

EFEITOS CONCRETOS DO CONTROLE ABSTRATO: ANÁLISE DAS TÉCNICAS DE DECISÃO DO STF EM SEDE DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE

Gustavo Ferraz Carneiro

RESUMO: Este texto trata das técnicas de decisão aplicadas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato de constitucionalidade, com base em uma análise jurisprudencial das técnicas aplicadas nos últimos 20 anos. Procura-se retratar os casos em que o Tribunal aplicou técnicas não-ortodoxas de decisão.

PALAVRAS-CHAVE: Controle de constitucionalidade brasileiro. Técnicas de decisão.

ABSTRACT: This text is about the decision techniques in the Brazilian Supreme Court's Judicial Review. There is a jurisprudential analysis of the techniques applied in the last 20 years, in order to note in which cases the Court did not apply traditional techniques of decision in the Judicial Review.

KEY WORDS: Brazilian Judicial Review. Decisions techniques.

1. Ponto de partida

A figura das Constituições modernas trouxe verdadeira revolução para o pensamento jurídico ocidental. A transição do Estado de Direito para o Estado Constitucional, que ocorreu nos últimos três séculos, a partir da promulgação da Constituição americana, trouxe consigo a ideia de ordenamentos jurídicos fechados e hierarquizados internamente a partir da Constituição. A

¹ Graduando em Direito pela Universidade de Brasília. Trabalho resultante de Programa de Iniciação Científica, apresentado no XV Congresso de Iniciação Científica do Distrito Federal, em setembro de 2009 e premiado na categoria de “melhores trabalhos de sessões” (sessão n. 46 – DIREITO).

soberania estatal teria dado lugar à soberania constitucional². Nessa esteira, surgiram os atuais modelos de fiscalização da adequação das normas de um sistema à Constituição. Esse controle pode ser exercido política ou jurisdicionalmente³, no entanto, em nosso

² Sobre a transição da soberania estatal para a soberania constitucional, vd. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid : Editorial Trotta, 2008. “*La noción básica Del derecho Del Estado, sea en su vertiente interna (el derecho público interno) o en la externa (el derecho público externo o internacional) era, por lo tanto, la soberanía de la ‘persona’ estatal. Hoy, sin embargo, esta noción ya no puede reconocerse con aquella claridad como realidad política operante. Desde finales Del siglo pasado actúan vigorosamente fuerzas corrosivas, tanto interna como externamente: el pluralismo político y social interno, que se opone a la idea misma de soberanía y de sujeción; la formación de centros de poder alternativos y concurrentes con el Estado, que operan en el campo político, económico, cultural y religioso, con frecuencia en dimensiones totalmente independientes del territorio estatal; la progresiva institucionalización, promovida a veces por los propios Estados, de ‘contextos’ que integran sus poderes en dimensiones supraestatales, sustrayéndolos así a la disponibilidad de los Estados particulares; e incluso la atribución de derechos a los individuos, que pueden hacerlos valer ante jurisdicciones internacionales frente a los Estados a los que pertenecen.*” p. 11, 12. “*Las sociedades pluralistas actuales [...], esto es, las sociedades dotadas en su conjunto de un cierto grado de relativismo, asignan a la Constitución no la tarea de establecer directamente un proyecto predeterminado de vida en común, sino la de realizar las condiciones de posibilidad de la misma. Desde la Constitución, como plataforma de partida que representa la garantía de legitimidad para cada uno de los sectores sociales, puede comenzar la competición para imprimir al Estado una orientación de uno u otro signo, en el ámbito de las posibilidades ofrecidas por el compromiso constitucional.*” p. 13.

³ Quanto à natureza do órgão exercente, o controle de constitucionalidade pode ser (i) político (como ocorre na França, com o *Conseil Constitutonnal*); ou (ii) jurisdicional, conforme os modelos americano e austríaco. No Brasil, o controle preventivo, ou político é praticado pelas Comissões de Constituição e Justiça das Casas Legislativas e pelos Chefes do Poder Executivo, quando vetam projetos de lei por inconstitucionalidade (art. 66, § 1º, da Constituição Federal - CF) e também pelo Supremo

estudo ater-nos-emos à chamada jurisdição constitucional.

A experiência brasileira em controle de constitucionalidade tem sido bastante vanguardista⁴ nas últimas décadas. Se inicialmente havíamos adotado apenas o modelo difuso, baseado explicitamente na experiência norteamericana, nosso sistema acolheu também a experiência europeia, de modo que atualmente contamos com um autêntico Tribunal Constitucional. Isto quer dizer que o nosso Supremo Tribunal Federal – STF – não atua apenas como uma instância recursal superior destinada a julgar matéria constitucional, mas que julga ações nascidas especialmente para a aferição da constitucionalidade das leis.

A Constituição Federal de 1988 trouxe uma nova roupagem à ação direta de inconstitucionalidade – ADI – além de trazer novos institutos, como a ação declaratória de constitucionalidade – ADC – e a ação de descumprimento de preceito fundamental – ADPF. Como resultado final, temos um sistema de controle concentrado de constitucionalidade com ampla legitimação para a propositura das ações, bem como a possibilidade de que praticamente todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao STF.

Apesar de não haver uma correspondência exata entre controle concentrado e controle abstrato ou entre controle difuso e controle concreto, pode-se na maioria das vezes fazer-se essa correlação. Essa classificação doutrinária do controle de constitucionalidade entre concreto ou abstrato leva em conta as *circunstâncias* em que se manifestam. O modelo concreto é aquele em que qualquer tribunal que tiver de decidir um caso concreto

Tribunal Federal - STF no caso de mandado de segurança impetrado por parlamentar federal em que se questione ato que vicia o processo legislativo. Já o controle jurisdicional é exercido pelo STF, a quem compete a guarda da Constituição (art. 101, *caput*, da CF/1988), bem como por todos os juízes, por meio do controle incidental de constitucionalidade.

⁴ Sobre o assunto cfr. MENDES, Gilmar. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo : Saraiva, 2007, pp. 1005 e 1006.

estará obrigado a fiscalizar a constitucionalidade das normas jurídicas aplicáveis. Trata-se da solução de lides ou de providências administrativas. Já a fiscalização abstrata é aquela que, relacionada com o controle concentrado e principal, é realizada independentemente de qualquer litígio concreto. Neste processo não haveria lide, ou pretensão das partes.

Sobre o controle abstrato, ensina Canotilho, que ele “não é um processo contraditório de partes; é, sim, um processo que visa, sobretudo, à ‘defesa da constituição’ e do princípio da constitucionalidade através da eliminação de actos normativos contrários à constituição”⁵.

Sobre a fiscalização abstrata e concreta, Jorge Miranda ensina:

A fiscalização concreta redonda em garantia da constitucionalidade no espaço comunitário quotidiano. A fiscalização abstracta insere-se no equilíbrio global dos órgãos do Estado e pode ser entendida como expressão qualificada de um *pouvoir d'empêcher* [poder de cerceamento, tradução do autor]⁶.

Apesar de haver o entendimento de que no controle abstrato o tribunal deve somente fazer a análise da norma questionada em face da norma constitucional, verifica-se que esse controle exercido abstratamente não se dá totalmente desvinculado da realidade. Isso porque a decisão certamente surtirá efeitos concretos na vida de milhares, talvez milhões de pessoas.

No ordenamento brasileiro há diversos procedimentos destinados a conferir subsídios à Corte, para que decida as causas de controle abstrato com pleno conhecimento de todas as suas implicações e repercussões.

A figura do *amicus curiae*⁷ destina-se a instruir o processo por

⁵ CANOTILHO (2002; 892)

⁶ MIRANDA, Jorge *apud* CLÈVE (2001; 78 e 79).

⁷ Art. 7º, § 2º da lei nº 9.868/99: “O relator, considerando a relevância da

meio da manifestação de órgãos ou entidades, que tenham pertinência para a resolução da controvérsia. O art. 9º, § 1º, da Lei nº 9.869/1999 e o art. 6º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999, autorizam o relator a requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria, em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos. Em verdade, é providência que confere caráter pluralista ao processo de controle abstrato de constitucionalidade⁸.

Esses mecanismos processuais foram bastante inovadores para a jurisdição constitucional brasileira. Verifica-se um afastamento pelo legislador de uma leitura radical do modelo hermenêutico clássico, que impõe que o controle de normas seja feito apenas com contraste entre a norma questionada e a norma constitucional superior. Em conformidade com esse entendimento, o STF já havia inclusive afirmado que fatos controvertidos ou que demandassem alguma dilação probatória não poderiam ser apreciados em sede de ação direta de inconstitucionalidade⁹.

Concebe-se, portanto, um novo modelo hermenêutico, em que há evidente comunicação entre norma e fato, visando a atender à missão constitucional conferida à Corte para dirimir as controvérsias constitucionais, mesmo que para isso haja investigação integrada de elementos fáticos e jurídicos¹⁰.

Esse novo modelo hermenêutico adotado pela Corte, que leva em conta os influxos do mundo fático na construção de suas decisões, é percebido não só no momento da construção da

matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecurável, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades”

⁸ MENDES (2007; 1070)

⁹ ADI 1.372, despacho, Rel. Celso de Mello, DJ de 17.11.1995.

¹⁰ MENDES (2007; 1072 e 1073)

decisão, mas também na fixação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. O STF tem considerado quais serão os efeitos concretos que suas decisões terão na realidade fática. Este é o objeto do presente estudo.

O presente trabalho investigará os precedentes em que o Tribunal utilizou a técnica de modulação de efeitos na vigência da Constituição Federal de 1988 identificando a fundamentação apresentada para tanto.

2. Lei inconstitucional: nula ou anulável?

Conforme sucintamente apresentado, o Brasil apresenta um sistema misto de controle de constitucionalidade, com possibilidade de controle tanto concentrado quanto difuso. Esses dois modelos possuem origens diversas e suas orientações quanto aos efeitos da decisão proferida em controle de inconstitucionalidade também são diferentes. O modelo concentrado de controle de constitucionalidade, em sua concepção original, pensada por Hans Kelsen, considera a lei inconstitucional anulável. Já o modelo americano se desenvolveu a partir do entendimento da nulidade da norma inconstitucional.

Modelo americano – Nulidade da lei inconstitucional

O modelo americano de controle de constitucionalidade entende que nenhum ato normativo contrário à Constituição pode ser válido. Conforme doutrina proclamada no Federalista e acolhida pela Suprema Corte já no caso *Marbury versus Madison*, ato inconstitucional é ato nulo.

A lógica do sistema é a de que se a Constituição é a lei suprema, não se pode admitir a aplicação, mesmo que temporária, de ato com ela incompatível, pois isso significaria que, naquele período, a Constituição não teria sido vigente.

Uma decorrência desse entendimento é o caráter

declaratório da decisão que reconhece a inconstitucionalidade, uma vez que ela se limita a reconhecer situação preexistente. Nos Estados Unidos a tese de que a norma inconstitucional é nula prevalece, embora com algumas atenuações, desde a década de 1960¹¹.

Cumprе ressaltar que o sistema americano se insere na tradição *Common Law*, em que o precedente possui papel central na construção do direito. Verifica-se que o precedente da Suprema Corte, apesar de julgar um caso subjetivo, possui eficácia *erga omnes*, por meio da *Stare Decisis*. Sendo assim, as decisões da Suprema Corte impõem obrigações a três atores distintos: a lei declarada inconstitucional implicará a perda da causa para uma das partes do caso concreto; o efeito vinculante do precedente da Suprema Corte obrigará a todas as outras cortes; e o próprio Governo Executivo deverá deixar de aplicar programas que afrontem ao entendimento expresso pela Corte¹².

Modelo kelseniano – Anulabilidade da lei inconstitucional

Hans Kelsen, em sua obra “Jurisdição Constitucional”, expõe seu entendimento de que a decisão proferida em controle concreto não possui efeitos retroativos, uma vez que não haveria a declaração e nulidade da lei, mas sim a sua anulação.

Como fundamento à sua tese, Kelsen explica que há a tendência de se tratar os atos das autoridades públicas como válidos e obrigatórios enquanto outro ato oficial não os faz desaparecer, o que ele chama de princípio de autolegitimação dos atos das autoridades públicas. Não seria possível, por exemplo, que

¹¹ Sobre o assunto conferir: BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo : Editora Saraiva, 2006, p. 16; MENDES, Gilmar. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo : Saraiva, 2007, p. 1267.

¹²ROSSUM (2007; 43).

um cidadão se recusasse a obedecer a uma lei, alegando sua nulidade. Antes, este cidadão precisaria que uma autoridade se pronunciasse sobre a constitucionalidade previamente.

Sendo assim, a decisão de controle de constitucionalidade sairia da esfera da nulidade absoluta para a anulabilidade, cujos efeitos, naturalmente, não retroagiriam¹³. Kelsen conclui seu pensamento afirmando que a sentença anulatória de uma norma geral constitui outra norma geral. Nesse sentido a atividade exercida pelo Tribunal Constitucional seria similar a uma atividade legislativa, mas com sinal negativo.

Luís Roberto Barroso explica que a tese de Kelsen somente prevaleceu plenamente na Áustria. Segundo ele, nem mesmo a Alemanha ou outros países da Europa adotaram o modelo kelseniano integralmente. No entanto, a teoria da nulidade da lei inconstitucional, vencedora, teve de fazer concessões a abrir exceções¹⁴.

Por fim, deve-se atentar para o fato de que o pensamento de Kelsen se desenvolveu na tradição romano germânica, da qual também partilha o direito brasileiro. Nesse caso, o precedente de um tribunal superior, apesar de ser um elemento relevante para o juiz na construção da decisão, não tem caráter vinculante.

Modelo brasileiro - Lei inconstitucional nula

A tese kelseniana, da anulabilidade da lei inconstitucional,

¹³ “A nulidade significa que um ato que pretende ser um ato jurídico, especialmente um ato estatal, não o é objetivamente por ser irregular, isto é, por não preencher os requisitos que uma norma jurídica de grau superior lhe prescreve. O ato nulo carece de antemão de todo e qualquer caráter jurídico, de sorte que não é necessário, para lhe retirar sua qualidade usurpada de ato jurídico, um outro ato jurídico. Se, em vez disso, tal ato fosse necessário, não estaríamos diante de uma nulidade mas de uma anulabilidade”.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo : Martins Fontes, 2007, pp. 140 e 141.

¹⁴ BARROSO (2006; 21)

não prevaleceu no direito brasileiro¹⁵, em que predominou o entendimento de que a lei inconstitucional é nula. Ruy Barbosa, Francisco Campos, Lúcio Bittencourt e Alfredo Buzaid foram doutrinadores que acolheram a tese americana.

Buzaid¹⁶ afirmava que “lei adversa à Constituição é absolutamente nula, não simplesmente anulável”¹⁷. Na mesma linha do modelo consagrado nos Estados Unidos, o eminente processualista defendia que uma lei inconstitucional já nascia sem nenhuma eficácia, de modo que seria impossível que o decurso do tempo sanasse sua nulidade. Ademais, tendo em vista que a doutrina constitucional se baseia na supremacia da Constituição sobre a lei ordinária, não seria possível atribuir a uma lei inconstitucional eficácia alguma, mesmo que fosse apenas transitória, desde sua entrada em vigor até a declaração de inconstitucionalidade. Segundo Buzaid, isso implicaria uma verdadeira negação da supremacia constitucional durante esse tempo. Sendo assim, a nulidade absoluta da lei inconstitucional seria somente uma decorrência lógica necessária do sistema

¹⁵ Barroso nos expõe que no Brasil, a tese da anulabilidade da lei inconstitucional foi defendida por Regina Macedo Nery Ferrari (em *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, 1999. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999) e pelo Ministro Leitão de Abreu, em voto vencido proferido no Supremo Tribunal Federal (RTJ, 82:791, 1977, RE 79.343-BA, Rel. Min. Leitão de Abreu). BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo : Editora Saraiva, 2006, p. 20.

¹⁶ O entendimento de Buzaid dizia respeito a processos de controle incidental de constitucionalidade – com eficácia *inter partes*. Quanto aos de controle concentrado, com eficácia *erga omnes*, o jurista entendia que o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal não esgotava todo o processo de declaração de inconstitucionalidade, sendo indispensável o ato do Senado que suspendia a execução da lei. Sobre o assunto, cfr. BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. In Revista Forense. Rio de Janeiro : Forense, 2005, pp. 409- 412.

¹⁷ BUZAID (2005; 406)

constitucional brasileiro¹⁸.

Apesar de a tese da nulidade da lei inconstitucional ser o entendimento prevalecente ainda hoje, já não é absoluto. A jurisprudência do STF tem feito alguns temperamentos aos efeitos da decisão em controle de constitucionalidade e a própria legislação brasileira prevê a possibilidade de se modularem os efeitos da decisão.

O modelo brasileiro possui algumas peculiaridades. Se no sistema americano a lei inconstitucional é considerada nula, a decisão que assim decide declarará a nulidade da lei para o caso concreto em análise, com eficácia *inter partes*. Ao mesmo tempo será um precedente vinculante para todo o sistema (*stare decisis*). Isso quer dizer que as cortes inferiores deverão obedecer ao precedente da Corte Suprema¹⁹. No modelo proposto por Kelsen, a eficácia da decisão da Corte Constitucional se dará com eficácia *erga omnes*, mas não será uma decisão que acarretará nulidade, antes será uma atividade de legislação negativa. O modelo

¹⁸ *Idem*, p. 407.

¹⁹ No entanto, a superioridade hierárquica das decisões da Suprema Corte não é absoluta, pois isso significaria, segundo ROSSUM & TARR que a Constituição é o que a Corte diz que ela é. Como exemplo, traz a decisão da Corte no caso *Dred Scott v. Sandford* (1857), em que a Suprema Corte declarou que Afro-americanos não poderiam ser cidadãos. Nesse caso Abraham Lincoln declarou que, apesar de guardar respeito pela Corte e reconhecendo sua autoridade, ela havia interpretado erroneamente a Constituição neste caso. Cfr. ROSSUM, Ralph A. TARR, G. Alan. *American Constitutional Law. The Structure of Government*. Belmont, CA : Thomson Wadsworth, 2007, p. 44: “*Such a requirement would imply that the Constitution is what the Court says it is or that the Court can never err in its reading of the Constitution. For example, in the wake of the Court’s infame decision in Dred Scott v. Sandford (1857) – declaring that African Americans could not be citizens – Abraham Lincoln, although, professing respect for the Court and acknowledging the authority of its ruling in the case, denied, denied that the court had correctly interpreted the Constitution and indicated his intention to seek a reversal of the Court’s position*”.

brasileiro, no entanto, estabeleceu um modelo misto. E tanto nos casos do controle difuso, quanto nos casos do controle concentrado houve a prevalência do princípio da nulidade da lei inconstitucional.

3. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro

Como já explicitado, o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade é exercido tanto de modo difuso quanto de modo concentrado. Nos processos de controle difuso, a declaração de inconstitucionalidade, via de regra, terá efeitos *ex tunc*, retroagindo ao caso concreto. No entanto, o foco do presente trabalho são os efeitos da declaração de inconstitucionalidade nos processos do controle concentrado.

A experiência constitucional brasileira em controle concentrado de constitucionalidade não se limita à simples declaração de nulidade da norma inconstitucional. Em verdade, segundo Gilmar Ferreira Mendes²⁰, uma análise jurisprudencial revela que os efeitos de sentença declaratória de inconstitucionalidade em controle concentrado podem ser os seguintes: (i) nulidade total da lei ou ato normativo inconstitucional; sua (ii) nulidade parcial; ou sua (iii) nulidade parcial sem redução de texto.

A declaração de nulidade total ocorre nos casos em que a totalidade da lei ou ato normativo é invalidada pelo Tribunal. Geralmente a inconstitucionalidade decorre de vício formal atinente ao processo legislativo, caso em que não é possível “salvar” partes da lei. Fala-se, portanto, em declaração de nulidade como expressão de unidade técnico-legislativo. Além dos casos de inconstitucionalidade formal, a nulidade total também ocorre quando a disposição principal da lei ou ato normativo impugnado

²⁰ MENDES (2007; 1244- 1250)

padece de inconstitucionalidade, não podendo outras partes subsistirem, por serem dela dependentes²¹.

A hipótese de nulidade parcial de lei ou ato normativo ocorre quando somente os dispositivos inconstitucionais são declarados nulos. Tendo em vista a teoria da divisibilidade da lei, o Tribunal somente deve declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos viciados, não devendo estender o juízo às normas que poderiam subsistir de forma autônoma. É importante ressaltar, no entanto, que nesse caso o Tribunal deve se ater à vontade do legislador, não podendo criar situações que afrontariam tal vontade.

Por fim, a hipótese de nulidade parcial sem redução de texto ocorre nos casos de inconstitucionalidade da aplicação da lei somente com relação a determinado grupo de pessoas ou de situações. Nesses casos não há cassação da lei, que poderá continuar a ser aplicada nos casos constitucionais.

Além dessas três categorias, há outra possibilidade de efeitos da sentença declaratória da inconstitucionalidade, que se assemelharia, talvez, a uma modulação de efeitos: a interpretação conforme²². Primeiramente, Mendes afirma que a declaração conforme serve ao princípio de que o Tribunal deve entender que o legislador sempre busca positivar uma norma constitucional. Nesse caso, dentre as interpretações possíveis, deve prevalecer a que resulte numa norma constitucional. A dificuldade está em saber se o caso de interpretação conforme, no controle abstrato e concreto, implicam a declaração de constitucionalidade da lei ou não. Em alguns julgados, o Tribunal sinalizou a equiparação da interpretação conforme a uma declaração de nulidade sem redução de texto, havendo, portanto, a improcedência da arguição, desde que

²¹ É na declaração de nulidade total em que se fala de “inconstitucionalidade por arrastamento”, situação em que se estende os efeitos da declaração de inconstitucionalidade a dispositivos constitucionais, mesmo que estes não estejam inclusos no pedido da inicial.

²² MENDES (2007; 1250- 1254)

adotada determinada interpretação²³. Gilmar Mendes aponta as dificuldades dessa equiparação estão no âmbito do controle incidental, pois haveria necessidade de as questões que envolvessem tal interpretação terem de ser submetidas ao Pleno dos Tribunais ou ao seu órgão especial (CF, art. 97). Outra diferença estaria em que, ao declarar constitucional determinada interpretação, o Tribunal não declara a inconstitucionalidade de todas as possíveis interpretações de certo texto normativo. No caso da nulidade sem redução de texto, o Tribunal exclui expressamente, por inconstitucionais, determinadas hipóteses de aplicação do programa normativo.

Ao lado dessas hipóteses de nulidade da lei inconstitucional, há possibilidade de declarações do Tribunal que não impliquem efetiva nulidade da lei inconstitucional, a saber, (i) declaração de lei “ainda constitucional”; (ii) declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e (iii) declaração de inconstitucionalidade de caráter restritivo ou limitativo.

A primeira hipótese – declaração de lei ainda constitucional – ocorre nos casos em que a legitimidade da norma se assenta em circunstância de fato que se modifica no tempo. Expõe-se de forma expressa que na atual conjuntura a norma se mostra constitucional, o que não impede que no futuro a Corte possa vir a declará-la inconstitucional.

A segunda hipótese – a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade – ocorre na intervenção federal para a preservação dos princípios sensíveis ou para a garantia de execução de lei federal (CF, art. 34, incisos VI e VII). O órgão jurisdicional limitar-se-á a declarar a inconstitucionalidade, mas não suspenderá a execução do ato impugnado. Segundo o art. 36, § 3º, nos casos citados, o decreto de intervenção federal se limitará a suspender a execução do ato impugnado, se essa medida bastar ao restabelecimento da normalidade. Haveria, portanto, a declaração

²³ *Idem* p. 1252. ADI-MC 491, Rel. Moreira Alves, RTJ, 137 (1)/90; ADI 319, Rel. Moreira Alves, DJ de 30.4.1993.

de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade.

Por fim, a declaração de inconstitucionalidade de caráter restritivo ou limitativo seria aquela em que ocorre limitação ou modulação dos efeitos da decisão. Essa possibilidade encontra-se positivada no artigo 27 da Lei n. 9.868/1999, com relação à ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade, e também no art. 11, da Lei n. 9.882/1999, com relação à arguição de descumprimento de preceito fundamental²⁴.

Modulação de efeitos: uma possibilidade legal

A discussão legislativa sobre a possibilidade de um dispositivo legal ou constitucional que permitisse a modulação dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade remonta à Assembleia Constituinte que elaborou a Constituição de 1988²⁵. Já na constituinte de 1988 houve proposta, elaborada pelo então Senador Maurício Correa, que permitiria ao STF determinar se a declaração de inconstitucionalidade em ADI retroagiria ou não. O mesmo ocorreu por ocasião do processo de revisão em 1994, em que o então Deputado Nelson Jobim apresentou proposta que possibilitava ao STF limitar os efeitos de sua decisão em controle concentrado, para que ocorressem apenas após o trânsito em julgado da decisão. Em ambas ocasiões o poder constituinte (originário e de revisão) rejeitou essa possibilidade.

²⁴ A inovação trazida pelo art. 27 da Lei n. 9.868/1999, apesar de ter sido veiculada na lei que regulamenta os procedimentos para ADI e da ADC, é atualmente utilizada também em sede de controle difuso. O presente trabalho utilizará como limite metodológico a análise dos processos de concentrado de constitucionalidade.

²⁵ Sobre o assunto conferir MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. São Paulo : Saraiva, 1999, pp. 262-265; MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo : Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998, pp. 410-415; e BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo : Editora Saraiva, 2006, pp. 23-25.

Entretanto, anos depois foi aprovada a Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999. Seu artigo 27²⁶ permite que a Suprema Corte restrinja, module, os efeitos de sua decisão, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, nestes termos:

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.

Modulação de efeitos: uma discussão doutrinária

O artigo 27 da Lei n. 9.868/1999 recebeu críticas da doutrina. Argumentou-se que tal disposição necessitaria de uma emenda à Constituição, pois o princípio da nulidade da lei inconstitucional teria hierarquia constitucional (tese possível de ser sustentada invocando-se as duas tentativas anteriores de inserção no texto

²⁶ Dispositivo idêntico ao art. 11, da Lei n. 9.882/1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental : “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.”

constitucional de norma similar)²⁷.

Luís Roberto Barroso, jurista que participou da comissão constituída pelo Ministro da Justiça que elaborou o anteprojeto que resultou na Lei n. 9.868/1999, registra que foi contrário à inclusão do referido dispositivo, por entender que seria necessário uma emenda à Constituição, e que STF já administrava jurisprudencialmente a situação. Ademais, Barroso explicita sua preocupação em que a modulação de efeitos, destinada a ser aplicada apenas em momentos excepcionais, vire regra²⁸.

Gilmar Ferreira Mendes, que também participou da comissão, entende que tanto o princípio da nulidade, quanto o princípio da segurança jurídica possuem hierarquia constitucional²⁹. No entanto, em determinados casos “a aplicação continuada de uma lei por diversos anos torna quase impossível a declaração de sua nulidade”³⁰. Nesses casos dever-se-ia fazer uma ponderação entre os princípios, de modo que se assegure a máxima aplicação de ambos.

Ademais, Mendes ressalta que a visão dos direitos fundamentais como direitos que exigem uma atuação positiva do Estado pode levar a situações em que o Estado se veja obrigado a criar os pressupostos fáticos necessários à execução de um direito. Se nossa Constituição garante aos cidadãos diversos direitos sociais, como direito à moradia e ao trabalho, por exemplo, então ações para satisfazer essas pretensões podem ser ajuizadas. Seriam, portanto, situações tradicionalmente consideradas políticas, mas que recebem tratamento jurídico. Ante essa concepção de direitos fundamentais com caráter positivo, Mendes afirma serem necessárias novas técnicas de decisão, uma vez que a mera declaração de nulidade não se mostraria eficaz³¹.

²⁷ MOREIRA ALVES (1993; 10)

²⁸ BARROSO (2006; 24)

²⁹ MENDES (1998; 415)

³⁰ MARTINS (2005; 473)

³¹ MARTINS (2005; 473-475)

O caráter polêmico dessa inovação legislativa é percebido até mesmo na exposição de motivos do anteprojeto de lei. A Exposição de Motivos 189, de 7 de abril de 1997, do Senhor Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República³², da comissão que deu origem à Lei n. 9.868/1999, expende espaço expressivo para a justificação a inclusão do artigo 27. De 8 páginas, 5 são destinadas a essa justificação, em que se colhe extensa fundamentação no direito comparado, citando-se os sistemas adotados nos Estados Unidos, Alemanha, Portugal e Espanha.

Gilmar Ferreira Mendes leciona que a modulação de efeitos pode ser desdobrada em três possibilidades distintas, a saber, (i) declarar a inconstitucionalidade com efeitos *ex nunc*, ou seja, apenas a partir do trânsito em julgado da decisão; (ii) declarar a inconstitucionalidade com efeito *pro futuro*, ou seja, com a suspensão dos efeitos dessa declaração por algum tempo a ser fixado na sentença; (iii) declarar a inconstitucionalidade com a restrição de seus efeitos, sem a pronúncia de nulidade, o que permite que se opere a suspensão de aplicação da lei e dos processos em curso até que o legislador se manifeste sobre a situação inconstitucional.

Segundo o jurista, da leitura do dispositivo legal, percebe-se que o princípio da nulidade da norma inconstitucional continua sendo a regra no direito brasileiro, podendo ser afastado somente para salvaguardar a segurança jurídica ou em casos de excepcional interesse social. Mendes entende ser necessário um juízo de ponderação, com base no princípio da proporcionalidade, que faça prevalecer os valores legalmente protegidos³³.

Por fim, cumpre ressaltar que atualmente há duas ações diretas de inconstitucionalidade que questionam a constitucionalidade do dispositivo que possibilita a modulação de efeitos : ADIs n. 2.154 e n. 2.258. Atualmente, após o voto do Relator, Min. Sepúlveda Pertence, pela procedência do pedido

³² PALU (2001; 338-346)

³³ *Idem.* p. 1268

quanto à inconstitucionalidade do art. 27, o processo aguarda o pedido de vista formulado pela Ministra Cármen Lúcia.

4. Análise jurisprudencial

Desde a consagração do modelo concentrado de controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, com a Constituição de 1988, até a atualidade, já se passaram pouco mais de duas décadas. Em 10 de novembro de 1999 houve a publicação da Lei n. 9.868, cujo art. 27 permitiu a restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Percebem-se, assim, dois períodos distintos: na primeira década de existência do controle de constitucionalidade não havia a possibilidade legal de modulação de efeitos das decisões; na segunda década, os dispositivos expostos permitiram a aplicação da técnica da modulação.

Ante tal constatação, fez-se uma pesquisa jurisprudencial³⁴ no sítio eletrônico do STF (www.stf.jus.br) sobre a utilização nos processos do controle concentrado de constitucionalidade de técnicas de decisão que não fossem a mera declaração da nulidade. Os resultados foram agrupados em dois períodos: (i) entre 5 de outubro de 1988 e 11 de novembro de 1999 e (ii) desta última data a 30 de abril de 2009.

Buscou-se identificar, portanto, todas as vezes em que o STF não se limitou a declarar a inconstitucionalidade da lei, mas utilizou de técnicas como a interpretação conforme, declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade e a

³⁴ Os termos utilizados na pesquisa foram: “Declaração de inconstitucionalidade de caráter limitativo”, “Declaração de inconstitucionalidade de caráter restritivo”, “Declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade”, “Lei ainda Constitucional”, “Interpretação conforme”, “Declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto”, “redução de texto”, “Declaração de nulidade parcial sem redução de texto”, “Declaração de nulidade parcial”, “nulidade parcial”, “*Ex nunc*”, “*Pro futuro*”.

inconstitucionalidade restritiva. Chamaremos essas técnicas de técnicas não-ortodoxas³⁵ de decisão.

Aplicação de técnicas “não-ortodoxas” nas decisões no STF

De 5 de outubro de 1988 a 10 de novembro de 1999

Neste primeiro período, houve seis ocasiões em que o Tribunal utilizou técnicas não-ortodoxas em suas decisões. Conforme o quadro abaixo:

Ano	No. de ADIs julgadas (mérito)	Casos em que se aplicaram técnicas “não-ortodoxas”
1988	3	0
1989	82	0
1990	144	0
1991	98	0
1992	112	0
1993	129	1
1994	96	0
1995	144	1
1996	143	2
1997	144	0
1998	149	2

³⁵ Sobre a escolha da nomenclatura “técnicas não-ortodoxas”, reportamo-nos à Exposição de Motivos 189, de 7 de abril de 1997, do Senhor Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República: “Entendeu, portanto, a Comissão que, ao lado da ortodoxa declaração de nulidade, há de se reconhecer a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, em casos excepcionais, mediante decisão da maioria qualificada (dois terços), estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade”. No mesmo sentido, reportamo-nos ao voto do Ministro Marco Aurélio na ADI 2.240/BA, ao votar contra a modulação de efeitos, que deu 24 meses de prazo para a edição de norma constitucional: “No caso devo ser ortodoxo. E dizem que atuo, às vezes, de maneira avançada, em vanguarda.” ADI 2.240/BA, Rel. Min. Eros Grau, DJ de 3.8.2007.

1999	105	0
Total	1.349	6

Nos seis casos em que verificamos a utilização de técnicas não-ortodoxas de em suas decisões, houve a utilização da interpretação conforme em quatro casos e em dois a da inconstitucionalidade da lei sem redução de texto. São estes os casos relatados: ADI 939/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ de 18.3.1994; ADI 234/RJ, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ de 15.9.1995; ADI 120/AM, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 26.4.1996; ADI 1089/DF, Rel. Min. Francisco Rezek, DJ de 27.6.1997, ADI 1377/DF, Rel. Min. Octávio Gallotti, Redator para o acórdão Min. Nelson Jobim, DJ de 16.12.2005; e ADI 1371/DF, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ de 3.10.2003.

Não houve, portanto, nos processos do controle concentrado de constitucionalidade, nenhuma modulação de efeitos, quanto a sua eficácia temporal, na primeira década analisada.

Dos casos analisados, houve distintos questionamentos à Corte que versavam sobre a possibilidade de filiação de membros do Ministério Público a partidos políticos, a cobrança de tributos de serviços transporte aéreo interestadual e intermunicipal, a necessidade de autorização do legislativo para criação e alienação de sociedade de economia mista e sobre a iniciativa de lei relativa a remuneração de servidores militares e civis da educação.

Em todos os casos verificamos uma obscuridade nos atos normativos questionados, que poderiam levar a interpretações contrárias à Constituição. Sendo assim, a Corte utilizou a interpretação conforme e a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, cujas técnicas já foram explicitadas no presente estudo.

De 11 de novembro de 1999 a 30 de abril de 2009.

No segundo período, houve quinze ocasiões em que o

Tribunal utilizou técnicas não-ortodoxas em suas decisões. Os casos, em ordem cronológica de publicação de seus acórdãos foram os seguintes: ADI 3.022/RS, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 4.3.2005; ADI 2.884/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 20.5.2005, ADI 662/MG; Rel. Min. Eros Grau, DJ de 10.11.2006; ADI 3615/PB, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 9.3.2007; ADI 1351/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 30.3.2007; ADI 3489/SC, Rel. Min. Eros Grau, DJ de 3.8.2007; ADI 2240/BA, Rel. Min. Eros Grau, DJ de 3.8.2007; ADI 3316/MT, Rel. Min. Eros Grau, DJ de 3.8.2007; ADI 3689/PA, Rel. Min. Eros Grau, DJ de 3.8.2007; ADI 3819/MG, Rel. Min. Eros Grau, 28.3.2008; ADI 3458/GO, Rel. Min. Eros Grau, DJ de 16.5.2008; ADI 2907/AM, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ de 29.8.2008, ADI 3660/MS, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 9.5.2008; ADI 2501/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 19.12.2008; ADI 4009/SC, Rel. Min. Eros Grau, DJ de 29.5.2009. Conforme o quadro abaixo:

Ano	No. de ADIs julgadas (mérito)	No. de ADPFs julgadas (mérito)	Casos em que se aplicaram técnicas “não-ortodoxas”
1999	14	0	0
2000	101	3	0
2001	260	7	0
2002	322	17	0
2003	407	8	0
2004	317	18	2
2005	259	20	0
2006	240	21	3
2007	217	21	5
2008	130	24	4
2009	50	9	1
Total	2.317	148	15

Somente a ADI 2.884/RJ aplicou a técnica da interpretação conforme, devido à possibilidades de interpretações

inconstitucionais do dispositivo impugnado³⁶, de modo que houve 14 casos com modulação dos efeitos temporais das decisões. Em 13 desses casos o artigo 27, da Lei n. 9.868/1999, foi invocado, mesmo que tacitamente³⁷.

Analisando-se os precedentes, pode-se chegar aos seguintes números: em seis ocasiões a Corte modulou os efeitos de suas decisões para conferir ao legislador um prazo para se adequar à Constituição e em sete casos houve a modulação de efeitos para garantir a segurança jurídica para um número expressivo de pessoas.

Nas ocasiões em que se conferiu ao Poder Legislativo prazo para corrigir a inconstitucionalidade, editando nova norma que atendesse às exigências constitucionais, houve um caso que versou sobre a criação de sistema de conta única deflagrado pelo chefe do poder executivo estadual (ADI 3458/GO), sistema que incluía as contas de depósitos judiciais, matéria cuja iniciativa é reservada ao Poder Judiciário, e cinco casos que trataram da criação de municípios.

A proteção ao princípio da segurança jurídica foi o critério utilizado para a aplicação da modulação de efeitos em sete casos. Pretendeu-se proteger as situações já consolidadas na vigência das normas inconstitucionais. Houve dois casos que tratavam de

³⁶ O caso tratava sobre a necessidade de atuação de Ministério Público Especial junto aos Tribunais de Contas, não sendo possível que tal atividade fosse exercida pelos membros do Ministério Público comum da União e dos Estados.

³⁷ Houve um caso em que entendemos que houve técnica não-ortodoxa, mas sem a aplicação do artigo 27, da lei n. 9.868/1999. A ADI n. 1351/DF tratou de lei que, em face da gradação de votos obtidos por partido político, afasta o funcionamento parlamentar e reduz, substancialmente, o tempo de propaganda partidária gratuita e a participação no rateio do Fundo Partidário. No caso, o Tribunal atentou para a inconveniência do vácuo normativo, projetando-se, no tempo, a vigência de dispositivos, com interpretação que elimina de tais dispositivos suas limitações temporais, até que sobrevenha disposição legislativa a respeito.

benefícios pecuniários inconstitucionais concedidos por breve período de tempo a servidores estaduais (ADI 662/MG e ADI 4009/SC). A ADI 3660/MS tratou da destinação a entidades privadas (associações de magistrados) de recursos provenientes do recolhimento de custas processuais. A ADI 2907/AM cuidou de matéria interna do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, que foi regulamentada por Portaria e não por Resolução. Na ADI n. 2501/MG declarou-se a inconstitucionalidade de dispositivo do ato das disposições constitucionais transitórias da Constituição Estadual de Minas Gerais que fixava a supervisão do Conselho Estadual de Educação a instituições de ensino superior. Por fim, nas ADIs n. 3819/MG e n. 3022/RS discutiu-se sobre a instalação da Defensoria Pública Estadual. No caso mineiro, houve o aproveitamento de servidores para o cargo de Defensor, sem concurso público próprio. No caso gaúcho, havia previsão na Constituição do Estado de que os servidores públicos estaduais seriam assistidos pela Defensoria Pública, em caso de processos civis ou criminais, decorrentes do exercício de suas funções.

Constata-se, nesses casos, que a modulação de efeitos serviu para que o Tribunal resguardasse situações jurídicas consolidadas no tempo. Seria o caso em que a decisão de nulidade absoluta, com efeitos *ex tunc*, traria graves conflitos na vida de milhares de pessoas e instituições.

Os casos dos Municípios

Os casos dos municípios foram cinco (ADI 3615/PB, ADI 3489/SC, ADI 2240/BA, ADI 3316/MT, ADI 3689/PA), em que se discutia a constitucionalidade de leis estaduais que criaram e alteraram as áreas de municípios, sem que o Legislativo Federal tivesse editado a lei complementar prevista no artigo 18, § 4º do texto constitucional³⁸.

³⁸ CF/1988, Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e

Com exceção do primeiro, relatado pela Ministra Ellen Gracie, os casos foram de relatoria do Ministro Eros Grau e foram julgados em conjunto pelo Pleno do STF. Eros Grau entendeu que, apesar da inconstitucionalidade dos dispositivos questionados, a realidade fática de existência dos Municípios e bem como os reiterados atos praticados, tendo como base essa existência fática, levariam à improcedência da ação. De seu voto, retira-se o seguinte trecho:

O Município de Luís Eduardo Magalhães existe, é verdade, em confronto com o disposto no § 4o do artigo 18 da Constituição do Brasil. Lembro, no entanto, conhecida observação de KONRAD HESSE: na vida da coletividade há realidades que se encontram em contradição com a Constituição, mas essas realidades não devem ser consideradas como insignificantes pelo intérprete da Constituição. O importante, em face delas, é fazer tudo aquilo que seja necessário para impedir o seu nascimento [da realidade inconstitucional] ou para pô-la, essa realidade, novamente em concordância com a Constituição. No caso, existe uma realidade material, um Município, um ente federativo dotado de autonomia política. Não é possível retornarmos ao passado, para anular esta realidade, que produziu efeitos e permanece a produzi-los. O Município de Luís Eduardo Magalhães, ente da federação brasileira, é titular de autonomia municipal desde a sua criação. Como, agora, anular essa autonomia? Pois é certo que a supressão dessa autonomia, afirmada por efeitos concretos produzidos, consubstanciaria franca agressão à estrutura federativa, ao princípio federativo. A

os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

(...)

§ 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 15, de 1996)

decisão política da criação do Município violou a regra constitucional, mas foi afirmada, produzindo todos os efeitos dela decorrentes. O preceito veiculado pelo § 4º do artigo 18 da Constituição visa a impedir a criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios fora de período determinado por lei complementar federal. Como o Legislativo omitiu-se, deixando de produzir essa lei complementar, e o ente federativo surgiu, existindo como tal, a aplicação do preceito para que se declare a inconstitucionalidade do ato legislativo estadual e a inconstitucionalidade institucional do Município agravará a moléstia do sistema. Se da aplicação de uma norma resulta um desvio da finalidade a que ela se destina, ela finda por não cumprir o seu papel, ela deforma. Precisamente isso se daria no caso, se a autonomia do ente federativo viesse a ser anulada.³⁹

Após esta exposição, o Ministro Relator conclui pela improcedência da ação. Após seu voto, o Ministro Gilmar Mendes, em voto-vista, propôs a utilização do artigo 27 da Lei n. 9.868/1999, com base numa ponderação entre os princípios da nulidade da lei inconstitucional e da segurança jurídica:

O que importa assinalar é que, consoante a interpretação aqui preconizada, o princípio da nulidade somente há de ser afastado se se puder demonstrar, com base numa ponderação concreta, que a declaração de inconstitucionalidade ortodoxa envolveria o sacrifício da segurança jurídica ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social.

(...)

Assim sendo, voto no sentido de, aplicando o art. 27 da Lei n° 9.868/99, declarar a inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade da lei impugnada, mantendo sua vigência pelo prazo de 24 (vinte e quatro) meses, lapso temporal razoável dentro do qual poderá o legislador estadual reapreciar o tema,

³⁹ ADI 2240/BA, Rel. Min. Eros Grau, DJ de 3.8.2007

tendo como base os parâmetros que deverão ser fixados na lei complementar federal, conforme decisão desta Corte na ADI 3.682.⁴⁰

A Corte, então, julgou procedente a ação direta, por unanimidade, e, por maioria, decidiu conferir a modulação de efeitos, vencido o Min. Marco Aurélio. Depreende-se, da leitura do acórdão, que a construção da decisão da Corte não se afastou das consequências concretas que uma eventual declaração de nulidade acarretaria. Não houve apenas uma aferição da constitucionalidade da norma legal em face da norma constitucional.

Apesar de não existir um caso concreto a ser decidido pela Corte, em que a pretensão de um sujeito de direitos era resistida, havia toda uma realidade fática a ser alterada com a decisão proferida pelo órgão de controle. Os municípios existiam de fato, inúmeros atos jurídicos ocorreram tendo como legítima a realidade fática da existência dos municípios. Nesse caso, sem a técnica da modulação de efeitos, haveria apenas dois caminhos a seguir: (i) manter-se fiel ao princípio da nulidade da lei inconstitucional e declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos, o que implicaria a nulidade de todos os atos praticados baseados nele, ou (ii) declarar a improcedência da ação, o que significaria dizer que o ato normativo foi, sim, constitucional.

O voto do Ministro Relator, que concluía pela improcedência da ação mesmo depois de constatada a inconstitucionalidade do dispositivo impugnado, feriria frontalmente a Constituição da República. Em verdade, a segurança jurídica das relações jurídicas e dos atos jurídicos praticados sob a égide da lei inconstitucional poderia ser protegida por meio de técnica menos abusiva ao ordenamento jurídico. Este foi o caso da modulação de efeitos aplicada. Não se fugiu da inconstitucionalidade do dispositivo impugnado, antes, reconhecendo-a, fez-se uma ponderação entre os princípios da nulidade da lei inconstitucional e da segurança jurídica.

⁴⁰ ADI 2240/BA, Rel. Min. Eros Grau, DJ de 3.8.2007

Nesse sentido, Jorge Miranda leciona que a modulação dos efeitos pode ser utilizada como instrumento de aperfeiçoamento do sistema, que poderá servir para salvaguardar a ordem constitucional:

A fixação dos efeitos da inconstitucionalidade destina-se a adequá-los às situações da vida, a ponderar o seu alcance e a mitigar uma excessiva rigidez que pudesse comportar; destina-se a evitar que, para fugir a consequências demasiado gravosas da declaração, o Tribunal Constitucional viesse a não decidir pela ocorrência de inconstitucionalidade; é uma válvula de segurança da própria finalidade e da efetividade do sistema de fiscalização.⁴¹

Os casos dos Municípios demonstram como a modulação dos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade pode ser um instrumento adequado para salvaguardar a integridade do ordenamento jurídico, ao mesmo tempo em que se protege os direitos criados por situação que se presumia constitucional, antes da declaração do Tribunal.

5. Conclusão

O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade possui peculiaridades decorrentes de sua formação singular, sendo um sistema que conjuga o controle difuso e o controle concentrado. As decisões proferidas pelo STF em sede de controle concentrado possuem eficácia *erga omnes*, o que guarda compatibilidade com o caráter legislativo atribuído por Kelsen às decisões dessa natureza (legislador negativo). Somando-se a isso o princípio da nulidade da lei inconstitucional, consagrado em nosso ordenamento, verifica-se que os efeitos dessa competência conferida ao STF pela Constituição são muito amplos. Melhor dizendo, as decisões do Guardião da Constituição afetam a vida de cada cidadão brasileiro.

⁴¹ MIRANDA (1991; 500)

Os efeitos concretos decorrentes da decisão proferida no controle de constitucionalidade corroboram para a tese de que este controle não é tão abstrato quanto se pode presumir. Em verdade, o controle abstrato de constitucionalidade brasileiro em nada se assemelha a uma simples aferição da compatibilidade entre norma legal e norma constitucional por meio de um conjunto de operações lógico-silogísticas, feitas a partir das normas em tese. A realidade deve sempre ser considerada no momento da construção da decisão da Suprema Corte.

Quanto ao princípio da nulidade da lei inconstitucional, percebe-se que ele guarda bastante relevância em nosso ordenamento. Prova disso é que a constitucionalidade do artigo 27, da Lei n. 9.868/1999 é questionada no Tribunal em duas ADIs. Ademais, verifica-se no próprio Tribunal certa tensão entre o respeito ao princípio da nulidade da lei inconstitucional e a necessidade de não se ignorar os efeitos concretos da decisão proferida pelo Tribunal. Essa tensão entre os entendimentos se mostra patente no voto vencido do Min. Marco Aurélio, quanto à modulação de efeitos:

Estou aqui a julgar um processo objetivo. E vou repetir que, processo, para mim, não tem capa. A visão quanto à interpretação da norma jurídica há de se mostrar invariável. Placitada a criação desse Município ao arrepio do que se contém na Constituição Federal, a porta ficará aberta para endossarmos, em conflito evidente com a Carta da República, a criação de outros Municípios. Não posso ser tomado pela emoção. Tenho de cumprir o dever de julgar a situação jurídica colocada à mesa com absoluta equidistância.⁴²

Apesar dessa resistência verificada em alguns momentos, o certo é que já está assente na jurisprudência do STF a possibilidade da modulação de efeitos de suas decisões, tendo em vista seus efeitos concretos e a necessidade de se resguardar a segurança

⁴² ADI 2240/BA, Rel. Min. Eros Grau, DJ de 3.8.2007

jurídica ou excepcional interesse social, o que dificilmente será mudado.

Referências bibliográficas:

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo : Editora Saraiva, 2006,

BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. In Revista Forense. Rio de Janeiro : Forense, 2005

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5a Ed. Coimbra : Almedina, 2002, p. 892

CLÈVE, Clèmerson. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, 2a Ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2001

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo : Martins Fontes

MARTINS, Ives Gandra da Silva. MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10.11.1999*. São Paulo : Instituto Brasileiro de Saraiva, 2005.

MENDES, Gilmar. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo : Saraiva, 2007, pp. 1005 e 1006.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. São Paulo : Saraiva, 1999.

_____. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo : Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, tomo II. Coimbra : Coimbra Editora, 1991.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *A evolução do controle de constitucionalidade no Brasil. In: Garantias do cidadão na justiça.* São Paulo: Saraiva, 1993.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

ROSSUM, Ralph A. TARR, G. Alan. *American Constitutional Law. The Structure of Government.* Belmont, CA : Thomson Wadsworth, 2007.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil.* Madrid : Editorial Trotta, 2008.