

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

GUILHERME HENRIQUE MALTAURO MOLINA CAMPOS

**EFICÁCIA TEMPORAL E MANIPULAÇÃO DOS EFEITOS NO CONTROLE
CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE**

CURITIBA

2015

GUILHERME HENRIQUE MALTAURO MOLINA CAMPOS

**EFICÁCIA TEMPORAL E MANIPULAÇÃO DOS EFEITOS NO CONTROLE
CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito,
Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade
Federal do Paraná (UFPR), como requisito parcial
à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Talamini.

CURITIBA

2015

TERMO DE APROVAÇÃO

GUILHERME HENRIQUE MALTAURO MOLINA CAMPOS

EFICÁCIA TEMPORAL E MANIPULAÇÃO DOS EFEITOS NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

Monografia apresentada à Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná (UFPR), como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, na presença da seguinte banca examinadora:

Prof. Dr. Eduardo Talamini

Orientador – Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade
Federal do Paraná (UFPR)

Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève

Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do
Paraná (UFPR)

Prof. Dr. Clayton de Albuquerque Maranhão

Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do
Paraná (UFPR)

Curitiba/PR, 02 de dezembro de 2015.

RESUMO

Diante de um conflito entre uma lei ou ato normativo com a Constituição, esta sempre deve prevalecer. É o que exige a sua supremacia; se violado algum de seus preceitos, deve ser restabelecida a harmonia, em razão da sua força normativa. O remédio adequado para isso é o controle de constitucionalidade. Trata-se de verificação da relação de compatibilidade de norma infraconstitucional com os preceitos da Carta da República. A teoria da nulidade, vertente afeta ao modelo norte-americano de constitucionalidade, determina que a norma inconstitucional não só é inválida, como nunca produziu efeitos. A sua retirada do ordenamento se daria por uma decisão declaratória, de efeitos *ex tunc*. Já a teoria da anulabilidade da norma inconstitucional, vertente afeta ao modelo austríaco, engendrado por KELSEN de controle de constitucionalidade, reconhece que a norma é inválida, mas que foi válida e produziu efeitos até a decisão que reconheceu a incompatibilidade com Constituição. A sua retirada do ordenamento se daria uma decisão constitutiva, de efeitos *ex nunc*. A eficácia retroatividade *ab initio* da decisão que declara a inconstitucionalidade pode implicar na violação de outros princípios igualmente de ordem constitucional como a *segurança jurídica*. Diante disso, a partir de raciocínio que envolve a supremacia da Constituição passou-se a modular temporalmente os efeitos da decisão de inconstitucionalidade. A técnica de modulação funciona como uma regra de calibração, justamente para conferir unidade e coesão, evitando a quebra de harmonia do sistema constitucional. As leis 9.868/1999 e 9.882/1999 positivaram a técnica de modulação, condicionando-a às hipóteses de *segurança jurídica* e *excepcional interesse social*. Essas fórmulas abertas exigem uma adequada fundamentação, de modo a abarcar os reflexos práticos da retroatividade absoluta da decisão. Fundamenta-se a necessidade de modular e fundamenta-se a fixação do marco temporal. Diante da eficácia vinculante e *erga omnes*, os efeitos são imediatos sobre as relações jurídicas constituídas sob a égide da norma inconstitucional. A relativização dessas relações deve ocorrer pela via rescisória, observando-se os requisitos desta ação.

Palavras-chave: Constituição; supremacia da Constituição; Supremo Tribunal Federal; controle de constitucionalidade; controle concentrado; eficácia retroativa; modulação dos efeitos; Lei 9.868/1999; Lei 9.882/1999; regra de calibração; dupla-fundamentação; redução da discricionariedade; ação rescisória; violação literal à Constituição.

ABSTRACT

When facing a conflict between a normative act or law against the Constitution, the Constitution must prevail. Its supremacy is established, if any of its basis is violated, harmony must be reestablished, based on its normative strength. The adequate remedy to be used for this purpose is the judicial review. This refers to the verification of the relationship between the infra-constitutional standard and the Constitution basis. The nullity theory flow influences the American judicial review model, points out that the unconstitutional standard is not only valid as it never provoked any effects. Being excluded from the established order comes to life based on declaratory decision effects, *ex tunc*. Yet the unconstitutional standard abulability theory, flow influences the Austrian judicial review model, minded by Kelsen, which established that the standard is not valid but that received a true validation and also provoked its effects toward a decision which recognizes its incompatibility with the Constitution. Its exclusion from the established basis would come to life based on a constitutive constitutional decision, *ex nunc*. The retroactive efficiency of the decision which declares an unconstitutionality could implicate other principle violation related to constitutional order as in juridical efficiency. Facing this fact, based on this thought which involves the constitutional supremacy, the process started to regulate the unconstitutional declaratory decision effects temporarily. The modulation technique works as a calibrated rule, just to verify the cohesion and unity, avoiding the harmony brake down of the constitutional system. The laws 9.868/1999 and 9.882/1999 positively establish a modulation technique, establishing a relation of the juridical security with an exceptional social interest. This open formula requires an adequate foundation, so that the practical effects of the absolute decision retroactivity can be targeted. It's established the modular need and the temporal frame foundation. In face of the relational efficiency *erga omnes*, there are immediate effects on the individual juridical relationships built upon the constitutional standard basis. The desconstitution of this relationships must occur through a rescindable mean observing the fact requirements.

Keywords: Constitution; constitutional supremacy; Brazilian Supreme Court; judicial review; abstract judicial review; retroactive efficiency; modulation technique; Law 9.868/1999; Law 9.882/1999; calibration rule; double foundation; administrative discretionary reduction; rescisory action; literally violation of constitutional norm.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO 1 – CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE:	
GENERALIDADES	11
1.1. A ORDEM JURÍDICA COMO UM SISTEMA DOTADO DE UNIDADE E COERÊNCIA.....	11
1.2. PREMISSAS NECESSÁRIAS AO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: SUPREMACIA E RIGIDEZ CONSTITUCIONAIS.	12
1.3. ASPECTOS LÓGICO-JURÍDICOS ACERCA DO VALOR DA NORMA INCONSTITUCIONAL.....	14
1.3.1 Norma jurídica.....	14
1.3.2 Plano da existência.....	15
1.3.3 Plano da validade.	15
1.3.4 Plano da eficácia.....	16
1.4. A EFICÁCIA RETROATIVA NO MODELO NORTE-AMERICANO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E O SEU PRIMEIRO PRECEDENTE: <i>MARBURY V. MADISON</i>	19
1.5. A EFICÁCIA PROSPECTIVA NO MODELO AUSTRIACO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: CONCENTRADO E ABSTRATO.....	22
CAPÍTULO 2 – A EFICÁCIA DAS SENTENÇAS NO MODELO BRASILEIRO DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE	26
2.1. A ADOÇÃO INICIAL DO MODELO DIFUSO.	27
2.2. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 16 DE 1965 E A INTRODUÇÃO DO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE.....	29
2.3. CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	30

2.4 A REGRA GERAL DA EFICÁCIA RETROATIVA.....	34
2.4.1 Efeitos temporais da Resolução do Senado Federal (CF, art. 52, X).	36
2.5 ATENUAÇÕES À TEORIA DA NULIDADE.....	37
2.6 AS LEIS N. 9.868 DE 10 DE NOVEMBRO DE 1999 E 9.882 DE DEZEMBRO DE 1999 E A CONSTITUCIONALIDADE DOS SEUS DISPOSITIVOS.....	41
CAPÍTULO 3 – MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DA DECISÃO NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE.....	45
3.1 FÓRMULAS DE CONTEÚDO ABERTO AO USO DA TÉCNICA DA MODULAÇÃO.....	45
3.1.1 Segurança jurídica.....	47
3.1.2 Excepcional interesse social.....	50
3.2 O DUPLO DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO E O ART. 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	52
3.3 A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO E A RESTRIÇÃO DOS EFEITOS EM CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE.....	53
3.4 MODULAÇÃO TEMPORAL COMO "REGRA DE CALIBRAÇÃO DO SISTEMA".....	54
3.5 REDUÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL A ZERO.....	58
3.6 A DESCONSTITUIÇÃO DA COISA JULGADA CONTRÁRIA A DECISÃO PROFERIDA PELO STF EM CONTROLE CONCENTRADO.....	62
3.7 NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – LEI 13.105/2015 E A MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DAS SENTENÇAS DECLARATÓRIOS DE INCONSTITUCIONALIDADE.....	69
CONCLUSÃO.....	74
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	77

INTRODUÇÃO.

O controle de constitucionalidade desenvolveu-se no ordenamento brasileiro, notadamente, a partir da teoria da nulidade da norma inconstitucional. Inspirado no modelo americano, a relação de validade entre uma regra infraconstitucional e a Constituição pautou-se pela supremacia da Constituição.

O caso *Marbury v. Madison*, de 1803, correspondeu ao precedente que deu início ao controle de constitucionalidade moderno. No seu julgamento, inspirado nos ideais de Alexander Hamilton e John Jay, consubstanciados no Federalista n. 78, John Marshall, Presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos, assentou a supremacia da Constituição perante todas as demais normas do ordenamento norte-americano, bem como afirmou a posição do Judiciário como o intérprete final da Constituição. Reconhecer que a norma inconstitucional produzia efeitos significaria afrontar a supremacia constitucional, razão pela qual o modelo erigiu-se voltado à aceção da nulidade da norma incompatível com a Constituição.

A partir de então, reconhecida a nulidade, bastava ao magistrado declará-la, o que inaugurou o controle difuso de constitucionalidade. A norma não produzia efeitos, portanto, qualquer juiz poderia reconhecer a sua invalidade. Como não produzia efeitos, a eficácia dessa declaração seria retroativa, *ex tunc*, de modo a alcançar situações que, amparadas no preceito inconstitucional, fora consolidadas.

Inicialmente este foi o modelo adotado introduzido no Brasil pela Constituição de 1891. A princípio cabia ao Supremo Tribunal Federal controlar a validade das normas parametrizada pela Constituição, mediante provocação por recurso extraordinário. Nesse sentido, cabe observar que, enquanto nos Estados Unidos o controle de constitucionalidade foi institucionalizado pela Suprema Corte, no Brasil o controle foi outorgado ao Supremo Tribunal Federal pela Constituição.

No entanto, o sistema norte-americano de controle de constitucionalidade não foi o único que subsistiu durante o Século XX.

Na Europa, inspirado em HANS KELSEN, estruturou-se um modelo organicamente concentrado. Caberia somente a uma Corte, de caráter constitucional, controlar a constitucionalidade das. De modo diverso ao modelo

americano, o sistema europeu desenvolveu-se a partir da teoria da anulabilidade da norma inconstitucional. A norma inconstitucional não só existiria como seria válida enquanto não declarada inconstitucional e, portanto, produziria efeitos. Qualquer que seja a teoria adotada, a questão se resolve no plano da validade.

KELSEN procurava logicamente extrair do controle de constitucionalidade a validade da norma inconstitucional. Se a norma fosse nula, nada poderia o direito dizer sobre ela. Mas, como ela é válida, necessita ser expurgada do ordenamento através da observância de determinado procedimento e competência para processamento do processo.

Nessa forma de controle, concentrado e abstrato, como a norma inconstitucional é válida, a decisão de inconstitucionalidade é constitutiva negativa e, assim, produziria, efeitos prospectivos *ex nunc*

Conquanto se tenha iniciado pelo modelo difuso, no Brasil, o controle concentrado foi introduzido através da Emenda Constitucional n 16 de 1965. Isso, sem que o Brasil se afastasse da regra geral da nulidade e da sua – consequente – eficácia retroativa.

Ocorre que a declaração e nulidade e a retroatividade *ab initio* da decisão de pronúncia de inconstitucionalidade no controle concentrado, diante da sua eficácia *erga omnes* e vinculante, implica na relativização de outros valores de ordem constitucional, como a *segurança jurídica*.

Assim, a fim de conferir interpretação harmoniosa entre os preceitos constitucionais e garantir a supremacia dos valores consubstanciados na Constituição, o Supremo Tribunal Federal passou-se a limitar temporalmente a *modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade*.

Essa técnica é uma reação – de caráter excepcional – do próprio sistema para garantir a unidade e coerência dos seus princípios constitucionais com a retroatividade da declaração de nulidade da norma inconstitucional. Trata-se de uma regra de calibração do sistema, orientada a mantê-lo hígido e harmônico.

A técnica, portanto, quando presentes os seus requisitos, se impõe, de modo que a discricionariedade do STF para o seu emprego se torna tão limitada que se pode dizer que chega a zero.

No presente trabalho, inicialmente, serão abordados alguns conteúdos fundamentais à compreensão do modelo de controle de constitucionalidade brasileiro e a posterior mitigação da eficácia *ex tunc* da declaração de

inconstitucionalidade. O estudo, ainda que em linhas gerais, de alguns critérios lógico-jurídicos, bem como de princípios como o da supremacia constitucional, mesmo que não seja suficiente, é necessário para adentrar ao campo do controle de constitucionalidade.

No segundo capítulo, serão traçadas notas históricas acerca da evolução da jurisdição constitucional no Brasil, para então, após passar pela introdução do controle concentrado, pela afeição à teoria da nulidade e a mitigação dos seus efeitos, abordar a técnica da modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade do controle concentrado, a partir da análise dos arts. 27 e 11, respectivamente das Leis 9.868/1999 e 9.882/1999 e a constitucionalidade destes dispositivos.

A modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade se insere num debate de conflito de princípios. Se por um lado a nulidade implica na invalidade e ineficácia *ab initio*, por outro lado, uma série de relações jurídicas foram travadas com amparo na norma inconstitucional, enquanto presumia-se que ela era dotada de validade.

No terceiro capítulo, o objeto será propriamente a técnica da modulação temporal dos efeitos. O tema é rico e cativante, embora, dentre os temas que envolvem a jurisdição constitucional, não tenha, por ora, recebido a devida atenção.

Tendo em vista as limitações impostas e os fins estabelecidos, o foco da presente monografia será a análise da eficácia e da modulação temporais da declaração de inconstitucionalidade em sede de controle concentrado realizado pelo Supremo Tribunal Federal.

Tais entraves de ordem metodológica não permitiram o aprofundamento em uma série de institutos historicamente conflituosos para a doutrina, sem, contudo, e sempre com a devida modéstia, isso possa ter impedido que se chegasse aos fins pretendidos.

Procurou-se fundamentar os posicionamentos adotados em doutrina e localizar, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, julgados a fim de, sobretudo, fomentar o debate em torno do tema da modulação temporal.

CAPÍTULO 1 – CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: GENERALIDADES.

1.1. A ORDEM JURÍDICA COMO UM SISTEMA DOTADO DE UNIDADE E COERÊNCIA.

A ordem jurídica pode ser visualizada como um sistema de normas não ordenadas num mesmo plano, mas em diferentes níveis, de maneira escalonada. Ao partir dessa asserção, HANS KELSEN aponta que a norma superior regula a produção da norma inferior. Dessa forma, conclui que unidade do sistema seria produto da relação de dependência que emerge da relação de validade entre uma norma produzida observando parâmetros de outra norma superior que, por sua vez, também fora criada respeitando os limites de outra norma que ocupava nível ainda mais acima, até chegar na norma fundamental, último fundamento de validade do ordenamento.¹ Mais do que um conjunto de normas, é um conjunto qualificado pelo inter-relacionamento e ordenação.²

Podemos, então, observar a ordem jurídica como um conjunto de elementos que se relacionam, compondo um todo coerente e unitário,³ de modo que, consubstanciada num sistema, pressupõe uma concatenação imanente na sua pluralidade de normas,⁴ o que também se exprime na circunstância de uma ordem jurídica descrita em proposições jurídicas que não se contradizem,⁵ devendo as suas porções conviver de maneira harmoniosa.⁶ A quebra da

¹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. (trad. J. Baptista Machado, da 2ª ed. alemã de *Reine Rechtslehre*, de 1960), 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987. p. 240.

² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 148.

³ VIEIRA, José Roberto. **A Noção de Sistema no Direito**. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Porto Alegre, Síntese, nº 33, 2000, p. 55.

⁴ CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito** (trad. A. Menezes Cordeiro, da 2ª ed. Alemã de *Systemdenken und systeivibegriff in der jurisprudentz* de 1983). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. LXIV. Para o autor, a idéia de sistema é a base de qualquer discurso científico, sobretudo, em razão do mínimo de racionalidade que exige a dogmática, da identificação de ações e de interações, do Direito como um sistema de comunicações, do tipo de pensamento do jurista e do apoio sociológico da estruturação jurídica.

⁵ KELSEN, Hans. Op. Cit., p. 220.

⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: Exposição Sistemática da Doutrina e Análise Crítica da Jurisprudência**. 2ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva. 2006. p. 1.

harmonia na qual subsistem as normas enseja um mecanismo de restabelecimento da ordem.

Dentre tais remédios, a ênfase, certamente, é do controle de constitucionalidade, que corresponde à verificação da relação de validade, em razão do escalonamento normativo, entre uma norma infraconstitucional e Constituição, portanto, entre normas de diferentes níveis hierárquicos.

Isto posto, verifica-se que num sistema normativo no qual a unidade se funda em uma hierarquia normativa, a validade do sistema decorre da subsunção de normas inferiores às superiores - e todo o sistema é submetido à observância da norma fundamental orientadora dessa ordem jurídica. Sendo a Constituição a norma máxima do sistema, todas as normas válidas devem obrigatoriamente estar em total concordância com os ditames nela propugnados.⁷

Entre uma norma de escalão superior e uma norma de escalão inferior não pode haver contradição porquanto a norma inferior extrai o seu fundamento de validade da norma hierarquicamente superior.⁸ Nesse caso, entre um ato normativo e a Constituição, é esta que sempre deverá prevalecer. O ato em desconformidade à norma parâmetro, ou seja, a Constituição, tornar-se-á ineficaz, será anulado ou nulificado, a depender do modelo de controle adotado. A força normativa da constituição não dispensa a conformação de toda a legislação à Constituição, especialmente aos princípios constitucionais.

1.2 PREMISSAS NECESSÁRIAS AO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: SUPREMACIA E RIGIDEZ CONSTITUCIONAIS.

LUÍS ROBERTO BARROSO indica duas premissas necessárias ao controle de constitucionalidade: a um, a supremacia e, a dois, a rigidez constitucionais. A supremacia revela que ocupa a posição hierárquica mais elevada dentro do sistema. Logo, dela se extrai o fundamento de validade de todas as demais normas, ou seja, nenhum ato poderia subsistir validamente se em desamparo à Constituição, vez que, como norma fundamental do sistema,

⁷ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 150.

⁸ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. (trad. J. Baptista Machado, da 2ª ed. alemã de *Reine Rechtslehre*, de 1960), 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987. p. 223.

regula a produção legislativa e de demais atos normativos, além de impor balizamentos ao seu conteúdo. Já a rigidez consiste na necessidade de um processo diferenciado de confecção de normas constitucionais sob o prejuízo de, se assim não fosse, inexistir diferenciação formal entre norma objeto e a norma objeto do controle e a norma parâmetro.⁹

Em última análise, a distinção entre uma constituição rígida e uma flexível é, justamente, a existência de um sistema de controle de constitucionalidade, nas primeiras, a preservar o texto constitucional.¹⁰

A supremacia das Cartas Constitucionais, por sua vez, entendidas como a *lex superior*, vinculatórias até para o legislador, corresponde à grande “descoberta” do pensamento moderno, segundo MAURO CAPPELLETTI, a quem todas as situações jurídicas deveriam se conformar aos princípios e preceitos constitucionais.¹¹ Isso, pois a concepção jurídica moderna determinava que a Constituição fosse o único fundamento de validade das normas inferiores.¹²

De fato, o princípio da supremacia constitucional constitui o alicerce em que se assenta o edifício do moderno Direito Público. Normas constitucionais se põem acima das demais normas jurídicas (hierarquia) e essa preeminência é que vai constituir superioridade da Constituição.¹³ Da supremacia se extrai que a Constituição deve ter preservada a sua força ordenadora e deve ser efetivamente obedecida, gerando efeitos na realidade social (constituição *normativa*).¹⁴

⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: Exposição Sistemática da Doutrina e Análise Crítica da Jurisprudência**. 2ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva. 2006. p. 1-2.

¹⁰ PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade: Conceitos sistemas e efeitos**. 2ª ed. rev. e ampl. e atual. de acordo com as Leis 9.868 e 9.882/99. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2001. p. 65.

¹¹ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Revisão de José Carlos Barbobaoreira. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1992 (reimpressão: 1999). p. 10.

¹² LAMY, Marcelo. **Sistema Brasileiro de Controle da Constitucionalidade**. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva, MENDES, Gilmar Ferreira e TAVARES, André Ramos (Coords.) *Lições de Direito Constitucional em Homenagem ao Jurista Celso Bastos*. São Paulo: Saraiva. 2005. p. 537.

¹³ PALU, Oswaldo Luiz. *Op. Cit.*, p. 22.

¹⁴ PALU, Oswaldo Luiz. *Op. Cit.*, p. 56.

1.3 ASPECTOS LÓGICO-JURÍDICOS ACERCA DO VALOR DA NORMA INCONSTITUCIONAL.

Convém formular algumas indagações acerca de aspectos lógico-jurídicos sobre o valor e eficácia dos quais se reveste a norma inconstitucional, bem como dos atos praticados sob a sua égide, porém antes de lhe ser declarada a inconstitucionalidade. Não há referência a um sistema jurídico específico, de modo que o estudo, nesse ponto, se limita ao problema da extensão teórico abstrata.

A necessidade justifica-se ao passo em que a proposta de estudo que envolve os efeitos da declaração em controle abstrato de constitucionalidade não pode se furtar de enfrentar algumas questões bastante consideradas pela doutrina.

Alguns conceitos lógico-jurídicos, que independem do direito positivo, são fundamentais à compreensão do tema, em especial a distinção entre os planos da existência, validade e eficácia dos atos jurídicos.

1.3.1 Norma jurídica.

Reconhece-se que alguns fatos, humanos ou naturais, que legitimamente se apreciam relevantes, são submetidos à normatividade do Direito e, então, alicerçados à categoria de fatos jurídicos. Pode-se compreender, portanto, por fato jurídico todo e qualquer fato, inserido em uma estrutura normativa, ou melhor, na definição de MIGUEL REALE, fato jurídico é todo e qualquer fato que, na vida social, venha a corresponder ao modelo de comportamento ou de organização configurado por uma ou mais normas de direito.¹⁵

Dentre os fatos jurídicos, aqueles que resultarem de manifestação de vontade denominam-se atos jurídicos e é nessa categoria que as normas jurídicas, que são atos emanados dos por órgãos dotados de competência, estão inseridas.¹⁶

¹⁵ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 201.

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: Exposição Sistemática da Doutrina e Análise Crítica da Jurisprudência**. 4ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 12.

As normas jurídicas, tal qual os atos jurídicos, podem ser analisados em três distintos planos: da sua existência, da sua validade e da sua eficácia.

1.3.2 Plano da existência.

Um ato jurídico passa a existir quando presentes elementos considerados indispensáveis a qualquer ato jurídico. Nele, necessariamente, estão presentes os elementos constitutivos definidos pela lei como causa eficiente para a sua incidência. Há elementos que se podem dizer *comuns* porque indispensáveis a todos os atos (como agente, objeto e forma) e elementos que se podem dizer *específicos*, que alguns atos específicos exigem.¹⁷ Presentes tais requisitos, a norma jurídica pode ser considerada um ato existente.

Importante destacar que o ato jurídico que se reconhece ser inexistente carece de algum elemento constitutivo, permanecendo juridicamente embrionário, ao contrário dos atos nulos ou anuláveis. Estes reúnem todos os seus elementos constitutivos, mas de maneira aparente ou inidônea a produzir efeitos válidos.¹⁸ Enquanto os atos nulos e anuláveis já entraram no domínio do Direito, e dele devem ser expurgados, os atos inexistentes não chega a ingressar no mundo jurídico, justamente porque lhes faltam elementos formadores.

1.3.3 Plano da validade.

No que tange à validade da norma, há de se verificar se, além de agente, objeto e forma, estão presentes os requisitos que a lei lhe atribuiu para que o ato fosse dotado de perfeição. Por exemplo, não basta o agente público para a edição de uma norma, mas sim, um agente dotado de competência. Não basta que uma regra jurídica se estruture, pois é indispensável que ela satisfaça a requisitos de validade, para que seja de observância imperativa.¹⁹

Ausente algum desses requisitos, a consequência é a invalidade do ato, ao qual se cominou a sanção de nulidade ou de anulabilidade a depender da

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., p. 12.

¹⁸ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 208.

¹⁹ REALE, Miguel. Op. Cit., p. 112.

gravidade da violação. É especificamente neste plano que se realiza a verificação de compatibilidade entre a Constituição e a norma infraconstitucional.

Sobre a diferença entre os planos da validade e da eficácia, são extremamente relevantes as lições de EDUARDO TALAMINI:

"Segundo formulação tradicional, quando o ato se reveste de um mínimo de elementos que permitem enquadrá-lo na hipótese de incidência normativa (i.e., "*esiste come fattispecie*"), mas está privado de (ou lhe estão viciados) determinados requisitos, ele é inválido. Já quando o que se tem é apenas a "vazia aparência" do ato, sem que sequer estejam de fato presentes os elementos nucleares para a sua configuração, se está diante da inexistência jurídica. Trata-se de considerar como níveis distintos o plano da existência e o plano da validade. Um primeiro passo reside em definir se o ato concreto contém os elementos mínimos essenciais para corresponder à moldura da sua descrição normativa. Em caso positivo, ele juridicamente existe; pertence ao sistema. O passo seguinte consiste em verificar se estão presentes os seus demais traços (requisitos) descritos normativamente. Se estiverem, o ato é válido".²⁰

REGINA NERY FERRARI afirma que o caso mais grave de invalidade é a falta de concordância com os preceitos da Constituição, pela importância que os preceitos nesta contidos possuem no contexto do sistema normativo, cuja harmonia advém do respeito que as normas inferiores devem ter pelas normas superiores, bem como da unidade do sistema, que decorre da observância da sua norma fundamental por todo o sistema, ou seja, dos preceitos constitucionais.²¹

A invalidade é a antítese da validade. Quando o ato em invalido em face da lei, diz-se que é ilegal; quando invalido em face da Constituição, inconstitucional. Invalidação – e assim, pois, a *invalidação por inconstitucionalidade* – é, portanto, uma forma de expelir norma descompassada com a Constituição.²²

1.3.4 Plano da eficácia.

²⁰ TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 281.

²¹ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 151

²² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Leis Originariamente Inconstitucionais Compatíveis com Emenda Superveniente**. In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, jan-mar, 1999. p.89.

Já a eficácia funda-se na capacidade de atingir os objetivos previamente fixados como metas. No caso das normas, equivale a atingir o escopo por ela traduzido, que, em última análise, corresponde à vontade do legislador.²³

Porquanto a Constituição, compreendida como norma suprema, seja o elemento de coesão e unidade do sistema, o ato jurídico que com ela colidir, invariavelmente, será eivado de invalidade. Essa invalidade, como já mencionado, tem por corolário nulidade ou a anulabilidade.

Enquanto na *inexistência*, o ato não produz efeito algum desde a origem, independentemente de declaração de inconstitucionalidade por qualquer órgão, e todos puderem se opor a ele e a sua execução, o ato *nulo* também não produz efeito algum desde a sua edição, mas é indispensável a sua declaração de inconstitucionalidade por órgão competente. O ato *anulável*, a sua vez, somente deixa de produzir efeitos quando declarado inconstitucional.

Nada obstante, anota TALAMINI que a distinção entre nulidade e anulabilidade deve ser compreendida com cautela, eis que padece de ranço privatista, quando a declaração de inconstitucionalidade não se baliza por interesse público ou privado, senão pela manutenção das suas normas fundamentais. Menos ainda serve a distinção para que seja atribuída eficácia *ex nunc* ou *ex tunc* da decisão de pronúncia de inconstitucionalidade, uma vez que inclusive Hans Kelsen, a quem cabe a teoria da anulabilidade da norma inconstitucional reconhecia que a anulação poderia gerar efeitos que retroagem no tempo. Mas não só, o próprio Código Civil de 2002 admite que certos a anulação pode ter eficácia retrospectiva. (CC, art. 182).²⁴

Conclui TALAMINI que a compreensão do tema, ainda quando se pretenda conferir-lhe a roupagem de teoria geral, acaba influenciada pelas

²³ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 5^o ed. São Paulo: Malheiros. 2001. p. 66.

²⁴ TALAMINI, Eduardo. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). **Direito Constitucional Brasileiro: volume II: Organização do Estado e dos Poderes**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 669-705, p. 670. No mesmo sentido: "Admitindo a nulidade como a sanção que pune a lei ou ato produzido em desconformidade com o ordenamento jurídico, é necessário considerar que não se pode empregar, sem reservas, no âmbito do direito público a teoria das nulidades elaborada no plano do direito civil. Isso porque, embora havendo comunhão de origens, a construção civilista não deve ser transplantada para o campo do direito público sem limitações, já que nem sempre a nulidade do direito civil pode ter o mesmo efeito quanto à sua equivalente no direito público, pois as maiores divergências entre ambas são aquelas referentes aos efeitos das mesmas". (FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. 5^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 152)

peculiaridades do direito positivo, de modo que a questão não se envolve somente por aspectos lógico-jurídicos da norma, mas também por aspectos jurídico-positivos.²⁵

Contudo, para o processualista, o debate, à forma como se apresenta neste trabalho, consiste em definir se, através do controle direto e abstrato, o pronunciamento que reconhece a inconstitucionalidade produz efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*, o que é tradicionalmente discutido em termos de natureza declaratória ou constitutiva, respectivamente, do pronunciamento da inconstitucionalidade.²⁶

Sem a pretensão de aprofundar sobre as sentenças declaratórias e constitutivas, uma vez que o problema que o debate aqui narrado restringe-se aos efeitos de tais sentenças no tempo. A declaratória apenas declara o direito preexistente e tem como efeito pôr fim à incerteza. Já a constitutiva, ao seu turno, ao declarar o direito, modifica o estado jurídico anterior à sua pronúncia.

Assim, a vista da sua natureza, as sentenças constitutivas operam efeitos *ex nunc*. Todavia, mesmo que lhes seja normal o efeito voltado ao futuro, a sua essência reside na produção de um estado jurídico que inexistia anteriormente à decisão. Em via oposta, a declaratória ao eliminar a incerteza sobre a existência ou não de uma relação jurídica, restabelecendo o direito objetivo, declara nulos desde o início os atos praticados, de forma a não poderem produzir efeitos jurídicos,²⁷ nesse caso o Judiciário nada faz, apenas verificou e declarou o que é. Por isso o efeito da sentença declaratória é *ex tunc*.

Enquanto a teoria da nulidade da norma inconstitucional está especialmente sintonizada com o modelo americano de controle de constitucionalidade, de sentença declaratória voltada ao passado, a teoria da anulabilidade está intimamente conectada ao modelo austríaco, formulado por KELSEN, de sentença constitutiva e voltada ao futuro.²⁸

²⁵ TALAMINI, Eduardo. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). **Direito Constitucional Brasileiro: volume II: Organização do Estado e dos Poderes**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 669-705, p. 671.

²⁶ TALAMINI, Eduardo. Op. Cit. p.670

²⁷ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 164-170.

²⁸ TALAMINI, Eduardo. TALAMINI, Eduardo. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). **Direito Constitucional Brasileiro: volume II: Organização do Estado e dos Poderes**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 669-705. p.671

1.4 A EFICÁCIA RETROATIVA NO MODELO NORTE-AMERICANO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E O SEU PRIMEIRO PRECEDENTE: *MARBURY V. MADISON*.

A discussão sobre o controle de constitucionalidade, invariavelmente, implica em rememorar o precedente norte-americano do caso *Marbury v. Madison*, de 1803. Nesta decisão, a Suprema Corte dos Estados Unidos assentou a sua posição de intérprete final da Constituição, fixando a sua competência para exercer o controle de constitucionalidade das leis infraconstitucionais, poder que não era conferido de forma explícita pela Constituição. Ao julgar, a Suprema Corte procurou demonstrar que a atribuição decorreria logicamente do sistema,²⁹ dando força³⁰ à disposição do art. VI, 2, da Constituição do país.³¹

O caso *Marbury v. Madison* inaugurou o controle de constitucionalidade moderno. Tratou-se de julgado em que se refutou a aplicabilidade de leis que se reputaram inconstitucionais, sob o reconhecimento da supremacia da Constituição e a prevalência dos valores nela consubstanciados sobre as vontades circunstanciais de grupos legislativos majoritários. Consignou-se que, em razão da supremacia das normas constitucionais, diante de um conflito entre uma lei infraconstitucional e a Constituição, ao intérprete judicial caberia resolver a antinomia, sempre de modo fazer prevalecer os mandamentos constitucionais.

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: Exposição Sistemática da Doutrina e Análise Crítica da Jurisprudência**. 4ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 5.

³⁰ Ressalta-se que a decisão do magistrado Marshall não deu, propriamente, eficácia à norma do art. VI, 2, da Constituição Norte-americana, na forma literal do termo, eis que todas as normas constitucionais, sejam regras ou princípios, desde a sua edição são dotadas de eficácia, seja plena, contida ou limitada. Nesse sentido, José Afonso da Silva leciona que: "(...) não há norma constitucional destituída de eficácia. Todas ela irradiam efeitos jurídicos, importando sempre uma inovação na ordem já preexistente à entrada em vigor da constituição a que aderem e a nova ordenação instauro. O que se pode admitir é que a eficácia de certas normas constitucionais não se manifesta na plenitude dos efeitos jurídicos pretendidos pelo constituinte enquanto não se emitir uma normação jurídica ordinária ou complementar executória, prevista ou requerida" (SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros. 2001. p. 81-82).

³¹ Em tradução livre, prescreve o art. VI, 2, da Constituição dos Estados Unidos que: "Esta Constituição e as leis complementares e todos os tratados já celebrados ou por celebrar sob a autoridade dos Estados Unidos constituirão a lei suprema do país; os juizes de todos os Estados serão sujeitos a ela, ficando sem efeito qualquer disposição em contrário na Constituição ou nas leis de qualquer dos Estados".

Ocorre que as ideias consubstanciadas na primorosa argumentação utilizada pelo juiz John Marshall para fundamentar a decisão da Suprema Corte – e por ela postas em prática – já haviam sido analisadas, todavia, apenas num plano exclusivamente teórico, por ALEXANDER HAMILTON, JAMES MADISON e JOHN JAY, no *O Federalista*. Especificamente, no artigo *Federalista n. 78*, por A. HAMILTON, são registradas idealizações acerca da lógica da supremacia constitucional e de reconhecimento de que compete ao Poder Judiciário a guarda das proposições da Constituição.³²

Nenhum ato normativo contrário à Constituição pode ser válido. Como a consequência da invalidade é a anulabilidade ou a nulidade, considerando que admitir a aplicação de um ato normativo inconstitucional resultaria na negativa de vigência da Constituição naquele mesmo período, em relação à matéria, seria lógico que apenas se reconhecesse que o ato nunca produziu efeito algum, ou seja, a sua nulidade. A teoria constitucional não poderia com tal contradição sem sacrificar o postulado de supremacia, sobre o qual se assenta.³³

Corolário natural da teoria da nulidade é que a decisão que reconhece a inconstitucionalidade tem caráter declaratório – e não constitutivo. O interesse do autor se limita à obtenção da tutela jurisdicional a ser fornecida mediante uma declaração judicial acerca da existência ou inexistência de determinada relação

³² Sobre a supremacia constitucional, ressalta Alexander Hamilton, em *O Federalista*, que: “Todo ato de uma autoridade delegada contrário aos termos da comissão é nulo. Esse princípio é indubitável; e, portanto, todo o ato do corpo legislativo, contrário à Constituição, não pode ter validade. Negar isso seria o mesmo que dizer que o delegado é superior ao constituinte, o criado ao amo, os representantes do povo ao povo que o representam; ou que aqueles que obram em virtude de poderes delegados, tanta autoridade têm para o que esses poderes autorizam, como para o que eles proíbem”. Já sobre o Judiciário como intérprete último da Constituição: “Muito mais razoável é a suposição de que a Constituição quis colocar os tribunais judiciais entre o povo e a legislatura, principalmente para conter essa última nos limites de suas atribuições. A Constituição é e deve ser considerada pelos juizes como lei fundamenta; e como a interpretação das leis é a função especial dos tribunais judiciais, a eles pertence determinar o sentido da Constituição, assim como de todos os outros atos do corpo legislativo. Se entre essas leis se encontrarem algumas contraditórias, deve preferir aquela cuja observância é um dever mais sagrado; que é o mesmo que dizer que a Constituição deve ser preterida a um simples estatuto; ou a intenção do povo à dos seus agentes” (HAMILTON, Alexander, MADISON, James e JAY, John. **O Federalista**. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira, Belo Horizonte: Líder, 2003. p. 459-460).

³³ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: Exposição Sistemática da Doutrina e Análise Crítica da Jurisprudência**. 4ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 16.

jurídica. Não interesse um pronunciamento de caráter constitutivo negativo, tampouco condenatório.³⁴

Ou seja, a declaração de inconstitucionalidade limita-se a reconhecer uma situação preexistente.

Como consequência, seus efeitos se produzem retroativamente, eis que, como regra, não serão admitidos efeitos válidos à lei inconstitucional.³⁵

Assim, amparado na teoria da nulidade das normas inconstitucionais, o modelo norte-americano, exposto pelo caso *Marbury v. Madison*, deu azo a um sistema difuso de controle, no qual, numa situação concreta, todos os membros do Poder Judiciário são competentes para declarar a invalidade das leis emanadas pelo Poder Legislativo, se estas, após o juízo de compatibilidade, restarem em desconformidade aos preceitos constitucionais. O pronunciamento judicial teria natureza declaratória e eficácia retroativa (*ex tunc*); caberia ao Judiciário, no momento da decisão declarar que, desde o seu nascimento, a norma já era inconstitucional.

A discussão acerca da constitucionalidade de uma norma no controle por via incidental configura questão *prejudicial*, cujo equacionamento subordina logicamente o resultado da demanda.³⁶ O controle incidental de constitucionalidade é exercido no desempenho normal da função jurisdicional. Pressupõe, assim, a existência de um processo, uma ação judicial e um conflito de interesses no âmbito do qual se tenha sido suscitado o controle de constitucionalidade de lei que deveria reger a disputa.³⁷

O Brasil, por sua vez, insere-se no contexto da teoria geral da nulidade, inclusive pela original influência do modelo americano,³⁸ no início da República quando RUY BARBOSA asseverou que “toda medida legislativa, ou executiva,

³⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues e TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento** (vol. 1). 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 179

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: Exposição Sistemática da Doutrina e Análise Crítica da Jurisprudência**. 4ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 16.

³⁶ BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., p. 154.

³⁷ BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., p. 89.

³⁸ TALAMINI, Eduardo. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). **Direito Constitucional Brasileiro: volume II: Organização do Estado e dos Poderes**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 669-705, p. 671.

que desrespeitar precedentes constitucionais, é, de sua essência, nula”.³⁹ Reputava-se que a lei nula não poderia produzir efeitos válidos, motivos pelo qual se tornava irrelevante pretender regular as situações já consolidadas no tempo.⁴⁰ Mas, a aplicação dessa tese não é absoluta.

A Lei 9.868 de 1999 acabou por incrementar o debate nacional ao outorgar para o STF a competência para modular temporalmente os efeitos da decisões proferidas em ações diretas de constitucionalidade.⁴¹

De todo modo, em emblemático voto proferido no RE 197.917, GILMAR MENDES utilizou-se da doutrina americana para tratar da atenuação à teoria da nulidade e a possibilidade de modulação temporal dos efeitos desta decisão no seio do controle difuso:

"A jurisprudência americana evoluiu para admitir, ao lado da decisão de inconstitucionalidade com efeitos retroativos amplos ou limitados (*limited retrospectivity*), a superação prospectiva (*prospective overruling*), que tanto pode ser limitada (*limited prospectivity*), aplicável aos processos iniciados após a decisão, inclusive ao processo originário, como ilimitada (*purê prospectivity*), que sequer se aplica ao processo que lhe deu origem".⁴²

Contudo, o *judicial review* não foi o único sistema de controle de constitucionalidade orientado à defesa da concepção moderna de Constituição. Outro modelo, inspirado, sobretudo, nas teorizações de HANS KELSEN, expandiu-se ao longo do século XX, principalmente pelos países europeus.

1.5 A EFICÁCIA PROSPECTIVA NO MODELO AUSTRIACO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: CONCENTRADO E ABSTRATO.

³⁹ BARBOSA, Ruy. **Os Actos Inconstiticionaes do Congresso e do Executivo Ante a Justiça Federal**. Rio de Janeiro: Companhia Impressora, 1893. p. 47 apud BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., p. 18.

⁴⁰ APPIO, Eduardo. **Controle de Constitucionalidade: Modulação dos Efeitos, Uniformização de Jurisprudência e Coisa Julgada**. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 16.

⁴¹ Lei 9.868/1999: “Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

⁴²STF, RE 197.917, Relator: MAURÍCIO CORRÊA, julgado em 06/06/2002, TRIBUNAL PLENO, DJ 07/05;2004

KELSEN engendrou um controle de constitucionalidade concentrado, quanto à sua forma de organização. Caberia somente a uma Corte, com exclusividade, a jurisdição constitucional.⁴³ Ainda em contraponto à teoria da nulidade, consolidada pela jurisdição constitucional norte-americana, o modelo do Fundador da Escola de Viena alicerçou-se na vertente da anulabilidade da norma inconstitucional e uma norma jurídica em regra somente é anulada com efeitos para o futuro (*ex nunc*).

De acordo com KELSEN, pautado, em especial, na lógica hermenêutica, se a norma inconstitucional fosse nula, nada o Direito poderia fazer sobre ela, uma vez que não seria, nem sequer, uma norma jurídica e, dessa forma, não poderia ser objeto de controle de constitucionalidade.⁴⁴ Conclui, assim, o autor que mesmo a norma inconstitucional seria válida.⁴⁵

Parte o autor do pressuposto de que tudo que o legislativo edita como lei há de valer como lei no sentido da Constituição, ainda que a norma editada não seja conforme as normas da Constituição que regulam o processo legislativo e o conteúdo das leis. Isso, pois a unidade escalonada cinge-se a saber se um ato normativo inferior observa as balizas impostas pelo ato de hierarquia superior, mas essa recondução ao nível superior deve ter um fim, devem haver órgãos legislativos, administrativos ou jurisdicionais de vértice, que se afirmam como supremos justamente porque as normas por ele emanadas.

Nesse sentido, a norma, desde a sua edição seria constitucional e, tanto válida seria, que a sua retirada no ordenamento só poderia ocorrer através órgãos aos quais, através da Constituição, foi outorgado competência para tanto.

⁴³ Argumenta o autor que “Se o controle de constitucionalidade das leis é reservado a um único tribunal, este pode deter a competência para anular a validade da lei reconhecida como “inconstitucional” não só em relação a um caso concreto mas em relação a todos os casos a que a lei se refira – quer dizer, para anular a lei como tal”. (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. (trad. J. Baptista Machado, da 2ª ed. alemã de Reine Rechtslehre, de 1960), 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987. p. 290.)

⁴⁴ “Mas uma ‘norma contrária às normas’ é uma contradição nos termos; e uma norma jurídica da qual se pudesse afirmar que ela não corresponde à norma que preside à sua criação não poderia ser considerada como uma norma jurídica válida – seria nula, o que quer dizer que nem sequer seria uma norma jurídica” (KELSEN, Hans. Op. Cit., p. 284.). E reitera o autor: “De uma lei inválida não se pode, porém, afirmar que ela é contrária à Constituição, pois uma lei inválida não é sequer uma lei, porque não é juridicamente existente e, portanto, não é possível qualquer afirmação jurídica sobre ela” (KELSEN, Hans. Op. Cit., p. 287).

⁴⁵ Sobre a anulabilidade da norma, anota Kelsen que: “Se a ordem jurídica, por qual motivo, anula uma norma, tem de (...) considerar esta norma primeiramente como norma jurídica objetivamente válida, isto é, como norma jurídica conforme ao Direito” (KELSEN, Hans. Op. Cit., p. 284)

Diante desta exposição, aponta o autor que: “Uma tal lei pode permanecer em vigor e ser aplicada durante muitos anos antes que seja anulada pelo tribunal competente como ‘inconstitucional’”.⁴⁶

Em sentido oposto, o próprio autor, embora teça considerações como “Algo que de fato aconteceu não pode ser transformado em não-acontecido”,⁴⁷ reconhece na sua doutrina que a anulabilidade pode ter diferentes graus, de modo que uma norma pode ser anulada com efeitos *ex tunc*.⁴⁸ Entretanto, deixa expressa a ressalva de que ela jamais foi nula desde o início.

Assim, diferente do modelo americano, a regra de matriz Kelseniana pressupõe uma decisão que não apenas se limita a declarar uma situação, mas que também é dotada de eficácia constitutiva, a medida em que é objeto do controle a validade do ato normativo que inicialmente se reputa válido.⁴⁹

Ainda, o jurista reconhece a nulidade como o grau mais alto da anulabilidade,⁵⁰ uma vez que o Tribunal Constitucional poderia anular uma norma com efeitos retroativos, de forma tal que os efeitos jurídicos que ela deixou atrás de si fossem destruídos,⁵¹ o que não teria o condão de afastar a premissa de que ela foi válida até o momento de sua anulação.

Pode-se concluir, portanto, que KELSEN presta-se a evidenciar que a norma jurídica eivada de inconstitucionalidade existe e, por ser existir, integra o ordenamento jurídico. Porém, a crítica que se opõe é a de que o jus-positivista confunde o plano da *validade* com o da *pertinência* da norma como integrante

⁴⁶ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. (trad. J. Baptista Machado, da 2ª ed. alemã de *Reine Rechtslehre*, de 1960), 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987. p. 290.

⁴⁷ KELSEN, Hans. Op. Cit., p. 284.

⁴⁸ Acerca da anulabilidade com efeitos pretéritos, anota Kelsen que: “Uma norma jurídica em regra somente é anulada com efeitos para o futuro, de forma que os efeitos já produzidos que deixa para trás permanecem intocados. Mas também pode ser anulada com efeito retroativo, de forma tal que os efeitos jurídicos que ela deixou atrás de si sejam destruídos (...)” (KELSEN, Hans. Op. Cit., p. 293).

⁴⁹ Convém trazer a breve lição de Wambier e Talamini sobre o tema. Para os processualista: “As ações constitutivas, por seu turno, não contêm condenação, mas declaração acompanhada da constituição, modificação ou desconstituição de uma situação jurídica. Contra B, A propõe ação de anulação de contrato, alegando vício de vontade (coação, por exemplo). Se for julgado procedente o pedido, estaremos diante de sentença constitutiva negativa, porque restará desconstituída a relação jurídica entre A e B” (WAMBIER, Luiz Rodrigues e TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento** (vol. 1). 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 180).

⁵⁰ KELSEN, Hans. Op. Cit., p. 294.

⁵¹ KELSEN, Hans. Op. Cit., p. 293.

de um sistema.⁵² A declaração de invalidade de uma norma – ou o reconhecimento da sua inconstitucionalidade através de controle difuso – pressupõe que a norma seja integrante do sistema jurídico. Tal pressuposto, do ponto de vista lógico, é inafastável, da mesma forma que somente poderá ser declarada a invalidade de norma efetivamente inválida. Fica claro que a lei inconstitucional, só por ser inconstitucional, não é inexistente, pelo contrário, existe, o que não significa que seja válida. Da mesma forma uma norma que viola a Constituição não será jamais válida somente porque *ainda* não foi expulsa do ordenamento.⁵³

Para KELSEN, até o julgamento de constitucionalidade, não se pode ter no ordenamento norma inválida, seria dizer que se a norma existe é uma norma válida e não o contrário, de que norma válida seria norma existente.⁵⁴

Em síntese, KELSEN refuta a teoria da nulidade e, a princípio a dos efeitos *ex tunc*. A norma inconstitucional é válida até decisão judicial e, portanto, anulável, nunca nula. Não haveria, portanto, retroatividade, salvo em casos excepcionais, devidamente indicados pelo ordenamento.⁵⁵

No modelo brasileiro - no caso do controle difuso - isso fica ainda mais evidente. Quando a verificação de constitucionalidade ocorre *incidenter tantum*, se não for utilizada a competência do art. 52, X, da Constituição, pelo Senado, a norma permanece no ordenamento, ainda que tenha a sua invalidade reconhecida.

Diferente é o resultado do controle concentrado, no qual a norma é verdadeiramente extirpada do ordenamento, pois o ato que pronuncia a inconstitucionalidade reveste-se de uma pluralidade de eficácias: de um lado, *declara* a invalidade preexistente; de outro tem caráter *constitutivo*, eis que retira

⁵² TALAMINI, Eduardo. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). **Direito Constitucional Brasileiro: volume II: Organização do Estado e dos Poderes**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 669-705, p. 672; TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 441.

⁵³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Leis Originariamente Inconstitucionais Compatíveis com Emenda Superveniente**. In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, jan-mar, 1999. p. 90

⁵⁴ FISCHER, Octavio Campos. **Os Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Tributário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 218-222.

⁵⁵ FISCHER, Octavio Campos. Op. Cit., p. 225.

do ordenamento norma que anteriormente a ele pertencia.⁵⁶ Enquanto *existente* a norma é dotada de presunção de legitimidade e, então, uma série de atos jurídicos podem ter sido praticados sob a sua égide, de modo que é forçoso manter alguns desses atos, em razão da ponderação de valores.

Assim, enquanto nos EUA a doutrina do *judicial review* consolidou o controle difuso e concreto, a doutrina Kelseniana, com as devidas ressalvas, através do sistema austríaco, consolidou o controle concentrado e abstrato das normas no direito europeu.⁵⁷ O controle difuso voltava-se para o passado, diferente do controle concentrado, que se orientava, com raras ressalvas, ao futuro.

Para concluir, cabe a observação aposta por EDUARDO TALAMINI, segundo o qual:

“nota-se certa convergência, quanto ao tema, entre os modelos de controle de constitucionalidade dos diversos ordenamentos: entre aqueles que afirmam o princípio geral da não-retroatividade dos efeitos do controle constitucional, multiplicam-se as hipóteses em que se nega qualquer efeito pretérito à norma inconstitucional; entre os sistemas que consagram a eficácia *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade reconhecem-se progressivamente novos casos em que se impõe o a preservação de determinados efeitos da norma inconstitucional”.⁵⁸

CAPÍTULO 2 – A EFICÁCIA DAS SENTENÇAS NO MODELO BRASILEIRO DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE.

O modelo brasileiro de controle de constitucionalidade se desenvolveu a partir da regra geral da eficácia retroativa das suas decisões, posto que alicerçado na teoria da nulidade da norma inconstitucional – que permitia a todo magistrado fazer a verificação de constitucionalidade da norma no caso concreto –, bem como na influência de Ruy Barbosa, que, notadamente, foi o responsável por introduzir a ideologia norte-americana acerca da valoração e declaração de

⁵⁶ TALAMINI, Eduardo. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). **Direito Constitucional Brasileiro: volume II: Organização do Estado e dos Poderes**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 669-705, p. 674.

⁵⁷ LAMY, Marcelo. **Sistema Brasileiro de Controle da Constitucionalidade**. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva, MENDES, Gilmar Ferreira e TAVARES, André Ramos (Coords.) *Lições de Direito Constitucional em Homenagem ao Jurista Celso Bastos*. São Paulo: Saraiva. 2005. p. 550.

⁵⁸ TALAMINI, Eduardo. *Op. Cit.*, p.671

invalidez da norma incompatível com o sistema. Da organicidade do modelo, inicialmente, observa-se a forte influência de um modelo privatista de jurisdição, subjetivo, que exigia o caso concreto para a declaração de inconstitucionalidade, de eficácia restrita às partes.

Não obstante, fruto de uma preocupação com a eficácia objetiva da norma inconstitucional, introduziu-se o controle concentrado de constitucionalidade – de competência do Supremo Tribunal – a partir da EC 16/1965. A regra matriz de inspiração foi o sistema austríaco, delineado por HANS KELSEN, sem que, contudo, fosse recepcionada pela doutrina e jurisprudência nacionais a sua teoria da anulabilidade da norma inconstitucional, o que exigiu certo esforço adaptativo do sistema de controle direto ao ordenamento brasileiro.

2.1 A ADOÇÃO INICIAL DO MODELO DIFUSO.

No Brasil, ausente do regime da Constituição imperial de 1824, o controle de constitucionalidade foi introduzido com a República, com a Constituição de 1891,⁵⁹ com previsão expressa inicialmente no art. 59 da desta Carta Constitucional.⁶⁰ Este modelo sofreu marcada influência do direito norte-americano, bem como do pensamento de Ruy Barbosa.⁶¹ Sobreleva notar que enquanto nos Estados Unidos o controle da constitucionalidade das leis foi criado

⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: Exposição Sistemática da Doutrina e Análise Crítica da Jurisprudência**. 4ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 62.

⁶⁰Constituição Federal de 1891. “Art. 59, §1º. Das sentenças das justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade ou a interpretação de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do estado for contra ela; b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas”. Ademais, aponta-se que o “*inicialmente*” não foi intencional, eis que o §1º do art. 60 teve a sua redação alterada pela Emenda Constitucional n. 3, de 1926. “Art. 60, §1º: § 1º Das sentenças das justiças dos Estados em ultima instancia haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a vigencia ou a validade das leis *federaes* em face da Constituição e a decisão do Tribunal do Estado lhes negar aplicação; b) quando se contestar a validade de leis ou *actos* dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis *federaes*, e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos esses *actos*, ou essas leis impugnadas; (...)”.

⁶¹“Não obstante os claros preceitos referidos, houve por parte do Judiciário dúvida quanto ao exercício dessa relevante atribuição e timidez em sua utilização. Isso só se tornou pacífico após os trabalhos de Ruy Barbosa, a mostrar, à conclusão, o alcance de seus dispositivos, em reconhecendo essa prerrogativa do Judiciário”. (PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade: Conceitos sistemas e efeitos**. 2ª ed. rev. e ampl. e atual. de acordo com as Leis 9.868 e 9.882/99. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2001. p.121).

pela própria Suprema Corte, no Brasil foi outorgado ao Supremo Tribunal Federal.⁶²

O modelo adotado, portanto, foi o americano, de controle e difuso, a princípio apenas por recurso extraordinário, mas, posteriormente, também através de mandado de segurança. De qualquer maneira, esse sistema consolidou-se com a Lei n. 221 de 1894, que estabelecia em seu 13, §10º: “Os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos correntes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição”. Com a edição dessa lei, ficou evidente que a aplicabilidade de leis e regulamentos, desde que *manifestamente inconstitucionais*, poderia ser tolhida por juízes de forma incidental, desde que num caso concreto e com efeitos da sentença adstritos às partes.

No que tange ao controle de constitucionalidade, a Constituição de 1934 trouxe importante inovação no seu art. 91, IV, que outorgou competência ao Senado Federal para “*Suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário*”. Não obstante, ainda que ao Judiciário coubesse – e cabe – a resolução das lides individuais, com eficácia da decisão restrita às partes litigantes, a última palavra acerca da suspensão com eficácia *erga omnes* do ato declarado inconstitucional era do Senado, uma vez que poderia deixar de suspender os efeitos da lei ou ato.⁶³

A Constituição de 1946 manteve o controle difuso, de matriz americana, mas, restringiu a amplitude da competência suspensiva do Senado. De acordo com o seu art. 64: “*incumbe ao Senado Federal suspender a execução, no todo*

⁶² PALU, Oswaldo Luiz. Op. Cit., p.121 apud BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **A Teoria das Constituições Rígidas**. 2. ed. São Paulo: Bushatsky. 1980. p. 157.

⁶³ Sobre a suspensão de execução, aponta Gilmar Mendes que: “O constituinte de 1934, introduziu a chamada *suspensão de execução da lei* através do Senado Federal (art. 94, IV), com o propósito inequívoco de emprestar força normativa às declarações de inconstitucionalidade proferidas incidentalmente pelo STF. (MENDES, Gilmar Ferreira. **A Nulidade da Lei Inconstitucional e seus Efeitos: Considerações sobre a decisão do STF proferida no RE 122.02**. Revista Trimestral de Direito Público. Volume 12 – 1995. p. 21. Ainda, assinala-se que “essa formula engenhosa, destinada a assegurar eficácia *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal nos casos concretos, traduzia uma solução de compromisso destinada a evitar a polêmica sobre o papel do Judiciário no sistema da divisão de poderes”. MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar. **Da Eficácia das Decisões do Supremo Tribunal Federal**. Revista dos Tribunais. Ano 1, nº 2, janeiro a março – 1993. p. 8.

ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal". Verifica-se, assim, que, enquanto a Constituição de 1934 falava na suspensão de "qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento", a de 1946 limitou a competência a "lei ou decreto", se declarado inconstitucional "por decisão definitiva" do STF.

Em verdade, a jurisdição constitucional somente viria a sofrer uma radical intervenção com a Emenda Constitucional n. 16 de 1965, sob a vigência da Constituição de 1946.

2.2 EMENDA CONSTITUCIONAL N. 16 DE 1965 E A INTRODUÇÃO DO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE.

Através da Emenda Constitucional n. 16 de 1965, de caráter, evidentemente, constitutivo, instituiu-se a então denominada ação *genérica* de inconstitucionalidade, sob a égide da Constituição de 1946 e do regime militar. Passou, a partir de então, o Supremo Tribunal Federal a ter competência para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato federal, mediante representação que lhe fosse encaminhada, exclusivamente, pelo Procurador-Geral da República,⁶⁴ nos termos do art. 101, I, *k*, da Carta reformada, segundo o qual: "Ao Supremo Tribunal Federal compete: I – Processar e julgar originariamente: *k*) a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República".

Da redação do dispositivo citado, fica claro que o questionamento de constitucionalidade, através do novo procedimento instituído, descolava-se do caso concreto, sem outra finalidade, senão a de preservar a unidade e coerência do ordenamento da introdução de lei ou ato normativo refratário à Constituição.

Dessa forma, introduzia-se no ordenamento jurídico brasileiro mecanismo de controle semelhante ao das cortes europeias, de inspiração Kelseniana: por

⁶⁴ "Note-se que está limitação da legitimidade ativa para o controle (concentrado) tinha como claro escopo manipular o instituto, reduzindo, de forma importante, o próprio papel do Supremo Tribunal Federal" (APPIO, Eduardo. **Controle de Constitucionalidade: Modulação dos Efeitos, Uniformização de Jurisprudência e Coisa Julgada**. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 51).

via principal, mediante ação direta, por meio de fiscalização abstrata e concentrada no STF.⁶⁵

Contudo, embora introduzido um novo modelo, ressalva-se que o controle na modalidade incidental e difusa não foi afetado e ambos passaram a conviver entre si.

Após a Emenda n. 16 de 1965, a Constituição de 1967, inclusive após a Emenda n. 1 de 1969, não trouxe mudanças significativas afetas ao controle de constitucionalidade, de modo que foram mantidos, com pequenas alterações redacionais, os dispositivos do tema presentes na Constituição de 1946.

Entretanto, vale noticiar que a Emenda n. 7 de 1977 acrescentou a alínea *p* ao inciso I do art. 119 da Constituição, para consolidar que ao Supremo Tribunal Federal cabia processo e julgar originariamente “*o pedido de medida cautelar nas representações oferecidas pelo Procurador-Geral da República*”. Dessa forma, esta Emenda pôs fim à controvérsia acerca do cabimento da liminar na representação de inconstitucionalidade, sedimentando a competência do Supremo para a deferir.

2.3 CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.

A Constituinte de 87/88, como não podia deixar de ser, porquanto se tratou de uma Assembleia que por muito debateu as limitações ao exercício de poder pelo Estado, muito discutiu sobre o Poder Judiciário, na organicidade do Estado Democrático de Direito. Mas, ao fim dos debates, acabou o Judiciário com o mesmo formato que oferecia nos últimos tempos.⁶⁶

Especificamente acerca do controle de constitucionalidade, a Constituição de 1988 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* (sistema continental

⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**: Exposição Sistemática da Doutrina e Análise Crítica da Jurisprudência. 4ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 64.

⁶⁶ FILHO, Nagib Slaibi. **Breve História do Controle de Constitucionalidade**, 2008. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=ea10bf6f-babb-4f4e-8695-704a09b786e3&groupId=10136>. Acesso em 02/09/2015.

européu), implantado com a Emenda Constitucional n. 16 de 1965.⁶⁷ Não obstante, alguns institutos introduzidos pela nova Constituição refinaram o modelo brasileiro.

Diferente de como constava na Constituição derogada, na qual apenas o Procurador-Geral da República era legitimado para propor a ação de controle direto, o art. 103 da Constituição Cidadã⁶⁸ ampliou o rol da legitimação ativa, o qual, ainda, sofreu alteração pela Emenda Constituição n. 45 de 2004, para a introdução dos seus incisos IV e V. A outorga de tão ampla legitimidade ativa, de acordo com TEORI ZAVASCKI, "acabou emprestando ao controle concentrado uma dimensão social e um significado prático que antes não tinha".⁶⁹

Sobre o modelo misto de controle de constitucionalidade erigido a partir da Constituição de 1988, diz GILMAR MENDES:

"se se cogitava de um modelo misto de controle de constitucionalidade, é certo que o forte acento residia, ainda, no amplo e dominante sistema difuso de controle. O controle direto continuava a ser algo acidental e episódico dentro do sistema difuso. A Constituição de 1988 alterou, de maneira radical, essa situação, conferindo ênfase não mais ao sistema difuso ou incidente, mas ao modelo concentrado, uma vez que as questões constitucionais passam a ser veiculadas, fundamentalmente, mediante ação direta de inconstitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal".⁷⁰

Por outro lado, a multidão de legitimados ativos levou à construção de uma técnica de limitação. Passou-se a exigir *pertinência subjetiva* entre os legitimados do art. 103 o tema em debate na ação direta de inconstitucionalidade.⁷¹

⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: Exposição Sistemática da Doutrina e Análise Crítica da Jurisprudência**. 4ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 64.

⁶⁸ Constituição de 1988: "Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional".

⁶⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 40.

⁷⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 80.

⁷¹ Nas palavras do Ministro Celso de Mello: "**É importante lembrar**, neste ponto, que o **requisito** da pertinência temática – **que se traduz** na relação de congruência que necessariamente deve existir entre os objetivos estatutários ou as finalidades institucionais da entidade autora e o conteúdo material da norma questionada em sede de controle abstrato – **foi erigido** à condição de pressuposto qualificador da própria legitimidade ativa '*ad causam*' para

Ainda, a Constituição de 1988 instituiu dois mecanismos para controle da inconstitucionalidade por omissão. Um, através do seu art. 103, §2º,⁷² previu expressamente a possibilidade de ação direta de inconstitucionalidade para, por via direta, suprir a falta em tese das omissões normativas. Outro, o mandado de injunção, pelo art. 5º, LXXI, para o controle incidental e concreto de direitos fundamentais violados em razão da falta de norma regulamentadora.⁷³

A constituição veiculou, outrossim, a figura da *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*, no seu art. 102, §1º,⁷⁴ porém apenas a previu, atribuindo competência ao STF para o seu processo e julgamento e a sua regulamentação à lei – que não foi clara quanto a sua disciplina. De qualquer modo, a exata definição da natureza e objeto da arguição não é isenta de

efeito de instauração do processo objetivo de fiscalização concentrada de constitucionalidade”. (STF, ADI 1.157, Relator: CELSO DE MELLO, julgado em 01/12/1994, TRIBUNAL PLENO, DJ: 17/11/2006). “Restaram, assim, divididos os legitimados em duas classes, a dos legitimados universais e a dos legitimados especiais, somente o Presidente da República, as Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e os partidos políticos dispõem de interesse processual para ofertar ação direta de inconstitucionalidade sobre qualquer tema, enquanto os demais legitimados não de demonstrar, em cada ajuizamento” (FILHO, Nagib Slaibi. **Breve História do Controle de Constitucionalidade**, 2008. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=ea10bf6f-babb-4f4e-8695-704a09b786e3&groupId=10136>. Acesso em 02/09/2015).

⁷² Constituição de 1988: “Art. 102, § 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

⁷³Sobre o tema, Eduardo Talamini aponta que a ADPF, além da ação direta e do mandado de injunção, também é um instrumento de controle de inconstitucionalidade por omissão. De acordo com o processualista, é objeto ADPF: “o combate a omissões violadoras de preceitos fundamentais não adequadamente reprimidas por mandado de injunção e ação de inconstitucionalidade por omissão. Na ADPF 04, por seis votos a cinco, o Supremo Tribunal reputou admissível a arguição para o combate de suposta inconstitucionalidade por omissão (ref. a ato normativo que fixa o valor do salário mínimo). Considerou-se que a ação direta de inconstitucionalidade não é, em princípio, meio eficaz para sanar a alegada lesividade”. (TALAMINI, Eduardo. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Função e Estrutura**. In: FUX, Luiz, NERY JR, Nelson e WAMBIER, Teresa arruda Alvim (coords.). **Processo e Constituição: Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 27). No mesmo sentido, MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Comentários à Lei n. 9.882, de 3.12.1999**. São Paulo: Saraiva, 2007. p.75-78.

⁷⁴ Constituição de 1988: “Art. 102, §1º.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

dificuldades⁷⁵ e que, por mais intrigante que seja o tema, acaba por fugir da proposta deste trabalho.⁷⁶

O texto constitucional, além disso, limitou o recurso extraordinário, de competência do STF, às questões que envolvem matéria constitucional.⁷⁷ O art. 102, III, de forma oblíqua, porém ainda expressa, trouxe o controle difuso de constitucionalidade, na disciplina do recurso extraordinário, da qual decorre a inequívoca possibilidade de declaração de inconstitucionalidade por juízes e tribunais.⁷⁸

Em 1993, por meio da Emenda Constitucional n. 3, foi criada a *Ação Declaratória de Constitucionalidade*, de competência do STF e que detinha por legitimados ativos os mesmos da *Ação Declaratória de Inconstitucionalidade*. Tratou-se de um mecanismo de ratificação, pelo qual se postula ao STF o reconhecimento expresso da compatibilidade entre determinada norma infraconstitucional e a Constituição, em hipóteses nas quais esse ponto tenha se tornado objeto de interpretações judiciais conflitantes,⁷⁹ transformando em absoluta a presunção relativa acerca da compatibilidade da norma.

⁷⁵ TALAMINI, Eduardo. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Função e Estrutura**. In: FUX, Luiz, NERY JR, Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). **Processo e Constituição: Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 20.

⁷⁶ Sobre o alcance da expressão “preceito fundamental”, anota Luis Roberto Barroso que: “Embora conserve a fluidez dos conceitos indeterminados, existe um conjunto de normas que inegavelmente devem ser abrigadas sobre o domínio dos preceitos fundamentais. Nessa classe estarão os fundamentos e objetivos da República, assim como as decisões políticas estruturantes, todos agrupados sob a designação de princípios fundamentais, objeto do Título I da Constituição (arts. 1º a 4º). Também os direitos fundamentais se incluem nessa categoria, o que abrangeria, genericamente, os individuais, coletivos, políticos e sociais (arts. 5º e s.). (...) Devem-se acrescentar, ainda, as normas que se abrigam nas cláusulas pétreas (art. 60, §4º) ou delas decorrem diretamente. E, por fim, os princípios constitucionais ditos *sensíveis* (art. 34, VII), que são aqueles que por sua relevância dão ensejo à intervenção federal (BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**: Exposição Sistemática da Doutrina e Análise Crítica da Jurisprudência. 4ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 279).

⁷⁷ Constituição de 1988: “Art. 102: Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...) III - III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**: Exposição Sistemática da Doutrina e Análise Crítica da Jurisprudência. 4ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 65.

⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., p. 230. No mesmo sentido, Gilmar Mendes, a quem: “A ação declaratória de constitucionalidade configura típico processo objetivo, destinado a elidir a insegurança jurídica ou o estado de incerteza sobre a legitimidade de lei ou ato normativo federal. Os eventuais requerentes atuam no interesse de preservação de segurança jurídica e não na defesa de um interesse próprio”. (MENDES, Gilmar Ferreira. **A Ação Declaratória de**

A emenda n. 3 de 1993 acentuou a importância do controle abstrato. DE acordo com a redação originária, a ação poderia ser proposta pelo Presidente da República, pelas Mesas do Senado e da Câmara e pelo Procurador Geral da República (CF, art. 103), sendo que as decisões de mérito "produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao poder Executivo" (CF. art. 102, §2º).⁸⁰

Pode-se concluir, assim, que a Constituição de 1988 reservou ao STF um relevante papel no controle de constitucionalidade, pela adoção de novos mecanismos institucionais ou o com o aprimoramento dos antigos. Coexistem assim, no sistema brasileiro, um sistema misto de controle de constitucionalidade, caracterizado pelo controle difuso, concreto ou incidental, exercido pelos órgãos jurisdicionais nos processos de sua competência (CF, arts. 97, 102, III, *a, b e c*), juntamente ao controle abstrato de normas federais e estaduais pelo STF, previsto na Constituição, art. 102, I, *a*, instaurado por provocação dos agentes mencionados no art. 103.⁸¹⁻⁸²

2.4 A REGRA GERAL DA EFICÁCIA RETROATIVA.

A sentença que afirma a inconstitucionalidade de uma norma, uma vez que se tem por escopo retirar um estado de incerteza sem que na sua essência da resida a modificação de uma situação jurídica anterior à pronúncia, tem natureza declaratória. Declara, pois, que existe compatibilidade entre a norma objeto e a norma parâmetro e, assim, que, por conseguinte, a relação de validade não foi violada. Da mesma forma, aquela que reconhece a constitucionalidade também é declaratória. Isso, pois a invalidade que decorre da relação de

Constitucionalidade: Inovação da Emenda Constitucional 3\93. Revista dos Tribunais, ano 1, nº 4, julho a setembro de 1993. p. 100).

⁸⁰ Os referidos dispositivos tiveram a sua redação alterada pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004, também conhecida como emenda de reforma do Judiciário.

⁸¹ MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Da Eficácia das Decisões do Supremo Tribunal Federal.** Revista dos Tribunais. Ano 1, nº 2, janeiro a março – 1993. p. 7.

⁸² Convém anotar que também subsiste no Brasil o controle direto para fins de intervenção da União nos Estados (CF, art. 36 c/c art. 34, VI e VII) ou do Estado no Município (art. 35, IV), bem como o controle abstrato de leis ou atos normativos estaduais ou municipais pelo Tribunal de Justiça do Estado, previsto no art. 125, §2º, na forma em que dispuser a Constituição de cada Estado.

conformidade com a Constituição é notadamente reconhecida como sendo de nulidade há tempos pelo STF.⁸³

Para democratizar o debate, dentre as vozes discordantes, destaca-se a de MARIA REGINA MACEDO FERRARI, a quem, com substrato na doutrina de KELSEN, a sentença de procedência na ação direta de inconstitucionalidade é constitutiva, e não declaratória, e dessa forma produz efeitos voltado para o futuro, e não *ex tunc*, porquanto a norma inconstitucional seria anulável, e não nula. FERRARI admite, por outro lado, a possibilidade de que a sentença constitutiva opere efeitos ao futuro, orientado ao passado, pois a sentença constitutiva também possuiria uma carga declaratória.⁸⁴

A declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade nada constitui ou desconstitui, apenas declara a nulidade ou a validade. Significa que não promovem mudanças no estado da norma examinada, que permanecerá como já o era: válida ou inconstitucional. Assim, com a devida vênia, tomando por parâmetro as lições de TALAMINI, às quais se acresce os ensinamentos de ALFREDO BUZAID, sendo declaratória a sentença, a sua eficácia temporal, no que se refere à validade ou nulidade do preceito normativo é *ex tunc*,⁸⁵ opera, portanto, os seus efeitos de forma retroativa e não ao futuro.

GILMAR MENDES afirma que é da tradição da jurisdição constitucional o dogma da nulidade da lei inconstitucional e, assim, a decisão que reconhece a

⁸³ Por todos "O repúdio ao ato inconstitucional decorre, em essência do princípio que, fundado na necessidade de preservar a unidade da ordem jurídica nacional, consagra a supremacia da Constituição. Esse postulado fundamental de nosso ordenamento impõe que preceitos normativos revestidos de menor grau de positividade jurídica guardem, necessariamente, relação de conformidade vertical com as regras inscritas na Carta Política, sob pena de ineficácia e de consequente inaplicabilidade. Atos inconstitucionais são, por isso mesmo, nulos e destituídos, em consequência, de qualquer carga de eficácia jurídica (...). A declaração de inconstitucionalidade de uma lei alcança, inclusive, os atos pretéritos com base nela praticados, eis que o reconhecimento desse supremo vício jurídico, que inquina de total nulidade os atos emanados do Poder Público, desampara as situações constituídas sob sua égide e inibe – ante a sua inaptidão para produzir efeitos jurídicos válidos – a possibilidade de invocação de qualquer direito" (STF, ADI 652-5, Relator: CELSO DE MELLO, TRIBUNAL PLENO, DJ 02/04/96); "Sendo inconstitucional, a regra jurídica é nula. Não incidindo sobre facto, nela, visto ou previsto, não há facto jurídico e, via de lógica consequência, o facto não produz qualquer efeito jurídico" (STF, RE 93.172-2, Relator: FIRMINO PAZ, julgado em 15/06/1982, SEGUNDA TURMA, DJ 06/08/1982).

⁸⁴ De acordo com a autora: "Reconhecer, portanto, que a norma inconstitucional é nula, e que os efeitos desse reconhecimento devem operar *ex tunc*, estendendo-os ao passado de modo absoluto, anulando tudo o que se verificou sob o império da norma assim considerada, é impedir a segurança jurídica, a estabilidade do direito e sua própria finalidade" (FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 163).

⁸⁵ A fim de se evitar repetições, confira-se a nota 14; BUZAID, Alfredo. **Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1958. p. 132.

violação da subsunção da norma à Constituição tem efeitos retroativos, ficando evitados de ilicitude todos os atos com base nela praticados.⁸⁶

CLÈMERSON MERLIN CLÈVE, por sua vez, considera que atualmente a questão acerca da eficácia retroativa ou prospectiva das decisões proferidas em controle abstrato de constitucionalidade já foi superada, pois, ainda que de forma diversa da Constituição portuguesa, que prevê de modo expreso a consequência da inconstitucionalidade, a nulidade do ato normativo se trata de um verdadeiro princípio constitucional implícito. Outrossim, sustenta o jurista que somente a nulidade - e não a anulabilidade - autoriza a recusa de cumprimento de leis ou atos maculados por inconstitucionalidades pelo Poder Público, sem prejuízo de posterior exame de compatibilidade pelo Judiciário.⁸⁷

Mesmo assim, reconhece o autor que o dogma da nulidade pode ocasionar sérios problemas, que advém da inexistência de prazo para se declarar a nulidade, quando a lei, antes de assim o ser, vigorou e uma série de relações se travaram com espeque nela, o que acaba por envolver outros princípios, como o da segurança jurídica. Dessa forma, conclui que "é indubitoso que nesses casos o dogma da nulidade absoluta deve sofrer certa dose de temperamento".⁸⁸

REGINA NERY FERRARI acentua que o alcance temporal dos efeitos das decisões em controle direto sempre foi resultado de uma postura jurisprudencial que, com o tempo, acabou por abandonar a posição radical no que diz respeito a considerar a lei inconstitucional nula *ab initio* e carecedora de produção de efeitos, e passa aceitar algum tipo de abrandamento.⁸⁹

2.4.1 Efeitos temporais da Resolução do Senado Federal (CF, art. 52, X).

Há interessante discussão acerca da dos efeitos temporais da Resolução expedida pelo Senado Federal. De acordo com o art. 52, X da Constituição Federal, a Suprema Corte, ao decidir pela inconstitucionalidade de uma norma

⁸⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 260.

⁸⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Parecer. **Revista Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, n. 19, abr-jun. 1997. p. 288-289.

⁸⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Op. Cit.. p. 290.

⁸⁹ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 300

através do controle difuso, deverá informar ao Senador a sua decisão, a quem compete privativamente "suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal". A questão aqui surge no limite da extensão dos efeitos, se abarca, ou não, os efeitos temporais.

Alguns autores como REGINA NERY FERRARI e OSWALDO PALU sustentam que, por se tratar de um ato que tem por função estender às demais pessoas os efeitos da decisão do STF, o seu efeito será *ex nunc*.⁹⁰

No entanto, ainda que partindo da mesma premissa, conclui-se por posicionamento diverso.

É de se assentar que, de fato, a função do ato senatorial é *estender aos demais o efeito da decisão do STF*. Com efeito, a extensão também abrange os efeitos temporais.

Nesse sentido, OCTAVIO CAMPOS FISCHER é enfático:

"(...) a função primordial da Resolução do Senado é estender os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal, que declarou inconstitucional uma lei ou ato normativo, federal, estadual ou municipal. Não se trata, portanto, de trabalhar com os efeitos da Resolução, mas com os efeitos da decisão do STF. Esta é uma distinção de suma relevância e que merece ser percebida".⁹¹

Assim, se o STF declarou a nulidade da lei com efeitos retroativos, a Resolução senatorial estende os efeitos *ex tunc* da decisão, o que passa a atingir a todos.

2.5 ATENUAÇÕES À TEORIA DA NULIDADE.

O Brasil, como já mencionado, se insere contexto do princípio geral da eficácia retroativa da lei ou ato normativo inconstitucional, sobretudo em razão da inicial influência do *judicial review*. A lei declarada inconstitucional era considerada, independentemente de qualquer outro ato, nula *ipso jure* e *ex*

⁹⁰ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 152; PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade: Conceitos sistemas e efeitos**. 2ª ed. rev. e ampl. e atual. de acordo com as Leis 9.868 e 9.882/99. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2001. p. 269-270.

⁹¹ FISCHER, Octavio Campos. **Os Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Tributário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 188.

tunc.⁹² A vinculação à teoria da nulidade permaneceu vigente mesmo após a introdução, através da EC 16/1965, do controle concentrado de constitucionalidade, de inspiração europeia e estruturado sobre a teoria da anulabilidade da norma inconstitucional,⁹³⁻⁹⁴ pois atribuir eficácia à norma inconstitucional iria de encontro ao princípio da supremacia da Constituição, consoante exaltado por John Marshall em 1803.⁹⁵ Diante disso, admitiu-se que todos os atos praticados com base na lei inconstitucional estariam fulminados no plano da validade, ou seja, seriam igualmente dotados de invalidade.

A declaração de inconstitucionalidade amparada na teoria da nulidade se tornou, sem dúvida, o instrumento de maior intensidade apto a assegurar a supremacia e integridade constitucionais. Contudo, o reconhecimento *ab initio* de ineficácia do ato contrário à Constituição, sob o viés retrospectivo das decisões e, em especial, considerando o rigor do seu regime jurídico, não se mostrou um meio que pudesse solucionar completamente os problemas submetidos à jurisdição constitucional.

É possível identificar dentre os julgados do STF, de período anterior à publicação das leis 9.868 e 9.882, de 1999, uma tentativa de mitigar o dogma

⁹² MENDES, Gilmar Ferreira. **A Nulidade da Lei Inconstitucional e seus Efeitos: Considerações sobre a decisão do STF proferida no RE 122.02**. Revista Trimestral de Direito Público. Volume 12 – 1995. p. 22.

⁹³Na Representação 980, o plenário do STF, com amparo na teoria da nulidade, reconheceu o o Chefe do Executivo Estadual não se obriga a cumprir lei inconstitucional, ainda que a inconstitucionalidade não tenha sido declarada, o que parece lógico se considerar que a lei não produziu qualquer efeito desde a sua edição. (STF, RP 980, Relator: MOREIRA ALVES, julgado em 21/11/1979, TRIBUNAL PLENO, DJ: 19/09/1980). Ainda, leciona Gilmar Mendes que: “O poder de que dispõe qualquer juiz ou tribunal para deixar de aplicar a lei inconstitucional a um determinado processo (...)pressupõe a invalidade da lei e, com isso, a sua nulidade” (MENDES, Gilmar Ferreira. Op. Cit., p. 24) e que “Tanto o poder do juiz de negar aplicação à lei inconstitucional quanto a faculdade de negar observância à lei inconstitucional demonstram que o constituinte pressupôs a nulidade da lei inconstitucional”. (MENDES, Gilmar Ferreira. Op. Cit., p. 25).

⁹⁴ STF, RTJ 87/758, RTJ 95/993 RE 93.356 rel. Leitão de Abreu.

⁹⁵ Na Representação 971 discutia-se a inconstitucionalidade da parte final do §3º e do §5º do art. 97 da Constituição Estadual do Rio de Janeiro. Em pedido de informações, o Presidente da Assembleia Legislativa informou que seria votada Emenda à Constituição Estadual, a fim de adequá-la à Constituição Federal, de modo que a representação perderia o objeto. Contudo, entendeu-se que “a aprovação da prometida Emenda Constitucional acarretará tão somente a revogação do texto em vigor inquinado de inconstitucional e, como a revogação apenas produz efeitos *ex nunc*, é iniludível que resultarão convalidados os atos praticados durante a vigência dos preceitos a serem revogado. Isso, porém não ocorrerá se esta representação for julgada improcedente, pois, nesse caso, a consequência será tornar írritos e nulos e nulos os atos praticados sob a égide do texto acoimado de inconstitucional” (STF, RP: 971, Relator: DJACI FALCAO, julgado em 03/11/1977, TRIBUNAL PLENO, DJ 07/11/1978), porque a convalidação dos atos realizados em consonância à norma inconstitucional implica em admitir que ela produzia efeitos que válidos enquanto não declarada a sua inconstitucionalidade.

desinente da declaração de nulidade. Observe-se, por exemplo, o RE 79.343/BA,⁹⁶ de relatoria do Ministro LEITÃO DE ABREU, que, em seu voto, aderiu à tese da anulabilidade da norma inconstitucional, de vertente *kelseniana*, em razão da boa-fé e segurança jurídica:

“Acertado-se me afigura, também, o entendimento de que se não deve ter como nulo *ab initio* ato legislativo, que entrou no mundo jurídico munido de presunção de validade, impondo-se, em razão disso, enquanto não declarado inconstitucional, à obediência pelos destinatários dos seus comandos. Razoável é a inteligência, a meu ver, de que se cuida, em verdade, de ato anulável, possuindo caráter constitutivo a decisão que decreta a nulidade. Como, entretanto, em princípio, os efeitos dessa decisão operam retroativamente, não se resolve, com isso, de modo pleno, a questão de saber se é mister haver como delitos do orbe jurídico atos ou fatos verificados em conformidade com a norma que haja sido pronunciada como inconsistente com a ordem constitucional. Tenho que procede a tese, consagrada pela corrente discrepante (...) de que a lei inconstitucional é um fato eficaz, ao menos antes da determinação da inconstitucionalidade, podendo ter consequências que não é lícito ignorar. A tutela da boa-fé exige que, em determinadas circunstâncias, notadamente quando, sob a lei ainda não declarada inconstitucional, se estabeleceram relações entre o particular e o poder público, se apure, prudencialmente, até que ponto a retroatividade da decisão, que decreta a inconstitucionalidade, pode atingir, prejudicando-o, o agente que teve por legítimo o ato e, fundado nele, operou na presunção de que estava procedendo sob o amparo do direito objetivo”.

Também de forma a abrandar tese a nulidade *ab initio*, contudo sob fundamento diverso, colaciona-se excerto do voto do Ministro FRANCISCO REZEK, no RE 122.202-6/MG.⁹⁷ Veja-se que se procurou limitar temporalmente os efeitos da decisão somente ao período de vigência da lei até a sua declaração de inconstitucionalidade, para, assim, restarem irrepetíveis pagamentos feitos a magistrados de Minas Gerais, com amparo em lei declarada inconstitucional:

“Esta corte tem jurisprudência (...) no sentido de prestigiar a irredutibilidade judiciária poupando seus detentores de restituir ao erário montante inconstitucionalmente pago. Vá lá que assim seja, e, portanto, ainda que declarada a inconstitucionalidade de retribuição ou acréscimo de índole vária – e, mais, sendo *erga omnes* os efeitos desta declaração –, não se devolve seu valor pecuniário já ingresso no patrimônio do assalariado, que é o juiz, e em geral já despendido. Esta ideia, provavelmente erigida sobre pilares como o da boa-fé e o da estabilidade das relações jurídicas, só se vê justificar enquanto se supõe válida a lei determinante de tais benefícios, porque ainda não

⁹⁶ STF, RE 73.343, Relator: LEITÃO DE ABREU, julgado em 31/08/1977, SEGUNDA TURMA, DJ 02/09/1977.

⁹⁷ STF, RE: 122.202, Relator: FRANCISCO REZEK, julgado em 10/08/1993, SEGUNDA TURMA, DJ 08/04/1994.

apreciada em juízo de constitucionalidade pelo Supremo. Pretender vê-la subsistir mesmo após a declaração de inconstitucionalidade da lei por esta Casa é um despropósito. Importa fazer tábula rasa desse modelo de atividade jurisdicional que a órgão algum é dado, senão ao Supremo: apreciar a sanidade de uma lei frente à Constituição, e porventura hostil o diploma a esta última, proclamar sua insubsistência. Mantendo no caso concreto a vitalidade de determinado quadro normativo apesar de já declarado inconstitucional pelo Supremo, o acórdão recorrido expôs-se à correção extraordinária, no sentido de limitar seus efeitos ao período anterior à declaração de inconstitucionalidade da Lei 9262 – portanto, ao período de validade da inquestionada desta última”.

Verifica-se, portanto, que o Ministro REZEK, no seu voto, reafirma o princípio da nulidade como regra geral do sistema nacional de controle de constitucionalidade. Por outro lado, ao mesmo tempo, propõe a flexibilização dos efeitos da decisão, eis que eventual eficácia *ex tunc*, nesse caso, acabaria por se distanciar ainda mais da vontade constitucional.⁹⁸

Sobre a relação da pronuncia de inconstitucionalidade e a coisa julgada, convém transcrever passagem do livro *Coisa Julgada e sua Revisão*, de TALAMINI:

“(...) é assente no Supremo que a eficácia retroativa da declaração de inconstitucionalidade não tem o condão de automaticamente desconstituir a coisa julgada das sentenças pretéritas que aplicaram a norma declarada inconstitucional. (...) A desconstituição de tais coisas julgadas dependerá de ação rescisória, cabendo observar os requisitos dessa, inclusive o prazo de propositura”.⁹⁹

A partir da ponderação de uma série de valores, verifica-se que a evolução jurisprudencial do STF acabou por abarcar a tese da manutenção de alguns atos praticados sob o amparo de norma inconstitucional que não fora retirada do sistema. O supedâneo à manutenção não reside na própria norma que teve a sua inconstitucionalidade declarada, mas em outras, por esta atraídas. A norma inconstitucional não funciona como *fonte normativa* à validade e eficácia dos atos mantidos, mas a *existência* da norma inconstitucional serve de *fato jurídico* que

⁹⁸ Da mesma forma, vejam-se os acórdãos RE 466.546/RJ, Rel. Gilmar Mendes, e 34.222/AM, Rel. Carlos Velloso, nos quais a excepcional atenuação à nulidade retroativa decorre da uso da tese do "funcionário de fato".

⁹⁹ TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 442.

acarreta a incidência de outras normas, como a boa-fé, a segurança jurídica, a irrepetibilidade de verbas de caráter alimentar, etc.¹⁰⁰

2.6 AS LEIS N. 9.868 DE 10 DE NOVEMBRO DE 1999 E 9.882 DE DEZEMBRO DE 1999 E A CONSTITUCIONALIDADE DOS SEUS DISPOSITIVOS.

Diante desse panorama conflituoso, desinente do choque, com ênfase, entre segurança jurídica e declaração de ineficácia *ab initio* da norma jurídica, foram introduzidas no ordenamento a Lei n. 9.868/1999, para disciplinar o “*processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal*” (art. 1º), e a Lei n. 9.882/1999, que tentou *dar vida* à arguição de descumprimento de preceito fundamental, prevista no art. 102, §1º, da Constituição Federal, eis que, até então, se tratava de letra morta. Tanto a primeira, no seu art. 27,¹⁰¹ quanto a segunda, no seu art. 11,¹⁰² preveem a técnica da modulação temporal dos efeitos da sentença que pronuncia a inconstitucionalidade, bem como a possibilidade de postergar ao futuro a eficácia da decisão, em qualquer caso, por maioria qualificada de dois terços da Corte, tendo em vista razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social.

Convém a observação aposta por TEORI ZAVASCKI, a quem a regra da nulidade foi, em verdade, ratificada:

"Tal dispositivo, na verdade, reafirma a tese, pois deixa implícito que os atos praticados com base em lei inconstitucional são atos nulos e

¹⁰⁰ TALAMINI, Eduardo. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). **Direito Constitucional Brasileiro: volume II: Organização do Estado e dos Poderes**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 669-705, p. 675; TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 442.

¹⁰¹ Lei 9.868/1999: “Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

¹⁰² Lei 9.882/1999: “Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

que somente podem ser mantidos em virtude de fatores extravagantes, ou seja, 'por razões de segurança pública ou de excepcional interesse social'. Ao mantê-los, pelos fundamentos indicados, o Supremo não está declarando que foram atos válidos, nem está assumindo a função de 'legislador positivo', criando uma norma - que só poderia ser de hierarquia constitucional - para validar atos inconstitucionais. O que o Supremo faz, ao preservar determinado status quo formado irregularmente, é típica função de juiz".¹⁰³

As leis 9.868 e 9.882, de 1999, suscitaram uma série de controvérsias quanto à eventuais inconstitucionalidades em relação à alguns de seus artigos, sobretudo àqueles que tratam da possibilidade de modulação temporal das suas respectivas de decisões.

A fim de atacar a Lei 9.868/1999 e, de modo específico, o seu art. 27, foram propostas as ADIs 2.154 e 2.258, atualmente de relatoria do Min. DIAS TOFFOLI, ajuizadas respectivamente, pela Confederação Nacional das Profissões Liberais – CNPL e pelo Conselho Federal da OAB.

LUÍS ROBERTO BARROSO reputa inconstitucional o art. 27 da Lei 9.868/1999. De acordo com o constitucionalista, a introdução do referido dispositivo afrontava a hodierna orientação do STF, que era de reconhecer a hierarquia constitucional face ao postulado da nulidade da lei inconstitucional, o que exigiria uma emenda à Constituição para introduzir a novidade. Ainda, expõe o autor que a jurisprudência do STF já tratava a questão da modulação de forma equilibrada e construtiva, sem que houvesse necessidade do legislador infraconstitucional interferir nesse mandato, o que, ademais, implicou em restrição da competência da Corte, pois se introduziu a necessidade de um quórum qualificado.¹⁰⁴

Contudo, com a devida vênia, não se sustentam as razões que militam a favor da declaração de inconstitucionalidade do art. 27, ou que, da mesma forma, convolam o art. 11 da Lei 9.882/1999 em inconstitucional.

Inicialmente, como já demonstrado no tópico anterior, e salientado pelo Professor BARROSO, a técnica da modulação temporal da eficácia das decisões já era utilizada pelo Supremo Tribunal Federal antes das Leis 9.868 e 9.882.

¹⁰³ ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 49.

¹⁰⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: Exposição Sistemática da Doutrina e Análise Crítica da Jurisprudência**. 4ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 24-25.

Assim, não parece correto falar propriamente em outorga de competência ao Supremo, mas que o art. 27 tem natureza eminentemente interpretativa e procedimental – e não constitutiva –, limitando-se a “explicitar orientação que decorre do próprio sistema de constitucionalidade”,¹⁰⁵ sua utilização está vinculada à Constituição e a salvaguarda da segurança jurídica ou de outro interesse protegido constitucionalmente enquadrado no excepcional interesse social,¹⁰⁶ o que, de outro vértice, não subverteu a teoria da nulidade.

Da mesma forma, o quórum apenas denota o aspecto excepcional da medida sem que isso afronte a Constituição, uma vez que a ponderação derivada do conflito de princípios é medida que deve ser pautada pela proporcionalidade e razoabilidade.

OSWALDO LUIZ PALU, por sua vez, reitera a argumentação de BARROSO, ao passo em que nem “sequer há a necessidade da existência de lei ordinária para que o Supremo Tribunal Federal deixe de aplicar em sua totalidade o princípio da nulidade”,¹⁰⁷ porque, da mesma forma, entende que este princípio “pode não prevalecer se em choque com outro princípio constitucionalmente vinculante: trata-se de mera interpretação da Constituição”.¹⁰⁸ Contudo, ao autor, que reputa o texto do art. 27 apenas parcialmente inconstitucional, a invalidade do dispositivo reside na possibilidade de fixação de eficácia *pro futuro*, pois a determinação de observância e aplicação de norma após a sua declaração de inconstitucionalidade seria matéria reservada à Constituição; “jamais a lei poderá fazê-lo, sendo inconstitucional, no particular, se o fizer”.¹⁰⁹

¹⁰⁵ MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS, Ives Gandra. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 509.

¹⁰⁶ MARCÍLIO, Carlos Flávio Venâncio. **Constitucionalidade do artigo 27 da Lei 9.869/99**, 2008. Disponível em <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/viewFile/218/179>> Acesso em 21/09/2015. p. 22.

¹⁰⁷ PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade: Conceitos sistemas e efeitos**. 2ª ed. rev. e ampl. e atual. de acordo com as Leis 9.868 e 9.882/99. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2001. p. 187.

¹⁰⁸ PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade: Conceitos sistemas e efeitos**. 2ª ed. rev. e ampl. e atual. de acordo com as Leis 9.868 e 9.882/99. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2001. p. 187.

¹⁰⁹ PALU, Oswaldo Luiz. Op. Cit., p. 186-187. No mesmo sentido. Regina Nery Ferrari. A autora sustenta que jamais uma norma inconstitucional poderia produzir efeitos após a sua declaração de inconstitucionalidade, porque isso iria de encontro ao princípio da hierarquia constitucional. (FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 163). Não obstante, afirma que "Como, qntre nós, a postura relativa a aceitar a nulidade *ab initio* da lei inconstitucional sempre foi decorrente de

O argumento também não se sustenta. Há casos excepcionais em que a norma deve, ainda que declarada a sua inconstitucionalidade, permanecer como se constitucional fosse; casos em que mesmo a eficácia *ex nunc* poderia implicar em grave violação de outros princípios constitucionais. Então, afirma-se, mais uma vez, que o próprio princípio da constitucionalidade impõe a manutenção da lei inconstitucional temporariamente em vigor.¹¹⁰⁻¹¹¹

Assim, ainda que sem decisões definitivas das ADIs 2.154 e 2.258, milita-se em prol da constitucionalidade das Leis 9.868/1999 e 9.882/1999 e especificamente dos seus artigos 27 e 11, respectivamente, pois a partir de situações excepcionais, o princípio da constitucionalidade permite a modulação dos efeitos das decisões em controle concentrado, tal qual orientam os referidos dispositivo – e da mesma forma como já realizara o Supremo quando inexistiam as Leis 9.868 e 9.882 –, sem que isso viole a teoria da nulidade e, ao mesmo tempo, sem deixar de demonstrar a relevância e cautela com que o instituto deve ser empreendido, como se extrai da necessidade de quórum específico.

Especificamente sobre as ADIs, o STF não concedeu liminar a nenhuma delas e já rejeitou a arguição de inconstitucionalidade de todos dispositivos da Lei 9.868/1999, com exceção do art. 27. Em conclusão, posiciona-se EDUARDO

posicionamento jurisprudencial, não parece chocar ou ser inconstitucional a previsão legal da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Assim, aqui não cabe rechaçar a flexibilização dos efeitos, mas simplesmente constatar que a forma como foi implantada no Direito Positivo Brasileiro, dá causa a diversas posições e questionamentos, o que, seguramente, não propiciará a tranquilidade e segurança, finalidade principal do Direito" (FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Op. Cit., p. 301).

¹¹⁰ MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 726 apud MARCÍLIO, Carlos Flávio Venâncio. **Constitucionalidade do artigo 27 da Lei 9.869/99**, 2008. Disponível em <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/viewFile/218/179>> Acesso em 21/09/2015. p. 22; SARMENTO, Daniel. **A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade**. In: **O controle de constitucionalidade e a Lei n. 9.868/99**. org. SARMENTO, Daniel. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2001. p. 125.

¹¹¹ Nesse sentido, confira-se a ADI 2.501/MG, na qual se discutiu a constitucionalidade dos arts. 81 e 82 do ADCT da Constituição do Estado de Minas Gerais. Estes dispositivos permitiam que o Conselho de Educação estadual autorizasse e credenciasse instituições privadas de ensino superior no Estado, violando competência exclusiva da União. A declaração de inconstitucionalidade com eficácia *ex tunc* demandaria que todos os cursos fossem fechados e implicaria na anulação de todos os diplomas de ex-alunos, porque maculados por inconstitucionalidade. Evidente que geraria uma situação de instabilidade. Assim, o STF entendeu por modular os efeitos de modo *pro futuro*, mantendo válidos os atos praticados sob a vigência das leis, bem como manteve em funcionamento os cursos que estava em andamento. (STF, ADI 2501, Relator: JOAQUIM BARBOSA, julgado em 04/09/2008, TRIBUNAL PLENO, DJ 18/12/2008). Ainda, confira-se o voto proferido pelo Ministro Carlos na Rcl – AgR 1.880/SP, segundo o qual “é característica do controle concentrado as suas decisões terem esse efeito: *ex tunc*, *ex nunc* e *pro futuro*” (STF, Rcl 1880 AgR, Relator: MAURÍCIO CORRÊA, julgado em 07/11/2002, TRIBUNAL PLENO, DJ 19/03/2004).

TALAMINI, a quem “ao que tudo indica, o Supremo Tribunal não irá reputar inconstitucional o art. 27”,¹¹² pois a ampla maioria do Tribunal não se valeria da técnica se não a reputasse legítima, e sugere que “por outro lado (...) parece acertada a interpretação conforme à Constituição”.¹¹³

Embora os dispositivos que permitem a modulação tenham vindo insertos em Leis que versam sobre mecanismos de controle concentrado, o STF reconhece que é plenamente possível a modulação no controle difuso, não obstante, por razões de limitação de conteúdo, este não será o objeto deste trabalho.¹¹⁴

CAPÍTULO 3 – MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DA DECISÃO NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE.

3.1 FÓRMULAS DE CONTEÚDO ABERTO AO USO DA TÉCNICA DA MODULAÇÃO.

Como parâmetros à determinar que uma lei possa continuar a produzir – ou sejam mantidos - determinados efeitos, mesmo após verificada a sua inconstitucionalidade, o legislador infraconstitucional expressamente utilizou-se das fórmulas indeterminadas *segurança jurídica* e o *excepcional interesse social*.

Sobre regras processuais abertas como decorrência do direito fundamental à tutela jurisdicional, leciona LUIZ GUILHERME MARINONI:

“Acontece que, com o passar do tempo, tornou-se necessário munir os litigantes e o juiz de uma maior latitude de poder, seja para permitir que os jurisdicionados pudessem utilizar o processo de acordo com as novas situações de direito material e com as realidades concretas, seja para dar ao juiz a efetiva possibilidade de tutelá-las. Tal necessidade levou o legislador (...) a fixar normas processuais abertas. Essas

¹¹² TALAMINI, Eduardo. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). **Direito Constitucional Brasileiro: volume II: Organização do Estado e dos Poderes**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 669-705, p. 678.

¹¹³ TALAMINI, Eduardo. Op. Cit., p. 669-705, p. 678.

¹¹⁴ Confira-se as notas 90 e 91, bem como o voto vista proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, no RE 197.917. De acordo com o Ministro, "Embora a Lei nº 9.969, de 10 de novembro de 1999, tenha autorizado o Supremo Tribunal Federal a declarar a inconstitucionalidade com efeitos limitados, é lícito indagar sobre a admissibilidade do uso dessa técnica de decisão no âmbito do controle difuso" e conclui que "No que interessa para a discussão da questão em apreço, ressalte-se que o modelo difuso não se mostra incompatível com a doutrina da limitação dos efeitos". (STF, RE 197.917 SP, Relator: MAURÍCIO CORRÊA, julgado em 06/06/2002, TRIBUNAL PLENO, DJ 07/05/2004).

normas decorrem da ideia de que a lei não pode atrelar as técnicas processuais a cada uma das necessidades do direito material (...).¹¹⁵

Pode-se concluir que o legislador, ao adotar expressões de conteúdo indeterminado procurou conferir maior operacionalidade ao sistema de controle dos efeitos. Ocorre que o controle da decisão jurisdicional, nesses casos, é evidentemente mais complexo e sofisticado se comparado àquele em que os vocábulos tem sentidos e orientações restritas.

Assim, aduz MARINONI que, antes de ir ao encontro da técnica processual adequada, “o juiz deve mostrar as necessidades de direito material, indicando como as encontrou no caso concreto”.¹¹⁶ Assim, a justificação racional empregada pelo magistrado no caso da concretização da norma processual aberta, é, sobretudo, decorrência da própria estrutura desse tipo de norma, que serve para conferir à jurisdição o poder necessário para atender às situações concretas.

No mesmo sentido, os motivos de exposição da do PL 2.960, de 1997, posteriormente convertido na lei 9.868/1999:

“Coerente com evolução constatada no Direito Constitucional comparado, a presente proposta permite que o próprio Supremo Tribunal Federal, por uma maioria diferenciada, decida sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, fazendo um juízo rigoroso de ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional, de um lado, e os postulados de segurança jurídica e do interesse social, de outro (art.27). Assim, o princípio da nulidade somente será afastado “in concreto” se, a juízo do próprio Tribunal, se puder afirmar que a declaração de nulidade acabaria por distanciar-se ainda mais da vontade constitucional”.¹¹⁷

¹¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; e MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. Vol: 1 Teoria do Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 143.

¹¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; e MITIDIERO, Daniel. Op. Cit., p. 143. Embora se reconheça que concretização dos postulados jurídicos abstratos e indeterminados seja um requisito fundamental ao atendimento do direito material, verifica-se que nem sempre esse dever de individualização da norma a partir de uma análise minuciosa do caso concreto é feito. Para exemplificar, vejam-se as ADI 3601, relatada pelo Min. Dias Toffoli, e a ADI 3791, de relatoria do Min. Ayres Britto. Ambos tratam da ponderação de princípios como regra matriz da restrição da eficácia retroativa, não obstante, ainda que de forma clara e objetiva se explique o instituto do sopesamento, a análise e justificativa fáticas são pobres. No primeiro caso, por exemplo, mesmo de forma clara limita-se a afirmar que “tal restrição na eficácia da decisão não importará em prejuízos ao interesse público, ou mesmo à ordem constitucional (STF, ADI 3601 ED, Relator: DIAS TOFFOLI, julgado em 09/09/2010, TRIBUNAL PLENO, DJ 14/12/2010 e ADI 3791, Relator: AYRES BRITTO, julgado em 16/06/2010, TRIBUNAL PLENO, DJ 26/08/2010).

¹¹⁷BRASIL. Câmara dos Deputados. PL-2960/1997. Disponível em: <http://www.camara.gov.br>. Acesso em 08/11/2015.

A utilização dos postulados da *razoabilidade* e da *proporcionalidade* como justificativa para a aplicação do direito e, com ênfase, dos direitos fundamentais, serve para evitar o arbítrio das decisões judiciais, mediante a adequada fundamentação que deve ser despendida.

A *segurança jurídica* e o *interesse social* representam a essência da proteção derivada da redação dos arts. 27 e 11, das Leis 9.868/1999 e 9.882, respectivamente. Cabe, destarte, procurar delinear, sem a pretensão de esgotar o tema, contornos das expressões *segurança jurídica* e *excepcional interesse social*.

3.1.1 *Segurança jurídica*.

Para REGINA NERY FERRARI, quando propõe o debate acerca de *segurança jurídica*, "não há nenhuma dúvida de que se está frente a uma pretensão cujo valor decorre da dimensão social em que é analisada, e que o Direito é o único veículo idôneo e imprescindível para protegê-la"¹¹⁸. Continua a autora afirmando que não se trata de uma expressão dotada de sentido unívoco e a determinação do seu significado não se trata de tarefa fácil, uma vez que há situações em que ninguém pode se furtar de reconhecer a sua manifestação, mas também há outras em que é patente a negação da sua existência. No entanto, há uma zona de incerteza que medeia essas duas posições e que só se dissipará na análise do caso concreto.¹¹⁹

Ainda, TALAMINI expõe que hoje se reconhece um pluralismo de valores igualmente consagrados na ordem jurídica sem que se possa, *prima facie*, constatar uma hierarquização prévia, abstrata e absoluta entre estes valores. A *segurança jurídica* está inserida nesse contexto, coexistindo com outros valores, eventualmente antagônicos sem que seja possível estabelecer-lhe uma exata classificação hierárquica de modo prévio e abstrato.¹²⁰

¹¹⁸ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 304.

¹¹⁹ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 304-305.

¹²⁰ TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 66-67.

O processualista, ainda, invoca o voto condutor do Min. SEPÚLVEDA PERTENCE na medida cautelar da ADI 223,¹²¹ para afirmar que “nele pôs-se em evidência a impossibilidade da solução abstrata de uma colisão entre valores igualmente fundamentais”.¹²² Uma norma somente cederia espaço a outra no exame do caso concreto, oportunidade em que a retroatividade absoluta que surge da declaração de nulidade poderia ter a sua incidência afastada em benefício da *segurança jurídica*.

Para JOSÉ ROBERTO VIEIRA idêa de *segurança jurídica* é, via de regra, relacionada com a de *certeza do direito*, todavia entre elas não há confusão, pois, de certa forma, a segurança jurídica decorre da certeza do direito. Existe *certeza do direito* quando estão bem delimitadas as esferas jurídicas dos particulares entre si e perante o Estado - conceito com tendências à clareza e estabilidade. Já, *segurança jurídica* há quando é possível a previsibilidade da atuação estatal, afastando surpresas - conceito com tendências à "proteção da confiança".¹²³

Na ADI 4009,¹²⁴ que trata sobre a equiparação do salário de policiais e peritos ao de delegado, conferiu-se eficácia prospectiva à decisão, pois o relator, Min. EROS GRAU, reconheceu que, como alguns dispositivos atacados estavam em vigor há mais de 17 anos, "dos efeitos *ex tunc* resultariam prejuízos e insegurança jurídica". Assim, propôs "a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, nos termos do disposto no artigo 27 da Lei n. 9.868/99, de modo que a decisão tenha eficácia *ex nunc* a partir da publicação ao acórdão".

Na ADI 4414,¹²⁵ o relator, Min. LUIZ FUX, votou "pela modulação dos efeitos temporais da decisão, para que produza apenas efeitos *ex nunc* (...) em vista da grave insegurança jurídica que seria gerada pela anulação das decisões e atos processuais até então praticados pela 17ª Vara Criminal de Alagoas", de

¹²¹ STF, ADI 223, Relator: PAULO BROSSARD, julgado em: 05/04/1990, TRIBUNAL PLENO, DJ 29-06-1990.

¹²² TALAMINI, Eduardo. Op. Cit., p. 576.

¹²³ VIEIRA, José Roberto. Medidas Provisórias Tributárias e Segurança Jurídica: A Insólita Opção Estatal pelo “*Viver Perigosamente*”. In: BARRETO, Aires Fernandino *et al.* **Segurança Jurídica na Tributação e Estado de Direito**. São Paulo: Noeses, 2005. p. 317-373, p. 318-326.

¹²⁴ STF, ADI 4009, Relator: EROS GRAU, JULGADO EM 04/02/2009, TRIBUNAL PLENO, DJ 28/05/2009.

¹²⁵ ADI 4414, Relator: LUIZ FUX, julgado em 31/05/2012, TRIBUNAL PLENO, DJ DIVULG 14-06-2013.

modo a manter hígidos os órgãos jurisdicionais criados por lei estadual declarada inconstitucional.

Na ADI 2904,¹²⁶ impetrada pelo Governador do Paraná a fim de atacar lei que alterava regras específicas para aposentadoria policiais civis do Estado, sob o argumento de que a iniciativa deveria partir do Chefe do Executivo, votou o relator, Min. MENEZES DIREITO, por atribuir eficácia *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade. Sustentou-se que na data do julgamento, já haviam transcorrido seis anos entre a promulgação da lei declarada inconstitucional e o julgamento definitivo da ação direta. Outrossim, consignou-se que a eficácia *ex tunc*, nesse caso, culminaria no retorno dos aposentados aos seus respectivos cargos, que, por outro lado, em razão da sua suposta vacância já poderiam ter sido providos. Mas também, durante esse interregno, caso os segurados não tivessem se aposentado com amparo na lei inválida, poderiam ter atendido aos requisitos necessários para obtenção de aposentadoria pela lei anterior. Assim, reconheceu-se a afronta direta à segurança jurídica, restando vencido o Min. MARCO AURÉLIO.¹²⁷

Não há unanimidade no Supremo Tribunal Federal quanto à constitucionalidade do art. 27 da Lei 9.868/99. Por outro lado, conforme alinhamento doutrinário já manifestado neste trabalho,¹²⁸ e sempre com a devida vênua, sabe-se que tais manifestações não merecem prosperar. A técnica da modulação não representa uma afronta à teoria da nulidade, tampouco viola a supremacia constitucional, pelo contrário, reafirma-a, além de se tratar de instituto utilizado pela Corte Suprema antes da positivação do seu conteúdo pelas Leis 9.868 e 9.882 de 1999.

Ainda, o STF alegou a violação à segurança jurídica para justificar a eficácia *ex nunc* da pronúncia de inconstitucionalidade nos embargos de

¹²⁶ STF, ADI 2904, Relator: MENEZES DIREITO, JULGADO EM 15/04/2009, TRIBUNAL PLENO, DJ: 24/09/2009.

¹²⁷ No julgamento desta ADI, afirmou o Min. Marco Aurélio: “Resisto sempre, Presidente, à modulação da decisão do Supremo quando ele conclui pelo conflito de certa lei com o texto constitucional. Por que o faço? Porque adoto o princípio segundo o qual toda a lei editada à margem da Carta da República é írrita e, portanto, não tem como mitigar a eficácia da Constituição Federal. (...) Por isso, tenho sustentado no Plenário – sempre o fiz e esperava inclusive pronunciar-me quanto à inconstitucionalidade do art. 27 da Lei 9.868/99 – que não cabe no caso – sob pena de mitigação da Lei Maior da República, que a todos submete – a modulação dos efeitos da decisão, como se, até aqui a Constituição Federal não tivesse vigorado”.

¹²⁸ Confira-se o subitem 2.6.

declaração opostos em face do acórdão da ADI 3601,¹²⁹ de relatoria do Min. DIAS TOFFOLI. A ADI foi proposta em face de norma distrital que dispunha sobre a criação da Comissão Permanente de Disciplina da Polícia Civil do Distrito Federal, e, segundo o relator, “a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal consolidou-se no sentido de que compete à União Federal, com exclusividade, legislar sobre o regime jurídico dos policiais civis do Distrito Federal”. A comissão fora responsável por vários julgamentos e aplicação de uma série de sanções administrativas no âmbito da polícia civil. A declaração de inconstitucionalidade *ex tunc* acabaria por invalidar todas as decisões da comissão. Vacâncias e demissões seriam inválidas, o que teria por consequência a reintegração de policiais civis que cometeram infrações gravíssimas e, em vários casos, a manifestação de causas de prescrição. Dessa forma, a segurança jurídica foi arrimo à modulação temporal dos efeitos do controle concentrado.¹³⁰

3.1.2 *Excepcional interesse social.*

Da mesma forma que a *segurança jurídica*, o *excepcional interesse social* se trata de uma fórmula aberta a partir da qual é possível afastar a eficácia geral *ex tunc* e, assim, preservar alguns efeitos da norma declarada inconstitucional, por meio da técnica da modulação temporal dos efeitos. Assim, não se confunde com a *segurança jurídica*, mas a complementa.

A expressão *interesse social* é de definição análoga à de *interesse público*, novamente de conteúdo aberto, portanto, o que dá margem para uma série interpretações, por vezes dotadas de caráter eminentemente político, aptos a ensejar a manutenção de efeitos de norma reconhecidamente inconstitucional.

¹²⁹ STF, ADI 3601 ED, Relator: DIAS TOFFOLI, julgado em 09/09/2010, TRIBUNAL PLENO, DJ 14/12/2010 e ADI 3791, Relator: AYRES BRITTO, julgado em 16/06/2010, TRIBUNAL PLENO, DJ 26/08/2010.

¹³⁰ É importante notar que, nesse caso, o relator reconheceu a manifestação tanto de causas afetas à segurança jurídica, bem como ao excepcional interesse social para fazer uso da técnica de modulação. Para o relator, em voto: “Assim sendo, parece evidente que se encontram aqui presentes não só razões de segurança jurídica, mas também de excepcional interesse social (preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio – primado da segurança pública), capazes de prevalecer sobre o postulado da nulidade da lei inconstitucional”.

Primeiramente, conforme lições de MARÇAL JUSTEN FILHO, o interesse público não se confunde com o interesse do Estado que, como parte de uma relação jurídica junto dos particulares também possui as suas conveniências.¹³¹

HELLY LOPES MEIRELLES identifica o interesse público como intimamente conexo à finalidade administrativa. Para o autor, o princípio justifica-se pelo atendimento da vontade geral e não da vontade do Estado, corroborando à dicotomia de interesses como apontado por MARÇAL JUSTEN FILHO. Ainda, HELLY LOPES MEIRELLES indica que o interesse público é extraído da ordem jurídica caso a caso, sempre a partir da análise do caso concreto, daí a grande dificuldade para a sua definição.¹³²

Nas questões de controle concentrado, ocorre o conflito de uma pluralidade de interesses públicos. Se por um lado há um interesse geral na retroatividade *ab initio* da pronúncia de inconstitucionalidade, por outro há interesse na manutenção de alguns efeitos da norma declarada inválida.

O conteúdo aberto da norma permite melhor adequação do seu conteúdo à caso de direito material, infirmando a casualidade que reveste o conceito de interesse público, ao modo como salienta HELLY LOPES MEIRELLES.

O Supremo Tribunal Federal utilizou-se o *excepcional interesse social* como fundamento à modulação temporal dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade na ADI 1842,¹³³ de relatoria do Min. LUIZ FUX. A ação foi proposta em face de normas estaduais que instituía a Região Metropolitana do Rio de Janeiro e a Microrregião dos Lagos e transferiam a titularidade do poder concedente para prestação dos serviços públicos de interesse metropolitano ao Estado do Rio de Janeiro. Reconheceu-se a inconstitucionalidade da transferência a Estado-Membro do poder concedente de funções e serviços públicos de interesse comum. Assim, utilizou-se da técnica da modulação, consignando-se que: “Em razão da necessidade de continuidade da função de saneamento básico, há interesse social para a vigência excepcional das leis impugnadas, nos termos do art. 27 da Lei n. 9.868/1998, pelo prazo de 24 meses (...)”.

¹³¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 38.

¹³² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39 ed: Atualizada até a Emenda Constitucional 71, de 29/11/2012. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 109-111.

¹³³ STF, ADI 1842 ED, Relator: LUIZ FUX, julgado em 06/03/2013, TRIBUNAL PLENO, DJ 13/09/2013.

Fica evidente a manifestação de relevante e *excepcional interesse social*, suficiente à modulação temporal, no caso da ADI 1842. O reconhecimento da eficácia *ex tunc* de forma absoluta imporia maior restrição a direitos fundamentais do que a manutenção de alguns efeitos das leis declaradas inconstitucionais.

3.2 O DUPLO DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO E O ART. 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Seguindo a regra do art. 93, IX, da Constituição, todas as decisões do Poder Judiciário serão fundamentadas, o que inclui aquelas tomadas em controle difuso ou concentrado de constitucionalidade. Como acima exposto, a fundamentação nos casos de norma de conteúdo aberto decorre da própria estrutura dessas normas. A flexibilização interpretativa através dos conceitos indeterminados é produto da atividade do legislador, que, a partir dessas fórmulas, confere ao juiz a possibilidade de, ao concretizar a norma abstrata, satisfazer as necessidades do direito material.

Destarte, não é suficiente simplesmente conferir aplicabilidade à técnica da modulação a partir da simples alegação de *segurança jurídica* ou *excepcional interesse público*. Além da fundamentação robusta, típica e necessária às expressões de plurissignificativas, é fundamental fixar um marco, a partir do qual serão produzidos os efeitos da nulidade declarada, de modo que se faz necessária uma dupla fundamentação.

Nesse sentido, OCTAVIO CAMPOS FISCHER atenta para o dever de dupla fundamentação na decisão que autoriza a modulação. Ao autor não basta assentar somente as razões que fomentam a modulação, mas também aquelas que justificaram a escolha de um determinado momento ao início da produção dos efeitos da inconstitucionalidade.

"É obrigatória a fundamentação, demonstrando que há necessidade de restrição dos efeitos e também de se escolher um determinado momento, dentre vários outros disponíveis, para se iniciar a deflagração dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade. Deve-se, portanto, demonstrar qual o motivo que se levou em consideração para

um e não outro momento para funcionar como marco temporal pára a incidência de tais efeitos".¹³⁴

A dupla fundamentação se mostra como a melhor forma de expor as razões fundamentais à decisão, de modo a atender completamente ao comando constitucional de fundamentação das decisões jurisdicionais, consubstanciado no art. 93, IX.

3.3 A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO E A RESTRIÇÃO DOS EFEITOS EM CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE.

Todos devem zelar pela Constituição; Legislativo, Executivo e Judiciário são obrigado não só a protegê-la, mas a obedecê-la. Nada obstante, o constituinte originário preferiu confiar a guarda da Carta Magna ao Judiciário, notadamente ao STF, consoante redação do *caput* do seu art. 102.

Ao subitem 1.2 deste trabalho, já foram despendidas, ainda que não de forma exauriente – e nem da forma que a Constituição merece –, considerações acerca da supremacia da Constituição e a sua relevância história ao controle de constitucionalidade. A Constituição é a lei de maior hierarquia no sistema e sobre isso nada mais se dirá. Complementam-se os apontamentos com as lições de CLÊMERTON MERLIN CLÈVE, a quem a supremacia “reclama a defesa permanente da obra e dos valores adotados pelo Poder Constituinte”.¹³⁵

Especificamente no que se refere à supremacia como fundamento dos efeitos temporais da decisão em controle abstrato de constitucionalidade, os defensores da corrente da retroatividade *ab initio* sustentam que: a Constituição é a lei suprema, portanto os efeitos *ex nunc* são conseqüências lógicas da decisão que reconhece a inconstitucionalidade ou declara a validade da norma, ao modo como concebeu inicialmente o modelo norte-americano, com expoente no caso *Marbury v. Madison*.¹³⁶

¹³⁴ FISCHER, Octavio Campos. **Os Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Tributário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 259.

¹³⁵ CLÈVE, Clémerton Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade do Direito Brasileiro**. 2. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 32-33.

¹³⁶ A fim de se evitar repetição, confira-se o subitem 1.4 deste trabalho.

Os arts. 27 e 11, das Leis 9.868/1999 e 9.882/1999, consoante posicionamento adotado ao subitem 2.6 deste trabalho, são dispositivos munidos de constitucionalidade. A técnica de modulação temporal por eles positivada, ao manter hígidos certos efeitos da norma reconhecidamente inconstitucional, se realizada de forma correta, observando os deveres de justificação, ponderação e otimização dos mandamentos constitucionais, não viola a supremacia constitucional. É bem pelo contrário – protege-a.

Para esclarecer a questão, OCTAVIO CAMPOS FISCHER, afirma que a supremacia constitucional permanece incólume porque “a modulação dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade somente é admitida quando for utilizada para o próprio resguardo dos valores constitucionais”.¹³⁷ Ou seja, a modulação somente é admitida para tutela de valores constitucionais.

E outra não pode ser a conclusão, uma vez que se caso se repute violada a supremacia constitucional quando se propõe essa teoria da nulidade “atípica”, mantendo alguns efeitos da norma inconstitucional, em resposta à tutela da *segurança jurídica* e do *excepcional interesse social*, a resposta seria a nulidade absoluta. Não se poderia cogitar de institutos como a prescrição ou a decadência, ou a oposição do direito adquirido e da coisa julgada, pois a retroatividade seria total e devastadora, o que, por óbvio, reflete uma série de arbitrariedades, injustiças e violações de direitos, notadamente fundamentais, de forma abruptamente desproporcional.

3.4 MODULAÇÃO TEMPORAL COMO "REGRA DE CALIBRAÇÃO DO SISTEMA".

Seguindo as lições de PAULO PIMENTA sobre o tema, OCTAVIO CAMPOS FISCHER aponta o protagonismo do princípio da proporcionalidade como parâmetro à técnica da modulação dos efeitos, seja servindo como substrato ao seu uso, seja como fator de controle na dialética entre normas Constitucionais.¹³⁸

¹³⁷ FISCHER, Octavio Campos. **Os Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Tributário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 249.

¹³⁸ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade em Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 93-94 apud FISCHER, Octavio Campos. **Os Efeitos**

Contudo, expõe o autor que "a aplicação deste princípio tem por pano de fundo não a satisfação de um ou outro valor em específico, mas, antes, a estabilidade do próprio sistema",¹³⁹ que comporta uma série de tensões das mais variadas em razão de múltiplos valores que se põe constantemente em conflito.

Sobre superação da idéia da lei que supunha uma sociedade homogênea, alicerçada num dogma de igualdade formal, e composta por homens dotados de idênticas pretensões, diante da dimensão concreta da vida em sociedade, formada por pessoas de classes sociais diferentes, com aspirações completamente distintas, que justifica as tensões legislativas no sistema, afirma MARINONI:

"Lembre-se que à época do Estado liberal a lei era considerada fruto da vontade de um parlamento habitado apenas por representantes da burguesia, no qual não havia confronto ideológico. Após essa fase, as casas legislativas deixam de ser o lugar da uniformidade, tornando-se o local da divergência, em que diferentes idéias acerca do papel do direito e do Estado passam a se confrontar. Aí, evidentemente, não há mais uma vontade geral, podendo-se falar em uma "vontade política", ou melhor, na vontade do grupo mais forte dentro do parlamento. Atualmente, porém, essa vontade política pode se confundir com a vontade dos lobbies e dos grupos de pressão que atuam nos bastidores do parlamento".¹⁴⁰

Face a este panorama, OCTAVIO CAMPOS FISCHER traz a noção de "regra de calibração", trazida da cibernética à teoria do direito por TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR., para melhor compreensão da manipulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade.¹⁴¹

Para TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR., a ordem normativa pode ser compreendida como um sistema, que é "um conjunto de objetos e seus atributos (repertório do sistema), mais as relações entre eles, conforme certas regras (estruturas do sistema)".¹⁴² Os *atributos* do sistema são as normas, enquanto a *estrutura* se dá a partir da inter-relação entre elas, orientada por regras de

da Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Tributário Brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 251.

¹³⁹ FISCHER, Octavio Campos. Op. Cit., 2004. p. 251.

¹⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; e MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil.** Vol: 1 Teoria do Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 54.

¹⁴¹ FISCHER, Octavio Campos. **Os Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Tributário Brasileiro.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 250-255.

¹⁴² FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. **Teoria da Norma Jurídica:** Ensaio de Pragmática da Comunicação Normativa. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 140.

calibração, "as quais tem a função de ajustamento do sistema",¹⁴³ conferindo-lhe coesão.

Para exemplificar a regra de calibração, TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR., utiliza uma proposição simples: "o índice inflacionário não deverá ultrapassar os 12%"¹⁴⁴. Nesse caso, o decididor (para fazer uso da nomenclatura utilizada pelo autor) é responsável pelo fim a ser atingido, que é a manutenção do índice. Citando TERCIO SAMPAIO, OCTAVIO CAMPOS FISCHER lança mão do exemplo do termostato de uma geladeira, pois "Este mecanismo tem por função assegurar que a geladeira mantenha um equilíbrio na sua temperatura, não esfriando demais, nem aumentando a temperatura para além de um certo limite".¹⁴⁵

A importância da regra de calibração reside exatamente no equilíbrio, pois, como supramencionado, trata-se de um mecanismo que tem por finalidade evitar discrepâncias no sistema, que deve comportar os seus conflitos internos.

Ainda, TERCIO SAMPAIO traz como exemplo de calibração do sistema as regras que versam sobre a eficácia de normas inválidas:

"Ora, a invalidade significa, é verdade, algo distinto da validade, mas não a pura ausência de imunização e, sim, outro tipo de imunização. Trata-se de imunização que não repousa em outra norma, mas em regras de calibração do sistema, como, por exemplo, as regras atinentes à eficácia da norma inválida, segundo as quais esta tem a mesma eficácia da norma válida, desde que não seja invalidada, (...) ou tenha uma eficácia disponível da parte da autoridade que a editou, ou da contraparte, ou do juiz, de ofício ou a requerimento da parte. Em todos os casos, o importante é a manutenção da imperatividade".¹⁴⁶

Diante de tal quadro fático, como já sustentado em outros tópicos, as normas que não guardam relação de compatibilidade com a Constituição são eivadas de tão grave vício de validade que a sanção a lhes cominar não pode ser outra que não o reconhecimento de nulidade. A efeito retroativo da sentença declaratória de inconstitucionalidade é a regra. No entanto, é fácil observar que a nulidade *ab initio* da norma inválida implica na desconstrução de um série de

¹⁴³ FISCHER, Octavio Campos. Op. Cit., p. 253.

¹⁴⁴ FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. Op. Cit., p. 110.

¹⁴⁵ FISCHER, Octavio Campos. Op. Cit., p. 253.

¹⁴⁶ FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. **Teoria da Norma Jurídica: Ensaio de Pragmática da Comunicação Normativa**. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 144.

proposições e relações que afetam imediatamente a estabilidade do sistema normativo.

Nesse sentido, a manutenção de determinados efeitos da norma inconstitucional corresponde ao "termostato" do ordenamento, ou melhor da regra de calibragem, que, tal qual fundamentado pelo Min. DIAS TOFFOLI, na ADI 3601, promove "uma unidade de sentido normativo e político axiológico".¹⁴⁷

Contudo, a regra de calibração pressupõe que somente seja utilizada em situações excepcionais, limites, nos casos em que não for possível a retroatividade absoluta dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade. A exaustão da técnica atuaria de forma negativa na estabilização do sistema, o que poderia implicar no rompimento da sua coesão, a partir da subversão do regime jurídico da nulidade. Dessa forma, suscitar que os efeitos produzidos sob o manto da norma declarada inconstitucional são protegidos por outros princípios constitucionais, embora necessário, não é fundamento suficiente ao manejo da técnica de modulação, "porque praticamente em todas as situações que surgirem sob o pálio de uma decisão de inconstitucionalidade, a rigor, poderemos argumentar que a restrição dos efeitos é necessário, em razão de alguns daqueles princípios constitucionais".¹⁴⁸

De todo modo, a caracterização da modulação como uma regra de exceção não parece ter passado despercebido pelo legislador, pois ao empreendimento da técnica é necessário o quórum qualificado de dois terços. Mantém-se hígida, portanto, a teoria geral da nulidade.

Finalizando a sua análise sobre o tema, OCTAVIO CAMPOS FISCHER afirma que a regra de calibração, *in casu*, não adquire substância através da sua representação pelos princípios da *segurança jurídica* ou do *excepcional*

¹⁴⁷ No seu voto, o Ministro Dias Toffoli salienta que a Constituição possui uma unidade normativa, que deve ser sempre considerada ao se realizar o controle de constitucionalidade. Na declaração de inconstitucionalidade, a análise não deve exaurir-se na norma parâmetro, mas ir além e verificar os efeitos que a declaração trará aos demais preceitos constitucionais, como a *segurança jurídica* e o *excepcional interesse social*. Dessa forma, restaria observado o princípio da unidade da Constituição, conciliado ao princípio da constitucionalidade, afastando a regra geral da retroatividade norma inconstitucional. Importante notar que, ainda que não analisado dessa forma, a modulação temporal é reconhecida como instrumento de coesão e unidade não só constitucional, senão de todo o ordenamento, atuando como verdadeira regra de calibração (STF, ADI 3601 ED, Relator: DIAS TOFFOLI, julgado em 09/09/2010, TRIBUNAL PLENO, DJ 14/12/2010).

¹⁴⁸ FISCHER, Octavio Campos. **Os Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Tributário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 254.

interesse social, "mas sim pela própria competência para a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade".¹⁴⁹

3.5 REDUÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL A ZERO.

Sob o um prisma abstrato o art. 27 da Lei 9.868/1999 e o art. 11 da lei 9.882/1999 outorgam ao Supremo Tribunal Federal uma competência de caráter facultativo. Em princípio, não há dever de modular, salvo se presentes razões de *segurança jurídica* ou *excepcional interesse social* e assim, ao menos, dois terços dos membros entenderem.

No entanto, ao analisar a situação a partir da dimensão concreta, ocorre uma inversão de valores. O que antes parecia ser uma faculdade, torna-se um dever, de modo que diante de uma situação concreta que exija a modulação, o STF se vê obrigado a modular temporalmente os efeitos da sua decisão de pronúncia de inconstitucionalidade.

Há situações em que deixar de fazer uso da técnica de modulação implica negar a vigência dos princípios da *segurança jurídica* e do *interesse social*. Ocorre que, quando sopesados, deve-se conferir aos princípios a sua máxima satisfação, sem negar vigência a nenhum dos conflitantes, o que é viável mediante a mitigação da retroatividade absoluta.

No mesmo sentido, OCTAVIO CAMPOS FISCHER:

"Em um primeiro momento, pode-se pensar que a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade encontra-se no campo da discricionariedade do Judiciário. Este teria ampla liberdade para decidir se irá restringi-los ou não. A rigor, contudo, uma vez verificados os pressupostos para a manipulação, esta se impõe inexoravelmente. Há, por certo, grande margem de discricionariedade na verificação dos mesmos. Todavia, uma vez constatados, não pode o STF decidir, por exemplo que ainda que haja motivo para a restrição, esta não será levada a efeito".¹⁵⁰

Evidentemente, acaba-se caindo no problema do controle da decisão, pois, como lembrado pelo autor, ainda que a contrário senso, o STF poderia

¹⁴⁹ FISCHER, Octavio Campos. Op. Cit., p. 254-255.

¹⁵⁰ FISCHER, Octavio Campos. **Os Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Tributário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 261.

reconhecer aquilatados os requisitos à implementação do instituto da modulação, mas, ainda assim, deixar de o fazer.

Satisfeitos os seus pressupostos, é de se admitir que a modulação e os seus fundamentos se tornem questão sobre a qual os julgadores obrigatoriamente deveriam se manifestar. Nesses casos, a suposta discricionariedade da qual se reveste referida competência pode vir a ser drasticamente reduzida, praticamente reduzida a zero, até tornar-se vinculada.

Há um mínimo conteúdo dos princípios que mitigam a eficácia *ex tunc* que devem ser mantidos quando das pronúncia de inconstitucionalidade, sob pena de negar a vigência de outros princípios de igual fundamentalidade. Nesse ponto, a competência é vinculada. Determinadas relações jurídicas devem ser mantida, se assim não for, restará violada a própria supremacia da Constituição.

Sobre esse mínimo de vigência dos princípios que conflitam à eficácia temporal da declaração de nulidade, o STF nas suas decisões deve obrigatoriamente se manifestar. Se não o fizer, a correção poderá ocorrer por meio de embargos declaratórios, uma vez que a decisão padecerá de vício relativo à omissão quanto a fato sobre o qual a Corte deveria ter se manifestado.

Da doutrina, ainda, valem as lições de EDUARDO TALAMINI:

“E evidentemente não é ‘discricionária’ a atividade que o STF desenvolve no exercício dessa regra: tem o dever de limitar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, quando presentes as razões para tanto; tem o dever de se abster de tal limitação, quando faltar motivo justificável. Eis mais um daqueles casos em que não se pode confundir a aplicação concreta de conceitos indeterminados (‘segurança jurídica’ e ‘excepcional interesse social’) com atividade propriamente discricionária”.¹⁵¹

Há julgados na Corte, de embargos de declaração opostos em face de acórdãos que não modularam os efeitos da decisão, nos quais a Corte justificou a omissão. A principal tese para não acolhimento dos embargos reside no fato de que a regra é que a eficácia é *ex tunc*, retroagindo *ab initio*.

¹⁵¹ TALAMINI, Eduardo. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). **Direito Constitucional Brasileiro: volume II: Organização do Estado e dos Poderes**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 669-705, p. 678.

Nesse sentido, cito o precedente do Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Embargos de Declaração na ADI 2996.¹⁵² Conforme trecho da ementa, “(...) não está o Tribunal compelido a manifestar-se em cada caso: se silenciou a respeito, entende-se que a declaração de inconstitucionalidade, como é regra geral, gera efeitos *ex tunc*, desde a vigência da lei inválida”.

Igualmente, os Embargos de Declaração na ADI 2827,¹⁵³ de relatoria do Min. MARCO AURÉLIO. De acordo com o relator, “Inexistindo pleito de fixação de termo inicial diverso, não se pode alegar omissão relativamente ao acórdão por meio do qual se concluiu pelo conflito de ato normativo autônomo abstrato com a Carta da República, fulminando-o desde a vigência”.

Para não acolher os Embargos Declaratórios na ADI 2840,¹⁵⁴ a Min. ELLEN GRACIE, alegou que se na petição inicial não constar pedido de modulação, não se poderá justificar, mediante oposição dos aclaratórios, que a decisão restou omissa por não modular os seus efeitos. Contudo, é importante notar que a Ministra, ao final do seu voto, menciona que o art. 27 da Lei 9.868/1999 não se aplicaria, pois inexistiriam razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social que justificassem a utilização da técnica.

Descartando a possibilidade de se tratar de mero recurso retórico e estilístico, dessa parte final do voto da Ministra pode-se concluir que, ainda que a parte autora não tenha feito pedido expresso de modulação na inicial e que esse fundamento seja ostensivo ao não acolhimento, enfrentou-se a questão da omissão proposta. Ou seja, foram aquilatados fatos e fundamentos que permitiram, embora de forma sucinta, afirmar que não estavam presentes razões de segurança jurídica, tampouco excepcional interesse social.

É verdade que não se pode afirmar que se estivessem presentes os fundamentos a decisão teria tomado outro rumo e suprido a omissão, pela modulação. No entanto, como a questão de fato foi enfrentada, há fortes indícios

¹⁵² STF, ADI 2996 ED, Relator: SEPULVEDA PERTENCE, julgado em 14/12/2006, TRIBUNAL PLENO, DJ 16/03/2007

¹⁵³ STF ADI 2827 ED, Relator: MARCO AURÉLIO, julgado em 01/08/2014, TRIBUNAL PLENO, DJ 29/10/2014.

¹⁵⁴ STF ADI 2840 ED, Relator: ELLEN GRACIE, julgado em 17/11/2005, TRIBUNAL PLENO, DJ 09/12/2005. Nesse caso, na petição inicial o pedido era de declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex nunc*, contudo nos embargos suscitou-se a omissão fundada na ausência de modulação, o que foi reconhecido pela Ministra. *In verbis*: “Consta da própria petição inicial pedido de declaração de inconstitucionalidade com efeitos *extunc*, pretensão diametralmente oposta à que ora se veicula em sede recursal”.

de que, se as razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social fossem reconhecidas, mesmo que inexistente requerimento em tal sentido na petição inicial da ação direta, a Ministra teria acolhido os embargos e modulado os efeitos.

De todo modo, é possível encontrar nos julgados do STF alguns nos quais foi expressamente consignado que a modulação de efeitos não consiste em decisão discricionária. Com a devida vênia, parece a posição mais razoável, porque se presentes os seus fundamentos, a modulação é medida que se impõe.

Nesse sentido votou o Min. GILMAR MENDES, nos Embargos de Declaração na ADI 2791.¹⁵⁵ Após fazer um paralelo o modelo português de modulação dos efeitos da decisão proferida em sede controle de constitucionalidade por via direta, afirmou o Ministro:

“Nas hipóteses em que se reconheça que a declaração de inconstitucionalidade com efeitos limitados ou restritos seria uma imposição da própria Constituição, não se atribuiria valor definitivo a uma eventual omissão por parte do Tribunal. Daí a possibilidade, em tese, de que se reconheça a omissão no âmbito nos embargos de declaração para os fins de explicitar a necessária limitação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade”.

Seguindo a mesma lógica, novamente cito os Embargos de Declaração na ADI 3601,¹⁵⁶ relatada pelo Min. DIAS TOFFOLI. Nesse caso, uma vez que presentes razões não só de segurança jurídica, mas também de excepcional interesse social, foram acolhidos os embargos opostos. De acordo com o voto vencedor, proferido pelo Relator:

“O art. 27 da Lei nº 9.868/1999 tem fundamento na própria Carta Magna e em princípios constitucionais, de modo que sua efetiva aplicação, quando presentes os seus requisitos, garante a supremacia da Lei Maior. Presentes as condições necessárias à modulação dos efeitos da decisão que proclama a inconstitucionalidade de determinado ato normativo, esta Suprema Corte tem o dever constitucional de independentemente de pedido das partes, aplicar o art. 27 da Lei nº 9.868/99”.

¹⁵⁵ STF, ADI 2791 ED, Relator: GILMAR MENDES, julgado em 22/04/2009, TRIBUNAL PLENO, DJ: 03/09/2006.

¹⁵⁶ Confira-se a nota 147.

A desnecessidade de se pedir pela aplicação do art. 27 da lei 9.868/1999, conforme assentado no julgado, corresponde a um evidente progresso do STF, em termos de efetividade, de eficácia e de eficiência da decisão, sem deixar de reconhecer a sua excepcionalidade, diante da exigência de quórum qualificado. Trata-se julgado que deixa claro o compromisso da jurisdição com aplicabilidade dos valores e princípios consubstanciados no texto constitucional.

3.6 A DESCONSTITUIÇÃO DA COISA JULGADA CONTRÁRIA A DECISÃO PROFERIDA PELO STF EM CONTROLE CONCENTRADO.

Para TEORI ZAVASCKI, sem adentrar ao mérito da discussão, pois bem se sabe que a função da jurisdição é tema controvertido, o escopo fundamental da jurisdição é “a eliminação de conflitos de interesses mediante decisões justas”.¹⁵⁷ A *justiça* das decisões é “consagrar, nas relações jurídicas concretas, os ideais estabelecidos, em plano abstrato, pelo ordenamento jurídico”.¹⁵⁸ Já eliminação conflitos consiste na atuação da jurisdição à pacificação social, à estabilidade das relações humanas, de julgamento definitivo.¹⁵⁹

Para o atendimento desses objetivos, o Estado dotou a tutela jurisdicional de dois institutos: (a) da cognição exauriente e (b) da coisa julgada.

A cognição exauriente é instrumento importante ao alcance da justiça das decisões.

A estabilidade das decisões, por sua vez, é fundamental à pacificação social. Para o processualista, ainda que a decisão não tenha alcançado um fim justo, é preciso que seja dotada de definitividade. Nesse sentido, afirma que “esgotadas as oportunidades para invocar as garantias do devido processo legal, pronunciado o juízo e, se necessário, encetadas as providências concretas de efetivação do julgado, a atividade jurisdicional estará concluída”.¹⁶⁰ Assim, a decisão do Estado-juiz se tornará imutável, inclusive por leis supervenientes, conforme art. 5º, XXXVI, da Constituição.¹⁶¹

¹⁵⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 122.

¹⁵⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. Op. Cit., p. 122.

¹⁵⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 122-123.

¹⁶⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. Op. Cit., p. 123.

¹⁶¹ Constituição de 1988: “Art. 5, XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico

Assim, conclui TEORI ZAVASCKI que “há uma relação necessária entre o nível de cognição e a justiça das decisões: quanto mais aprofundado aquele, maior será o grau de probabilidade de acerto delas”.¹⁶²

De acordo com o art. 467 do CPC de 1973, coisa julgada material corresponde à “eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”. Ciente dos embates doutrinários quanto à precisão do dispositivo, TEORI ZAVASCKI menciona que a definição é correta quanto ao núcleo do instituto da coisa julgada, a imutabilidade e a indiscutibilidade do julgado.¹⁶³ Razões de ordem prática, outrossim, determinam que se ponha um fim no litígio, encerrando judicialmente a controvérsia.

A coisa se julgada se trata de um princípio processual constante na própria Constituição. Como tal, há de harmonizar-se frente a aparentes conflitos com outros princípios também constitucionais. Nesse sentido, a coisa julgada não corresponde a um valor absoluto, porque precisa compatibilizar-se com outros demais valores de hierarquia constitucional, de modo que admite relativização em situações excepcionais.

Assim, o art. 485 do CPC de 1973 traz situações especiais, amparadas nas quais é possível a desconstituição da coisa julgada mediante a propositura de ação rescisória. Dentre as hipóteses arroladas, a análise daquela prevista no inciso V, sob o aspecto da rescindibilidade das sentenças envolvendo matéria constitucional constitui o objetivo primordial deste item.

Prevê o art. 485, V, do CPC de 1973 que “A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: (...) V – *violar literal disposição de lei*”. Sobre esse dispositivo, TEORI ZAVASCKI ressalta existirem dois pontos que merecem destaque.

O primeiro reside no vocábulo “lei”, empregado de forma genérica. De acordo com o autor, o significado não é de lei num sentido estrito, mas num sentido amplo, designando todo o gênero normativo, do qual fazem parte não só a lei ordinária, como também todos os preceitos constitucionais.¹⁶⁴

perfeito e a coisa julgada”.

¹⁶² ZAVASCKI, Teori Albino. Op. Cit., p. 124.

¹⁶³ ZAVASCKI, Teori Albino. Op. Cit., p. 124.

¹⁶⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 126-127.

O segundo, de dificuldade ainda maior, corresponde à interpretação da locução “literal disposição”. O processualista afirma que a resposta a esse problema não é fácil, salvo, na particularidade de que a palavra “literal” não pode ser interpretada “literalmente”.¹⁶⁵

Disso, pode-se extrair que a sentença de mérito, quando fizer coisa julgada, poderá ser rescindida com amparo no inciso V, do art. 485, quando violar “literal disposição da Constituição”.

Ao que tudo indica, o legislador procurou limitar a amplitude das hipóteses de cabimento da rescisória. Nem toda violação de lei daria ensejo à desconstituição da coisa julgada, mas “pressupõe que o julgado rescindendo tenha expressamente se manifestado acerca da norma legal e, ao apreciá-la, tenha infringido a sua literalidade, conferindo-lhe interpretação teratológica”.¹⁶⁶

Dessa forma, a ação rescisória fundada no art. 485, V, do CPC de 1973, segundo decisão exarada pelo STJ na AR 1619,¹⁶⁷ “exige afronta direta ao texto legal, ou seja, o entendimento firmado na decisão rescindenda deve desprezar o sistema das normas aplicáveis”, uma vez que o seu manejo deve ser excepcional, em atenção ao princípio da segurança jurídica. A ofensa, portanto, deve ser especialmente qualificada.

Não se presta, ademais, a impugnar decisão por mero inconformismo, conforme acórdão proferido na AR 5213,¹⁶⁸ do STJ, no qual se reputaram improcedentes as razões para a ação. Consignou o relator que se pretendia “rediscutir a matéria já decidida, traduzindo-se em mero inconformismo com o deslinde da questão, o que, entretanto, não autoriza a desconstituição da coisa julgada com base no art. 485, V do CPC”. O acórdão encontra amparo na série de julgados que deram ensejo à confecção do enunciado da Súmula n. 343 do STF.

De acordo com a Súmula n. 343, “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal dispositivo de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”. Sobre os reflexos do referido

¹⁶⁵ZAVASCKI, Teori Albino. Op. Cit., p. 127.

¹⁶⁶ STJ, AgRg na AR 5.581, Relator: MAURO CAMPBELL MARQUES, julgado em: 22/04/2015, PRIMEIRA SEÇÃO, DJ: 29/04/2015.

¹⁶⁷ STJ, AR 1.619, Relator: NEFI CORDEIRO, julgado em: 25/02/2015, TERCEIRA SEÇÃO, DJ 05/03/2015.

¹⁶⁸ STJ, AR 5.213, Relator: NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, julgado em 25/03/2015, PRIMEIRA SEÇÃO, DJ 18/06/2015.

enunciado sumular no STJ, já manifestou-se o STF, na AR 3525,¹⁶⁹ assentando que “Adotar-se ação rescisória para alinhar a jurisprudência antiga à nova, mais recente, é inserir mais um inciso ao art. 485 CPC, criando-se assim uma nova modalidade de impugnação à decisão transitada em julgado”.

Se existe interpretação divergente nos tribunais sobre o mesmo preceito normativo, é porque ele comporta mais de uma interpretação, é o que afirma TEORI ZAVASCKI, a quem nenhuma das interpretações divergentes, *prima facie*, pode ser considerada ofensiva ao teor literal da norma interpretada.¹⁷⁰ Esta lógica coaduna-se ao enunciado da Súmula n. 400 do STF, segundo a qual “decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra a do art. 101, III, da Constituição Federal. Ou seja, conclui o processualista, “se a interpretação razoável da norma (‘ainda que não a melhor’) impede a revisão do julgado até mesmo por via de recurso, com muito mais razão tem de se negar à rescisória”.¹⁷¹

Quando se trata de norma infraconstitucional, portanto, não se reputa literalmente violada a lei (CPC, art. 485, V) “quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais” (STF, Súmula n. 343). Mas, a jurisprudência do STF emprega tratamento diferenciado quando o preceito literalmente violado é constitucional, caso em que o enunciado da Súmula n. 343 não se aplica, conforme entendimento firmado no Agr no AI 460.349-9.¹⁷²

Não obstante, a aplicabilidade do Verbete 343 do STF não é absoluta no caso das normas infraconstitucionais. O enunciado sumular encontrou mitigação no Recurso Especial 1.026.034,¹⁷³ em voto condutor prolatado por TEORI ZAVASCKI. Para o Ministro, à época do STJ – e atualmente do STF –, a Súmula 343 do STF, editada anteriormente à Constituição de 1988, encontrava amparo na teoria da legitimidade da interpretação razoável da norma, “ainda que não a

¹⁶⁹ STF, AR 3.525, Relatora: ELIANA CALMON, julgado em: 08/10/2008, PRIMEIRA SEÇÃO, DJ: 04/05/2009.

¹⁷⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 129.

¹⁷¹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 129.

¹⁷² STF, Agr no AI 460.349-9, Relator originário: CARLOS VELLOSO, relator para o acórdão: SEPÚLVEDA PERTENCE, julgado em: 17/08/2006, TRIBUNAL PLENO, DJ: 17/08/2006.

¹⁷³ STJ, RE 1.026.034, Relator: TEORI ALBINO ZAVASCKI, julgado em: 27/05/2008, PRIMEIRA TURMA, DJ: 11/06/2008.

melhor, de modo a permitir a existência de mais de uma interpretação e modo de aplicação. No entanto, a Constituição de 1988, quando criou o STJ lhe conferiu função de manter a integridade do sistema normativo, a uniformidade de sua interpretação e isonomia na sua aplicação. Assim, o exercício dessa função se mostra necessário, em especial quando houver divergência interpretativa medra nos tribunais, mesmo que razoáveis as interpretações divergentes. Nesse sentido, consignou o relator que “admitir interpretação razoável, mas contrária à sua própria, significaria, por parte do Tribunal, renúncia à condição de intérprete institucional da lei federal e de guardião da sua observância”.

O principal fundamento encontrado por TEORI ZAVASCKI reside no fato de que a tolerância a interpretações divergentes, porém razoáveis, conforme prescrição da Súmula n. 343, impõe ao Judiciário que abra mão do princípio da isonomia em benefício da segurança jurídica, bem como que o STJ abra mão da sua função uniformizadora e permita que, de forma objetiva, reste comprometido o princípio da igualdade.

No caso de norma de hierarquia constitucional a supremacia da Constituição opõe-se à estabilidade dos julgados. No caso do AI-AgR 145.680,¹⁷⁴ de relatoria do Min. CELSO DE MELLO, manifestou-se a Corte Suprema no sentido de que temas de índole constitucional não se sujeitam à incidência do enunciado n. 400 da Súmula do STF, em função da própria natureza de que se revestem. Diante disso, assentou-se que não haveria que se falar em interpretação razoável, “A exegese de preceito inscrito na Constituição da República, muito mais do que simplesmente razoável, há de ser juridicamente correta”.

A razão fundamental do tratamento diferenciado à desconstituição da coisa julgada, nesses casos, consiste na supremacia da Constituição, lei fundamental do sistema, da qual todas as demais normas devem extrair os seus fundamentos de validade formal e material.

TEORI ZAVASCKI aponta que o exame dessa orientação aponta a duas conclusões. A primeira delas é de preservar a supremacia constitucional face a qualquer circunstância. A segunda, de preservar a autoridade do STF como

¹⁷⁴ STF, AI-AgR 145680, Relator: CELSO DE MELLO, julgado em: 13/04/1993, PRIMEIRA TURMA, DJ 30/04/1993.

guardião da Constituição, de modo que divergentes interpretações sobre matéria constitucional devem ser dirimidas. Sustenta, então, o autor que “em se tratando de ação rescisória em matéria constitucional, concorre decisivamente para um tratamento diferenciado do que seja ‘literal violação’ a existência de precedente do STF, guardião da Constituição”¹⁷⁵, juntamente da supremacia desta e da igualdade.

Assim, há violação à Constituição se houver decisão que viole pronunciamento do STF.

Nesse contexto, da hipótese do art. 485, V, do CPC, afastada a incidência da Súmula n. 343 do STF, é que se insere a relativização da coisa julgada a partir da decisão que pronuncia a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo no controle concentrado de constitucionalidade.

A decisão tem eficácia *erga omnes* e vinculante. Portanto, as situações jurídicas individuais anteriormente constituídas, mas em sentido contrário ao comando superior, deverão ser reajustadas. Como já tive a oportunidade de lembrar, a partir dos ensinamentos do professor EDUARDO TALAMINI,¹⁷⁶ o meio para se efetuar o ajustamento é o da ação rescisória, da qual deverão ser observados todos os seus requisitos, notadamente o da sua tempestividade. São, outrossim, salutares as lições de TEORI ZAVASCKI sobre o tema:

“Atendidos os demais pressupostos de admissibilidade, nomeadamente o da tempestividade, a eficácia *erga omnes* e vinculativa da decisão em controle concentrado traz por consequência não apenas o cabimento, sob tal aspecto, da rescisória (juízo de admissibilidade), mas também a procedência do pedido de rescisão (juízo rescindente) das sentenças a ela contrárias. Da mesma forma, em novo julgamento da causa (juízo rescisório), cumprirá ao órgão julgador dar ao caso concreto a solução compatível com a decisão tomada em controle concentrado”.¹⁷⁷

Isso, porque as decisões em controle concentrado têm eficácia *ex tunc* e, por isso, podem alcançar situações jurídicas consolidadas. Dessa forma, pouco importa se a decisão de inconstitucionalidade veio antes ou depois da sentença rescindenda.

¹⁷⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 134.

¹⁷⁶ Confira-se a nota n. 99.

¹⁷⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 135.

Pode acontecer, ainda, que a controvérsia que se utilizou para utilização da rescisória com base no art. 485, V, do CPC esteja sob análise do STF, em controle concentrado de constitucionalidade em curso.

Inicialmente, inexistente empecilho ao curso de ações, concretas nas quais a matéria constitucional é discutida, pela mera propositura de ação para controle direto de constitucionalidade.

Contudo, pode ser que tenha sido deferida liminar em ADC, com base no art. 21 da Lei 9.868. A liminar consistirá “na determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo”. Nesse caso, extinta a ADC, a rescisória retoma o seu curso normal.

TEORI ZAVASCKI afirma que semelhante questão ocorre se trata de ação direta de inconstitucionalidade, cuja liminar tem efeitos vinculante e *erga omnes*, conforme disposição do art. 11, §1º, da Lei 9.868/1999, importando na suspensão da norma atacada e tornando aplicável, se existente, a legislação anterior, conforme §2º.¹⁷⁸⁻¹⁷⁹ O autor orienta que duas soluções são viáveis no âmbito da rescisória: a primeira consistente na suspensão do processo com base no art. 265, IV, a, do CPC, até o desfecho da ação direta; a segunda, no prosseguimento do feito, sem necessidade de que o órgão julgador suscite o incidente de inconstitucionalidade, desde que julgue observando o comando vinculativo da liminar.¹⁸⁰ O risco da segunda, evidentemente, é uma decisão de mérito que reforme a liminar concedida.

Em termos práticos, o adequado é que se suspendam os julgamentos de processos que discutam leis ou ato normativos cuja eficácia foi suspensa por força de liminar em ADI, até o julgamento final da ação de controle concentrado, conforme orientação do Recurso Extraordinário 168.277, de relatoria do Min. ILMAR GALVÃO.¹⁸¹

¹⁷⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 142.

¹⁷⁹ Lei 9.968/1999, art. 11, §1º: § 1º A medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeito *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa. § 2º A concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário.

¹⁸⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. Op. Cit., p. 142.

¹⁸¹ STF, RE 168.277, Relator: ILMAR GALVÃO, julgado em: 04/02/1998, TRIBUNAL PLENO, DJ 29/05/1998.

3.7 NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – LEI 13.105/2015 E A MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DAS SENTENÇAS DECLARATÓRIAS DE INCONSTITUCIONALIDADE.

Para fins de oposição de embargos em face de execução promovida pela Fazenda Pública, “considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal”, conforme disposição do parágrafo único do art. 741, do CPC de 1973.

EDUARDO TALAMINI expõe que, antes da introdução do referido dispositivo, o STF, através do Recurso Especial 86.056,¹⁸² de relatoria do Min. RODRIGUES ALCKMIN, exarara manifestação na qual rejeitara o emprego dos embargos à execução como meio de se impugnar sentença revestida da coisa julgada que havia aplicado a norma declarada inconstitucional. Reconheceu-se neste julgado que a ação rescisória se tratava de via única à impugnação de sentença qualificada pelo trânsito em julgado, não sendo adequada a via dos embargos à execução.

Semelhante dispositivo é presente no art. 475-L, §1º, do CPC de 1973.

Entretanto, não se pode ignorar o instituto da modulação temporal dos efeitos das decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade, prevista nos arts. 27 e 11, respectivamente, das Leis n. 9.868 e n. 9.882, de 1999. O uso da técnica não retira da decisão declaratória a sua eficácia *erga omnes* e vinculante, contudo temporalmente os seus efeitos são restringidos, sem que se possa falar, outrossim, em violação dos princípios da nulidade ou da supremacia da Constituição.

A coisa julgada, dessa forma, para que possa ser desconstituída, deverá ter-se formado em período no qual se declarou que temporalmente a norma não produziu efeitos válidos. A modulação calibra o sistema para evitar que a retroatividade *ab initio* da declaração de nulidade viole outros preceitos constitucionais.

¹⁸²STF, RE 86.056, Relator: RODRIGUES ALCKMIN, julgado em 31/05/1977, PRIMEIRA TURMA, DJ: 01/07/1977.

Diante desse panorama, introduziu-se dispositivo de peculiar redação no Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015. Trata-se do §15º do art. 525, que versa sobre o instituto da impugnação ao cumprimento de sentença.

Antes de chegar ao §15º, analiso alguns outros dispositivos.

O pedido de cumprimento de sentença balizar-se-á pelo art. 523, segundo o qual “No caso de condenação em quantia certa, ou já fixada em liquidação, e no caso de decisão sobre parcela incontroversa, o cumprimento definitivo da sentença far-se-á a requerimento do exequente, sendo o executado intimado para pagar o débito, no prazo de 15 (quinze) dias, acrescido de custas, se houver”. Na sequência, “Transcorrido o prazo previsto no art. 523 sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação”.

Semelhante ao art. 475-L, II, do CPC de 1973, é a redação do art. 523, §1º, III, do Novo Código, que prevê a possibilidade de o executado alegar a inexigibilidade do título como matéria de defesa na impugnação. Em ambos os casos, no Código de 1973, conforme o art. 475-L, §1º, e no caso do Novo Código, conforme o art. 525, §12º, título judicial inexigível é aquele fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo STF, ou em interpretação incompatível com a Constituição dada pelo STF.

A diferença entre a redação do Código de 1973 e do Novo CPC é sutil, mas tem expressivos reflexos. De acordo com o CPC de 1973, a redação do seu art. 475-L, §1º é a seguinte:

§ 1º - “Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal”.

Já a redação conferida pelo CPC de 2015 ao seu art. 525, §12 é a seguinte:

§ 12. – “Para efeito do disposto no inciso III do § 1º deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em

aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, **em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso**” (grifei).

Primeiramente, tanto a interpretação, como a aplicação de lei ou ato normativo tomada por incompatível com a Constituição pelo STF correspondem a técnicas de controle de constitucionalidade, da interpretação conforme a Constituição e da declaração parcial de nulidade sem redução de texto. A redação, portanto, é equivocada, pois ao invés de denotar um equívoco pleonástico, conota que *a aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal* não correspondem a métodos de controle de constitucionalidade.

Já através da introdução da parte final do §12, do art. 525, *em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso*, aparentemente, o legislador procurou transformar em regra que a inexigibilidade do título poderá ser fruto tanto de controle concentrado como de controle difuso de constitucionalidade. Dessa forma, restaria dirimida qualquer divergência sobre a possibilidade de amparar em decisão proferida em controle difuso para impugnar o cumprimento de sentença.

Seja em controle difuso, seja em controle concentrado, essa decisão, de acordo com o §14 do art. 525 do Novo Código, “deve ser anterior ao trânsito em julgado da decisão exequenda”. Mas, se a referida decisão for posterior ao trânsito em julgado, o remédio será a ação rescisória, cujo prazo, nos termos do §15 do artigo, “será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.”

Ou seja, uma modificação substancial quanto ao regime da relativização da coisa julgada é introduzida no ordenamento pelo art. 525, §15º, do Novo CPC.

Como já citado neste trabalho, os requisitos da ação rescisória, em especial o seu prazo para propositura que, na vigência do CPC de 1973, é de 02 (dois) anos, *contados do transito em julgado da decisão* rescindenda (CPC, art. 495). Isso corresponde a um reflexo da segurança jurídica, necessária à pacificação social, mediante aposição de um “ponto final” aos conflitos levados ao Judiciário.

Observe-se que, a partir do Novo Código de Processo Civil, o marco temporal ao início da contagem do prazo para propor a ação rescisória é

alterado. Se antes era contado do trânsito em julgado da decisão que se pretende desconstituir, passa-se a contar do *trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal* (NCPC, art. 525, §15º).

Esse dispositivo retira os atributos da imutabilidade e indiscutibilidade da coisa julgada, de maneira a, inclusive, desnaturar o instituto se ele não for observado sob a ótica constitucional.

Face a este panorama de insegurança jurídica, prevê o §13 do Novo Código que, caso a decisão de inconstitucionalidade seja proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, “os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal poderão ser modulados no tempo, em atenção à segurança jurídica”.

Notadamente, há uma antinomia entre o § citado e o art. 27 da Lei 9.868/1999, com relevo no que tange ao quórum para que o STF possa fazer uso da técnica de modulação. Enquanto o art. 27 da Lei 9.868/1999 exige maioria de 2/3 dos membros da Corte para a modulação dos efeitos, o Novo CPC nada menciona. Outrossim, o Novo CPC menciona a possibilidade de modulação somente em atenção à *segurança jurídica*, não falando do *excepcional interesse social*, como faz o art. 27 da Lei 9.868/1999.

As primeiras soluções para a resolução do conflito não se apresentam como ótimas. Concluída pela revogação do art. 27 da Lei 9.868/1999, por se tratar o §13º, do art. 525, do Novo CPC lei posterior, restariam, a princípio, revogado o quórum de dois terços, bem como afastada a possibilidade de modulação amparada em *excepcional interesse social*.

De outro ângulo, resolvida a antinomia pela especialidade, resultaria que o quórum qualificado poderia ser desprezado somente no caso de modulação com base em *segurança jurídica*.

Sob o viés constitucional, qualquer uma das possibilidades é teratológica.

O STF terá importante papel na harmonização do art. 525, §13, do Novo CPC aos postulados da Constituição, de modo a conferir-lhe uma roupagem que permita estar em harmonia com o instituto da coisa julgada, reafirmando a segurança jurídica, a partir do reconhecimento de excepcionalidade da mitigação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade e do fomento dos princípios e da supremacia constitucionais.

Por fim, ratificando as ideias quanto à redução da discricionariedade a zero,¹⁸³ ressalva-se que o a expressão *poderão*, presente no art. 525, §13, do Novo CPC deve ser encarada com severa cautela. Presentes os requisitos necessários à modulação, o limite entre a discricionariedade e a vinculação tornam-se tênues, mais ainda com a alteração do marco temporal para contagem de prazo à propositura da ação rescisória.

A ação rescisória cabível com amparo no art. 525, §15, do Novo CPC, sem que os efeitos da decisão de inconstitucionalidade tenham sido modulados, teria o condão de alcançar situações consolidadas há muito tempo. Dessa forma, seria flagrante a violação ao princípio constitucional da segurança jurídica.

Nessa hipótese, a discricionariedade à modulação torna-se zero e a utilização dessa técnica consubstancia-se no remédio apto a sanar a inconstitucionalidade decorrente da aplicação irrestrita do §15, do art. 525, do Novo CPC e a conseqüente afronta à *segurança jurídica*.

¹⁸³ Confira-se o sub item 3.6.

CONCLUSÃO.

O tema da modulação dos efeitos das decisões proferidas em processos de controle de constitucionalidade vem ganhando importância no Brasil, em especial com o advento das Leis 9.868/1999 e 9.882/1999. No entanto, ainda se trata de instituto acerca do qual pouca doutrina foi feita, se comparado com a quantidade de doutrina já produzida que envolve outros temas afetos ao controle de constitucionalidade, como os efeitos vinculante e *erga omnes*, da declaração de inconstitucionalidade pela via direta, de modo que a maior fonte de pesquisa no Brasil, sem embargo, encontra-se na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Em todo o trabalho fica explícito que a Constituição é, por excelência, palco de aparente conflito normativo. Da sua supremacia se extrai a nulidade da norma inconstitucional e no seu texto encontram-se consubstanciados a segurança jurídica e outros valores fundamentais e sociais que justificam a mitigação da retroatividade *ab initio* da declaração de nulidade. O Supremo Tribunal Federal exerce o papel de harmonizar essas pretensas antinomias de modo a manter a higidez do sistema constitucional.

Nesse sentido, a modulação temporal é uma técnica a disposição do Estado para evitar o colapso do ordenamento, para evitar a violação da supremacia da Constituição. Como bem menciona OCTAVIO CAMPOS FISCHER, “o estado existe em função da Constituição e dos direitos fundamentais e não o contrário”,¹⁸⁴ Assim, a única interpretação que, de forma legítima, autoriza a limitação temporal dos efeitos da decisão que pronuncia a inconstitucionalidade é aquela que prestigia os direitos fundamentais. Essa é a única forma de, utilizando-se da modulação temporal, não violar a supremacia constitucional, e de, em sentido completamente oposto, protegê-la.

A restrição dos efeitos, é, outrossim, excepcional, o que é recrudescido pelo quórum qualificado de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal quando se pretende lançar mão da técnica. Deve vir, ainda, acompanhada de uma dupla fundamentação, na qual os argumentos de ordem fática que justificam a modulação devem ser devidamente expostos, além de

¹⁸⁴ FISCHER, Octavio Campos. **Os Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Tributário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 317.

estarem acompanhados da justificativa à fixação do marco temporal, sob pena de violar a disposição do art. 93, IX, da Constituição Federal. O silêncio também deve ser justificado, pois implica em retroatividade absoluta da decisão que declara a invalidade constitucional.

Presentes as devidas razões de fato e de direito, a modulação temporal é medida que se impõe ao magistrado, restando tolhida a sua discricionariedade à margem de zero. É imposição que decorre da lógica do próprio sistema; a modulação é uma regra de calibração que funciona como o termostato de uma geladeira, que a deixa esfriar a ponto de congelar, tampouco aquecer, de modo a desnaturar a sua finalidade, para relembrar o didático exemplo de TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR.¹⁸⁵ A hipótese é inclusive reconhecida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.¹⁸⁶

Proferida sentença declaratória de inconstitucionalidade, os reflexos incidem diretamente sobre os conflitos judicialmente resolvidos por decisões já qualificadas pelo trânsito em julgado. A violação literal de dispositivo constitucional é substrato à relativização da coisa julgada. Desse modo, a sentença proferida em processo concreto, acobertada pela coisa julgada, deve se adequar ao julgado do Supremo Tribunal Federal que conferiu diversa interpretação a dispositivo constitucional aplicado. Isso, porque não se fala em interpretação razoável em matéria constitucional, de modo a afastar a incidência da Súmula n. 343 do STF, além de ser uma forma de reafirmar a posição do Supremo como intérprete final das normas constitucionais, a quem cabe, ainda precipuamente, a guarda da Constituição (CF, art. 102).

A relativização da coisa julgada em razão de violação de preceito declarado inconstitucional pelo STF, se dá media propositura de ação rescisória. No entanto, todos os requisitos dessa ação devem ser estritamente observados, em especial de acordo com o CPC de 1973, o prazo de dois anos *contados do trânsito em julgado da decisão*.

Transcorrido esse prazo, incabível a desconstituição do julgado, novamente em razão de outro fundamento constitucional, a *segurança jurídica*.

Com o Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015, as coisas podem vir – e possivelmente virão – a tomar novos rumos. Caso a decisão

¹⁸⁵ Confira-se a nota 145.

¹⁸⁶ Confira-se os Embargos de Declaração na ADI 3601, relatada pelo Min. DIAS TOFFOLI.

declaratória de inconstitucionalidade, em controle difuso ou concentrado (NCPC, art. 525, §12), o prazo para a propositura da ação rescisória será também de dois anos, mas passará a ser contado do trânsito em julgado da decisão do Supremo Tribunal Federal (NCPC, art. 525, §15) e não mais do trânsito em julgado da sentença rescindenda.

A interpretação literal da contagem do prazo para a ação rescisória fundada em declaração de inconstitucionalidade pelo STF leva a uma insegurança jurídica sem precedentes. Desse modo, o dispositivo é flagrantemente inconstitucional. Mas, interpretação do dispositivo à luz dos demais preceitos constitucionais permite que remanesça no ordenamento sem supressão textual. Deverá ter sua aplicação condicionada à modulação temporal dos efeitos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Fica ainda mais evidente que a manipulação dos efeitos é uma verdadeira regra de calibração, orientada a manter a coesão do sistema, utilizada em situações extremadas nas quais se possa ferir um ou outro princípio constitucional, colocando em situação de especial relevo a supremacia da Constituição da República e dos valores nela consubstanciados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

APPIO, Eduardo. **Controle de Constitucionalidade: Modulação dos Efeitos, Uniformização de Jurisprudência e Coisa Julgada**. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **A Teoria das Constituições Rígidas**. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1980

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

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: Exposição Sistemática da Doutrina e Análise Crítica da Jurisprudência**. 4ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

BUZAID, Alfredo. **Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1958.

CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito** (trad. A. Menezes Cordeiro, da 2ª ed. Alemã de *Systemdenken und systembegriff in der jurisprudenzen* de 1983). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Revisão de José Carlos Barbosaoreira. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1992 (reimpressão: 1999).

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade do Direito Brasileiro**. 2. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Parecer. **Revista Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, n. 19, abr-jun. 1997

FILHO, Nagib Slaibi. **Breve História do Controle de Constitucionalidade**, 2008. Disponível em:

<http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=ea10bf6f-babb-4f4e-8695-704a09b786e3&groupId=10136>. Acesso em 02/09/2015.

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

FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. **Teoria da Norma Jurídica: Ensaio de Pragmática da Comunicação Normativa**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

FISCHER, Octavio Campos. **Os Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Tributário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

HAMILTON, Alexander, MADISON, James e JAY, John. **O Federalista**. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira, Belo Horizonte: Líder, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39 ed: Atualizada até a Emenda Constitucional 71, de 29/11/2012. São Paulo: Malheiros, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. (trad. J. Baptista Machado, da 2ª ed. alemã de *Reine Rechtslehre*, de 1960), 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

LAMY, Marcelo. **Sistema Brasileiro de Controle da Constitucionalidade**. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva, MENDES, Gilmar Ferreira e TAVARES, André

Ramos (Coords.) Lições de Direito Constitucional em Homenagem ao Jurista Celso Bastos. São Paulo: Saraiva. 2005.

MARCÍLIO, Carlos Flávio Venâncio. **Constitucionalidade do artigo 27 da Lei 9.869/99**, 2008. Disponível em <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/view/File/218/179>>. Acesso em 21/09/2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; e MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. Vol: 1 Teoria do Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Da Eficácia das Decisões do Supremo Tribunal Federal**. Revista dos Tribunais. Ano 1, nº 2, janeiro a março – 1993.

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

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Leis Originariamente Inconstitucionais Compatíveis com Emenda Superveniente**. In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, jan-mar, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamenta: Cometários à Lei n. 9.882, de 3.12.1999**. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **A Ação Declaratória de Constitucionalidade: Inovação da Emenda Constitucional 3\93**. Revista dos Tribunais. Ano 1, nº 4, julho a setembro – 1993.

_____. **Jurisdição Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **A Nulidade da Lei Inconstitucional e seus Efeitos: Considerações sobre a decisão do STF proferida no RE 122.02.** Revista Trimestral de Direito Público. Volume 12 – 1995.

_____ e MARTINS, Ives Gandra. **Controle Concentrado de Constitucionalidade.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade: Conceitos sistemas e efeitos.** 2ª ed. rev. e ampl. e atual. de acordo com as Leis 9.868 e 9.882/99. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade em Direito Tributário.** São Paulo: Dialética, 2002.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SARMENTO, Daniel. **A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade.** In: **O controle de constitucionalidade e a Lei n. 9.868/99.** org. SARMENTO, Daniel. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2001.

TALAMINI, Eduardo. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Função e Estrutura.** In: FUX, Luiz, NERY JR, Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). **Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade.** In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). **Direito Constitucional Brasileiro: volume II: Organização do Estado e dos Poderes.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 669-705.

_____. **Coisa Julgada e sua Revisão.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

VIEIRA, José Roberto. **A Noção de Sistema no Direito**. In: Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Porto Alegre, Síntese, nº 33, 2000, p. 53-64.

_____. Medidas Provisórias Tributárias e Segurança Jurídica: A Insólita Opção Estatal pelo “*Viver Perigosamente*”. In: BARRETO, Aires Fernandino *et al.* **Segurança Jurídica na Tributação e Estado de Direito**. São Paulo: Noeses, 2005. p. 317-373.

WAMBIER, Luiz Rodrigues e TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento** (vol. 1). 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 19-40.