão de inconstitucionalidade. A tradição brasileira, usualmente filiada à corrente americana, consagrava a teoria da nulidade absoluta do ato inconstitucional. Todavia, em algumas situações, verificou-se a necessidade de flexibilização do entendimento anteriormente predominante.

Nesse contexto, surge a modulação dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade, positivada através do art. 27 da Lei n.º 9.868/99. Justamente por isso, o objetivo geral deste trabalho é analisar a modulação dos efeitos temporais

no controle de constitucionalidade, a fim de compreender a relevância de tal instituto para a manutenção da ordem e da segurança jurídica brasileira. Já os objetivos específicos são, respectivamente, estudar os fundamentos históricos, doutrinários e legais sobre o controle de constitucionalidade, bem como verificar os sistemas difuso e concentrado de controle de constitucionalidade e as teorias de nulidade e anulabilidade do ato inconstitucional; e pesquisar os pressupostos e a aplicação da modulação dos efeitos temporais no controle de constitucionalidade brasileiro.

Historiadas as premissas, o problema de pesquisa reside em responder a seguinte pergunta: o instituto da modulação dos efeitos temporais no controle de constitucionalidade contribui para a manutenção da ordem e da segurança jurídica no Brasil?

Para tanto, utilizar-se-á de fundamentação teórica com abordagem hipotético-dedutivo, com o fim explicativo, sendo realizada a partir do recorte exposto e levando em consideração a interpretação da doutrina e da jurisprudência sobre o assunto. A metodologia empregada, quanto à natureza, é de cunho teórico, sendo que o tratamento dos dados será de forma qualitativa. Em relação ao método de procedimento, este pode ser definido como histórico, sendo que a coleta de dados será realizada por meio de documentação indireta, com a realização de pesquisa bibliográfica (doutrina e legislação) e documental (jurisprudência).

No primeiro capítulo será abordado o controle de constitucionalidade, utilizando-se do direito comparado e as razões históricas a fim de melhor compreendê-lo, bem como serão analisados os efeitos da decisão na óptica das teorias da nulidade e anulabilidade. No segundo capítulo será abordada a modulação dos efeitos temporais no controle judicial de constitucionalidade e seus corolários lógicos necessários à compreensão do proposto, notadamente os efeitos atribuídos ao ato inconstitucional e suas implicações no sistema misto brasileiro.

1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: ASPECTOS HISTÓRICOS E JURÍDICOS

No primeiro capítulo abordar-se-ão os aspectos históricos e jurídicos do controle de constitucionalidade. Isto é, o fito do presente capítulo é analisar as origens do controle de constitucionalidade e as razões jurídicas que justificam a existência do instituto. Para isso, a fim de melhor compreendê-lo, além de um breve apanhado acerca do constitucionalismo e das diferentes correntes doutrinárias, serão analisados os efeitos da decisão sob a óptica das teorias da nulidade e anulabilidade.

1.1. CONSTITUCIONALISMO E PRESSUPOSTOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: SISTEMAS DIFUSO E CONCENTRADO

Apesar das correntes doutrinárias norte-americana e austríaca possuírem concepções diversas de como o controle de constitucionalidade deve ocorrer, é certo que ambas modalidades, cada uma a seu modo, visam assegurar a superioridade normativa da Constituição. Nesse sentido, necessário analisar o constitucionalismo e os pressupostos do controle de constitucionalidade para, após, verificar sua aplicação no direito brasileiro.

1.1.1. Constitucionalismo e pressupostos do controle de constitucionalidade

Para analisar o controle de constitucionalidade, antes é necessário dar acepção à Constituição como a norma jurídica fundamental do ordenamento jurídico, a qual molda a unidade e a validade das demais normas (BARROSO, 2012). Apesar de existir na atualidade uma ideia geral entre os juristas, o conceito de Constituição não é pacífico, já que a acepção remonta a tempos históricos. Esse aspecto é ressaltado por Sarlet:

[...] ter sempre presente que, embora as Revoluções Americana (1776) e Francesa (1789) tenham demarcado o momento inicial do constitucionalismo moderno, cuja história, por sua vez, está intrinsecamente ligada à limitação normativa do poder político e à garantia de direitos individuais e indisponíveis, livres de intervenção estatal, o fato é que as vertentes do constitucionalismo (inclusive da noção de constituição jurídica) são mais remotas, podendo ser encontradas já no período medieval, embora com amplo destaque para o constitucionalismo histórico e o pensamento político e filosófico inglês. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p.42).

Evidentemente, em razão da complexidade e dos reflexos que uma Constituição gera na sociedade, a depender do prisma analisado, chega-se a concepções diversas sobre sua conceituação¹. Ferdinand Lassalle, sob a concepção sociológica, afirma que a Constituição escrita é apenas uma “folha de papel”, sendo que a “verdadeira” Constituição de um Estado é a soma dos fatores reais de poder (FERREIRA FILHO, 2012). De outro lado, Hans Kelsen diverge do posicionamento supra, pois, para ele, Constituição deve ser concebida sob a óptica jurídica, definindo-a como uma norma hierarquicamente superior às demais, servindo como fundamento de validade delas, dissociada, portanto, de qualquer fundamento sociológico, político ou filosófico, já que é norma pura (KELSEN, 2003). Contudo, para Carl Schmitt, o conceito kelseniano não esgota o tema, pois a Constituição possui uma acepção política, ou seja, é a decisão política fundamental, a qual decorre de um ato de vontade do constituinte (SCHMITT, 2007).

Todavia, certo é que essa noção de que a Constituição possui sentido, forma e conteúdo específico advém das revoluções liberais, sendo que é considerada o marco do constitucionalismo moderno (BARROSO, 2012), podendo ser compreendida como a organização dos elementos constitutivos do Estado (SILVA, 2005). Nessa perspectiva, no intuito de conceituar Constituição, José Afonso da Silva a define como “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” (SILVA, 2005, p. 37-38).

Já o jurista austríaco Hans Kelsen, reforçando sua concepção pura do Direito, afirma que a Constituição possui um núcleo permanente, qual seja, a ideia de um “princípio supremo que determina a ordem estatal e a comunidade por ela afetada”, sendo a base indispensável das demais normas jurídicas e regendo a conduta dos membros da coletividade estatal, configurando-se como a pedra fundamental do funcionamento do Estado (KELSEN, 2003, p. 130-131).

Por sua vez, para Paulo Bonavides, a palavra Constituição possui um amplo significado, sendo necessário para melhor compreensão o enfoque sob dois prismas: o material e o formal. Do ponto de vista formal, Constituição é definida por tudo aquilo

¹Apesar da existência de demais teorias que visam conceituar e definir a palavra “Constituição”, a saber: concepção culturalista, constituição aberta, teoria da constituição dirigente, etc; em razão da delimitação temática, abordar-se-ão somente as concepções sociológica, jurídica e política.

que foi exarado no seu corpo normativo, embora muitas vezes nem se refira aos elementos de organização política, tratando-se de matérias de aparência constitucional (BONAVIDES, 2004). Já do ponto de vista material, a Constituição:

[...] é o conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana [...]. Tudo quanto for, enfim, conteúdo básico referente à composição e ao funcionamento da ordem política [...]. (BONAVIDES, 2004, p. 80-81).

Desse apanhado teórico, é possível inferir que a Constituição, por reger o funcionamento e balizar os valores que guiam o Estado, ocupa posição diferenciada no ordenamento, irradiando suas aspirações e fornecendo o fundamento de validade para as demais normas jurídicas. Por ser a carta de valores que limita e orienta a atuação estatal, é concebida em posição superior na disposição hierárquica das normas, exigindo que as normas jurídicas inferiores se coadunem com seu espírito².

A concepção de supremacia constitucional é um dos pilares ao qual se assenta o controle de constitucionalidade (BARROSO, 2012). Esse aspecto traz a exigência de que o conteúdo da Constituição seja cumprido, devendo existir mecanismos de correção dos atos inconstitucionais (MENDES; BRANCO, 2012). No entendimento de José Afonso da Silva, a supremacia é, em última análise, um princípio constitucional que exige a conformação de todas as situações jurídicas aos preceitos constitucionais (SILVA, 2005).

A compatibilidade vertical das normas no ordenamento jurídico advém justamente da supremacia da Constituição, de forma que as normas de grau inferior só valerão se forem compatíveis com as de grau superior. Destarte, em razão da supremacia da Constituição, não podem prevalecer no ordenamento jurídico as normas incompatíveis com ela (SILVA, 2005).

Por isso, existindo incompatibilidade entre as normas infraconstitucionais e a Constituição, será desencadeado o mecanismo pelo qual será restabelecida a ordem constitucional, o qual consiste na verificação da compatibilidade entre uma lei ou outro ato normativo infraconstitucional e a Constituição, caracterizando-se, assim, o controle de constitucionalidade (BARROSO, 2012). Sobre o tema, Paulo Bonavides elucida:

²Segundo Alexandre de Moraes, quanto à estabilidade, as Constituições podem ser rígidas, semirrígidas, superrígidas, flexíveis ou imutáveis, sendo que, para ele, a CRFB/88 é superrígida, pois pode ser alterada por um processo legislativo diferenciado, mas, em alguns pontos, é imutável (MORAES, 2018).

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. (BONAVIDES, 2004, p. 297).

Como segundo pilar do controle de constitucionalidade tem-se a rigidez da Constituição, ou seja, a definição de um processo de elaboração mais complexo que as demais normas, servindo como parâmetro de validade para os outros atos normativos (BARROSO, 2012). Nas palavras do autor:

[...] se assim não fosse, inexistiria distinção formal entre a espécie normativa objeto de controle e aquela em face da qual se dá o controle. Se as leis infraconstitucionais fossem criadas da mesma maneira que as normas constitucionais, em caso de contrariedade ocorreria a revogação do ato anterior e não a inconstitucionalidade[...]. (BARROSO, 2012, p. 13).

Sobre rigidez constitucional, José Joaquim Gomes Canotilho diz que as Constituições que possuem uma hierarquia superior às leis ordinárias, ou seja, não modificáveis pelo rito ordinário, são classificadas como rígidas. Nesse sentido, seu magistério é esclarecedor:

Os Estados em que as leis fundamentais designadas como constituição possuem uma hierarquia superior às leis ordinárias e não são modificáveis pela autoridade legislativa ordinária, chamam-se estados de constituição rígida. [...] A maior parte dos países possui constituição escrita, mas não com rigidez absoluta, antes com rigidez relativa (constituição semi-rígida); [...] A dicotomia entre rigidez/flexibilidade não postula necessariamente uma alternativa radical; exige-se, sim, uma articulação ou coordenação das duas dimensões, pois, se, por um lado, o texto constitucional não deve permanecer alheio à mudança, também, por outro lado, há elementos do direito constitucional (princípios estruturantes) que devem permanecer estáveis, sob pena de a constituição deixar de ser uma ordem jurídica fundamental do Estado para se dissolver na dinâmica das forças políticas. Neste sentido se fala da identidade da constituição caracterizada por certos princípios de conteúdo inalterável. (CANOTILHO, 1993, p. 147-148).

As Constituições rígidas caracterizam-se pela diferenciação entre o poder constituinte originário e o derivado. Isto é, o primeiro não está submetido a limites formais, um vez que expressa a vontade soberana do povo de forma originária. Já o segundo é responsável pela reforma da ordem jurídico-constitucional, permitindo a evolução do direito constitucional no tempo, porém limitado aos ditames do poder constituinte originário, pois esse o legitima e vincula (BONAVIDES, 2004).

Diferentemente das flexíveis, as Constituições rígidas exigem a adoção de um controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público, pois a inexistência de tal mecanismo tornaria o poder derivado ilimitado, ao sabor da legislatura e das forças políticas dominantes do momento (FERREIRA FILHO, 2012). Logo, para a manutenção da estabilidade do texto constitucional rígido, ao instituir-se mecanismos de preservação, o poder derivado fica submetido a limitações formais (processo especial de revisão) e limitações materiais (vedações de matéria), previamente estabelecidas pelo poder originário (MENDES; BRANCO, 2012).

A rigidez torna a Constituição menos suscetível às forças políticas do Parlamento, gerando a estabilização de seu texto, tendo em vista o processo legislativo mais gravoso de alteração que deve se submeter o poder constituinte derivado. Nesse sentido, a dicotomia entre rigidez e flexibilidade se concilia para manter a superioridade normativa da Constituição. Isto é, se por um lado a rigidez evita a constante mudança nos valores fundamentais, por outro, a flexibilidade permite vida à Constituição, já que possibilita a abertura e a evolução do direito constitucional no tempo (HESSE, 1991).

Além dos pilares já mencionados, Manoel Gonçalves afirma que a análise de inconstitucionalidade ainda “envolve a verificação tanto [...] dos requisitos formais — subjetivos, como a competência do órgão que o editou — objetivos, como a forma, os prazos, o rito, observados em sua edição — quanto dos requisitos substanciais — respeito aos direitos e às garantias consagrados na Constituição — de constitucionalidade do ato jurídico” (FERREIRA FILHO, 2012, p. 242).

Manoel Gonçalves também ensina que o controle de constitucionalidade possui várias formas, a depender da óptica analisada. Sob a óptica do momento em que intervém, o controle pode ser preventivo, isto é, antes que o ato se aperfeiçoe; ou repressivo, depois de perfeito o ato. Uma barreira à entrada do ato inconstitucional ao ordenamento jurídico seria vantajosa, porém há o efeito colateral de politizar o órgão incumbido de tal controle, já que muitas vezes passa a examinar a matéria segundo seu entendimento, alheio à norma fundamental (FERREIRA FILHO, 2012).

Já sob a óptica da natureza do órgão apreciador, o controle pode ser judicial ou político. O controle político ocorre toda vez que a verificação de constitucionalidade é confiada a órgão não pertencente ao Poder Judiciário. Por sua vez, o controle judicial ocorre quando da verificação de compatibilidade entre um ato e as regras

constitucionais por um órgão integrante do Poder Judiciário e seus institutos inerentes (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015).

Objeto desse estudo, o controle judicial de constitucionalidade evoluiu sob a influência de duas correntes doutrinárias distintas (americana e austríaca), se diferenciando em muitos aspectos, os quais serão vistos a seguir. A utilização de uma ou outra acarretará diferentes efeitos na decisão, bem como a forma pela qual o Poder Judiciário será instado a se manifestar.

1.1.2. Sistema difuso de controle de constitucionalidade

O controle de constitucionalidade difuso é a corrente doutrinária oriunda dos Estados Unidos da América³. Também conhecido como sistema concreto, permite aos órgãos do Poder Judiciário verificar a constitucionalidade das leis no julgamento de causas de sua competência. Inerente a esse sistema, a arguição de inconstitucionalidade se dá por via incidental e tem, em sua concepção clássica, eficácia *inter partes* da decisão (CAPPELLETTI, 1984).

O sistema difuso tem fundamento natural, já que é função dos juízes interpretar as leis para a solução do caso concreto, sendo que, ao constatar uma contradição, o juiz deve aplicar a norma prevalecente. Isto é, a Constituição prevalecerá e será aplicada ao caso concreto, afastando-se a aplicação das normas que com ela colidirem (SILVA, 2005).

Nessa linha, Hamilton, Jay e Madison sustentam que os atos legislativos contrários à Constituição não podem ser válidos, sendo atribuição das cortes judiciais proteger a Constituição e invalidar os atos contrários aos seus ditames (HAMILTON; JAY; MADISON, 1840). Como a Constituição é a lei superior da nação, qualquer ato legislativo contrário a ela é nulo, sendo poder-dever do Judiciário declarar tal nulidade (SANTIAGO, 2015).

Por isso, a declaração de inconstitucionalidade propõe-se a interromper a eficácia do ato inconstitucional com o fito de preservar o texto constitucional. Destarte, em última análise, trata-se de uma sanção aplicada ao ato violador (MENDES; BRANCO, 2012). Não obstante, a omissão inconstitucional também é passível de sanção, isto é, quando há a omissão do Poder Legislativo em agir na existência de

³Apesar de o marco teórico do sistema difuso ser o caso *Marbury vs Madison*, o qual será analisado no item 1.1.3, a Suprema Corte dos Estados Unidos, em 1796, já havia concebido a supremacia dos tratados sobre as leis estaduais conflitantes, no caso *Ware vs Hilton* (FERREIRA MACIEL, 2006).

exigência constitucional de fazê-lo, seja de forma integral ou parcial. Sobre o tema, Bonavides registra:

[...] é dever do Poder Judiciário declarar o direito. De modo que se uma lei colide com a constituição, se ambas, a lei e a Constituição, se aplicam a uma determinada causa, o tribunal há de decidir essa causa, ou em conformidade com a lei, desrespeitando a Constituição, ou de acordo com a Constituição, ignorando a lei. (BONAVIDES, 2004, p. 307).

Diante disso, infere-se que o modelo americano permite a todos os juízes analisar a constitucionalidade das leis e deixar de aplicá-las ao caso concreto, pois a compatibilidade vertical é apreciada de forma incidental no julgamento. Isto é, não há a apreciação por órgãos jurisdicionais em via principal por processo constitucional autônomo, pois a análise da constitucionalidade é verificada no caso concreto pelo julgador (MENDES; BRANCO, 2012). Outrossim, nesse modelo, constatada a incompatibilidade, à lei inconstitucional é atribuído o status de nula, possuindo a decisão efeito declaratório de inconstitucionalidade pré-existente e eficácia *inter partes*.

O sistema difuso, todavia, não escapa às críticas. Entre as desvantagens apontadas pela doutrina, está a possível divergência de decisões acerca da constitucionalidade de uma mesma norma, uma vez que vários os legitimados a realizar o controle. Ainda, pode ocorrer a multiplicidade de processos, já que as decisões têm eficácia *inter partes*, exigindo a propositura de uma nova ação judicial sempre que a norma violadora afeta os direitos dos particulares (FERREIRA FILHO, 2012).

No caso brasileiro, para a declaração incidental de inconstitucionalidade os Tribunais de 2º grau e os Tribunais Superiores sujeitam-se ao princípio da reserva de plenário (BRASIL, 1988) e a um procedimento específico instituído pelo Código de Processo Civil⁴, bem como existe uma flexibilização à eficácia *inter partes*. No 1º grau permanece o poder do juiz singular de apreciar a constitucionalidade das normas e declará-las inconstitucionais, se for o caso. Tais aspectos serão devidamente abordados no segundo capítulo da presente monografia.

⁴A despeito dos arts. 948-950 do CPC, o Supremo Tribunal Federal tem procedimento específico disciplinado por seu Regimento Interno, o qual prevê que a submissão da arguição de inconstitucionalidade ao Plenário, a ser feita por qualquer das duas turmas, independe de acórdão, devendo apenas ser previamente ouvido o Procurador-Geral da República; e, após decidir a prejudicial de inconstitucionalidade, o plenário julgará diretamente a causa, sem devolvê-la ao órgão fracionário, como ocorre nos demais tribunais (BRASIL, 2018).

1.1.3. Sistema concentrado de controle de constitucionalidade

De diretriz diversa, o sistema concentrado é corrente doutrinária advinda da Áustria. Conhecido como sistema austríaco ou abstrato, reserva a competência para o julgamento da constitucionalidade das leis a um único órgão do Poder Judiciário. Nesse sistema, a impugnação da lei ou do ato normativo é feita em tese, ou seja, independentemente da existência de qualquer caso concreto (BARROSO, 2012).

A decisão proferida na apreciação de constitucionalidade das leis tem caráter *erga omnes* e, via de regra⁵, eficácia não retroativa. O modelo concebido por Hans Kelsen visava evitar a divergência nas decisões e abalos à segurança jurídica, já que a competência para apreciar a constitucionalidade das leis ficava conferida apenas a um Tribunal Constitucional (FERREIRA FILHO, 2012). Igualmente, a provocação inicial do processo se dá por apenas alguns legitimados, desenvolvendo-se o controle em via principal com objeto a análise da constitucionalidade abstrata da lei. Quanto aos efeitos da decisão, tal sistema prevê a eficácia geral, ou seja, que os efeitos da decisão se estendam para todos os casos futuros (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015).

A decisão de inconstitucionalidade anula a lei inconstitucional, ou seja, possui natureza constitutiva negativa ou desconstitutiva, sendo a lei inconstitucional é encarada como válida e eficaz até o momento da anulação. Portanto, possui eficácia não retroativa (KELSEN, 2003). Sobre o sistema concentrado, convém registrar o magistério de Luís Roberto Barroso:

Hans Kelsen foi o introdutor do controle de constitucionalidade na Europa, através da Constituição da Áustria, em 1920, aperfeiçoado com a reforma constitucional de 1929. [...] Para Kelsen, o controle de constitucionalidade não seria propriamente uma atividade judicial, mas uma função constitucional, que melhor se caracterizaria como atividade legislativa negativa. [...] considerava que a lei inconstitucional era válida até que uma decisão da corte viesse a pronunciar sua inconstitucionalidade. Antes disso, juízes e tribunais não poderiam deixar de aplicá-la. Após a decisão da corte constitucional, a lei seria retirada do mundo jurídico. Por essa linha de entendimento, a lei inconstitucional não seria nula, mas meramente anulável. Vale dizer: a inconstitucionalidade não geraria uma nulidade, mas tão somente a anulabilidade do ato. Como consequência, a decisão que a reconhecisse teria natureza *constitutiva negativa* e produziria apenas efeitos *ex nunc*, sem retroagir ao momento de nascimento da lei. (BARROSO, 2012, p. 16).

⁵A exceção à regra, no caso brasileiro, se dá quando utiliza-se o mecanismo da modulação dos efeitos temporais, concedendo-se à decisão efeitos restritivos, os quais serão analisados no 2º capítulo.

Contudo, o modelo concentrado também possui defeitos. Entre eles, peca pela restrição de legitimidade, sendo a questão resolvida muitas vezes após grande decurso de tempo. Igualmente, a eficácia não retroativa gera o desinteresse no acionamento da via de correção constitucional, pois falta efeito prático no saneamento do vício inegavelmente já presente (BARROSO, 2012).

Vistas as premissas acima expostas, pode se dizer que esse modelo proporciona maior uniformidade das decisões, já que somente um órgão jurisdicional realiza o controle de constitucionalidade. Contudo, há a desvantagem da legitimidade ser restrita para seu acionamento, ocasionando, eventualmente, desinteresse na provocação.

O direito brasileiro utiliza um sistema misto, isto é, mantém as duas modalidades em seu ordenamento jurídico, em que pese atualmente estar mais alinhado ao sistema concentrado. Todavia, nem sempre foi assim, como será visto a seguir em uma breve análise do histórico do controle de constitucionalidade judicial brasileiro.

1.1.4. Breve histórico do controle judicial de constitucionalidade no direito brasileiro

Na tentativa de mitigar as desvantagens dos dois sistemas, o Brasil adotou um sistema misto de controle de constitucionalidade, conjugando o sistema difuso com o sistema concentrado. Isto é, ao mesmo tempo em que permite aos juízes examinar a constitucionalidade das leis de maneira incidental no julgamento de casos concretos, também existe a apreciação da constitucionalidade das leis em abstrato pelo STF, independentemente da existência de um caso concreto, com eficácia *erga omnes* (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015). Esse modelo é fruto de uma construção do constitucionalismo brasileiro com o passar do tempo, refletindo as decisões políticas do país.

A Constituição do Império de 1824 sequer possuía mecanismo de controle de constitucionalidade, prevalecendo a supremacia do Poder Legislativo. Só com o advento da República houve a introdução do controle de constitucionalidade, optando pelo sistema difuso, em uma clara influência do direito norte-americano.

Sob essa égide, a eficácia da decisão era apenas *inter partes*, não revogando, pois, o ato inconstitucional de outros poderes, mas tão somente deixando de aplicá-lo

aos casos colocados à apreciação do Poder Judiciário (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015). Em que pese isso, o Supremo Tribunal Federal já detinha o papel de intérprete final da Constituição, na forma dos artigos 59, parágrafo 1º, e 60 da carta republicana inaugural⁶:

Art. 59 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

[...]

§ 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

- a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;
- b) quando se contestar a 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.

Art. 60 - Compete aos Juízes ou Tribunais Federais, processar e julgar:

- a) as causas em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição federal;(BRASIL, 1891).

O modelo concentrado só começou a ser delineado no país com a Constituição de 1934, quando foi prevista a representação interventiva, a qual visava a promoção de intervenção federal em estado ou intervenção do estado em município (MENDES; BRANCO, 2012). Também nessa época foi inaugurada a cláusula de reserva de plenário, estabelecendo *quórum* de maioria absoluta dos membros do tribunal para declarar a inconstitucionalidade de leis, sendo mantida a competência dos juízes singulares para apreciação em concreto (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015).

Outra novidade incluída pela Constituição de 1934 foi o poder conferido ao Senado Federal de suspender a execução da lei julgada inconstitucional pelo STF, cujo objetivo era reduzir as ações judiciais, já que o controle de constitucionalidade era exercido caso a caso, exigindo sempre uma nova provocação do Judiciário para assegurar o direito do cidadão prejudicado (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015).

Em 1937, com a ruptura do Estado Democrático de Direito, o controle de constitucionalidade brasileiro sofreu um revés. Os traços ditatoriais do regime de Vargas ficaram expostos na Constituição do Estado Novo. A competência do STF de intérprete final da Constituição foi suprimida, além de que a declaração de inconstitucionalidade por um tribunal poderia ser anulada pelo Congresso Nacional, mediante voto de dois terços dos membros de cada casa, a requerimento do

⁶A primeira constituição republicana do país, além de extinguir o Poder Moderador, sedimentou o controle judicial de constitucionalidade, o qual foi defendido pelo jurista Ruy Barbosa em sua obra "Os actos inconstitucionais do congresso e do executivo ante a justiça federal". Inspirada no modelo norte-americano, a carta destoa para a supremacia do Poder Judiciário ao invés do modelo imperial que pesava para o lado legislativo (BARBOSA, 1893, p. 68-69).

Presidente da República⁷. Importante mencionar que tal disposição foi revogada com a redemocratização do país na Constituição de 1946, a qual repetiu o modelo usado na Constituição de 1934 (BARROSO, 2012).

Foi no período de autoritarismo e arbítrio político da ditadura militar que o controle concentrado de constitucionalidade foi, de fato, estabelecido, mediante a Emenda 16 de 1965 à Constituição de 1946 (BRASIL, 1965) e, posteriormente, pelo artigo 114, I, I, da Constituição de 1967⁸. Marinoni ressalta o contraste do período, pois “a relação entre a instituição deste instrumento, de precioso calibre democrático, com o momento que se vivia, de restrição das liberdades” é incompatível. Esse aspecto é relevante pois nem sempre “[...] há combinação de cores entre os institutos jurídicos e seus escopos e os ambientes dos variados momentos da história” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 945).

Com o restabelecimento da democracia no país, a Constituição Cidadã trouxe tanto o controle difuso como o concentrado, com a predominância do último. Da mesma forma, concebida a competência do STF para apreciar ofensa à CRFB/88 pelo mecanismo da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo⁹, bem como a ampliação do rol de legitimados¹⁰ para provocação, afastando-se, portanto, o monopólio do Procurador-Geral da República (BRASIL, 1988).

A ampliação dos legitimados foi reflexo da opção do constituinte pelo controle concentrado de constitucionalidade, reduzindo-se a relevância do modelo difuso, uma vez que as divergências terminam ao crivo do STF, já que há vários legitimados a provocá-lo e a decisão por ele proferida possui eficácia *erga omnes* (BARROSO, 2012).

Com objetivo oposto à ADI, foi incluída em 1993 na CRFB/88, por meio da EC n.º 03, aperfeiçoada posteriormente pela EC n.º 45/2004, a ação declaratória de constitucionalidade, a qual está no bojo de mecanismos do controle de

⁷Art. 96. [...]

Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal. (BRASIL, 1937).

⁸Art. 114 - Compete ao Supremo Tribunal Federal:

I - processar e julgar originariamente:

[...]

l) a representação do Procurador - Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual;

⁹Cf. art. 102, inciso I, alínea “a”, CRFB/88.

¹⁰Cf. art. 103, CRFB/88.

constitucionalidade, possuindo efeitos análogos àquela, porém com o objetivo de declarar a constitucionalidade de alguma lei ou ato normativo (BARROSO, 2012).

Além dessa, outras novidades trazidas pela Constituição de 1988 foram a ação direta de inconstitucionalidade por omissão¹¹, como meio de defesa às vistas da omissão legislativa; e a arguição de descumprimento de preceito fundamental¹² quando relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo (BRASIL, 1988).

A compreensão da construção política e social do país, com todas as rupturas do Estado de Direito e as influências exercidas pelas escolas jurídicas estrangeiras ajudam a entender o sistema jurisdicional que se formou e seus peculiares institutos. Isto é, a predominância atual do controle concentrado no sistema brasileiro é fruto das opções políticas tomadas ao longo do tempo, que, na CRFB/88, optou-se por privilegiar a atuação do STF como guardião da Constituição e dar a palavra final em sua interpretação.

1.2. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E EFEITOS ATRIBUIDOS À DECISÃO NO CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE: TEORIAS DA NULIDADE E DA ANULABILIDADE

Os efeitos temporais atribuídos à decisão de inconstitucionalidade são dispare. Isto é, considerando a influência do modelo americano e do austríaco, a legislação e a aplicação da lei varia conforme o caso, ora aplicando-se a teoria da nulidade e ora a da anulabilidade, muitas vezes mitigando e restringindo a concepção originária. Para essa compreensão, antes da análise das teorias da nulidade e da anulabilidade, cumpre estudar o caráter jurídico da atividade de guarda da Constituição, denominada jurisdição constitucional.

¹¹Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

[...]

§ 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

¹²Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

[...]

§ 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

1.2.1 Jurisdição constitucional

A jurisdição constitucional tem relação intrínseca com a decisão no controle de constitucionalidade e seus efeitos, uma vez que diz respeito a quem detém a competência para a análise da compatibilidade das leis com a Constituição. Para Hans Kelsen, jurisdição constitucional é a garantia jurisdicional da Constituição, sendo um elemento do sistema de medidas técnicas que têm por fim garantir o exercício regular das funções estatais (KELSEN, 2003).

Carl Schmitt, todavia, entendia que a decisão exarada pelo Poder Judiciário seria apenas a aplicação do conteúdo da lei, não podendo imiscuir-se em questões que, para ele, eram políticas. Defendia que a guarda da Constituição possuía natureza política, devendo ser exercida somente pelo Presidente, cabendo ao Poder Judiciário tão somente a aplicação reprodutiva do direito (SCHMITT, 2007). Em suas palavras:

As divergências de opinião e diferenças entre os titulares de direitos políticos de decisão e influência não podem ser decididas, no geral, judicialmente, caso não seja exatamente o caso de punição por violações constitucionais abertas. Elas são eliminadas ou por meio de um poder político mais forte situado acima das opiniões divergentes, isto é, por intermédio de um terceiro superior - mas isso não seria, então, o guardião da Constituição, e, sim, o senhor soberano do Estado. (SCHMITT, 2007, p. 193). [...] A posição do presidente do Reich, eleito pela totalidade do povo, só pode ser construída com a ajuda de uma teoria mais desenvolvida de um poder neutro, intermediário, regulador e preservador. (SCHMITT, 2007, p. 201).

Hans Kelsen possuía concepção diversa. Para ele, a discricionariedade conferida à jurisdição pelo legislador permitia a aplicação e a análise do direito, sendo possível a verificação de violação à Constituição pelo Poder Judiciário (KELSEN, 2003). Em suas palavras:

A função política da Constituição é estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder. Garantia da Constituição significa a segurança de que tais limites não serão ultrapassados. Se algo é indubitável é que nenhuma instância é tão pouco idônea para tal função quanto justamente aquela a quem a Constituição confia — na totalidade ou em parte — o exercício do poder e que portanto possui, primordialmente, a oportunidade jurídica e o estímulo político para vulnerá-la. Lembre-se que nenhum outro princípio técnico-jurídico é tão unânime quanto este: ninguém pode ser juiz em causa própria. (KELSEN, 2003, p. 240).

Hans Kelsen defendia a impossibilidade do uso da teoria poder neutro concebida por Benjamin Constant¹³ em uma República, pois nela as disputas políticas são acentuadas. Ou seja, ao conceder-se o, em tese, poder neutro ao Presidente da República, esse se torna demasiadamente excelso aos demais e permite o desmando e o arbítrio (KELSEN, 2003).

Ainda, Kelsen diferencia função jurisdicional da função legislativa, pois a função jurisdicional seria uma atuação correspondente a do legislador negativo, pois, ao anular uma lei, o julgador estaria não produzindo uma lei, mas a eliminando, sempre em conformidade com os poderes de verificar a conformação das leis e demais atos ao texto constitucional atribuídos a um órgão jurisdicional (KELSEN, 2003). Isto é:

Anular uma lei é estabelecer uma norma geral, porque a anulação de uma lei tem o mesmo caráter de generalidade que sua elaboração, nada mais sendo, por assim dizer, que a elaboração com sinal negativo e portanto ela própria uma função legislativa (KELSEN, 2003, p. 263).

A crítica levantada por Kelsen e a ascensão do nazismo na Alemanha, local em que as teses de Schmitt eram profícuas, fizeram com que a teoria da natureza política da guarda da Constituição fosse deixada de lado. No mais, a concepção kelseniana tornou-se dominante, já que claramente funciona como um freio ao Executivo e um instrumento para a preservação da democracia (BARROSO, 2012).

No Brasil, tem-se que, além da jurisdição constitucional exercida pelo STF, Tribunais de Justiça também a exercem. A diferença é que, enquanto o controle de constitucionalidade no âmbito do STF recai sobre lei ou ato normativo federal e estadual, o objeto do controle perante os Tribunais de Justiça é a lei ou o ato normativo estadual ou municipal (MENDES; BRANCO, 2012).

As duas formas de controle, todavia, tomam em consideração parâmetros distintos, pois, ao passo que o controle de constitucionalidade no STF tem como parâmetro a Constituição Federal (especialmente as normas concebidas pelo poder originário), o parâmetro de controle nos Tribunais de Justiça é a Constituição Estadual (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015). Dito isso, verificado o papel do Tribunal Constitucional na manutenção da superioridade normativa, se faz necessário o estudo

¹³A teoria do poder neutro foi concebida pelo francês de aspirações liberais Benjamin Constant (1767 – 1830), estruturando, diferentemente de Montesquieu, quatro poderes, sendo a novidade responsável pelo funcionamento harmonioso do Executivo, Legislativo e Judiciário. Foi acolhida pela constituição portuguesa de 1826 e pela brasileira de 1824, sendo o poder moderador conferido e exercido pelo monarca constitucional. (SARLET; MARINONI; e MITIDIERO, 2015. p. 1478).

dos planos de validade das normas, de modo a verificar em qual deles as normas inconstitucionais se situam, pois, a depender do posicionamento adotado, os efeitos da decisão no controle de constitucionalidade podem ser diversos.

1.2.2. Planos de validade das normas

A análise e a diferenciação dos planos de existência, validade e eficácia das normas tem relevância para a compreensão das teorias da nulidade e anulabilidade, já que se tratam de fenômenos distintos (MELLO, 1988). Apesar do tema cediço, convém trazer à baila o entendimento, no direito brasileiro, de Luís Roberto Barroso, corroborado por Marcos Bernardes de Mello, os quais concebem as normas jurídicas como categoria dos atos jurídicos, comportando a análise em três planos distintos.

O plano da existência de um ato jurídico pressupõe uma manifestação no mundo dos fatos relevante para o Direito, sendo indispensável a presença dos elementos constitutivos definidos pela lei. Tais elementos podem ser indispensáveis a qualquer ato jurídico, como é o caso de agente, objeto e forma, ou específicos, de acordo com a exigência da natureza do ato (MELLO, 1988).

Para Marcos Bernardes, “ao sofrer a incidência de norma jurídica juridicizante, a parte relevante do suporte fático é transportada para o mundo jurídico, ingressando no plano da existência” (MELLO, 1988, p. 94). A falta dos elementos que constituem pressupostos da norma obsta o ingresso do ato ao mundo jurídico, sendo, portanto, um ato inexistente. No magistério do jurista:

Tudo aqui fica circunscrito a se saber se o suporte fático suficiente se compôs, dando ensejo à incidência. Naturalmente, se há falta, no suporte fático, de elemento nuclear, mesmo complementar do núcleo, o fato não tem entrada no plano da existência, donde não haver fato jurídico. (MELLO, 1988, p. 94).

Confirmada a presença dos elementos constitutivos, a existência se faz presente, devendo as demais situações serem analisadas agora no plano da validade (BARROSO, 2012). Aqui será feita a separação entre o que é perfeito, isto é, não possui qualquer vício invalidante, e o que está imbuído de defeito invalidante. Verifica-se o preenchimento dos requisitos que a lei impôs aos elementos constitutivos, que são capacidade, licitude ou possibilidade e forma não defesa em lei (MELLO, 1988).

Isto é, no caso do agente, há a exigência da capacidade para a prática do ato, bem como exige-se que o objeto seja lícito e possível e que a forma tenha sido aquela que a lei exigiu (BARROSO, 2012). Ensina da seguinte maneira:

[...] se estiverem presentes os elementos agente, forma e objeto, suficientes à incidência da lei, o ato será existente. Se, além disso, estiverem presentes os requisitos competência, forma adequada e licitude-possibilidade, o ato, que já existe, será também válido. A ausência de algum dos requisitos conduz à invalidade do ato, à qual o ordenamento jurídico, considerando a maior ou menor gravidade da violação, comina as sanções de nulidade e anulabilidade. (BARROSO, 2012, p. 15).

O último plano é o da eficácia, o qual consiste na aptidão do ato para a produção de efeitos. Isto é, se está apto a produzir as consequências jurídicas para a finalidade que se propôs. José Afonso da Silva menciona que a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou exequibilidade da norma (SILVA, 2005).

Na visão de Luís Roberto Barroso, após a análise dos planos supra, é possível inferir que a norma em contraste com a Constituição não é inexistente, pois ela ingressou no mundo jurídico. O vício está no plano da validade, já que a norma inconstitucional está em desacordo com a Constituição, pois não cumpre os requisitos formais ou materiais por ela exigidos (BARROSO, 2012).

O jurista ainda menciona que o entendimento empregado se distancia do que se concebe por validade técnico-formal, pois esse diz respeito à vigência de uma norma, ou seja, sua existência jurídica e aplicabilidade (BARROSO, 2012). Em suas palavras, ilustra da seguinte forma:

Suponha-se que a Assembleia Legislativa de um Estado da Federação aprove um projeto de lei definindo um tipo penal específico de “pichação de bem público”, cominando pena de detenção. No momento em que o Governador do Estado sancionar o projeto aprovado, a lei passará a existir. A partir de sua publicação no Diário Oficial, ela estará em vigor e será, em tese, eficaz. Mas a lei é inválida, porque flagrantemente inconstitucional: os Estados-membros não podem legislar sobre direito penal (CF, art. 22, I). Tal circunstância deverá ser reconhecida por juízes e tribunais, que, diante da invalidade da norma, deverão negar-lhe aplicação e eficácia. (BARROSO, 2012, p. 15).

Superada a análise do plano em que as normas jurídicas inconstitucionais se encontram, passa-se à análise das teorias da nulidade e anulabilidade, iniciando-se pela primeira. A depender da modalidade de controle empregada, apesar da constante aproximação dos dois sistemas no direito brasileiro, a eficácia da decisão de inconstitucionalidade poderá ser *inter partes* ou *erga omnes*. Já quanto aos efeitos

produzidos pela norma viciada, a depender da teoria empregada – nulidade ou anulabilidade –, serão invalidados ou convalidados.

1.2.3 Teoria da nulidade

A teoria da nulidade traz o preceito de que a lei inconstitucional é nula de pleno direito, devendo seus efeitos serem desconstituídos desde a sua entrada em vigor. Isto é, a decisão tem natureza declaratória, pois a inconstitucionalidade ocorre *ipso iure* por uma situação pré-existente, e eficácia retroativa para o retorno ao *status quo* (MENDES; BRANCO, 2012).

Essa concepção é baseada na doutrina americana, especialmente na obra “O Federalista”, de autoria de Hamilton, Jay e Madison, e na aplicação no *leading case* *Marbury v. Madison*, julgado pela Suprema Corte americana no ano de 1803. Nessa toada, Luís Roberto Barroso ensina:

Se a Constituição é a lei suprema, admitir a aplicação de uma lei com ela incompatível é violar sua supremacia. Se uma lei inconstitucional puder reger dada situação e produzir efeitos regulares e válidos, isso representaria a negativa de vigência da Constituição naquele mesmo período, em relação àquela matéria. A teoria constitucional não poderia conviver com essa contradição sem sacrificar o postulado sobre o qual se assenta. Daí por que a inconstitucionalidade deve ser tida como uma forma de nulidade, conceito que denuncia o vício de origem e a impossibilidade de convalidação do ato. (BARROSO, 2012, p. 15).

Atento à tendência de que as forças políticas atuam conforme suas próprias leis, alheias às juridicamente estabelecidas (HESSE, 1991), o juiz Marshall, ao fundamentar sua decisão no *case* acima mencionado, sustentou que “ou a Constituição é uma lei superior, soberana, irreformável por meios comuns; ou se nivela com os atos de legislação usual, e, como estes, é reformável ao sabor da legislatura” (SANTIAGO, 2015, p. 277-297). A sentença proferida no caso *Marbury v. Madison* inaugurou uma nova época para o controle de constitucionalidade. Com a concepção do modelo de *judicial review*¹⁴, o Judiciário não pode rever apenas os atos de natureza política e aqueles que a lei atribuiu discricionariedade ao Executivo. Ou seja, consagrou-se a supremacia do Poder Judiciário, oposto ao sistema inglês e

¹⁴O *judicial review* pode ser entendido como um processo no qual as ações executivas ou legislativas estão sujeitas a revisão pelo Judiciário, pois, se competente, pode invalidar leis e ações governamentais que são incompatíveis com uma autoridade superior, isto é, se violar os termos da Constituição (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015).

francês, em que a supremacia do Parlamento se mostra mais acentuado (CAPPELLETTI, 1984).

Naquela decisão, foram delineados os fundamentos da teoria da nulidade das leis inconstitucionais. A Constituição, por essa corrente, é encarada como lei fundamental do país, cujo poder normativo sujeita a legislação infraconstitucional aos seus preceitos. A existência de duas disposições legislativas em contraste, cujas forças normativas são diversas, o julgador deve aplicar a norma prevalente, mormente a máxima *lex superior derogat legi inferiori*. No contraste com a Constituição, sendo ela rígida, o texto fundamental prevalece sempre sobre a norma ordinária contrastante (KLATAU FILHO, 2003).

Daí o raciocínio de que qualquer ato legislativo contrário à Constituição é nulo, exigindo-se a reparação dos danos causados à ordem jurídica, pois a limitação foi imposta ao legislador pela Constituição. Isto é, os poderes estabelecidos pela vontade do povo ao escrever a lei fundamental limita a força política dominante no Parlamento, a qual não pode extrapolar suas competências (CAPPELLETTI, 1984).

No direito brasileiro, a teoria da nulidade foi defendida por Ruy Barbosa, o qual, à semelhança dos americanos, sustentava que a lei inconstitucional é nula, pois a autoridade que a editou agiu extrapolando as suas competências, violando a Constituição. Para ele, a Constituição devia prevalecer sempre quando em contraste com legislação de hierarquia inferior, sendo dever dos juízes reconhecer a situação fática e corrigir mediante decisão fundamentada (BARBOSA, 1893):

A Constituição é a vontade directa do povo. A lei, a vontade dos seus representantes. E, si a unica auctoridade legitima destes resulta da daquelles, na divergencia entre as duas a segunda não pode aspirar ao ascendente. " Exercendo esta alta auctoridade" (são expressões de um aresto americano), "os juizes não tendem á supremacia judicial: são apenas administradores da vontade commum. Declarando invalido um acto da legislatura, não assumem superintendencia alguma sobre o poder legislativo: apenas reconhecem que o acto é prohibido pela Constituição, e que a intenção popular, nella exarada, prefere á de seus representantes, exprimida nas leis." Entre duas delegações legislativas de eminencia desigual, a constituinte e a ordinaria, o tribunal, inclinando-se á segunda, implicitamente inverteria a ordem racional, traduzida no principio elementar de que, entre as prescrições antinomicas de duas auctoridades de categoria diversa, a menos alta cede á mais elevada. (BARBOSA, 1893, p. 68-69).

Como a Constituição estabelece a separação de poderes e delimita a autoridade dos poderes do Estado, a extrapolação da competência conferida constitucionalmente é inválida e, portanto, nula. O raciocínio que leva à nulidade da

lei inconstitucional e a necessidade de restauração do *status quo* se alicerça na manutenção da supremacia da Constituição, acarretando a natureza declaratória e os efeitos retroativos da decisão, já que entender como válidos os efeitos gerados pela lei inconstitucional é, em última análise, negar vigência ao texto da Constituição no período em que a lei violadora produziu efeitos (BARROSO, 2012).

Esse caráter sancionatório à lei inconstitucional é ressaltado por Gilmar Mendes, o qual afirma que “a ausência de sanção retira o conteúdo obrigatório da Constituição, convertendo o conceito de inconstitucionalidade em simples manifestação de censura ou crítica” (MENDES; BRANCO, 2012, p. 1423). Uma Constituição que não dispõe de garantia para anulação dos atos inconstitucionais possui, em verdade, natureza não obrigatória.

Francisco Campos sustenta uma posição ainda mais dura, alegando que a lei inconstitucional sequer existe. Para ele, “um ato ou uma lei inconstitucional é um ato ou uma lei inexistente; uma lei inconstitucional é aparente, pois que, de fato ou na realidade, não o é. O ato ou lei inconstitucional nenhum efeito produz, pois que inexistente de direito ou é para o Direito como se nunca houvesse existido” (CAMPOS, apud SILVA, 2005, p. 53). Contudo, não parece ser o mais adequado, conforme anteriormente analisado no plano de validade das normas.

Ao cabo, percebe-se que, pela teoria da nulidade, a lei inconstitucional é atingida desde o início que produziu efeitos, já que a decisão de inconstitucionalidade tem natureza declaratória. Por isso, a doutrina da nulidade defende que a inconstitucionalidade deve acarretar nulidade absoluta, sendo impossível a convalidação. Logo, a desconstituição retroativa dos efeitos produzidos pela norma contrastante com a Constituição é necessária para a manutenção da superioridade normativa da lei fundamental (BARROSO, 2012).

1.2.4. Teoria da anulabilidade

Em contraponto à teoria da nulidade está a teoria da anulabilidade, a qual tem como principal expoente Hans Kelsen. Para o jurista, um ato nulo não existe legalmente. Por isso, como é necessária sua existência para que seja objeto de um julgamento, sustentar a nulidade de uma norma inconstitucional é equivocado tecnicamente, pois, se assim fosse, a norma nem existiria, sendo impossível a apreciação (KELSEN, 2003):

O problema da nulidade absoluta, difícilíssimo tanto teórica quanto tecnicamente, só diz respeito à questão das garantias da Constituição na medida em que é necessário afirmar que também deve ser contemplada a nulidade - que nunca pode ser totalmente excluída pelo direito positivo — dos atos imediatamente subordinados à Constituição, e que, por conseguinte, a nulidade desses atos também é, em certo sentido, uma garantia da Constituição. Nem os cidadãos nem as autoridades públicas devem considerar como lei qualquer ato que assim se intitule. Sem dúvida nenhuma, pode haver atos que de lei só têm a aparência. Mas não se pode definir por meio de uma fórmula teórica geral o limite que separa o ato nulo *a priori*, que é uma pseudolei, de um ato legislativo viciado mas válido, de uma lei inconstitucional. (KELSEN, 2003, p. 142).

As leis inconstitucionais são anuláveis somente por determinadas autoridades, notadamente uma corte constitucional. Ainda, esse poder de definir um ato como nulo tem o caráter constitutivo, pois antes de tal invalidação o ato não é nulo, pois assim entendê-lo implicaria tratá-lo como legalmente inexistente. Logo, tendo em vista que para ser apreciado deve existir, concede-se a ele tal natureza jurídica (KELSEN, 2003). Tudo isso revela uma vigília pela supremacia do Poder Legislativo, contrastando, nesse ponto, com a tese americana:

Em particular, é impossível considerar absolutamente inválida ou "nula *ab initio*" uma lei promulgada pelo legislador competente. Somente as cortes têm o poder de decidir a questão da inconstitucionalidade de uma lei. Se alguém se recusa a obedecer uma lei por entendê-la inconstitucional, está atuando sob o risco de que a corte competente considere ilegal sua conduta, ao ter a lei por constitucional. Do ponto de vista legal apenas a opinião da corte é decisiva, portanto a lei deve ser considerada válida enquanto não for declarada inconstitucional pela corte competente. Esse pronunciamento, assim, tem sempre um caráter constitutivo, não declaratório. Porém o ato pelo qual uma corte declara uma lei inconstitucional pode, de acordo com a Constituição, aboli-la com força retroativa. Nesse caso a decisão da corte tem, como apontamos anteriormente, o caráter de um ato legislativo. (KELSEN, 2003, p. 309).

A preocupação de Kelsen é louvável, já que a decisão de inconstitucionalidade tem por objeto um ato do legislador, o qual, por sua vez, também está autorizado a interpretar a Constituição, sem prejuízo do controle judicial. Há a liberdade do legislador que é atinente ao conteúdo das leis, sendo que cabe à jurisdição constitucional o papel de legislador negativo, ou seja, a aplicação do direito e inovação apenas naquilo estritamente necessário (KELSEN, 2003).

O caráter instável do processo de inconstitucionalidade desencadeia na sociedade demasiada agitação social, por isso, a anulação de uma norma deve ter efeitos *ex nunc* (KELSEN, 2003). Isso evita o descumprimento da lei por particulares

e até mesmo pelo governo, já que afasta-se uma eventual decisão de inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc*:

[...] caso a Corte Constitucional reconheça como inconstitucional a lei examinada, deve anulá-la. A anulação pode se referir a toda a lei ou apenas a algumas de suas disposições. [...] a Constituição concede efeito anulatório diretamente à sua *decisão*. [...]. Tal efeito, naturalmente, só se realiza com a publicação da decisão anulatória, assim como a eficácia jurídica de uma lei só se inicia com sua publicação. [...]. Em sua decisão a Corte Constitucional pode estabelecer um prazo para a invalidação da lei, o qual não pode ultrapassar seis meses. A decisão opera fundamentalmente apenas *pro futuro*, e a lei inconstitucional, até então válida, é anulada. (KELSEN, 2003, p. 25).

Logo, os efeitos da decisão anulatória somente ocorrem a partir da data de sua publicação, salvo eventual concessão de efeitos prospectivos de sua eficácia, os quais Kelsen entende necessários para evitar consequências jurídicas desagradáveis¹⁵. Nesse sentido, mesmo em situações em que a legislação está dissonância com a lei fundamental, para a teoria da anulabilidade clássica, seus efeitos serão válidos até que sobrevenha decisão anulatória, a qual produzirá efeitos a partir de sua publicação ou outra data *pro futuro* fixada pelo Tribunal, ante sua natureza constitutiva.

1.2.5 Teorias da nulidade e anulabilidade sob a óptica do direito brasileiro: Notas introdutórias ao instituto da modulação dos efeitos temporais

O direito brasileiro adotou com primazia a doutrina americana, consagrando a decisão de inconstitucionalidade como declaratória e detentora de eficácia *ex tunc*. Ou seja, tendo em vista que a Constituição é o fundamento das demais normas jurídicas, deve ela prevalecer quando existir contradição ou desconformidade com o seu texto.

A eficácia retroativa, por sua vez, invalida e faz cessar a vigência da norma inconstitucional desde a sua entrada em vigor, ensejando a nulidade das situações pretéritas concebidas sob a égide da lei inconstitucional (BARROSO, 2012). Todavia, a tese da nulidade absoluta da lei inconstitucional não se mostrou tão sustentável quanto nos Estados Unidos, já que para o caso brasileiro faltava a eficácia *erga omnes*

¹⁵Kelsen define tais consequências como “um vazio jurídico. A matéria que era até então regulada deixa de sê-lo; obrigações jurídicas desaparecem; segue-se a liberdade jurídica”. (KELSEN, 2003, p. 171).

e efeito vinculante à decisão, o que no país do hemisfério norte era suprido pelo *stare decisis*¹⁶ (FERREIRA FILHO, 2012).

Especialmente nos primórdios da República, o direito brasileiro previa que a decisão de inconstitucionalidade somente tinha eficácia entre as partes, nada evitando a aplicação da norma viciada em outros casos, já que o modelo dominante era o difuso, concreto ou incidental. Problema esse que era evitado no controle concentrado, já que a natureza desse sistema garante a eficácia *erga omnes* das decisões, estabelecida atualmente pelo artigo 102, § 2º, da Constituição Federal e da Lei Federal n. 9.868/99 (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015).

A medida encontrada pelo Brasil para evitar essa incongruência no sistema difuso veio com a Constituição de 1934, a qual conferiu ao Senado Federal a competência para suspender a execução da lei declarada inconstitucional pelo STF (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015). Apesar dessa disposição também se fazer presente na CRFB/88 (art. 52, inciso X), a situação não foi solucionada de forma plena, pois a natureza política do órgão senatorial fez com que, algumas vezes, a retirada da lei inconstitucional do ordenamento fosse conflitante com os desejos políticos predominantes, acarretando a não utilização do mecanismo (MENDES; BRANCO, 2012). Nesse sentido, a fim de evitar essa disputa, a interpretação recente dada pelo STF a tal dispositivo é a de que o ato do Senado Federal tem apenas o condão de dar publicidade à decisão proferida, já que ela detém efeitos vinculantes ou *erga omnes*. Essa inovação será abordada de forma mais específica no segundo capítulo.

A despeito disso tudo, a teoria da nulidade do ato inconstitucional ainda permanece hígida no direito brasileiro, prevalecendo em sede doutrinária e jurisprudencial a percepção de que a lei inconstitucional é nula e a decisão de inconstitucionalidade possui natureza declaratória e eficácia *ex tunc*, sendo inválido qualquer ato praticado sob a égide da lei viciada (BARROSO, 2012). Entretanto, é forçoso reconhecer que a aplicação pura da teoria da nulidade, às vezes, torna-se incompatível com valores juridicamente protegidos pela Constituição Federal.

Luís Roberto Barroso lembra que a vida é mais rica e complexa que a melhor das teorias, pois é “inevitável [...] que em algumas hipóteses excepcionais se admitisse o temperamento da regra geral, suprimindo ou atenuando o caráter

¹⁶Sarlet, Marinoni e Mitidiero definem o *stare decisis* como característica do common law, sendo uma referência às decisões de um órgão judicial que criam precedentes e vinculam futuras decisões. (SARLET, MARINONI; MITIDIERO, 2015).

retroativo do pronunciamento de inconstitucionalidade, em nome de valores como boa-fé, justiça e segurança jurídica” (BARROSO, 2012, p. 16).

Nesse sentido, em alguns casos, para resguardar tais princípios constitucionais, exige-se que os efeitos produzidos pela lei inconstitucional sejam considerados válidos, haja vista que a restauração da situação anterior causaria inconstitucionalidade ainda maior que a já cometida (BONAVIDES, 2004). É bem por isso que há a aproximação do direito brasileiro à teoria da anulabilidade, sendo a teoria da nulidade, algumas vezes, relativizada.

Esse temperamento de efeitos - *ex tunc* ou *ex nunc* -, decorrente da superioridade normativa da Constituição, está disciplinado pela Lei n.º 9.868/99, a qual estabelece requisitos para a utilização da modulação dos efeitos temporais da decisão, sempre como exceção à regra da teoria da nulidade. Isto é, as particularidades de cada caso fazem com que, por vezes, seja necessário relativizar a regra geral de nulidade e acautelar as situações passadas.

2 MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS: ASPECTOS LEGISLATIVOS, DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS

Analisados os pressupostos do controle de constitucionalidade: superioridade normativa e rigidez da Constituição, bem como a competência para apreciação e os diferentes efeitos conferidos pelas diferentes correntes doutrinárias, nota-se que a aplicação irrestrita da teoria da nulidade da lei inconstitucional e seu efeito retroativo pode dar azo a situações adversas e colocar em risco interesses protegidos constitucionalmente (MEDEIROS, 1999).

Bem por isso, no presente capítulo analisar-se-á o valor jurídico do ato inconstitucional conferido pelo ordenamento jurídico brasileiro e as limitações que eventualmente a decisão de inconstitucionalidade pode sofrer. Ainda, verificar-se-á quando a utilização do instituto da modulação dos efeitos temporais é necessária para manter a superioridade normativa da Constituição e garantir a segurança jurídica das relações consolidadas pelo decurso do tempo. Por fim, far-se-á uma análise de alguns julgados do Supremo Tribunal Federal nos sistemas difuso e concentrado.

2.1. VALOR JURÍDICO DO ATO INCONSTITUCIONAL E AS DECISÕES RESTRITIVAS DOS EFEITOS TEMPORAIS: MANUTENÇÃO DA SUPERIORIDADE NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E GARANTIA DA SEGURANÇA JURÍDICA.

Inicialmente, é de se verificar o valor jurídico do ato inconstitucional conferido pelo direito brasileiro, o qual adota a teoria da nulidade *ab initio* como efeito regra. Contudo, de forma a garantir a superioridade normativa da Constituição e garantir a segurança jurídica, podem advir restrições que limitam tais efeitos, denominadas decisões restritivas, as quais serão abordadas no subcapítulo 2.1.2.

2.1.1. A adoção da teoria da nulidade no direito brasileiro

O dogma da nulidade da lei inconstitucional, consagrado no direito brasileiro, traz a ideia de que a decisão de inconstitucionalidade tem caráter declaratório e eficácia retroativa, tornando qualquer ato praticado com fundamento nela nulo. Ocorre que:

[...] embora de modo geral o ato inconstitucional seja nulo, e, por isso os seus efeitos devam ser desconstituídos desde a data de sua edição (*ex tunc*), em certos casos pode o Supremo Tribunal Federal estipular que esse reconhecimento de nulidade não produzirá efeitos senão a partir de determinada data, ou para o futuro. Há nisso uma atenuação da doutrina clássica [...] (FERREIRA FILHO, 2012, p. 36).

Nesse sentido, o instituto da modulação dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade é definido por Gasparetto Lunardi como:

[...] uma válvula de segurança da efetividade do controle, de constitucionalidade, pois visa evitar que o Tribunal Constitucional deixe de declarar a inconstitucionalidade de uma lei diante das indesejadas conseqüências sociais que poderiam advir dessa decisão. Para que isso não ocorra, é possibilidade a adequação do *decisum* a situações reais. Dito de maneira mais política, o modelo da modulação permite que os Tribunais Constitucionais decidam sobre a inconstitucionalidade sem se sentir “pressionados” pelos inconvenientes do efeito retroativo quando se trata de situações consolidadas. Em nossa opinião trata-se de uma norma de calibração, que abre mão do rigor teórico (nulidade ou anulabilidade) para não comprometer a unidade e estabilidade do sistema jurídico e social. Isso torna central a figura do julgador, chamado a “ponderar” interesses e prioridades para decidir sobre os efeitos de cada decisão. (GASPARETTO LUNARDI, 2010, p. 161 apud WIGGERS, 2014).

Quando da elaboração da Constituição Federal de 1988, apresentou-se uma proposta que possibilitaria ao Supremo Tribunal Federal estabelecer se a declaração de inconstitucionalidade em controle concentrado retroagiria ou não, porém a ideia foi rejeitada à época (BARROSO, 2012). Mais tarde, no processo de revisão constitucional, tentou-se, mais uma vez, autorizar o STF a limitar os efeitos retroativos de suas decisões declaratórias de inconstitucionalidade, porém sem sucesso¹⁷.

Somente quando da aprovação da Lei n.º 9.868, em 10 de novembro de 1999, que dispôs sobre o processo e julgamento de ação direta de inconstitucionalidade e ação direta de constitucionalidade perante o STF, permitiu-se de forma positivada a mitigação da teoria da nulidade do ato inconstitucional, a teor do art. 27¹⁸ da referida lei (BRASIL, 1999). Tal exceção à teoria da nulidade foi reproduzida também no art.

¹⁷Tal proposta foi de autoria do então deputado Nelson Jobim, o qual propôs acrescer um parágrafo ao art. 103 com a seguinte redação “§ 5º Quando o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade, em tese, de lei ou ato normativo, poderá determinar, por maioria de dois terços de seus membros, a perda de sua eficácia a partir do trânsito em julgado da decisão” (BARROSO, 2012, p. 30).

¹⁸Art. 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 (BRASIL, 1999).

11 da Lei nº 9.882/99¹⁹ (BRASIL, 1999) e no art. 927, § 3º, do Código de Processo Civil²⁰ (BRASIL, 2015).

Tal dispositivo, entretanto, é alvo de críticas por parte da doutrina, sendo objeto, inclusive, de duas ações diretas de inconstitucionalidade, as quais tramitam em conjunto e pendem de julgamento²¹ (BRASIL, 2018). Sustentam os defensores da inconstitucionalidade do art. 27 da Lei n.º 9.868/99 que a inovação somente poderia ser feita mediante emenda constitucional, não podendo ser prevista à revelia da Constituição.

Inclusive, em voto já proferido nas ações em comento, o Ministro Sepúlveda Pertence filiou-se ao acima exposto, votando no sentido de declarar a inconstitucionalidade do dispositivo (BARROSO, 2012). De entendimento semelhante é o Ministro Marco Aurélio, sendo que, para ilustrar seu posicionamento, transcreve-se excerto de um voto proferido no AgRg no RE n.º 593.734/MG:

Pretendem os agravantes, em última análise, a declaração de enquadramento do recurso extraordinário na alínea “a” do inciso III do artigo 102 da Lei Básica Federal, desprezando o sistema constitucional. Inexiste, na Carta da República, qualquer dispositivo que, interpretado e aplicado, conduza à fixação do termo inicial da glosa de inconstitucionalidade em data posterior à do surgimento, na ordem jurídica, do diploma tido como desarmônico com a Carta da República, no que envolve estímulo à edição de normas conflitantes com o texto constitucional e, na espécie – o que é pior –, enriquecimento sem causa por parte da Fazenda Pública em detrimento dos contribuintes, que já arcam com grande carga de tributos. Vale frisar, mais uma vez, que se está diante de processo subjetivo a envolver o controle difuso de inconstitucionalidade. (BRASIL, 2012, p. 05).

Em contraponto, Gilmar Mendes sustenta que a autorização de restringir os efeitos da decisão não decorre do art. 27 da Lei n. 9.868/99, mas sim da própria aplicação sistemática da Constituição. Ele afirma que o texto constitucional restou omissos sobre a matéria, sendo cabível a regulamentação por lei das questões

¹⁹Art. 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.

²⁰Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

[...]

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

²¹Distribuída a primeira (ADI 2.154/DF) em 22 de fevereiro de 2000, a segunda (ADI 2258/DF) foi apensada para tramitação conjunta em decisão de 24 de setembro de 2001 do Ministro Sepúlveda Pertence, então relator do caso. Atualmente o relator é o Ministro Dias Toffoli. Disponível em < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1807999> >. Acesso em 22 jul. 2018.

relativas à superação do estado de inconstitucionalidade. Logo, para ele, a modulação dos efeitos advém da interpretação sistemática da Constituição, uma vez que visa resguardar os princípios assegurados por ela (MENDES; BRANCO, 2012). Sobre o tema, leciona:

Não se está a negar caráter de princípio constitucional ao princípio da nulidade da lei inconstitucional. Entende-se, porém, que tal princípio não poderá ser aplicado nos casos em que se revelar absolutamente inidôneo para a finalidade perseguida (casos de omissão; exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade), bem como nas hipóteses em que a sua aplicação pudesse trazer danos para o próprio sistema jurídico-constitucional (grave ameaça à segurança jurídica). (MENDES, 2005, p. 333).

De mesmo entendimento é Luis Roberto Barroso, o qual sustenta que “[...] nos últimos anos, multiplicaram-se estes casos de modulação dos efeitos temporais, por vezes com a invocação analógica do art. 27 daquele texto normativo e outras vezes sem referência a ele. Aliás, a rigor técnico, a possibilidade de ponderar valores e bens jurídicos constitucionais não depende de previsão legal” (BARROSO, 2012, p. 42).

Em que pese a discussão acerca da (in)constitucionalidade do dispositivo supra, a mitigação à teoria da nulidade já era aventada por juristas brasileiros muito antes de sua inserção no ordenamento jurídico pátrio. Isso é refletido nos ensinamentos de Lúcio Bittencourt, o qual afirmava que “[...] essa doutrina da ineficácia *ab initio* da lei inconstitucional não pode ser entendida em termos absolutos, pois que os efeitos de fato que a norma produziu não podem ser suprimidos, sumariamente, por simples obra de um decreto judiciário.” (BITTENCOURT, apud ÁVILA, 2009, p. 40).

Gilmar Mendes e José Joaquim Gomes Canotilho também criticavam a adoção irrestrita da teoria da nulidade, destacando que a solução estanque entre constitucionalidade e inconstitucionalidade absoluta não era adequada para resolver as exigências da vida, sendo muitas vezes necessária a conciliação entre a constitucionalidade e a segurança jurídica e outros princípios resguardados pelo texto constitucional (ROCHA; MORAES, apud VENÂNCIO MARCÍLIO, 2008).

Ocorre que, antes de adotar uma concepção mais flexível, o entendimento do STF era uníssono de que somente a teoria da nulidade era aplicável no direito brasileiro. Esse posicionamento ficou refletido na jurisprudência, sendo que, para ilustrar, traz-se à baila a ementa da ADI n.º 1.434/SP:

EFICÁCIA DA MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. A medida cautelar, em ação direta de inconstitucionalidade, reveste-se, ordinariamente, de eficácia ex nunc, "operando, portanto, a partir do momento em que o Supremo Tribunal Federal a defere" (RTJ 124/80). Excepcionalmente, no entanto, a medida cautelar poderá projetar-se com eficácia ex tunc, com repercussão sobre situações pretéritas (RTJ 138/86). A excepcionalidade da eficácia ex tunc impõe que o Supremo Tribunal Federal expressamente a determine no acórdão concessivo da medida cautelar. A ausência de determinação expressa importa em outorga de eficácia ex nunc à suspensão cautelar de aplicabilidade da norma estatal impugnada em ação direta. Concedida a medida cautelar (que se reveste de caráter temporário), a eficácia ex nunc (regra geral) "tem seu início marcado pela publicação da ata da sessão de julgamento no Diário da Justiça da União, exceto em casos excepcionais a serem examinado pelo Presidente do Tribunal, de maneira a garantir a eficácia da decisão" (ADIn 711-AM (Questão de Ordem), Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA). A declaração de inconstitucionalidade, no entanto, que se reveste de caráter definitivo, sempre retroage ao momento em que surgiu, no sistema de direito positivo, o ato estatal atingido pelo pronunciamento judicial (nulidade ab initio). É que atos inconstitucionais são nulos e desprovidos de qualquer carga de eficácia jurídica (RTJ 146/461). (BRASIL, 1996).

A despeito do entendimento consolidado à época, as situações fáticas exigiram do Supremo Tribunal Federal uma flexibilização da outrora firme posição, pois, mesmo diante de uma norma inconstitucional, a aplicação da teoria da nulidade, em certos casos, prejudicaria mais a sociedade do que a norma corrompida (BARROSO, 2012). Sobre o tema, Pandolfo ensina:

No diálogo Fedro, Platão compara a linguagem a *pharmakon*, expressão grega utilizada para designar tanto o remédio como o veneno. A figura utilizada pelo filósofo é dotada de uma riqueza retórica interminável. No caso do controle de constitucionalidade, a expulsão da norma questionada, do sistema prescritivo válido, corresponde ao efeito depurador do sistema (remédio). Ocorre que a aplicação do remédio não pode causar maiores prejuízos ao sistema do que a própria doença por ele extirpada, sob pena de transformá-lo em veneno. Nasce daí a necessidade de um instrumento calibrador (modulação), responsável pela mitigação dos efeitos colaterais nocivos causados ao ordenamento jurídico, que podem decorrer da declaração de inconstitucionalidade. Assim, a modulação é o instrumento que impede que, em determinados contextos, o remédio (declaração de inconstitucionalidade) se transforme em veneno. A modulação exige a inexorável intersecção entre semântica e pragmática. Isso porque, verificada a incompatibilidade da norma com a Carta Constitucional (inconstitucionalidade), o aplicador deverá percorrer do campo pragmático os elementos que serão utilizados como fundamentos para a modulação de efeitos. (PANDOLFO, apud WIGGERS, 2014, p. 55-56).

Em 1981, o Supremo Tribunal Federal sinalizou uma postura um pouco mais flexível à teoria da nulidade absoluta no caso oriundo do RE 78.533/SP, cujo Relator foi o Ministro Firmino Paz. Naquela oportunidade, em que se discutia a manutenção da penhora realizada por oficial de justiça nomeado com fundamento em lei posteriormente declarada inconstitucional, o relator restou vencido (BRASIL, 1981).

Na divergência lançada pelo Ministro Décio Miranda, o recurso interposto não foi conhecido pelo Supremo Tribunal Federal, prevalecendo o entendimento de que o funcionário tinha a presunção de legitimidade, sendo descabida a decretação de nulidade do ato pela mera formalidade, porquanto os efeitos foram preservados e ato poderia ser repetido exatamente nas mesmas condições (BRASIL, 1981). Já no RE 122.202/MG, cuja discussão era o aumento inconstitucional da remuneração de magistrados, decidiu-se que os proventos percebidos antes da decisão de inconstitucionalidade não deviam ser devolvidos. Nesse julgamento, o fundamento do *decisum* foi a preservação da garantia constitucional de irredutibilidade de vencimentos, sendo relativizados os efeitos da decisão de inconstitucionalidade, pois não houve a aplicação retroativa (BRASIL, 1993).

Nesses julgamentos, o Supremo Tribunal Federal demonstrou a possibilidade de mitigar a concepção clássica de nulidade absoluta e conciliar os efeitos da decisão à realidade, em um claro indício de modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade. Esse entendimento observa a funcionalidade do ordenamento jurídico, o qual comporta, eventualmente, a existência de antinomias, uma vez que as normas jurídicas produzidas pelo legislador gozam de presunção *iuris tantum* de constitucionalidade (NEVES, 1988).

Nesse sentido, certas situações jurídicas não podem ser reestabelecidas ou, se reestabelecidas, ensejariam sacrifício que não é razoável exigir, observados sempre os ditames constitucionais. Por isso, a modulação dos efeitos permite relativizar o princípio da nulidade da lei inconstitucional e cominar nulidade ou anulabilidade a determinados atos, a depender do interesse protegido, sempre com vistas a garantir a superioridade normativa da Constituição.

Essa visão de aplicação conforme o caso, a depender da natureza jurídica e de suas consequências para a sociedade, advém da unidade do ordenamento jurídico e sua aplicação coerente com a realidade social, sempre no intuito de solucionar os conflitos (HESSE, 1991). É importante destacar que, quando excepcionada a teoria da nulidade pela modulação dos efeitos temporais, tem o objetivo de garantir a supremacia da Constituição e a uniformidade do ordenamento. Hesse ensina que o ordenamento jurídico deve ser analisado sempre sob a óptica da realidade na qual está inserido, sob pena de ser interpretado parcialmente e atingir os problemas sociais em sua totalidade (HESSE, 1991). Em suas palavras:

O significado da ordenação jurídica na realidade e em face dela somente pode ser apreciado se ambas — ordenação e realidade — forem consideradas em sua relação, em seu inseparável contexto, e no seu condicionamento recíproco. Uma análise isolada, unilateral, que leve em conta apenas um ou outro aspecto, não se afigura em condições de fornecer resposta adequada à questão. Para aquele que contempla apenas a ordenação jurídica, a norma “está em vigor” ou “está derrogada”; Não há outra possibilidade. Por outro lado, quem considera, exclusivamente, a realidade política e social ou não consegue perceber o problema na sua totalidade, ou será levado a ignorar, simplesmente, o significado da ordenação jurídica. (HESSE, 1991, p. 5).

Partindo da premissa de que há a possibilidade de existência de normas jurídicas colidentes e a sua presunção de legitimidade relativa, bem como a supremacia da Constituição e os valores por ela garantidos (BARROSO, 2012), é de se verificar que a nulidade não é o único valor jurídico negativo atribuído à lei inconstitucional, pois é possível a manutenção dos efeitos pretéritos e até a concessão de efeitos futuros à lei inconstitucional.

2.1.2. Decisões limitativas ou restritivas dos efeitos temporais

O valor conferido ao ato inconstitucional varia conforme o ordenamento jurídico de cada país, podendo ser inexistente, nulo e anulável. Igualmente, o tratamento no que concerne à regra dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade também varia (MEDEIROS, 1999). Enquanto naqueles que adotam as teorias da inexistência e nulidade do ato o efeito da decisão de inconstitucionalidade é a retroatividade ao início da vigência da norma (*ex tunc*), nos países que adotam a teoria da anulabilidade a decisão de inconstitucionalidade só produzirá efeito a partir de sua publicação (*ex nunc*), preservando-se os efeitos pretéritos (CAPPELLETTI, 1984).

As decisões limitativas ou restritivas buscam exatamente mitigar o efeito regra para adequá-lo às situações existentes, sendo, no caso brasileiro, preservar a segurança jurídica e demais princípios constitucionais que eventualmente podem ser afetados pela retroação dos efeitos da decisão. Nesse sentido, Maynard Salgado explica que

As decisões limitativas ou restritivas são justamente as que manipulam os efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade, diante da insuficiência do efeito regra, seja ele qual for, adequando-as às situações da vida, em nome de outros princípios e interesses constitucionalmente protegidos. Decorrem de “exigências de ordem prática emanadas de situações incomuns” derivadas do efeito regra, independentemente do sistema adotado (MAYNARD SALGADO, 2016, p. 48).

A primeira espécie é a decisão com efeito *ex nunc*, a qual limita a retroatividade da decisão de inconstitucionalidade, pois, além de preservar todos os atos pretéritos praticados com base na norma inconstitucional, só produzirá efeito a partir da decisão ou de sua publicação (BARROSO, 2012). Já a segunda espécie de decisão possui efeito *pro futuro*, ou seja, consiste na possibilidade de continuar aplicando a norma mesmo após ser declarada inconstitucional, ainda que durante certo prazo fixado pelo Tribunal (MENDES; BRANCO, 2012). O STF valeu-se desse efeito pela primeira vez em sede de controle difuso no RE 197.917/SP, o que será analisado posteriormente.

Há também uma terceira espécie de decisão limitativa, a qual é conhecida como declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade ou sem produção de efeitos. Concebida pela jurisprudência da Corte Constitucional alemã, no Brasil têm sido utilizada pelo STF quando há o reconhecimento da inconstitucionalidade por violação ao princípio da igualdade, mas sem declarar a nulidade da norma (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015). Nesse sentido foi a edição da Súmula 339, a qual prevê que o Poder Judiciário não pode aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia.

Quando há a aplicação desse efeito, a norma não é retirada do ordenamento jurídico, pois a sua ausência acarretaria maiores danos do que sua permanência, apesar de seu vício. Contudo, sua aplicabilidade fica suspensa até que o legislador solucione a inconstitucionalidade declarada pelo Tribunal (MAYNARD SALGADO, 2016).

Por fim, a última espécie ocorre quando a decisão reconhece a norma como “ainda constitucional”, ou seja, quando a norma ainda está dentro da constitucionalidade, mas pendente para a inconstitucionalidade, até que se implemente determinada situação/condição. Nesse sentido, o STF reconheceu, no Habeas Corpus 70.514/RS, a constitucionalidade provisória da norma que concede prazo processual em dobro para a Defensoria Pública até que sua organização alcance o nível de organização do respectivo Ministério Público, parte adversa na ação penal pública (BRASIL, 1994).

2.1.3. Manutenção da supremacia da Constituição: Razões de segurança jurídica e excepcional interesse social

A previsão normativa do artigo 27 da Lei 9.868/99 previu a possibilidade de limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, estabelecendo, contudo, critérios para sua aplicação. Portanto, a atribuição de efeitos *ex nunc* à norma inconstitucional possui caráter excepcional e deve atender a duas condições estabelecidas pela lei (BRASIL, 1999).

A primeira é formal, consubstanciada no fato de que a restrição dos efeitos deverá ser aprovada por maioria de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal. A segunda condição é material, pois restringe os casos de limitação dos efeitos a razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social (FERREIRA FILHO, 2012). Gilmar Ferreira Mendes complementa:

O princípio da nulidade somente há de ser afastado se se puder demonstrar, com base numa ponderação concreta, que a declaração de inconstitucionalidade ortodoxa envolveria o sacrifício da segurança jurídica ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social. Entre nós, cuidou o legislador de conceber um modelo restritivo também no aspecto procedimental, consagrando a necessidade de um quorum especial (dois terços dos votos) para a declaração de inconstitucionalidade com efeitos limitados. (MENDES; BRANCO, 2012, p. 1842).

Tal limitação ao princípio da nulidade da lei inconstitucional decorre do fato de que inexistem princípios absolutos no ordenamento jurídico brasileiro, podendo ocorrer colisão ou entrar em concorrência com outros princípios constitucionais, cuja solução dar-se-á por meio de uma ponderação e harmonização dos princípios em conflito no caso concreto (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015). Sobre a harmonização dos princípios e seu sopesamento no caso concreto, Canotilho traz seu magistério:

[...] O consenso fundamental quanto a princípios e normas positivo constitucionalmente plasmados não pode apagar, como é óbvio, o pluralismo e antagonismo de ideias subjacentes ao pacto fundador. A pretensão de validade absoluta de certos princípios com sacrifício de outros originaria a criação de princípios reciprocamente incompatíveis, com a conseqüente destruição da tendencial unidade axiológica normativa da lei fundamental. Daí o reconhecimento de momentos de tensão ou antagonismo entre os vários princípios e a necessidade, atrás exposta, de aceitar que os princípios não obedecem, em caso de conflito, a uma «lógica do tudo ou nada», antes podem ser objecto de ponderação e concordância prática, consoante o seu «peso» e as circunstâncias do caso. (CANOTILHO, 1993, p. 190).

Nesse sentido, a Lei nº 9.868/99 mantém a regra da nulidade do ato, porém com a possibilidade de mitigação, fundamentada nos dois requisitos acima mencionados, especialmente o material, o qual possui um conceito aberto (ÁVILA, 2009). Esse requisito, a segurança jurídica ou excepcional interesse público, é, em verdade, um conceito indeterminado que permite ampla discricionariedade ao julgador, sendo que deve ser observado com cautela (BARROSO, 2012).

Regina Maria Macedo Nery Ferrari, ao analisar os requisitos do art. 27 da Lei nº 9.868/99, entende que a segurança jurídica é intrínseca ao Estado de Direito, sendo um princípio que norteia toda a ordem jurídica e baliza a noção de que a lei submete a todos, inclusive o Poder Público. Para ela, há um mínimo de segurança jurídica quando as normas jurídicas existem, regulam fatos posteriores à sua criação, sejam públicas e tenham forma regular (FERRARI, 2004).

Por sua vez, ao atentar-se ao excepcional interesse social exigido para a aplicação da modulação dos efeitos temporais, Gilmar Ferreira Mendes afirma que se trata de um conceito indeterminado mais fluido, pois abarca outros interesses constitucionalmente relevantes, além das razões de segurança jurídica, situando-se fora dos interesses privados (MENDES; BRANCO, 2012).

O uso de conceitos indeterminados como requisitos para a excepcional mitigação dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade proporciona, de certo modo, um risco para a manutenção da supremacia da Constituição (ÁVILA, 2009). Isto é, pode fomentar a falha proposital no controle preventivo de constitucionalidade pelos agentes estatais e a aplicação indevida da norma, com uma expectativa de chancela pelo Poder Judiciário daqueles atos violadores da Constituição (KELSEN, 2003).

Contudo, isso pode ser evitado através da fundamentação das decisões judiciais, as quais deverão especificar exatamente os motivos do afastamento do princípio da nulidade do ato normativo. Por isso, Maynard Salgado diz que:

A constitucionalidade dependerá não só da identificação desses conceitos indeterminados, como também das justificativas apresentadas pelo julgador no ato de sua aplicação ao caso concreto, uma vez que o dever da fundamentação das decisões judiciais consiste em um direito fundamental por si só, reconhecido expressamente nos arts. 5º, LXI, e 93, IX, da Constituição Federal de 1988. (MAYNARD SALGADO, 2016, p. 41).

O dever de fundamentação das decisões judiciais é um fator determinante para o controle das decisões judiciais, sendo que serve para escapar da arbitrariedade e

do uso abusivo do poder (STRECK, 2013). A obrigatoriedade da fundamentação ocorre em toda decisão judicial, ainda mais quando a medida aplicada for excepcional, no caso, de mitigação da regra da retroatividade da decisão de inconstitucionalidade (BARROSO, 2012).

Outrossim, a fundamentação da decisão que modula os efeitos temporais de uma declaração de inconstitucionalidade é deveras relevante, uma vez que se trata de jurisdição constitucional, sem possibilidade, via de regra, de reexame, porquanto a matéria é esgotada pela mais alta Corte. Nesse sentido, no julgamento dos Embargos de Declaração no AgRg na ADI 4.788/PA, o Ministro Edson Fachin afirmou que “como corolário do princípio da nulidade da lei inconstitucional, as decisões do Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade têm efeitos retroativos à edição do ato normativo impugnado. Entretanto, tal regra tem sua exceção prevista no art. 27 da Lei nº 9.868/99” (BRASIL, 2018, p. 9). Em seu voto, disse:

[...] Bem se sabe que o art. 27 da Lei nº 9.868 inovou significativamente no que concerne aos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, afastando-se de um modelo rígido e absoluto do princípio da nulidade da lei inconstitucional; inovação, a meu ver, imprescindível para que esta Corte possa cumprir, efetivamente, sua missão de guardar a Constituição. Isso porque a correta aplicação desse dispositivo legal fundamenta-se no próprio princípio da unidade da Constituição. Assim, ao invés de romper com a supremacia da Carta Republicana, a promove como uma unidade de sentido normativo e político-axiológico, na exata definição de José Gomes Canotilho (Fundamentos da Constituição. Coimbra, 1991, p. 44) [...] (BRASIL, 2018, p. 9-10).

Nesse sentido, a aplicação do art. 27 da Lei nº 9.868/99 advém de um conflito entre normas de igual hierarquia em que “prevalecem certos bens jurídicos ou interesses também de hierarquia constitucional, quais sejam, a segurança jurídica que decorre do art. 5º, caput, da Constituição e fundamenta a noção material do princípio do Estado de Direito (art. 1º, da CRFB/88) e o excepcional interesse social, que consubstancia qualquer outro princípio constitucional” (BRASIL, 2018, p. 10).

A identificação do conflito desses princípios pode ocorrer mediante a análise de cada caso, sendo necessário, em razão da supremacia e da unidade da Constituição, atentar-se não somente ao objeto de interpretação das normas em face ao dispositivo parâmetro, mas, além disso, também à análise do ato legal frente aos efeitos produzidos pela norma questionada frente outras igualmente constitucionais (BRASIL, 2018).

Isso significa que todos esses preceitos devem ser examinados no momento da decisão de inconstitucionalidade e nortear o juiz na tomada de sua decisão, pois a modulação do efeito regra da retroatividade só pode ser utilizado para garantir a superioridade normativa da Constituição, notadamente pelo acautelamento de outros princípios constitucionais que poderiam ser colocados em cheque pela restauração dos atos praticados na égide da lei inconstitucional (BRASIL, 2018).

No Recurso Extraordinário n.º 522.897/RN, em que foram modulados os efeitos temporais, o Ministro Relator Gilmar Mendes registrou que a aplicação de efeitos *ex nunc* possui caráter especial de manutenção da ordem jurídica, sendo que o juiz deve atentar-se à sua responsabilidade política. Naquela oportunidade, valeu-se das lições de Larenz para fundamentar seu voto, *verbis*:

Ao Tribunal Constitucional incumbe uma responsabilidade política na manutenção da ordem jurídico-estadual e da sua capacidade de funcionamento. Não pode proceder segundo a máxima: *fiat justitia, pereat res publica*. Nenhum juiz constitucional procederá assim na prática. Aqui a ponderação das consequências é, portanto, de todo irrenunciável, e neste ponto tem KRIELE razão. Certamente que as conseqüências (mais remotas) tão pouco são susceptíveis de ser entrevistas com segurança por um Tribunal Constitucional, se bem que este disponha de possibilidades muito mais amplas do que um simples juiz civil de conseguir uma imagem daquelas. Mas isto tem que ser aceite. No que se refere à avaliação das conseqüências previsíveis, esta avaliação só pode estar orientada à idéia de 'bem comum', especialmente à manutenção ou aperfeiçoamento da capacidade funcional do Estado de Direito. (LARENZ, 1997, p. 495, apud BRASIL, 2017).

Nesse sentido, Ricardo Lobo Torres afirma que a preocupação com os efeitos da decisão judicial na sociedade, sejam políticos, econômicos ou sociais, é “o argumento de consequência [...] utilizado no discurso de aplicação do direito e consiste na consideração das influências e das projeções da decisão judicial – boas ou más – no mundo fático” (TORRES, 2010, p. 200 apud WIGGERS, 2014, p. 58). Portanto, a modulação dos efeitos da decisão visa garantir julgamentos balizados pela razoabilidade e com maior congruência com a realidade social, sempre no intuito de pacificação social na resolução dos conflitos.

Por sua vez, Streck rechaça o consequencialismo acima exposto, sustentando que esse não pode servir de justificativa à aplicação da modulação dos efeitos, pois o julgamento seria fundamentado em política, e não em princípios constitucionais, o que para ele é inconcebível. Discorda, portanto, daqueles que defendem a aplicação do princípio da proporcionalidade, de forma a ponderar supremacia constitucional e razões de segurança jurídica ou excepcional interesse público, pois entende que a

proporcionalidade tornou-se álibi teórico para escolher entre uma das possibilidades e sustentar ações pragmaticistas (STRECK, 2013).

Evidentemente que a supremacia da Constituição sempre deve ser preservada, seja pela aplicação do efeito regra de eficácia retroativa, seja pela mitigação por meio da modulação dos efeitos. A decisão de inconstitucionalidade tem o fito de preservar os ditames do texto constitucional, sendo às vezes necessário conceder efeitos *ex nunc* para garantir a preservação da segurança jurídica e das relações consolidadas no tempo, cuja reversão é nociva à Constituição (BARROSO, 2012). Teori Zavascki concorda:

Diante de fatos consumados, irreversíveis ou de reversão possível, mas comprometedora de outros valores constitucionais, só resta ao julgador – e esse é o seu papel – ponderar os bens jurídicos em conflito e optar pela providência menos gravosa ao sistema de direito, ainda quando ela possa ter como resultado o da manutenção de uma situação originariamente ilegítima. Em casos tais, a eficácia retroativa da sentença de nulidade importaria a reversão de um estado de fato consolidado, muitas vezes, sem culpa do interessado, que sofreria prejuízo desmesurado e desproporcional. (ZAVASCKI, 2000, p. 50).

Por isso, em síntese, as decisões no controle de constitucionalidade podem ter eficácia *ex tunc*, em regra; e eficácia *ex nunc*, em caráter excepcional, com termo inicial a ser definido pelo STF, conforme a situação fática exigir (MENDES; BRANCO, 2012). Ainda, pode ter eficácia *erga omnes* ou *inter partes*, dependendo se a modalidade do controle for concentrada ou difusa, respectivamente.

2.2A MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE MISTO BRASILEIRO: SISTEMAS DIFUSO E CONCENTRADO

Nesse subcapítulo serão analisadas, cotejando com o exposto no primeiro capítulo, algumas decisões do Supremo Tribunal Federal em que foram modulados os efeitos da decisão de inconstitucionalidade, bem como será abordada a constante aproximação entre a via difusa e a concentrada, ante o surgimento no direito brasileiro da chamada teoria da abstrativização. O fito é analisar os fundamentos utilizados pelos julgadores para a aplicação do instituto e os casos em que houve a necessidade de sua utilização para manutenção da superioridade normativa da Constituição.

2.2.1. Sistema difuso

O controle judicial difuso de constitucionalidade integra a tradição brasileira desde o início da República, tendo figurado expressamente na Constituição de 1891 e sendo a única via acessível ao cidadão comum para a tutela de seus direitos subjetivos constitucionais. Apesar de classicamente concebido para produzir efeitos *inter partes*, há uma tendência atual nas decisões do STF de estender os efeitos para todos.

Inicialmente, cumpre lembrar que ele é exercido pelos juízes singulares, tribunais estaduais e tribunais superiores. Todavia, por força do princípio da reserva do plenário, a inconstitucionalidade de uma lei somente pode ser declarada por um tribunal quando aprovada pela maioria absoluta de seus membros ou de seu órgão especial, onde existir. Tal requisito espelha o princípio da presunção de constitucionalidade das leis, que para ser contrariado exige um *quórum* qualificado do tribunal, conforme dicção da Súmula Vinculante n.º 10²² (BARROSO, 2012).

No Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal o controle difuso é exercido, via de regra, por meio do Recurso Especial²³ e Recurso Extraordinário²⁴, respectivamente. Arguido de forma incidental em um conflito de interesses no caso concreto, a concepção clássica sempre entendeu os efeitos da decisão como *inter partes* (FERREIRA FILHO, 2012).

Inclusive, a Constituição Federal em seu art. 52, inciso X, previu a possibilidade de transformar os efeitos produzidos no controle difuso (*inter partes*) em *erga omnes*, mediante atribuição ao Senado Federal de suspender a execução, no todo ou em parte, da lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo STF, por decisão definitiva (MENDES; BRANCO, 2012).

A despeito disso, no sistema difuso atual brasileiro, especialmente no STF, há uma tendência de análise “abstrata” dos casos submetidos a sua apreciação. Isto é, a inclusão de elementos típicos do controle concentrado no bojo de mecanismos do controle difuso. Exemplo disso é a possibilidade de utilização da modulação dos efeitos temporais nessa modalidade, assim como a admissão de *amicus curie* e a

²²Súmula Vinculante n.º 10: Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte (BRASIL, 2008).

²³Cf. art. 105, CRFB/88.

²⁴Cf. art. 102, CRFB/88.

exigência de repercussão geral, que, após reconhecida, será julgado o recurso, na forma do parágrafo único do art. 998 do CPC (BRASIL, 2015).

Nesse sentido, em 29 de novembro de 2017, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar as ADI's 3.406/RJ e 3.470/RJ, de relatoria da Ministra Rosa Weber, declarou, por maioria e incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei Federal nº 9.055/1995, com efeito vinculante e *erga omnes* (BRASIL, 2017). Nesse julgamento, entendeu o STF, por maioria, que o art. 52, inciso X, da CRFB/88, sofreu uma mutação constitucional e, portanto, devia ser reinterpretado. Por inteligência dessa decisão, o Senado Federal apenas confere publicidade à decisão do STF e, mesmo em controle difuso, há eficácia *erga omnes*²⁵ (BRASIL, 2017).

Em que pese a flexibilização da eficácia (*inter partes* para *erga omnes*) no controle difuso, a teoria da nulidade faz com que a regra da retroação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade seja reconhecida também nessa modalidade de controle. Ou seja, a aplicação da teoria da nulidade pode ocorrer tanto no controle difuso quanto no controle concentrado, em que pese a modulação dos efeitos esteja prevista expressamente só para segundo, conforme Lei nº 9.868/99 e Lei nº 9.882/99 (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015).

Afinal, a decisão poderá ter efeitos indesejáveis em ambas modalidades (MENDES; BRANCO, 2012). Nessa linha, Luis Roberto Barroso sustenta que é possível, no caso concreto, que a decisão de inconstitucionalidade incidental possua efeitos *ex nunc*, devendo ser observada, todavia, a excepcionalidade de tal aplicação, sempre atento às razões de ordem pública ou social que justifiquem a restrição dos efeitos (BARROSO, 2012).

Não obstante, o direito americano (berçário do sistema difuso) também admite a limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, especialmente nos casos de alteração jurisprudencial. Conforme ensinamento de Rui Medeiros, em certas situações, a nova regra só terá eficácia futura (*prospective overruling*). Já em outros casos a nova regra aplica-se ainda aos processos pendentes (*limited prospectivity*) e, por fim, há casos onde a eficácia retroativa é excluída de maneira absoluta (*pure prospectivity*) (MEDEIROS, 1999).

²⁵Em 19 de dezembro de 2017, a Min. Rosa Weber deferiu pedido de tutela de urgência para suspender os efeitos da decisão no ponto em que se atribuiu a eficácia *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade, até a publicação do acórdão e a fluência do prazo para oposição de embargos de declaração, os quais já foram aventados para modular os efeitos temporais (BRASIL, 2017).

Dito isso, infere-se que a limitação dos efeitos da inconstitucionalidade não é incompatível com o controle difuso, sendo aplicada inclusive em sua matiz. Tal técnica de decisão, além de ser inerente ao próprio controle de constitucionalidade, está fundamentada na própria ordem constitucional (CAPPELLETTI, 1984), e impede o sacrifício excessivo da segurança jurídica ou de outro princípio constitucional, já que permite a atenuação da nulidade absoluta e a sua natural desconstituição retroativa dos efeitos da lei inconstitucional (FERREIRA FILHO, 2012).

As razões que justificam a limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade no controle difuso e a possibilidade da lei inconstitucional produzir efeitos *pro futuro* foram muito bem traduzidas na *ratio decidendi* do RE 197.917/SP, de relatoria do Ministro Mauricio Correa. Naquele julgamento, o eminente Ministro Relator assentou que é o próprio princípio da constitucionalidade, em sentido amplo, que postula a limitação dos efeitos, devendo ser levado em conta não apenas a maximização parcial da norma constitucional violada, mas o restante das disposições constitucionais (BRASIL, 2004). Em suas palavras:

É importante ressaltar que essa preocupação, realçada pela doutrina, tem em perspectiva um dado de insuperável relevo político-jurídico, consistente na necessidade de preservar-se, em sua integralidade, a força normativa da Constituição, que resulta da indiscutível supremacia, formal e material, de que se revestem as normas constitucionais, cuja integridade, eficácia e aplicabilidade, por isso mesmo, hão de ser valorizadas, em face de sua precedência, autoridade e grau hierárquico, como enfatizam autores eminentes [...] (BRASIL, 2004, p. 8).

O *leading case* supramencionado teve origem em uma ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, cujo objetivo era a redução de onze para nove o número de vereadores do Município de Mira Estrela. O *parquet* baseou seu pedido na alegação de que a Lei Orgânica do referido ente federativo violou o art. 29, inciso IV, alínea “a”, da CRFB/88, o qual impõe número de vereadores proporcional à população do município. O Ministro Gilmar Mendes observou os efeitos nocivos da não aplicação de efeitos *ex nunc* à decisão, asseverando em seu voto que:

[...] eventual declaração de inconstitucionalidade com efeito *ex tunc* ocasionaria repercussões em todo o sistema vigente, atingindo decisões que foram tomadas em momento anterior ao pleito que resultou na atual composição da Câmara Municipal: fixação do número de vereadores, fixação do número de candidatos, definição do quociente eleitoral. Igualmente as decisões tomadas posteriormente ao pleito também seriam atingidas, tal como a validade da deliberação da Câmara Municipal nos diversos projetos e leis aprovados. (BRASIL, 2004, p. 8).

Dessa maneira, naquele julgamento, o STF declarou a inconstitucionalidade da lei municipal que fixou um número de vereadores maior que o admitido pela Constituição. Todavia, para preservação da segurança jurídica e do interesse público, concedeu efeitos futuros à lei inconstitucional, determinando o Pretório Excelso que a Câmara Municipal editasse novo regramento sobre a matéria até o próximo pleito eleitoral (BRASIL, 2004).

Outro exemplo em que a técnica da modulação dos efeitos da decisão no controle difuso foi aplicada, afastando-se a eficácia *ex tunc* e limitando os efeitos da decisão de inconstitucionalidade, foi no Recurso Extraordinário 442.683/RS, o qual tratou sobre o regime jurídico dos servidores do TRT da 4ª Região (permitia o provimento derivado de cargos públicos por meio de concurso interno) (BRASIL, 2005). A decisão em comento valeu-se dos princípios da boa-fé e da segurança jurídica para conferir efeitos *ex nunc* à decisão que decretou a inconstitucionalidade, sendo que o recurso foi conhecido, mas não provido. Referido aresto restou assim ementado:

CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO: PROVIMENTO DERIVADO: INCONSTITUCIONALIDADE: EFEITO EX NUNC. PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ E DA SEGURANÇA JURÍDICA. I - A Constituição de 1988 instituiu o concurso público como forma de acesso aos cargos públicos. CF, art. 37, II. Pedido de desconstituição de ato administrativo que deferiu, mediante concurso interno, a progressão de servidores públicos. Acontece que, à época dos fatos 1987 a 1992, o entendimento a respeito do tema não era pacífico, certo que, apenas em 17.02.1993, é que o Supremo Tribunal Federal suspendeu, com efeito *ex nunc*, a eficácia do art. 8º, III; art. 10, parágrafo único; art. 13, § 4º; art. 17 e art. 33, IV, da Lei 8.112, de 1990, dispositivos esses que foram declarados inconstitucionais em 27.8.1998: ADI 837/DF, Relator o Ministro Moreira Alves, "DJ" de 25.6.1999. II. - Os princípios da boa-fé e da segurança jurídica autorizam a adoção do efeito *ex nunc* para a decisão que decreta a inconstitucionalidade. Ademais, os prejuízos que adviriam para a Administração seriam maiores que eventuais vantagens do desfazimento dos atos administrativos. III. - Precedentes do Supremo Tribunal Federal. IV. - RE conhecido, mas não provido. (BRASIL, 2005).

Naquele julgamento, o Ministro Gilmar Mendes ressaltou em seu voto, uma vez mais, a importância da modulação dos efeitos e os casos em que ela pode ser aplicada. Afirmou que deve existir uma ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional e o da segurança jurídica, apontando que o art. 27 da Lei n.º 9.868/99 tão somente explicita o já garantido pela Constituição (BRASIL, 2005). Em seu voto:

[...] Tal como pontou o eminente Relator, no caso temos a necessidade de fazer a ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional – e o princípio da segurança jurídica, que, muitas vezes, justifica a subsistência de atos concretos a despeito da declaração de inconstitucionalidade e, até mesmo, a pronúncia de uma declaração de inconstitucionalidade com efeitos estritos ou mitigados. O art. 27 da Lei n.º 9.868, bem apontado pelo eminente Ministro-Relator, na verdade apenas explicita, estrutura e declara o que o Tribunal pode fazer a partir do próprio Texto constitucional. (BRASIL, 2005).

Por fim, cumpre mencionar que, no sistema difuso, assim como no sistema concentrado, para a declaração de inconstitucionalidade deve ser observada a cláusula de reserva de plenário, a qual prevê o *quórum* de maioria absoluta para a 1ª fase (análise da constitucionalidade) e, para a modulação dos efeitos, o *quórum* de dois terços dos membros do Tribunal.

2.2.2. Sistema concentrado

Já no sistema concentrado, a técnica de modulação também é utilizada para resguardar determinados preceitos constitucionais. Prevista no art. 27 da Lei n.º 9.868/99 e decorrente da própria Constituição, deve ser utilizada quando a declaração de inconstitucionalidade resulte em situação ainda mais incompatível com a vontade constitucional, fundada principalmente nos princípios constitucionais da segurança jurídica, da proteção e da boa-fé (FERREIRA FILHO, 2012).

Nessa linha de raciocínio, uma norma legal pode ser incompatível com a Constituição, porém sua supressão do universo jurídico de forma retroativa pode causar danos mais lesivos aos valores abrigados pelo texto constitucional do que sua manutenção, ao menos provisória (MENDES; BRANCO, 2012). Certas relações jurídicas concretizadas sob a égide da norma inconstitucional não permitem que a pronúncia de inconstitucionalidade tenha efeitos *ex tunc* sem violar demais direitos fundamentais decorrentes do texto fundamental (BARROSO, 2012). Muitas vezes necessária, a modulação temporal dos efeitos permite o temperamento da regra geral de retroatividade da decisão declaratória de inconstitucionalidade. Logo, o uso da técnica garante os preceitos da Constituição, especialmente a segurança jurídica e o excepcional interesse público.

No sistema concentrado, a teor do artigo 102, § 2º, da CRFB/88 e do parágrafo único do art. 28 da Lei 9.868/99, as decisões têm eficácia *erga omnes*²⁶ ou contra todos. A decisão definitiva tomada pelo STF no controle concentrado obriga os demais órgãos do Poder Judiciário a seguir esse entendimento. Todavia, é possível submeter novamente uma questão ao crivo do Supremo nos casos em que houver significativa mudança da situação fática, da realidade normativa ou da orientação jurídica dominante. Ou seja, somente quando existir razões de fato e de direito que podem justificar uma mudança do entendimento jurisprudencial (*overruling*) (FERREIRA FILHO, 2012).

Não obstante, importante ressaltar que o legislador (e nem o próprio STF) estão vinculados à eficácia *erga omnes*. Ou seja, o Legislativo pode editar uma nova norma de conteúdo igual ao anteriormente declarado inconstitucional, desencadeando, todavia, nova apreciação pela Corte Constitucional, caso devidamente provocada pelos legitimados a fazê-lo; e o Supremo Tribunal pode mudar de entendimento (BARROSO, 2012). O remédio para o caso de descumprimento da decisão proferida em sede de controle concentrado é a Reclamação ao STF, conforme dispõe o art. 102, inciso I, letra “I”, da CRFB/88 (BRASIL, 1988).

Um caso em que aplicou-se a modulação dos efeitos temporais da decisão em sede de controle concentrado foi o da ADI 3.721/CE, a qual declarou inconstitucionais a alínea “f” e o parágrafo único do art. 3º da Lei Complementar 22/00, do Estado do Ceará (BRASIL, 2016). Tais dispositivos autorizavam a contratação temporária de professores em situações corriqueiras de políticas públicas de educação, violando, portanto, o art. 37, IX, da CRFB/88. Por isso, houve a parcial procedência da ação para declarar inconstitucionais os dispositivos acima mencionados, porém com efeitos modulados para surtir um ano após a data da publicação da ata de julgamento (BRASIL, 2016). A situação fática exigiu o afastamento da regra geral de efeitos *extunc*, já que a restauração do *status quo* ensejaria sacrifício muito maior que a manutenção dos atos já praticados. Por isso, a modulação se operou com efeitos *pro futuro* à decisão e pelo período de um ano após a data da publicação da ata de julgamento.

²⁶A eficácia *erga omnes* é instituto de direito processual e possui como consequência a impossibilidade de submissão de uma mesma questão mais de uma vez ao Supremo Tribunal Federal (MENDES; BRANCO, 2012).

Dito isso, superada a análise em concreto da modulação dos efeitos nos sistemas difuso e concentrado, verificou-se no primeiro capítulo as origens do controle de constitucionalidade e seus pressupostos, bem como foram analisadas as teorias da nulidade e anulabilidade, verificando-se a influência delas no sistema brasileiro, atendendo ao primeiro objetivo específico que tinha por objeto estudar os fundamentos históricos, doutrinários e legais sobre o controle de constitucionalidade, bem como verificar o sistema difuso e concentrado de controle de constitucionalidade e as teorias de nulidade e anulabilidade do ato inconstitucional.

Já no segundo capítulo abordou-se especificamente a modulação dos efeitos temporais e seus consectários lógicos, especialmente a adoção da teoria da nulidade no direito brasileiro e a limitação dos efeitos da decisão como forma de manutenção da superioridade normativa da Constituição. Ainda, verificou-se os diferentes tipos de efeitos que podem ser atribuídos pelas decisões limitativas, sendo que, ao final, observou-se as razões de sua aplicação e o tratamento conferido pelo direito brasileiro em diferentes casos na jurisprudência, atendendo ao segundo objetivo específico da pesquisa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base na investigação levada a efeito, conclui-se que a modulação dos efeitos temporais é técnica que previne que a decisão de inconstitucionalidade com eficácia retroativa ocasione situações jurídicas ainda mais inconstitucionais. Dessa maneira, com fundamento na própria Constituição e nos princípios que ela consagra, surge a modulação dos efeitos temporais da decisão para resguardar a segurança jurídica e o interesse social.

A pesquisa foi dividida em dois capítulos: no primeiro houve uma retrospectiva acerca dos aspectos históricos e jurídicos do controle de constitucionalidade, especialmente seus pressupostos e suas origens doutrinárias. Ainda, foi feito um apanhado da jurisdição constitucional e do plano de validade das normas, bem como das teorias de nulidade e anulabilidade, sendo possível compreender as modificações pelas quais passaram no decorrer da evolução constitucional brasileira.

Viu-se que o Brasil passou por diversos momentos em sua história constitucional até chegar ao estado atual. Não obstante a forte influência inicial do sistema difuso, de origem americana, com o passar do tempo, o direito constitucional brasileiro passou a adotar em seu mecanismo de manutenção da superioridade normativa da Constituição aspectos do sistema austríaco, também chamado de concentrado. Com efeito, percebeu-se a necessidade de atenuação das concepções clássicas das teorias da nulidade e anulabilidade para melhor adequar-se às singularidades das relações jurídico-sociais existentes.

No segundo capítulo abordou-se especificamente a modulação dos efeitos da decisão e sua implicação no sistema de controle judicial de constitucionalidade brasileiro, especialmente a adoção da teoria da nulidade no direito brasileiro e a limitação dos efeitos da decisão como forma da manutenção da superioridade normativa da Constituição. Igualmente, verificou-se os diferentes tipos de efeitos que podem ser atribuídos pelas decisões limitativas, sendo que, ao final, observou-se as razões de sua aplicação e o tratamento conferido pelo direito brasileiro em diferentes casos na jurisprudência. Pôde ser constatada a constante aproximação entre o

modelo difuso e concentrado e que a teoria da nulidade permanece hígida no ordenamento jurídico brasileiro, sendo mitigada em situações específicas para garantir a supremacia da Constituição, quando presentes razões de segurança jurídica e interesse social.

A técnica da modulação dos efeitos temporais da decisão decorre da própria Constituição, que, apesar de consagrar a teoria da nulidade do ato normativo inconstitucional, também consagra outros princípios, como a segurança jurídica ou outro manifestado sob a forma de interesse social. Em outras palavras, o instituto assegura outros princípios constitucionais em face o da nulidade do ato inconstitucional, evitando que a eficácia retroativa da decisão declaratória de inconstitucionalidade acabe por ferir outro valor caro ao texto constitucional.

O art. 27 da Lei nº 9.868/99 previu expressamente a modulação dos efeitos temporais da decisão, sendo que impôs o *quórum* de dois terços dos membros e fundadas razões de segurança jurídica e interesse social. Isto é, para o afastamento do princípio da nulidade do ato inconstitucional e a utilização da técnica é imprescindível a presença de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, bem como a aprovação por dois terços dos membros do tribunal.

O problema da pesquisa consistia em analisar se o instituto da modulação dos efeitos temporais no controle judicial de constitucionalidade contribui ou não para a manutenção da ordem e da segurança jurídica no Brasil, bem como se o efeito regra da nulidade do ato inconstitucional pode ser afastado em razão da segurança jurídica.

Depois de todo o exposto, obtêm-se resposta positiva, já que as particularidades da situação fática poderão ensejar a modulação dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade, com a aplicação das diferentes espécies tratadas no segundo capítulo, sempre no intuito de preservar a superioridade normativa da Constituição. Isto é, eventual falha no controle preventivo de constitucionalidade das leis exercido pelo Poder Legislativo e Poder Executivo não será acobertada pelo Poder Judiciário, o qual apenas tem a função de declarar (ou não) a inconstitucionalidade do ato e de seus efeitos.

A utilização do mecanismo de modulação dos efeitos temporais da decisão só irá ocorrer de forma excepcional e para garantir a supremacia da Constituição, quando a aplicação do efeito regra da retroatividade provocar a violação de outros princípios tutelados constitucionalmente, especialmente o da segurança jurídica. A teoria da nulidade do ato inconstitucional permanece hígida, somente sendo afastada em

caráter excepcional, quando sua aplicação ocasionará inconstitucionalidade ainda maior.

Conclui-se, portanto, que a técnica da modulação dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade exerce o papel de garantir a supremacia da Constituição, decorrente da rigidez do texto fundamental e da preservação de seus preceitos, sendo medida de exceção à teoria da nulidade do ato inconstitucional. O tema é de grande relevância para o direito constitucional e demais ramos do Direito e, por meio do presente trabalho de conclusão de curso, espera-se contribuir para uma melhor compreensão da técnica existente no sistema jurídico de controle de constitucionalidade brasileiro.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Ana Paula. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a constituição do artigo 27 da lei nº 9.868/99**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2009.

BARBOSA, Ruy. **Os Actos Inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal**. Capital Federal: Companhia Impressora, 1893.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. **Constituição**. Rio de Janeiro: Congresso Nacional, 1891. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm >. Acesso em: 03 mar. 2018.

_____. **Constituição**. Brasília: Presidência da República, 1937. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm >. Acesso em 03 mar. 2018.

_____. **Constituição**. Brasília: Congresso Nacional, 1967. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm >. Acesso em 03 mar. 2018.

_____. **Constituição**. Brasília: Congresso Nacional, 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em 03 mar. 2018.

_____. **Emenda Constitucional nº 16, de 1965**. Altera dispositivos constitucionais referentes ao Poder Judiciário. Brasília: Congresso Nacional, 1965. Disponível em < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1960-1969/emendaconstitucional-16-26-novembro-1965-363609-publicacaooriginal-1-pl.html> >. Acesso em: 03 mar. 2018.

_____. **Lei n. 13.105**, de 16 de mar. de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm >. Acesso em: 03 mar. 2018.

_____. **Lei n. 9.868**, de 10 de nov. de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em <

<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1999/lei-9868-10-novembro-1999-369587-normaatualizada-pl.html>>. Acesso em: 03 mar. 2018.

_____. **Lei n. 9.882**, de 03 de dez. 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. Disponível em <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm>. Acesso em: 03 mar. 2018.

_____. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.434 SP**, Plenário, Supremo Tribunal Federal, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Julgado em 10/11/1999. Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385501>>. Acesso em: 26 ago. 2018.

_____. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.406 RJ**, Plenário, Supremo Tribunal Federal, Relator: Min. Rosa Weber, Julgado em 29/11/2017. Disponível em: <
<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313535829&ext=.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2018.

_____. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.470 RJ**. Plenário, Supremo Tribunal Federal, Relator: Min. Rosa Weber, Julgado em 29/11/2017. Disponível em: <
<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313535828&ext=.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2018.

_____. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.721 CE**. Plenário, Supremo Tribunal Federal, Relator: Min. Teori Zavascki, Julgado em 06/06/2016. Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11501945>>. Acesso em: 26 ago. 2018.

_____. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 593.734 MG**. Primeira Turma, Supremo Tribunal Federal, Relator: Min. Marco Aurélio, Julgado em 13/03/2012. Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1878634>>. Acesso em: 26 ago. 2018.

_____. **Embargos de Declaração no Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.788 PA**. Plenário, Supremo Tribunal Federal, Relator: Min. Edson Fachin, Julgado em 07/02/2018. Disponível em: <
<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314004209&ext=.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2018.

_____. **Habeas Corpus 70.514 RS**. Plenário, Supremo Tribunal Federal, Relator: Min. Sydney Sanches, Julgado em 23/03/1994. Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72491>>. Acesso em: 26 ago. 2018.

_____. **Recurso Extraordinário 122.202 MG**. Segunda Turma, Supremo Tribunal Federal, Relator: Min. Francisco Rezek, Julgado em 10/08/1993. Disponível em: <

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=207468>>. Acesso em: 26 ago. 2018.

_____. **Recurso Extraordinário 197.917 SP**. Plenário, Supremo Tribunal Federal, Relator: Min. Maurício Corrêa, Julgado em 24/03/2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=235847>>. Acesso em: 26 ago. 2018.

_____. **Recurso Extraordinário 442.683 RS**. Segunda Turma, Supremo Tribunal Federal, Relator: Min. Carlos Velloso, Julgado em 13/12/2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=368474>>. Acesso em: 26 ago. 2018.

_____. **Recurso Extraordinário 522.897 RN**. Plenário, Supremo Tribunal Federal, Relator: Min. Gilmar Mendes, Julgado em 16/03/2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312810089&ext=.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2018.

_____. **Recurso Extraordinário 78.533 SP**. Segunda Turma, Supremo Tribunal Federal, Relator: Min. Firmino Paz, Julgado em 13/11/1981. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=173939>>. Acesso em: 26 ago. 2018.

_____. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.154 DF**. Supremo Tribunal Federal, Relator: Min. Dias Toffoli, Julgamento pendente. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1807999>>. Acesso em 22 jul. 2018.

_____. **Regimento Interno**: [atualizado até outubro de 2018] – consolidado e atualizado até maio de 2002 por Eugênia Vitória Ribas. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2018. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>> Acesso em 12 nov. 2018.

_____. **Súmula Vinculante nº 10**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1216>>. Acesso em: 26 ago. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 38ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERREIRA MACIEL, Adhemar. **O acaso, John Mrschall e o controle de constitucionalidade**. Brasília, 2006. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/93276/Maciel%20Adhemar.pdf>> Acesso em 03 dez. 2018.

KLATAU FILHO, Paulo. **A primeira decisão sobre controle de constitucionalidade: Marbury vs. Madison (1803)**. Revista Brasileira de Direito Constitucional, n. 2, jul./dez., 2003.

HAMILTON, Alexander. JAY, John e MADISON, James. **O Federalista**. Rio de Janeiro: vol. 3, Typ. Imp. e Const. De J. Villeneuve e Comp., 1840.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4147565/mod_resource/content/0/A%20Forca%20Normativa%20da%20Constituicao%20-%20Hesse.pdf> Acesso em: 4 jan. 2018.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MAYNARD SALGADO, Ulysses. **Efeitos práticos da modulação *pro futuro* da decisão de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal**. Dissertação de Mestrado. Itabuna/Recife/Lisboa, 2016.

MARCÍLIO, Carlos Flávio Venâncio. **Limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade: repercussão para os contribuintes**. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP. Brasília, 2008.

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

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato no Brasil e na Alemanha**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 34. Ed. São Paulo: Atlas, 2018.

NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 46.

SANTIAGO, Marcus Firmino. **Marbury vs. Madison**: uma revisão da decisão chave para o controle jurisdicional de constitucionalidade. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica Rio de Janeiro: vol. 7, n.º 2, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. trad. Geraldo de Carvalho; coord. e sup. Luiz Moreira. Belo Horizonte: Det Rey, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

VENÂNCIO MARCÍLIO, Carlos Flávio. **Constitucionalidade do Artigo 27 da Lei 9.868/99**. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/viewFile/218/179>>. Acesso em: 03 jun. 2018.

WIGGERS, Vinícius. **A inconstitucionalidade do art. 27 da lei n.º 9.868/99 e a modulação temporal dos efeitos no controle de constitucionalidade**. Trabalho de Conclusão de Curso. Florianópolis, 2014.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. Dissertação de Mestrado. Porto Alegre, 2000.