
A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



ISSN 1516-3210

A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA
Instituto Paranaense
de Direito Administrativo



© 2010 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andares - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Revisão: Lourdes Nascimento
Luiz Fernando de Andrada Pacheco
Patrícia Falcão
Projeto gráfico e diagramação: Luiz Alberto Pimenta
Bibliotecário: Ricardo Neto - CRB 2752 - 6ª Região

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional

A246	A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional. ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
	Trimestral
	ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba
	ISSN 1516-3210
	1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.
	CDD: 342 CDU: 342.9

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa especialmente credenciada pelo Ministério da Educação - Portaria nº 2.012/06), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta revista está indexada em:

- Base RVBI (Catálogo do Senado)
- Library of Congress (Biblioteca do Senado dos EUA)
- Ulrich's Periodicals Directory

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral
Romeu Felipe Bacellar Filho
Diretor Editorial
Paulo Roberto Ferreira Motta
Editora Acadêmica Responsável
Ana Cláudia Finger
Secretário Editorial Executivo
Daniel Wunder Hachem
Conselho Diretivo
Adriana da Costa Ricardo Schier
Edgar Chiuratto Guimarães
Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial
Adilson Abreu Dallari (PUC/SP)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)
Carlos Ari Sundfeld (PUC/SP)
Carlos Ayres Britto (UFSE)
Carlos Delpiazzi (Universidad de La República – Uruguai)
Cármén Lúcia Antunes Rocha (PUC/MG)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC/SP)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)
Clovis Beznos (PUC/SP)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)
Eros Roberto Grau (USP)
Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)
José Carlos Abraão (UEL)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC/SP)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)
Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Juarez Freitas (UFRGS)
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Marçal Justen Filho (UFPR)
Marcelo Figueiredo (PUC/SP)
Márcio Cammarosano (PUC/SP)
Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Nelson Figueiredo (UFG)
Odilon Borges Junior (UFES)
Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)
Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Rogério Gesta Leal (UNISC)
Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
Sérgio Ferraz (PUC/RJ)
Valmir Pontes Filho (UFCE)
Weida Zancaner (PUC/SP)
Yara Stroppa (PUC/SP)

Conselho Consultivo
Prof. Dr. Antonello Tarzia (Università Commerciale Luigi Bocconi – Itália)
Profa. Dra. Cristiana Fortini (UFMG – MG)
Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes (Unibrasil – PR)
Prof. Dr. Eduardo Talamini (UFPR – PR)
Prof. Dr. Emerson Gabardo (PUC/PR)
Prof. Dr. Fabrício Macedo Motta (UFG – GO)
Prof. Dr. Fernando Vernalha Guimarães (Unicuritiba – PR)
Prof. Dr. Gustavo Henrique Justino de Oliveira (USP – SP)
Prof. Dr. Isaac Damsky (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
Prof. Dr. José Pernas García (Universidad de La Coruña – Espanha)
Prof. Dr. Mário Aroso de Almeida (Universidade Católica de Lisboa – Portugal)
Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier (Unibrasil – PR)
Prof. Dr. Paulo Roberto Ferreira Motta (UTP – PR)
Profa. Dra. Raquel Dias da Silveira (Faculdades Dom Bosco – PR)
Profa. Dra. Tatyana Scheila Friedrich (UFPR – PR)
Prof. Dr. Ubirajara Costódio Filho (Unicuritiba – PR)
Profa. Dra. Vanice Lírio do Valle (Universidade Estácio de Sá – RJ)

A modulação ou limitação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade

Luciano Elias Reis¹

Advogado. Sócio do escritório Reis, Corrêa e Lippmann Advogados Associados. Mestrando na Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Especialista em Direito Administrativo e Processo Civil no Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Professor da Universidade Tuiuti do Paraná e da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR.

Resumo: Trata-se de artigo sobre a modulação ou limitação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle de constitucionalidade brasileiro. Relata-se, inicialmente, um contexto histórico dos controles de constitucionalidade para depois apreciar o controle brasileiro, sob o viés da Lei nº 9.868/1998, e sua aplicação perante julgamentos prolatados pelo Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Modulação ou limitação temporal.

Sumário: 1 Controle de constitucionalidade – 2 Teorias de sistemas de controle de constitucionalidade – 3 Teoria adotada no sistema constitucional brasileiro – 4 Mitigação da teoria da nulidade no sistema brasileiro – 4.1 Requisitos para a modulação ou limitação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade – 4. 2 Posições do Supremo Tribunal Federal sobre a modulação dos efeitos – 5 Conclusão – Referências

1 Controle de constitucionalidade

O controle de constitucionalidade é uma grande ferramenta criada pelo legislador constituinte originário para controlar os atos normativos.²

A análise desenvolvida pelo controle de constitucionalidade tem por escopo assegurar que as normas constitucionais sejam respeitadas, a fim de que não haja o desrespeito à norma máxima, àquela disposta no ápice da pirâmide idealizada por Hans Kelsen.³

Quando se fala em pirâmide kelseniana, impende alvitrar do escalonamento normativo no qual a Constituição está na hierarquia máxima frente às demais normas, bem como o fato de a Constituição

¹ <luciano@rcl.adv.br>.

² “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 consagradas na Constituição — de constitucionalidade do ato jurídico” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 34).

³ KELSEN, Hans. Teoria pura del derecho. Montevideo: Fundación de Cultura Universitario, 2001. p. 201 et seq.

se enquadrar como norma de validade para todos os atos normativos do sistema.

Sobre a relevância da Constituição na pirâmide normativa, José Afonso da Silva destaca o princípio da supremacia da Constituição que consubstancia a relevância da Constituição a partir do momento em que 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.”⁴

No mesmo sentido, Inocêncio Mártires Coelho destaca que a Constituição é “a instância de transformação da normatividade, puramente hipotética, da norma fundamental, em normatividade concreta, dos preceitos de direito positivo — comando posto em vigor — cuja forma e conteúdo, por isso mesmo, subordinam-se aos ditames constitucionais.”⁵

Paulo Bonavides enaltece que a “conseqüência dessa hierarquia é o reconhecimento da ‘superlegalidade constitucional’, que faz da Constituição a lei das leis, a *lex legum*, ou seja, a mais alta expressão jurídica da soberania.”⁶

Além disso, salienta-se que o controle de constitucionalidade demanda a presença de dois requisitos, quais sejam, constituição rígida⁷ e competência de um órgão para dirimir os problemas de constitucionalidade.

2 Teorias de sistemas de controle de constitucionalidade

Dois teorias de sistemas de controle de constitucionalidade preponderam nos ordenamentos jurídicos, a austríaca e a norte-americana.⁸

⁴ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 45.

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires Coelho; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 14.

⁶ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 296.

⁷ Sobre a interferência da rigidez da Constituição e o controle de constitucionalidade dos atos normativos, Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior enfatizam que “a existência de uma Constituição rígida cria uma relação piramidal entre esta e as demais normas do mesmo ordenamento jurídico, que com ela devem guardar relação de necessária lealdade” (ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de direito constitucional. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 25).

⁸ O modelo francês de controle de constitucionalidade também é considerado clássico por alguns juristas, porém para o presente artigo nem será trabalhado.

Sobre o controle de constitucionalidade francês, Alexandre de Moraes aduz:

“O modelo francês prevê um controle de constitucionalidade preventivo a ser realizado pelo Conselho Constitucional, que, no transcurso do processo legislativo, poderá, desde que provocado pelo Governo, ou

A teoria ou sistema norte-americano é conhecido como teoria da nulidade, já o austríaco como teoria da anulabilidade.

O sistema norte-americano, teoria da nulidade, tem as seguintes características: a decisão possui eficácia declaratória de uma situação preexistente; o vício de inconstitucionalidade desenvolve-se no plano de validade; a rigor, a decisão que declara a inconstitucionalidade produz efeitos *ex tunc*;⁹ o ato normativo inconstitucional é nulo, ineficaz, írrito e desguarnecido de qualquer valor normativo ou vinculante; a invalidação ocorre desde o início do ato viciado, ou seja, atinge-o desde a sua criação; o ato normativo viciado não produz qualquer efeito jurídico.

O surgimento da teoria da nulidade advém do caso *Marbury vs Madison*, no qual o Juiz Marshall desenvolveu um raciocínio jurídico sobre a supremacia da lei constitucional sobre a lei ordinária em que se infere a conclusão de que todo ato normativo do Congresso contrário à Constituição deve ser reputado nulo, inválido, írrito e ineficaz.

O sistema americano consagra a via de exceção, de modo a atribuir que todo tribunal federal ou estadual, não importa a sua natureza ou grau hierárquico, possa exercitar esse controle, sentenciando numa demanda a inconstitucionalidade da lei.¹⁰ Cabe à Suprema Corte unificar o entendimento sobre decisões possivelmente conflitantes em tribunais diversos.

Por sua vez, o sistema austríaco, inspirado pelo escólio de Hans Kelsen, tem as seguintes características: a decisão tem eficácia constitutiva; o vício de inconstitucionalidade afeta o plano da existência; a rigor a decisão que reconhece a inconstitucionalidade produz efeitos *ex nunc*;¹¹ o ato normativo inconstitucional é ato anulável; o ato normativo viciado irradia efeitos e consequências jurídicas válidas até que seja

pelo presidente de qualquer das Casas Legislativas, analisar a constitucionalidade de uma proposição ou de uma emenda, antes de sua promulgação, devendo pronunciar-se no prazo de oito dias.

Ressalta-se, porém, a excepcionalidade prevista no art. 3.7.2 da Constituição francesa, que previu uma forma de controle repressivo de constitucionalidade. Trata-se da possibilidade de o Conselho Constitucional francês analisar abstratamente a repartição constitucional de competências entre o Governo e o Parlamento. Como salienta Favoreu 'o sistema de repartição de competências entre a lei e o regulamento provocou, por fim, o surgimento na França de um controle de constitucionalidade das leis'" (MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 584).

Acerca dos controles de constitucionalidade adotados em outros países, vide Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz (DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. *Controle de constitucionalidade e teoria da recepção*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 35 et seq.).

⁹ Os efeitos *ex tunc* significam a retroatividade dos efeitos, ou seja, retroagem os efeitos da decisão sobre as situações pretéritas inclusive.

¹⁰ BONAVIDES, op. cit., p. 311.

¹¹ Os efeitos *ex nunc* significam a não retroatividade dos efeitos, ou seja, o não retrocesso dos efeitos da decisão sobre as situações pretéritas.

anulado; o reconhecimento da ineficácia do ato normativo viciado se dá a partir da decisão ou para o futuro, podendo de acordo com o caso concreto produzir ou não efeitos retroativos.

O sistema austríaco pauta-se pelo controle de constitucionalidade imbuído a um órgão tão somente, não cabendo a qualquer órgão do Poder Judiciário realizar o controle de constitucionalidade. Ou seja, a via eleita para a realização do controle é a via principal.

Paulo Bonavides exalta a diferença entre o sistema americano com o sistema austríaco ao abordar que “o chamado sistema austríaco de controle da constitucionalidade, exercitado por ‘via principal’ e concentrado numa Corte especial” contrasta, doutro lado, “com o sistema americano clássico, de controle difuso, por via de exceção, e que só se faz absoluto ou definitivo quando a decisão judicial se contém num aresto da Suprema Corte”.¹²

3 Teoria adotada no sistema constitucional brasileiro

O sistema jurídico brasileiro¹³ adota a teoria da nulidade no controle jurisdicional de constitucionalidade, conforme entendimento da doutrina majoritária.¹⁴

O Supremo Tribunal Federal coaduna deste pensamento:

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. (ADI nº 652/QO, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 2.04.92, DJ, 2 abr. 1993)¹⁵

Desse modo, o ato jurisdicional ao declarar um ato normativo inconstitucional afeta o plano de validade deste. Isto representa que o ato

¹² *Ibidem*, p. 309.

¹³ Acerca do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, vide Manoel Gonçalves Ferreira Filho (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 133-148), Gilmar Ferreira Mendes (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires Coelho; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1049 et seq.) e Kildare Gonçalves Carvalho (CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 14. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 394 et seq.).

¹⁴ Sobre o assunto, vide José Afonso da Silva (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 50 et seq.).

¹⁵ No mesmo sentido: ADI nº 1.434/MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 29.08.96, DJ, 22 nov. 1996.

judicial ao declarar um ato viciado, em razão de vício formal ou material, considera-o natimorto, ou seja, desde o seu nascimento já fora concebido em desacordo com o parâmetro de validade e logo não poderá irradiar qualquer efeito, visto que é desguarnecido de força vinculante.

No entanto, ressalta-se que não há uma unanimidade da doutrina pátria no sentido de que o sistema brasileiro adota a teoria da nulidade, e não a teoria da anulabilidade.

Alguns juristas que discordam da teoria da nulidade como apta ao Direito Constitucional Brasileiro. por exemplo, são liderados por Pontes de Miranda¹⁶ e Regina Nery Ferrari.¹⁷

4 Mitigação da teoria da nulidade no sistema brasileiro

No Brasil, a teoria da nulidade sempre estampou o caminho hábil para o controle jurisdicional de constitucionalidade no sentido de que a decisão tornava o ato viciado desamparado de qualquer eficácia desde a sua edição, via de consequência caracterizando a decisão com efeitos *ex tunc*.

Os efeitos *ex tunc* culminam no retroagir da condição de validade do ato viciado desde do momento da sua geração, e não somente a partir da decisão que declara a sua inconstitucionalidade.

Tal situação gera efeitos práticos, por vezes, perniciosos e gravosos à segurança e boa-fé de pessoas afetadas direta ou indiretamente com o ato viciado declarado inconstitucional.

Diante deste panorama, o legislador infraconstitucional prescreveu o artigo 27 da Lei nº 9.868/99, o qual estipula que:

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.

Da interpretação do artigo supra transcrito, verifica-se que em determinados casos poderá o Supremo Tribunal Federal restringir os efeitos da decisão judicial ou determinar que os seus efeitos prospectem sobre um termo futuro ou a partir do seu trânsito em julgado. Tal circunstância

¹⁶ MIRANDA, F. C. Pontes de. Comentários à Constituição de 1946. t. VI, p. 413 et seq.

¹⁷ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

é chamada de modulação ou limitação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Ressalta-se que tal raciocínio se dá com base na Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, a qual dispõe sobre o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade. Ou seja, o raciocínio ora esposado aplica-se tão somente às ações declaratórias de constitucionalidade.

Com isso, verifica-se que o controle de constitucionalidade pela via de exceção a priori estaria afastado da restrição dos seus efeitos ou da estipulação de efeitos prospectivos.

Entretanto, numa interpretação sistemática, o Supremo Tribunal Federal estendeu a possibilidade de conceder efeitos diversos da teoria da nulidade para o controle de constitucionalidade pela via de exceção também.

O lead case por parte do Supremo Tribunal Federal foi o Recurso Extraordinário nº 197.917, julgado em 07 de maio de 2004, no qual se confrontava a autonomia municipal para legislar sobre quantidade de vereadores nos municípios.

No referido caso concreto, o Supremo Tribunal Federal compreendeu que a declaração de nulidade de legislações por desrespeito ao texto constitucional afrontaria ao interesse público, bem como geraria insegurança jurídica.

Tal caso pode ser visualizado pela ementa transcrita a seguir:

Municípios. Câmara de vereadores. Composição. Autonomia municipal. Limites constitucionais. Número de vereadores proporcional à população. CF, artigo 29, IV. aplicação de critério aritmético rígido. Invocação dos princípios da isonomia e da razoabilidade. Incompatibilidade entre a população e o número de vereadores. Inconstitucionalidade, incidenter tantum, da norma municipal. Efeitos para o futuro. Situação excepcional. (...) 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. (RE nº 197.917, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 06.06.02, DJ, 7 maio 2004)

A sistemática adotada pelo Supremo Tribunal Federal permanece na mesma diretriz, consoante se infere de decisão mais recente a qual reflete a linha da referida Corte:

(...) A declaração de inconstitucionalidade reveste-se, ordinariamente, de eficácia ex tunc (RTJ nº 146/461-462 - RTJ nº 164/506-509), retroagindo ao momento em que editado o ato estatal reconhecido inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido, excepcionalmente, a possibilidade de proceder à modulação ou limitação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, mesmo quando proferida, por esta Corte, em sede de controle difuso. (Precedente: RE nº 197.917/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa (Pleno). RE nº 395.902-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 07.03.06, DJ, 25 ago. 2006).¹⁸

4.1 Requisitos para a modulação ou limitação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade

A declaração da prospecção dos efeitos da decisão ou ainda que os seus efeitos sejam ex nunc depende de dois requisitos.

O primeiro é formal e procedimental, qual seja, a modulação dos efeitos da decisão sejam julgados por dois terços dos ministros que compõem o Supremo Tribunal Federal.

Como o Supremo Tribunal Federal é composto por onze ministros, conforme reza o artigo 101 da Constituição da República,¹⁹ logo a conta aritmética pura e simples resultaria na quantidade de 7,3, ou seja, daria uma dízima periódica sobre parcela de um ser humano.

Ante a impossibilidade de segmentação de um ministro, o requisito formal arredonda-se para mais, o que per si determina a necessidade de oito ministros²⁰ manifestarem-se a favor da prospecção dos efeitos da decisão de controle de constitucionalidade.²¹

Quanto ao requisito material, qual seja, existência de excepcional interesse público ou necessidade de segurança pública, este é mais complicado.

A sua dificuldade decorre da inexorabilidade de um juízo de valores sobre o caso concreto por parte do Supremo Tribunal Federal para examinar se o caso comporta ou não a quebra da regra da teoria da nulidade.

¹⁸ No mesmo sentido: AI nº 720.991, Rel. Min. Cármen Lúcia, decisão monocrática, julgamento em 19.05.09, DJe, 27 maio 09.

¹⁹ “Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.”

²⁰ PIMENTA, Marcelo Vicente de Alkmim. Teoria da Constituição. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 226.

²¹ Demonstrando o requisito formal, vide a decisão do Supremo Tribunal Federal: “A atribuição de efeitos prospectivos à declaração de inconstitucionalidade, dado o seu caráter excepcional, somente tem cabimento quando o tribunal manifesta-se expressamente sobre o tema, observando-se a exigência de quorum qualificado previsto em lei” (AI nº 457.766-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 3.04.07, DJ, 11 maio 07).

O aludido juízo de valores deve pautar-se com esteio no princípio da segurança jurídica ou excepcional interesse social.

Tanto o princípio da segurança jurídica quanto o excepcional interesse social são considerados conceitos jurídicos indeterminados, também denominado de conceitos vagos, imprecisos, elásticos, fluidos e práticos.²²

Conceito jurídico indeterminado²³ figura-se presente quando a lei deixa à “Administração a possibilidade de apreciação segundo critérios de oportunidade e conveniência”, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro.²⁴

Por sua vez, os conceitos jurídicos indeterminados vão depender da interpretação do exegeta. Dependência do intérprete não significa discricionariedade absoluta sem qualquer norte.

A discricionariedade, nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello, representa:

(...) a margem de ‘liberdade’ que remanesça ao administrador para eger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente.²⁵

Ou seja, a partir do conceito acima explicitado, deduz-se que discricionariedade é dissociada de arbitrariedade ou do bel-alvitre do intérprete.

Sempre o intérprete deve buscar a realidade social na aplicação do direito. Não se admite mais hodiernamente que o intérprete aplique o direito fugindo dos seus anseios. O direito passa a ser concebido no atual momento como uma necessidade da sociedade atual para a concatenação dos problemas que afloram no ambiente social. Interpretar

²² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 25. ed. Malheiros: São Paulo, 2008. p. 951.

²³ Eros Roberto Grau apresenta em sua obra “Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito” a seguinte crítica sobre conceito jurídico indeterminado:

“(…) não existem conceitos indeterminados. Se é indeterminado o conceito, não é conceito. O mínimo que se exige de uma suma de idéias, abstrata, para que seja um conceito é que seja determinada. Insisto: todo conceito é um suma de idéias que, para ser conceito, tem de ser, no mínimo, determinada; o mínimo que se exige de um conceito é que seja determinado. Se o conceito não for, em sim uma suma determinada de idéias, não chega a ser conceito” (GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 238-239).

²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia. Direito administrativo. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 225.

²⁵ BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 957.

o direito junto com o contexto não significa nem de quilômetros de distância refutar o positivismo ou quebrar a segurança jurídica do sistema para dar azo à interpretação desarrazoada ou desapegada a qualquer norma jurídica.

Interpretar o direito de acordo com o contexto e a sua melhor efetividade no seio social representa a responsabilidade jurídica e pessoalíssima do intérprete. Até porque o intérprete não realiza qualquer trabalho mecânico, se não haveria uma máquina para apreciar o caso concreto e aplicar o direito. Os robôs já teriam substituídos os seres humanos na aplicação direito. Tal raciocínio aplica-se conquanto haja seres aplicadores do direito “apensantes”.

Sobre a indispensabilidade de correlação perene entre a interpretação jurídica e a relação social, Pablo Jiménez Serrano esclarece que “(...) a interpretação jurídica está condicionada à norma, que, por sua vez, é o resultado da realidade social. Por isso mesmo, e de forma indireta, ao pesquisar o direito, e ao interpretar as normas jurídicas, estaremos conhecendo e avaliando o nível de desenvolvimento da realidade social. Verifica-se, portanto, que o direito como fenômeno social é o objeto mediato da interpretação jurídica.”²⁶

Para coligir a necessidade de segurança jurídica ou o excepcional interesse social é irremediável que exista a motivação por parte dos julgadores. Ou seja, consoante se verifica, o Supremo Tribunal Federal ao apreciar as demandas concretas deverá avaliar e motivar explicitamente quais as razões que o levam a rechaçar o efeito *ex tunc*.

A motivação da decisão judicial é imperiosa, segundo se desprende do inciso IX do art. 93 da Constituição Federal:

Art. 93

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;

Por intermédio da motivação é que haverá o controle sobre a mitigação dos efeitos da decisão de controle de constitucionalidade, para então saber se o princípio da segurança jurídica deveria preponderar

²⁶ SERRANO, Pablo Jiménez. *Interpretação jurídica*. São Paulo: Desafio Cultural, 2002. p. 84.

sobre o princípio da supremacia da Constituição. Isto é, a motivação torna-se elemento essencial para o controle da modulação dos efeitos da decisão.²⁷

Segundo a jurista Gisela Maria Bester, a ponderação do princípio da supremacia da Constituição versus o princípio da segurança jurídica é um embate abstruso:

Pensamos que a reflexão a ser feita, porque está por trás de toda esta novidade de flexibilização da nulidade, é a seguinte: no conflito entre o princípio da segurança jurídica e da supremacia da Constituição, deve prevalecer o primeiro?

Logo, uma das novidades mais negativas nos parece ser sem dúvida o fato de não se fixar nenhum prazo limite para que o STF manobre a fixação do início dos efeitos diferidos de que trata o art. 27.

(...) postergar o início dos efeitos não é uma novidade no Direito comparado, mas desde que seja feito como limite de tempo (...) diferentemente do STF, que recebeu do legislador a autorização para modular os efeitos de uma decisão que efetivamente declara uma norma inconstitucional.²⁸

Como uma tarefa de relevância e imperiosa ao intérprete, ora julgador, resta impreterível que a ponderação²⁹ entre os princípios da segurança jurídica e o da supremacia da Constituição seja claramente explicitada no acórdão, até para que posteriormente ocorra o possível controle sobre os referidos atos jurisdicionais.³⁰

A preponderância de um princípio sobre o outro no caso concreto não gera a não incidência do outro princípio ou a sua expurgação do ordenamento na situação analisada, mas tão somente o seu menor peso numa determinada relação fática.

Apesar de colocar aqui o princípio da segurança jurídica versus o princípio da supremacia da Constituição, insta destacar que outros princípios acompanham o princípio da segurança nesta contenda, como, por exemplo, o princípio da boa-fé, da confiança legítima e da lealdade.

²⁷ Sempre válido lembrar das diferenças entre motivo e motivação, recorrendo ao auxílio do jurista Marçal Justen Filho.

"A motivação se relaciona à forma do ato administrativo e consiste na exposição formal do motivo. O motivo é esse processo mental interno ao agente que pratica o ato. A motivação consiste na exteriorização formal do motivo, visando a propiciar o controle quanto à regularidade do ato.

Para ser mais preciso, a motivação consiste na exposição por escrito da representação mental do agente relativamente aos fatos e ao direito, indicando os fundamentos que o conduziram a agir em determinado sentido." (JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 199).

²⁸ BESTER, Gisele Maria. Direito constitucional. São Paulo: Manole, 2005. v. 1, p. 534.

²⁹ Sobre a técnica da ponderação, vide os comentários de Luis Roberto Barroso (BARROSO, Luis Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 333 et seq.).

³⁰ Sobre colisão de princípios, é indispensável remeter à clássica obra moderna de Robert Alexy (ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008).

Para finalizar este tópico, convém enaltecer o zelo que o Supremo Tribunal Federal deverá prezar para evitar que decisões sejam proferidas no controle abstrato com efeitos *ex nunc* e os casos concretos em julgamento. Para tanto, vide o alerta de Gilmar Ferreira Mendes:

Daí parecer razoável que o próprio STF declare, nesses casos, a inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* na ação direta, ressalvando, porém, os casos concretos já julgados ou, em determinadas situações, até mesmo os casos *sub judice*, até a data de ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade. Essa ressalta assenta-se em razões de índole constitucional, especialmente no princípio da segurança jurídica. Ressalta-se aqui que, além da ponderação central entre o princípio da nulidade e outro princípio constitucional, com a finalidade de definir dimensão básica da limitação, deverá a Corte fazer outras ponderações, tendo em vista a repercussão da decisão tomada no processo de controle *in abstracto* nos diversos processos de controle concreto.³¹

4.2 Posições do Supremo Tribunal Federal sobre a modulação dos efeitos

Apesar de ilustrar os tópicos anteriores, sempre forçoso colacionar alguns recentes julgados e posições do Supremo Tribunal Federal no julgamento dos efeitos das ações de controle de constitucionalidade.

Um clássico exemplo de modulação dos efeitos ocorreu no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade no qual se debatia a constitucionalidade da legislação mineira sobre educação.

Em tal oportunidade o Supremo Tribunal Federal entendeu que não poderiam todas as pessoas que obtiveram certificados e diplomas em cursos reconhecidos com base numa lei declarada posteriormente inconstitucional serem prejudicadas.

Vide trecho desta decisão:

Invade a competência da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação a norma estadual que, ainda que de forma indireta, subtrai do Ministério da Educação a competência para autorizar, reconhecer e credenciar cursos em instituições superiores privadas. (...) Tendo em vista o excepcional interesse social, consistente no fato de que milhares de estudantes freqüentaram e freqüentam cursos oferecidos pelas instituições superiores mantidas pela iniciativa privada no Estado de Minas Gerais, é deferida a modulação dos efeitos da decisão (art. 27 da lei 9.868/1999), a fim de que sejam considerados válidos os atos (diplomas, certificados, certidões etc.) praticados pelas instituições superiores de ensino atingidas por essa decisão, até a presente data, sem prejuízo

³¹ MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., p. 1324.

do ulterior exercício, pelo Ministério da Educação, de suas atribuições legais em relação a essas instituições superiores. (ADI nº 2.501, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 04.09.08, DJe, 19 dez. 2008)

Um caso bastante emblemático no que se refere à modulação dos efeitos da decisão de controle de constitucionalidade versa sobre a possibilidade de requerer tal limitação temporal em sede de embargos declaratórios e não no pedido recursal.

Acerca do assunto, a Corte tem prolatado o seguinte entendimento:

É cabível a oposição de embargos de declaração para fins de modulação dos efeitos de decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade, ficando seu acolhimento condicionado, entretanto, à existência de pedido formulado nesse sentido na petição inicial. Com base nesse entendimento, o Tribunal conheceu de embargos de declaração opostos de decisão proferida em ação direta em que se discutia o cabimento desse recurso para a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade e, por maioria, os rejeitou. (...). Não se vislumbrou omissão a ser sanada na decisão embargada, visto que não se indicara, de forma expressa, na inicial da ação, a existência de pedido para a modulação de efeitos. Ressaltou-se, ademais, a jurisprudência do Tribunal, no sentido de que, se ele não modula os efeitos, isso significa que prevalece a consequência que resulta da declaração de inconstitucionalidade, qual seja, a de aplicação retroativa da decisão com eficácia ex tunc. (ADI nº 2.791-ED, Rel. p/ o ac. Min. Menezes Direito, julgamento em 22 abr. 2009, Plenário, Informativo 543)

Outra peculiaridade atina-se à necessidade ou não de o Supremo Tribunal Federal manifestar-se em todas as ações de controle de constitucionalidade sobre a concessão ou não dos efeitos prospectivos.

Sobre a situação, o Supremo Tribunal Federal já exarou posição no seguinte sentido:

Embargos de declaração: pretensão incabível de incidência, no caso, do art. 27 da LADIn. Sobre a aplicação do art. 27 da LADIn — admitida por ora a sua constitucionalidade — não está o Tribunal compelido a manifestar-se em cada caso: se silenciou a respeito, entende-se que a declaração de inconstitucionalidade, como é regra geral, gera efeitos ex tunc, desde a vigência da lei inválida. (ADI nº 2.996-ED, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 14.12.06, DJ, de 16 mar. 2007)

Desse modo, se não houve a manifestação por parte do Tribunal, então se compreende pela negativa de efeitos prospectivos.

5 Conclusão

Ante as breves considerações, conclui-se que a mitigação da teoria da nulidade dos efeitos do ato jurisdicional que declara a inconstitucionalidade de um ato normativo representa um avanço à segurança jurídica da sociedade brasileira, porque a simples invalidação desde o nascimento do ato normativo deixava uma grande margem de obscuridade e prejuízos à estabilidade das relações jurídicas que outrora haviam sido travadas com espedeque na legalidade e que, posteriormente à declaração, ficavam desprovidas de efeito vinculante normativo.

Todavia, a modulação ou limitação temporal dos efeitos deve ser concedida de forma criteriosa de acordo com o caso concreto, a fim de evitar uma possível banalização.

Além disso, por derradeiro, compete apontar que a motivação deve ser explícita e bem justificada no acórdão, a fim de que reste preenchido o requisito material para a negativa da concessão de efeitos *ex tunc*, qual seja, a necessidade de guarda de segurança jurídica ou excepcional interesse social.

Brazilian Constitutionality Control, Focusing the Inconstitutionality Declaration Effects

Abstract: The present article is about Brazilian constitutionality control, focusing the inconstitutionality declaration effects, specially its modulation and limitation in time. Initially, describes the constitutionality control historical evolution, reaching the actual Brazilian control method, under Federal Law n. 9.868/1998, and its interpretation given by Brazil's Supreme Court trials.

Key words: Inconstitutionality declaration effects. In time modulation.

Referências

- ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de direito constitucional. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 25. ed. Malheiros: São Paulo, 2008.
- BARROSO, Luis Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BESTER, Gisele Maria. Direito constitucional. São Paulo: Manole, 2005. v. 1.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito constitucional. 14. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvania. Direito administrativo. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. Controle de constitucionalidade e teoria da recepção. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 35 et seq.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005.

KELSEN, Hans. Teoria pura del derecho. Montevideo: Fundación de Cultura Universitário, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires Coelho; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, F. C. Pontes de. Comentários à Constituição de 1946. t. VI.

MORAES, Alexandre. Direito constitucional. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

PIMENTA, Marcelo Vicente de Alkmim. Teoria da Constituição. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SERRANO, Pablo Jiménez. Interpretação jurídica. São Paulo: Desafio Cultural, 2002.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

REIS, Luciano Elias. A modulação ou limitação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 10, n. 42, p. 177-190, out./dez. 2010.

Recebido em: 01.07.10

Aprovado em: 29.11.10