

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

JESIEL EMILIANOVITCH

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DOS EFEITOS DAS LEIS:
LIMITES E POSSIBILIDADES NA JURISDIÇÃO BRASILEIRA
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

**SANTA ROSA
2019**

JESIEL EMILIANOVITCH

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DOS EFEITOS DAS LEIS:
LIMITES E POSSIBILIDADES NA JURISDIÇÃO BRASILEIRA
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

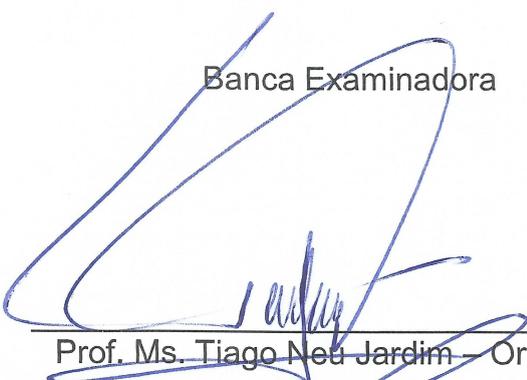
Santa Rosa
2019

JESIEL EMILIANOVITCH

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DOS EFEITOS DAS LEIS: LIMITES E
POSSIBILIDADES NA JURISDIÇÃO BRASILEIRA
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

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

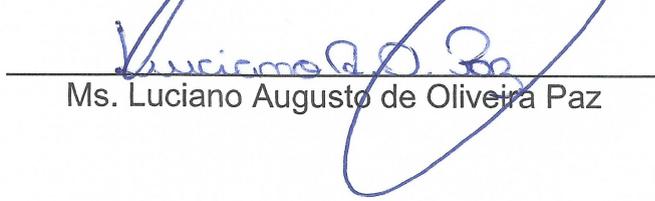
Banca Examinadora



Prof. Ms. Tiago Neu Jardim – Orientador



Prof. Ms. Rafael Lago Salapata



Ms. Luciano Augusto de Oliveira Paz

Santa Rosa, 09 de julho de 2019.

DEDICATÓRIA

Dedico esta monografia aos meus pais, Eliseu e Ivone, que independente das dificuldades, não mediram esforços para me ver feliz. Amo vocês.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, por ter me dado força e saúde. Se eu até aqui cheguei, certamente Ele tem uma parte nisso.

Aos meus pais, por todos os ensinamentos que me proporcionaram. Sempre prezando pelo caráter e a honestidade. Vocês me ensinaram o valor de uma família.

Ao Professor Ms. Tiago Neu Jardim, pelo apoio e ajuda com esta monografia. Por sempre acreditar na capacidade de seus alunos.

Também, a todos os amigos, colegas e professores que de alguma forma contribuíram com minha formação.

Nada é permanente, exceto a
mudança.

Heráclito.

RESUMO

Esta monografia tem como tema o controle de constitucionalidade, sendo que a delimitação temática tem enfoque nos limites e possibilidades do controle de constitucionalidade dos efeitos das leis e demais atos do Poder Executivo. Sob a ótica da supremacia da Constituição e das recorrentes criações legislativas com efeitos inconstitucionais, surgiu o problema que motivou este estudo, qual seja, se é juridicamente possível realizar o controle de constitucionalidade dos efeitos produzidos pelas Leis. Este trabalho tem como objetivo conhecer o Instituto do Controle de Constitucionalidade, a fim de compreender sua forma de aplicação no direito brasileiro, bem como verificar os seus limites no controle das leis. Em vista disso, este trabalho se justifica por demonstrar o atual cenário de controle de constitucionalidade no Brasil e a busca pela integridade da Constituição. A pesquisa em apreço é caracterizada como teórica, pois tem como fundamento a análise de documentação indireta, tendo por base a doutrina, legislação e jurisprudência. A finalidade do estudo é explicativa, sendo o método de abordagem o hipotético-dedutivo, por meio do qual se construirá um conjunto de conjecturas baseadas no atual cenário político, jurídico e social, no sentido de elucidar e informar, objetivos almejados por esse trabalho. O presente estudo divide-se em três capítulos. No primeiro capítulo faz-se uso de uma abordagem introdutória e histórica, a fim de compreender as formas de controle de constitucionalidade adotadas nas diversas constituições brasileiras. No segundo capítulo aborda-se o controle de constitucionalidade dos efeitos, observando-se os limites, possibilidades e impactos do Direito brasileiro. Por fim, no terceiro capítulo expõe-se o atual entendimento do STF sobre o tema, bem como, as teorias que servem de base ou contrariam referida posição. Por meio do presente estudo, conclui-se que é possível o controle de constitucionalidade dos efeitos, contudo a doutrina pouco tem explorado o assunto e o STF ainda se mostra temeroso em adotar tal posicionamento.

Palavras-chave: controle de constitucionalidade. Efeitos. Interpretação.

ABSTRACT

This undergraduate thesis has as its subject the control of constitutionality, and the thematic delimitation focuses on the limits and possibilities of constitutionality control of the effects of the laws and other acts of the Executive Branch. From the viewpoint of the supremacy of the Constitution and the recurrent legislative creations with unconstitutional effects, the issue that motivated this study arose, that is, whether it is legally possible to carry out the constitutionality control of the effects produced by laws. This research aims to get to know the Institute of Constitutionality Control, in order to understand its form of application in Brazilian law, as well as verify its limits in the control of laws. In view of this, this research is justified by demonstrating the current scenario of constitutionality control in Brazil and the search for the integrity of the Constitution. The present research is characterized as theoretical, as it is based on the analysis of indirect documentation, based on doctrine, legislation and jurisprudence. The purpose of the study is explanatory, and the method of approach is hypothetical-deductive, through which a set of conjectures based on the current political, juridical and social scenario will be built to elucidate and inform the objectives pursued by this research. The present study is divided into three chapters. In the first chapter, an introductory and historical approach is used, in order to understand the forms of constitutionality control adopted in the different Brazilian constitutions. The second chapter deals with the control of constitutionality of the effects, observing the limits, possibilities and impacts of Brazilian Law. Finally, the third chapter presents the current understanding of the STF on the subject, as well as theories that corroborate or oppose this position. Through the present study, it is concluded that it is possible to control the constitutionality of the effects, however the doctrine has barely explored the subject and the STF still shows itself afraid to adopt such positioning.

Keywords: constitutionality control. Effects. Interpretation.

LISTA DE ABREVIações, SIGLAS E SÍMBOLOS.

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 INTRODUTÓRIOS | 13 |
| 1.1 MOVIMENTO CONSTITUCIONALISTA E PRESSUPOSTOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NOS MODELOS DIFUSO E CONCENTRADO | 13 |
| 1.2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS | 20 |
| 1.3 TEORIA DA NORMA À LUZ DA METÓDICA ESTRUTURANTE DE FRIEDRICH MÜLLER | 24 |
| 2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DOS EFEITOS | 29 |
| 2.1 LIMITES E POSSIBILIDADES | 30 |
| 2.2 TEORIA DO IMPACTO DESPROPORCIONAL | 36 |
| 2.3 RACIONALIDADE DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DOS EFEITOS | 41 |
| 3 POSICIONAMENTO DO STF SOBRE O TEMA | 44 |
| 3.1 MODULAÇÃO DOS EFEITOS E A CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO | 45 |
| 3.2 (IN)ADMISSIBILIDADE DA INCONSTITUCIONALIDADE REFLEXA | 52 |
| 3.3 EVIDÊNCIAS DO CONTROLE NA PRÁTICA | 57 |
| CONCLUSÃO | 61 |
| REFERÊNCIAS..... | 63 |

INTRODUÇÃO

O Instituto do Controle de constitucionalidade, atualmente utilizado em vários países, consiste em um mecanismo de conformidade das leis e demais atos normativos com a Constituição. Isso ocorre em países que adotam uma Constituição rígida e suprema, que serve como fundamento de validade para todo sistema jurídico. Tal instituto visa, acima de tudo, garantir a segurança jurídica e estabilidade institucional.

Apesar de o Poder Executivo e Legislativo exercerem o controle preventivo, o controle repressivo é o mais conhecido pela sociedade em geral, realizado pelo Judiciário. Tal fato recebe maior notoriedade seja pela maior divulgação da mídia e, em grande parte das vezes, pela inefetividade do controle preventivo diante de interesses de determinados partidos, por se tratar de um controle político.

Mesmo bem intencionado, o legislador não tem na maioria das vezes a exata dimensão dos efeitos, diretos e indiretos, de sua obra legislativa. Para que o leitor entenda a problemática proposta, é preciso destacar a separação do direito em dois planos, quais sejam, o plano normativo e o plano da realidade fática ou social. Nesse segundo plano os efeitos das regras se evidenciam. Porém, o controle de constitucionalidade somente tem se realizado no primeiro. Diante do exposto, surgiu o problemática que motivou este estudo, qual seja, é juridicamente possível realizar o controle de constitucionalidade dos efeitos produzidos pelas Leis?

O STF, no papel de guardião da Constituição, deveria demonstrar sua atuação também aos efeitos das leis, que afetam na maioria das vezes a camada social mais vulnerável. Todavia, tem apresentado ainda certa resistência no controle de constitucionalidade quando houver afronta reflexa, indireta ou abstrata das leis em relação à Constituição, mesmo nos casos de impacto desproporcional.

É de certa forma questionável o motivo de somente textos de leis e atos administrativos poderem ser controlados e não os seus efeitos. Pois tal posição adotada pelo STF causa certa insegurança jurídica, haja vista a possibilidade de que o texto de uma Lei seja formal e materialmente constitucional, mas os seus efeitos não. Tudo irá depender da hermenêutica (interpretação) que se dê a esse texto.

Apesar de todas as bases acima expostas, que fundamentam a possibilidade do controle dos efeitos das leis, a doutrina pouco comenta sobre o tema e o STF parece demonstrar certa resistência.

Nesse sentido é o tema do presente trabalho, estudar os limites e possibilidades do Controle de constitucionalidade dos efeitos das Leis e demais atos do Poder Executivo. Delimita-se o estudo, em específico, no âmbito do controle de constitucionalidade efeitos no Brasil. Ademais, será analisado a possibilidade ou não do controle de constitucionalidade dos efeitos das leis e demais atos do Poder Executivo. Importante ressaltar que a Suprema Corte (STF) admite a modulação dos efeitos, mas não admite o seu controle, o que seria uma contradição.

Tem-se por objetivo geral conhecer o instituto do controle de constitucionalidade, a fim de compreender sua forma de aplicação no direito brasileiro, bem como verificar os seus limites no controle das leis. Especificamente, têm-se como objetivos estudar a Teoria do Controle de constitucionalidade, bem como investigar o que fundamenta sua aplicação no direito brasileiro; diferenciar as formas de controle de constitucionalidade, caracterizando-as de acordo com o modelo adotado no Brasil; e analisar os motivos que amparam a aplicação do Controle de constitucionalidade sobre os efeitos das Leis.

A pesquisa caracteriza-se como sendo teórica, pois representará os fatos empiricamente verificados sob o contexto de um universo científico já conhecido, servindo de base para estudar os fatos ainda não solucionados. O procedimento técnico adotado será o bibliográfico, com ênfase à doutrina jurídica e jurisprudência correlata. Quanto aos fins, será exploratória e explicativa. Exploratória, porque visa conhecer o tema, bem como levantar informações que servirão de suporte para a pesquisa. Explicativa, pois objetivará alcançar as respostas ao problema proposto na pesquisa, buscando entender os seus motivos através de um estudo detalhado sobre o tema, interpretando a realidade correlacionada ao objeto do trabalho em conjunto com o mesmo.

Em relação ao plano de coleta de dados, será utilizada a documentação indireta, especialmente às fontes secundárias. O trabalho irá abordar os dados obtidos de maneira qualitativa, os quais serão organizados e integrados no contexto metodológico que vai orientar a pesquisa, a fim de propiciar um melhor âmbito de compreensão sobre o assunto. A informação será processada, selecionada e

simplificada, abstraindo do conteúdo obtido aferições que venham ao encontro dos padrões estabelecidos pela proposta de aprendizagem.

O método de análise dos dados da investigação será o hipotético-dedutivo, por meio do qual se construirá um conjunto de conjecturas baseadas no atual cenário político, jurídico e social, no sentido de elucidar e informar, objetivos almejados por esse trabalho. Para auxiliar o método principal, utilizar-se-á, também, o método histórico, a fim de dar suporte na construção da fundamentação teórica do trabalho.

Para tanto, utilizou-se das seguintes hipóteses: Se o STF admite a modulação dos efeitos cujo procedimento encontra, inclusive, amparo legal (art. 27 da Lei nº 9.868/99), então, em tese, também seria possível o controle de constitucionalidade dos seus efeitos; É plenamente possível que o texto de uma determinada Lei seja constitucional, mas os efeitos por ela produzidos, não; O STF, no exercício da sua Jurisdição Constitucional, não deve admitir que efeitos inadequados de uma determinada Lei afrontem diretamente a Constituição ou os princípios nela consubstanciados.

A pesquisa obedecerá aos procedimentos funcionalista e estruturalista, partindo da ideia central da investigação, perpassando por um momento reflexivo acerca do conteúdo obtido que permita construir um modelo cognitivo que represente o objeto do presente estudo, buscando a interação dos dados com a experiência social, atentando-se a uma interpretação voltada para o contexto político, social e jurídico.

No primeiro capítulo será abordado os aspectos introdutórios do controle de constitucionalidade, utilizando-se para tanto do direito comparado e do aspectos históricos para melhor compreendê-lo, além da contextualização com a teoria normativa de Friedrich Müller. No segundo capítulo será abordado o controle de constitucionalidade dos efeitos, com a apresentação dos limites e possibilidades de sua aplicação no direito brasileiro, a teoria do impacto desproporcional e a racionalidade das decisões. Por fim, o terceiro capítulo abordará o posicionamento do STF sobre o tema.

1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

O controle de constitucionalidade é um importante instrumento de atuação do Estado para a garantia da ordem jurídica e social, o qual tem sua base na superioridade hierárquica da norma constitucional. Por meio desse instrumento todos os atos normativos que estiverem em desconformidade com a Constituição deverão ser expurgados do ordenamento jurídico.

Assim, para melhor compreensão acerca do tema, no primeiro capítulo abordar-se-ão os aspectos introdutórios do controle de constitucionalidade. Primeiramente é de suma importância compreender o movimento constitucionalista, o qual impulsionou a criação das constituições escritas, bem como os modelos de controle difuso e concentrado. Após isso, será exposta a evolução do controle de constitucionalidade nas Constituições brasileiras. Na finalização do primeiro capítulo será exposta a teoria da norma, a fim de contextualizar a discussão.

1.1 MOVIMENTO CONSTITUCIONALISTA E PRESSUPOSTOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NOS MODELOS DIFUSO E CONCENTRADO

Primordialmente, a base do presente estudo está na criação das Constituições escritas, pois elas permitiram a criação do mecanismo ora estudado, qual seja, o controle de constitucionalidade. Portanto, será descrito a seguir o breve contexto do movimento constitucionalista e seu contexto, para posteriormente ser analisada a definição de controle de constitucionalidade e seus pressupostos.

Desde os tempos remotos o ser humano procurou por distinções entre as leis, em especial, àquelas que estabelecem a organização do Estado. Todavia, o surgimento da Constituição somente se deu após o Estado Moderno, com a necessidade de limitação de poderes. Sobre o tema, o autor Lenio Luiz Streck esclarece que:

O Estado Moderno, fruto do rompimento com a fragmentação própria da forma estatal medieval, nasce sem Constituição (entendida *stricto sensu*). A primeira versão do Estado Moderno é, pois, absolutista. Mas é exatamente o absolutismo que, dialeticamente, vai engendrar as condições para o surgimento de formas de controle do poder, através da exigência de mecanismos para conter o poder do príncipe. Assim ocorre com a Inglaterra no decorrer do século XVII, com a França revolucionária em fins do século XVIII e com a Declaração de Independência das colônias americanas, que culmina com a Constituição de 1787 (STRECK, 2018, p. 1).

Assim sendo, grande parte das leis não eram escritas, e muitas vezes baseadas apenas em costumes. O que permitia uma série de abusos e opressões, fazendo surgir a necessidade da formalização das leis de maneira escrita. Sobre o tema, Sarlet elucida:

Embora a noção de Constituição, compreendida em sentido material, ou seja, como o modo de organização da sociedade política, seja bem mais antiga, o fato é que a ideia de uma Constituição formal, no sentido de uma Constituição jurídica ou normativa, portanto, como expressão de um poder constituinte formal, encontrou sua afirmação (teórica e prática) apenas a partir do final do século XVIII. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 48).

Dessa maneira, a estrutura de um Estado organizado por meio de uma Constituição escrita foi conquistado paulatinamente, diante de várias lutas e reivindicações. De acordo com Moraes “Nesse contexto histórico, o constitucionalismo escrito surge com o Estado, também com a função de racionalização e humanização, trazendo consigo a necessidade da proclamação de declarações de direitos” (MORAES, 2015, p. 3). Assim, mesmo com a garantia de proteção, o Estado se tornou muito controlador e opressor, motivando uma série de revoluções.

Outrossim, muito embora seja antiga a noção de Constituição no sentido material, a concepção das constituições formais são relativamente novas, motivadas por uma série de revoluções que questionavam as antigas formas de dominação e controle. Sobre o tema, Alexandre de Moraes destaca que:

A origem do constitucionalismo está ligada às Constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América, em 1787, após a Independência das 13 Colônias, e da França, em 1791, a partir da Revolução Francesa, apresentando dois traços marcantes: organização do Estado e limitação do poder estatal, por meio da previsão de direitos e garantias fundamentais. (MORAES, 2015, p. 1).

Todavia, em que pese a construção do constitucionalismo ter destaque no século XVIII, o processo teve início ainda antes. Entre séculos XV e XVIII ocorreram várias mudanças no modo de produção e organização, no qual a sociedade do período medieval, fragmentada e orientada pelos senhores feudais, passam, em um momento posterior, a alterar seu modo de organização política. O que outrora era fragmentado passa a se tornar uma unidade de poder estatal, centralizado,

indivisível e absoluto, guiado pelo monarca (SARLET, SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018).

Nessa toada, a notoriedade da distinção somente ganhou força no século XVIII, na Europa ocidental, com a Revolução Francesa de 1789. O condão desse movimento era de limitar o poder do Estado, a fim de evitar os abusos cometidos pelo excesso de poder e buscar o equilíbrio da soberania deste para com a sociedade. (FERREIRA FILHO, 2013). Reflexo disso foi a necessidade de criação de um sistema de leis formalizado, podendo ser conhecido pela sociedade em geral, bem como estabelecer limites na atuação do Estado. O autor Manoel Gonçalves Ferreira Filho destaca que, em relação a formalidade das leis:

A ideia de Constituição escrita, instrumento de institucionalização política, não foi inventada por algum doutrinador imaginoso; é uma criação coletiva apoiada em precedentes históricos e doutrinários. Elementos que se vão combinar na ideia de Constituição escrita podem ser identificados, de um lado, nos pactos e nos forais ou cartas de franquia e contratos de colonização; de outro, nas doutrinas contratualistas medievais e na das leis fundamentais do Reino, formuladas pelos legistas. Combinação esta realizada sob os auspícios da filosofia iluminista. (FERREIRA FILHO, 2013, p. 34).

Dessa forma, a concepção de uma Constituição escrita tem por base a proteção do povo das arbitrariedades do Estado, diante de uma luta constante por direitos. Em virtude disso, foram estabelecidos acordos que balizaram a atuação ilimitada do Estado (FERREIRA FILHO, 2013). Por conseguinte, o mundo presenciou duas guerras que abalaram drasticamente a forma e atuação do Estado. No pós-guerra, com a visão de garantias fundamentais e sociais, a Constituição de Weimar de 1919 serviu de modelo para várias outras. Ressaltou-se, assim, a necessidade da Constituição cumprir sua função social, não sendo uma mera letra morta (MORAES, 2015).

Ante todo esse apanhado histórico do movimento constitucionalista, resta definir o que é Constituição. Segundo o autor Luís Roberto Barroso, “o constitucionalismo moderno, fruto de revoluções liberais, deu à ideia de Constituição sentido, forma e conteúdo específicos.” (BARROSO, 2016, p. 98). Para melhor compreender o que é a Constituição, José Afonso da Silva a define da seguinte maneira: “[...] constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado.” (SILVA, 2010, p. 38).

Contudo, a definição do sentido de Constituição ainda gera muitas divergências. Em suma, existem três principais sentidos, o sociológico, o político e o jurídico. Para Ferdinand Lassalle, que adota o sentido sociológico, Constituição é a soma dos fatores reais de poder que regem o país. Já para Karl Schmitt, que adota o sentido político, Constituição é a concepção sobre o modo e forma de existência da unidade política. Por fim, para Hans Kelsen, que adota o sentido jurídico, Constituição é considerada como norma pura, sendo uma pura forma do dever-ser, sem interferência de outras ciências (SILVA, 2010).

Mesmo com todos os destaques que lhe são dados, a Constituição não está livre de sofrer afronta a seu texto normativo. Em vista disso, importante mecanismo é o controle de constitucionalidade, o qual segundo o autor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, pode ser definido da seguinte maneira:

Controle de constitucionalidade é, pois, a verificação da adequação de um ato jurídico (particularmente da lei) à Constituição. 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 consagradas na Constituição – de constitucionalidade do ato jurídico. (FERREIRA FILHO, 2013, p. 64).

Dessa forma, o controle de constitucionalidade é um instrumento de compatibilização e hierarquia verticalizada, que necessita de alguns requisitos para existir, no qual a Constituição deverá ser respeitada por ser superior aos demais atos. Conforme o autor Paulo Hamilton Siqueira Júnior, referido controle “surge a partir da existência de um sistema jurídico complexo e hierarquizado, que possua uma Constituição rígida e superior sobre todo o ordenamento jurídico.” (SIQUEIRA JUNIOR, 2009, p. 74).

Conforme exposto acima, as legislações infraconstitucionais deverão observar os requisitos formais e materiais. Quando houver a inobservância de tais requisitos, haverá o vício de inconstitucionalidade. Além disso, deverá ser observado alguns elementos essenciais. Esses requisitos também podem ser denominados de pressupostos para o controle de constitucionalidade.

Como primeiro elemento está a Constituição escrita, pois esta permite uma análise de compatibilidade a partir de um texto codificado (SIMÃO, 2015). Para Alexandre de Moraes, “Constituição escrita é o conjunto de regras codificado e

sistematizado em um único documento, para fixar-se a organização fundamental.” (MORAES, 2015, p. 8).

Como segundo elemento tem-se a rigidez constitucional, visto que na Constituição flexível as alterações não necessitam de grande formalidade. A rigidez está relacionada com a dificuldade de alteração, sendo possível somente por um procedimento mais complexo, fruto de trabalho do Poder Constituinte Derivado. (DELLORE, 2013). Sobre o tema, Moraes destaca que:

Rígidas são as constituições escritas que poderão ser alteradas por um processo legislativo mais solene e dificultoso do que o existente para a edição das demais espécies normativas (por exemplo: CF/88 – art.60); por sua vez, as constituições flexíveis, em regra não escritas, excepcionalmente escritas, poderão ser alteradas pelo processo legislativo ordinário (MORAES, 2015, p. 9).

Além desses, o autor Rodrigo Padilha considera a existência de um terceiro e último pressuposto, qual seja, a existência de um órgão de controle, um intérprete que garantirá respeito aos preceitos constitucionais. Esse órgão tem uma função de filtrar o conteúdo atinente ao controle de constitucionalidade, sendo no Brasil o STF responsável pela Constituição Federal, o TJ pelas Constituições estaduais, além do controle difuso, exercido por diversos órgãos. (PADILHA, 2018).

Segundo o autor Calil Simão, “A inconstitucionalidade é classificada de cinco maneiras distintas. A saber: a) em razão da natureza do vício (formal ou material); b) quanto à conduta (comissiva ou omissiva); c) quanto ao momento (originária ou superveniente); d) quanto à extensão (total ou parcial); e e) quanto à apuração (direta ou indireta).” (SIMÃO, 2015, p. 49). Todavia, em razão da extensão da matéria, será abordada de maneira mais específica a diferenciação da inconstitucionalidade direta e a indireta, visto que esta resulta na possibilidade ou não do controle dos efeitos.

Importante destacar que a inconstitucionalidade poderá ser total, quando afeta a totalidade de lei ou ato normativo; ou parcial, quando atinge apenas uma parte. Além disso, a inconstitucionalidade poderá ser direta e indireta. A inconstitucionalidade direta atinge dispositivo expresso da Constituição, sendo reconhecida em sua plenitude pelo STF. Já a inconstitucionalidade indireta, como o próprio nome declara, é aquela na qual a lei ou ato normativo se contrapõe de modo reflexo à Constituição, não sendo afetada diretamente (BULOS, 2018).

Para contextualizar, cumpre destacar que o Brasil adota um regime de legalidade, competência atribuída, em especial, ao Poder Legislativo, conforme artigo 59 da CF/88. Todavia, por mais que sejam legais, as leis precisam estar de acordo com a Constituição. Para tanto, devem atender aos requisitos formais e materiais. Caso contrário, padecem do vício da inconstitucionalidade.

Os requisitos formais de constitucionalidade estão relacionados ao procedimento de elaboração, dividindo-se em formais subjetivos e objetivos. Os requisitos formais subjetivos estão relacionados à iniciativa das leis, conforme artigo 61, §§ 1º e 2º da CF/88. Já os requisitos formais objetivos se referem ao trâmite do processo legislativo nas fases constitutivas e complementar, de acordo com os artigos 60, 62 a 69 da CF/88 (BULOS, 2018).

São três os principais sistemas de controle de constitucionalidade. Dentre eles o político, quando órgãos de natureza política realizam a verificação da inconstitucionalidade; o jurisdicional, pelo qual é incumbido ao Poder Judiciário a verificação, e por fim o misto, que consiste em uma junção dos dois sistemas acima citados, o qual ocorre quando a Constituição submete certas categorias de leis ao controle político e outras ao controle jurisdicional (SILVA, 2010).

Quanto ao momento de realização do controle de constitucionalidade, poderá ser preventivo ou repressivo. Desta forma, o controle será preventivo quando se trata de alguma norma que ainda não ingressou no ordenamento jurídico, com a atuação dos poderes Executivo e Legislativo. Todavia, quando a norma já ingressou no ordenamento jurídico, há de se falar em controle repressivo, realizado no Brasil, via de regra, pelo Poder Judiciário, o qual se incumbem de retirar do ordenamento jurídico as normas contrárias à Constituição (MORAES, 2015).

Não há dúvidas que seria muito melhor a realização do controle antes da norma inconstitucional ingressar no ordenamento jurídico. Contudo, o controle preventivo sofre na maioria das vezes interferência política, acatando matérias de interesse dos partidos e não segundo os ditames da Constituição. Diante disso, em regra, o controle de constitucionalidade no Brasil ocorre de regra no Poder Judiciário, de forma repressiva. Cabe destacar que existem dois modelos de controle de constitucionalidade de fundamental importância, quais sejam: o americano e o austríaco.

Em relação ao modelo americano, Bulos destaca que a origem se deu em torno de uma questão política, na qual Willian Marbury foi nomeado pelo Presidente

John Adams para o cargo de juiz de paz no Distrito de Columbia. Todavia, como o Presidente Adams estava no fim de seu mandato, não houve tempo suficiente para empossar Marbury no cargo. Por conseguinte, Thomas Jefferson, ao assumir a Presidência dos Estados Unidos, determinou que seu secretário de Estado, James Madison, negasse posse a Marbury. Este então recorreu a Suprema Corte, para que Madison fosse obrigado a lhe dar posse (BULOS, 2018).

Assim, o controle de constitucionalidade americano, também conhecido como controle por via de exceção ou defesa, teve seu nascimento em 1803, nos Estados Unidos, diante de uma Constituição que não o havia previsto expressamente, no notório caso julgado por Marshall, sendo que:

No caso Marbury versus Madison, esse juiz demonstrou que, se a Constituição americana era a base do direito e imutável por meios ordinários, as leis que a contradissem não eram verdadeiramente leis, não eram direito. Assim, essas leis seriam nulas, não obrigando os particulares. Demonstrou mais que, cabendo ao judiciário dizer o que é o direito, é a ele que compete indagar da constitucionalidade de uma lei. [...] Ora, se uma lei entrar em conflito com a Constituição, é ao juiz que cabe decidir se aplicará a lei, violando a Constituição, ou, como é lógico, se aplicará a Constituição, recusando a lei (FERREIRA FILHO, 2013, p. 64).

Essa importante decisão implantou o controle difuso, dando legitimidade para que os juízes e tribunais verifiquem a constitucionalidade das leis, analisado como alegação de defesa. Assim, neste modelo, a manifestação do judiciário sobre a inconstitucionalidade é feita sobre uma questão prévia, indispensável ao julgamento da lide (MORAES, 2015).

Em relação ao modelo austríaco, também conhecido por controle concentrado, Bulos afirma que este teve origem com a Constituição da Áustria, em 1920. Neste modelo, fortemente influenciado por Hans Kelsen, há uma fiscalização concentrada das normas, que é exercida por um órgão de cúpula do Poder Judiciário (BULOS, 2018). Segundo Streck:

[...] a característica principal do modelo de justiça constitucional concebido por Hans Kelsen consiste em atribuir a um tribunal *ad hoc* o controle da constitucionalidade das leis e atos normativos, excluindo dessa atribuição o juiz ordinário. Esse tribunal *ad hoc* não pertence ao Poder Judiciário, sendo formado, levando em conta o pioneiro exemplo da Áustria e da Alemanha, por magistrados, professores, advogados e membros do Parlamento. No fundo, a instituição de um tribunal de controle de constitucionalidade fora da estrutura do Poder Judiciário tinha o nítido objetivo de proteção do legislador, influência da Revolução Francesa. (STRECK, 2018, p. 61).

Desse modo, no controle difuso ou incidental, qualquer juiz ou tribunal poderá analisar a alegação de inconstitucionalidade, sob via de exceção ou defesa. A principal característica desse controle se dá pelo fato de somente por ser exercitável diante de um caso concreto. Portanto, tanto o controle difuso como o concentrado, são formas de proteção da Constituição que foram evoluindo conforme as necessidades sociais com o decorrer dos anos. Uma vez estabelecidos os pressupostos e demais características do controle de constitucionalidade, a seguir será exposto o contexto histórico das constituições brasileiras e as peculiaridades de cada uma delas.

1.2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

No tópico anterior foi apresentado o contexto histórico mundial que culminou com a criação das Constituições escritas, bem como os requisitos para a realização do controle de constitucionalidade nos modelos difuso e concentrado. Após, será exposta a evolução histórica do controle nas Constituições brasileiras, cada qual com características próprias.

Foi gradativa a evolução do modelo brasileiro de controle de constitucionalidade. É notável como o contexto mundial influenciou na construção do atual sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, fruto de amadurecimento e trabalho árduo. De acordo com a doutrina majoritária, o Brasil possui em sua história sete Constituições. Destas, quatro foram promulgadas¹ e três foram outorgadas (PADILHA, 2018). Assim, a seguir será apresentada a evolução do controle de constitucionalidade nas Constituições brasileiras.

Nessa toada, a Constituição de 1824 foi a primeira e uma das mais radicais. Isto pois, fora outorgada por D. Pedro I, logo após a dissolução da Assembleia Constituinte de 1823. O controle de constitucionalidade existente era o político, tendo em vista a grande influência que a França exercia no Brasil na época, mas nunca fora efetivamente exercido (DELLORE, 2013). Havia também um quarto

¹ São promulgadas, também denominadas democráticas ou populares, as Constituições que derivam do trabalho de uma Assembleia Nacional Constituinte composta de representantes do povo, eleitos com a finalidade de sua elaboração (exemplo: Constituições brasileiras de 1891, 1934, 1946 e 1988) e constituições outorgadas as elaboradas e estabelecidas sem a participação popular, através de imposição do poder da época (exemplo: Constituições brasileiras de 1824, 1937, 1967 e EC nº 01/1969). (MORAES, 2015, p. 9).

poder, conhecido como moderador, por meio do qual o Imperador solucionava os conflitos entre os poderes, ficando o judiciário de lado em tal atribuição (ALMEIDA NETO, 2010).

Logo após, diante de um golpe de estado organizado por Marechal Deodoro da Fonseca, fora proclamada a República Federativa do Brasil. Conforme destaca Rodrigo Padilha, tal fato se deu no seguinte contexto:

A monarquia, já combalida, entrou em choque com a Igreja Católica, a partir de 1874, e com grandes fazendeiros, em razão da abolição da escravatura, em 1888, pela ausência de indenização aos proprietários de escravos, abalando de vez o regime monárquico. Até que, no Rio de Janeiro, em 15 de novembro de 1889, Marechal Deodoro da Fonseca, comandando um grupo de militares, efetua um golpe de estado, sem violência, e assina, no mesmo dia, o Decreto 1, proclamando a República como forma de governo e o federalismo como forma de Estado e afastando do poder Dom Pedro II. [...] Com a família real portuguesa banida do território nacional, a nova federação passou a se chamar Estados Unidos do Brasil. Na mesma noite de 15 de novembro, foi constituído um governo provisório comandado pelo próprio Marechal Deodoro da Fonseca. No ano seguinte, em 1890, foram eleitos os representantes do povo (205 deputados e 63 senadores), que, reunidos ininterruptamente em Constituinte desde 15 de novembro de 1890, no Palácio Imperial (hoje conhecido como Quinta da Boa Vista, no Rio de Janeiro), e tendo como Relator o Senador Rui Barbosa, elaboraram a primeira Constituição republicana, promulgada em 24 de fevereiro de 1891, sofrendo uma emenda em 1926 e permanecendo vigente por 39 anos. (PADILHA, 2018, p. 25).

Assim, em 24 de fevereiro de 1891 foi promulgada a segunda Constituição brasileira. A partir daí o controle de constitucionalidade passou a ter previsão expressa no Brasil. De acordo com Luiz Dellore, esta Constituição “[...] modificou sensivelmente o quadro anterior e inaugurou o controle judicial de constitucionalidade das leis, a partir do modelo americano – difuso e incidental.” (DELLORE, 2013, p. 259). Além disso, seguiu o modelo da judicial review norte-americana, por conta de seu idealizador Rui Barbosa (ALMEIDA NETO, 2010).

Posteriormente, como consequência da revolução constitucionalista de 1932, em 16 de julho de 1934 foi promulgada a terceira Constituição (PADILHA, 2018). Influenciada pela Constituição de Weimar, teve sua inspiração no modelo austríaco (ALMEIDA NETO, 2010). Assim, o sistema brasileiro foi se afastando do controle puramente difuso, adotando algumas características do modelo concentrado. Nesse sentido, a Constituição de 1934 manteve as regras do controle difuso, trazendo como novidade a ação direta de inconstitucionalidade interventiva, a cláusula de reserva de plenário e a atribuição ao Senado Federal na suspensão de lei ou ato

declarado inconstitucional em decisão definitiva. Estas inovações foram de tal importância, que ainda são adotadas no direito brasileiro (SILVA, 2010).

Por conseguinte, a Carta Constitucional de 1937 foi marcada por estagnação e retrocesso. Tratou-se de uma Constituição que abandonou todas as conquistas ganhas até então, sendo autoritária, com supressão das liberdades. Isso pois, seu surgimento se deu no contexto do Estado Novo de Getúlio Vargas (DELLORE, 2013). Nessa Constituição fora mantido o controle difuso, todavia, tornava insubsistente a decisão do Poder Judiciário que reconheceu a inconstitucionalidade, se o Presidente da República submetesse a lei ao Parlamento, com a aprovação de 2/3 de cada uma das Casas Legislativas (BULOS, 2018).

Posteriormente, com a redemocratização do país após o Estado Novo, a Constituição de 1946 retomou os direitos que outrora foram suprimidos na Carta de 1937, com o restabelecimento do regime republicano, federativo, presidencialista e representativo (ALMEIDA NETO, 2010). Em relação ao controle de constitucionalidade, foi adotado um modelo semelhante ao da Constituição de 1934, permaneceu a cláusula de reserva de plenário, existindo apenas diferença quanto a representação interventiva (DELLORE, 2013).

Em seguida, por meio da EC 16 de 1965, foi criada a ação direta de inconstitucionalidade de caráter genérico, a qual atribui competência ao STF para processar e julgar de maneira originária a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, apresentada pelo PGR (SILVA, 2010). Por meio dessa Emenda Constitucional, segundo Luís Roberto Barroso:

Passava o Supremo Tribunal Federal a ter competência para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato federal, mediante representação que lhe fosse encaminhada pelo Procurador-Geral da República. Introduzia-se, assim, no direito brasileiro mecanismo análogo ao das cortes constitucionais europeias: um controle por via principal, mediante ação direta, em fiscalização abstrata e concentrada no Supremo Tribunal Federal. O controle incidental e difuso, por sua vez, não foi afetado pela inovação, passando ambos a conviver entre si (BARROSO, 2016, p. 86).

Logo após, foi outorgada a Carta de 1967, havendo poucas mudanças em relação as Constituições passadas. Segundo o autor Manoel Carlos de Almeida Neto, essa Constituição “[...] omitiu o dispositivo que permitia a instituição do processo de competência dos Tribunais de Justiça dos Estados apreciarem a constitucionalidade das leis ou atos normativos municipais contrários às

Constituições estaduais.” (ALMEIDA NETO, 2010, p. 65) Isso decorre do contexto de sua criação, sendo um período conturbado, regulado por uma série de Atos Institucionais. Sobre o tema, Rodrigo Padilha destaca que:

Após o conhecido golpe militar de 1964, foi publicado o Ato Institucional 4, que concedeu ao Congresso a função constituinte, gerando a Constituição de 1967. Sem muitas novidades, esta Constituição manteve parte das regras anteriores, esquecendo-se de dispor sobre a possibilidade de controlar a constitucionalidade de lei municipal ofensiva à Constituição estadual. Essa omissão foi sanada pela Emenda Constitucional 1/1969, que restabeleceu a regra. No mais, houve pequena alteração no objeto da representação interventiva, albergando não só ofensa aos princípios constitucionais sensíveis como também prover execução de lei federal, além de a competência para suspender o ato estadual ter sido transferida para o Presidente da República. (PADILHA, 2018, p. 127)

Por fim, após esses percalços, o Brasil passa a reviver um período de redemocratização, com a promulgação da atual Constituição brasileira, em 05 de outubro de 1988. Em 2018 ela completou seus 30 anos de existência, sendo lembrada como símbolo da democracia brasileira. Também conhecida por Constituição cidadã, trouxe grandes avanços em relação ao controle de constitucionalidade. Dentre eles, destacam-se a ampliação da legitimidade para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (ADI) e a previsão da inconstitucionalidade por omissão (SILVA, 2010).

Além disso, conforme Barroso, essa Constituição “manteve o sistema eclético, híbrido ou misto, combinando o controle por via incidental e difuso (sistema americano), que vinha desde o início da República, com o controle por via principal e concentrado, implantado com a EC n. 16/65 (sistema continental europeu).” (BARROSO, 2016, p. 87). Ademais, estabeleceu a solução de grandes controvérsias pelo STF, por meio do controle concentrado. Contudo, diante da ampliação do controle concentrado e, principalmente, a fim de se alcançar um entendimento mais uniforme, as situações mais relevantes passaram a ser analisadas pelo STF, restando a redução do controle difuso (BULOS, 2018).

Assim, compete ao Supremo Tribunal Federal realizar o controle concentrado de constitucionalidade, pelo fato de ser o guardião da Constituição. Já aos Tribunais existe a possibilidade do controle difuso. Todavia, este possui uma regra específica, conhecida como “cláusula de reserva de plenário”, pela qual somente poderá ser declarada a inconstitucionalidade com a maioria absoluta dos membros do respectivo órgão (MORAES, 2015).

Desta forma, no Brasil, diante da combinação dos modelos difuso e concentrado, há um controle misto de constitucionalidade. Nas palavras de Lenio Luiz Streck, “uma configuração híbrida não é somente a oposição do modelo austríaco ao modelo americano, mas a formação de um modelo misto, no qual o Tribunal Constitucional opera diferentemente, com uma câmara especializada no Supremo Tribunal. Juízes ordinários também têm a função de afastar a lei inconstitucional.” (STRECK, 2018, p. 61).

A seguir, para melhor contextualizar o presente trabalho, será exposta a teoria da norma. Visto que, por meio dessa, com o auxílio da teoria da metódica estruturante de Friedrich Müller, será possível compreender a diferenciação entre texto e norma. Isso é importante para contextualizar a relevância da interpretação nas decisões.

1.3 TEORIA DA NORMA À LUZ DA METÓDICA ESTRUTURANTE DE FRIEDRICH MÜLLER

Neste tópico serão feitos esclarecimentos básicos que servem de fundamentação para controle dos efeitos. Dessa forma, para que se aprofunde o estudo dessa temática é preciso revisitar a literatura acerca da teoria da norma. Essa, serve como ponto de partida para a discussão, em busca da origem da regra, sua evolução ou também denominada por Müller de concretização. Isto pois, a norma, como será demonstrado a seguir, é um produto da interpretação da regra pelos aplicadores do direito. Partindo desse pressuposto, nota-se que existe uma diferença entre o texto e norma, algo importante para compreender a atual forma de controle de constitucionalidade no Brasil.

Friedrich Müller é um dos primeiros autores a compreender de modo adequado a Teoria da Norma. Para ele, a norma depende, necessariamente do problema (situação), não podendo ser concebida à priori, ou seja, antes do caso concreto. Essa distinção entre fato e norma é uma análise necessária para aferir a possibilidade de um efetivo controle sobre os efeitos de uma determinada Lei, haja vista que esses efeitos impactam, não sobre a regra, mas diretamente sobre os fatos, mais precisamente, sobre aquilo que Friedrich Müller denominou de âmbito de aplicação da norma. (MÜLLER, 2013).

Além disso, em sua teoria estruturante da norma jurídica a concretização das normas constitucionais faz a relação entre texto e realidade constitucional, mas destaca-se que o texto da norma se diferencia da norma jurídica. Texto (regra) e norma são conceitos completamente distintos. A norma é o somatório do texto (interpretado) e da situação (caso concreto). Esse trecho da realidade social (caso concreto) é imprescindível para a construção da norma (MÜLLER, 2013).

Percebe-se, então, que Müller tem um pensamento diferente dos positivistas. Visto que, para ele, ser e dever-ser integram a teoria da norma jurídica, de maneira que um completa o outro. Ou seja, não há como separá-los, pois os fatos sempre acabam por influenciar as normas, no momento da concretização. Todavia, o autor faz uma separação entre texto e norma, sendo que esta ocorre no processo de concretização realizado pelo operador do direito. Nas palavras do autor:

[...] normatividade é a regulamentação vinculante da vida social, não podendo assim caber aos textos de normas, mas somente às normas jurídicas criadas pelo operador do jurídico como sujeito do processo de concretização. “Normatividade” é a propriedade dinâmica que a norma jurídica compreendida como modelo de ordenamento materialmente caracterizado possui para influenciar a realidade que lhe deve ser correlacionada (normatividade concreta) e ser nisto, por sua vez, influenciada pela própria realidade (normatividade materialmente determinada). (MÜLLER, 2013, p. 206).

Ante o exposto, Müller reputa a Constituição como sendo um dado de linguagem, já o processo de concretização, um processo de linguagem (MÜLLER, 2013). Assim sendo, resta evidenciada a separação do direito em dois planos, quais sejam: plano normativo (teórico) e plano da realidade fática ou social (pragmático). É nesse segundo plano que os efeitos da aplicação das regras se evidenciam. Todavia, o controle de constitucionalidade só tem se realizado no plano normativo, deixando de lado a realidade fática, podendo causar certo prejuízo social com isso. (VASCONCELOS, 1978). Dentre os vários autores, Tércio Sampaio Ferraz Júnior também merece destaque, o qual define, em síntese, norma jurídica como:

[...] expectativas contrafáticas, que se expressam por meio de proposições de dever-ser (deve, é obrigatório, é proibido, é permitido, é facultado), estabelecendo-se entre os comunicadores sociais relações complementares institucionalizadas em alto grau (relação metacomplementar de autoridade/sujeito), cujos conteúdos têm sentido generalizável, conforme núcleos significativos mais ou menos abstratos. (FERRAZ JÚNIOR, 2015, p. 84).

Já para o autor Paulo Dourado de Gusmão, norma jurídica “é a proposição normativa inserida em uma fórmula jurídica (lei, regulamento, tratado internacional etc.), garantida pelo poder público (direito interno) ou pelas organizações internacionais (direito internacional).” (GUSMÃO, 2018, p. 80). Mas como bem destaca Arnaldo Vasconcelos, a norma depende do fato para sua existência. Uma vez que as normas surgem com a necessidade de regular certos fatos sociais. (VASCONCELOS, 1978). Nas palavras do autor:

A base da norma é o fato, sem dúvida, mas o fato axiologicamente dimensionado. Essa apreciação, que se dá quando do surgimento da norma, renova-se todas as vezes que ela é aplicada: os fatos e os valores originais são trazidos à compatibilização com os fatos e os valores do momento presente. Esse processo evidencia o dinamismo do Direito e responde por sua vitalidade. (VASCONCELOS, 1978, p. 11)

Para o autor Antônio Bento Betioli, “norma jurídica é a expressão de um dever ser de organização de conduta. São padrões obrigatórios de conduta e de organização social. Fixam pautas de comportamento interindividual e por elas também o Estado dispõe quanto à sua própria organização. Seu conteúdo são, pois, a conduta humana e os processos de organização social”. (BETIOLI, 2015, p. 196-197). Assim sendo, as normas regulam a vida em sociedade. Nas palavras de Sílvio de Salvo Venosa:

Em todo corpo social, em qualquer âmbito, no seio da família, no ambiente de um grupo de amigos, no local de trabalho, na religião, na profissão ou no comportamento do ser humano com relação ao Estado, existem regras. Sem elas a convivência social é inimaginável. Estabelece-se assim uma ordem, ou, na verdade, várias classes de ordens, nem sempre a ordem que todos aceitam ou entendem a mais conveniente, mas sempre uma ordem. Essas regras, quais sejam, condutas prescritas, podem ou não ser seguidas. (VENOSA, 2019, p. 86)

Nesse sentido, para uma convivência harmônica em sociedade, a fim de minimizar conflitos e balizar comportamentos, foram criadas as regras. Estas, para alcançarem seu devido objetivo precisam de uma certa carga coercitiva, caso contrário, ninguém dará importância para elas, visto que seu descumprimento não acarretará em uma punição. Além disso, Paulo Nader destaca, em síntese, que “norma jurídica é a conduta exigida ou o modelo imposto de organização social.” (NADER, 2016, p. 83). Dessa forma, o Estado utiliza-se da norma para alcançar uma convivência harmônica.

Com isso, o Estado determina as condutas sociais, por meio da valoração aplicada aos fatos. Segundo Müller, “a norma jurídica não é, portanto, um dado prévio orientador da concretização, mas só chega a ser produzido pelo assim chamado aplicador do direito. Essa parcela constituinte do objeto, própria do trabalho jurídico, não foi apenas eliminada do campo de visão pelo positivismo legal, mas mesmo ocultada por trás da ficção e de uma ordem coesa dos conceitos jurídicos [...]”. (MÜLLER, 2013, p. 208). Ou seja, a norma é o produto da interpretação realizada pelo aplicador do direito. Conforme Vasconcelos:

Todo preceito normativo decorre, pois, de avaliação e de opção, envolvendo julgamento de dupla ordem: a utilidade do fato para a manutenção e progresso da vida social e a necessidade de regulamentação jurídica, a fim de que harmoniosamente penetre no quadro do ordenamento jurídico. Só desse modo se preservarão os valores essenciais da ordem e da justiça [...] (VASCONCELOS, 1978, p. 11).

Sendo assim, nota-se que a vida social exerce grande influência sobre a criação da norma, ou seja, no plano normativo. Dessa forma, existe uma separação entre os planos teórico e pragmático. Para Vasconcelos:

[...] Em outro plano, os aspectos teórico (normativo) e prático (experimental) do Direito se contrapõem, como tese e antítese do resultado que constitui o fenômeno jurídico. A concretização não se repete em termos absolutamente iguais, por isso não se automatiza. Contempla-se o fenômeno da divergência e da renovação jurisprudencial. Por essa via começa o direito a se reformar, revitalizando-se. (VASCONCELOS, 1978, p. 11).

Essa importante divisão também é feita por Müller, o qual faz a separação entre programa da norma como produto da interpretação legal e, âmbito da norma, no plano da realidade. Segundo o autor:

[...] “**âmbito da norma**” é um conceito a ser determinado estruturalmente que se refere às partes integrantes materiais da normatividade que são coconstitutivas da norma. Ao passo que o “**âmbito material**” designa a totalidade das hipóteses sobre a questão de fato inicialmente introduzidas de forma associativa para fins de narrativa do caso e o “**âmbito do caso**” representa um recorte do “âmbito material”, reduzido por razões de economia de trabalho, o “âmbito da norma” é formado com a ajuda de perspectiva valorante do programa da norma a partir do âmbito material ou âmbito do caso. (MÜLLER, 2013, p. 207) [grifo do autor].

Ou seja, é no âmbito do caso que se tem início um processo de concretização, com a combinação entre âmbito da norma e programa da norma.

Estes, compõem a norma jurídica. Em suma, tem-se por relevante ao presente tema que na atual concepção que o Direito se fundamenta pelas regras, fatos e efeitos. A norma é, portanto, o produto de interpretação da regra. Além disso, os fundamentos são utilizados na elaboração da regra, sendo que eles os responsáveis por inspirar o legislador. Ademais, Müller destaca que:

[...] o jurista seleciona, recorrendo auxiliariamente a sua pré-compreensão treinada, hipóteses sobre o texto da norma em meio ao conjunto dos textos de normas publicadas nos códigos legais. Essa hipótese já aponta aqui a um determinado recorte da realidade social, ao âmbito material: ao conjunto de todos os dados empíricos dos quais se pode supor que estejam em conexão com a norma. Mas só depois de um processamento abrangente de todos os dados de linguagem do texto da norma o jurista pode selecionar com a ajuda do programa da norma o conjunto parcial de nexos empíricos, aos quais cabe um significado normativo e que constituem destarte o âmbito da norma [...]" (MÜLLER, 2013, p. 208).

Dessa ideia é possível depreender igualmente que não existe norma sem aplicação, visto que a norma deriva, como já demonstrado, da ligação do texto com o caso concreto. Isto é relevante para se compreender a teoria do Controle de Constitucionalidade no Brasil, visto que atualmente admite-se somente a verificação sobre o texto, deixando de lado o controle de constitucionalidade dos efeitos, conforme jurisprudências que serão expostas nos próximos capítulos.

Oportuno destacar que não está se sugerindo o controle de constitucionalidade sobre o caso concreto (fatos), mas sobre os efeitos (impactos) decorrentes da aplicação do texto (regra). Esse "processo de concretização" dos direitos ou da própria constituição depende da compatibilidade desses efeitos produzidos no mundo dos fatos com os parâmetros constitucionais impostos.

Assim, a regra criada necessita que o seu aplicador interprete-a, criando um nexo entre a teoria e o plano material. Algumas vezes, esse trabalho de interpretação acaba por sobressair da normalidade prevista pelo criador da regra e, com isso, criar-se-á uma certa incongruência jurídica, com normas produzindo efeitos que eram inimagináveis anteriormente. Em vista disso, a principal indagação é, por que motivo os efeitos da aplicação da regra se afastam de seus fundamentos. Isso porque, mesmo a regra sendo formal e materialmente constitucional, poderá ter seus efeitos inconstitucionais. Assunto esse que será tratado nos próximos capítulos.

2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DOS EFEITOS

Como já descrito no capítulo anterior, o controle de constitucionalidade serve como uma garantia de proteção da Constituição contra quaisquer atos normativos que vierem a contrariá-la. Mas cabe destacar que o reconhecimento da inconstitucionalidade não retira de maneira automática a norma do mundo jurídico.²

Nesse contexto, na maioria das vezes o respaldo está para o controle das leis e atos normativos, sem preocupação com efeitos, haja visto a possibilidade de leis constitucionais com efeitos inconstitucionais. Como resposta para parte de tal incongruência jurídica, surgiu a Lei nº 13.655/18 de 25 de abril de 2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, além de trazer profundas inovações em relação às consequências dos atos administrativos, bem como à repercussão dos efeitos resultantes das decisões judiciais.

Em que pese isso, as Cortes Superiores, mormente o Supremo Tribunal Federal, que detém a nobre e difícil missão de ser o guardião da Constituição, ainda estão relutantes em admitir a possibilidade de que o controle de constitucionalidade recaia sobre os efeitos da aplicação do direito. Exemplo bastante claro dessa implicação é a chamada Teoria do Impacto Desproporcional, que será abordada mais adiante. Essa indiferença tem uma explicação. É que, ao contrário das leis, os efeitos dela resultantes são voláteis, instáveis e mais difíceis de serem delimitados devido a sua baixa concretude. Até mesmo a doutrina tem explorado muito pouco esse assunto, limitando-se, por vezes, a tratar sobre a inconstitucionalidade reflexa.

Como dito anteriormente, parece plenamente possível que o texto de uma determinada Lei mesmo sendo formal e materialmente constitucional, acabe gerando resultado que afrontem flagrantemente preceito fundamental ou mesmo artigo expresso da constituição, sem que seja submetido ao devido controle. Ao que tudo indica, as técnicas de verificação de incompatibilidade vertical, mesmo as mais modernas, ao negligenciarem o impacto dos efeitos, deixam a descoberto uma parcela importante do âmbito jurídico sem qualquer tipo de verificação.

² No sistema brasileiro, “a lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal — seja em ação direta, seja incidentalmente, com a subsequente suspensão pelo Senado Federal — não deverá mais ser aplicada, mas não há um ato formal que a elimine do mundo jurídico. Embora ela passe a ser letra morta, não é retirada expressamente de vigência.” (BARROSO, 2016, p. 36-37).

Importante referir, nesse sentido, que as recentes alterações na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB, inseriram as consequências da aplicação do direito nessa dimensão jurídica. Portanto, não há mais a possibilidade, como outrora acontecia, do Judiciário permanecer indiferentes às repercussões inconstitucionais gerados pelas Leis.

Assim, neste capítulo serão abordados os assuntos que fazem parte da essência do controle dos efeitos. Sendo, primeiramente, definidos os limites e as possibilidades desse controle, com a contextualização da moldura interpretativa de Kelsen. Após, será estudada a teoria do impacto desproporcional e, por fim, a racionalidade do controle dos efeitos.

2.1 LIMITES E POSSIBILIDADES

Conforme já esclarecido, o Direito, por ser uma ciência humana, regula os limites para que as pessoas tenham uma convivência adequada em sociedade. O Estado moderno o faz por meio das leis e atos normativos, criados por procedimentos próprios, todos devendo respeitar uma lei maior, no caso, a Constituição. Havendo violação, utiliza-se de um mecanismo conhecido como controle de constitucionalidade. Todavia, deve-se utilizar com prudência da interpretação, sendo Kelsen um dos autores mais qualificados para tratar do tema.

Kelsen destaca que antes da aplicação de uma norma, esta necessita de interpretação, para que sejam conhecidos os limites, denominados pelo autor de moldura da interpretação das normas. Segundo o autor, “a interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior.” (KELSEN, 2009, p. 387). Portanto, a aplicação do direito é feita tanto pelo juiz quanto pelo legislador, sendo que há interpretação em todas as normas que são aplicadas. Nas palavras do autor:

[...] na hipótese da interpretação da lei, deve responder-se à questão de saber qual o conteúdo que se há de dar à norma individual de uma sentença judicial ou de uma resolução administrativa, norma essa a deduzir da norma geral da lei na sua aplicação a um caso concreto. Mas há também a interpretação da Constituição, na medida em que de igual modo se trate de aplicar esta – no processo legislativo, ao editar decretos ou outros atos constitucionalmente imediatos – a um escalão inferior [...]. (KELSEN, 2009, p. 387).

Em vista disso, Kelsen criou uma moldura interpretativa, em busca de solução para a indeterminação das leis. Conforme o autor, “a relação entre um escalão superior e um escalão inferior da ordem jurídica, como a relação entre a Constituição e a lei, ou lei e sentença judicial, é uma relação de determinação ou vinculação [...]” (KELSEN, 2009, p. 388). Assim, a indeterminação ocorre por que a norma superior é incompleta, não tendo como regular totalmente a norma inferior. Nas palavras do autor:

[...] A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre que ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma de escalão superior tem sempre em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura por preencher por este ato.” (KELSEN, 2009, p. 388)

Em vista disso, a norma superior serve como moldura para aplicação da inferior, por meio de escolhas do aplicador do direito. Ou seja, cabe ao aplicador do direito encontrar solução para a interpretação, devendo respeitar a norma superior em sua interpretação. Conforme Kelsen:

[...] o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – tem igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é a norma individual, mas apenas é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral. (KELSEN, 2009, p. 390-391).

Com isso, percebe-se que o aplicador do direito tem sua liberdade interpretativa, desde que respeite os limites e possibilidades, ou seja, um quadro imaginário de escalonamento normativo. A Constituição Federal serve como referência, devendo todas as demais normas apresentar compatibilidade com ela. Muitas vezes o aplicador não conhece a vontade do legislador, o que poderá acarretar em uma norma constitucional de efeitos inconstitucionais, ocasionada por uma interpretação equivocada. Dessa maneira, a seguir serão expostas algumas importantes inovações legislativas que irão auxiliar a interpretação.

Outrossim, para alcançar maior efetividade jurídica e de certa forma delimitar os limites da interpretação, foram criadas as “normas sobredireito” ou “lei sobre lei”. Exemplo disso é o Decreto-lei nº 4.657/42, que trata da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, anteriormente conhecido como Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro – LICC. Contudo, em vista de sua notável importância para todos os ramos do direito, em 2010 foi editada a Lei nº 12.376 alterando o nome deste Decreto-lei de LICC para LINDB, disciplinando a criação e aplicação das normas jurídicas, servindo de norte interpretativo e solucionando as lacunas normativas (BRASIL, 2018).

Assim, o respaldo aos efeitos normativos tem sua relevância, visto os grandes impactos que podem causar ao mundo jurídico, sejam eles positivos ou negativos. Cabe destacar que as normas são criadas para atingirem determinada função social, sendo que, de acordo com o artigo 5º da LINDB, “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.” (BRASIL, 1942). Portanto, os aplicadores do direito desempenham a função teleológica, ou seja, têm como função primordial fazerem com que as leis e demais atos normativos cumpram seus fins sociais, atingindo a finalidade esperada quando de sua criação.

Conforme já exposto, existe já há algum tempo o questionamento acerca dos efeitos aplicação das leis e demais atos normativos. Porém isso ainda não estava positivado no direito brasileiro. Contudo, a mudança desse cenário deu-se com a criação da Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB. A partir de então o respeito e cuidado com efeitos práticos das decisões ganharam o devido respaldo legal, tendo em vista a inclusão dos artigos 20 a 30 na LINDB, os quais tratam acerca de disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público (BRASIL, 2018).

Em vista disso, a Lei Federal nº 13.655/18 trouxe profundas inovações em relação às consequências dos atos administrativos, bem como à repercussão dos efeitos resultantes das decisões judiciais. Isso mostra que a análise em torno da constitucionalidade desses efeitos é, de fato, importante e necessária, haja vista que pode gerar reflexos inesperados ou indesejados sobre o comportamento dos agentes e, principalmente, sobre a segurança jurídica e, logo, sobre a estabilidade do sistema.

O principal destaque se dá com a inclusão do artigo 20 na LINDB, por meio da Lei nº 13.655/18, visto que:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. (BRASIL, 2018).

Assim, conforme Márcio André Lopes Cavalcante, a partir de então todas as decisões deverão levar em conta seus efeitos práticos, pensando nas consequências que poderão ocorrer. Além disso, respeitando o princípio da fundamentação, as decisões deverão conter o real motivo de sua aplicação, abrindo mão de um conteúdo principiológico vazio que permitem uma vasta interpretação e causam uma certa insegurança jurídica, bem como as possíveis alternativas que tragam efeitos de menor impacto. Cabe destacar que as decisões com valores jurídicos abstratos continuam sendo permitidos, porém deverá ser feita prévia análise avaliando as consequências práticas da decisão (CAVALCANTE, 2018).

Ademais, outro acréscimo importante da Lei n. 13.655/18 à LINDB é o artigo 21. Este disciplina in verbis “A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.” (BRASIL, 2018). O professor Vladimir Passos de Freitas, em seu artigo publicado no CONJUR, intitulado de “Inclusão de dez artigos na Lindb traz importante inovação ao Direito brasileiro”, fez a seguinte alusão a essa inovação legislativa:

Se o artigo 20 fala em avaliação das circunstâncias, o 21 é o passo seguinte, porque determina que a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar as consequências. Portanto, motivar a decisão. Imagine-se que autoridade administrativa suspenda o pagamento de refeições dadas aos presos, porque há denúncia de descumprimento das condições do contrato. Tal decisão deve indicar expressamente as consequências, que poderão ser graves. Para que isto seja evitado, o parágrafo único reclama que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime (FREITAS, 2018).

Logo, no contexto do controle de constitucionalidade, é de suma importância a correção também da correção dos efeitos de leis e atos normativos. Ora, muitas vezes a lei pode ser considerada constitucional, mas seus efeitos trazem uma inconstitucionalidade tão severa, violando assim os preceitos da Constituição.

Outrossim, o artigo 23 da LINDB determina um regime de transição para as decisões com nova orientação, conforme exposto abaixo:

Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais (BRASIL, 2018).

Se as decisões administrativas muitas vezes são complexas, imagine-se as decisões judiciais, que por vezes lidam com várias pessoas, tendo nas mãos do julgador a função de fazer justiça social e garantindo dignidade às pessoas, devendo também respeitar o aspecto econômico que sua decisão trará. Outro diploma normativo recente e que merece destaque no presente tópico é o Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019. Este, regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 – LINDB.

Fica evidente o respaldo que se dá para a motivação das interpretações, com a demonstração do contexto dos fatos, devendo haver congruência entre normas e fatos. Nos termos do artigo 2º do Decreto 9830/19 resta expresso que, “a decisão será motivada com a contextualização dos fatos, quando cabível, e com a indicação dos fundamentos de mérito e jurídicos.” (BRASIL, 2019). Com isso, os fatos também passaram a ter destaque na fundamentação. Além disso, o artigo 3º disciplina as decisões com valores abstratos:

Art. 3º A decisão que se basear exclusivamente em valores jurídicos abstratos observará o disposto no art. 2º e as consequências práticas da decisão.

§ 1º Para fins do disposto neste Decreto, consideram-se valores jurídicos abstratos aqueles previstos em normas jurídicas com alto grau de indeterminação e abstração.

§ 2º Na indicação das consequências práticas da decisão, o decisor apresentará apenas aquelas consequências práticas que, no exercício diligente de sua atuação, consiga vislumbrar diante dos fatos e fundamentos de mérito e jurídicos.

§ 3º A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta, inclusive consideradas as possíveis alternativas e observados os critérios de adequação, proporcionalidade e de razoabilidade. (BRASIL, 2019).

Outrossim, deu-se prioridade para que as decisões sejam mais racionais e com fundamentos lógicos, levando em consideração as consequências práticas, ou seja, seus efeitos. E por fim, um dos artigos mais importantes do referido Decreto ao

presente tema, por estar diretamente relacionado com as decisões de invalidação e com os efeitos, é o artigo 4º. Por meio dele, fica destacada a importância pela observância das consequências jurídicas da decisão. Nestes termos:

Art. 4º A decisão que decretar invalidação de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativos observará o disposto no art. 2º e indicará, de modo expreso, as suas consequências jurídicas e administrativas.

§ 1º A consideração das consequências jurídicas e administrativas é limitada aos fatos e fundamentos de mérito e jurídicos que se espera do decisor no exercício diligente de sua atuação.

§ 2º A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta, consideradas as possíveis alternativas e observados os critérios de proporcionalidade e de razoabilidade.

§ 3º Quando cabível, a decisão a que se refere o **caput** indicará, na modulação de seus efeitos, as condições para que a regularização ocorra de forma proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais.

§ 4º Na declaração de invalidade de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativos, o decisor poderá, consideradas as consequências jurídicas e administrativas da decisão para a administração pública e para o administrado:

I - restringir os efeitos da declaração; ou

II - decidir que sua eficácia se iniciará em momento posteriormente definido.

§ 5º A modulação dos efeitos da decisão buscará a mitigação dos ônus ou das perdas dos administrados ou da administração pública que sejam anormais ou excessivos em função das peculiaridades do caso. (BRASIL, 2019).

Por vezes o Judiciário acabava fazendo papel do Executivo, pois por meio de suas decisões passava a comprometer toda a programação das contas públicas. Não adentrando no mérito das finanças, por não fazer parte do presente tema, em suma, intentou-se por meio desse Decreto e da Lei n. 13.655/18 evitar decisões vazias, carregadas de abstratividade e sem preocupação com seus efeitos. Assim como as leis partem da presunção de constitucionalidade, mas em algumas logo após sua criação é constatada a evidente inconstitucionalidade do seu texto, os efeitos também podem ser inconstitucionais.

Causa certa preocupação acerca da possibilidade de um Decreto do Poder Executivo definir como deverão ser as decisões do Poder Judiciário, e as repercussões que serão ocasionadas com isso. Talvez até se questione a constitucionalidade do Decreto, o que poderá levar um bom tempo. É notável a

relativização da separação entre os três poderes, os quais deveriam ser independentes e harmônicos.³

Mesmo que a norma seja formalmente e materialmente constitucional, nada impede que produza efeitos inconstitucionais. O que pode ser tão perigoso quanto a inconstitucionalidade do próprio texto, mas muitas vezes não se tem dado respaldo para tal possibilidade e pouco se tem estudado sobre. Desse modo, como forma de complementação as possibilidades do controle dos efeitos, a seguir será apresentada a teoria do impacto desproporcional, no intuito de contextualizar o presente tema.

2.2 TEORIA DO IMPACTO DESPROPORCIONAL

A teoria do impacto desproporcional pode ser considerada como o fruto da distorção na aplicação do princípio da igualdade. Visto que, algumas vezes, uma atitude que busca promover algum tipo de igualdade acaba indiretamente tendo algum resultado negativo, ou seja, efeitos inesperados. Assim, para tal teoria, algumas ações devem ser tomadas com precaução em relação aos resultados, em especial as afirmativas, que visam proteger certo grupo vulnerável e por vezes acabam por prejudicá-los indiretamente (GUEDES, 2016).

Tal teoria relaciona-se diretamente com a possibilidade do controle de constitucionalidade dos efeitos. Pois, se o STF tem aceito a teoria do impacto desproporcional no Brasil, como medida de minimizar os impactos negativos de alguma ação que distorça o princípio da igualdade, logo, o controle de constitucionalidade dos efeitos inconstitucionais também seria admissível. Uma vez que, a existência de leis material e formalmente constitucionais, mas com efeitos inconstitucionais são tão prejudiciais para a sociedade quanto as leis que têm a inconstitucionalidade em seu texto, de maneira expressa.

Essa teoria teve origem nos Estados Unidos da América, com o caso *Griggs v. Duke Power Co.*, julgado pela Suprema Corte Norte Americana em 1971. Neste caso, uma empresa utilizava a aplicação de testes de conhecimentos gerais para promover seus funcionários. Tal medida, mesmo parecendo que não traria injustiças, na verdade apenas beneficiava os empregados com estudo nas melhores escolas,

³ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. (BRASIL, 1988).

ou seja, os brancos. Assim, os negros passaram a ser indiretamente discriminados, pois estudavam nas piores escolas e não tinham condições de concorrer com os brancos. Isto fez a Suprema Corte proibir a realização do teste, tendo em vista os impactos desproporcionais causados pela prática empresarial (FONTELES, 2016).

Adentrando a teoria do impacto desproporcional, Daniel Sarmiento faz a diferenciação em duas teorias que a fundamentam, quais sejam, discriminação de fato e discriminação indireta. Assim, o autor sintetiza essas teorias da seguinte forma:

A “discriminação de fato”, porém, não é uma hipótese de igualdade na lei, mas sim perante a lei. Não se trata de postular a invalidade do ato normativo por violação da isonomia. Mas apenas constatar que a lei, embora válida, tem sido, na prática, aplicada de modo sistematicamente prejudicial a determinado grupo [...] Já na “discriminação indireta” (teoria do impacto desproporcional) há uma medida, pública ou privada, que embora pareça neutra, na verdade não é [...] (FARIAS; NETTO; ROSENVALD; 2019, p. 202).

Nesse contexto, o princípio da igualdade é a base do direito brasileiro, previsto expressamente na Constituição Federal de 1988, no caput do artigo 5º, segundo o qual, “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”. (BRASIL, 1988). Sua origem é antiga, ao que se conhece, data a partir de 186 d.C., com o Imperador Caracala, o qual em 212 d.C por meio da Constituição Antonina concedeu cidadania romana aos seus suadidos. Assim seguiu toda a história, em 1215 d.C com o Rei João Sem-Terra até a Revolução Francesa em 1789, todos em busca da redução de desigualdades e privilégios, para a garantia da isonomia entre os povos (SHMOLLER, 2017). Sobre o tema, Alexandre de Moraes destaca que:

O princípio da igualdade consagrado pela constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que encontram-se em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao interprete, basicamente a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social (MORAES, 2015, p. 35).

Destarte, a igualdade deverá ser respeitada tanto pelo criador como pelo aplicador do direito, evitando assim a produção de uma desigualdade no plano dos efeitos da aplicação normativa. Cabe destacar que a igualdade será formal ou

material. Igualdade formal é aquela positivada, compreendida como igualdade perante a lei. Já a igualdade material é a efetivação da igualdade formal, ou seja, sua aplicação na prática, evitando que certos grupos sejam desamparados e deixados à margem da sociedade (SHMOLLER, 2017).

Como forma de reduzir as desigualdades estão as ações afirmativas, as quais desempenhadas por quaisquer dos poderes da República visam a promoção de medidas positivas para não deixar algum grupo social com alguma situação de desigualdade material (GUEDES, 2016). Em vista disso, toda desigualdade deverá ser corrigida respeitando os preceitos constitucionais, sendo esta suprema no ordenamento jurídico brasileiro. Mas algumas vezes a desigualdade pode ser originada de maneira indireta e não intencional, como no caso da teoria do impacto desproporcional.

Assim, mesmo dotado de boas intenções, nem mesmo o legislador tem a real noção dos efeitos práticos de sua criação legislativa. Isso pois, uma lei pode respeitar o princípio da isonomia na teoria, mas na prática talvez os efeitos sejam totalmente o oposto, apresentando distorções e injustiças. Surge então a preocupação com os efeitos das decisões, com respaldo na teoria do impacto desproporcional (FONTELES, 2016). Ademais, Joaquim Barbosa, Ministro do Supremo Tribunal Federal, destaca que a teoria do impacto desproporcional consiste em:

Toda e qualquer prática empresarial, política governamental ou semigovernamental, de cunho legislativo ou administrativo, ainda que não provida de intenção discriminatória no momento de sua concepção, deve ser condenada por violação do princípio constitucional da igualdade material se, em consequência de sua aplicação, resultarem **efeitos nocivos de incidência** especialmente desproporcional sobre certas categorias de pessoas (BARBOSA, 2001, p. 24 apud GUEDES, 2016) [grifo do autor].

Conforme exposto, a teoria do impacto desproporcional se caracteriza, conforme a citação, pelos "efeitos nocivos". Ou seja, é a possibilidade da jurisdição constitucional abranger igualmente o controle de constitucionalidade sobre essas consequências negativas, inesperadas ou indesejadas causadas por leis "inocentes" (constitucionais). O problema não está no texto, mas na sua aplicação indevida (norma) e nas repercussões sociais negativas que restringem as possibilidades de concretização do direito.

Em vista disso, o STF tem se posicionado pela constitucionalidade das ações afirmativas que visam a redução de desigualdades. Exemplo disso é a ADPF nº 186/DF, ajuizada pelo Partido Democratas – DEM, por meio da qual questionava-se, em suma, a constitucionalidade da reserva de cotas com base no critério étnico-racial. Em seu voto, o Ministro Ricardo Lewandowski afirmou que “a política de ação afirmativa adotada pela UnB não se mostra desproporcional ou irrazoável, afigurando-se, também sob esse ângulo, compatível com os valores e princípios da Constituição.” (BRASIL, 2012, p. 92). Referido aresto restou assim ementado:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ATOS QUE INSTITUÍRAM SISTEMA DE RESERVA DE VAGAS COM BASE EM CRITÉRIO ÉTNICO-RACIAL (COTAS) NO PROCESSO DE SELEÇÃO PARA INGRESSO EM INSTITUIÇÃO PÚBLICA DE ENSINO SUPERIOR. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 1º, CAPUT, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II XXXIII, XLI, LIV, 37, CAPUT, 205, 206, CAPUT, I, 207, CAPUT, E 208, V, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. I – **Não contrária - ao contrário, prestigia – o princípio da igualdade material, previsto no caput do art. 5º da Carta da República, a possibilidade de o Estado lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminados de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares.** [...] VI - Justiça social, hoje, mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes. VII – No entanto, as políticas de ação afirmativa fundadas na discriminação reversa apenas são legítimas se a sua manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem. Caso contrário, tais políticas poderiam converter-se benesses permanentes, instituídas em prol de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade como um todo, situação – é escusado dizer – incompatível com o espírito de qualquer Constituição que se pretenda democrática, devendo, outrossim, respeitar a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins perseguidos. VIII – Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente (BRASIL, 2012) [grifo do autor].

Assim, entendeu o STF que a política de cotas não viola o princípio da isonomia ou igualdade, muito pelo contrário, ela visa amparar um grupo social que pelo contexto histórico por muito tempo ficou desamparado pelo Estado. Todavia as ações afirmativas deverão ser pensadas criteriosamente, para que não sejam criadas discriminações indiretas, favorecendo determinada camada social (BRASIL, 2012). Em vista disso, deverão ser proporcionais e transitórias.

No Brasil, a aplicação da teoria do impacto desproporcional ocorreu 2003, com o julgamento pelo STF da ADI 1946/DF, de relatoria do Ministro Sidney Sanches. Nesta, questionava-se a constitucionalidade do artigo 14, da EC nº 20/98, a qual tratava do salário maternidade. Todavia, mesmo aparentemente neutra e inofensiva, tal emenda constitucional acarretaria em uma discriminação indireta que o mercado se encarregaria de fazer, tendo em vista o aumento considerável nos custos de contratação de mão de obra feminina em relação ao trabalhador masculino. Em vista disso, optou-se por dar ao artigo 14 da EC nº 20 interpretação conforme a Constituição, não se aplicando a licença gestante ao referido artigo (BRASIL, 2003). Para melhor ilustrar, tal decisão restou assim ementada:

DIREITO CONSTITUCIONAL, PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. LICENÇA-GESTANTE. SALÁRIO. LIMITAÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 14 DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15.12.1998. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 3º, IV, 5º, I, 7º, XVIII, E 60, § 4º, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. [...] 3. **Na verdade, se se entender que a Previdência Social, doravante, responderá apenas por R\$1.200,00 (hum mil e duzentos reais) por mês, durante a licença da gestante, e que o empregador responderá, sozinho, pelo restante, ficará sobremaneira, facilitada e estimulada a opção deste pelo trabalhador masculino, ao invés da mulher trabalhadora. Estará, então, propiciada a discriminação que a Constituição buscou combater, quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo (art. 7º, inc. XXX, da C.F./88), proibição, que, em substância, é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos, entre homens e mulheres, previsto no inciso I do art. 5º da Constituição Federal.** Estará, ainda, conclamado o empregador a oferecer à mulher trabalhadora, quaisquer que sejam suas aptidões, salário nunca superior a R\$1.200,00, para não ter de responder pela diferença. Não é crível que o constituinte derivado, de 1998, tenha chegado a esse ponto, na chamada Reforma da Previdência Social, desatento a tais conseqüências. Ao menos não é de se presumir que o tenha feito, sem o dizer expressamente, assumindo a grave responsabilidade. 4. A convicção firmada, por ocasião do deferimento da Medida Cautelar, com adesão de todos os demais Ministros, ficou agora, ao ensejo deste julgamento de mérito, reforçada substancialmente no parecer da Procuradoria Geral da República. 5. Reiteradas as considerações feitas nos votos, então proferidos, e nessa manifestação do Ministério Público federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade é julgada procedente, em parte, para se dar, ao art. 14 da Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.1998, interpretação conforme à Constituição, excluindo-se sua aplicação ao salário da licença gestante, a que se refere o art. 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal. 6. Plenário. Decisão unânime. (BRASIL, 2003) [grifo do autor].

Outrossim, no julgamento de caso acima entendeu-se inconstitucional a lei que a pretexto de proteger a mulher, na prática estaria dificultando sua inserção no mercado de trabalho, por conta dos altos encargos trabalhistas. Nota-se assim,

aplicação da teoria do impacto desproporcional em um caso que aparentemente não foi criado para causar prejuízos, mas os efeitos acabariam por gerar uma exclusão das mulheres no mercado de trabalho.

Percebe-se, então, que as normas e decisões também podem apresentar inconstitucionalidade nos seus efeitos, sendo que o problema algumas vezes não reside no texto, mas sim nos efeitos. Dessa forma, a aplicação pode conter vícios que residem no processo de concretização da regra em que não observa-se as consequências da decisão, gerando um impacto desproporcional e inesperado. Se o STF admite o controle com base nesta teoria, também seria pertinente o reconhecimento quando se trata do controle dos efeitos.

Assim, após definidas as bases fundamentais que corroboram para a possibilidade ou não do controle dos efeitos, é de grande importância a percepção de que as decisões judiciais devem se pautar nos limites da interpretação. Por conseguinte, o próximo tópico irá tratar acerca da racionalidade nas decisões, visto que também devem observância as características econômicas do país.

2.3 RACIONALIDADE DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DOS EFEITOS

Hodiernamente, o Judiciário exerce uma importante função na sociedade brasileira. O qual, com o poder de decisão tem como incumbência evitar injustiças e garantir de certa forma segurança jurídica. Mesmo em tempos de crise econômica, e de uma relativa descredibilidade de várias instituições por conta da corrupção, os julgadores não devem deixar de lado valores fundamentais, bem como a racionalidade de suas decisões.

Outrossim, com decisões racionais se pretende evitar distorções no ordenamento jurídico e a violação aos fundamentos da Constituição, além esquivar-se de efeitos trágicos que se afastam do fundamento da regra. Se o texto é constitucional, o produto da sua aplicação (efeitos) também deve ser.

Para Luciano Benetti Timm, fazendo um nexos com o direito econômico, racionalidade está ligada com gostos específicos, que podem ser denominados de preferências (TIMM, 2014). Dessa forma, uma decisão racional é baseada em escolhas com preferências estabelecidas pelo julgador. De acordo com Timm:

Além disso, as preferências são consideradas completas, transitivas e estáveis. Ter preferências completas significa que não importam as escolhas disponíveis às pessoas, elas serão capazes de decidir, ou seja, entre a opção A e a opção B, o agente sempre será capaz de optar por A, por B ou ser indiferente a qualquer uma delas. No limite, isso significa que o agente deve ser capaz de decidir inclusive entre opções em momentos diversos (e. g., comprar um carro novo hoje ou poupar para comprar uma casa daqui a cinco anos) e entre resultados certos e incertos (e. g., comprar títulos do governo com renda fixa ou investir dinheiro na bolsa). Transitividade é uma questão de coerência e significa que se o agente prefere A a B e B a C, então, ele deve preferir A a C, do contrário, jamais seria capaz de realizar uma escolha, ficaria trocando de opção eternamente. Por fim, as preferências são consideradas estáveis para que a teoria não se torne uma tautologia. A estabilidade das preferências impõe que se as pessoas mudarem de comportamento, então, é porque alguma coisa ao seu redor mudou e não suas preferências. Se as preferências não fossem estáveis, todo comportamento observado seria explicável recorrendo-se à mudança de preferências e a teoria perderia seu poder explicativo. Explicaria qualquer coisa e, por isso, não explicaria nada (TIMM, 2014, p. 25).

Ou seja, uma decisão racional deverá ser bem analisada, devendo o julgador estar apto e preparado a decidir, independente do caso. Ademais, suas escolhas deverão ser transitivas, agindo com coerência para não se tornarem uma mera alternância de opções, o que poderia causar insegurança jurídica. Por fim, deverão estar abarcadas pela estabilidade, para não se tornarem sem valor e com justificativas invalidas, onde qualquer coisa serve para fundamentar.

Além disso, as decisões racionais necessitam de eficiência e justiça. O mundo na sua atualidade apresenta a dicotomia de recursos ilimitados e necessidades ilimitadas, sendo necessária a racionalidade das escolhas para que não ocorra prejuízos em um setor mais vulnerável. A justiça carrega consigo imensa carga valorativa, já a eficiência visa evitar desperdícios, sendo os dois estão interligados, pois o desperdício pode gerar injustiças. (TIMM, 2014). Para Timm:

[...] toda regra que gera desperdício (é ineficiente) é injusta – e (b) é impossível qualquer exercício de ponderação se quem o estiver realizando não souber o que está efetivamente em cada lado da balança, isto é, sem a compreensão das consequências reais dessa ou daquela regra. A juseconomia nos auxilia a descobrir o que realmente obteremos com uma dada política pública (prognose) e o que estamos abrindo mão para alcançar aquele resultado (custo de oportunidade). Apenas detentores desse conhecimento seremos capazes de realizar uma análise de custo-benefício e tomarmos a decisão socialmente desejável. (TIMM, 2014, p. 28).

Ou seja, quando as regras são ineficientes, o aplicador do direito está incumbido de complementá-las, suprimindo lacunas e prezando pela eficiência. Assim como as regras podem ser inconstitucionais, quando da sua aplicação ao caso

concreto as normas também podem ser. Os efeitos inconstitucionais podem ser considerados resultado de uma decisão irracional, a qual não considerou os reais efeitos da aplicação da regra. Independente de qual política pública queira se implementar, nada justifica os desperdícios.

Dessa forma, percebe-se que cada vez mais a economia vem ao encontro do Direito, uma vez que o ato de decidir também resulta em escolhas econômicas. Muitas vezes os juristas cometem injustiças pelo conhecimento apenas da teoria, desconsiderando a realidade social. Nas palavras do autor, é comum:

[...] entre juristas o abuso de conceitos e definições, que diariamente são distorcidos – na academia e nos tribunais – aos limites do irreconhecimento. A aproximação com a linguagem matemática levou naturalmente a que os termos em economia fossem estabelecidos de forma rigorosa e, portanto, flutuassem muito menos ao redor do significante do que no direito, diminuindo custos de informação, reduzindo ruídos no diálogo e possibilitando a construção de conhecimento sem intermináveis discussões filológicas. Assim, a aplicação do método juseconômico pode nos auxiliar a gastar mais tempo discutindo ideias e consequências de nossas escolhas do que significados de palavra (TIMM, 2014, p. 30).

Em vista disso, atualmente o enfoque e as discussões estão voltadas a solução de problemas locais com as realidades do Brasil. Isto pois, o efeito da aplicação de teorias estrangeiras em um país de realidade social diferente é imprevisível, ainda mais diante de crises econômicas. Motivo pelo qual os três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) passam a ser corresponsáveis.

3 POSICIONAMENTO DO STF SOBRE O TEMA

Como bem demonstrado no primeiro capítulo, o direito está em constante evolução e sua interpretação também. O que outrora era um sistema fechado de regras, passou a levar em conta os princípios e, atualmente, os fatos. Isto pois, o legislador, no ato da criação legislativa, carrega consigo uma imensa carga valorativa. Em vista disso, cabe também ao interprete da norma, no caso o julgador, analisar os fatos em conjunto com a regra, com o objetivo de encontrar possíveis inconstitucionalidade nos efeitos das leis.

O Brasil vivencia hodiernamente uma complexa crise econômica e moral, em um evidente estado de coisas inconstitucional.⁴ Dessa forma, os efeitos já podem ser sentidos pela camada mais vulnerável da sociedade. Isto porquê, qualquer forma de violação de direitos humanos e fundamentas geram graves prejuízos sociais. Ademais, também qualquer forma de inconstitucionalidade, seja ela do próprio texto normativo ou dos efeitos, são formas de violação da Constituição. Apesar de todas as bases acima expostas, que fundamentam a possibilidade do controle dos efeitos das leis, a doutrina pouco comenta sobre o tema e o STF parece demonstrar certa resistência.

O entendimento da Suprema Corte gera uma certa inquietude. Se o STF admite até a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, para não haver grande impacto social, deveria reconhecer também as inconstitucionalidades reflexa e dos efeitos. Por mais bem intencionado que seja o legislador, ele não está livre de gerar efeitos negativos com sua obra legislativa. Muitas vezes a lei pode ser constitucional, mas seus efeitos não, tendo estes seu controle de constitucionalidade prejudicado, por não afrontar diretamente a Constituição, mas indiretamente.

Assim, o presente capítulo visa fazer um fechamento do tema ora estudado, qual seja, o controle de constitucionalidade dos efeitos das leis. Para tanto, seguindo a linha de raciocínio das teorias que demonstram a possibilidade de sua ocorrência, primeiramente será exposta a teoria da modulação dos efeitos. Em seguida, a

⁴ Para fins de esclarecimento, o estado de coisas inconstitucional, originário da Corte Constitucional da Colômbia, “[...] decorre da constatação de violações generalizadas, contínuas e sistemáticas de direitos fundamentais, por vários órgãos estatais, demandando soluções estruturais igualmente amplas, para a solução dos problemas e supressão das omissões estatais.” (NUNES JUNIOR, 2019, p. 456).

inconstitucionalidade reflexa e, por fim, as evidências da aplicação do controle na prática.

3.1 A MODULAÇÃO DOS EFEITOS E A CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO

O ponto nevrálgico do controle de constitucionalidade está relacionado com os limites temporais dos efeitos da decisão de declaração de inconstitucionalidade, visto que tem gerado polêmica por longo período. Isto pois, determinadas decisões podem gerar um impacto muito grande, se imediatamente aplicadas. Via de regra, os efeitos são definidos a depender da natureza do ato inconstitucional. Nas palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

Para a doutrina clássica, que provém de Marshall, sendo nulo o ato inconstitucional, a decisão que tal reconhece é declaratória. Para a doutrina Kelseniana, sendo anulável *ex tunc* o ato inconstitucional, a decisão que tal reconhece o desconstitui, o desfaz. Tem caráter desconstitutivo, ou como alguns preferem, constitutivo-negativo. (FERREIRA FILHO, 2013, p. 69).

Assim, para melhorar a compreensão dos efeitos da decisão do controle de constitucionalidade, cabe destacar que os atos precisam respeitar três planos jurídicos, quais sejam, a sua existência, o de sua validade e o de sua eficácia. Ou seja, para que um ato tenha existência é necessário que cumpra os pressupostos materiais para adentrar no plano jurídico, sendo que a ausência desses pressupostos acarretará na inexistência do ato. Após, verifica-se a validade do ato, e por fim, se está apto à produção de efeitos. (BARROSO, 2016). Segundo o autor, os planos da existência e validade podem ser resumidos 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, 2016, p. 35)

Em vista disso, a inconstitucionalidade é um vício que desrespeita o plano da validade, sendo que a invalidade tem como resultado a nulidade ou anulabilidade do ato. Considerando que a inconstitucionalidade é uma grave afronta à Constituição, via de regra, adota-se como consequência a teoria da nulidade do ato. Para esta

teoria a decisão que reconhece a inconstitucionalidade tem caráter declaratório e, conseqüentemente, os efeitos serão *ex tunc*, ou seja, retroativos. Excepcionalmente, optou-se pela mitigações da teoria da nulidade em casos específicos e pontuais, pelo qual a decisão acarretará grave violação à segurança jurídica.

Com isso, diante da breve contextualização, como bem assevera Bulos, os efeitos variam de acordo o modelo de controle de constitucionalidade. Tradicionalmente, o controle difuso pode ter os seguintes efeitos: retroativos (*ex tunc*), desfazendo todas as ações do passado; vinculantes entre as partes (*inter partes*), só alcançando as partes envolvidas no litígio; prospectivos (*ex nunc*), só atingindo as relações jurídicas futuras; e gerais (*erga omnes*), só atingindo a todos depois que o Senado suspender a executoriedade da lei que foi declarada inconstitucional pelo STF (BULOS, 2018).

Em relação ao controle concentrado de constitucionalidade, podem operar os seguintes efeitos: gerais (*erga omnes*), alcançando a todos indistintamente de forma automática; reprecinatórios, revalidando normas revogadas; retroativos (*ex tunc*), alcançando as condutas do passado; prospectivos (*ex nunc*), alcançando os objetivos em um momento futuro; e vinculantes, submetendo as decisões do STF à toda comunidade (BULOS, 2018).

Assim, segundo Alexandre de Moraes, “os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle abstrato brasileiro são em regra: *erga omnes* (gerais), *ex tunc* (retroativos), vinculantes e reprecinatórios. (MORAES, 2015, p. 786). Todavia, diante das graves crises que assolam vários países, dentre eles o Brasil, a segurança jurídica e justiça são os valores basilares que sustentam o Estado democrático de direito.

Por conta disso, essa questão foi positivada, com a inovação legislativa trazida pela Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, a qual “dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.” (BRASIL, 1999). Nesse sentido, o artigo 27 da referida lei definiu que:

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)

Assim, a Lei 9868/99 trouxe como medida excepcional a possibilidade de restrição dos efeitos do reconhecimento da inconstitucionalidade, ou definidos o momento em que a decisão passará a produzir seus efeitos, com fundamento na segurança jurídica ou relevante interesse social. De tal sorte que atualmente o STF vem adotando medidas para atenuar os efeitos negativos que seriam gerados com a nulidade total de uma norma. Todavia, de fato é uma contradição o ato nulo ainda poder gerar efeitos até determinado instante (FERREIRA FILHO, 2013).

Mas como bem destaca Alexandre de Moraes, para que ocorra a modulação dos efeitos é necessário o respeito a dois requisitos constitucionais, quais sejam, formal e material. Para o requisito formal, necessário é que a decisão seja da maioria de dois terços dos membros do Tribunal. Além disso, em vista do requisito material, o caso deverá apresentar razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social (MORAES, 2015).

Além disso, também a Lei 9882/99 passou a regular a matéria, sendo que, em seu artigo 11, admite a modulação dos efeitos ao julgamento de arguição de descumprimento fundamental – ADPF, como medida excepcional, a fim de se garantir segurança jurídica ou excepcional interesse social (BRASIL, 1999). Destarte, com o passar do tempo, percebendo a necessidade de se evitar grandes impactos sociais com a inconstitucionalidade, o STF passou a adotar uma postura de modulação dos efeitos em suas decisões. Nesse sentido, Moraes destaca que:

Em relação a amplitude dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, excepcionalmente, o Supremo Tribunal Federal poderá afastar a regra geral no sentido dos efeitos gerais (*erga omnes*), para afastar a incidência de sua decisão em relação a algumas situações já consolidadas (garantia da segurança jurídica), ou ainda para limitar, total ou parcialmente, os efeitos temporais da declaração (*ex tunc*) ou os efeitos repressinatórios da decisão, declarando a validade de alguns atos praticados na vigência da norma (“modulação dos efeitos”). (MORAES, 2015, p. 789).

Dessa forma, a modulação dos efeitos da inconstitucionalidade passaram a se pautar na segurança jurídica ou no excepcional interesse social. O objetivo disso é o grande impacto que algumas leis ou atos podem gerar com sua inconstitucionalidade, o que acarretaria em alguns casos uma mudança abrupta. Destaque também se dá para o Código de Processo Civil de 2015, o qual prevê a modulação dos efeitos em seu artigo 927, § 3º, constando a seguinte redação:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

[...]

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

[...]

§ 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 (BRASIL, 2015)

Desta forma, a legislação infraconstitucional acabou por regular a modulação dos efeitos das decisões de controle de constitucionalidade. Todavia, o autor Calil Simão questiona acerca de uma possível inconstitucionalidade dessas leis, visto que são legislações infraconstitucionais regulando a Constituição, algo que deveria ser feito pelo constituinte derivado. Oportuno salientar que as constituições rígidas têm como característica primordial a sua dificuldade de alteração, não permitindo que a legislação infraconstitucional a modifique ou revogue (SIMÃO, 2015). Nas palavras do autor:

[...] a autorização legislativa transcende a campo da produção dos efeitos da espécie normativa infraconstitucional, porque quando o Poder Judiciário faz isso, a contrario sensu, está dispondo sobre os efeitos de determinada norma constitucional. Ele, na verdade, não modula apenas os efeitos da norma declarada inconstitucional, mas restringe os efeitos da norma constitucional. Somente assim será possível que a norma inconstitucional produza algum efeito jurídico (SIMÃO, 2015, p. 214).

Assim, para o autor, a determinação de como um dispositivo constitucional deverá produzir efeitos nas Constituições rígidas é obra do constituinte originário, não podendo ser feito por meio da legislação infraconstitucional. Consequência disso é a semelhança das Constituições rígidas com as flexíveis. Na Constituição Federal de 1988, a matéria foi constitucionalizada com a Emenda Constitucional (EC) nº 45, de dezembro de 2004, a qual promoveu a Reforma do Poder Judiciário. Em vista disso, o artigo 102, § 2º, da CF/88 passou a apresentar a seguinte redação:

As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão **eficácia contra todos e efeito vinculante**, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (BRASIL, 2004). [Grifo do autor]

Nesse sentido, é o julgamento dos Embargos de Declaração na ADI 3552/RN, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, julgado em 14/12/2018. Nesse caso, foi decidido pela inconstitucionalidade de leis estaduais do Estado do Rio Grande do Norte, as quais autorizaram a redistribuição de servidores em órgãos da Administração Pública sem concurso público, violando assim a Súmula Vinculante 43 do STF. No referido caso foi reconhecida a necessidade de modulação dos efeitos, sendo que, conforme afirmou o Ministro Roberto Barroso “[...] a não modulação dos efeitos do acórdão embargado enseja, de fato, cenário de consequências ainda mais indesejáveis que a perpetuação específica de determinadas situações já julgadas inconstitucionais. É que a efetiva confirmação da inconstitucionalidade das normas questionadas operou-se quase quatorze anos após o respectivo início de suas vigências” (BRASIL, 2018, p. 6). Em seu voto, disse:

A segurança jurídica, no ordenamento brasileiro, é um valor de inequívoca relevância e dimensão constitucional, fato ratificado pela própria previsão da Lei nº 9.868/1999, que, para preservação da segurança jurídica, permite o uso excepcional da técnica de modulação de efeitos em ações diretas de inconstitucionalidade, em situações igualmente excepcionais, como se revela o caso dos autos. Como adiantado, entendendo adequada e justificada a limitação da incidência do acórdão embargado. (BRASIL, 2018, p. 6-7)

Nos Embargos de Declaração na ADI nº 2791/PR, julgado em 22/04/2009, o relator, Ministro Gilmar Mendes, declarou que “parece evidente que o princípio da segurança jurídica tem aqui um peso incontestável, capaz de sobrepujar o próprio postulado da nulidade absoluta da lei inconstitucional”. Contudo, em seu voto, destacou que:

[...] o princípio da nulidade continua a ser a regra. O afastamento de sua incidência dependerá de um severo juízo de ponderação que, tendo em vista a análise fundada no princípio da proporcionalidade, faça prevalecer a ideia de segurança jurídica ou outro princípio constitucionalmente relevante, manifestado sob a forma de interesse social relevante. Assim, a não aplicação do princípio da nulidade não se há de basear em consideração de política judiciária, mas em fundamento constitucional próprio (BRASIL, 2009, p. 5)

Embora a modulação dos efeitos temporais tenha previsão expressa somente para o controle direto de constitucionalidade, nos termos da Lei 9868/99, o STF vem admitindo em diversos precedentes a sua utilização no controle incidental (BARROSO, 2016). Exemplo disso é o julgamento do RE 266994/SP, de relatoria do

Ministro Maurício Correa. Esse julgado se originou de uma ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual, visando reduzir o número de vereadores de treze para nove no Município de Teodoro Sampaio/SP, havendo incompatibilidade da população com o número de vereadores, por violação ao limite constitucional estabelecido no artigo 29, IV, CF/88 (BRASIL, 2004). Para melhor ilustrar, segue a ementa abaixo:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MUNICÍPIOS. CÂMARA DE VEREADORES. COMPOSIÇÃO. AUTONOMIA MUNICIPAL. LIMITES CONSTITUCIONAIS. NÚMERO DE VEREADORES PROPORCIONAL À POPULAÇÃO. CF, ARTIGO 29, IV. APLICAÇÃO DE CRITÉRIO ARITMÉTICO RÍGIDO. INVOCAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A POPULAÇÃO E O NÚMERO DE VEREADORES. INCONSTITUCIONALIDADE, INCIDENTER TANTUM, DA NORMA MUNICIPAL. EFEITOS PARA O FUTURO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. [...] 6. Fronteiras da autonomia municipal impostas pela própria Carta da República, que admite a proporcionalidade da representação política em face do número de habitantes. Orientação que se confirma e se reitera segundo o modelo de composição da Câmara dos Deputados e das Assembléias Legislativas (CF, artigos 27 e 45, § 1º). Inconstitucionalidade. 7. Efeitos. Princípio da segurança jurídica. **Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos ex tunc, resultaria em grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade.** Recurso extraordinário não conhecido (BRASIL, 2004) [grifo nosso].

Dessa forma, para que não houvesse grande impacto o STF decidiu pela modulação dos efeitos da decisão frente ao controle incidental, de modo que a Câmara de Vereadores adotasse a medida adequada para minimizar os impactos (BRASIL, 2004). Essa decisão utilizou como embasamento o RE 197917/SP, de relatoria do Ministro Maurício Corrêa, tendo o seguinte pronunciamento em seu voto: “a declaração de nulidade com os ordinários efeitos ex tunc da composição da Câmara representaria um verdadeiro caos quanto à validade, não apenas em parte, das eleições já realizadas, mas dos atos legislativos praticados por esse órgão sob o manto presuntivo da legitimidade.” (BRASIL, 2002). Assim, quando os efeitos da inconstitucionalidade trarão graves prejuízos se adotados de imediato, aplica-se a modulação dos efeitos.

Ademais, para que ocorra o controle de constitucionalidade no Brasil, deverá ser observada a cláusula de reserva de plenário, a qual, segundo o autor Uadi Lammêgo Bulos “[...] é o parâmetro normativo que estatui o quórum de votação para os membros de um tribunal declararem a inconstitucionalidade dos atos do Poder

Público. Trata-se de construção jurisprudencial da Suprema Corte norte-americana, chamada de regra do full bench (“composição plenária”), full court (“tribunal pleno”) ou julgamento en banc (“pela bancada”)” (BULOS, 2018, p. 386).

A cláusula de reserva de plenário além de estar prevista nos artigos 948 a 950 do CPC de 2015, tem previsão constitucional. Encontra-se estabelecido no artigo 97 da CF/88, sendo que “somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.” (BRASIL, 1988). Para Moraes, o desrespeito ao disposto legal acarretará nulidade absoluta da decisão. Segundo o autor:

Esta verdadeira cláusula de reserva de plenário atua como verdadeira condição de eficácia jurídica da própria declaração jurisdicional de inconstitucionalidade dos atos do Poder Público, aplicando-se para todos os Tribunais, via difusa, e para o Supremo Tribunal Federal, também no controle concentrado. (MORAES, 2015, p. 746)

Em vista disso, a depender dos votos poderá se determinar a amplitude da declaração de inconstitucionalidade. Conforme destaca Bulos, “[...] a declaração de inconstitucionalidade por maioria simples vigora somente no caso concreto. Já a declaração de inconstitucionalidade por maioria absoluta, além de vigorar no caso concreto, pode, sobrevivendo um segundo julgamento concordante, transformar-se em súmula, vinculando os órgãos fracionários do tribunal — câmaras, grupos, turmas ou sessões — em julgamentos futuros”. (BULOS, 2018, p. 387).

Levando-se em conta o que foi observado, se o STF admite até a modulação dos efeitos do ato inconstitucional, considerando os motivos de segurança jurídica, seria plausível também a possibilidade do controle de constitucionalidade dos seus efeitos. Já que, muitas das vezes, não é somente o texto legal que poderá ser declarado inconstitucional.

Visto que, a depender da interpretação atribuída ao texto, é possível que o texto de uma lei seja formal e materialmente constitucional, mas seus efeitos não. Parte-se do pressuposto que, quando uma lei que é material e formalmente constitucional produz efeitos inconstitucionais, também necessitará do controle de constitucionalidade para minimizar os prejuízos sociais que serão causados.

3.2 (IN)ADMISSIBILIDADE DA INCONSTITUCIONALIDADE REFLEXA

Conforme demonstrado no tópico anterior, a constante reflexão no direito moderno fez com que o STF relativizasse um entendimento que a um bom tempo já estava estabilizado, qual seja, da teoria da nulidade. O reconhecimento da inconstitucionalidade, via de regra, faz com que a lei ou o ato normativo seja nulo, operando efeitos retroativos *ex tunc*. Todavia, como medida excepcional, passou-se a aplicar a modulação dos efeitos em casos onde os efeitos retroativos seriam devastadores, adotando para esses casos efeitos *ex nunc*.

Dessa forma, conforme o exemplo da modulação dos efeitos, o tempo trouxe a percepção de que nem todos os casos são idênticos, e que valores como a segurança jurídica são importantes para a estabilidade do país. Nota-se ainda muita resistência do STF em alguns temas, mas com o tempo o rompimento de paradigmas e a alteração de precedentes se fazem necessários. Assim, destaca-se a existência da inconstitucionalidade direta e indireta, sendo que tem-se questionado da admissibilidade desta no ordenamento jurídico brasileiro. Assunto esse será debatido no presente tópico.

Para iniciar, importante trazer a conceituação do doutrinador Uadi Lammêgo Bulos. Para ele, “Inconstitucionalidade direta, que também pode ser chamada de expressa, imediata ou manifesta, é aquela que atinge dispositivo explícito da constituição.” (BULOS, 2018, p. 156). Como trata-se de uma evidente violação a Constituição, o STF tem a admitido em sua plenitude. Sendo, portanto, inquestionável a sua aplicação. O que discute-se neste tópico é acerca da possibilidade do controle indireto ou reflexo, o que ainda é divergente e ainda tem sofrido com a resistência por parte do STF na sua aplicação.

Essa diferenciação é importante para compreender a atual discussão do que vem a ser a inconstitucionalidade indireta, e qual forma de controle deverá ser adotada, seja o controle de constitucionalidade ou de legalidade. Segundo Sarlet:

Existe inconstitucionalidade indireta, também dita reflexa, quando o ato viola, em primeiro lugar, a norma a que está subordinada, e apenas indireta ou reflexamente a Constituição. É o que ocorre, em outras palavras, quando o ato, antes de negar a Constituição, desrespeita a lei [...] (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 1038).

Ou seja, não há uma violação como acontece na inconstitucionalidade direta, na qual existe um nexó imediato entre a norma constitucional e a Constituição. O que gera uma dificuldade de percepção, mas ela existe. Conforme Rodrigo Padilha:

[...] inconstitucionalidade reflexa é a hipótese de declarar inconstitucionalidade de norma que não possui ligação imediata com a Lei Mãe. Entre a Carta Política e a norma objeto de análise existe um ato normativo. Neste caminho, por exemplo, a possibilidade de analisar a constitucionalidade de decreto regulamentador fica reduzida, na medida em que o fundamento de validade imediato do decreto é a lei que este regulamenta; a Constituição da República seria só o fundamento de validade mediato desta norma. (PADILHA, 2018, p. 138).

Dessa forma, conforme o exemplo acima, o decreto regulamentar viola primeiro, de maneira imediata, a legislação ordinária. Sendo que a violação da Constituição ocorre apenas de maneira indireta. Em vista disso, tem-se entendido que deve haver, de regra, o controle de legalidade⁵ perante o STJ, ante a violação em um primeiro momento da legislação infraconstitucional. Excepcionalmente o STF tem admitido o controle de constitucionalidade do Decreto, quando este ultrapassar seu poder regulamentar (PADILHA, 2018).

Isto é, de certa forma, incoerente, já que muitas vezes os efeitos geram um impacto muito maior que a lei em tese. Consequência disso é uma certa insegurança jurídica social diante a inadmissão da inconstitucionalidade indireta, já que esta vem se tornando comum na atuação de chefes do Executivo despreparados, que não se atentam para a formalidade de seus atos. Nesse sentido é o julgamento do AgRg na ADI 2630/RJ, de relatoria do Ministro Celso de Mello, com a seguinte ementa:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO – JUÍZO DE CONSTITUCIONALIDADE QUE DEPENDE DE CONFRONTO ENTRE DIPLOMAS LEGISLATIVOS (...). Não se legitima a instauração do controle normativo abstrato, quando o juízo de constitucionalidade depende, para efeito de sua prolação, do prévio cotejo entre o ato estatal impugnado e o conteúdo de outras normas jurídicas infraconstitucionais editadas pelo Poder Público. [...] **A inconstitucionalidade deve transparecer, diretamente, do próprio texto do ato estatal impugnado.** (BRASIL, 2014, p. 1-2) [grifo do autor].

⁵ Conforme o autor Uadi Lammêgo Bulos, “Na inconstitucionalidade ferem-se preceitos da constituição — a norma de hierarquia máxima do ordenamento jurídico. Já na ilegalidade vulneram-se preceitos legais — normas de hierarquia inferior do ordenamento jurídico, submetidas à supremacia da *lex mater*.” (BULOS, 2018, p. 140)

Conforme exposto, para o STF a inconstitucionalidade indireta representa uma crise de legalidade e não de constitucionalidade. O que se viola primeiro, diretamente, é a lei, sendo a violação da Constituição secundária. Assim, a justificativa para tal incongruência jurídica pauta-se no princípio da especificação das normas, pelo qual devem haver ofensas concretas à Constituição para que a inconstitucionalidade ocorra (BULOS, 2018).

Apesar de o tema ser de grande relevância social, o STF não tem reconhecido a possibilidade de controle de constitucionalidade pela via indireta. Mas excepcionalmente o STF poderá realizar o controle de constitucionalidade do decreto regulamentador, quando esse extrapolar o poder regulamentar (PADILHA, 2018). Razão disso, é o artigo 49, V, CF/88, vez que, segundo esse artigo “É da competência exclusiva do Congresso Nacional: [...] V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;” (BRASIL, 1988).

O possibilidade do controle de constitucionalidade dos efeitos seria de grande benesse para a atual conjuntura econômica e política do Brasil, suprimindo lacuna que acabam gerando consequências negativas com os efeitos inconstitucionais. Essa lacuna jurídica, na maioria das vezes, nem foi cogitada pelos criadores da obra legislativa. Em julgamento recente da ADI 5904 ficou destacado o entendimento:

Agravo regimental em ação direta de inconstitucionalidade. Decisão agravada mediante a qual se negou seguimento à ação direta de inconstitucionalidade. Incisos I e II do art. 9º da Resolução nº 15/2018 GS/SEED da Secretaria de Educação do Estado do Paraná. Ato normativo de natureza secundária. **Ausência de autonomia nomológica. Necessidade de análise prévia de outras normas infraconstitucionais para verificar a suposta ofensa à Constituição Federal.** Ofensa reflexa. Crise de legalidade para cujo exame não se abre o controle concentrado de normas. Agravo regimental ao qual se nega provimento. 1. **A jurisprudência da Corte é pacífica no sentido de não se admitir o controle concentrado de normas secundárias, editadas com o fim de regulamentar a legislação infraconstitucional pertinente, tais como a resolução analisada na ADI, pois elas não retiram seu fundamento de validade diretamente da Constituição Federal.** 2. No caso dos autos, não é possível verificar as supostas inconstitucionalidades dos incisos I e II do art. 9º da Resolução nº 15/2018 GS/SEED da Secretaria de Educação apenas pelo confronto desse ato normativo com a própria Constituição Federal. Para que se evidenciem tais alegações, faz-se imprescindível averiguar como as Leis Complementares estaduais nº 174/2014 e nº 103/2004 dispuseram acerca da distribuição da carga horária entre os professores da rede pública de ensino e se a resolução objurgada dispôs de modo diverso sobre o tema [...]. (BRASIL, 2018) [grifo do autor].

Naquele julgado, ficou entendido que o controle de constitucionalidade se presta a corrigir antinomias que violam diretamente o texto constitucional. Quando a violação for secundária, cabe o controle de legalidade. Nesse sentido, também foi o julgamento do AgRg no Recurso Extraordinário nº 1194778/RS, julgado pela primeira turma do STF, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes. Nesse caso, ficou demonstrada que a matéria em primeiro plano questionava a Lei Federal 11.705/2008 (Lei Seca), ou seja, legislação infraconstitucional. A alegação de violação do princípio da legalidade restaria violado apenas em segundo plano. Portanto, restou assim ementado:

AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO FUNDAMENTAÇÃO A RESPEITO DA REPERCUSSÃO GERAL. INSUFICIÊNCIA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. SÚMULA 636 DO STF. OFENSA REFLEXA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. REAPRECIAÇÃO DE PROVAS. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 279 DO STF. 1. Os recursos extraordinários somente serão conhecidos e julgados, quando essenciais e relevantes as questões constitucionais a serem analisadas, sendo imprescindível ao recorrente, em sua petição de interposição de recurso, a apresentação formal e motivada da repercussão geral, que demonstre, perante o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, a existência de acentuado interesse geral na solução das questões constitucionais discutidas no processo, que transcenda a defesa puramente de interesses subjetivos e particulares. 2. A obrigação do recorrente em apresentar formal e motivadamente a preliminar de repercussão geral, que demonstre sob o ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, a relevância da questão constitucional debatida que ultrapasse os interesses subjetivos da causa, conforme exigência constitucional e legal (art. 102, § 3º, da CF/88, c/c art. 1.035, § 2º, do CPC/2015), não se confunde com meras invocações desacompanhadas de sólidos fundamentos no sentido de que o tema controvertido é portador de ampla repercussão e de suma importância para o cenário econômico, político, social ou jurídico, ou que não interessa única e simplesmente às partes envolvidas na lide, muito menos ainda divagações de que a jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL é incontroversa no tocante à causa debatida, entre outras de igual patamar argumentativo. 3. **"Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida"** (Súmula 636/STF). 4. **A matéria está situada no contexto normativo infraconstitucional, de forma que as ofensas à Constituição indicadas no recurso extraordinário são meramente indiretas (ou mediatas), o que inviabiliza o conhecimento do referido apelo.** 5. A reversão do julgado impõe o reexame do conjunto fático-probatório, inviável nesta via recursal, nos termos da Súmula 279 do STF (Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário). 6. O recurso não pode ser conhecido pelo permissivo da alínea b do inciso III do art. 102, da CF/1988, porquanto o Juízo de origem não declarou a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal. 7. Agravo interno a que se nega provimento (BRASIL, 2019) [grifo do autor].

Assim, o STF tem entendido que a violação indireta ou reflexa abriria muita margem para interpretação. Bulos ressalta que, para alguns autores a

inconstitucionalidade indireta fere o espírito da Constituição, o que para ele é inadmissível, pois seria um conceito vago (BULOS, 2018). Segundo o autor, o qual se alinha ao posicionamento do STF, “Não basta dizer que um diploma normativo é inconstitucional porque ofende o espírito da constituição. Esse argumento, além de vago e evasivo, renega o princípio da especificação das normas, alicerçado na necessidade de catalogar os ditames e preceitos constitucionais presumivelmente conspurcados pela atividade legiferante ordinária.” (BULOS, 2018, p. 157).

Outro precedente importante foi em 02/12/2016, com o julgamento do AgRg na ADPF 406/RJ, de relatoria da Ministra Rosa Weber. No caso, a Ministra entendeu que nesse caso não seria cabível o uso de ADPF, pois, questionava-se a constitucionalidade de lei municipal em face do Código Brasileiro de Trânsito – CTB, sendo que a violação a Constituição ocorreu apenas de maneira indireta (BRASIL, 2016). Em seu voto, disse:

Com efeito, a arguição de descumprimento de preceito fundamental desempenha, no conjunto dos mecanismos de proteção da higidez da ordem constitucional, específica função de evitar, à falta de outro meio eficaz para tanto, a perenização no ordenamento jurídico de comportamentos estatais – ostentem eles ou não a natureza de atos normativos – contrários a um identificável núcleo de preceitos – princípios e regras – tidos como sustentáculos da ordem constitucional estabelecida. O descumprimento de preceito fundamental acionador do mecanismo de defesa da ordem constitucional (art. 102, § 1º, da Carta Política) manifesta-se, pois, na contrariedade às linhas mestras da Constituição, àquilo que, **mesmo não identificado com esta ou aquela fração do texto positivado, tem sido metaforicamente chamado, por escolas do pensamento jurídico, de seu espírito. Pilares de sustentação, explícitos ou implícitos, sem os quais a ordem jurídica delineada pelo Poder Constituinte, seja ele originário ou derivado, ficaria desfigurada na sua própria identidade.** Não se pode, assim, vulgarizar o conteúdo do núcleo essencial merecedor da proteção singular da ADPF. (BRASIL, 2016, p. 15). [grifo do autor].

Outrossim, tem-se entendido que o espírito da Constituição no controle de constitucionalidade iria causar uma crise de identidade no texto normativo constitucional, o que, apesar das divergências, é de certa forma questionável. Uma solução para isso é o bloco de constitucionalidade. Para Bulos, a única forma de corrigir a inconstitucionalidade indireta é com a criação de um caminho específico, que levaria diretamente a Constituição. Segundo ele, “Se é certo que a constituição pode sofrer investidas implícitas no seu corpo normativo, mais exato ainda é que o remédio adequado para sanar a problemática trilha um caminho sobremodo preciso.” (BULOS, 2018, p. 158). Nas palavras do autor:

Esse caminho sobremodo preciso concerne à especificação do preceptivo violado pela atividade legislativa comum. Nesse passo, o que é oblíquo passa a ser palpável. Noutras palavras, se a ofensa oblíqua ou reflexa comprometer certos valores emanados de normas prescritas pelo constituinte e dessumidas da lógica geral do sistema, a exemplo da boa-fé (art. 37, caput), da razoabilidade (art. 5º, LIV), do ideário da paz entre os homens (art. 4º, VI), dentre tantos, restará ao Poder Judiciário defender a ordem constitucional transgredida. Todavia, a mera invocação subjetiva de argumentos abstratos, que apenas demonstram a existência de violações oblíquas ou reflexas ao texto da constituição, não servem de suporte para decretar a inconstitucionalidade das leis ou dos atos normativos. Numa palavra, a inconstitucionalidade indireta só pode ser aceita à luz do princípio da especificação das normas. Somente transgressões concretas à *lex mater* justificam seu reconhecimento. Nesse caso, a inconstitucionalidade deixa de ser implícita, oblíqua, reflexa, não manifesta, para transmutar-se numa inconstitucionalidade direta, explícita, manifesta. (BULOS, 2018, p. 158).

Assim, conforme todo exposto, apesar das divergências, a inconstitucionalidade indireta poderá ser em breve fruto de novos posicionamentos. Pois, não é somente uma violação do espírito da Constituição, mas muitas vezes, de princípios essenciais. Desse modo, para finalizar a pesquisa, a seguir o último tópico tratará das evidências do controle na prática.

3.3 EVIDÊNCIAS DO CONTROLE NA PRÁTICA

Conforme já demonstrado nos tópicos anteriores, o controle de constitucionalidade possui várias bases que o sustentam. Tanto a teoria do impacto desproporcional, quanto a modulação dos efeitos, revelam a possibilidade de se controlar os efeitos inconstitucionais. Estes, geram impactos de maneira sensível, mesmo não percebidos de maneira direta. Violam a Constituição e seus princípios basilares. Resta, portanto, evidenciada a necessidade de mais reflexão sobre o assunto.

A interpretação é essencial na aplicação da lei ao caso concreto, pois visa uma integração normativa, com respeito a Constituição. Uma interpretação errônea pode causar inconstitucionalidades não previstas pela regra. Além disso, até o Constituição necessita de uma interpretação correta. A depender da hermenêutica poderá se evitar distorções e incongruências que causam efeitos negativos perante a sociedade. Assunto esse, será debatido no presente tópico.

Como bem destaca Bulos, a inconstitucionalidade se expressa não somente na regra, mas também nas decisões judiciais. Todavia, existe a dificuldade em

fiscalizá-las, pois a aplicação de sanções específicas poderia, de certa forma, ocasionar uma ruptura no princípio da separação dos poderes. Nas palavras do autor:

A única via imediata para sanar o problema seria a formação de uma consciência constitucional plena. Antes mesmo de existirem instrumentos formais, que se repute aptos a realizar o controle de sentenças judiciais, impende reconhecer o valor da constituição, ou seja, a sua verdadeira importância no panorama do Estado Democrático de Direito. Sem isso, será impossível eliminar a celeuma, ainda quando se envidem nobilitantes esforços no sentido de erigir meios legais e processuais destinados a esse fim (BULOS, 2018, p. 189).

Apesar de ainda não ser pacífico o entendimento da possibilidade de controle de constitucionalidade das decisões judiciais, talvez em breve se perceba que não somente o legislador comete inconstitucionalidades, mas o julgador também. A modificação de entendimentos e interpretações, tem demonstrado a necessidade do Direito acompanhar a evolução social. Assim, percebe-se que o STF está aos poucos se atendo para os fatos, e logo mais talvez, para os efeitos.

Exemplo disso é o julgamento da ADPF 216/DF, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia. Para contextualizar, o caso teve início com a Medida Provisória 320/2006⁶, a qual iria modernizar e trazer algumas facilidades a legislação portuária. Todavia, essa MP perdeu sua eficácia em vista que o Senado não a converteu em lei no prazo de 60 dias. A ação foi proposta por entidades do setor, questionando o fato de que, apesar da rejeição da MP 320, algumas empresas conquistaram no Judiciário o direito de licenciamento do Centro Logístico Industrial Aduaneiro (CLIA). Para as entidades, as decisões deram interpretação equivocada ao artigo 62 da CF/88⁷. (BRASIL, 2018).

⁶ MP 320/2006 tratava da “movimentação e armazenagem de mercadorias importadas ou despachadas para exportação, o alfandegamento de locais e recintos, a licença para explorar serviços de movimentação e armazenagem de mercadorias em Centro Logístico e Industrial Aduaneiro”. (BRASIL, 2006).

⁷ Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001) [...]

§ 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001) [...]

§ 11. Não editado o decreto legislativo a que se refere o § 3º até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001) [...] (BRASIL, 2001).

Dessa forma, ficou entendido no julgamento da ADPF 216/DF, que é cabível ADPF para questionar interpretação judicial de norma constitucional (BRASIL, 2018). Ou seja, o STF inovou em sua moldura interpretativa, realizando no caso a interpretação da interpretação. Percebe-se que os fatos começaram a ter importância para a Suprema Corte. Se é cabível a correção de interpretação equivocada, também o poderia ser a correção dos efeitos inconstitucionais, visto que os efeitos resultaram de uma interpretação falha.

Ademais, outra decisão importante ocorreu em 06/10/2016, com o julgamento da ADI 4983/CE, de relatoria do Ministro Marco Aurélio. No caso, o STF julgou inconstitucional a lei do Estado do Ceará que regulamentava a prática da vaquejada, utilizando-se não apenas de raciocínio jurídico, mas também do conhecimento fático da realidade. O questionamento residia no fato da prática desportiva conhecida como vaquejada ser uma manifestação cultural amparada no artigo 215 da CF/88⁸ ou uma violação aos direitos dos animais e da proteção contra o tratamento cruel, conforme artigo 225 da CF/88⁹ (BRASIL, 2006).

No julgamento acima, por se tratar de um caso complexo, o STF fez um estudo do contexto fático e da realidade local daquela prática. A partir disso, entendeu o STF que trata-se de crueldade intrínseca na prática, o que violação dos direitos básicos dos animais, os quais eram submetidos a maus tratos, quedas e lesões que comprometem sua integridade. Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio declarou:

A par de questões morais relacionadas ao entretenimento às custas do sofrimento dos animais, bem mais sérias se comparadas às que envolvem experiências científicas e médicas, a crueldade intrínseca à vaquejada não permite a prevalência do valor cultural como resultado desejado pelo sistema de direitos fundamentais da Carta de 1988. O sentido da expressão “crueldade” constante da parte final do inciso VII do § 1º do artigo 225 do Diploma Maior alcança, sem sombra de dúvida, a tortura e os maus-tratos infringidos aos bovinos durante a prática impugnada, revelando-se intolerável, a mais não poder, a conduta humana autorizada pela norma estadual atacada. No âmbito de composição dos interesses fundamentais envolvidos neste processo, há de sobressair a pretensão de proteção ao meio ambiente. (BRASIL, 2006, p. 13).

⁸ Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. (BRASIL, 1988).

⁹ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (BRASIL, 1988).

Assim sendo, o STF teve de fazer um estudo de caso para compreender a verdadeira dimensão da inconstitucionalidade da vaquejada. Percebeu-se que, com o passar do tempo a vaquejada deixou de ser uma atividade de lida campeira, se tornando atualmente apenas um negócio lucrativo para algumas pessoas, que acabam por não se importar com o sofrimento dos animais. Além disso, buscou-se entender se realmente os maus tratos ocorriam na prática e quais os prejuízos aos animais, bem como, se iria abalar de grande forma a cultura local. Então, atribuiu-se nova interpretação ao termo “crueldade” previsto na Constituição, considerando que ele abrange também os maus tratos.

Por fim, diante de todo exposto, percebe-se que o STF está aos poucos considerando os impactos sócias de suas decisões. Assim, conforme os casos exemplificados, os fatos passaram a ganhar relevância na interpretação da regra, tendo com isso o fito de garantir uma boa aplicação normativa. Tudo leva a crer que, é possível o controle de constitucionalidade dos efeitos das leis, apesar de ainda haver uma certa resistência por parte do STF em reconhecê-lo.

CONCLUSÃO

Realizar o presente estudo possibilitou compreender a temática do controle de constitucionalidade sob outra ótica, especialmente quanto às lacunas existentes no direito que deveriam ser supridas pelo aplicador do direito, no seu labor interpretativo. A delimitação temática teve sob enfoque o controle dos efeitos e seus reflexos no direito brasileiro. Espera-se, por meio deste, a indagação sobre as possíveis soluções para corrigir os efeitos inconstitucionais das leis.

A presente pesquisa partiu da problemática se é juridicamente possível realizar o controle de constitucionalidade dos efeitos produzidos pelas Leis. Depois do exposto, obtêm-se resposta positiva, uma vez que o STF admite a modulação dos efeitos cujo procedimento encontra, inclusive, amparo legal (art. 27 da Lei nº 9.868/99), então, em tese, também seria possível o controle de constitucionalidade dos seus efeitos.

Além disso, é plenamente possível que o texto de uma determinada Lei seja constitucional, mas os efeitos por ela produzidos, não. Isso dependerá da interpretação adotada pelo aplicador do direito. Ademais, o STF, no exercício da sua Jurisdição Constitucional, não deve admitir que efeitos inadequados de uma determinada Lei afrontem diretamente a Constituição ou os princípios nela consubstanciados.

O fio condutor do presente trabalho é a separação do direito em dois planos, quais sejam, o teórico e o pragmático. Neste segundo plano é que os efeitos da aplicação das regras se evidenciam. Contudo, o controle de constitucionalidade somente tem se realizado no primeiro. O que causa certa estranheza, pois o plano pragmático não pode ser deixado de lado com o mero argumento de que estaria ampliando muito sua interpretação de maneira indefinida. Pois, a Constituição continua sendo o parâmetro, servindo de moldura interpretativa, conforme entendimento de Kelsen.

A pesquisa foi dividida em três capítulos: no primeiro houve uma contextualização dos aspectos históricos do controle de constitucionalidade, desde o movimento constitucionalista, juntamente com os pressupostos e algumas características do controle de constitucionalidade. Em seguida, realizou-se um apanhado geral da evolução do controle nas Constituições brasileiras, juntamente com os modelos de controle difuso e concentrado. Percebeu-se que todo o contexto

culminou com a Constituição democrática de 1988, a qual adotou um modelo misto de controle.

Ficou evidenciada que existe a separação entre regra e norma, sendo esta produto da interpretação do aplicador do direito. Logo, conforme a teoria da norma à luz da metódica estruturante de Friedrich Müller, toda norma é fruto da interpretação. Contudo, se essa for equivocada ou não avaliar as reais consequências em sua aplicação, poderá resultar em normas com efeitos inconstitucionais.

No segundo capítulo abordou-se especificamente o controle de constitucionalidade dos efeitos, com a contextualização dos limites e possibilidades que evidenciam a sua possibilidade no direito brasileiro, juntamente com o enquadramento de Kelsen. Ademais, abordou-se a teoria do impacto desproporcional como forma de contextualizar o tema, além da racionalidade das decisões.

No terceiro capítulo buscou-se demonstrar o posicionamento do STF sobre o tema, explanando a teoria da modulação dos efeitos, criação esta que permite alterar de modo excepcional os efeitos que de regra seriam *ex tunc* para *ex nunc*, com fundamento na segurança jurídica. O que de certa forma também é um dos fundamentos para que ocorra o controle dos efeitos. Além disso, abordou-se a inconstitucionalidade indireta ou reflexa e o entendimento do STF sobre. Por fim, verificou-se as evidências do controle de constitucionalidade na prática.

Por se tratar de um tema complexo e que despertou interesse do autor, espera-se em um momento futuro continuar a pesquisa, a fim de incrementá-la. Cabe destacar que no momento a pretensão não é esgotar o tema. Depois de todo exposto, obtêm-se resposta positiva. Contudo, por se tratar de um tema novo, a doutrina pouco tem explorado o tema e o STF ainda demonstra certa resistência, admitindo por ora somente o controle por afronta direta ao texto constitucional.

Conclui-se, portanto, que o controle de constitucionalidade dos efeitos das leis e demais atos do Poder Executivo é um importante instrumento para corrigir leis que sejam material e formalmente constitucionais, mas que tenham efeitos inconstitucionais. O assunto merece um amadurecimento no entendimento do STF, o qual aos poucos está percebendo dimensão constitucional que o impacto dos efeitos inconstitucionais acarretam ao contexto social. Pois, o que é inconstitucional precisa ser corrigido, não importando se o conteúdo for o texto ou os efeitos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA NETO, Manoel Carlos. **O novo controle de constitucionalidade municipal**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

BETIOLI, Antônio Bento. **Introdução ao direito: lições de propedêutica jurídica tridimensional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Constituição**. Brasília: Congresso Nacional, 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 05 maio 2019.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Comentários à Lei 13.655/2018, que alterou a LINDB prevendo normas de segurança jurídica na aplicação do direito público**. Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2018/04/comentarios-lei-136552018-que-alterou.html>. Acesso em: 23 maio 2019.

DELLORE, Luiz Guilherme. **Estudos sobre a coisa julgada e o controle de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1946 DF**, Plenário, Supremo Tribunal Federal, Relator: Min. Sydney Sanches. Julgado em 03/04/2003. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266805>>. Acesso em: 22 maio 2019.

_____. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2791 PR**, Plenário, Supremo Tribunal Federal, Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em 16/08/2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=392164>>. Acesso em 10 jun. 2019.

_____. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3552 RN**, Plenário, Supremo Tribunal Federal, Relator: Min. Roberto Barroso. Julgado em 17/03/2016. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10711135>>. Acesso em 24 jun. 2019.

_____. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4983 CE**, Plenário, Supremo Tribunal Federal, Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em 06/10/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798874>> Acesso em 24 jun. 2019.

_____. **Agravo Regimental na Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental 406 RJ**. Plenário, Supremo Tribunal Federal, Relator: Min. Rosa Weber, Julgado em 02/12/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12369341>>. Acesso em: 21 jun. 2019.

_____. **Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5904 PR**. Plenário, Supremo Tribunal Federal, Relator: Min. Dias Toffoli, Julgado em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5364227>>. Acesso em: 17 jun. 2019.

_____. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 1.194.778 RS**. Primeira Turma, Supremo Tribunal Federal, Relator: Min. Alexandre de Moraes, Julgado em 07/06/2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750108070>>. Acesso em: 20 jun. 2019.

_____. **Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental 186 DF**, Plenário, Supremo Tribunal Federal, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Julgado em 26/04/2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acesso em: 22 maio 2019.

_____. **Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental 216 DF**, Plenário, Supremo Tribunal Federal, Relator: Min. Cármen Lúcia, Julgado em 06/11/2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7342611>>. Acesso em 24 jun. 2019.

_____. **Decreto-lei nº 4.657**, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em 25 jun. 2019

_____. **Decreto nº 9830**, de 10 de junho de 2019. Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9830.htm>. Acesso em: 15 jun. 2019.

_____. **Lei n. 13.655**, de 25 de abr. de 2018. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-

2018/2018/lei/L13655.htm. Acesso em: 22 maio 2019.

_____. **Lei n. 9882**, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição 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: 26 maio 2019.

_____. **LEI Nº 9.868**, DE 10 DE NOVEMBRO DE 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF, nov. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9868.htm> Acesso em: 17 out. 2018.

_____. **Recurso Extraordinário 197917/SP**, Plenário, Supremo Tribunal Federal, Relator: Min. Maurício Correa, Julgado em 06/06/2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=235847>>. Acesso em: 25 maio 2019.

_____. **Recurso Extraordinário 266994/SP**, Plenário, Supremo Tribunal Federal, Relator: Min. Maurício Correa, Julgado em 31/03/2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=259195>>. Acesso em: 25 maio 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil – Volume Único**. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 39. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

FONTELES, Samuel Sales. **Caiu na prova do MP/BA (2015): O que é Teoria do Impacto Desproporcional?** Disponível em: <<https://blog.ebeji.com.br/caiu-na-prova-do-mpba-2015-o-que-e-teoria-do-impacto-desproporcional/>>. Acesso em: 22 maio 2019.

FREITAS, Vladimir Passos de. **Inclusão de dez artigos na Lindb traz importante inovação ao Direito brasileiro**. CONJUR. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-29/segunda-leitura-mudancas-lindb-inovam-direito-brasileiro>>. Acesso em: 23 maio 2019.

GUEDES, Luiza Helena da Silva. **Princípio da igualdade e a teoria do impacto desproporcional**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIX, n. 154, nov 2016. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18178&revista_caderno=9>. Acesso em maio 2019.

GUEDES, Luiza Helena da Silva. **Princípio da igualdade e a teoria do impacto**

desproporcional. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18178&revista_caderno=9> Consulta em: 18 out. 2018.

GUSMÃO, Paulo Dourado. **Introdução ao estudo do Direito.** 49. ed. ver. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado.** 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos da metodologia científica.** 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes.** 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito.** 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PADILHA, Rodrigo. **Direito constitucional.** 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional.** 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico.** 23° ed. São Paulo: Cortez, 2007.

SHMOLLER, Henrique. **Gênese do princípio da igualdade.** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XX, n. 164, set 2017. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19587&revista_caderno=9>. Acesso em maio 2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito constitucional positivo.** 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SIMÃO, Calil. **Elementos do sistema de controle de constitucionalidade.** 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. **Direito Processual Constitucional.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

TIMM, Luciano Benetti. **Direito e economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Introdução ao estudo do direito**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2019.