

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

VINICIUS WIGGERS

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 27 DA LEI Nº 9.868/1999 E A
MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS NO CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE**

FLORIANÓPOLIS

2014

VINICIUS WIGGERS

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 27 DA LEI Nº 9.868/1999 E A
MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS NO CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE**

Monografia apresentada como requisito à
obtenção do título de Bacharel em Direito
pela Universidade Federal de Santa
Catarina – UFSC.
Orientador: Prof. Dr. Pedro Miranda de
Oliveira

FLORIANÓPOLIS

2014



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
Colegiado do Curso de Graduação em Direito

TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia, intitulada “**A inconstitucionalidade do art. 27 da Lei nº 9.868/1999 e a modulação temporal dos efeitos no controle de constitucionalidade**”, elaborada pelo acadêmico **Vinicius Wiggers**, defendida nesta data e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (DEZ), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no art. 9º da Portaria nº 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE, bem como, pela Res. CNE/CES/09/2004.

Florianópolis, 17/07/2014.

Prof. Dr. Pedro Miranda de Oliveira

Prof. Dr. Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto

Dr. Ezair José Meurer Junior

AGRADECIMENTOS

À minha mãe, pessoa mais incrível que já conheci, pelo exemplo proporcionado ao enfrentar as mais variadas adversidades, além de toda dedicação e incentivo.

Ao meu querido pai, *in memoriam*, que nunca se afastará de meus pensamentos.

Ao meu irmão, pelo companheirismo e por todos os sorrisos arrancados.

Ao meu orientador, Professor Dr. Pedro Miranda de Oliveira, por toda atenção e contribuição prestadas, que certamente não serviram apenas para o presente trabalho, mas para a progressão de conhecimento deste acadêmico.

Aos membros da banca, Prof. Dr. Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto e Dr. Ezair José Meurer Junior, pelas lições transmitidas e pelas contribuições para o aprimoramento deste estudo.

Aos meus amigos que sempre fizeram votos de sucesso e que sempre me deram força e alegria.

A todos que, de alguma forma, são marcantes em minha vida.

Muito obrigado!

“Gosto de ver um homem orgulhar-se do lugar onde vive. Gosto de ver um homem viver, de modo que seu lugar se orgulhe dele.”

ABRAHAM LINCOLN

“Saber muito não lhe torna inteligente. A inteligência se traduz na forma que você recolhe, julga, maneja e, sobretudo, onde e como aplica esta informação.”

CARL SAGAN

RESUMO

O presente estudo pretende fornecer uma análise crítica sobre o instituto da modulação temporal dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade. Para tanto, perscrutar-se-á o controle de constitucionalidade, passando-se inelutavelmente pelas formas de controle, pela coisa julgada e pelos efeitos das decisões de constitucionalidade e inconstitucionalidade. Primeiramente, será feita uma breve retrospectiva histórica das formas de controle preventivo e repressivo (difuso e concentrado), bem como revelar-se-á a aproximação que tem ocorrido entre os controles jurisdicionais de constitucionalidade. Passar-se-á, então, à análise da coisa julgada e de temas de grande discussão como a “relativização” e a “coisa julgada inconstitucional”, desmistificando os comuns equívocos de ordem terminológica, além do exame minucioso sobre a questão da decisão transitada em julgado com posterior declaração de (in)constitucionalidade em sentido contrário. Definir-se-ão, ainda, os efeitos das decisões do controle de constitucionalidade, para que se possa adentrar ao foco do trabalho. Em seguida, será demonstrada a inconstitucionalidade do art. 27 da Lei nº 9.868/1999, por ofensa formal e material à Constituição. Finalmente, será abordada a modulação temporal dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, evidenciando a sua previsão implícita na Constituição, cuja finalidade, desde seu nascedouro, está intimamente vinculada à afirmação de direitos dos cidadãos. Concluir-se-á que este instituto não pode ser utilizado em favor do Estado, sob pena de esvaziamento de seu sentido, devendo, como exceção que é, ser utilizado com parcimônia, em decisão motivada, e sempre em favor dos cidadãos que agiram com boa-fé, não podendo, nunca, agravar a situação destes, sendo o princípio da proporcionalidade utilizado como meio de verificação de adequação e necessidade, solução esta provida pela própria Constituição.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Controle de constitucionalidade. Modulação temporal dos efeitos. Lei nº 9.868/1999. Coisa Julgada. “Relativização”. “Coisa julgada inconstitucional”. Efeitos da decisão. Segurança Jurídica. Estado de Direito.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

AgRg – Agravo Regimental

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

e.g. – *exempli gratia*

Min. – Ministro

RE – Recurso Extraordinário

REsp – Recurso Especial

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

v.g. – *verbi gratia*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	11
1.1. O controle preventivo e controle repressivo.....	20
1.2. O controle difuso.....	21
1.3. O controle concentrado	25
1.4. A aproximação das formas de controle de constitucionalidade	29
2. COISA JULGADA E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	31
2.1. Autoridade da coisa julgada e efeitos da decisão.....	33
2.1.1. Limites objetivos e subjetivos da coisa julgada	36
2.1.2. A “relativização” da coisa julgada	38
2.2. Da declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade e a coisa julgada	43
2.3. Da “coisa julgada inconstitucional”	46
2.4. Dos efeitos do controle de inconstitucionalidade	52
2.4.1. Efeitos gerais e particulares.....	52
2.4.2. Efeitos retroativos e prospectivos.....	52
2.4.3. Efeitos declarativos e constitutivos	54
3. A MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.....	57
3.1. Da inconstitucionalidade do art. 27 da Lei nº 9.868/1999	61
3.2. A modulação temporal dos efeitos e seu fundamento constitucional.....	71
3.3. Da possibilidade de modulação temporal dos efeitos	75
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	84
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	87

INTRODUÇÃO

O presente trabalho possui sua justificativa no fato de ser o controle de constitucionalidade tema de interesse permanente, que busca a adequação das normas à Constituição, envolvendo a averiguação de seus requisitos formais e materiais.

A existência deste mecanismo é o que confere força normativa à Constituição, uma vez que tão somente sua superioridade formal não garante força suficiente aos preceitos constitucionais.

Sendo assim, tem-se por finalidade última proteger os direitos fundamentais, tendo em vista que é garantia própria do cidadão frente aos abusos perpetrados pelo Estado, imprescindível para a segurança e estabilidade do sistema jurídico.

A produção legiferante, muitas das vezes, tal como ocorrido com a Lei nº 9.868/1999, acaba por violar direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, razão pela qual se deve fortalecer o controle de constitucionalidade, de modo que tais normas sejam expurgadas do ordenamento jurídico.

O art. 27 da Lei nº 9.868/1999 veio consagrar o instituto da modulação dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, que já era timidamente utilizado pelo Supremo Tribunal Federal por influência do direito estrangeiro.

Sucedo que, ironicamente, este dispositivo está eivado pela inconstitucionalidade por ofender a Constituição, formalmente e materialmente, como se pretende demonstrar.

Mais especificamente, o presente trabalho irá abordar o tormentoso tema da modulação temporal dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade, buscando evidenciar a melhor – senão a única – maneira de se utilizar tal instituto, uma vez que seu mau uso poderá convalidar uma atuação ilícita do Estado e gerar insegurança às relações jurídicas.

Para tanto, faz-se necessário perscrutar o controle de constitucionalidade, passando-se inelutavelmente pelas formas de controle, pela coisa julgada e pelos efeitos das decisões, o que deverá ser feito da forma mais ampla e clara possível.

No primeiro capítulo, será abordado o controle de constitucionalidade, discorrendo-se acerca das formas de controle, suas origens e suas evoluções, revelando-se uma certa aproximação entre o controle difuso e o controle concentrado.

Já no segundo, será estudada a coisa julgada, tema tormentoso que é foco da doutrina processualista brasileira desde sempre, dando-se sua acepção, bem como apresentando

seus limites, para então se especificar dois assuntos relevantes para o presente trabalho, quais sejam a “relativização” da coisa julgada e a “coisa julgada inconstitucional”.

Por derradeiro, no terceiro, adentrar-se-á no núcleo do trabalho, examinando-se minuciosamente o art. 27 da Lei nº 9.868/1999 para concluir por sua inconstitucionalidade, da mesma forma se evidenciará a previsão implícita na Constituição da modulação temporal dos efeitos no controle de constitucionalidade, indicando-se sua correta aplicação.

No presente estudo, utilizou-se do método dedutivo, uma vez que se partiu das perspectivas abstratas do tema para, posteriormente, analisar-se o campo concreto de aplicação da modulação temporal dos efeitos.

A pesquisa foi feita à exaustão, dada a parca doutrina acerca do assunto, bem como a divergente e confusa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de maneira a trazer o maior esclarecimento possível a um assunto que em sua própria essência é extremamente abstrato.

Por óbvio, o presente trabalho não pretende exaurir o tema, até mesmo porque é de grande divergência doutrinária e jurisprudencial, contudo, busca instigar, ainda que com certas limitações, a reflexão sobre o assunto.

1. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O constitucionalismo surgiu ante a necessidade de se limitar o poder centralizado (soberano) utilizado de maneira abusiva, calcado na repartição do poder estatal e no reconhecimento de direitos dos cidadãos e de deveres por parte dos governantes.

O Estado de Direito é, portanto, um Estado constitucional, que pressupõe a existência de uma Constituição normativa estruturante de uma ordem jurídica-normativa fundamental que vincula todos os Poderes do Estado.

Independentemente das densificações e concretizações que o princípio do Estado de Direito encontra na Constituição, quer implicitamente ou explicitamente, pode-se resumir seus pressupostos materiais na juridicidade, na constitucionalidade e nos direitos fundamentais.

A Constituição se estabelece como uma verdadeira ordenação normativa fundamental, dotada de supremacia, o que a constitui como uma decisiva expressão de seu primado no Estado de Direito.

Dos princípios da constitucionalidade e da supremacia da Constituição é que se deduzem vários outros elementos do Estado Social e Democrático de Direito, como o controle de constitucionalidade, a separação dos Poderes, a superioridade da lei, os direitos e garantias fundamentais, dentre outros.

A Constituição, com base na teoria da hierarquia das normas, é a *lex superior*, servindo de fonte da produção normativa – superioridade formal –, bem como de parâmetro obrigatório a todos, em virtude de seu valor normativo hierarquicamente superior – superioridade material –, estando no ápice de uma pirâmide (Kelsen) que regula as competências legislativas.

Como bem leciona José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 890):

A ideia de superlegalidade formal (a constituição como norma primária da produção jurídica) justifica a tendencial rigidez das leis fundamentais, traduzida na consagração, para as leis de revisão, de exigências processuais, formais e materiais, «agravadas» ou «reforçadas» relativamente às leis ordinárias. Por sua vez, a parametricidade material das normas constitucionais conduz à exigência da conformidade substancial de todos os actos do Estado e dos poderes públicos com as normas e princípios hierarquicamente superiores da constituição. Da conjugação destas duas dimensões – superlegalidade material e superlegalidade formal da constituição – deriva **o princípio fundamental da constitucionalidade dos actos normativos**: os actos normativos só estarão conformes com a constituição quando não violem o sistema formal, constitucionalmente estabelecido, da produção desses actos, e quando não contrariem, positiva ou negativamente, os parâmetros materiais plasmados nas regras ou princípios constitucionais.

O caráter de norma jurídica direta e imediatamente vinculativa atribuído à Constituição e a necessidade de garantir e assegurar a norma fundamental, evidenciam a problemática do controle de conformidade das leis e atos normativos com a Constituição, configurando-se como uma das principais questões da constitucionalidade contemporânea.

Não bastava um texto escrito prescrevendo direitos e determinando deveres, uma vez que referido texto necessita ser eficaz, para tanto, submeteu-se os atos governamentais a um controle externo, para que se julgasse se estavam de acordo com o pacto firmado com os cidadãos, de modo a não existir tão somente uma Constituição, mas também um controle de constitucionalidade dos atos do Estado.

O controle de constitucionalidade, como mecanismo de aferição de adequação das normas à Constituição, é imprescindível para a segurança e estabilidade do sistema jurídico, já que a Constituição encontra-se no ápice do sistema, e todos os demais atos devem com ela estarem compatibilizados.

O Estado constitucional democrático seria incompleto e enfraquecido se não se assegurasse um mínimo de garantias e sanções, as quais figuram como garantias de observância, estabilidade e preservação das normas constitucionais e, de outro lado, sanções contra atos contrários à Constituição.

Desta maneira, no Estado constitucional democrático o objeto de proteção não é, pura e simplesmente, a defesa do Estado, tal como antigamente, mas sim da forma de Estado tal como ela é, normativo-constitucionalmente conformada.

Roque Antonio Carraza (2013, p. 271) afirma que:

O Estado de Direito limita os poderes públicos, isto é, concretiza-se numa proibição de agir em desfavor das pessoas. Por isso, nele, para a melhor defesa dos direitos individuais, sociais, coletivos e difusos, a Constituição vincula não só o administrador e o juiz, mas o próprio legislador. De fato, tais direitos são protegidos também diante da lei, que deve se ajustar aos preceitos constitucionais. A garantia disso está no controle da constitucionalidade, que, na maioria dos ordenamentos jurídicos, é levado a efeito pelo Poder Judiciário.

Ademais, o controle da constitucionalidade representa o coroamento do *princípio liberal*, que pode ser traduzido na ideia de que o Estado deve reconhecer e assegurar os direitos invioláveis das pessoas, e do *princípio democrático*, que confere ao povo a soberania.

A defesa da Constituição pressupõe a existência de meios e institutos destinados a assegurar a observância, a aplicação, a estabilidade e a conservação da norma fundamental, sob pena de vivermos em uma sociedade de completa insegurança.

Estas garantias da Constituição consistem na vinculação de todos os Poderes a ela, bem como na existência de competências de controle, políticas e jurisdicionais, de seu cumprimento.

Um dos mais relevantes – se não o mais relevante – instrumentos de controle do cumprimento e observância das normas da Constituição, é a fiscalização judicial da constitucionalidade das leis e atos normativos. Ela funciona, de um lado como uma garantia de observância da Constituição, ao assegurar, positivamente, a dinamização da sua força normativa; e, por outro, de maneira negativa, ao reagir por meio de sanções contra a sua violação, como garantia preventiva, ao evitar a existência de leis e atos normativos, formal e materialmente, violadores das normas e princípios assegurados pela Constituição.

O controle de constitucionalidade é uma grande ferramenta, criada pelo legislador constituinte originário, de aferição da conformidade ou desconformidade das leis e dos atos normativos com os parâmetros constituídos pelas normas e princípios constitucionais.

José Joaquim Gomes Canotilho (2003, pp. 959-960) ensina que os atos normativos só estarão conformes com a Constituição quando não violarem o sistema formal, no seu procedimento de formação, na sua forma final, levando-se em conta a sua exteriorização; quando não contrariarem, positiva ou negativamente, os parâmetros materiais plasmados nas normas ou princípios constitucionais; e, não desrespeitarem os vícios de procedimento, autonomizados dos vícios formais, que dizem respeito ao procedimento de formação, juridicamente regulado dos atos normativos.

Nas palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2011, p. 60):

Controle de constitucionalidade é, pois, a *verificação da adequação de um ato jurídico* (particularmente da lei) à Constituição. Envolve a verificação tanto dos *requisitos formais* – subjetivos, como a competência do órgão que o editou – quanto dos *requisitos substanciais* – respeito aos direitos e às garantias consagrados na Constituição – de constitucionalidade do ato jurídico.

Segundo Jorge Miranda (2008, p. 105), são duas as causas genéricas responsáveis pela difusão dos sistemas de fiscalização jurisdicional da constitucionalidade. A primeira, endógena, resultou do desenvolvimento e aperfeiçoamento dos institutos e meios do Estado de Direito, de maneira a eliminar ou a diminuir as imunidades do poder e a permitir o controle tanto concreto quanto abstrato das normas jurídicas. A segunda, exógena, refere-se ao desenvolvimento das tarefas do Estado e das demais entidades públicas, à passagem do Estado Liberal para o Estado Social e à resposta às violações ou às tentativas de violação de direitos, liberdades e garantias e, ainda, à exigência de formas de solução de conflitos jurídicos em ordenamentos plurilegislativos (regionais e federais).

Sobre o tema do controle de constitucionalidade, é preciso atentar-se primeiramente a três pontos centrais: a supremacia da Constituição, a rigidez constitucional e os direitos fundamentais¹.

O princípio da supremacia da Constituição é o próprio fundamento da existência do controle de constitucionalidade, sendo uma de suas premissas lógicas, razão pela qual não pode ser afastado ou ponderado de maneira a comprometer a ordem e a unidade do sistema.

Segundo José Afonso da Silva (2013, p. 47), o princípio da supremacia da Constituição se consubstancia na relevância da Constituição quando esta:

[...] se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as *normas fundamentais* de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas.

Conforme explica Pontes de Miranda (2005, p. 27):

O princípio da supremacia da Constituição é o alicerce da organização jurídica política dos Estados contemporâneos, comprometidos com a defesa e a afirmação dos direitos e liberdades individuais no seu mais amplo espectro, sobretudo no que toca à promoção da dignidade da pessoa humana. É na Constituição que se encontram os compromissos jurídicos de um povo, os quais representam mandatos vinculantes em relação ao Estado e à própria sociedade.

A supremacia constitucional garante a segurança jurídica, a previsibilidade e a estabilidade das relações sociais aos indivíduos, configurando a confiança necessária que se exige em um Estado Democrático de Direito.

Gilmar Ferreira Mendes (2013, p. 1006) leciona que o reconhecimento da supremacia da Constituição e de sua força vinculante perante os Poderes Públicos torna inevitável a discussão sobre formas e modos de defesa da Constituição e sobre a necessidade de controle de constitucionalidade dos atos do Poder Público, especialmente de leis e atos normativos.

A inconstitucionalidade de determinada norma analisada, concreta ou abstratamente, deflagra decisões que, a depender do caso, podem retirar parcial ou integralmente o ato do universo jurídico, bem como amoldar seu alcance semântico.

Segundo Jorge Miranda (2008, p. 105), a observação histórico-comparativa revela três grandes modelos ou sistemas típicos de garantia da constitucionalidade, a saber:

¹ Acerca do tema, vide SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 36. ed., rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 71, de 29.11.2012. São Paulo : Malheiros, 2013, p. 44-47.

1º) O modelo de fiscalização *política*, dito habitualmente de tipo francês (por ligado aos dogmas do constitucionalismo francês – e, portanto, europeu – dos séculos XVIII e XIX, embora tenha tido também aplicação em sistemas de índole de todo em todo contrastantes como os maxistas-leninistas);

2º) O modelo de *fiscalização judicial (judicial review)* nascidos nos Estados Unidos em 1803;

3º) O modelo de *fiscalização jurisdicional concentrada em Tribunal Constitucional* ou de matriz austríaca (por ter por paradigma o tribunal instituído pela Constituição austríaca de 1920, sob influência de KELSEN).

O sistema norte-americano é conhecido como o da teoria da nulidade; já o austríaco, como o da teoria da anulabilidade, o que será melhor abordado a seguir.

Com o advento da Constituição Republicana de 1891, sob forte influência do direito norte-americano, incorporou-se, pela primeira vez, no ordenamento jurídico brasileiro, a possibilidade de controle de constitucionalidade por qualquer Juiz ou Tribunal (art. 59²).

A Constituição de 1934 manteve o sistema de controle difuso, inovando com a prescrição da ação direta de inconstitucionalidade interventiva, em que a União poderia intervir nos Estados para assegurar certos princípios constitucionais e a execução de leis federais, bem como com a cláusula de reserva do Plenário (art. 179³), atribuindo ao Senado Federal a competência para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou ato declarado inconstitucional (art. 91, IV⁴).

A Constituição de 1937 criou um retrocesso ao dar grande relevância à interpretação do Legislativo sobre o Judiciário, tal como ocorria na Constituição Imperial de 1824, mas, desta vez, com um fortalecimento da interpretação do Poder Executivo (art. 96⁵), até o advento da Lei Constitucional nº 18, de 1945.

² Art. 59 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

(...)

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

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

b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.

³ Art. 179 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juizes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público.

⁴ Art. 91 - Compete ao Senado Federal:

(...)

IV - suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário;

⁵ Art. 96 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juizes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República.

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

Já a Constituição de 1946 restaurou a tradição do sistema de controle de constitucionalidade, exercido de maneira repressiva pelo Judiciário, restabelecendo-se um maior equilíbrio entre os três poderes.

Por meio da Emenda Constitucional nº 16/1965, introduziu-se uma forma de representação contra a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, federal ou estadual (art. 101, k⁶), dando origem a uma maneira de declaração de constitucionalidade.

Por sua vez, a Constituição de 1988 ampliou o rol de legitimados para a propositura da representação de inconstitucionalidade (art. 103⁷), além de prescrever o controle de constitucionalidade por omissão, seja pelo controle concentrado (art. 103, § 2^{o8}) ou pelo difuso (art. 5^o, LXXI⁹).

Além disso, o legislador constituinte criou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF (art. 102, § 1^{o10}), com o objetivo de evitar ou reparar lesão a

⁶ Art. 101 - 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;

⁷ 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.

⁸ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

(...)

§ 2^o - 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.

⁹ Art. 5^o (*omissis*)

(...)

LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

¹⁰ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

(...)

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

preceito fundamental resultante de ato do Poder Público, além da Reclamação (arts. 102, I, I¹¹ e 103-A, § 3^{o12}) e da Súmula Vinculante (Art. 103-A¹³).

A Reclamação tem por fim a preservação da competência e da eficácia das súmulas ou decisões dotadas de efeitos vinculantes emanadas pelo Supremo Tribunal Federal. Já a Súmula Vinculante é um mecanismo que obriga juízes de todos os tribunais a seguirem o entendimento adotado pelo STF sobre determinado assunto com jurisprudência consolidada.

Com a decisão do STF, a Súmula Vinculante adquire força de lei e cria um vínculo jurídico, não podendo mais, portanto, ser contrariada. Dessa maneira, assegura o princípio da igualdade, porquanto evita que a mesma norma seja interpretada de formas distintas para situações idênticas, e, outrossim, impede distorções na aplicação da lei.

O Brasil incorporou os dois mecanismos de controle de constitucionalidade, o concentrado e o difuso, sendo que a partir da Constituição de 1988, houve um sensível fortalecimento do controle concentrado, sendo limitado o acesso das partes ao Supremo Tribunal Federal pela via difusa (v.g., repercussão geral).

As formas de controle da constitucionalidade das normas não possuem a mesma natureza, o controle abstrato é, essencialmente, uma tarefa de legislação negativa; já o controle concreto constitui, em verdade, uma função jurisdicional, justificando-se que só neste caso se poderia falar de decisões materialmente jurisdicionais (CANOTILHO, 2003, p. 681).

¹¹ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
I - processar e julgar, originariamente:

(...)

l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

¹² Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

(...)

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

¹³ Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

O sistema jurídico brasileiro, desde seu nascedouro, adotou a teoria da nulidade no controle jurisdicional de constitucionalidade, conforme entendimento da doutrina majoritária¹⁴.

A teoria da nulidade foi adotada no Brasil por influência do direito norte-americano, em que a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo é declarada como tal, afetando o plano de validade da norma.

A doutrina brasileira, nos moldes do direito norte-americano, abarcou o entendimento de que lei inconstitucional é lei morta, é nula *ab initio*, e os seus efeitos dessa declaração são *ex tunc*, como informa Alfredo Buzaid (1958, p. 138):

61. A declaração judicial de inconstitucionalidade pode ocorrer ou como *incidente*, ou como *objeto principal* do processo. No primeiro caso, a controvérsia se funda em ameaça ou ofensa ao direito subjetivo individual e a decisão tem eficácia limitada aos contendores (*inter partes*); no segundo caso, o objeto é o ato (ou a lei em hipótese); o julgamento tem uma eficácia geral e absoluta, vale *erga omnes* (*supra*, nº 32 e segs.). Do ponto de vista jurisdicional, fulminando a lei com a decretação de inconstitucionalidade a lei com a decretação de inconstitucionalidade, é exaustiva. Mas êsse pronunciamento não esgota todo o processo de declaração de inconstitucionalidade. Ao ato jurisdicional do Supremo segue-se necessariamente o ato do Senado, suspendendo a sua execução. O Senado não revoga a lei ou ato inconstitucional. Suspende-lhe a execução. Daí resulta que, para a integração do fenômeno jurídico da decretação de inconstitucionalidade, concorrem duas vontades: a do poder judiciário e a do poder legislativo. O ato, que reúne a manifestação dessas duas vontades, é subjetivamente complexo.

62. Exerce função diversa o julgamento proferido pelo Supremo Tribunal na ação direta de inconstitucionalidade intentada pelo Procurador-geral da República. Aí o objeto do processo é o ato, argüido de inconstitucionalidade, que autoriza a intervenção federal. O litígio constitucional não constitui uma *prejudicial*, mas o objeto principal do julgamento e fundamento para a intervenção do Estado, o que só ocorrerá se o exigir o restabelecimento da ordem ou da tranqüilidade públicas. Por isso a lei não conferiu legitimidade a *quisquis de populo*, para propor a ação direta, mas única e exclusivamente ao Procurador-geral da República. A inconstitucionalidade não pode ser decretada por qualquer tribunal da República, mas tão-só pelo Supremo Tribunal Federal. A decisão do Supremo vale como *lex specialis*, com eficácia *erga omnes*; mas a decisão transitada em julgado precisa ser remetida ao Congresso, para que êste suspenda a execução do ato. A eficácia do julgado é retroativa, abrangendo todos os atos praticados sob o império da lei declarada inconstitucional. Declara a inconstitucionalidade, o efeito da sentença retroage *ex tunc* à data da publicação da lei ou ato, porque de outro modo se chegaria à conclusão verdadeiramente paradoxal de que a validade da lei *si et in quantum* tem a virtude de ab-rogar o dispositivo constitucional violado; ou, em outros termos, considerar-se-iam válidos atos praticados sob o império de uma lei nula. Portanto, tôdas as situações jurídicas, mesmo aquelas decorrentes de sentença transitada em julgado, podem ser revistas depois da declaração de inconstitucionalidade, mediante ação rescisória.

Ives Gandra da Silva Martins (MARTINS; MENDES, 2005, p. 313) assevera:

É de ressaltar que o fenômeno da inconstitucionalidade, em nosso ordenamento, implica a retirada, não só da validade, mas da eficácia e da vigência da lei *ab initio*. É como se o ato legislativo jamais tivesse existido. Quando da declaração definitiva de sua inconstitucionalidade, a eficácia da decisão retroage ao momento da edição da

¹⁴ Acerca do tema, vide SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 36. ed., rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 71, de 29.11.2012. São Paulo : Malheiros, 2013, p. 54 *et seq.*

norma, atingindo não só a própria norma, como os efeitos passíveis de anulação – alguns transcendem a retirada –, com o que desaparecem do mundo jurídico desde o momento em que nele ingressaram de forma válida.

Ainda sobre o tema, Gilmar Ferreira Mendes (MARTINS; MENDES, 2005, p. 466-509), afirma que:

O dogma da nulidade da lei inconstitucional pertence à tradição do direito brasileiro. A teoria da nulidade tem sido sustentada por praticamente todos os nossos importantes constitucionalistas. Fundada na antiga doutrina americana, segundo a qual “the unconstitutional statute is not law at all”, significativa parcela da doutrina brasileira posicionou-se em favor da equiparação entre *inconstitucionalidade* e *nulidade*. Afirmava-se, em favor dessa tese, que o reconhecimento de qualquer efeito a uma lei inconstitucional importaria na suspensão provisória ou parcial da Constituição.

[...]

Não se nega, pois, o caráter de princípio constitucional ao princípio da nulidade da lei inconstitucional.

A jurisprudência do egrégio Supremo Tribunal Federal sempre caminhou na direção da nulidade absoluta das normas inconstitucionais, por mandamento constitucional, conforme explica Gilmar Mendes (2005, 324) “embora tenha o Tribunal logrado formular a questão com a necessária nitidez, é certo que também ele parece partir da premissa de que o princípio da nulidade da lei inconstitucional tem hierarquia constitucional”.

As técnicas hodiernamente reconhecidas pela dogmática constitucional são: a) a declaração de constitucionalidade; b) a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto; c) a declaração de inconstitucionalidade com redução de texto; e d) a interpretação conforme a Constituição.

Na declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, há a declaração de determinados significados como inconstitucionais, afastando sua aplicação, embora possibilite a abertura para outras interpretações não referidas na declaração.

Já a declaração de inconstitucionalidade com redução de texto consiste na redução sintática do espectro normativo do ato normativo analisado, de modo que subsistirão, na norma questionada, dispositivos autônomos que se revelarem compatíveis com a Constituição.

Por sua vez, a interpretação conforme a Constituição, embora atue no mesmo plano da declaração de inconstitucionalidade, dela diverge na medida em que não afasta significados, obrigando a aplicação de uma determinada interpretação que, desta maneira, torna a norma analisada compatível com o texto constitucional.

Acerca da interpretação constitucional para verificação da (in)constitucionalidade, explica Inocêncio Mártires Coelho (2000, p. 49):

[...], evidencia-se que a dicotomia constitucionalidade/inconstitucionalidade está estreitamente ligada ao problema da interpretação constitucional como *hermenêutica*

de princípios, vale dizer, como atividade interpretativa que opera com parâmetros tão amplos e com métodos e critérios tão flexíveis, que o resultado desse trabalho assume nítida feição *constituente* mas poucos se animam a discutir-lhe a consciência e legitimidade.

Destarte, insta tecer uma análise mais profunda acerca das maneiras de controle de constitucionalidade, demonstrando suas particularidades e avanços históricos.

1.1. O controle preventivo e controle repressivo

Diz-se que o controle de constitucionalidade, quanto ao momento de entrada em vigor do ato normativo, pode ser exercido de forma preventiva ou repressiva.

O primeiro ocorreria tanto no âmbito do Poder Legislativo quanto no âmbito Poder Executivo, não sendo considerado como um controle de constitucionalidade de normas jurídicas, uma vez que o texto analisado por qualquer destes sequer ingressou no ordenamento jurídico.

Daí já se extrai a razão pela qual o Poder Judiciário não pode ser instado a analisar conteúdo de regra que está sendo aprovada ou votada por estes Poderes, restringindo-se a atuação do Judiciário tão somente aos quesitos formais do processo de formação das normas jurídicas.

Este controle da lei ou ato normativo equivalente, ocorre quando ainda são atos imperfeitos, ou seja, carecidos de eficácia jurídica. Aproxima-se de um controle político, tendo em vista que não se trata de um controle sobre normas válidas, mas sobre projetos de normas.

A forma repressiva, também denominada sucessiva, tem por objeto um ato normativo como ato perfeito, pleno de eficácia jurídica, ocorrendo somente após o aperfeiçoamento deste ato, que se dá com a sua promulgação, publicação e entrada em vigor.

Esta forma ocorre exclusivamente no âmbito do Poder Judiciário, tendo como resultado a declaração de que determinado enunciado é constitucional, é inconstitucional com ou sem redução de texto ou, ainda, interpretado conforme a Constituição, podendo ou não influenciar no ordenamento jurídico, conforme o caso.

Cumpra salientar que o direito constitucional brasileiro jamais autorizou o sistema de controle jurisdicional preventivo da constitucionalidade, inexistindo em nosso sistema jurídico a possibilidade de controle abstrato de meras proposições normativas.

1.2. O controle difuso

O reconhecimento do acesso direto dos juízes à Constituição a fim de controlarem a constitucionalidade das normas foi um relevante momento para o início da justiça constitucional, uma vez que era tarefa específica dos juízes a interpretação de leis, incluindo-se nestas a lei constitucional, dando-se origem ao *judicial review*.

No sistema difuso a competência para fiscalizar a constitucionalidade de leis e atos normativos é reconhecida a qualquer juiz ou tribunal, que devem apreciar a conformidade destes com a norma fundamental, em virtude de um caso concreto submetido à apreciação judicial.

O controle difuso de constitucionalidade também denominado concreto, subjetivo, incidental, descentralizado, indireto ou mediato, foi adotado pelo ordenamento brasileiro desde a Constituição de 1891 (art. 59), sob forte influência da tradição norte-americana originada do julgamento *Madison versus Marbury* (1803).

Sobre o caso, explica Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2011, p. 60):

O controle de constitucionalidade surgiu nos Estados Unidos, sob uma Constituição que não o prevê expressamente. Todavia, pôde Marshall, em decisão célebre, deduzir de seu sistema esse controle e reconhecer pertencer ele ao Judiciário, incumbido de aplicar a lei contenciosamente.

No caso *Marbury versus Madison*, esse juiz demonstrou que, se a Constituição americana era a base do direito e imutável por meios ordinários, as leis comuns que a contradissem não eram verdadeiramente leis, não eram direito. Assim, essas leis seriam nulas, não obrigando os particulares. Demonstrou mais que, cabendo ao Judiciário dizer o que é o direito, é a ele que compete indagar a constitucionalidade de uma lei. De fato, se duas leis entrarem em conflito, deve o juiz decidir qual aplicará. Ora, se uma lei entrar em conflito com a Constituição, é ao juiz que cabe decidir se aplicará a lei, violando a Constituição, ou, como é lógico, se aplicará a Constituição, recusando a lei.

Na concepção americana, acentuava-se enfaticamente a ideia de que a expressão “lei inconstitucional” configurava uma *contradictio in terminis*, uma vez que “*the unconstitutional statute is not law at all*”.

Nesta forma de controle, a declaração não constitui o objeto principal da ação ajuizada, que se consubstancia no próprio litígio instaurado entre autor e réu pelo cumprimento da norma eivada do vício da inconstitucionalidade.

No mesmo sentido, Luís Roberto Barroso (2012, pp. 72-73) leciona que:

Diz-se controle *incidental* ou *incidenter tantum* a fiscalização constitucional desempenhada por juízes e tribunais na apreciação de casos concretos submetidos a sua jurisdição. É o controle exercido quando o pronunciamento acerca da constitucionalidade ou não de uma norma faz parte do itinerário lógico do raciocínio jurídico a ser desenvolvido. Tecnicamente, a questão constitucional figura como *questão prejudicial*, que precisa ser decidida como premissa necessária para a

resolução do litígio. A declaração incidental de inconstitucionalidade é feita no exercício normal da função jurisdicional, que é a de aplicar a lei contenciosamente. O controle incidental é por vezes referido, também, como controle por *via de exceção ou defesa*, porque normalmente a inconstitucionalidade era invocada pela parte demandada, para escusar-se do cumprimento da norma que reputava inválida. Todavia, a inconstitucionalidade pode ser suscitada não apenas como tese de defesa, mas também como fundamento da pretensão do autor, o que se tornou mais frequente com a ampliação das ações de natureza constitucional, inclusive e notadamente pelo emprego do mandado de segurança, tanto individual como coletivo. Não se confundem, conceitualmente, o controle por via incidental – realizado na apreciação de um caso concreto – e o controle difuso – desempenhado por qualquer juiz ou tribunal no exercício regular da jurisdição.

Este tipo de controle confere aos tribunais a sua plena dignidade de órgãos soberanos, responsáveis pelo cumprimento da Constituição, em que a questão da inconstitucionalidade se mostra jurídica, e não política, garantindo máxima eficácia à Carta Magna, deixando de aplicar no caso em tela a lei porventura inconstitucional, prescindindo de prévia decisão de um órgão centralizado.

Por outro lado, como elemento negativo, a fiscalização difusa pode ocasionar a desarmonia entre os julgados dos variados órgãos judiciais, colocando-se em risco o valor dos julgamentos de inconstitucionalidade e, por conseguinte, da própria Constituição.

No controle concreto, não há a pretensão de se excluir do ordenamento jurídico a norma eivada pela inconstitucionalidade, requer-se, apenas, que seja declarado vício do ato normativo por ser de extrema relevância para o deslinde da causa, ainda que se trate de mera questão de fundo.

No controle difuso, a (in)constitucionalidade não é objeto da lide, mas tão somente questão prejudicial ao enfrentamento do mérito do problema principal. Para Kildare Gonçalves Carvalho (2013, p. 460), o que a parte requer no processo é o reconhecimento de seu direito, afetado, entretanto, pela norma cuja validade se questiona. O juiz, nessa ótica, não decide sobre a questão constitucional, como objeto principal do processo.

No sistema brasileiro, o controle difuso é também incidental, tendo em vista que a dúvida acerca da constitucionalidade de determinada norma se torna prejudicial à solução do litígio. Verificar se determinada norma é ou não conforme à Constituição, representa antecedente lógico e necessário para concluir se o pedido deve ou não ser procedente. Como expõe Luís Roberto Barroso (2012, p. 113), “o controle incidental de constitucionalidade é exercido no desempenho normal da função judicial, que consiste na interpretação e aplicação do Direito para a solução de litígios”.

Este controle incidental de inconstitucionalidade é também denominado como controle por via de exceção, porque a inconstitucionalidade não se deduz como alvo da ação,

mas apenas como subsídio de justificação do direito, cuja reinvidicação se discute no decurso de uma ação submetida à apreciação jurisdicional, sendo relevante para a solução do caso concreto.

Contudo, hodiernamente é incorreto vincular esta forma de controle ao controle difuso, uma vez que o incidente de inconstitucionalidade pode ser suscitado em qualquer juízo ou tribunal, podendo ser elevado a um controle concentrado ou até mesmo sendo pressuposto a este.

No direito brasileiro, quando houver a suscitação de declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público em sede do controle concreto, faz-se necessário que tal julgamento se dê em plenário ou órgão especial, só podendo ser declarado por maioria absoluta (art. 97 da CRFB/1988¹⁵).

Tal mandamento, entretanto, tem sido afastado pelo Supremo Tribunal Federal quando já tiver sido declarada a constitucionalidade da norma questionada por este órgão, sendo despicienda a cláusula de reserva de plenário nesses casos, com fundamento no princípio da economia e da celeridade.

Tem-se, portanto, que acerca do aspecto temporal das decisões proferidas em sede de controle concreto de constitucionalidade, via de regra, os efeitos retroagem à data em que a norma declarada inconstitucional adentrou no ordenamento jurídico.

Como a decisão de tornar abstratos os efeitos de uma ação de controle de constitucionalidade difusa dependeria da discricionariedade do Senado Federal (art. 52, X, da CRFB/1988¹⁶), há quem defenda a tese da “abstrativização do controle difuso”, cuja defesa ganha voz nas palavras do Ministro Gilmar Ferreira Mendes (2013, p. 1091-1101), *in verbis*:

A exigência de que a eficácia geral da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal em casos concretos dependa da decisão do Senado Federal, introduzida entre nós com a Constituição de 1934 e preservada na Constituição de 1988 (art. 52, X), perdeu parte do seu significado com a ampliação do controle abstrato de normas, sofrendo mesmo um processo de obsolescência. A amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de que se suspenda, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, contribuíram, certamente, para que se mitigasse a crença na própria justificativa desse instituto, que se inspirava diretamente numa concepção de separação de Poderes – hoje necessária e inevitavelmente ultrapassada. Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de emenda constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade proferida no controle incidental, valer tão somente para as partes?

¹⁵ Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

¹⁶ Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: (...)

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal; (...)

A única resposta plausível nos leva a acreditar que o instituto da suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão exclusivamente histórica.

[...]

A amplitude conferida pela Constituição de 1988 ao controle abstrato de normas contribuiu para tornar visíveis as inadequações ou insuficiências do modelo difuso de controle de constitucionalidade. Não só a notória superação do instituto da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal, mas também a complexidade e a demora na obtenção de julgamento definitivo da questão constitucional pelo Supremo Tribunal, na via incidental, exige reforma radical do sistema difuso do controle de constitucionalidade.

Até porque, para Gilmar Ferreira Mendes (2013, pp. 1079-1087) o reconhecimento do instituto da repercussão geral, por si só, é suficiente para justificar e demonstrar o fenômeno denominado de “objetivação” do recurso extraordinário – controle difuso de constitucionalidade –, isto é, o afastamento das demandas em torno de questões de constitucionalidade da feição subjetiva que lhes caracterizava e acarretava a adoção de simples eficácia *inter partes*.

Sobre o assunto, é assaz premente colacionar importante precedente do STF, em que, no julgamento do HC 82.959¹⁷, além de declarar a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/1990, evidenciou que a interpretação produzia efeitos aos casos já decididos com base na norma objurgada e aos casos que ainda estavam em andamento, bem como de que seus efeitos seriam exógenos (para fora do caso em tela, frise-se, um *Habeas Corpus*), *in verbis*:

PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social.

PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.

Conforme adverte Teori Albino Zavascki (2001, pp. 30-33), caso emitida a Resolução por parte do Senado Federal, uma vez que esta edição não é compulsória, tal medida não produzirá efeitos *ex tunc*, possuindo eficácia anexa ou reflexa da declaração proferida em controle difuso pelo STF, dotada, via de regra, de efeito *ex nunc*.

Verifica-se que este instituto da suspensão pelo Senado Federal de execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal mostra-se hoje obsoleto, uma vez que sua única razão de sua manutenção é de índole exclusivamente histórica.

¹⁷ STF; HC 82959, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 23/02/2006, DJ 01-09-2006 PP-00018 EMENT VOL-02245-03 PP-00510 RTJ VOL-00200-02 PP-00795

Não só a notória superação do instituto da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal, mas também a complexidade e a demora na obtenção de julgamento definitivo da questão constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, na via difusa, exige uma reforma radical do sistema difuso de controle de constitucionalidade.

Quanto aos efeitos neste tipo de controle de constitucionalidade, eles são, via de regra, *inter partes* – adstringindo-se às partes que integram a relação processual, não transcendendo os limites estabelecidos na lide –, bem como *ex tunc* – produzindo efeitos pretéritos e tornando nula a lei, desde sua edição.

Contudo, vale ressaltar que referidas decisões podem transcender seus efeitos, gerando efeitos *erga omnes*, no caso de o Senado Federal suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, conforme previsto no já citado art. 52, X, da CRFB/1988.

Todavia, ainda que inexistente alguma previsão autorizando a fixação de efeitos prospectivos às decisões que reconhecem a inconstitucionalidade de uma norma no controle difuso, estes foram fixados ao se julgar o RE nº 197.917¹⁸, além do mais recente RE nº 560.626¹⁹, cuja fixação dos efeitos prospectivos gerou – e continua gerando – grande insegurança jurídica aos cidadãos.

1.3. O controle concentrado

Hans Kelsen (1999, pp. 188-194; 2000, pp. 226-233) foi o grande defensor da criação de um Tribunal Constitucional, que teria como função exclusiva o controle repressivo de constitucionalidade, concepção que teve importantíssima influência no desenvolvimento da justiça constitucional moderna.

¹⁸ [...] 8. Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário conhecido e em parte provido.

STF; RE 197917, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 06/06/2002, DJ 07-05-2004 PP-00008 EMENT VOL-02150-03 PP-00368

¹⁹ [...] V. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO. SEGURANÇA JURÍDICA. São legítimos os recolhimentos efetuados nos prazos previstos nos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91 e não impugnados antes da data de conclusão deste julgamento.

STF; RE 560626, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 12/06/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-232 DIVULG 04-12-2008 PUBLIC 05-12-2008 EMENT VOL-02344-05 PP-00868 RSJADV jan., 2009, p. 35-47

A concepção kelseniana diverge substancialmente da *judicial review* americana, em virtude do controle constitucional não ser propriamente uma fiscalização judicial, mas uma função constitucional autônoma que tendencialmente se pode caracterizar como função legislativa negativa – negação de validade à norma inconstitucional.

Esta teoria trata de criar um tribunal especial com a função de controlar, de forma abstrata e concentrada, a constitucionalidade de leis e atos normativos, independentemente da existência de qualquer litígio concreto.

As decisões de um Tribunal Constitucional acabam efetivamente por ter certa força política, não só porque a ele cabe resolver, em última instância, problemas constitucionais de especial sensibilidade política, mas também porque a sua jurisprudência produz, de fato ou de direito, uma influência determinante aos tribunais inferiores, exercendo ainda um papel condicionante do comportamento dos órgãos de direção política (CANOTILHO, 2003, p. 681).

O controle abstrato de normas não é um processo contraditório entre partes, mas sim um processo que tem como fim, sobretudo, a defesa da Constituição e do princípio da supremacia desta, por meio da eliminação das leis e atos normativos contrários a ela, configurando-se como um processo eminentemente objetivo (CANOTILHO, 2003, p. 900).

Nesse tipo de controle, a dúvida acerca da constitucionalidade de determinada norma é elevada a um órgão específico, detentor do monopólio do controle de constitucionalidade, distinto dos três Poderes clássicos, com a exclusão de quaisquer outros.

Este órgão competente para a fiscalização tanto pode ser um órgão da jurisdição ordinária (v.g. Tribunal Supremo) ou um órgão especialmente criado para o feito (e.g. Tribunal Constitucional) (CANOTILHO, 2003, p. 898).

Designa-se esta forma de controle como por via principal porque as questões de inconstitucionalidade podem ser levantadas, a título principal, independentemente da existência de qualquer controvérsia, mediante processo constitucional autônomo, perante um Tribunal com competência para julgar a desconformidade dos atos – sobretudo normativos – de autoridade públicas (CANOTILHO, 2003, p. 900).

Referido modelo consagrou-se na Europa com a constatação da ameaça totalitária exercida pelas monarquias e parlamentos nos países (e.g. Alemanha) em que exerciam suas funções de maneira ilimitada (PANDOLFO, 2012, pp. 166-167).

Com o advento da Emenda Constitucional nº 16/1965, implantou-se no Brasil um sistema misto de controle de constitucionalidade, com evidente prevalência do modelo difuso sobre o concentrado.

Com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 há relevante aumento da gama de legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, dando-se evidente ênfase ao controle concentrado em detrimento do controle difuso (PANDOLFO, 2012, p. 182).

Esta forma de controle é exercida exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal, que, conforme prescrito no art. 102, I, a, da CRFB/1988²⁰, possui competência para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

No controle concentrado, é estendida ao órgão julgador a possibilidade de atribuição de efeitos *ex nunc* à decisão de inconstitucionalidade, no sentido de que o efeito da invalidade só comece a partir do momento em que é declarada a inconstitucionalidade.

No controle difuso, como regra geral, as decisões são dotadas de eficácia *ex tunc*, ou seja, com efeitos retroativos próprios das nulidades, abrangendo todos os atos pretéritos, mesmo os praticados antes da declaração de inconstitucionalidade.

Na fiscalização concentrada há uma certeza do direito, dada a eficácia geral das decisões de inconstitucionalidade, sendo profunda a discussão acerca da norma inquinada de inconstitucionalidade, com a formação de uma rica jurisprudência, aumentando-se a interpretação constitucional, e, ainda, há uma maior preocupação com as implicações sócio-político-econômicas que a decisão de inconstitucionalidade poderá acarretar.

De outra banda, há a perigosa concentração de poder no órgão central responsável pela fiscalização, bem como sua vulnerabilidade às pressões provenientes dos demais Poderes. Pode-se ainda frisar uma possível desproporção das decisões tomadas com as necessidades da decisão jurídica a se satisfazer, acabando por subtrair a própria Constituição e sua interpretação.

Pelo controle concentrado, ensina José Joaquim Gomes Canotilho (*Apud* CARVALHO, 2013, p. 477) que o controle abstrato de normas, não é uma lide com partes e contraditório, mas sim, um processo que visa, sobretudo, a defesa da Constituição e da legalidade democrática por meio da eliminação de atos normativos contrários à Constituição. Por se tratar de um processo objetivo, a legitimidade para solicitar este controle é geralmente reservada a um número restrito de entidades.

²⁰ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

A prestação jurisdicional buscada no âmbito dos processos de controle concentrado de constitucionalidade não tem como objetivo tutelar direitos subjetivos, mas a própria ordem constitucional, razão pela qual é também chamado de controle abstrato ou objetivo de constitucionalidade.

Em sendo um processo objetivo, sem partes de modo a constituir efetivamente uma lide, não se considera a aplicação da lei ou ato normativo em um caso concreto. O objeto processual é a inconstitucionalidade e, no Brasil, os efeitos do julgamento são *erga omnes* e *ex tunc*, admitindo-se, entretanto, em caso de fundado receio de danos que possam advir da declaração, a modulação dos efeitos no plano temporal.

A rigidez do princípio da nulidade aliada à operacionalidade do sistema ensejou no acatamento da modulação de efeitos pela doutrina, que assumiu um caráter de presunção de legalidade a partir da Lei nº 9.868/1999, artigo 27²¹.

Nesse sentido, vale trazer passagem do estudo de João Bosco Marcial de Castro (2003, pp. 58-59), quando diz:

Sem proceder modificação no sistema e na ordem jurídica que se apresentam espelhados na Constituição, o Supremo Tribunal Federal vem outorgando a competência para restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade. A Corte reafirma a adoção do dogma da nulidade do ato declarado inconstitucional no direito brasileiro. Paradoxalmente, entretanto, vem imprimindo nos julgados a idéia da flexibilização do efeito retroativo do provimento judicial, conferindo à decisão o aparente caráter de ato constitutivo, e não declaratório, e transmutando o nulo em meramente anulável.

Insta salientar que nas ações diretas (ADC ou ADI) existe a peculiaridade de que ambas possuem uma natureza de *actio duplex* – comumente denominada como caráter dúplice ou natureza ambivalente –, tendo em vista que, quando julgadas seu mérito, firmarão um juízo de constitucionalidade ou inconstitucionalidade da matéria de qual é objeto.

Esta pronúncia de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, proferida em ADI ou ADC, tem eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública Federal, Estadual e Municipal (art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/1999).

O efeito vinculante importa a obediência por todos os demais membros do Poder Judiciário, bem como pelos membros do Poder Executivo responsável pela aplicação da norma impugnada em controle concentrado de constitucionalidade, sendo que o desrespeito do

²¹ 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.

decidido pelo Supremo Tribunal Federal dá ensejo à interposição de Reclamação perante o Tribunal, uma vez que consubstancia desrespeito à autoridade da Corte.

Em que pese os argumentos favoráveis e contrários à fiscalização judicial difusa e à fiscalização concentrada, Jorge Miranda (2008, p. 107) afirma que “[...] por reais que sejam os méritos e os deméritos que apresentem, fiscalização difusa e fiscalização concentrada não de valer mais ou menos consoante os sistemas jurídico-políticos em que venham a ser integradas e aplicadas”.

1.4. A aproximação das formas de controle de constitucionalidade

Feita uma breve distinção entre os modelos de controle de constitucionalidade anteriormente abordados, o que se fez com finalidade didática e propedêutica, cumpre esclarecer que tais modelos, como concebidos, não correspondem mais ao estágio atual de funcionamento desses sistemas, tanto por parte dos países que adotaram o *common law* quanto dos países perfilharam o *civil law*.

Sucedem que a ciência jurídica concernente ao controle de constitucionalidade assiste hoje a uma progressiva convergência entre os sistemas, ocorrendo inúmeras relativizações de determinados institutos considerados dogmas diferenciadores entre os modelos.

Como exemplo, o sistema europeu de controle concentrado tem admitido que Tribunais, em casos concretos, emitam um juízo provisório sobre a matéria posta à análise de constitucionalidade, e caso negada a constitucionalidade, remete-se posteriormente à Corte Constitucional.

Por outro lado, no sistema americano, criou-se o *writ of certiorari* (a Corte Suprema decide discricionariamente se conhece ou não de determinada questão recursal), equivalente à repercussão geral no direito brasileiro, além do reconhecimento do efeito vinculante das decisões, por força do *stare decisis* (vinculação a precedentes judiciais), que relativizam a caracterização do controle aos casos concretos.

Nas palavras de Carlos Roberto Siqueira Castro (1997, p. 17):

De fato, no que tange à questão dos efeitos da decisão proclamatória da inconstitucionalidade, verifica-se hodiernamente que o radicalismo crônico, que marcou a afirmação histórica dos contrapostos modelos norte-americano e austríaco, cedeu vez a abrandamentos ditados pelas demandas do realismo jurídico e da justiça pragmática. Assim se fez a ponto de possibilitar saudáveis atenuações, ora na conferência de efeitos *ex tunc* no campo do controle concentrado, ora na atribuição de efeitos *ex nunc* nas searas do controle designado difuso ou de revisão judicial, às

decisões proferidas nas mais diversas situações em que despontam litígios de confrontação constitucional.

É inevitável que na aplicação de efeito às decisões que declaram a inconstitucionalidade de determinado ato normativo se deve julgar de forma casuística, tendo como fundamento o princípio da proporcionalidade e a verificação dos interesses e valores em jogo.

Destarte, verifica-se que as teorias de anulabilidade e nulidade têm convergido para uma terceira teoria, que admite a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, aproximando os modelos americano e austríaco com o fim de evitar que a declaração de inconstitucionalidade cause danos maiores que os benefícios esperados pelo afastamento da norma eivada pela inconstitucionalidade, tema que será melhor analisado posteriormente (PANDOLFO, 2012, p. 27).

Hodiernamente, uma decisão de inconstitucionalidade, desvinculada das peculiaridades de cada caso concreto e que não leva em conta os efeitos desta pronúncia, já que a norma inquinada pela inconstitucionalidade será expelida do ordenamento jurídico, mostra-se uma decisão inútil, pois não levará à realização de uma justiça material (FREIRE JUNIOR, 2000, p. 21).

O que se verifica é que tanto a via difusa quanto a via direta de controle são compatibilizados e possuem grande importância no sistema como um todo, uma vez que exercem papéis complementares na garantia da Constituição.

2. COISA JULGADA E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A coisa julgada é um tema tormentoso que ganha a atenção da doutrina processualista brasileira desde sempre, razão pela qual se acredita que não se pode furtar ao assunto, ainda que de maneira superficial, tendo em vista os possíveis conflitos e os efeitos entre a coisa julgada e a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade.

O tema ganha atenção no presente trabalho tendo em vista a constitucionalização de demandas, o que acaba por gerar certa desarmonia entre decisões transitadas em julgado proferidas no controle difuso de constitucionalidade e a posterior pronúncia pelo Supremo Tribunal Federal em sentido contrário.

Ademais, há afirmação e reconhecimento por parte do Poder Judiciário, como não poderia deixar de ser, de princípios e valores éticos indispensáveis à realização da justiça, como a segurança jurídica e a boa-fé, muito tempo afastados do discurso judicial em virtude do positivismo.

O desejo de estabilidade e segurança é inerente ao ser humano, pois não é natural que oriente sua própria conduta com o grau de segurança desejado, necessitando de regras comportamentais artificialmente produzidas por um agente dotado de autoridade que determinem o seu agir e que permitam um saudável convívio social, constituindo uma das grandes causas da produção do Direito.

Portanto, pode-se afirmar como causas da criação do Direito, a necessidade de dominar e superar a luta de todos contra todos, ameaça permanente e latente nas sociedades humanas, bem como a urgência em se construir uma ordem social pacífica que assegure a vida de todos.

Até porque, como ressalta Recanses Siches (*Apud SILVA, 2005, p. 15*) “se bem a justiça (e os demais valores jurídicos supremos) representem o critério axiológico que deve inspirar o Direito, e se bem este não estará justificado senão na medida em que cumpra as exigências de tais valores, sem embargo, o Direito não nasceu na vida humana por virtude do desejo de prestar culto ou homenagem à idéia de justiça, mas para satisfazer uma ineludível urgência de segurança e de certeza na vida social”.

Neste sentido, leciona Gustav Radbruch (1997, p. 180):

[...] O Direito não obriga só porque consegue impor-se eficazmente. Obriga quando, conseguindo impor-se eficazmente, o consegue *porque garante a segurança e a ordem*. O fundamento da obrigatoriedade do direito positivo reside na *segurança* que só ele pode dar, ou – se nos é lícito empregar uma expressão mais enérgica – na *paz* que só ele pode estabelecer entre as diferentes concepções jurídicas em luta, ou ainda

na *ordem* que põe termo à guerra de todos contra todos. O direito positivo é, antes de tudo, chamado a «criar a paz nas relações humanas durante a luta das opiniões, ou enquanto dura a batalha entre os filósofos» (Anselm Feuerbach). Se a justiça é a segunda grande preocupação do direito, a primeira não pode deixar de ser a da segurança, da paz e da ordem social. «Antes quero ver praticada uma injustiça do que ter de sofrer a desordem» - dizia Goethe. E mais ainda: «é sempre preferível sofrer uma injustiça a que o mundo viva sem lei».

A sociedade ao mesmo tempo em que aspira normas claras e estáveis que produzam segurança e previsibilidade das ações no convívio social, não admite a coercitividade de comandos jurídicos que impeçam o progresso e o livre desenvolvimento do homem, cabendo ao Direito fomentar a estabilidade da ordem social (PONTES, 2005, p. 97).

Com isso, vinculam-se as aspirações por segurança e justiça, as quais constituem o centro da própria ideia de direito.

Para que a segurança seja alcançada, exige-se aptidão da ordem jurídica, que possui como pressuposto a busca da justiça, para que promova um certo nível de estabilidade social, garantido a todos previsibilidade no que diz respeito ao efetivo exercício dos valores fundamentais do ser humano, mormente aqueles relacionados à liberdade e à igualdade nas suas variadas manifestações (MACHADO, 2006, p. 154).

Sendo assim, o direito positivo cumpre o papel de instrumento de busca pela justiça e pela segurança, não servindo como um fim em si mesmo.

Cabe, portanto, aos operadores do Direito, quer pela produção do direito positivo quer pela aplicação de normas jurídicas individuais e concretas proferidas na função jurisdicional, a formação de um ordenamento jurídico que tenha padrões de conduta previsíveis e legítimos.

Com a ideia de Direito, o desejo por segurança social transforma-se em anseio por segurança jurídica (PONTES, 2005, p. 97).

A segurança jurídica no mundo contemporâneo é objetivo perseguido pelo Estado quando este produz textos normativos, por meio do exercício das funções legislativa, regulamentar e regimental, bem como quando produz norma jurídica, mediante decisão judicial que, interpretando o ordenamento jurídico como um todo, define qual a solução para o caso empregado à prestação jurisdicional (PONTES, 2005, p. 96).

Portanto, segurança jurídica é, ao mesmo tempo, pressuposto e objetivo do direito positivo, considerado em potência (textos normativos) ou em ato (decisão judicial transitada em julgado) (PONTES, 2005, p. 96).

A jurisdição representa a concretização do próprio poder estatal, sendo portanto inevitável, manifestando-se segundo as decisões do próprio Estado pelos seus agentes

regularmente investidos em suas funções. Como ensina Cândido Rangel Dinamarco (2013, p. 318), a “relação de *autoridade e sujeição*, existente entre o Estado e os particulares, é o fator legitimante da inevitabilidade do poder estatal e do seu exercício”.

Entretanto, em que pese esta relação de autoridade e sujeição entre Estado e os cidadãos, não há o que se falar em poder irrestrito e discricionário, até mesmo porque os atos do Estado devem ser controlados e fiscalizados.

Neste sentido, Magno Federici Gomes e Maiura Guilherme de Rezende (2007, p. 169) afirmam:

Dentro do Estado Democrático de Direito, nada mais justo de que este se submeta ao exercício do dever de respeitar os cidadãos, na titularidade de seus direitos individuais e coletivos, onde todos os atos estatais devem ser controlados e fiscalizados, posto que o poder emana do povo e em seu nome é exercido, demonstrando, ainda, a prevalência do ordenamento jurídico posto.

Quando há entendimentos diferentes, entre as pessoas ou entre a pessoa e o Estado, acerca do que é lícito ou ilícito, justo ou injusto, submetem tal imbróglio a outrem para que este preste a jurisdição, dando-lhes uma decisão vinculante, solucionando-se a lide.

A jurisdição constitui função estatal caracterizada pela definitividade, imutabilidade e inalterabilidade dos efeitos das decisões prolatadas. Esta imunização dos efeitos é denominada coisa julgada, garantia constitucional (art. 5, XXXVI, da CRFB/1988²²) que preserva a segurança das relações jurídicas pelo Poder Judiciário como a adequada para regular os diferentes conflitos intersubjetivos de interesses.

Sendo assim, a coisa julgada é a representação do caráter imutável que as decisões judiciais devem possuir para que o objetivo de segurança possa ser alcançado.

2.1. Autoridade da coisa julgada e efeitos da decisão

A autoridade da coisa julgada é atributo ou qualidade inevitável da decisão judicial não mais sujeita a recurso ou impugnação dentro de uma determinada relação processual, irradiando efeitos jurídicos sobre as partes e, para além da ação, impõe observância pela sociedade e pelo Estado.

²² Art. 5º (...)

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

Moacyr Amaral Santos (1989, pp. 458-459) faz ótima diferenciação entre coisa julgada formal e material, fazendo-se válida sua transcrição:

Em consequência da coisa julgada formal, pela qual a sentença não poderá ser reexaminada e, pois, modificada ou reformada no *mesmo processo* em que foi proferida, *tornam-se imutáveis os seus efeitos* (declaratório, ou condenatório, ou constitutivo). O comando emergente da sentença, como ato imperativo do Estado, se torna definitivo, inatacável, imutável, não podendo ser desconhecido *fora do processo*. E aí se tem o que chama *coisa julgada material* ou *coisa julgada substancial*, que consiste no fenômeno pelo qual a imperatividade do comando emergente da sentença adquire força de lei entre as partes.

A coisa julgada é sem sombra de dúvidas uma das grandes conquistas do Estado Democrático de Direito, uma vez que tem por fim harmonizar os conflitos e, em *ultima ratio*, dar estabilidade às relações jurídicas.

Ela ocorre quando os efeitos decorrentes de uma decisão se tornam imutáveis e indiscutíveis no processo em que proferida e em futuras demandas, não sendo mais possível, via de regra, discutir o que fora decidido.

A imutabilidade desta decisão consubstancia verdadeira necessidade social, na medida em que evita que o mesmo conflito de interesses se repita e seja levado novamente à apreciação do Poder Judiciário.

Essa imutabilidade do comando emergente da decisão judicial reveste o ato em seu conteúdo e torna imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato.

Não haveria qualquer estabilidade nas relações jurídicas se estas fossem solucionadas por meio da função jurisdicional e, ainda assim, sucessivamente sujeitas a novas impugnações judiciais.

É para que o equilíbrio social seja mantido e, quando necessário, restaurado que o ordenamento jurídico atribui, diante de certas circunstâncias fáticas e jurídicas de cada caso, efeitos perpétuos à decisão judicial, que representa, por força constitucional, uma presunção de verdade.

Acerca da extensão da coisa julgada, dando um alcance amplo a este instituto, afirma Sérgio Gilberto Porto (2003, p. 05):

O instituto da coisa julgada goza de prestígio constitucional, eis que insculpido na CF como garantia (5º, XXXVI, CF), ou seja, como cláusula assecurativa da estabilidade das relações sociais normadas por sentença de mérito trãnsita (*sic*) em julgado, integrando, pois, o conceito de cidadania processual reconhecido pela CF. O contrato existente entre o cidadão e o Estado está assim definido e, portanto, indubiosamente, há uma garantia de ordem constitucional-processual que, por opção política, determina que a partir de certo momento não se pode mais, no Estado civilizado,

prosseguir em determinado conflito. Encerra-se verdadeiramente a disputa, declarando-se a estabilidade definitiva da relação jurídica controvertida como ato de soberania do Estado. Havendo, naquele caso, por ato legítimo de império, segurança jurídica constitucionalmente reconhecida.

Conforme ensina Enrico Tullio Liebman (1981, p. 54), a coisa julgada é uma qualidade que se agrega aos efeitos da decisão judicial transitada em julgado, quais sejam, a imutabilidade, a definitividade e a inalterabilidade.

Nas palavras de Enrico Tullio Liebman (1984, p. 37/70):

[...] a declaração oriunda da sentença, assim como seus outros efeitos possíveis, pode conceber-se e produz-se independentemente da coisa julgada; na aptidão da sentença em produzir os seus efeitos e na efetiva produção deles (quaisquer que sejam, segundo o conteúdo) consiste a sua eficácia, e esta se acha subordinada à validade da sentença, isto é, a sua conformidade com a lei.

[...] a autoridade da coisa julgada não é efeito ulterior e diverso da sentença, mas uma qualidade dos seus efeitos e a todos os seus efeitos referente, isto é, precisamente a sua imutabilidade. Ela está limitada subjetivamente só às partes do processo.

Ainda sobre o tema, leciona Giuseppe Chiovenda (1998, p. 452):

A coisa julgada é a eficácia própria da sentença que acolhe ou rejeita a demanda, e consiste em que, pela suprema exigência da ordem e da segurança da vida social, a situação das partes fixadas pelo juiz com respeito ao bem da vida (res), que foi objeto de contestação, não mais pode, daí por diante, contestar; o autor que venceu não pode mais ver-se perturbado no gozo daquele bem; o autor que perdeu não pode mais reclamar, ulteriormente o gozo. A eficácia ou autoridade da coisa julgada é, portanto, por definição, destinada a agir no futuro, com relação aos futuros processos.

A imutabilidade do comando judicial transitado em julgado, portanto, materializa a autoridade da coisa julgada independentemente do efeito declaratório, constitutivo, condenatório, mandamental ou executório revestido por esse comando.

A coisa julgada, portanto, é instituto imprescindível a um Estado Democrático de Direito, sem o qual não haveria segurança jurídica alguma nas relações, não podendo, por esta razão, ser interpretado restritivamente. Sendo assim, deve-se entender a coisa julgada como direito fundamental dos cidadãos protegida pelas garantias do art. 5º da Constituição.

2.1.1. Limites objetivos e subjetivos da coisa julgada

O direito brasileiro define a coisa julgada material como a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença não mais sujeita a recurso, estabelecendo que a sentença tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas (arts. 467²³ e 468²⁴ do CPC).

A sentença possui força de lei entre as partes, reconhecendo-se expressamente o caráter normativo da decisão transitada em julgado. Entretanto, o conteúdo e o alcance de tal norma jurídica, a teor do art. 468 do CPC, decorre dos limites da lide e das questões decididas. Logo, o alcance da coisa julgada depende necessariamente da verificação da natureza e dos limites da lide.

Os §§ 1º e 2º do art. 301 do CPC²⁵ concorrem para conferir os contornos subjetivos e objetivos da coisa julgada material, ao estatuírem que uma demanda se considera reedição de outra quando tiver os mesmos elementos constitutivos, a saber, mesmas partes, causa de pedir e pedido.

O *petitum* e a *causa petendi* cooperam para a identificação do objeto do processo e, portanto, da decisão judicial suscetível de transitar em julgado, configurando, assim, os limites objetivos da eficácia da coisa julgada.

Em que pese a fundamentação ser requisito da sentença (art. 458, II, do CPC²⁶), a legislação processual, contudo, previu que não fazem coisa julgada os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença, a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença, bem como a questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo (art. 469 do CPC²⁷).

²³ Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.

²⁴ Art. 468. A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.

²⁵ Art. 301. Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar:

(...)

§ 1º Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada, quando se reproduz ação anteriormente ajuizada.

§ 2º Uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.

²⁶ Art. 458. São requisitos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.

²⁷ Art. 469. Não fazem coisa julgada:

I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;

II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença;

III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

Sendo assim, a coisa julgada protege somente o dispositivo emanado da decisão, isto é, a norma jurídica individual e concreta que deve, no entendimento do Poder Judiciário, regular o conflito de interesses colocado à tutela jurisdicional por meio do exercício do direito subjetivo público de ação.

Não obstante, a asserção de que apenas a parte dispositiva é acobertada pela coisa julgada deve ser adotada com elevada cautela, uma vez que muitas vezes é imprescindível a verificação da motivação constante na decisão e dos elementos da causa de pedir e do pedido que limitam a parte dispositiva para que se possa identificar o comando emitido, até mesmo porque há casos em que o julgador se limita a acolher ou refutar os pedidos formulados (ALVIM, 1995, p. 363).

Por outro lado, não se deve ter por absoluta a conclusão de que a coisa julgada se estende às questões debatidas e decididas na sentença. José Eduardo Carreira Alvim (1995, pp. 363-364) alerta que tal afirmação é muito ampla de um lado, e muito estreita de outro. Muito ampla porque há uma série de questões que são decididas pelo juiz como pressupostos indispensáveis para a tomada da decisão final e que, no entanto, não restam acobertadas pela coisa julgada, o que ocorre, por exemplo, com as questões prejudiciais. Por outro lado, aquela afirmação também revela-se muito estreita porque o vínculo do julgado exclui que se possam fazer valer questões que poderiam colocar de novo em discussão a deliberação contida na sentença. É isto que se entende dizer na prática com a afirmação que o julgado cobre o deduzido e o deduzível.

Desta maneira, para que se possa ter a exata identificação do comando normativo – parte que transita em julgado –, bem como dos limites deste, é inelutável sua compreensão de acordo com a natureza da relação jurídica posta *sub examine*, a sua causa de pedir e, ainda, os pedidos formulados.

Entende-se por limites subjetivos da coisa julgada a determinação das pessoas sujeitas à imutabilidade e indiscutibilidade da sentença, sendo que, via de regra, somente as partes integrantes do processo são alcançadas pela autoridade da *res iudicata*, conforme prescrito no art. 472 do CPC²⁸.

Ocorre que há “relativização” da coisa julgada no que toca aos limites subjetivos, ou em melhor dizer, há uma ampliação dos efeitos que a sentença produz nos casos de litisconsórcio unitário facultativo.

²⁸ Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.

Há litisconsórcio unitário quando, em virtude da natureza da relação jurídica substancial deduzida, o órgão jurisdicional tiver de decidir o mérito de modo uniforme para todos os litisconsortes, ainda que não participantes da relação processual.

Nesses casos, a coisa julgada é estendida aos possíveis litisconsortes unitários, uma vez que há legitimação extraordinária e, como cediço, a coisa julgada formada em processo conduzido por legitimado extraordinário se estende ao substituído, invertendo-se a regra do art. 472, atingindo terceiro, salvo se houver expressa previsão em contrário, não existindo qualquer ofensa ao princípio do devido processo legal e aos demais a ele inerente.

Até porque, se fosse possível a quebra de uniformidade na decisão sobre um bem de natureza indivisível, de maneira que para algum a decisão viesse a se apresentar em sentido contrário do que para outro, teríamos a absurda possibilidade de duas coisas julgadas contraditórias.

Sendo assim, em havendo litisconsórcio unitário, a decisão será a mesma para todos e ao mesmo tempo única, sob pena de ferir de morte os princípios da segurança jurídica, da efetividade e da igualdade.

2.1.2. A “relativização” da coisa julgada

Uma das discussões mais árduas e amplamente debatida a respeito da coisa julgada é a chamada “coisa julgada inconstitucional”. O cerne desta discussão, em especial, é a verificação da necessidade ou não da “relativização” de uma decisão que contraria a Constituição, ou se, por estarmos sob a égide de um Estado Democrático de Direito, tal relativização não se torna legítima.

Isto porque a decisão judicial injusta tem sido foco de grande teorização (PONTES, p. 110), uma vez que há casos em que a sentença transitada em julgado é manifestamente nula, bem como casos em que há coisa julgada e, não obstante, advém pronúncia de (in)constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário.

Cumprindo inicialmente apresentar reservas de ordem terminológica relativas às expressões “relativização” e “coisa julgada inconstitucional”.

Ao se utilizar a expressão “relativização” da coisa julgada, dá-se a entender que se está indicando que a coisa julgada é algo absoluto, ou de outra maneira não haveria porquê de se relativizar. Contudo, tem-se que não há sentido querer relativizar algo que por sua essência já é relativo.

Não fosse assim relativa a coisa julgada, por exemplo, não seria objeto de ação rescisória, bem como de revisão criminal, ambas com o escopo de eliminar a coisa julgada.

O que boa parte da doutrina²⁹ quer, ao falar em “relativização” da coisa julgada, é a ampliação ou limitação de seus limites, sendo que a própria legislação processual tratou de ampliar e limitá-los.

Já no que toca à “coisa julgada inconstitucional”, o que se entende que seja incompatível com a Constituição é a própria sentença, que violaria a Constituição antes mesmo de transitar em julgado.

Sendo assim, acredita-se que a qualificação da coisa julgada como inconstitucional incorre em equívoco, uma vez que não é sua imutabilidade que contraria a Constituição, mas a própria sentença, que com a coisa julgada apenas lhe é atribuída os efeitos próprios.

A “relativização” da coisa julgada é a demonstração da preocupação com a busca da justiça, como aspiração do Direito, não se concebendo que a coisa julgada tenha força absoluta quando atenta contra os mais variados princípios e direitos fundamentais garantidos pela Constituição³⁰.

Acerca do tema, afirma Rodolfo de Camargo Mancuso (2008, p. 125):

[...] o fato de a coisa julgada vir encastada na grande rubrica dos “Direitos e Garantias Fundamentais”, da Constituição Federal, não é o bastante para que se a tenha como cláusula pétrea ou categoria sacralizada, assim imunizada contra os condicionamentos e refrações advindos da ciência processual, e por aí se compreende que o constituinte não tenha conceituado, nem lhe tenha gizado modalidades, preferindo reservar à lei ordinária federal a competência para dispor sobre direito processual (CF, art. 22, I): isto é, dizer o que seja coisa julgada, em sua extensão e compreensão.

Candido Rangel Dinamarco (2003, pp. 09-38), escreveu artigo intitulado “Relativizar a coisa julgada material”, em que sustenta que o valor da segurança das relações jurídicas não é absoluto no sistema, nem o é, portanto, garantia da coisa julgada, porque ambos devem conviver com outro valor de primeiríssima grandeza, que é o da justiça das decisões judiciais, constitucionalmente vinculado à garantia do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CRFB/1988). Todavia, aquele autor manifesta grande preocupação com os caminhos que a relativização da coisa julgada pode trilhar, afirmando que

²⁹ Neste sentido, Candido Rangel Dinamarco, Relativizar a coisa julgada material. In: Revista de Processo. v. 109. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2003; E ainda, NASCIMENTO, Carlos Valder de (Coord.), Coisa julgada inconstitucional. 5. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro : América Jurídica, 2005.

³⁰ Acerca do tema, vide. DELGADO, José. Pontos polêmicos das ações de indenização de áreas naturais protegidas – Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. Revista de Processo vol. 103. São Paulo : Revistas dos Tribunais, p. 31-33.

[...] propõe-se apenas um trato extraordinário destinado a situações extraordinárias com o objetivo de afastar absurdos, injustiças flagrantes, fraudes e infrações à Constituição – com a consciência de que providências destinadas a esse objetivo devem ser tão excepcionais quanto é a ocorrência desses graves inconvenientes. Não me move o intuito de propor uma insensata inversão, para que a garantia da coisa julgada passasse a operar em casos raros e a sua infringência se tornasse regra geral.

Boa parte da doutrina³¹ defende a “relativização” com a mera invocação de eventual “injustiça” contida na sentença transitada em julgado, alegando-se como “intolerável”, de “excessiva gravidade” e até mesmo como “coisa julgada inconstitucional”.

A título de ilustração, colaciona-se o entendimento de Carlos Valder do Nascimento (2005, pp. 13-14):

Sendo a coisa julgada matéria estritamente de índole jurídico-processual, portanto inserta no ordenamento infra-constitucional, sua intangibilidade pode ser questionada desde que ofensiva a parâmetros da Constituição. Nesse caso, estar-se-ia operando no campo da nulidade. Nula é a sentença desconforme como os cânones constitucionais, o que desmistifica a imutabilidade da res judicata. [...] A coisa julgada é intocável, tanto quanto os atos executivos e legislativos, se, na sua essência, não desbordar do vínculo que deve se estabelecer entre ela e o texto constitucional, numa relação de compatibilidade para que possa revestir-se de eficácia e, assim, existir sem que contra a mesma se oponha qualquer mácula de nulidade. Essa conformação de constitucionalidade tem pertinência, na medida em que não se pode descartar o controle do ato jurisdicional, sob pena de perpetuação de injustiças.

No mesmo sentido, expõem Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria (2005, p. 81):

[...] A coisa julgada não pode suplantar a lei, em tema de inconstitucionalidade, sob pena de transformá-la em um instituto mais elevado e importante que a lei e a própria Constituição. Se a lei não é imune, qualquer que seja o tempo decorrido desde a sua entrada em vigor, aos efeitos negativos da inconstitucionalidade, por que o seria a coisa julgada?

Percebe-se, com os argumentos ora apresentados, que se trata de tema controvertido, de modo que se está longe de se chegar a um consenso, não só em relação a possibilidade de “relativizar” a coisa julgada, como também sobre a interpretação de seu alcance.

Sucedo que não há como se condicionar a prevalência da coisa julgada apenas de acordo com a verificação de que se foi justa ou injusta a sentença coberta pela autoridade da coisa julgada, até porque isso resultaria em destruição do próprio instituto.

Neste sentido, leciona Alexandre Freitas Câmara (2007, p. 195):

³¹ Vide nota 29.

[...] não se pode simplesmente admitir que a parte vencida venha a juízo alegando que a sentença transitada em julgado está errada, ou é injusta, para que se admita o reexame do que ficou decidido.

[...] a se admitir isso, estar-se-ia destruindo o conceito de coisa julgada, eis que a parte vencida sempre poderia fazer ressurgir a discussão sobre a matéria já definitivamente decidida, ficando qualquer juiz autorizado a apreciar a matéria.

Por óbvio os destinatários da garantia da coisa julgada são, em primeiro lugar, as partes do processo em que se formou, e os terceiros eventualmente sujeitos a ele. Mas esta garantia não é apenas individual, senão conjuntamente coletiva, uma vez que vem proporcionar a segurança jurídica e pacificação social, bem como o próprio funcionamento da máquina judiciária.

O direito positivo brasileiro reconhece os meios processuais adequados para desconstituir as sentenças transitadas em julgado, como *e.g.* a ação rescisória (art. 485 do CPC³²), os embargos à execução (art. 741 do CPC³³).

Acerca deste último meio, compete citar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que, no julgamento do REsp nº 720.953³⁴, julgou que deve ser reconhecida a inexigibilidade do título executivo de decisão fundada em norma declarada inconstitucional pelo STF, nos seguintes termos:

PROCESSO CIVIL. SENTENÇA INCONSTITUCIONAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO.

EXEGESE E ALCANCE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 741 DO CPC. INAPLICABILIDADE ÀS SENTENÇAS SOBRE CORREÇÃO MONETÁRIA DO FGTS.

1. O parágrafo único do art. 741 do CPC, buscando solucionar específico conflito entre os princípios da coisa julgada e da supremacia da Constituição, agregou ao sistema de processo um mecanismo com eficácia rescisória de sentenças inconstitucionais.

Sua utilização, contudo, não tem caráter universal, sendo restrita às sentenças fundadas em norma inconstitucional, assim consideraras as que (a) aplicaram norma inconstitucional (1ª parte do dispositivo), ou (b) aplicaram norma em situação tida por inconstitucional ou, ainda, (c) aplicaram norma com um sentido tido por inconstitucional (2ª parte do dispositivo).

2. Indispensável, em qualquer caso, que a inconstitucionalidade tenha sido reconhecida em precedente do STF, em controle concentrado ou difuso (independentemente de resolução do Senado), mediante (a) declaração de

³² Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:
(...)

³³ Art. 741. Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre:
(...)

II - inexigibilidade do título;
(...)

Parágrafo único. 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.

³⁴ STJ; REsp 720953/SC, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/06/2005, DJ 22/08/2005, p. 142

inconstitucionalidade com redução de texto (1ª parte do dispositivo), ou (b) mediante declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto ou, ainda, (c) mediante interpretação conforme a Constituição (2ª parte).

3. Estão fora do âmbito material dos referidos embargos, portanto, todas as demais hipóteses de sentenças inconstitucionais, ainda que tenham decidido em sentido diverso da orientação do STF, como, v.g, as que a) deixaram de aplicar norma declarada constitucional (ainda que em controle concentrado), b) aplicaram dispositivo da Constituição que o STF considerou sem auto-aplicabilidade, c) deixaram de aplicar dispositivo da Constituição que o STF considerou auto-aplicável, d) aplicaram preceito normativo que o STF considerou revogado ou não recepcionado, deixando de aplicar ao caso a norma revogadora.

4. Também estão fora do alcance do parágrafo único do art. 741 do CPC as sentenças, ainda que eivadas da inconstitucionalidade nele referida, cujo trânsito em julgado tenha ocorrido em data anterior à da sua vigência.

5. O dispositivo, todavia, pode ser invocado para inibir o cumprimento de sentenças executivas *lato sensu*, às quais tem aplicação subsidiária por força do art. 744 do CPC.

6. À luz dessas premissas, não se comportam no âmbito normativo do art. 741, parágrafo único, do CPC, as sentenças que tenham reconhecido o direito a diferenças de correção monetária das contas do FGTS, contrariando o precedente do STF a respeito (RE 226.855-7, Min. Moreira Alves, RTJ 174:916-1006). É que, para reconhecer legítima, nos meses que indicou, a incidência da correção monetária pelos índices aplicados pela gestora do Fundo (a Caixa Econômica Federal), o STF não declarou a inconstitucionalidade de qualquer norma, nem mesmo mediante as técnicas de interpretação conforme a Constituição ou sem redução de texto. Resolveu, isto sim, uma questão de direito intertemporal (a de saber qual das normas infraconstitucionais - a antiga ou a nova - deveria ser aplicada para calcular a correção monetária das contas do FGTS nos citados meses) e a deliberação tomada se fez com base na aplicação direta de normas constitucionais, nomeadamente a que trata da irretroatividade da lei, em garantia do direito adquirido (art. 5º, XXXVI).

7. Recurso a que se nega provimento. (grifou-se)

Sendo assim, a inexigibilidade do título dependeria de se a declaração de inconstitucionalidade não exclui seus efeitos aos casos passados e se a invocação da inexigibilidade da norma processual que possibilitou suscitar a matéria, no caso, a data da entrada em vigor da MP 2.180-35, de 24 de agosto de 2011.

Contudo, tais remédios não se conformam com a “relativização” que se pretende situar-se e justificar-se no plano da desconformidade entre a sentença e a realidade substancial ou princípio jurídico superior, que busca o reexame da matéria que transitou em julgado.

Caso fosse idôneo pleitear tal desiderato por meio de ação declaratória de nulidade, por meio da *actio querela nullitatis*, entrar-se-ia em problemática mais grave, qual seja, a competência para o conhecimento da ação que busca a nulidade da sentença contrária à Constituição, uma vez que, a princípio, seria competente o juízo de primeiro grau para reexaminar a matéria transitada em julgado que, por vezes, foi substituída por acórdão do tribunal ou até mesmo por decisão do STJ ou STF.

Referida hipótese culminaria num problema hierárquico de maior monta, tendo em vista que se autorizaria um juiz de primeiro grau a decidir de maneira diversa do que de algum tribunal ou até mesmo desconsiderando uma decisão dos Tribunais Superiores.

Além do mais, abrir-se-ia a possibilidade de impugnação *ad infinitum* das sentenças que transitaram e que transitarão em julgado, uma vez que estaria se afastando o único instituto que serve como óbice para tal aspiração, qual seja, a coisa julgada.

A coisa julgada unicamente prevalece no âmbito que o ordenamento jurídico lhe dá, sendo que reconhecer e respeitar estas fronteiras de maneira alguma é sinônimo de “relativizá-la”.

Destarte, criar hipóteses de “relativização” da coisa julgada, quer até mesmo para o pior dos vícios, a inconstitucionalidade, mostra-se como nocivo para todo o ordenamento jurídico e para o próprio Estado Democrático de Direito.

Tem-se, portanto, que qualquer ampliação dos limites da “relativização” acaba por ser mais perniciosa do que o instituto como aqui demonstrado, acreditando-se que há solução diversa para a problemática levantada pela doutrina como “coisa julgada inconstitucional”, como se demonstrará a seguir.

2.2. Da declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade e a coisa julgada

Explicitados os fundamentos jurídicos da coisa julgada, bem como da função jurisdicional, cumpre analisar relevante tema de grande divergência doutrinária, qual seja, a relação entre a coisa julgada e a inconstitucionalidade.

A inconstitucionalidade, como visto, pode ser reconhecida, no direito brasileiro, tanto pelos meios processuais ordinários, via controle difuso de constitucionalidade, quanto diretamente no Supremo Tribunal Federal, por meio do controle concentrado de constitucionalidade.

A decisão de inconstitucionalidade de uma dada norma importa, via de regra, em um efeito declaratório, bem como opera efeito temporal *ex tunc*, expurgando a norma do ordenamento jurídico desde sua entrada em vigor, com vistas a restaurar os efeitos destrutivos da aplicação da norma julgada inconstitucional.

No caso de decisão declaratória de inconstitucionalidade no controle concentrado (procedência da ADI ou improcedência da ADC), a coisa julgada se opera formalmente, pois a norma não pode ser mais objeto de impugnação, e materialmente, uma vez que será expurgada do ordenamento jurídico e possuirá efeito vinculante (não-aplicação da norma inconstitucional) (SANTOS, 1989, pp. 458-459).

Tendo em vista esses efeitos materiais da norma declarada inconstitucional, é despiciendo o interesse pelos motivos que levaram o Supremo Tribunal Federal na tomada desta decisão, uma vez que eles não ampliam nem diminuem os efeitos da decisão.

Já no que diz respeito à decisão declaratória de constitucionalidade (improcedência da ADI ou procedência da ADC), tem-se que o alcance material é substancialmente diverso da declaração de inconstitucionalidade.

A decisão de constitucionalidade possui uma eficácia limitada, meramente processual, não possuindo a autoridade da coisa julgada material, tal como as decisões de jurisdição comum ou declaratórias de inconstitucionalidade, de modo que a declaração da constitucionalidade não impede que a mesma norma seja novamente objeto de impugnação, ainda que já tenha passado incólume pelo crivo do Supremo Tribunal Federal.

Afirmando que a decisão que declara a constitucionalidade não possui efeito preclusivo, José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 1023), sobre o direito português, leciona que:

[...] A decisão de não declaração constitui, deste modo, *uma interpretação da norma conforme a constituição*, o que não impede de vir o tribunal, em momentos posteriores, por via de controlo abstracto ou através de recursos por incidente, defender outra interpretação da norma em debate. Se uma decisão de não declaração de inconstitucionalidade tivesse força de caso julgado, significaria isso que se estava a consagrar, entre nós, a regra do *stare decisis* ou da *vinculação a precedentes judiciais*, regra esta estranha ao nosso direito [...].

No sistema de controle constitucional brasileiro, diferente de outros países, há previsão de que a declaração de constitucionalidade também possui eficácia contra todos e efeito vinculante (art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/1999³⁵), o que se acredita não inibir que a norma declarada constitucional seja novamente impugnada, pois do contrário haveria um engessamento tanto das normas quanto da própria Constituição, o que não é inerente ao nosso direito.

Na confirmação de constitucionalidade, para que se possa assegurar a dimensão do comando judicial é necessário a consideração dos fundamentos determinantes, uma vez que o dispositivo, muitas das vezes, irá apenas declarar a constitucionalidade da norma, que já possuía presunção de constitucionalidade.

³⁵ Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão. Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

Esta interpretação – dos fundamentos determinante – é fundamental para se compreender as hipóteses em que a Corte considera um determinado texto normativo compatível com a Constituição desde que interpretado em certo sentido, o que se denomina como interpretação conforme a Constituição.

Sobre a diferenciação de alcance da coisa julgada no controle de constitucionalidade, leciona Helenilson Cunha Pontes (2005, pp. 119-120):

O tratamento diferenciado entre decisão pela constitucionalidade e pela inconstitucionalidade, quanto à dimensão do efeito vinculante de cada qual, deve-se à razão, de resto óbvia, de que para uma norma ser considerada incompatível com a Constituição *basta um fundamento*; contudo, para manter-se constitucional (confirmando a presunção de validade que lhe acompanha desde o seu nascimento), exige-se o confronto *com todas as razões que conduzam à inconstitucionalidade* que o discurso jurídico puder construir diante das circunstâncias fáticas e jurídicas que a realidade apresentar; vale dizer, a norma deve preencher, sempre, todas as condições para manter-se válida.

Esta interpretação permite que a norma julgada constitucional seja objeto de novas impugnações desde que com outros fundamentos não apreciados pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que o princípio da supremacia da Constituição e o próprio Estado Democrático de Direito obrigam uma Constituição aberta do ponto de vista material para que esta não se torne uma letra morta em virtude de engessamento.

Gilmar Ferreira Mendes (2005, pp. 363-364), escrevendo sobre o tema, admite a reapreciação da questão constitucional pela Corte, desde que alteradas as circunstâncias fáticas subjacentes ou as concepções jurídicas dominantes. Com efeito, anota o autor que:

[...] declarada a constitucionalidade de uma lei, ter-se-á de concluir pela inadmissibilidade de que o Tribunal se ocupe, uma vez mais, da aferição de sua legitimidade, ressalvadas as hipóteses de significativa mudança das circunstâncias fáticas ou de relevante alteração das concepções jurídicas dominantes. Também entre nós se reconhece, tal como ensinado por Liebman com arrimo em Savigny, que as sentenças contêm implicitamente a cláusula *rebus sic stantibus*, de modo que as alterações posteriores que modifiquem a situação normativa, bem como eventual mudança de orientação jurídica sobre a matéria, podem tornar inconstitucional norma anteriormente considerada legítima (*inconstitucionalidade superveniente*). Daí parecer-nos plenamente legítimo que se argua, perante o Supremo Tribunal Federal, a inconstitucionalidade de norma anteriormente declarada constitucional em ação direta de constitucionalidade.

Não há como equiparar uma pronúncia de inconstitucionalidade com as decisões que a não declaram. Estas não possuem efeito preclusivo, não impedindo uma nova impugnação da norma que já passou pelo crivo da Corte.

Neste sentido, afirma José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 1022):

[...], enquanto a *declaração* de inconstitucionalidade determina a nulidade *ipso jure*, eliminando a possibilidade de recursos por via incidental, a *não declaração* carece de quaisquer efeitos purgativos, sendo admissível a *repropositura* de uma ação directa (fiscalização abstracta) por outras entidades, constitucionalmente legitimadas, e a interposição de recursos em via incidental.

Não fosse assim, isso significaria que estaria se consagrando no direito pátrio a regra do *stare decisis* (vinculação a precedentes judiciais), o que nos é estranho e somente admissível, de certa maneira, quando estabelecido por meio de processos reconhecidos como vinculantes.

2.3. Da “coisa julgada inconstitucional”

A coisa julgada se mostra um grande problema quando há uma decisão acerca determinada norma, seja ela pela sua constitucionalidade ou pela inconstitucionalidade, e, posteriormente, o Supremo Tribunal Federal emite decisão oposta à norma jurídica individual e concreta transitada em julgado, sendo imprescindível determinar os efeitos que a decisão da Corte irá irradiar.

Sucedo que posteriormente ao trânsito em julgado da ação individual, em que se reconheceu a inconstitucionalidade da norma, a referida norma pode ser objeto de impugnação no Supremo Tribunal Federal, quer por via difusa quer pela via concentrada, sobrevindo julgamento de validade e eficácia diverso.

De outra banda, em hipótese inversa, é possível a existência de coisa julgada, em que se julgou constitucional determinada norma, e, posteriormente, o Supremo Tribunal Federal a declara inconstitucional.

Hans Kelsen (1999, p. 189; 2000, p. 226-227) afirmava que era uma desvantagem do controle difuso de constitucionalidade a grande possibilidade de decisões divergentes acerca da validade de determinada norma, o que é exponencialmente maior de acordo com a quantidade de juízes e tribunais.

Conforme este jurista, a ausência de uma decisão uniforme acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma acaba por violar o princípio da supremacia da Constituição, uma vez que sua autoridade será ameaçada por entendimentos contrários.

A possibilidade de decisões divergentes a respeito da constitucionalidade de uma norma é maior no direito brasileiro, ante a concomitância entre o controle difuso e concentrado, que, como visto alhures, possuem características distintas.

Estas questões são o cerne dos problemas apresentados com a decisão do Supremo Tribunal Federal a respeito da constitucionalidade de uma norma e a eficácia da coisa julgada de que é dotada a normativa individual emitida pelo Poder Judiciário que teve como objeto a mesma norma.

Via de regra, no direito brasileiro, conforme já exposto, a declaração de inconstitucionalidade, tanto pela via difusa quanto concentrada, possui efeito *ex tunc*, a não ser que efetuada a modulação temporal dos efeitos.

Com a hipótese de decisões divergentes entre a emitida em ação individual e a pelo Supremo Tribunal Federal em sentido contrário, é de primeira necessidade equilibrar o efeito declaratório retroativo desta decisão com os efeitos da decisão individual cuja qual está sob a autoridade da coisa julgada.

Conforme exposto, a segurança é um dos valores fundamentais da humanidade, que ao Direito cumpre realizar, razão pela qual criou-se o instituto da coisa julgada, cujo fim é o de fazer cessar o litígio.

Importante lição se retira dos ensinamentos do saudoso Pontes de Miranda (1974, p. 127), “a atribuição de coisa julgada põe acima da ordem jurídica, das regras jurídicas, o interesse social da paz, de fim à discussão, mesmo se foi injusta a decisão”.

Os limites objetivos da coisa julgada, como já afirmado, estão limitados pelo art. 469 do CPC³⁶, delimitando-se, portanto, os efeitos da coisa julgada para o futuro.

Acredita-se que a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade quando proferida no controle difuso de constitucionalidade não pode ser objeto da coisa julgada, uma vez que essa declaração é incidental, podendo, no máximo, ser entendida como motivação da sentença ou mera questão prejudicial incidental, o que a exclui da estreita matéria sobre a qual paira a coisa julgada (art. 469 do CPC).

De se ver, neste tipo de controle não há a declaração propriamente dita, no sentido de mérito, razão pela qual o que ocorre na ação, em verdade, é a declaração de existência ou

³⁶ Art. 469. Não fazem coisa julgada:

I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;

II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença;

III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

inexistência da relação jurídica objeto da lide, com base na questão de fundo decidida quer pela constitucionalidade quer pela inconstitucionalidade.

Sendo assim, o autor requer a inexistência de relação jurídica por meio de ação declaratória, uma vez que os fatos ocorridos se subsomem à incidência da lei sobre a qual resta dúvida acerca de sua constitucionalidade, decorrendo-se seu interesse processual justamente da ocorrência destes fatos sobre os quais incidiria a lei, caso constitucional.

Acerca do tema, leciona José Carlos Barbosa Moreira (1974, p. 31):

[...] O contribuinte X propõe contra o Fisco ação declaratória negativa de dívida tributária, em relação a determinado exercício, arguindo a inconstitucionalidade da lei que instituía o tributo. O juiz acolhe o pedido, por entender que tal lei era realmente inconstitucional. A solução dessa questão de direito constituiu *motivo* da decisão: sobre ela *não* se forma a coisa julgada. Com referência a *outro* exercício – e portanto a *outra* dívida –, é lícito ao órgão judicial reapreciar a questão, eventualmente para considerar constitucional a mesma lei e julgar, por isso, que o tributo é devido por X.

Conforme se extrai, a questão da constitucionalidade ou inconstitucionalidade não se encontra incluída nos limites objetivos da coisa julgada, uma vez que é mera motivação da sentença.

Sendo assim, tal como quando há alteração legislativa superveniente, a decisão do Supremo Tribunal Federal se constitui um direito novo, razão pela qual se abre oportunidade para o reexame da questão já decidida.

O CPC é claro ao estabelecer referida oportunidade, a saber:

Art. 471. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo:
I - se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença;
II - nos demais casos prescritos em lei.

Sobre este dispositivo, Moacir Amaral Santos (1989, p. 453) afirma que “a lei, decidida uma questão referente à relação jurídica continuativa, admite a revisão da sentença, embora transitada em julgado, por haver-se modificado o estado de fato ou de direito (art. 471, nº I)”.

Pontes de Miranda (1974, p. 194) fez importante advertência a respeito da jurisprudência sobre o tema, demonstrando grande equívoco cometido também pela doutrina, a saber:

Muitas vezes a jurisprudência confunde ser suscetível de modificação a sentença e não ter força ou eficácia de coisa julgada. As sentenças em ação de alimentos, embora suscetíveis de modificação, têm eficácia imediata de coisa julgada. A própria sentença em ação declaratória da relação jurídica concernente a alimentos somente declara a

relação jurídica tal como é até a data da prolação, sem vedar que se declare ser diferente do que se previa após mudança de circunstâncias.

E ainda (1974, p. 196):

É pacífico não se confundir falta de coisa julgada formal com modificabilidade do que foi decidido se proposta ação de modificação.

A ação de modificação supõe que a sentença mesma, que formalmente transitou em julgado, pode ser alterada no que dispusera para o futuro: a eficácia no futuro é que está sujeita, devido à natureza da sentença, a mudança, se o juízo a reconhecer.

Tem-se, portanto, que a relação jurídica sobre a qual há sentença transitada em julgado, e logo sujeita à coisa julgada, para que possa ser modificada ou até mesmo extinta necessita de uma nova sentença, que produzirá somente efeitos para o futuro, possuindo eficácia temporal *ex nunc*.

Caso a sentença transitada em julgado seja fundada em norma julgada inconstitucional, cabe ação rescisória por expressa previsão do art. 485, V, do CPC, que dispõe que “a sentença de mérito, pode ser rescindida quando violar literal disposição de lei”, não necessitando maiores ilações para demonstrar que violação à Constituição se inclui no referido dispositivo.

Ultrapassado este prazo, ou até dentro dele, acredita-se que o meio cabível para corrigir o equívoco cometido pela sentença, quer por (in)constitucionalidade pré-existente quer por (in)constitucionalidade superveniente, é a ação que busca a revisão ou a modificação da relação jurídica afetada pela decisão transitada em julgado.

Além disso, ainda que se tratasse o problema em questão de coisa julgada material, na qualidade de imutabilidade do julgado e de seus efeitos, que seriam, como defendidos por alguns autores³⁷, protegidos *ad aeternum*, a solução seria a mesma, tendo em vista que a perpetuidade de sua imutabilidade é despicienda.

Para aclarar o que aqui se defende, caso algum direito garantido constitucionalmente fosse extirpado da Constituição por meio de Emenda Constitucional e, de outro lado, exista uma decisão transitada em julgado concedendo o mesmo direito, decisão esta sob os efeitos da coisa julgada, razão pela qual não poderia ser revista e nem seus efeitos transgredidos, permanecendo o direito não mais previsto, o que culminaria na mais absurda destoação no ordenamento jurídico.

Da mesma maneira, caso o direito fosse previsto em lei e posteriormente fosse revogada, havendo coisa julgada material que concede tal direito, esta continuaria perpetuando

³⁷ Vide nota 29.

seus efeitos eternamente e, portanto, garantindo referido direito, enquanto o mesmo direito que assistia quem apenas estava sob a égide da lei já não existiria.

Tal entendimento, como é de simplória constatação, foge a qualquer lógica. O que a coisa julgada teria de tão especial e sagrado para que a colocássemos no topo da pirâmide do ordenamento jurídico? Por óbvio que não há nada que a faça ser superior à legislação e mormente à Constituição.

A Constituição ao elevar a coisa julgada a direito fundamental dos cidadãos não tinha como objetivo outorgar à sentença transitada em julgada força temporal maior que a atribuída à lei e à própria Constituição e muito menos conceder-lhe a irrevogabilidade.

A coisa julgada, como já afirmado, por sua própria natureza, tem por objetivo reger fatos jurídicos já ocorridos e não tornar imodificável a relação jurídica que porventura surja posteriormente à sentença.

Sendo assim, havendo a edição de nova lei ou pronúncia do Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade em sentido contrário à decisão transitada em julgado, a solução é a mesma, subtrai-se o poder da coisa julgada de gerar efeitos prospectivos, devendo as novas relações se sujeitarem à nova normatização.

Acerca do tema, leciona José Carlos Barbosa Moreira (2005, p. 103):

A partir do trânsito em julgado, a norma concreta contida na sentença adquire, por assim dizer, *vida própria* e não é atingida pelas vicissitudes capazes de atingir a norma abstrata: nem é outra a razão pela qual, ainda que surta efeitos *ex tunc*, a declaração de inconstitucionalidade da lei não afeta a *auctoritas rei iudicatae* da sentença que a tenha aplicado.

Neste sentido, colhe-se do entendimento do Supremo Tribunal Federal³⁸ o seguinte:

RECURSO. Extraordinário. Criminal. Pena. Prisão. Regime de cumprimento. Fase de execução. Aplicação de lei superveniente mais benigna. Admissibilidade. Existência de coisa julgada material. Irrelevância. Eficácia operante sob cláusula rebus sic stantibus. Crime hediondo. Progressão de regime. Direito reconhecido. Aplicação da Lei nº 11.464/2007, que deu nova redação ao art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, tido por inconstitucional. Declaração de inconstitucionalidade que beneficia o réu. Precedentes. Inteligência do art. 5º, XLVI, da CF, e 65 e seguintes da LEP, e da súmula 611. O trânsito em julgado de sentença penal condenatória não obsta a aplicação, no processo de execução, de lei superveniente mais benigna sobre o regime de cumprimento da pena, nem a fortiori a eficácia imediata de declaração de inconstitucionalidade que do mesmo modo beneficie o condenado.

Desta maneira, a coisa julgada projeta seus efeitos até que o quadro fático ou jurídico seja alterado, quando deve então haver a revisão dos efeitos da coisa julgada,

³⁸ STF; RE 534.343, Relator: Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, julgado em 16/12/2008, DJe 048, divulg. em 12.03.2009, public. em 13.03.2009, ement. VOL-02352-07 PP-01284

modificando-os de acordo com a nova situação fática ou jurídica, não comprometendo, de maneira alguma, o instituto da coisa julgada.

O mesmo raciocínio vale para as relações jurídicas chamadas como continuativas ou de trato sucessivo, que se protraem no tempo indefinidamente, porquanto nascendo uma nova relação jurídica, e for alterada a legislação que a rege, aqui incluída uma superveniente pronúncia de constitucionalidade ou inconstitucionalidade do STF, estas relações concebidas após a formação da coisa julgada deverão ser alvo de mitigação dos efeitos prospectivos que a sentença produzia.

A imutabilidade da decisão judicial transitada em julgado diz respeito apenas à situação, fática e jurídica, a que se apresentava a norma impugnada, sendo certo que se houver alteração da situação cessará a autoridade da coisa julgada. Esta é uma característica inerente a todas as decisões e não tão somente àquelas que possuem como objeto relações jurídicas continuativas.

Sendo assim, a decisão transitada em julgado não impede que o direito potestativo posteriormente possa vir a regular a mesma hipótese fática a ela subjacente, tendo em vista que não deverá prevalecer sobre a alteração normativa posterior – plano do direito – que promove modificações na regulação da situação fática já anteriormente exposta em juízo e já decidida pelo Poder Judiciário.

Necessita-se, então, de um juízo de integração entre as situações, fáticas e jurídicas, existentes ao tempo do trânsito em julgado (e que lhe são subjacentes) e os comandos emanados pela norma jurídica ou decisão superveniente.

Como aponta José Orlando Rocha de Carvalho (1998, p. 120), embora a coisa julgada seja inatingível, nada impede que lei nova, traçando novas condicionantes para fatos similares que ocorram no futuro, seja aplicada aos fatos assim supervenientes, já que a coisa julgada só alude aos fatos que estavam cobertos por sua autoridade e que se achavam abrangidos pela lide que fora efetivamente decidida. O que a lei nova não pode fazer, evidentemente, por afronta a preceito constitucional, é estabelecer nova regulamentação ou impor novas condicionantes para fatos pretéritos que estavam sob a guarda da *res iudicata*.

Esta solução – mitigação dos efeitos prospectivos –, à primeira vista, adequa-se ao dinamismo social – alteração do direito que normatiza as relações jurídicas – com o instituto da coisa julgada, proporcionando a maior segurança jurídica possível e a pacificação social a ela inerente, aplicando-se o direito e atendendo aos ideários da justiça.

2.4. Dos efeitos do controle de inconstitucionalidade

Para se falar sobre modulação temporal de efeitos no controle de constitucionalidade é indispensável estabelecer os efeitos inerentes às formas de controle.

2.4.1. Efeitos gerais e particulares

No que tange aos sujeitos, há dois tipos diferentes de sistema, o primeiro é aquele em que o órgão competente pela fiscalização da constitucionalidade anula a norma com eficácia *erga omnes*, já o segundo é aquele configurado por um sistema de desaplicação da norma eivada pela inconstitucionalidade, possuindo eficácia *inter partes*.

No primeiro, diz-se que há efeitos gerais ou oponível contra todos, pois a norma declarada será suprimida do ordenamento jurídico. Este tipo de efeito é próprio do controle concentrado de constitucionalidade, em que o órgão competente se afirma como defensor da Constituição legislando negativamente, ou seja, excluindo a norma inconstitucional do ordenamento jurídico.

Por sua vez, no segundo caso a norma declarada inconstitucional será apenas desaplicada no caso concreto submetido à prestação jurisdicional em ação individual, prolongando-se no ordenamento jurídico até que o Supremo Tribunal Federal a julgue inconstitucional, razão pela qual os efeitos serão particulares às partes da ação.

O controle de eficácia *inter partes* é próprio do controle difuso de constitucionalidade, correspondendo ao *judicial review* americano, em que qualquer juiz ou tribunal exerce o direito de fiscalização direta, controlando a validade e eficácia da norma impugnada de acordo com o caso *sub judice*.

2.4.2. Efeitos retroativos e prospectivos

Quanto à questão temporal dos efeitos, existem três efeitos diversos, quais sejam, a eficácia *ex tunc*, *ex nunc* e *pro futuro*.

A aplicação da teoria da nulidade da norma inconstitucional gera o reconhecimento da eficácia *ex tunc* da pronúncia de inconstitucionalidade, retroagindo como se a norma nunca

tivesse adentrado ao ordenamento jurídico, alcançando todos os efeitos produzidos pela norma desde o início da sua vigência e, portanto, antes mesmo da declaração de inconstitucionalidade.

Este efeito é típico do modelo americano de controle de constitucionalidade, em que decide-se pela nulidade da norma e não da simples anulabilidade, sendo nula porque desde a sua entrada em vigor contraria a Constituição, razão pela qual a eficácia de invalidade deveria se tornar extensiva a todos os atos praticados sob a égide da norma inconstitucional.

Quando o efeito da ineficácia só se inicia a partir da declaração de inconstitucionalidade da norma – decisão de anulação –, diz-se que a eficácia é *ex nunc*, uma vez que atribuído efeitos prospectivos a esta decisão. Em rigor lógico e histórico, referido efeito é tido como próprio do sistema concentrado.

Com o advento da Lei nº 9.868/1999, introduziu-se no direito brasileiro a possibilidade de modulação temporal dos efeitos da declaração e inconstitucionalidade, a saber:

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.

O artigo supracitado conferiu poder à Suprema Corte para determinar, além do efeito *ex nunc*, a eficácia *pro futuro* da pronúncia de inconstitucionalidade da norma, de modo que os efeitos da decisão possam ser fixados para qualquer outro momento posterior à declaração de inconstitucionalidade.

A título de ilustração da utilização desta forma de modulação, cumpre colacionar ementa do julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (nºs 3.892 e 4.270), que contestavam a inexistência de Defensoria Pública em Santa Catarina, *ipsis litteris*:

Art. 104 da constituição do Estado de Santa Catarina. Lei complementar estadual 155/1997. Convênio com a seccional da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/SC) para prestação de serviço de “defensoria pública dativa”. Inexistência, no Estado de Santa Catarina, de órgão estatal destinado à orientação jurídica e à defesa dos necessitados. Situação institucional que configura severo ataque à dignidade do ser humano. Violação do inc. LXXIV do art. 5º e do art. 134, caput, da redação originária da Constituição de 1988. Ações diretas julgadas procedentes para declarar a inconstitucionalidade do art. 104 da constituição do Estado de Santa Catarina e da lei complementar estadual 155/1997 e admitir a continuidade dos serviços atualmente prestados pelo Estado de Santa Catarina mediante convênio com a OAB/SC pelo prazo máximo de 1 (um) ano da data do julgamento da presente ação, ao fim do qual deverá estar em funcionamento órgão estadual de defensoria pública estruturado de acordo com a Constituição de 1988 e em estrita observância à legislação complementar nacional (LC 80/1994).³⁹

³⁹ STF; ADI 4270, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 14/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-188 DIVULG 24-09-2012 PUBLIC 25-09-2012

Neste precedente houve a modulação temporal dos efeitos, aplicando-se efeito *pro futuro*, no sentido de que a Defensoria Dativa prestada pela OAB/SC deveria funcionar por até um ano da data do julgamento, quando então deveria ser instalada a Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina.

2.4.3. Efeitos declarativos e constitutivos

Como regime geral do controle difuso, pode-se dizer que o efeito é declarativo, uma vez que a norma é absolutamente nula (*null and void*), limitando-se o juiz ou tribunal a declarar a nulidade pré-existente da norma.

Já no controle concentrado, a regra consiste em atribuir à decisão de inconstitucionalidade o efeito constitutivo, tendo em vista que há a anulação, e não sua nulidade, da norma que, até o momento da decisão, é considerada válida e eficaz.

2.4.4. Da evolução dos efeitos temporais no direito brasileiro

O Supremo Tribunal Federal⁴⁰ possuía o seguinte entendimento acerca da inconstitucionalidade de atos normativos:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO - NATUREZA DO ATO INCONSTITUCIONAL - DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - EFICACIA RETROATIVA - O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO "LEGISLADOR NEGATIVO" - REVOGAÇÃO SUPERVENIENTE DO ATO NORMATIVO IMPUGNADO - PRERROGATIVA INSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO - AUSÊNCIA DE EFEITOS RESIDUAIS CONCRETOS - PREJUDICIALIDADE.

- 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 normativo impõe que preceitos 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 conseqüente inaplicabilidade.

Atos inconstitucionais são, por isso mesmo, nulos e destituídos, em conseqüência, 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.

⁴⁰ STF; ADI 652, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 02/04/1992, DJ 02-04-1993 PP-05615 EMENT VOL-01698-03 PP-00610 RTJ VOL-00146-02 PP-00461

- A declaração de inconstitucionalidade em tese encerra um juízo de exclusão, que, fundado numa competência de rejeição deferida ao Supremo Tribunal Federal, consiste em remover do ordenamento positivo a manifestação estatal inválida e desconforme ao modelo plasmado na Carta Política, com todas as conseqüências daí decorrentes, inclusive a plena restauração de eficácia das leis e das normas afetadas pelo ato declarado inconstitucional. Esse poder excepcional - que extrai a sua autoridade da própria Carta Política - converte o Supremo Tribunal Federal em verdadeiro legislador negativo.

Como bem explica Rafael Pandolfo (2012, p. 208):

As primeiras teorias sobre os efeitos das decisões de inconstitucionalidade adotavam um caráter excludente entre norma inconstitucional e a constituição, considerando que reconhecer a vigência, mesmo que temporária, de lei inconstitucional, implicaria dizer que a Constituição por determinado momento ficou suspensa por esta norma.

Este tipo de declaração de inconstitucionalidade funcionava como uma declaração de nulidade total da norma inquinada. Contudo, houve uma quebra de paradigma com o advento de casos em que a aplicação desta nulidade total, estendendo-se a todos os efeitos produzidos pela norma desde o início da sua vigência, acabava por violar outros preceitos constitucionais.

Nestes casos, o órgão julgador verificava que a aplicação da nulidade total acarretava em uma própria violação à Constituição, uma vez que a revogação total em tais casos causaria efeitos contraproducentes.

De outra banda, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht*), desde sua fundação, em 1954, foi pioneira ao sempre aplicar a técnica de declaração de inconstitucionalidade sem nulidade total, aplicando-se o efeito *ex nunc*. Verificando-se o problema diametralmente oposto ao do ocorrido com a teoria da nulidade.

A evolução natural por qual passou os efeitos das decisões de inconstitucionalidade no direito alienígena, serviu como base para que no direito brasileiro se acolhesse a modulação dos efeitos.

Sobre o tema, leciona Gilmar Mendes (2005, p. 333):

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

Como bem aponta Rafael Pandolfo (2012, p. 210):

No diálogo Fedro, Platão compara a linguagem a *pharmakon*, expressão grega utilizada para designar tanto o remédio como o veneno. A figura utilizada pelo filósofo é dotada de uma riqueza retórica interminável. No caso do controle de constitucionalidade, a expulsão da norma questionada, do sistema prescrito válido, corresponde ao efeito depurador do sistema (remédio). Ocorre que a aplicação do remédio não pode causar maiores prejuízos ao sistema do que a própria doença por

ele extirpada, sob pena de transformá-lo em veneno. Nasce daí a necessidade de um instrumento calibrador (modulação), responsável pela mitigação dos efeitos colaterais nocivos causados ao ordenamento jurídico, que podem decorrer da declaração de inconstitucionalidade. Assim, a modulação é o instrumento que impede que, em determinados contextos, o remédio (declaração de inconstitucionalidade) se transforme em veneno.

A modulação exige a inexorável intersecção entre semântica e pragmática. Isso porque, verificada a incompatibilidade da norma com a Carta Constitucional (inconstitucionalidade), o aplicador deverá percorrer do campo pragmático os elementos que serão utilizados como fundamentos para a modulação de efeitos.

No Brasil, via de regra, as decisões proferidas no controle concentrado de constitucionalidade, se forem pela inconstitucionalidade, retroagem à data em que a lei ou ato eivado adentrou no mundo jurídico, acarretando em uma eficácia *ex tunc*, em que a lei ou ato é considerado como se nunca houvesse existido.

Contudo, sob influência do direito alemão, adotou-se, por meio do art. 27 da Lei nº 9.869/1999, a possibilidade da modulação dos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, podendo, presentes determinados requisitos, alterar o efeito temporal para que produza eficácia a partir do trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Tal como ocorreu no direito estrangeiro, acreditou-se necessário possibilitar ao Supremo Tribunal Federal, em quórum de dois terços de seus Ministros, restringir os efeitos do juízo de inconstitucionalidade em atenção ao princípio da segurança jurídica ou da presença de excepcional interesse social, aplicando-se o efeito *ex nunc* ou o efeito *pro futuro*.

3. A MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

O Supremo Tribunal Federal somente aceitava a eficácia parcial (declaração *ex nunc*) em sede de provimento cautelar (art. 102, I, p, da CRFB/1988⁴¹), expressão utilizada equivocadamente pela Constituinte por se tratar, em verdade, de antecipação dos efeitos da tutela, mas jamais aceitou os efeitos prospectivos após a declaração definitiva de mérito.

Este foi o entendimento consagrado na ADI nº 1.434-MC⁴², de relatoria do Min. Celso de Mello, a saber:

EFICÁCIA DA MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.

- A medida cautelar, em ação direta de inconstitucionalidade, reveste-se, ordinariamente, de eficácia *ex nunc*, "operando, portanto, a partir do momento em que o Supremo Tribunal Federal a defere" (RTJ 124/80). Excepcionalmente, no entanto, a medida cautelar poderá projetar-se com eficácia *ex tunc*, com repercussão sobre situações pretéritas (RTJ 138/86). A excepcionalidade da eficácia *ex tunc* impõe que o Supremo Tribunal Federal expressamente a determine no acórdão concessivo da medida cautelar.

A ausência de determinação expressa importa em outorga de eficácia *ex nunc* à suspensão cautelar de aplicabilidade da norma estatal impugnada em ação direta. Concedida a medida cautelar (que se reveste de caráter temporário), a eficácia *ex nunc* (regra geral) "tem seu início marcado pela publicação da ata da sessão de julgamento no Diário da Justiça da União, exceto em casos excepcionais a serem examinados pelo Presidente do Tribunal, de maneira a garantir a eficácia da decisão" (ADIn 711-AM (Questão de Ordem), Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA).

- A declaração de inconstitucionalidade, no entanto, que se reveste de caráter definitivo, sempre retroage ao momento em que surgiu, no sistema de direito positivo, o ato estatal atingido pelo pronunciamento judicial (nulidade *ab initio*). É que atos inconstitucionais são nulos e desprovidos de qualquer carga de eficácia jurídica (RTJ 146/461).

Acontece que, aos poucos, foram vivenciadas situações, ainda que se tratasse de uma norma inconstitucional, cuja aplicação da teoria da nulidade prejudicaria mais a sociedade do que a norma corrompida, tornando sua retirada do ordenamento jurídico, desde a sua edição, algo mais afastado da vontade constitucional.

Nesse contexto, surgiu a necessidade de se criar a modulação temporal dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, no intuito de salvaguardar a segurança jurídica, evitar

⁴¹ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

(...)

p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade; (...)

⁴² STF; ADI 1434 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 29/08/1996, DJ 22-11-1996 PP-45684 EMENT VOL-01851-01 PP-00141

lacunas legais, atender ao interesse social, evitar um caos no ordenamento e outros direitos constitucionalmente assegurados.

Dada a evolução acerca do controle de constitucionalidade e a verificação de que há casos em que a teoria nulidade da norma eivada pela inconstitucionalidade não conduz a melhor efetividade da própria Constituição, desenvolveu-se estudos sobre o consequencialismo como argumento para a fundamentação de decisões judiciais juntamente com a possibilidade de modulação temporal dos efeitos destas decisões (PISCITELLI, 2011, pp. 235-269).

Segundo Ricardo Lobo Torres (2010, p. 200),

[...] o argumento de consequência é utilizado no discurso de aplicação do direito e consiste na consideração das influências e das projeções da decisão judicial – boas ou más – no mundo fático. Efeitos econômicos, sociais e culturais – prejudiciais ou favoráveis à sociedade – devem ser evitados ou potencializados pelo aplicador da norma, em certas circunstâncias.

Para Heleno Taveira Tôres⁴³, o consequencialismo jurídico é:

Os casos difíceis, de trama complexa ou de colisões de princípios, a variabilidade das decisões judiciais sobre uma mesma matéria, a progressiva opacidade do ordenamento, a falta de regras claras e objetivas ou contradições administrativas atentam contra a desejável racionalização do ordenamento, com abertura para o consequencialismo, como forma de garantir julgamentos pautados pela razoabilidade, sopesamentos e maior aderência e coerência com a realidade social.

Sendo assim, o Supremo Tribunal Federal ao apreciar o Recurso Extraordinário nº 197.917, em 24.03.2004, em que declarou-se a inconstitucionalidade de dispositivo da Lei Orgânica nº 226, do Município de Mira Estrela/SP, aplicou efeitos *pro futuro* à decisão.

Neste precedente, reafirma-se o princípio da nulidade como regra no sistema brasileiro de controle constitucional, mas se entendeu pelo afastamento de sua incidência e a consequente flexibilização dos efeitos retroativos da declaração de inconstitucionalidade, independentemente do disposto no art. 27 da Lei nº 9.868/1999, cabendo aqui consignar excerto da ementa, *ipsis litteris*:

[...] 8. Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos *pro futuro* à declaração incidental de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário conhecido e em parte provido.

⁴³ Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-jul-18/consultor-tributario-modulacao-efeitos-decisoes-fundamental#_ftnref10>. Acesso em 05.04.2014.

Em outra oportunidade, as se julgar a AC 189-MC⁴⁴, ficou consignado o seguinte entendimento:

[...] o afastamento do princípio da nulidade da lei assenta-se em fundamentos constitucionais e não em razões de conveniência. Se o sistema constitucional legitima a declaração de inconstitucionalidade restrita no controle abstrato, esta decisão poderá afetar, igualmente, os processos do modelo concreto ou incidental de normas. Do contrário, poder-se-ia ter inclusive um esvaziamento ou uma perda de significado da própria declaração de inconstitucionalidade restrita ou limitada.

[...]

[...] Tudo indica, pois, que é a ausência de uma técnica alternativa à simples declaração de nulidade que pode enfraquecer a aplicação da norma constitucional. Portanto, o princípio da nulidade continua a ser a regra também no direito brasileiro. O afastamento de sua incidência dependerá de um severo juízo de ponderação que, tendo em vista análise fundada no princípio da proporcionalidade, faça prevalecer a idéia de segurança jurídica ou outro princípio constitucionalmente relevante manifestado sob a forma de interesse social relevante. Assim, aqui, como no direito português, a não-aplicação do princípio da nulidade não se há de basear em consideração de política judiciária, mas em fundamento constitucional próprio.

Em 10 de novembro de 1999 foi promulgada a Lei nº 9.868, que, como visto, ao disciplinar o processo e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, em ser art. 27, prescreveu, ineditamente, a possibilidade de limitação temporal dos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade.

Da Exposição de Motivos nº 189, de 7 de abril de 1997⁴⁵, do Projeto de Lei nº 2.960/1997, do qual resultou a Lei nº 9.868/1999, faz-se necessário colacionar o seguinte:

[...]

Evidente, pois, que a declaração de nulidade não configura técnica adequada para a eliminação da situação inconstitucional nesses casos de omissão legislativa. Uma cassação aprofundaria o estado de inconstitucionalidade, tal como já admitido pela Corte Constitucional alemã em algumas decisões.

Essa deficiência se mostrou igualmente notória, na decisão de 23.3.94, na qual o Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de ampliar a já complexa tessitura das técnicas de decisão no controle de constitucionalidade, admitindo que lei que concedia prazo em dobro para a defensoria pública *era de ser considerada constitucional enquanto esses órgãos não estivessem devidamente habilitados ou estruturados* (HC nº 70.514, julgamento em 23.03.94).

Ressalvou-se, portanto, de forma expressa, a possibilidade de que o Tribunal viesse a declarar a inconstitucionalidade da disposição em apreço, uma vez que, como ressaltado no voto do Ministro Moreira Alves, a afirmação sobre a legitimidade da norma assentava-se em uma circunstância de fato que se modifica no tempo.

Tais decisões demonstram que a criação de nova técnica de decisão decorre do próprio sistema constitucional, especialmente do complexo processo de controle de constitucionalidade das leis adotado entre nós.

Coerente com evolução constatada no Direito Constitucional comparado, a presente proposta permite que o próprio Supremo Tribunal Federal, por uma maioria

⁴⁴ STF; AC 189 MC, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 06/04/2004, publicado em DJ 15/04/2004 PP-00014

⁴⁵ Disponível em <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD29ABR1997.pdf#page=25>>. Acesso em 10.01.2014.

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 da segurança jurídica e do interesse social, do 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.

Entendeu, portanto, a Comissão que, ao lado da ortodoxa declaração de nulidade, há de se reconhecer a possibilidade de o Supremo Tribunal, em casos excepcionais, mediante decisão da maioria qualificada (dois terços dos votos), estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, proferindo a inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* ou *pro futuro*, especialmente naqueles casos em que a declaração de nulidade se mostre inadequada (v.g.: lesão positiva ao princípio da isonomia) ou nas hipóteses em que a lacuna resultante da declaração de nulidade, possa dar ensejo ao surgimento de uma situação ainda mais afastada da vontade constitucional.

Ainda que referido dispositivo tenha previsto a adoção de eficácias *ex nunc* ou *pro futuro* para as decisões de inconstitucionalidade, isto não significa, de maneira alguma, que passou a se adotar a teoria da anulabilidade das normas inconstitucionais.

No direito pátrio permanece o entendimento de que uma norma declarada inconstitucional é nula, tendo em vista os preceitos da Carta Magna que garantem o Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, da CRFB/1988⁴⁶) e o princípio da legalidade (art. 5º, II, da CRFB/1988⁴⁷), que não admitem que aquilo que não é lei possa reger condutas.

Como explicitado, o preceito legal do art. 27 da Lei nº 9.868/1999 contrariava, até a sua edição, o entendimento reiterado do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade, no exame de mérito da ação direta, produz efeitos *ex tunc*, remontando-se ao momento *ab ovo* da norma desconstituída, pela simples razão de que uma norma julgada inconstitucional é uma norma inexistente.

Tal razão é a mesma que aplicado na teoria das nulidades do Direito Civil, em que a lei ou ato normativo colidentes com a Magna Carta são írritos, inexistentes, ineficazes desde seu nascedouro.

Entende-se, contudo, que referido artigo é de imensa inutilidade, uma vez que essa possibilidade de modulação temporal está implicitamente admitida pela Constituição, o que se demonstrará posteriormente, sendo despicienda tal previsão, mormente por se tratar de lei infraconstitucional e inconstitucional, como se evidenciará a seguir.

⁴⁶ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)

⁴⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

3.1. Da inconstitucionalidade do art. 27 da Lei nº 9.868/1999

Para a limitação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, fundada na Lei nº 9.868/1999, há dois requisitos, o primeiro, formal e procedimental, diz respeito ao quórum, necessitando do voto favorável de pelo menos dois terços dos ministros do Supremo, já o segundo, material, requer a existência de um excepcional interesse público ou necessidade de segurança jurídica.

De acordo com tal dispositivo, o princípio da nulidade somente há de ser afastado se se puder demonstrar, com base numa ponderação concreta, que a declaração de inconstitucionalidade ortodoxa – efeito *ex tunc* – envolveria o sacrifício da segurança jurídica ou de outro valor constitucional materializável, sob a forma de interesse social.

Vale registrar, a propósito, a opinião abalizada de Gilmar Mendes (2001, p. 41):

Entendeu, portanto, o legislador que, ao lado da ortodoxa declaração de nulidade, há de se reconhecer a possibilidade de o Supremo Tribunal, em casos excepcionais, mediante decisão da maioria qualificada (dois terços dos votos), estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* ou *pro futuro*, especialmente naqueles casos em que a declaração de nulidade se mostre inadequada (v.g.: lesão positiva ao princípio da isonomia) ou nas hipóteses em que a lacuna resultante da declaração de nulidade possa dar ensejo ao surgimento de uma situação ainda mais afastada da vontade constitucional.

Contudo, há questionamentos acerca da constitucionalidade do art. 27 da Lei nº 9.868/1999, tendo em vista que o aludido dispositivo legal é objeto de duas ADIs, nºs 2.154⁴⁸ e 2.258⁴⁹, ajuizadas, respectivamente, pela Confederação Nacional das Profissões Liberais e pela Ordem dos Advogados do Brasil, as quais foram apensadas e estão aguardado voto-vista da Min. Cármen Lúcia⁵⁰.

Muito embora seja necessário apenas uma razão para que uma norma seja declarada inconstitucional, acredita-se que referidas ações declaratórias de inconstitucionalidade pecaram ao não englobar maiores fundamentos para a possível declaração de inconstitucionalidade do referido artigo.

Não há como não se vislumbrar a dificuldade de materialização da posição que será defendida, até mesmo porque o órgão competente para decidir acerca da inconstitucionalidade

⁴⁸ Possuindo como fundamento a violação direta ao princípio da legalidade (art. 5º, II, da CRFB/1988) e, indiretamente, o princípio da igualdade formal (art. 5º, I, da CRFB/1988), uma vez que a declaração de eficácia poderia beneficiar uns em detrimento de outros.

⁴⁹ Fundada na violação tanto do princípio da legalidade (art. 5º, II, da CRFB/1988) quanto ao Estado de Democrático de Direito (art. 1º da CRFB/1988).

⁵⁰ Vale informar que, em 16.08.2007, o Min. Relator Sepúlveda Pertence votou no sentido da inconstitucionalidade formal do dispositivo, sucedendo pedido de vista da Min. Cármen Lúcia.

do dispositivo em questão é o mesmo que teve seus poderes alargados por este – no sentido de que houve um vertiginoso aumento da utilização deste instituto, mormente em favor do Estado, maior interessado em sua positivação –, não obstante, acredita-se ser indispensável os alertas sobre o dispositivo objurgado.

Em verdade, referido dispositivo restringiu os efeitos do Supremo Tribunal Federal, pois como se demonstrará posteriormente, a modulação dos efeitos está implicitamente prevista na Constituição, podendo se utilizar de qualquer fundamento constitucional – e não somente segurança jurídica e excepcional interesse social – como fundamento material para a mitigação temporal de efeitos.

No plano do exame formal de constitucionalidade, impede ressaltar que a proposição ora criticada, por se tratar de matéria exclusivamente constitucional, só poderia, na melhor das hipóteses, ser legislada por emenda constitucional, não podendo ser objeto de legislação ordinária, uma vez que sua aplicação acaba por malferir todo o sistema jurídico do país, mormente ao próprio Estado Democrático de Direito (art. 1º da CRFB/1988⁵¹) e o princípio da legalidade insculpido nos arts. 5º, II⁵² e 37, *caput*⁵³, da CRFB/1988.

Ao legislador ordinário, no que diz respeito ao controle de constitucionalidade, só lhe é autorizado regular sobre aspectos procedimentais não previstos na Constituição, não lhe sendo competente dispor sobre aspectos materiais, sob pena de usurpação de competência.

Os efeitos temporais aplicados à decisão de inconstitucionalidade são, invariavelmente, aspectos substanciais, escapando, portanto, da competência do legislador ordinário, uma vez que, por óbvio, os aspectos materiais da decisão de inconstitucionalidade se configuram objeto de norma constitucional.

Acerca do tema, Jorge Miranda (1988, p. 385) leciona o seguinte:

⁵¹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

⁵² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; (...)

⁵³ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)

O problema da eficácia das decisões de inconstitucionalidade não é um problema de Direito processual, mas sim um problema de Direito substantivo, porque se traduz em saber quais alterações efectivas que a decisão provoca ou deixa de provocar quer no respeitante às normas a que se refere quer no conjunto do ordenamento jurídico estadual.

Caso fosse permitido ao legislador ordinário regular genericamente os efeitos do controle de constitucionalidade, ele poderia inclusive aumentar as possibilidades de modulação temporal, bem como até mesmo prever as situações específicas para a aplicação de determinado efeito.

Bom que se diga ainda que caso fosse emenda constitucional tratando desta matéria, a norma estaria eivada pela inconstitucionalidade, uma vez que estaria violado o princípio da separação dos poderes.

Já no plano material, o art. 27º da Lei nº 9.868/1999 está eivado pela inconstitucionalidade por diversos fundamentos, como se verá a seguir.

Os requisitos materiais do referido dispositivo, existência de excepcional interesse social ou razões de segurança jurídica, são considerados conceitos jurídicos indeterminados.

Por conceito jurídico indeterminado, entende-se aquele em que há a possibilidade de apreciação de acordo com critérios de oportunidade e conveniência, dependendo da interpretação do exegeta.

Por se tratar de cláusulas abstratas, a segurança jurídica e o interesse social podem ser utilizados – e o são – como argumento para todo tipo de procedimento, adotando-se a modulação temporal dos efeitos de forma desregrada, e não de forma excepcional como deveria ser.

A discricionariedade do intérprete na verificação destes institutos, contudo, nada tem a ver com arbitrariedade, como bem ensina Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, pp. 434-437):

86. [...] Com efeito, a dicção “ato discricionário”, só pode ser tolerada como uma forma elíptica de dizer “ato praticado no exercício de competência ensejadora de certa discricção” e, mesmo assim, cumpre advertir que a impropriedade da nomenclatura corrente (que leva à oposição ato discricionário/ato vinculado) é causa de inúmeros e graves equívocos jurídicos.

[...]

Ato “discricionários”, pelo contrário, seriam os que a Administração pratica com certa margem de liberdade de *avaliação* ou *decisão* segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, *ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles*.

[...]

90. Em suma: discricionariedade é liberdade *dentro da lei*, nos limites da norma legal, e *pode ser definida como*: “A margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma

jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal”.

91. Não se confundem discricionariedade e arbitrariedade. Ao agir *arbitrariamente* o agente estará agredindo a ordem jurídica, pois terá se comportado fora do que lhe permite a lei. Seu ato, em consequência, é ilícito e por isso mesmo corrigível judicialmente. Ao agir *discricionariamente* o agente estará, quando a lei lhe outorga tal faculdade (que é simultaneamente um dever), *cumprindo* a determinação normativa de ajuizar sobre o melhor meio de dar satisfação ao interesse público por força da indeterminação legal quanto ao comportamento adequado à satisfação do interesse público no caso concreto.

Sendo assim, a modulação temporal dos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade nunca poderá ser adotada com razões arbitrárias, mas sim assentada em fundamentos constitucionais suficientes ao afastamento do princípio constitucional da nulidade da lei inconstitucional.

Isso porque, muito embora a Constituição nada explicita acerca do efeito retroativo da decisão de inconstitucionalidade, nem o proibindo, nem o exigindo, de maneira alguma isso quer significar que a Corte possa tratar a limitação temporal dos efeitos como um assunto puramente de política judiciária, a ser decidido de acordo com a casuística, fundada com bases arbitrárias ou consequencialistas.

Até porque é vedado ao Poder Judiciário, tendo em vista o princípio da autolimitação judicial – fortemente utilizado na jurisprudência norte-americana –, judicializar as questões políticas, devendo-se autolimitar à decisão das questões jurisdicionais (CANOTILHO, 2003, pp. 1308-1309).

Desta maneira, cabe ao Judiciário julgar de acordo com os parâmetros materiais fixados nas normas e princípios constitucionais.

O escancarado casuísmo da proposição da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, mereceu o repúdio de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

Seria preciso não conhecer o Brasil para supor motivada por questões de alta indagação científica essa proposta. Conhecendo-o, fácil é descobrir o que têm em mente os proponentes dessa “nulidade” ou “anulação” diferida. É sempre o ângulo governamental. Com base nessa regra, toda vez que um tributo correr o risco de ser julgado inconstitucional – e essas coisas se sabem com antecedência em Brasília – invocando o pesado ônus da devolução do já recebido, o Poder Público pleiteará que a eficácia da decisão seja a partir do trânsito em julgado. Assim não terá de devolver o já recebido...”

Não há razão de segurança jurídica ou de interesse social que justifique tamanho casuísmo, mas tão somente interesse do governo, deixando os cidadãos brasileiros à mercê diante de leis e atos normativos inconstitucionais.

O art. 27 da Lei nº 9.868/1999, bem como o art. 11 da Lei nº 9.882/1999⁵⁴, são objeto de questionamento ainda por doutrina minoritária⁵⁵, no sentido de que a atribuição de natureza meramente declaratória à decisão, impossibilitando a retroação de seus efeitos, poderia vir a permitir incontáveis abusos por parte do Estado.

Faz parte desta doutrina minoritária, mas nem por isso menos conceituada, o ilustre Ives Gandra da Silva Martins (2001, pp. 205-206), cujo leciona que:

[...] Tal entendimento pode gerar, principalmente no campo do direito tributário, a irresponsabilidade impositiva, com a possibilidade de as exações inconstitucionais, mesmo após a decisão definitiva da Suprema Corte, terem seus inconstitucionais efeitos perpetuados, entendendo-se o Estado – que violentou a Constituição – autorizado a permanecer com o produto da arrecadação ilegítima, pela eficácia ofertada à decisão definitiva.

É evidente que não se coaduna com a noção de Estado Democrático de Direito a decisão que, sob o argumento de que os seus efeitos poderiam causar graves consequências ao bom funcionamento da Administração Pública, acaba mitigando os direitos fundamentais, principalmente sem prévia autorização no ordenamento jurídico, isto porque a formulação teórica do conceito desde as suas origens liberais rechaça tal hipótese.

Extraí-se do direito tributário a importante lição de Alexandre Macedo Tavares (2008, p. 14-15):

Em suma: se o princípio republicano pressupõe uma obrigação tributária autoconsentida, a lealdade passa a arvorar-se como uma condicionante do lícito exercício do poder de tributar, pois, se é o povo que tributaria a si mesmo, não há como aceitar-se ou convalidar-se ainda que temporalmente, mediante o temido e acrítico expediente da atribuição da eficácia prospectiva às decisões de inconstitucionalidade em matéria tributária qualquer ato representativo de deslealdade, ante a despropositada e inimaginável concepção que alguém seja desleal consigo mesmo.

O mesmo ocorre nos outros campos do Direito, tendo em vista que é ignóbil se cogitar que alguém seria conivente com uma norma inconstitucional que possui sua eficácia limitada para que prejudique a si mesmo, tolhendo-lhe, inclusive, direitos constitucionalmente garantidos.

⁵⁴ 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.

⁵⁵ Além de Ives Gandra da Silva Martins, cita-se Humberto Ávila, Ana Paula Ávila, dentre outros que oportunamente serão citados ao decorrer do trabalho.

O Superior Tribunal Federal, ao julgar a ADI nº 2.010-MC⁵⁶, consignou ementa, que neste particular se mostra irretocável, a saber:

RAZÕES DE ESTADO NÃO PODEM SER INVOCADAS PARA LEGITIMAR O DESRESPEITO À SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

- A invocação das razões de Estado - além de deslegitimar-se como fundamento idôneo de justificação de medidas legislativas - representa, por efeito das gravíssimas conseqüências provocadas por seu eventual acolhimento, uma ameaça inadmissível às liberdades públicas, à supremacia da ordem constitucional e aos valores democráticos que a informam, culminando por introduzir, no sistema de direito positivo, um preocupante fator de ruptura e de desestabilização político-jurídica.

Nada compensa a ruptura da ordem constitucional. Nada recompõe os gravíssimos efeitos que derivam do gesto de infidelidade ao texto da Lei Fundamental.

A defesa da Constituição não se expõe, nem deve submeter-se, a qualquer juízo de oportunidade ou de conveniência, muito menos a avaliações discricionárias fundadas em razões de pragmatismo governamental. A relação do Poder e de seus agentes, com a Constituição, há de ser, necessariamente, uma relação de respeito.

Se, em determinado momento histórico, circunstâncias de fato ou de direito reclamarem a alteração da Constituição, em ordem a conferir-lhe um sentido de maior contemporaneidade, para ajustá-la, desse modo, às novas exigências ditadas por necessidades políticas, sociais ou econômicas, impor-se-á a prévia modificação do texto da Lei Fundamental, com estrita observância das limitações e do processo de reforma estabelecidos na própria Carta Política.

A DEFESA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA REPRESENTA O ENCARGO MAIS RELEVANTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

- O Supremo Tribunal Federal - que é o guardião da Constituição, por expressa delegação do Poder Constituinte - não pode renunciar ao exercício desse encargo, pois, se a Suprema Corte falhar no desempenho da gravíssima atribuição que lhe foi outorgada, a integridade do sistema político, a proteção das liberdades públicas, a estabilidade do ordenamento normativo do Estado, a segurança das relações jurídicas e a legitimidade das instituições da República restarão profundamente comprometidas.

O inaceitável desprezo pela Constituição não pode converter-se em prática governamental consentida. Ao menos, enquanto houver um Poder Judiciário independente e consciente de sua alta responsabilidade política, social e jurídico-institucional.

De se ver, o Estado cria o ato normativo inconstitucional, o Estado aplica a regra inconstitucional e o Estado ainda julga a constitucionalidade deste ato, restando evidente que não há como se alegar segurança jurídica, interesse social ou qualquer outra motivação constitucional por parte do Estado, uma vez que não se pode deixar o cidadão desamparado de proteção constitucional em razão de desvio de competência do Estado.

A argumentação consequencialista – muitas vezes de ordem político-econômico-financeira travestido como segurança jurídica ou interesse social – em favor do Estado fere de morte princípios constitucionalmente garantidos, tais como o da segurança jurídica e da boa-fé, bem como o próprio Estado Democrático de Direito, culminando num apequenamento da Constituição.

⁵⁶ STF; ADI 2010 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 30/09/1999, DJ 12-04-2002 PP-00051 EMENT VOL-02064-01 PP-00086

Tal entendimento como vem sendo utilizado pelo Supremo Tribunal Federal acaba por incentivar a “inconstitucionalidade útil”, em que o Estado emana ato, sabidamente inconstitucional, para que, com a morosidade do Poder Judiciário, depois de vários anos seja julgado inconstitucional, modulando-se os efeitos em favor do próprio Estado sob o pretexto das cláusulas abstratas, segurança jurídica ou interesse social.

A respeito do tema, adverte o professor Eduardo Junqueira Coêlho (*Apud* CAMPOS, 2014, p. 128):

[...] um direito antitético, que privilegia a desconfiança no ordenamento, a litigiosidade, a inadimplência e reiteração de práticas inconstitucionais pelos poderes Legislativo e Executivo da União, que, contando com o beneplácito da instância máxima do Judiciário, encontram-se confortáveis para cometer outras inconstitucionalidades comuns na atualidade, como criar e recriar tributos específicos para o financiamento da seguridade social e depois desviá-los para outras áreas.

Entender desta forma é dar salvo conduto ao Estado para agir de maneira inconstitucional, sinalizando tanto para o Poder Legislativo quanto para o Poder Executivo que possam emanar normas sem se preocupar com sua adequação à Constituição, pois na hipótese de o Supremo Tribunal Federal pronunciar sua inconstitucionalidade o máximo que poderá ocorrer é a cessação dos efeitos da norma.

Pior que isso, entender desta maneira é favorecer a má conduta da Administração, transmitindo-lhe uma mensagem de incentivo à ilegalidade e inconstitucionalidade, com vistas a tolher dos cidadãos direitos e princípios garantidos inclusive pela Constituição, privilegiando-se o Estado à custa dos particulares.

Não pode, portanto, o Estado se beneficiar de suas próprias ilicitudes.

Do direito tributário, extrai-se o raciocínio de Humberto Ávila (2012, pp. 563-564),

in verbis:

Manter os efeitos de lei tributária inconstitucional produz ainda mais um efeito devastador relativamente à insegurança do presente e do futuro. É que a alegação para se manter a validade da lei é a de que, quanto maior for a arrecadação, tanto mais os princípios serão promovidos, e, quanto maior a perda, tanto menos os princípios serão promovidos. Como as leis tributárias, na sua eficácia geral preponderante, promovem efeitos restritivos dos direitos de liberdade e de propriedade, quanto mais alta a carga tributária e, portanto, maior a arrecadação, tanto maior é a restrição dos direitos fundamentais dos contribuintes. No entanto – e aqui começa a perversão do raciocínio –, quanto maior a arrecadação, e, portanto, a restrição dos direitos fundamentais, tanto maior será a perda de arrecadação com a declaração de nulidade da lei tributária. Se a perda de arrecadação puder, então, funcionar como justificativa para manutenção da lei que a viabiliza, quanto maior for a perda arrecadatória, maiores serão as chances a lei ser mantida. Com isso, porém, estar-se-á aceitando, necessariamente, que, quanto maior for a restrição aos direitos fundamentais, maior a chance de a lei promotora da restrição ser mantida. Vale dizer: quanto maior for a inconstitucionalidade da lei, maior a chance de esta ser declarada constitucional! Aqui a licenciosidade do raciocínio se completa: quanto mais inconstitucional a lei, mais constitucional ela é.

Aceitar este tipo de argumentação é não apenas admitir que o Direito não vincula; é incentivar também a sua violação, além de brincar com a razão. É institucionalizar, em termos vulgares, o “princípio do quanto pior, melhor”. É, enfim – e considerando os propósitos deste trabalho –, fomentar a insegurança do Direito, pelo Direito, frente ao Direito e dos direitos. É, por mais paradoxal que possa parecer, aceitar, promover e incentivar a insegurança jurídica usando seu próprio nome em vão. E nenhuma decisão viola mais a Constituição que aquela que incentiva a sua própria e contínua violação. É no mínimo curioso o argumento de se manter os efeitos de lei inconstitucional, no âmbito ora discutido, por meio da alegação de que a Constituição, desse modo, será mais promovida que restringida. O uso do critério financeiro a fim de se manter efeitos passados de leis inconstitucionais é – como bem aponta Moes – incompatível com a dogmática dos direitos fundamentais.

Não há como no Direito pátrio se vislumbrar que se confira às decisões de inconstitucionalidade efeito *ex nunc* em favor do Estado, pois só legitimaria a ação inconstitucional do Estado, negando vigência a dispositivos constitucionais que asseguram os direitos fundamentais dos cidadãos.

A utilização da modulação de efeitos temporais em decisões de inconstitucionalidade já foi inclusive digna de crítica do próprio STF ao julgar o AgRg no RE nº 551.614/MG⁵⁷, assim ementado:

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL DESTINADA À SAÚDE – INCOMPATIBILIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL – PRONUNCIAMENTO JUDICIAL – EFICÁCIA PROSPECTIVA – INADEQUAÇÃO. A fixação de efeito prospectivo a decisão no sentido da glosa de tributo disciplinado em norma não compatível com a Constituição implica estímulo à edição de leis à margem da Carta da República, visando à feitura de caixa, com o enriquecimento ilícito por parte do Estado – gênero –, em detrimento dos contribuintes, que já arcam com grande carga tributária.

Dada a clareza dos argumentos, vale a transcrição de excerto do voto do relator Min. Marco Aurélio:

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

Este entendimento é o mesmo que deve ser aplicado ao controle abstrato de constitucionalidade, até porque a única limitação temporal dos efeitos que se coaduna com o

⁵⁷ STF; RE 593734 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 13/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-067 DIVULG 02-04-2012 PUBLIC 03-04-2012

Estado Democrático de Direito e o controle de constitucionalidade em geral é aquela que tem por fim assegurar a preservação dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Nesse sentido, Ana Paula Ávila (2009, p. 151) leciona o seguinte:

Questão interessante é responder se o Estado pode também invocar a segurança jurídica, nesse mesmo aspecto, para a manutenção de situação em que a lei inconstitucional tenha gerado em seu benefício. A resposta é não, taxativamente, não, por diversas razões. Primeiro, porque, se esse benefício se deu em detrimento de direitos fundamentais do indivíduo já se concluiu pela prevalência desses em caso de conflito. Segundo, porque a segurança jurídica é, também, um direito fundamental do cidadão (art. 5º, *caput*) oponível ao Estado, e o STF, na esteira do pensamento constitucional germânico, tem confirmado o entendimento de que os direitos fundamentais aproveitam aos cidadãos e, não, ao Estado.

A modulação temporal dos efeitos em favor do Estado significa que o STF está respaldando um ato ilícito do próprio Estado. De se ver, via de regra, a ilicitude é a ação ou omissão em desconformidade com a legislação vigente, de modo que a inconstitucionalidade, por óbvio, configura-se a ilicitude de maior gravidade.

Sendo assim, caso fosse dada esta possibilidade, prejudicadas estariam as relações jurídicas concretizadas sob a égide da norma inconstitucional, violando a boa-fé objetiva (confiança, garantia e segurança) dos cidadãos, inerente ao Estado Democrático de Direito, bem como os princípios elencados no art. 37 da CRFB/1988⁵⁸, cujos vinculam o Poder Público.

Exatamente por tais razões sucede que o dispositivo em comento acaba por ser contraproducente, uma vez que fere o princípio que tinha por fim salvaguardar, qual seja, o da segurança jurídica.

Cumprе salientar que ao se falar em excepcional interesse social não se está a falar de interesse próprio do Estado, como vem sendo utilizado, mas sim está se falando, em verdade, em interesses coletivos, de maneira que a decisão cause comoção social, garantindo a plenitude dos direitos fundamentais.

É necessário, portanto, que o Supremo Tribunal Federal defina se utilizará o instituto da modulação temporal dos efeitos como instrumento de proteção dos direitos fundamentais, próprio do controle de constitucionalidade, ou se continuará a empregá-lo a interesses específicos do Estado.

Não há como chegar a conclusão diversa, modular os efeitos da pronúncia de constitucionalidade em favor do Estado é o mesmo que reduzir o Supremo Tribunal Federal ao papel de curador de um Estado que se mostra incapaz.

⁵⁸ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)

Em perspectiva ainda pior, expõe Marcelo Hugo de Oliveira Campos (2014, p. 127):

[...] cumpre lembrar que a função institucional do Supremo Tribunal Federal é a guarda da constituição e seus princípios, completando, ao lado dos Poderes Executivo e Legislativo, o exercício seguro e controlado dos Poderes do Estado. É esse, pois, o modelo de Estado Democrático de Direito que aqui se deve buscar. Acaso seja delegado ao Poder Judiciário servir de segunda instância de governo, chancelando as mais latentes inconstitucionalidades, ter-se-á a morte de um Estado de Direito e a ressurreição do vetusto Poder Moderador. É transformar aquele que deveria ser o protetor maior da constitucionalidade no protetor maior da inconstitucionalidade.

Desta maneira, permitir a produção de efeitos em prejuízo dos cidadãos é convalidar a suspensão de direitos fundamentais durante determinado período, remontando-nos aos períodos mais perversos da história.

Ademais, há inconstitucionalidade material no que toca à previsão de quórum de dois terços dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

A Constituição previu o quórum necessário para a declaração invalidante da norma, a saber:

Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

A eficácia da norma constitui seu âmbito de validade temporal, sendo este indissociável da norma invalidante, ou seja, julgar a aplicação dos efeitos temporais aplicados à decisão significa analisar a abrangência da validade temporal desta decisão.

Desta feita, não competia – e não compete – ao legislador ordinário a tarefa de ampliar ou reduzir esse quórum, uma vez que a abrangência temporal é inerente da norma invalidante.

Vale dizer, não pode o legislador ordinário separar o quórum para a limitação temporal dos efeitos do quórum previsto constitucionalmente para a declaração da constitucionalidade, tendo em vista que os efeitos temporais são inerentes ao âmbito de validade da própria declaração.

Não fosse assim, convalidar-se-ia o absurdo entendimento de que um órgão seria competente para a declaração e outro para a aplicação dos efeitos temporais.

Conclui-se, desta maneira, que independente do prisma que se olhe, o art. 27 da Lei nº 9.868/1999 está eivado pela inconstitucionalidade, quer formal quer materialmente, razão pela qual deve ser expurgado do ordenamento jurídico, não podendo servir de fundamento para a fixação de efeitos das decisões de inconstitucionalidade.

Ademais, como se demonstrará a seguir, a própria Constituição tratou de prover a solução da problemática da modulação temporal dos efeitos, qual seja, o princípio de proporcionalidade ou da proibição do excesso, que se desdobra em três subprincípios, quais sejam, o princípio da conformidade ou adequação dos meios, princípio da exigibilidade ou da necessidade e o princípio da proporcionalidade *stricto sensu*.

3.2. A modulação temporal dos efeitos e seu fundamento constitucional

Superada a questão da inconstitucionalidade do art. 27 da Lei nº 9.868/1999, quer formalmente quer materialmente, cumpre analisar a modulação temporal dos efeitos sob a luz da Constituição.

Conforme já demonstrado, a possibilidade de limitação temporal dos efeitos surge em virtude da verificação de que a nulidade da norma inconstitucional poderia causar efeitos práticos perniciosos e gravosos às relações jurídicas ocorridas sob a égide daquela, à segurança, à boa-fé de pessoas afetadas direta ou indiretamente com o ato viciado declarado inconstitucional e à própria Constituição, maiores do que a própria eliminação da norma do ordenamento jurídico.

Sobre a possibilidade de manutenção de certos efeitos de atos jurídicos nulos, Caio Mário da Silva Pereira (1996, p. 444) avalia que:

O ato nulo de pleno direito é frustrado nos seus resultados, nenhum efeito produzido: 'quod nullum est nullum producit effectum'. Quando se diz, contudo, que é destituído de efeitos, quer-se referir aos que normalmente lhe pertencem, pois que às vezes algumas consequências dele emanam, como é o caso do casamento putativo; outras vezes, há efeitos indiretos, como se dá com o negócio jurídico translatício do domínio, que, anulado, é inábil à sua transmissão, mas vale não obstante como causa justificativa da posse; outras vezes, ainda, ocorre o aproveitamento do ato para outro fim, com *e.g.*, a nulidade do instrumento que deixa subsistir a obrigação. Em outros casos, o ato nulo produz alguns efeitos do válido, como é, no direito processual, a citação nula por incompetência do juiz, que é apta a interromper a prescrição e constituir o devedor em mora, tal qual a válida.

O mesmo raciocínio deve ser aplicado às decisões de inconstitucionalidade. Não é porque se declarou nulo determinado ato legislativo que os efeitos desse ato não podem ser considerados pelo juiz. O ato é nulo porque é inadmissível sua permanência no ordenamento constitucional e, na medida do possível, todas as consequências ilicitamente produzidas devem ser corrigidas, desde, claro, que a solução para os efeitos gerados pelo ato nulo não seja mais prejudicial à sociedade civil do que este último.

A nulidade de um ato normativo inconstitucional é decorrência da incongruência lógica da norma não compatível com o sistema constitucional, não é uma sanção. A sanção será as consequências geradas por essa nulidade que, no procedimento em análise, são os efeitos da sentença a ser analisados. Assim, existe a possibilidade de que um texto normativo declarado inconstitucional, nulo perante o ordenamento jurídico, em situações excepcionais possa ter seus efeitos reconhecidos como eficazes por determinado período de tempo, com a finalidade de preservar maiores danos à segurança das relações sociais e à própria Constituição.

Conferir irrestritamente eficácia *ex tunc* às pronúncias de inconstitucionalidade, sem qualquer limitação, quer em controle concentrado quer na via difusa, produziria efeitos contraproducentes com a Constituição e o próprio Estado Democrático de Direito.

Não há como se ignorar que a norma inconstitucional produz efeitos no plano normado – no mundo dos fatos – enquanto não extirpada do ordenamento jurídico por meio de decisão de inconstitucionalidade.

Reduzir a produção de efeitos de uma norma inconstitucional à aplicação da teoria da nulidade seria o mesmo que confessar que a norma, enquanto não declarada sua inconstitucionalidade, e portanto presumida sua constitucionalidade, não cria direitos e nem gera obrigações.

A modulação temporal dos efeitos está implicitamente prevista na Constituição, tendo em vista que ela consiste na mitigação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade sempre que esta declaração resulte em situação ainda mais afastada da vontade constitucional, fundada principalmente nos princípios constitucionais da segurança jurídica, da proteção e da boa-fé, ponderados frente à estabilidade das relações jurídicas.

A própria Constituição tratou de prover o meio correto para a aplicação da modulação temporal dos efeitos, qual seja, o princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso, que se desdobra em três subprincípios, o princípio da conformidade ou adequação dos meios, princípio da exigibilidade ou da necessidade e o princípio da proporcionalidade *stricto sensu*.

O princípio da segurança jurídica se fundamenta na garantia de estabilidade e certeza das relações jurídicas realizadas num dado ordenamento jurídico, permitindo plena ciência aos indivíduos acerca dos efeitos de suas condutas, resguardando-se de eventual futura alteração legislativa.

Ela – a segurança jurídica – sustenta a estabilidade social frente às constantes alterações efetuadas no direito, com vistas a garantir um Estado uniforme e sustentável do ponto

de vista jurídico, estando diretamente relacionada à garantia geral de direitos resguardados constitucionalmente.

Sendo assim, tem-se que a segurança jurídica é um instrumento próprio e eficaz para a garantia da estabilidade do ordenamento jurídico, pois, resguarda os efeitos já produzidos durante a sua vigência, com a possibilidade de regulamentação dos efeitos pendentes de atos praticados durante a vigência da norma inconstitucional.

Até mesmo porque o princípio da segurança jurídica é o mínimo de previsibilidade necessária que um Estado Democrático de Direito deve garantir aos indivíduos, acerca das normas jurídicas válidas e eficazes.

Neste sentido, faz-se necessário trazer à colação ementa da ACO 79⁵⁹, importante precedente do STF, que foi a causa mais antiga analisada pela Corte, a saber:

ATO ADMINISTRATIVO. Terras públicas estaduais. Concessão de domínio para fins de colonização. Área superiores a dez mil hectares. Falta de autorização prévia do Senado Federal. Ofensa ao art. 156, § 2º, da Constituição Federal de 1946, incidente à data dos negócios jurídicos translativos de domínio. Inconstitucionalidade reconhecida. Nulidade não pronunciada. Atos celebrados há 53 anos. Boa-fé e confiança legítima dos adquirentes de lotes. Colonização que implicou, ao longo do tempo, criação de cidades, fixação de famílias, construção de hospitais, estradas, aeroportos, residências, estabelecimentos comerciais, industriais e de serviços, etc.. Situação factual consolidada. Impossibilidade jurídica de anulação dos negócios, diante das consequências desastrosas que, do ponto de vista pessoal e socioeconômico, acarretaria. Aplicação dos princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança legítima, como resultado da ponderação de valores constitucionais. Ação julgada improcedente, perante a singularidade do caso. Votos vencidos. Sob pena de ofensa aos princípios constitucionais da segurança jurídica e da proteção à confiança legítima, não podem ser anuladas, meio século depois, por falta de necessária autorização prévia do Legislativo, concessões de domínio de terras públicas, celebradas para fins de colonização, quando esta, sob absoluta boa-fé e convicção de validade dos negócios por parte dos adquirentes e sucessores, se consolidou, ao longo do tempo, com criação de cidades, fixação de famílias, construção de hospitais, estradas, aeroportos, residências, estabelecimentos comerciais, industriais e de serviços, etc..

No caso em questão, houve a declaração de inconstitucionalidade da alienação das terras, pela via de concessão de domínio, sem prévia autorização legislativa, ponderando-se que a situação de fato da área se tornou irreversível. Desta maneira, houve a convalidação da operação, ainda que inconstitucional, em virtude do princípio da segurança jurídica, até porque as terras foram repassadas pelo estado a colonos, na presunção da boa-fé.

⁵⁹ STF; ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-103 DIVULG 25-05-2012 PUBLIC 28-05-2012, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-103 DIVULG 25-05-2012 PUBLIC 28-05-2012 RTJ VOL-00110-02 PP-00448

Diante do exposto, tem-se que a segurança jurídica, prevista nos inconstitucionais arts. 27 da Lei nº 9.868/1999 e 11 da Lei nº 9.882/1999, deve ser analisada como garantia da estabilidade das relações jurídicas.

A respeito do tema, Daniel Sarmiento (2001, pp. 11 e 31) afirma:

De fato, é possível que uma norma legal se revele incompatível com a Constituição, mas que a sua supressão do universo jurídico, sobretudo quando realizada de forma retroativa, cause danos mais lesivos aos interesses e valores abrigados na ordem constitucional, do que a sua manutenção provisória.

Não é possível desconstituir as relações jurídicas que se formaram com base na norma que posteriormente foi declarada inconstitucional, pois iria se ignorar a boa-fé daqueles que a cumpriram como se constitucional fosse.

Ademais, o próprio controle de constitucionalidade serve para afastar os abusos perpetrados pelo Estado que possam eventualmente atingir os direitos fundamentais dos cidadãos⁶⁰, servindo como fiscalizador e limitador do poder legiferante.

Admitir-se que a pronúncia de inconstitucionalidade sempre retroaja, desconstituindo as relações jurídicas concretizadas sob a égide da norma eivada pela inconstitucionalidade é negar a finalidade do controle de constitucionalidade e, em *ultima ratio*, à própria Constituição.

Sendo cabível, e muitas vezes necessária, a modulação temporal dos efeitos, aplicando-se efeitos *ex nunc* ou *pro futuro*, cumpre salientar que tal previsão não é limitada ao controle concentrado de constitucionalidade, devendo-se aplicar, de acordo com o caso, também tal instituto na via difusa.

Sobre a aplicação de modulação de efeitos temporais, bem esclarece Soraya Gasparetto Lunardi (2010, p. 161) que se trata:

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

⁶⁰ Sobre o sistema de direito fundamentais, recomenda-se José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra (Portugal) : Livraria Almedina, 2003, pp. 248-249, em que expõe a teoria de cinco-componentes de Podlech.

Assim sendo, é certo que mesmo antes da vigência do art. 27 da Lei nº 9.868/1999, poderia o Supremo Tribunal Federal ou qualquer Tribunal declarar, com efeito *ex nunc* ou *pro futuro*, a inconstitucionalidade de ato normativo.

A decisão que prime pela justiça deve observar criteriosamente os princípios e garantias constitucionais, em especial a segurança jurídica, a proporcionalidade, a boa-fé dos indivíduos e a presunção de constitucionalidade das leis.

Destarte, tem-se que uma Constituição deve manter sua supremacia, com a declaração da inconstitucionalidade das normas que com ela conflitem. Entretanto, ela também deve possuir mecanismos para preservar a confiança depositada no ordenamento jurídico, protegendo o direito daqueles que, de boa-fé, realizaram atos jurídicos durante sua vigência, razão pela qual é de extrema importância a utilização do princípio de segurança, com razoabilidade e ponderação, em busca da finalidade última que é a justiça.

Desta maneira, resta evidente a possibilidade de modulação temporal dos efeitos, cabendo agora explicitar quando e de que maneira este instituto deve ser aplicado.

3.3. Da possibilidade de modulação temporal dos efeitos

O direito, como fenômeno social, é o objeto mediato da interpretação jurídica, sendo imperioso ao intérprete levar em conta o contexto social de modo a dar à sua decisão maior efetividade.

Importante questão relativa aos efeitos da decisão de inconstitucionalidade é quando o ato normativo viciado introduzia direitos ou benefícios aos cidadãos.

Desde logo se faz necessário afirmar que a análise desta questão é bem diversa daquela já examinada, quando os efeitos favoreciam ao Estado, que editou o ato normativo em questão.

A jurisdição constitucional e o controle de constitucionalidade são garantias dos direitos fundamentais, do exercício da autonomia pública dos indivíduos e garantidor do Estado Democrático de Direito, ao passo que busca manter um ordenamento jurídico harmônico.

Em aprofundado estudo sobre os fundamentos da modulação de efeitos no controle de constitucionalidade, Humberto Ávila (2012, pp. 544-586), afirma que a modulação não pode ser invocada em benefício do Estado, mas tão somente do indivíduo ou da sociedade.

A questão da eficácia temporal da decisão de inconstitucionalidade de determinada norma é um problema da teoria do direito, pois depende intimamente da teoria adotada, se a de que a lei inconstitucional é nula ou anulável.

A teoria da nulidade, adotada pelo Brasil, é a que melhor se coaduna com o princípio da supremacia da Constituição, sendo necessário, contudo, a utilização de ponderação em cada caso concreto, de modo que seus efeitos não sejam tão devastadores quanto o ato normativo inconstitucional, atribuindo-se efeito *ex nunc* ou *pro futuro*.

Importante manifestação nesse sentido é a de Carlos Roberto Siqueira Castro (1997, pp. 32-39):

De tudo se permite concluir que a tendência hodierna aponta no sentido da atribuição de operatividade prospectiva, ou *ex nunc*, às decisões das Cortes dotadas de jurisdição constitucional que proclama a invalidade das leis. Tal se dá, na generalidade dos exemplos recolhidos, mediante a adoção, *tout court*, do efeito *pro futuro* ou, então, através da outorga de discricção jurisdicional, a fim de que o Tribunal competente, sopesando prudentemente a natureza da lei invalidada e o conjunto das circunstâncias constituídas à sua sombra, fixe, caso a caso, a direção e a amplitude dos efeitos temporais da decisão.

[...]

[...] Ao STF de nosso país, mercê de suas mais relíquias tradições de sabedoria constitucional, caberá abrir ensanchas para a perspectiva de alguma forma de expressão prospectiva de seus julgados na via da ação direta de inconstitucionalidade, segundo os meios que julgar mais consentâneos a tal mister. Tudo, é claro, com o alto propósito de – a um só tempo – afirmar a superioridade das normas e princípios da Constituição e salvaguardar a segurança das relações jurídicas que mereçam estar protegidas em face dos julgamentos proferidos no âmbito da jurisdição constitucional.

Tendo em vista a omissão de forma explícita por parte do constituinte originário, a questão da limitação temporal das decisões de inconstitucionalidade cabe ao Poder Judiciário, dada a incompetência do legislador infraconstitucional, devendo ser utilizado tal instituto de acordo com o caso concreto, de maneira que os efeitos da pronúncia não sejam tão prejudiciais quanto a expurgação da norma declarada inconstitucional.

Até mesmo porque não há como, de antemão, prever qual será efetivamente o efeito da decisão do controle de constitucionalidade, devendo-se analisar caso a caso para que se possa constatar qual efeito produzirá um melhor respeito às garantias constitucionais e à ordem jurídica.

No Direito há o princípio da presunção de constitucionalidade das leis, sem o qual seria impossível a convivência em sociedade, na medida em que os atos estatais se apoiam em

um critério de legitimidade racional, sendo que a norma, até que não seja declarada incompatível com a Constituição, é lei – não se presume lei – para todos os efeitos.

Sendo assim, a edição de uma determinada norma, presumidamente constitucional, que beneficia os cidadãos e, posteriormente, é julgada inconstitucional, devendo ser retirado do ordenamento jurídico como se nunca tivesse existido, poderia implicar efeitos perniciosos, como, por exemplo, uma lei que descriminaliza algum tipo penal e posteriormente é verificada a sua inconstitucionalidade.

Desta maneira, verifica-se a necessidade de se limitar os efeitos temporais da pronúncia de inconstitucionalidade, para *ex nunc* ou *pro futuro*, principalmente nos casos em que os efeitos da extirpação da norma inconstitucional com efeitos *ex tunc* são mais graves do que a própria inconstitucionalidade.

Com a possibilidade da modulação dos efeitos nasce a ideia de se ponderar o princípio da supremacia da Constituição com outros princípios e direitos fundamentais afetados pela pronúncia de inconstitucionalidade.

Entretanto, como bem explica Luís Roberto Barroso (2012, p. 239), contrariamente ao que possa parecer à primeira vista, não se trata de uma ponderação entre a segurança jurídica e/ou o interesse social e o princípio da supremacia da Constituição. Este, por ser fundamento da própria existência do controle de constitucionalidade e, por corolário, do Estado de Direito, jamais poderia ser ponderado ou afastado sem que restasse comprometida a ordem e a unidade do sistema jurídico vigente.

Para o mesmo autor (2012, pp. 239-240), o que se faz, em verdade, ao se modular os efeitos das decisões quanto à inconstitucionalidade de uma norma, consiste na ponderação entre a norma violada e as normas constitucionais que protegem os efeitos produzidos pela lei inconstitucional.

Verifica-se, portanto, que a fonte primordial desta modulação não é a previsão legal, até porque inconstitucional, mas sim essa atividade de ponderação no sentido de amenizar os efeitos porventura mais nocivos do que a própria retirada da norma inconstitucional do ordenamento jurídico, de modo que esta técnica possa, e deva, ser aplicada também no controle difuso de constitucionalidade.

Neste sentido é o entendimento de Luís Roberto Barroso (2012, p. 153):

Como já assinalado anteriormente, o Supremo Tribunal Federal tem precedentes, alguns relativamente antigos, nos quais, em controle incidental, deixou de dar efeitos retroativos à decisão de inconstitucionalidade, como consequência da ponderação

com outros valores e bens jurídicos que seriam afetados [...]. Nos últimos anos, multiplicaram-se estes casos de modulação dos efeitos temporais, por vezes com a invocação analógica do art. 27 da Lei n. 9.868/99 e outras vezes sem referência a ele. Aliás, a rigor técnico, a possibilidade de ponderar valores e bens jurídicos constitucionais não depende de previsão legal.

Bem como de Gilmar Mendes (2004, p. 345):

Desse modo, não há que se falar em incompatibilidade entre a fiscalização difusa e a modulação de efeitos. Isso porque a limitação de efeitos apresenta base constitucional, porquanto reclama a ponderação de interesses entre o princípio da nulidade e o da segurança jurídica, ambos constitucionalmente assegurados, o que propõe a sua utilização no modelo de jurisdição constitucional em sua totalidade (MENDES, 2004). Ora, a segurança jurídica, principal mote da mitigação de efeitos, deve ser resguardada em ambos os modelos de controle de constitucionalidade; logo, não permitir a utilização dessa técnica em sede de fiscalização incidental é desconsiderar a existência em nosso país de um controle misto de constitucionalidade. Portanto, embora autônomos, não se deve olvidar a crescente intersecção que se tem verificado ultimamente entre os controles concentrado e difuso no Brasil.

Fábio Martins de Andrade (2011), sobre a possibilidade de modulação dos efeitos em matéria tributária no Brasil, estabelece um panorama internacional em torno da experiência jurídica de surgimento da doutrina prospectiva. Ao passar pelo Tribunal Constitucional alemão, a Suprema Corte americana e as Cortes Constitucionais de Portugal e da Espanha, relata que sua aplicação se vincula, desde seu nascedouro, à afirmação de direitos do cidadão.

A pronúncia de inconstitucionalidade com efeito *ex tunc*, em muitos dos casos, desconstituiria relações jurídicas que se realizaram, com base na boa-fé objetiva, de acordo com a norma maculada, enquanto não declarada inconstitucional. De modo que as consequências advindas seriam das mais perversas.

Aqui se produziria situações em que a supressão da norma se manifestaria mais inconstitucional, ou em melhor dizer, mais afastada da vontade da Constituição e são nestes casos em que a manipulação temporal dos efeitos da pronúncia devem ser aplicados.

Como argumento político, Jorge Miranda (2003, pp. 44-45), afirma que:

A limitação dos limites da inconstitucionalidade ou, mais do que dos efeitos, da própria inconstitucionalidade resulta da conveniência de temperar o rigor das decisões, adequando-as às situações da vida, em nome de outros princípios e interesses constitucionalmente protegidos.

Envolve, pois, uma tarefa de harmonização e concordância prática. E acaba (por paradoxal que pareça *prima facie*) por servir de instrumento de garantia, porque se ela se não operasse, poderiam os órgãos de fiscalização, para evitar consequências demasiado gravosas, vir a não decidir pela inconstitucionalidade.

É imprescindível, contudo, para a modulação dos efeitos, que a decisão tenha o objetivo de resguardar valores constitucionais, que se mostrem como de maior relevância que o próprio princípio da nulidade das normas inconstitucionais.

A razão para a aplicação de efeitos *ex nunc* ou *pro futuro* não é outra, senão a necessidade de preservação de valores constitucionais que seriam atingidos e refletiriam um prejuízo maior do que se a norma eivada pela inconstitucionalidade fosse retirada do ordenamento jurídico, retroativamente, desde sua edição.

Todavia, a limitação temporal dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade deve ser concedida de forma criteriosa, de acordo com o caso concreto, devendo a motivação ser explícita e bem justificada, a fim de evitar uma possível e provável banalização.

Como afirmado no item 3.1, a modulação temporal dos efeitos não pode ser utilizada de maneira desregrada (discricionária, arbitrária, casuística), uma vez que se trata de decisão judicial e, logo, requer fundamentação idônea, atendendo-se ao prescrito no art. 93, IX, da CRFB/1988⁶¹.

Sendo assim, trata-se de decisão que deve obrigatoriamente se submeter ao disposto pelo artigo supracitado, razão pela qual cabe ao STF expor exhaustivamente quais os fundamentos que legitimam a modulação temporal de efeitos.

A motivação, portanto, demonstra-se essencial na limitação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, uma vez que será privilegiado valores e princípios constitucionais em detrimento do princípio da nulidade da norma inconstitucional, para que a decisão não promova efeitos mais gravosos que a própria retirada da norma inconstitucional desde a sua edição.

A manipulação temporal dos efeitos pode, muitas das vezes, ser a melhor, senão a única, solução para determinado caso de pronúncia de inconstitucionalidade, devendo-se operar sempre em favor dos cidadãos, como forma de garantia da segurança jurídica, gerando, assim, a previsibilidade e a estabilidade das relações jurídicas, todos princípios inerentes ao direito.

Nos termos do ensinamento de Clèmerson Merlin Clève (2000, pp. 249-250):

Quanto aos atos praticados sob a égide do ato normativo nulificado, a estes cumpre verificar caso a caso se merecem ou não sofrer desconstituição. O que importa em dizer que as situações jurídicas de vantagem consolidadas diante da incidência da lei inconstitucional não são desconstituídas imediatamente em face da decisão do Supremo Tribunal Federal. Esta, operando no plano abstrato, não interfere diretamente no seio das relações jurídicas concretas. Sim, porque se trata de decisão

⁶¹ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

(...)

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (...)

declaratória de inconstitucionalidade de ato normativo, e não constitutiva-negativa das relações...

Acerca do tema, afirma Gustavo Binbenbom (2001, pp. 180-181):

[...] deve ser encarada como medida excepcional – jamais como regra –, utilizável apenas para a preservação de outros valores e princípios constitucionais que seriam colocados em risco pela pronúncia da nulidade da lei inconstitucional. A aplicação do novo dispositivo está, assim, necessariamente condicionada pelo princípio da razoabilidade ou proporcionalidade.

Sobre a utilização da limitação temporal dos efeitos, acertadamente afirma Fábio Martins de Andrade (2010, p. 42):

A modulação deve ser utilizada com parcimônia na grande maioria dos casos. Constitui exceção ao princípio da nulidade absoluta da lei inconstitucional. Deve, outrossim, ser sempre utilizada em favor dos cidadãos que tenham agido com base na confiança legítima e na boa-fé, a que defluem da segurança jurídica que, por sua vez, decorre do Estado Democrático de Direito. A modulação temporal não pode, em nenhuma hipótese, agravar a situação dos cidadãos, especialmente em casos que resultam da inércia do Poder Público (demora de legislar e morosidade na prestação jurisdicional).

Por força do inciso II do art. 5º da Constituição Federal, pressupõe-se a validade e constitucionalidade das leis publicadas.

Desta maneira, ninguém pode ser penalizado por agir conforme as leis ou atos normativos publicados, ainda que sejam posteriormente julgados inconstitucionais, uma vez que tal comportamento é corolário dos princípios da confiança legítima, da boa-fé e da lealdade.

O mesmo não pode ser arguido pelo Estado, tendo em vista que é o responsável pela emanção das leis e atos normativos, inclusive com controle preventivo de constitucionalidade. Tal possibilidade seria o mesmo que alegar a sua própria torpeza.

As decisões – que não são poucas – que convalidam a modulação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade em favor do Estado causam a destruição do próprio direito, abalando a confiança depositada pelos cidadãos, mostrando-se contraproducente por gerar, na verdade, violação ao princípio da segurança jurídica, estimulando, de certo modo, o desrespeito às leis e atos normativos.

A restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade fornece ao intérprete da Constituição alternativa válida àqueles casos em que, mesmo diante de norma evidentemente inconstitucional, eventual nulificação viria a aprofundar a situação de inconstitucionalidade e afastar-se, ainda mais, dos comandos constitucionais.

Com efeito, despojados de uma técnica que ensinasse o gerenciamento dos efeitos de decisões dessa natureza, os Tribunais Constitucionais, atentos à sua responsabilidade sócio-institucional, deixariam de proclamar juízos de inconstitucionalidade em função da drasticidade de suas consequências fáticas (MARTINS; MENDES, 2009, p. 435), compactuando com situações de evidente anormalidade no interior do sistema normativo.

Conforme exposto, pela construção histórica da afirmação dos direitos burgueses e da formação do Estado Democrático de Direito que fez surgir o instituto da modulação dos efeitos da declaração no controle de constitucionalidade, o princípio da proteção da confiança e da irretroatividade são direitos fundamentais dos indivíduos e, como tais, são passíveis de serem reivindicados por estes em contraposição aos Poderes estatais, razão pela qual não se vislumbra a possibilidade de beneficiar a própria Administração Pública.

Em semelhante sentido, mas delimitando o tema com relação à alteração jurisprudencial, temos a lição de Misabel Derzi (2009, pp. 604-605):

[...] O princípio da proteção da confiança e da irretroatividade são princípios e direitos fundamentais individuais, que somente o privado pode reivindicar, em contraposição à Administração Pública, ao Poder Legislativo e Poder Judiciário, quando os Poderes do Estado criam o fato gerador da confiança. Essa a razão da sua invocação apenas em presença da modificação jurisprudencial em detrimento do contribuinte.

A autora (2009, p. 605) afirma também que os princípios da proteção da confiança, da boa-fé objetiva e da irretroatividade, todos complementares, são verdadeiras limitações ao poder de tributar, apresentando-se como expressão da segurança jurídica. Ademais, e como justificativa desta constatação, menciona a circunstância de que a relação de dependência – obrigação – do cidadão em face do Estado, notadamente em seus atos de intervenção e regulação, não encontra correspondente sob a ótica do Estado, que certamente possui recursos muito mais amplos e abrangentes para se prevenir de eventual declaração de inconstitucionalidade de ato próprio.

E é neste contexto que a autora (2009, p. 606) resgata as lições de Niklas Luhmann para constatar que todo aquele que se encontra em posição soberana em relação aos fatos e acontecimentos não possui qualquer confiança a ser protegida, já que ele mesmo, no caso, o Estado, tem o total domínio sobre os atos praticados por seus três Poderes.

Acerca do tema, Ana Paula Ávila (2009, pp. 151-152) acertadamente pontua:

Questão interessante é responder se o Estado pode também invocar a segurança jurídica, nesse mesmo aspecto, para a manutenção de situações em que a lei inconstitucional tenha gerado em seu benefício. A resposta é não, taxativamente não, por diversas razões.

Primeiro, porque se esse benefício se deu em detrimento de direitos fundamentais do indivíduo, já se conclui pela prevalência desses em caso de conflito. Segundo, porque

a segurança jurídica é, também, um direito fundamental do cidadão (art. 5º, caput) oponível ao Estado, e o Supremo Tribunal Federal, na esteira do pensamento constitucional germânico, tem confirmado o entendimento de que os direitos fundamentais aproveitam aos cidadãos e, não, ao Estado. E terceiro, porque uma análise mais aprofundada de alguns aspectos do princípio da boa-fé, que, por aqui, tem servido para complementar a segurança jurídica no sentido de proteção da confiança, jamais autorizaria que o autor de um ato inválido pudesse lograr proveito através dele.

Contudo, com a modulação temporal dos efeitos, não se defende que o Poder Judiciário estará conferindo validade ou sobrevida (transitória e pontual) às normas ou atos julgados inconstitucionais, mas estará apenas preservando, com fundamento em razões superiores – princípios e direitos constitucionalmente garantidos –, as situações que ocorreram na vigência da norma inquinada e se entenda que não se devem ou não se possam mais ser desfeitas.

Trata-se de efeito semelhante ao que ocorre no caso das medidas provisórias não convertidas em lei no prazo de 60 dias – prorrogável uma única vez por igual período –, sendo que o constituinte delegou ao Congresso Nacional o dever de disciplinar as situações jurídicas que se perfectibilizaram neste período, uma vez que a eficácia de tais medidas é nula desde sua edição, mas seus efeitos não podem ser ignorados (art. 62 da CRFB/1988⁶²).

O Poder Judiciário não deveria apenas ser autorizado, mas inclusive obrigado a ponderar as suas decisões, levando-se em consideração as possíveis consequências que irão acarretar.

Desta maneira, restaria verificado se um possível resultado de inconstitucionalidade acabaria por implicar numa decisão manifestamente injusta ou se iria lesar interesses constitucionalmente protegidos dos cidadãos.

Nas palavras do ilustre Min. Luís Roberto Barroso (2012, pp. 239-240), repete-se:

O que o Supremo Tribunal Federal poderá fazer ao dosar os efeitos retroativos da decisão é uma ponderação entre a norma violada e as normas constitucionais que protegem os efeitos produzidos pela lei inconstitucional. Como, por exemplo: boa-fé, moralidade, coisa julgada, irredutibilidade dos vencimentos, razoabilidade.

No mesmo sentido, afirma Georges Abboud (2011, p. 266):

Em nossa concepção, a modulação de efeitos, antes de tudo, deve ser utilizada como ferramenta em benefício dos particulares para preservação dos seus direitos

⁶² Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

(...)

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

fundamentais. Isso porque, a inconstitucionalidade plena, com efeito *ex tunc*, pode atingir situações jurídicas já consolidadas sob a égide da boa-fé, logo, a inconstitucionalidade com efeito retroativo pleno, poderia gerar diversas situações mais gravosas, o que violaria os princípios da segurança jurídica e da boa-fé.

Verifica-se, portanto, que a mitigação da teoria da nulidade das decisões de inconstitucionalidade, atribuindo-se efeito *ex nunc* ou *pro futuro*, nestes casos, representa um avanço à segurança jurídica dos cidadãos, uma vez que em certos casos se faz necessário que os atos jurídicos sejam preservados, mesmo se realizados com espreque em ato normativo julgado inconstitucional.

Acredita-se que não há como ser mais específico do que aqui defendido quanto à utilização da modulação temporal dos efeitos, premeditando-se os casos de aplicação, sob pena de se engessar algo que por sua essência é relativo, depende de cada caso, além de que se poderia olvidar de alguma hipótese em que fosse necessário a utilização deste instituto.

Destarte, a modulação temporal dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade só pode ser utilizada de acordo com cada caso, privilegiando-se os cidadãos, preservando-se, desta maneira, os valores constitucionais que seriam atingidos e refletiriam um prejuízo maior do que se a norma eivada pela inconstitucionalidade fosse retirada do ordenamento jurídico, retroativamente, desde sua edição.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não há o que se falar em “relativização” da coisa julgada, uma vez que não há como se conceber algo de absoluto neste instituto que é em sua essência relativo.

O que boa parte da doutrina quer, ao falar em “relativização” da coisa julgada, é a ampliação ou limitação de seus limites, sendo que a própria legislação processual tratou de ampliar e limitá-los.

A “coisa julgada inconstitucional” também mostra-se como uma expressão equivocadamente utilizada por grande parte dos doutrinadores, tendo em vista que é a sentença que se mostra como incompatível com a Constituição, e não a coisa julgada, de modo que a sentença violaria a Constituição antes mesmo do trânsito em julgado.

A declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, quando proferida no controle difuso de constitucionalidade, não pode ser objeto da coisa julgada, uma vez que essa declaração é incidental, podendo, no máximo, ser entendida como motivação da sentença ou mera questão prejudicial incidental, o que a exclui da estreita matéria sobre a qual paira a coisa julgada (art. 469 do CPC).

Desta maneira, estabeleceu-se que a declaração de inconstitucionalidade no controle concreto não está abrigada pelos efeitos da coisa julgada, sendo imperioso o afastamento da coisa julgada quando houver decisão do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário, uma vez que a situação, fática ou jurídica, foi alterada.

Ficou consignada ainda a inconstitucionalidade do art. 27 da Lei nº 9.868/1999, inquinada pela ofensa aos requisitos formais e materiais da Constituição, não devendo o Supremo Tribunal Federal utilizá-la para a aplicação da manipulação temporal dos efeitos.

Por toda a construção histórica brevemente apontada, averiguou-se a finalidade do controle de constitucionalidade e da modulação temporal dos efeitos, estando intimamente vinculados, desde seus nascedouros, à afirmação de direitos dos cidadãos.

A aplicação de efeitos retroativos, indistintamente, às declarações de inconstitucionalidade foi se mostrando mais perniciosa a todo o sistema do que a própria norma eivada, surgindo, para tanto, a modulação dos efeitos.

Sucedem que, aos poucos, foram vivenciadas situações, ainda que se tratasse de uma norma inconstitucional, cuja aplicação da teoria da nulidade prejudicaria mais a sociedade do que a norma corrompida, tornando sua retirada do ordenamento jurídico, desde a sua edição, algo mais afastado da vontade constitucional.

Não há como se ignorar que a norma inconstitucional produz efeitos no plano normado – no mundo dos fatos – enquanto não extirpada do ordenamento jurídico por meio da pronúncia de inconstitucionalidade.

Desta maneira, verifica-se que as teorias da anulabilidade e da nulidade da norma constitucional têm convergido para uma terceira teoria, que admite a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, com o fim de evitar que esta pronúncia cause danos maiores que os benefícios esperados com a expurgação da norma inquinada pela inconstitucionalidade.

Até porque, hodiernamente, uma decisão de inconstitucionalidade, desvinculada das peculiaridades de cada caso concreto e que não leva em conta os efeitos desta pronúncia, mostra-se uma decisão inútil, pois não acarretará uma realização de uma justiça material.

Acredita-se que o instituto da modulação está implicitamente previsto na Constituição em razão de seus princípios e direitos fundamentais (segurança jurídica, boa-fé, legalidade), tendo em vista não haver como se cogitar uma Carta Maior em que o princípio da supremacia e da nulidade da norma inconstitucional seja absoluta e que possa produzir, com isso, efeitos mais afastados dela.

Verifica-se, portanto, não só cabível como muitas vezes necessária a aplicação do instituto da modulação temporal dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade, cabendo, em razão da peculiaridade de cada caso concreto, a aplicação de efeitos *ex nunc* ou *pro futuro*, ao invés da regra geral da retroatividade.

Não obstante, a aplicação deste instituto em favor do Estado, ao invés de significar o prestígio à justiça e à segurança jurídica, acaba por produzir efeitos contrários, violando direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, bem como significando um salvo conduto ao Poder Público para que ignore a Constituição.

Entender desta maneira é favorecer a má conduta da Administração, transmitindo-lhe uma mensagem de incentivo à ilegalidade e inconstitucionalidade, com vistas a tolher dos cidadãos direitos e princípios garantidos inclusive pela Constituição, privilegiando-se o Estado à custa dos particulares.

O Estado cria a lei ou ato normativo inconstitucional, o Estado a aplica e o Estado ainda julga a constitucionalidade desta norma, restando evidente que não há como se alegar segurança jurídica, interesse social ou qualquer outra motivação constitucional por parte do Estado, tendo em vista que não se pode deixar os cidadãos desamparados de proteção constitucional em razão de desvio de competência do Estado.

Caso fosse dada esta possibilidade, prejudicadas estariam as relações jurídicas concretizadas sob a égide da norma corrompida posteriormente declarada inconstitucional,

violando a boa-fé objetiva (confiança, garantia e segurança) dos cidadãos, inerente ao Estado Democrático de Direito, bem como os princípios insculpidos no art. 37 da CRFB/1988, que vinculam o Poder Público.

Pensar de maneira diversa significa incentivar a “inconstitucionalidade útil”, em que o Estado emana ato, sabidamente inconstitucional, para que, com a morosidade do Poder Judiciário, depois de vários anos seja julgado inconstitucional, modulando-se os efeitos em favor do próprio Estado sob o pretexto das cláusulas abstratas, segurança jurídica ou interesse social.

Esta expressão, soa menos hostil do que sua verdadeira faceta, qual seja, uma temível constitucionalidade inútil.

Desta feita, a modulação temporal dos efeitos das pronúncias de inconstitucionalidade só pode ser utilizada de acordo com o caso em concreto, privilegiando-se os cidadãos, uma vez que em certos casos se faz necessário que os atos jurídicos sejam preservados, mesmo se realizados com espeque em ato normativo julgado inconstitucional.

A razão para a aplicação de efeitos *ex nunc* ou *pro futuro* não é outra, senão a necessidade de preservação de valores constitucionais que seriam atingidos e refletiriam um prejuízo maior do que se a norma eivada pela inconstitucionalidade fosse retirada do ordenamento jurídico, retroativamente, desde sua edição.

Sendo assim, a modulação temporal dos efeitos deve ser utilizada com parcimônia e sempre com motivação suficiente ao afastamento do princípio da nulidade (art. 93, IX, da CRFB/1988), uma vez que se trata evidentemente de uma exceção, devendo ser utilizada sempre em favor dos cidadãos que agiram com boa-fé, não podendo, nunca, agravar a situação destes.

Além do mais, a própria Constituição tratou de prover a solução da problemática da limitação temporal dos efeitos, qual seja, o princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso, que se desdobra em três subprincípios, o princípio da conformidade ou adequação dos meios, princípio da exigibilidade ou da necessidade e o princípio da proporcionalidade *stricto sensu*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

a) Legislação

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 03.02.2014.

_____. *Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm>. Acesso em 03.02.2014.

_____. *Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm>. Acesso em 03.02.2014.

_____. *Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006*. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei no 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11417.htm>. Acesso em 03.02.2014.

b) Excertos Doutrinários

ABBOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Modulação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade no direito tributário e vedação de enriquecimento ilícito pelo Estado*. In: Revista de direito privado. v. 13, n. 51, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2012.

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Elementos de teoria geral do processo*. 4. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1995.

ANDRADE, Fábio Martins. *Modulação em Matéria Tributária: o argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico e as decisões do STF*. São Paulo : Quartier Latin, 2011.

APPIO, Eduardo. *Controle difuso de constitucionalidade: modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada*. Curitiba : Juruá, 2009.

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

ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2012.

_____. *Sistema constitucional tributário*. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2010.

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

BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo : Saraiva, 1958.

CAMPOS, Marcelo Hugo de Oliveira. *Os efeitos das decisões do STF em matéria tributária e os argumentos consequencialistas: o perigo da legitimação de uma constitucionalidade inútil*. In: Revista dialética de direito tributário. n° 224. São Paulo : Dialética, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra (Portugal) : Livraria Almedina, 2003.

CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 29. ed. rev., ampl., e atual. até a Emenda Constitucional n. 72/2013. São Paulo : Malheiros, 2013.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição*. 20. ed., v. 1. Belo Horizonte : Del Rey, 2013.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos*. In: Revista dos Tribunais – Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. ano 5. n. 21. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997.

CASTRO, João Bosco Marcial. *O controle de constitucionalidade das leis: a legitimidade do supremo tribunal federal para modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. Porto Alegre : Núria Fabris, 2012.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de Paolo Capitanio, com anotações de Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Bookseller, 1998. v.1, p. 452.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2000.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Constitucionalidade/inconstitucionalidade: uma questão política?* In: Revista de direito administrativo. v. 221. Rio de Janeiro : Fundação Getúlio Vargas, 2000.

DERZI, Mizabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações ao poder de tributar*. São Paulo : Noeses, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 7. ed., rev., v. 1. São Paulo : Malheiros Editores, 2013.

_____. *Relativizar a coisa julgada material*. In: Revista de Processo. v. 109. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2003.

FERREIRA, Maria Elizabeth Malaquias. *Modulação dos efeitos temporais no controle jurisdicional de constitucionalidade e reflexos sobre a norma do art. 52, X, da Constituição Federal*. In: Revista de informação legislativa. v. 44, n. 173. Brasília : Senado Federal, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 37. ed., rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2011.

FISCHER, Octavio Campos. *Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no direito tributário brasileiro*. 1. ed. São Paulo : Renovar, 2004.

FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. *A inconstitucionalidade da regulamentação dos efeitos do controle de constitucionalidade em abstrato através de Lei Ordinária*. In: Revista dialética de direito tributário. n° 56. São Paulo : Dialética, 2000.

GOMES, Federici Magno; Rezende. Maiura Guilherme de. *Os princípios constitucionais do acesso à Justiça e do duplo grau de jurisdição: análise do cabimento do agravo de instrumento em mandado de segurança*. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. ano 15, n. 61. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2007.

GRETTER, Eloise Mari. *A modulação dos efeitos temporais da decisão em controle concentrado de constitucionalidade: garantia à segurança jurídica*. In: Revista da ESMESC – Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina. v. 18, n. 24. Florianópolis : ESMESC, 2011.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo : Martins Fontes, 2000.

_____. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo : Martins Fontes, 1999.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1981.

MACHADO, Hugo de Brito (coordenador). *Coisa julgada, constitucionalidade e legalidade em matéria tributária*. São Paulo : Dialética ; Fortaleza : Instituto Cearense de Estudos Tributários – ICET, 2006.

_____. *Curso de direito tributário*. 24. ed. São Paulo : Malheiros, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional : a retroatividade da decisão de (in)constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada : a questão da relativização da coisa julgada*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.869, de 10-11-1999*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30. ed., rev. e atual. até a Emenda Constitucional 71, de 29.11.2012. São Paulo : Malheiros, 2013.

MELO, José Eduardo Soares de. *Curso de direito tributário*. 8. ed. São Paulo : Dialética, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: análise das leis n^{os} 9.868/99 e 9.882/99*. In: Revista jurídica consulex. n. 101. Brasília : Consulex, 2001.

_____. *Controle de constitucionalidade: evolução na constituição de 1988*. In: Revista jurídica consulex. v. 11, n. 250. Brasília : Consulex, 2007.

_____. *Eficácia erga omnes das decisões proferidas em sede de controle abstrato no âmbito estadual*. In: Interesse público. v. 4. São Paulo : Notadez Informação, 1999.

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

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2013.

MIRANDA, Jorge. *A fiscalização da constitucionalidade – uma visão panorâmica*. In: Revista do Ministério Público. n. 27. Rio de Janeiro : Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, 2008.

_____. *Manual de Direito Constitucional*. 3. Ed. Coimbra : Coimbra Editora, 2008, t. VI: Inconstitucionalidade e garantia da Constituição.

_____. *Os tipos de decisões na fiscalização da constitucionalidade*. In: Interesse Público. ano 5, nº 18. Porto Alegre : Notadez, 2003.

MOARES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 20. ed. São Paulo : Atlas, 2006.

MOREIRA, José Carlos Alves. *Controle de constitucionalidade difuso e concentrado*. Revista Fórum Administrativo – Direito Público, 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Considerações sobre a chamada “relativização da coisa julgada material”*. In: Revista Dialética de Direito Processual. nº 22. São Paulo : Dialética, 2005.

_____. *Os limites da coisa julgada no sistema do novo Código de Processo Civil*. In: Revista Forense. vol. 246, ano 70. Rio de Janeiro : Forense, 1974.

NASCIMENTO, Carlos Valder de (Coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. 5. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro : América Jurídica, 2005.

OLIVEIRA, Angelina Mariz de. *Ação direta de inconstitucionalidade em matéria tributária*. São Paulo : Dialética, 2005.

OLIVEIRA, Dinara de Arruda. *A Constitucionalização da ordem econômica*. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. v. 16, n. 62. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2008.

PASOLD, Cesar Luiz. *O constitucionalismo e a contemporaneidade*. In: Novos estudos jurídicos. v. 3. Itajaí : UNIVALI. 1996.

PELICIOLI, Angela Cristina. *A sentença normativa na jurisdição constitucional: o Supremo Tribunal Federal como poder legislador*. São Paulo : LTr, 2008.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Efeitos da decisão de inconstitucionalidade em direito tributário*. São Paulo : Dialética, 2002.

PONTES, Helenilson Cunha. *Coisa julgada tributária e inconstitucionalidade*. São Paulo : Dialética, 2005.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Cidadania processual e relativização da coisa julgada*. In: Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. v. 4, nº 22. Porto Alegre : Síntese, 2003.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. 6. ed., rev. e acrescida dos últimos pensamentos do autor. Coimbra : Sucessor, 1997.

REIS, Luciano Elias. *A modulação ou limitação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. In: Revista de direito administrativo & constitucional. v. 10, n. 42. Belo Horizonte : Fórum, 2010.

ROCHA, Sergio André. *Modulação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade e consequencialismo – Instrumentos de desconstitucionalização do direito tributário*. In: Revista Fórum de Direito Tributário. v. 11, n. 64. Belo Horizonte : Fórum, 20103.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil: volume IV - Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. 5. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

SARMENTO, Daniel. *A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte : Del Rey, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Constituição e Segurança Jurídica*. In: *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Cármem Lúcia Antunes Rocha (Org.). 2. ed., rev. e ampl. Belo Horizonte : Fórum, 2005.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 36. ed., rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 71, de 29.11.2012. São Paulo : Malheiros, 2013.

STEIN, Leandro Konzen. *O Supremo Tribunal Federal e a defesa dos preceitos constitucionais fundamentais: uma história de construção do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade*. Porto Alegre : Núria Fabris, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2002.

TAVARES, Alexandre Macedo. *A responsabilidade estatal pelo desempenho irregular da função de legislar como engrenagem do sistema de freios e contrapesos à possibilidade de o STF atribuir eficácia prospectivas às decisões de inconstitucionalidade em matéria tributária*. In: Revista Dialética de Direito Tributário. nº 159. São Paulo : Dialética, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; Faria, Juliana Cordeiro de. *A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle*. In: NASCIMENTO, Carlos Valder de (Coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. 5. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro : América Jurídica, 2005.

TÔRRES, Heleno Taveira. *Modulação de efeitos da decisão e o ativismo judicial*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-jul-18/consultor-tributario-modulacao-efeitos-decisoes-fundamental#_ftnref10>. Acesso em 05.04.2014.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2001.