



PUC

DEPARTAMENTO DE DIREITO

**Modulação temporal dos efeitos da
declaração de inconstitucionalidade em
matéria tributária: parâmetros para a
aplicação do art. 27 da Lei nº 9.868/98**

por

DANIEL STERNICK

Orientador:

Fábio Carvalho Leite

2008.2

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE

JANEIRO

RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22451-900

RIO DE JANEIRO - BRASIL

**Modulação temporal dos
efeitos da declaração de
inconstitucionalidade em
matéria tributária: parâmetros
para a aplicação art. 27 da Lei nº
9.868/98**

por

DANIEL STERNICK

Monografia apresentada ao
Departamento de Direito da Pontifícia
Universidade Católica do Rio de
Janeiro (PUC-Rio) como requisito
parcial para a obtenção do Título de
Bacharel em Direito.

Orientador: Fábio Carvalho Leite

2008.2

Aos meus pais, Paulo e Heloisa, que pavimentaram o caminho trilhado até aqui e o tornaram, sem dúvidas, mais agradável e valioso. Essa monografia e tudo que ela significa são como um “muito obrigado”.

Resumo

O presente trabalho monográfico visa a investigar os múltiplos aspectos e consequências decorrentes da possibilidade de o Supremo Tribunal Federal – a quem compete dar a última palavra a respeito da compatibilidade de leis e atos normativos com a Constituição Federal – modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, os quais, tradicionalmente, afetam a norma impugnada desde sua entrada em vigor, fulminando-a desde seu nascimento por meio do reconhecimento de sua nulidade.

Em especial, a monografia tem a intenção de avaliar a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade no tempo, poder conferido pelo art. 27 da Lei nº 9.868/98, e construir parâmetros limitativos à sua aplicação. O foco primordial do trabalho está centrado no Processo Judicial Tributário, tendo em vista que a aludida norma resultou de uma construção jurisprudencial pensada, em parte, em função das causas tributárias que vincularam Fisco e contribuintes.

Nesse contexto, pretende-se analisar mais detidamente as questões controversas a respeito da modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, notadamente no campo do direito tributário, e formular parâmetros abstratos voltados à solução de casos típicos extraíveis do cotidiano do contencioso tributário.

Palavras-chave

Direito Constitucional, Direito Tributário, Controle de Constitucionalidade, declaração de inconstitucionalidade, modulação dos efeitos, princípio da proporcionalidade, Supremo Tribunal Federal.

Sumário

1. INTRODUÇÃO

- 1.1. Colocação do Problema
- 1.2. Delimitação do Tema
- 1.3. Premissas Epistemológicas e Metodologia

2. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E AS PECULIARIDADES DO SISTEMA BRASILEIRO

- 2.1. Generalidades
- 2.2. Supremacia da Constituição e Rigidez Constitucional
- 2.3. O caráter normativo da Constituição
- 2.4. Teoria da nulidade x Teoria da anulabilidade das leis inconstitucionais
- 2.5. As modalidades de controle
- 2.6. Controle difuso/incidental de constitucionalidade: eficácia objetiva, subjetiva e temporal da declaração de inconstitucionalidade
- 2.7. Controle concentrado/abstrato de constitucionalidade: eficácia objetiva, subjetiva e temporal da declaração de inconstitucionalidade
- 2.8. Modulação objetiva dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade pelo STF: a interpretação conforme a Constituição e a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto

3. MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

- 3.1. Considerações Iniciais
- 3.2. Direito comparado e origens no direito brasileiro
- 3.3. O art. 27 da Lei nº 9.868/99: gerenciamento prospectivo e *pro futuro* dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade e seus limites
 - 3.3.1. Segurança Jurídica
 - 3.3.2. Excepcional interesse social

3.3.3. Inconstitucionalidades do dispositivo

3.4. A aplicação do art. 27 da Lei nº 9.868/99 na jurisprudência do STF

3.5. O papel do princípio da proporcionalidade no exercício da técnica de modulação temporal dos efeitos e a necessidade de fundamentação suplementar

3.6. Modulação temporal dos efeitos no controle difuso?

3.7. Modulação e repriminção da legislação anterior

3.8. O problema da “modulação invertida”

4. QUESTÕES CONTROVERTIDAS SOBRE A MODULAÇÃO TEMPORAL EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

4.1. A importância dos exemplos

4.2. Aplicação da modulação temporal dos efeitos contra os contribuintes como impeditivo à restituição do indébito tributário inconstitucional

4.3. Aplicação da modulação temporal contra a Fazenda Pública

4.4. Estudo de caso: a constitucionalidade da revogação da isenção da COFINS incidente sobre as receitas das sociedades uniprofissionais

5. CONCLUSÃO

“O tempo é a imagem móvel da
eternidade imóvel”

PLATÃO

“O tempo se vinga das coisas feitas
sem a sua colaboração”

EDUARDO COUTURE

“Tempo é dinheiro”

PROVÉRBIO POPULAR

1. Introdução

1.1 - Aspectos históricos e colocação do problema

É inegável que a Jurisdição Constitucional tem ocupado posição de destaque nos modernos debates havidos em torno do Direito Constitucional. Em especial, a afirmação jurisdicional das normas constitucionais vem protagonizando o cenário político-jurídico dos Estados Constitucionais no decorrer do último século, sendo visível o seu desenvolvimento em todos os continentes durante esse período. Com efeito, certo tempo depois do reconhecimento, em 1803, da competência do Poder Judiciário para invalidar uma lei em razão de sua contrariedade à Constituição – com a célebre decisão da Suprema Corte norte-americana, capitaneada pelo Justice John Marshall, no caso *Marbury vs. Madison*¹ -, que inaugurou o modelo norte-americano de controle de constitucionalidade, de matriz difusa e concreta, tornou-se impensável a existência de um sistema constitucional que não dê lugar a uma corte judicial competente para interpretar e aplicar a Constituição.

A partir do século XX, o desenvolvimento da Justiça Constitucional pôde ser evidenciado a partir da criação de Cortes Constitucionais nos países

¹ 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803). A partir dessa decisão do juiz Marshall, considerada por alguns a mais importante decisão judicial da História, a fiscalização da constitucionalidade das leis pelo Judiciário incorporou-se, em definitivo, à gênese constitucional norte-americana e, em seguida, disseminou-se por todo o mundo. Naquele caso concreto, William Marbury, nomeado pelo antigo governo, de John Adams, ao cargo de juiz de paz no condado de Washington, não foi empossado pela recusa de James Madison, secretário de Estado do recém-empossado governo de Thomas Jefferson. Diante de tais circunstâncias, Marbury impetrou um *writ of mandamus* junto à Suprema Corte demandando o reconhecimento de seu direito. O juiz John Marshall, então, antecipou seu entendimento acerca do mérito da questão para reconhecer o direito de Marbury à investidura no cargo. Porém, em preliminar, julgou que a Suprema Corte seria incompetente para avaliar o *mandamus*: para tanto, aduziu que a lei que atribuía competência adicional à corte era contrária à constituição, uma vez que ampliava as atribuições constitucionalmente delegadas à Corte. A incrível sensibilidade política de Marshall é sintetizada, com felicidade, na crítica de Robert McCloskey: “Marbury’s holding (...) put the Court in the delightful position of rejecting and assuming power in a single breath”. Cf. *The American Supreme Court*, revised by Sanford Levinson, Fourth Edition, The Chicago History of American Civilization, 2005.

da Europa, América Latina, Ásia e África². Em um primeiro momento, com a instalação da Corte Constitucional da Tchecoslováquia (Constituição de 29.02.1920) e da Alta Corte Constitucional da Áustria, prevista pela Constituição Austríaca de 1920, que instaurou o que depois ficou conhecido como modelo europeu de controle de constitucionalidade, de matriz concentrada e abstrata. Posteriormente, a partir do marco histórico de 1945, todas as Constituições européias do pós-guerra passaram a prever sistemas de fiscalização de constitucionalidade das leis e, naturalmente, a instalação de Tribunais com a função de garantir judicialmente a Constituição³.

O estabelecimento, nos sistemas de Direito Constitucional positivo, de processos de investigação da compatibilidade da legislação inferior com as normas constitucionais significou, a um só tempo, causa e sintoma do reconhecimento da força normativa da Constituição⁴. De fato, o prevalecimento, pela via judicial, do texto constitucional em face da legislação que lhe for contraveniente é condição absolutamente necessária à salvaguarda da eficácia normativa das disposições constitucionais.

No que diz respeito à experiência brasileira, o verdadeiro ponto de partida da história do controle de constitucionalidade coincide com a edificação da ordem constitucional republicana⁵. É que a Constituição Republicana de 24 de fevereiro de 1891 instituiu o Supremo Tribunal Federal e atribuiu-lhe a função de guardião da Constituição e da Federação, conferindo-

² FAVOREU, Louis. *As cortes constitucionais*. Tradução Dunia Marinho Silva – São Paulo: Landy Editora, 2004, p. 15.

³ Segundo Eduardo García de Enterría, “*a falta de condição normativa da Constituição foi referendada por toda a prática judicial européia, que não admitiu nunca que fosse invocada como norma de decisão de litígios e, menos ainda, como paradigma de validade das leis*”, em tradução livre. Ainda segundo o autor espanhol, aquela situação do constitucionalismo europeu transforma-se radicalmente depois da Segunda Guerra Mundial, fato que foi propulsionado por três fatores decisivos: a derrocada do estigma totalitário e o conseqüente desaparecimento de qualquer alternativa ao princípio democrático; a consagração definitiva do sistema de justiça constitucional; e, a proteção de um núcleo essencial de direitos fundamentais e valores substantivos em que se apóia a democracia em face das maiorias eleitorais eventualmente cambiantes. ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, - 4ª edición, Ed. Thomson Civitas: 2006, pp. 291-298.

⁴ Cf. item 2.3, *infra*.

lhe – sob forte inspiração do modelo norte-americano, importado por Rui Barbosa – competência para avaliar a constitucionalidade do direito infraconstitucional em casos concretos, por ocasião de lesão a direito, através do então chamado Recurso Especial (art. 59, n. 3, § 1º, ‘a’ e ‘b’ da Constituição de 1891) ⁶.

As Constituições de 1934, 1937 e 1946 mantiveram previsão a respeito do controle incidental da constitucionalidade das normas jurídicas. A Carta de 1934, marcadamente, é responsável pela raiz embrionária do controle abstrato de constitucionalidade no direito brasileiro: ela instituiu a chamada representação interventiva, de competência exclusiva do Procurador-Geral da República, que abarcava somente a possibilidade de intervenção federal nos Estados em caso de ofensa aos princípios constitucionais sensíveis⁷.

Convém observar que durante a vigência da Constituição de 1937, em que imperava o Estado Novo *varguista*, assistiu-se a uma significativa hipertrofia do Poder Executivo e a uma conseqüente redução das competências do Supremo Tribunal Federal, subjugado pelo autoritarismo do governo, que exercia o poder mediante uma emergente proliferação de Decretos-Leis. De fato, como afirma EMÍLIA VIOTTI DA COSTA, “*nem bem chegara ao poder, Vargas deixou clara a intenção de intervir no Supremo*” ⁸, intenção essa que vilipendiou a autoridade das decisões do Tribunal em sede de controle de constitucionalidade⁹. A historiadora prossegue:

⁵ Comentar o que de controle de constitucionalidade havia antes da Constituição republicana.

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, 5ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 25 e 26.

⁷ “Art. 12 - A União não intervirá em negócios peculiares aos Estados, salvo: (...)

V - para assegurar a observância dos princípios constitucionais especificados nas letras a a h, do art. 7º, nº I, e a execução das leis federais; (...)

§ 2º - Ocorrendo o primeiro caso do nº V, a intervenção só se efetuará depois que a Corte Suprema, mediante provocação do Procurador-Geral da República, tomar conhecimento da lei que a tenha decretado e lhe declarar a constitucionalidade”.

⁸ COSTA, Emília Viotti da. *STF: O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*, 2. ed. – São Paulo: Editora UNESP, 2006, p. 70.

⁹ Nesse sentido, a ordem constitucional do Estado Novo, além da discricionariedade atribuída ao Executivo em sede de controle de constitucionalidade, permitia que o Poder Legislativo suspendesse decisão judicial declaratória de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. “Isso deveria ocorrer

“A carta de 1937 restringiu ainda mais o controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal, permitindo ao Executivo, sempre que aquele órgão declarasse a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do presidente, fosse necessária ao bem-estar do povo ou à promoção do interesse nacional, submetê-la novamente ao exame do Congresso. Se este a confirmasse por dois terços de votos de cada uma das Câmaras, ficaria sem efeito a decisão do Tribunal. Essa prerrogativa, entretanto, teria efeito sobretudo simbólico, pois a partir de 1937 o Congresso foi dissolvido e Vargas passou a governar por decretos. Daí por diante, coube ao presidente confirmar dispositivo de decreto-lei declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal. De fato, Vargas fazia uso desse direito para anular decisões do Supremo.”¹⁰

De forma análoga, o regime militar pós-1964 adotou uma série de medidas no afã de retalhar a composição do STF, restringir seu âmbito de competência e escapar do controle jurisdicional de seus atos, especialmente a partir da edição o Ato Institucional nº 5, em 13 de dezembro de 1968. Se nos quatro anos precedentes o Supremo Tribunal Federal havia exercido postura de resistência frente a atos arbitrários do Poder Executivo – através, por exemplo, da concessão de *habeas corpus* a presos políticos – o início dos “anos de chumbo” significou, para a práxis do Tribunal, seu esvaziamento funcional.

Não obstante, o controle abstrato de constitucionalidade das leis propriamente dito foi instituído pela Emenda Constitucional nº 16/65, que incluiu no Texto constitucional a representação de inconstitucionalidade¹¹, ação de iniciativa exclusiva do Procurador-Geral da República, proposta

através de resolução do Parlamento Nacional, aprovada por maioria qualificada de dois terços dos votos (art. 96). Esse instituto deveria cumprir dupla função: *confirmar a validade da lei e cassar a decisão judicial questionada*. A lei *confirmada* ganhava, assim, a força de uma Emenda Constitucional”. MENDES, Gilmar Ferreira. Op. Cit., p. 32. Na mesma direção, cf. BINEMBOJM, Gustavo, *A nova jurisdição constitucional – Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. – 2. ed. revista e atualizada – Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 125.

¹⁰ COSTA, Emília Viotti da. Op. Cit., p. 77.

¹¹ “Conferia-se ao Procurador-Geral da República a iniciativa exclusiva para deflagrar, perante o Supremo Tribunal Federal uma *representação por inconstitucionalidade* de lei federal ou estadual. Com isso, se instaurava uma lide abstrata, um *processo objetivo*, que não envolvia o interesse concreto de partes em litígio; assim, a questão constitucional deixava de ser uma *questão prejudicial*, como no controle incidental, para tornar-se a *questão principal* daquele processo. Caso a Corte entendesse pela procedência da representação, sua decisão produziria efeitos gerais, alcançando todas as situações que sofreriam a incidência da norma declarada inconstitucional”. BINEMBOJM, Gustavo. Op. Cit., p. 127.

diretamente ao STF, cuja finalidade era a aferição objetiva da constitucionalidade do direito infraconstitucional federal e estadual, visando à higidez e inteireza do ordenamento constitucional.

Embora o controle de constitucionalidade estivesse presente no quadro jurídico-institucional do país há quase um século, a promulgação da Constituição Federal de 1988 trouxe significativa ampliação de seu espectro teleológico e representou a sua consolidação definitiva como instrumento de concretização da Constituição a garantir-lhe, ao menos, uma dose mínima de efetividade.

Em parte, tal fato é devido à autonomia e maturidade científica alcançada pelo Direito Constitucional, que deixou de conceber a Constituição como um texto cujo conteúdo limitar-se-ia à adoção de compromissos políticos, ao estabelecimento de programas político-sociais “orientadores” da atuação legislativa e à mera proclamação de direitos fundamentais. Nesse sentido, a “Constituição Cidadã” – fecundada no seio de uma sociedade ressentida pelos arbítrios de um tempo em que o poder forte do Estado foi assegurado em detrimento dos direitos individuais – demandou a sua própria realização fática, através da disposição de um amplíssimo rol de direitos e garantias fundamentais, de minuciosos procedimentos para a tomada de decisões políticas, da fixação de um “núcleo duro” de normas constitucionais imutáveis e, portanto, imunes aos sabores do tempo, às paixões políticas e aos interesses casuísticos, além de, notadamente, a previsão de remédios hábeis a assegurar a eficácia dos direitos subjetivos emanados do seu texto.

Por outro lado, não é exagero assinalar que a Constituição Federal de 1988 encarnou, de fato, a primeira constituição normativa da turbulenta história constitucional brasileira: as Constituições de 1891, 1934 e 1946 foram meramente nominais, uma vez que estabeleciam disposições prospectivas a serem um dia alcançadas, não se adequando à realidade político-social do país;

e as Constituições de 1937, 1967 e 1969 foram semânticas, porquanto serviram apenas de roupagem jurídica às relações de poder político já estabelecidas¹².

Em razão disso, os debates constituintes culminaram com a estruturação de um microssistema constitucional contendo amplas e diversificadas hipóteses de fiscalização judicial da constitucionalidade das leis e atos normativos, instaurando um modelo dual de constitucionalidade que abriga tanto o controle concreto (suscitado incidentalmente em demandas processuais concretas em caso de lesão a direito) e difuso (qualquer juízo ou Tribunal pode afastar uma norma por inconstitucional), quanto abstrato (avaliação objetiva da constitucionalidade de uma norma) e concentrado (análise pelo Supremo Tribunal Federal).

Adicionalmente, a destacada ampliação do rol de legitimados à propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade (CF, art. 103, I), veículos processuais próprios à instauração do controle abstrato/concentrado de constitucionalidade, capacitou diversos setores do Estado e da sociedade a atuarem como “advogados da constituição”, provocando o Judiciário a verificar objetivamente a validade constitucional das leis e atos normativos.

É necessário ressaltar, no entanto, que a Constituição Federal de 1988 ainda apresenta sérios problemas relacionados ao plano da efetividade. Com efeito, a Carta ainda não gerou, nem nos agentes públicos, nem nos cidadãos, um sentimento legítimo de patriotismo constitucional¹³. Ademais, inúmeros

¹² Cf. BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira*./Luís Roberto Barroso. – 8. ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 64-65; e PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. 2ª ed. rev., ampl. e atual. de acordo com as Leis nº 9.868 e 9.882/99 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 40. A classificação ontológica das constituições foi engendrada, originalmente, por Karl Loewenstein, na obra *Teoría de la Constitución*.

¹³ Nesse sentido, veja-se a espirituosa passagem do voto do Min. Marco Aurélio Mello no julgamento da ADI nº 3.689/PA e repetido nos autos da ADI nº 3.316/MT: “Já se disse da tribuna, e se repete muito, que a Constituição é o que o Supremo declara que ela é. Não vejo dessa forma a Carta de 1988, que, repito, considero tão mal-amada”. Por outro lado, em sentido radicalmente contrário, ver, “por

direitos e garantias fundamentais são violados, diariamente, em repartições do Poder Público e, notadamente, nos bolsões geográficos da pobreza, sendo certo que os direitos constitucionais subjetivos não são pragmaticamente assegurados à população de baixa renda da mesma maneira que às parcelas mais privilegiadas da sociedade.

A despeito dessas vicissitudes, o primeiro passo foi dado: é notória a contribuição da Constituição vigente à segurança das relações jurídicas, ao desenvolvimento legislativo e à estabilidade institucional do país. As duas primeiras décadas de vigência da nova Carta Constitucional evidenciaram intensa interpretação e aplicação das normas constitucionais pelos órgãos do Poder Judiciário e assistiram à formação de jurisprudência substantiva do Supremo Tribunal Federal, cuja função de guardião da Constituição assumiu relevância jamais vista.

Nesse plano, o controle abstrato de constitucionalidade das leis e atos normativos passou a ser exercido com incrível frequência¹⁴ em função do permanente interesse social e institucional pela compatibilidade das leis com o Texto constitucional e, conseqüentemente, pela proteção da eficácia normativa da Constituição. A legitimidade conferida pelo art. 103, I, da Constituição a confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional para disparar o controle abstrato de constitucionalidade e a previsão do controle da omissão do legislador apresenta notável papel democratizador da fiscalização da constitucionalidade, dotando a sociedade de um poder de vigilância em relação à observância das regras e princípios constitucionais. Nesse sentido, é valiosa a lição do professor Gustavo Binembojm:

todos”, BARROSO, Luís Roberto. *Dez anos da Constituição de 1988: (foi bom pra você também?)* Revista de direito administrativo, n. 214, 1998, pp. 24-25.

¹⁴ Até 31 de maio de 2008, haviam sido propostas 4.081 (quatro mil e oitenta e uma) Ações Diretas de Inconstitucionalidade, grande parte delas propostas por Governadores de Estado, Partidos Políticos, Procurador-Geral da República, Presidente da República e Confederações Sindicais ou Entidades de Classe.

“(...) até o advento da Constituição de 1988 o Procurador-Geral da República era nomeado e exonerado *ad nutum* pelo Presidente da República, sendo certo que a Procuradoria Geral da República – instituição que lhe incumbia chefiar – acumulava as funções de Ministério Público Federal com a representação judicial da União Federal. Essa dupla feição do cargo de Procurador-Geral, com certa submissão funcional à Chefia do Poder Executivo, explica, de certo modo, a timidez e parcimônia com que a representação por inconstitucionalidade foi utilizada até 1988. Pode-se mesmo dizer que a deflagração da jurisdição constitucional abstrata foi até então, no Brasil, uma *questão de Estado*, da qual os cidadãos estavam completamente alijados. Um caso exemplar e emblemático de *sociedade fechada de intérpretes da Constituição*.”¹⁵

O incessante exercício da jurisdição constitucional pelo Supremo Tribunal Federal aliado à efervescente produção doutrinária relativa ao Direito Constitucional elevou o controle de constitucionalidade ao centro da cena jurídico-política nacional e ensejou múltiplas possibilidades interpretativas, capacitando, por conseguinte, o desenvolvimento de parâmetros pretorianos¹⁶ e, especialmente, de técnicas jurisprudenciais alternativas de decisão no controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro.

Nesse particular, a jurisprudência do STF, ao “tirar a Constituição do papel”, tem-se ocupado muito freqüentemente de problemas atinentes à extensão dos efeitos das suas decisões, tanto em processos de controle de constitucionalidade quanto relativamente às demais ações constitucionais. Assim é que essa Corte Suprema entendeu que a decisão de procedência na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão teria como efeito apenas a ciência ao legislador sobre sua omissão¹⁷ e que um mandamento injuncional, além de declarar a omissão legislativa, disporia prazo para a edição da norma

¹⁵ BINEMBOJM, Gustavo. Op. Cit., p. 128.

¹⁶ Quanto aos parâmetros desenvolvidos pelo STF pertinentes ao controle de constitucionalidade, são mais elementares e definitivamente consolidados a impossibilidade de controle abstrato de constitucionalidade do direito municipal e do direito pré-constitucional e a distinção entre legitimados universais e legitimados especiais, os quais necessitam comprovar pertinência temática entre suas atividades e a questão constitucional suscitada.

¹⁷ Neste sentido, veja-se o trecho do voto do Min. Gilmar Ferreira Mendes no julgamento da ADIn nº 3682/MT, em que a fixação de prazo para a supressão da omissão é tão eficaz quanto uma sugestão:

regulamentadora e permitiria o exercício de direitos e garantias constitucionais enquanto perdurasse a falta da regulamentação que o impedisse¹⁸.

É justamente neste particular que se insere a temática do presente trabalho, que tem por objeto primordial a possibilidade de modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, mais especificamente em matéria tributária. Decerto, a confrontação dos paradigmas consolidados em matéria de controle de constitucionalidade com situações fáticas e questões de segurança jurídica propiciou a elucubração de veículos inovadores relacionados à eficácia decisional, o que, no caso brasileiro, foi convertido em lei que passou a ser correntemente utilizada pelo STF.

Portanto, identificado o trajeto histórico e o ambiente institucional em que se posiciona o controle de constitucionalidade na ordem constitucional brasileira vigente, cumpre passar à demarcação precisa do escopo deste estudo, como premissa metodológica fundamental ao seu prosseguimento.

“Não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável”.

¹⁸ Observe-se que, inicialmente, o STF entendia que os efeitos da decisão em mandado de injunção equivaleriam àqueles da ação de inconstitucionalidade por omissão, apenas declarando a inércia legislativa e cientificando o órgão omissor (MI nº 107-DF, Rel. Min. Moreira Alves). Entretanto, a jurisprudência do Tribunal Supremo evoluiu, passando a entender que a decisão deveria fixar um prazo para que fosse suprida a falta da norma demandada pelo direito ou liberdade constitucional (MI nº 231-2/RJ). Nos últimos anos, a discussão a respeito dos efeitos da decisão injuncional voltou à cena, aventando-se a possibilidade de autorizar-se, de imediato, o pleno exercício do direito ou liberdade embargado pela mora legislativa (MI 712-PA, Rel. Min. Eros Grau).

2. O controle de constitucionalidade e as peculiaridades do sistema brasileiro

2.1 - Generalidades

A existência de mecanismos voltados para o controle da constitucionalidade das leis e dos demais atos normativos supõe a intenção institucional de se preservar a incolumidade da coerência sistêmica do ordenamento jurídico. Enquanto um sistema escalonado de normas, o ordenamento jurídico deve pressupor ordem e unidade¹⁹, sendo certo que a sua harmonia interna depende da observância das relações de hierarquia normativa.

De fato, a impossibilidade de existir conflito entre uma norma superior e uma inferior é um imperativo de lógica jurídica²⁰. Se a Constituição é o fundamento de validade da legislação inferior – tanto em relação ao procedimento de sua elaboração (formal), quanto no tocante ao elemento substancial (material) das normas – ou as leis são compatíveis com a Lei Fundamental, ou são nulas e írritas, restando incapazes de produzir qualquer efeito²¹.

O controle de constitucionalidade diz respeito a um conjunto de medidas tendentes à investigação da conformidade das leis e alguns outros atos normativos em face das normas extraídas do Texto constitucional. A existência patológica de uma relação de desconformidade entre a legislação inferior e a norma jurídica superior – a Constituição – tem de ensejar instrumentos processuais e políticos aptos a remediá-la e sanções, em sua maior parte emanadas do Poder Judiciário, destinadas à restauração da coerência interna do sistema constitucional.

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1

²⁰ POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. *Controle da Constitucionalidade das leis*. – Ed. rev. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 2.

²¹ *Idem*, p. 3.

É importante observar que o controle de constitucionalidade representa uma entre as espécies abrigadas pelo gênero “Jurisdição Constitucional”. Qualquer ato judicial de aplicação das normas constitucionais – ou até mesmo o exercício de competências originárias do STF previstas na Constituição – insere-se no contexto da Justiça Constitucional, que, no Brasil, abrange a aplicação de um direito ou garantia individual ou social previsto na Constituição, a solução de conflitos da Federação (CF, art. 102, I, ‘f’) e conflitos de competência jurisdicional (CF, art. 102, I, ‘o’) e o processamento e julgamento de altas autoridades políticas nas infrações comuns e nos crimes de responsabilidade (CF, art. 102, I, ‘b’ e ‘c’), entre outros.

Contudo, é justamente o controle da legitimidade constitucional das leis e atos normativos a mais complexa e relevante manifestação da Jurisdição Constitucional. Quanto a este ponto, o magistério de Mauro Cappelletti é definitivo:

“Todas essas manifestações da ‘justiça constitucional’ podem, decerto, reduzir-se a unidade, pelo menos, sob o seu aspecto funcional: a função da tutela e atuação judicial dos preceitos da suprema lei constitucional. No entanto, é indubitável a profunda diferença estrutural que intercorre entre aquelas várias manifestações pelo que bem se pode justificar uma exposição limitada a apenas uma delas – limitada, particularmente, àquela que de todas é provavelmente a mais importante, ou seja, o controle judicial sobre a legitimidade constitucional das leis.”²²

A crucial importância dos sistemas de fiscalização de constitucionalidade das leis revela-se na medida em que a incidência de uma lei inconstitucional implica negativa de vigência à Constituição, ou seja, sua não aplicação²³. E, mais, a prevalência das normas constitucionais sobre a legislação a elas inferior é indispensável não somente à higidez normativa do

²² CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre, Fabris, 1984, p. 25.

²³ BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*, p. 1.

sistema constitucional, como também é direito dos indivíduos exteriorizado em casos concretos submetidos ao Judiciário²⁴.

Sob outro aspecto, é assinalável que, embora os diversos sistemas de controle de constitucionalidade comportem diferentes acepções e modalidades de controle²⁵, interessa, especificamente, ao presente trabalho, o controle jurisdicional da constitucionalidade das leis. A uma, porque no caso brasileiro, por um lado, a Constituição confere ao Poder Judiciário parcela amplamente majoritária de atribuições relacionadas ao controle e é o STF, órgão de cúpula do Judiciário, composto por 11 (onze) membros indicados pelo Presidente da República (CF, art. 101) a quem cabe a guarda da Constituição Federal (CF, art. 102). A duas, pois é interesse desta monografia a investigação da natureza, das características e dos limites ao gerenciamento dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, que se realiza faticamente em uma decisão judicial.

Em função disso, a análise detida de conceitos que compõem a essência do controle da constitucionalidade, como os princípios da supremacia e da rigidez constitucional, a força normativa da Constituição, assim como o confronto clássico entre as teorias da nulidade e anulabilidade da lei inconstitucional é fundamental ao estudo da modulação temporal dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade.

2.2 – Supremacia da Constituição e Rigidez Constitucional

Já se disse que o controle de constitucionalidade consiste na contraposição de uma coisa à outra: trata-se da verificação da compatibilidade das leis e atos normativos com a Constituição, ou seja, das normas jurídicas

²⁴ Em passagem extremamente feliz, Ronaldo Poletti revela, com suporte em Mauro Cappelletti, que este aspecto torna o controle de constitucionalidade interessante à Filosofia do Direito: “*É o desejo mesmo de sair do contingente e vencer, em suma, o destino humano de perene transformação e de morte: as leis mudam, mas a Lei permanece; restam os valores fundamentais. Se uma lei é injusta, não é lei, pois viola aqueles valores fundamentais*”. POLETTI, Ronaldo Rebelo de Britto. Op. Cit., p. 4. Cf. CAPPELLETTI, Mauro. Op. Cit., p. 4.

²⁵ Cf. item 2.5, infra.

inferiores em face daquelas que lhe servem de parâmetro de validade por serem hierarquicamente superiores.

É justamente o princípio da supremacia da Constituição o fundamento primordial para toda e qualquer espécie de interpretação e jurisdição constitucional, porquanto revela a posição de superioridade jurídica do texto constitucional em face das demais normas jurídicas existentes em uma determinada comunidade política. Os processos de fiscalização de constitucionalidade, notadamente, justificam sua essência e necessidade institucional na imperiosidade de se assegurar a eficácia normativa da Lei Fundamental do Estado quando contrastada com leis a elas conflitantes.

A Constituição é a norma inaugural do Estado: não encontra suporte ou fundamento de validade em nenhuma outra²⁶. É uma norma pressuposta que representa, ainda que através de uma ficção necessária, a genuína vontade popular. Ao revés, é a Lei Fundamental do Estado que constitui todas as autoridades e adjudica os predicados de juridicidade às demais normas jurídicas.

Em função da posição de preponderância das normas constitucionais, o conflito entre a Constituição, de um lado, e uma norma legal ou regulamentar, de outro, será apenas aparente: dar-se-á no plano da hierarquia, cujo método solucionador determina que “lei superior derroga lei inferior”. Os instrumentos de controle de constitucionalidade são, portanto, os meios processuais sancionadores que têm por finalidade a restauração do próprio predomínio da Constituição.

Grosso modo, é possível enxergar o conteúdo do princípio da supremacia da Constituição sob dois pontos de vista: formal e material. Isso

²⁶ “(...) a constituição é a expressão de uma intenção fundacional, configuradora de um sistema inteiro em que nela se baseia, tem uma pretensão de permanência (uma ‘lei perpétua’ era a aspiração de nossos antepassados ou duração (...), o que parece assegurar-lhe uma superioridade sobre as normas ordinárias carentes de uma intenção total tão relevante e limitada a objetivos muito mais concretos, todos singulares dentro do marco globalizador e estrutural que a Constituição estabeleceu”. ENTERRIA, Eduardo Garcia de. Op. Cit., p. 56, tradução livre.

porque a preeminência das disposições constitucionais deriva, ontologicamente, tanto do seu teor substancial quanto de sua posição formal²⁷.

Sob a ótica formal, a supremacia da Constituição resulta, conforme reiteradamente assentado neste texto, de sua posição normativa hierarquicamente superior, residente no ápice do ordenamento jurídico, conformando uma espécie de “superlegalidade”. Sua condição de Lei Fundamental do Estado, promulgada pelo Poder Constituinte Originário, confere-lhe estatura inalcançável por qualquer outro tipo de norma. A concepção formal deste princípio é de extrema relevância porque confia superioridade jurídica a todas as disposições do texto constitucional, e não somente àquelas normas materialmente constitucionais²⁸.

A supremacia material ou substancial, por outro lado, remete à natureza semântica das normas constitucionais. A Constituição, dentre outras funções, proclama a soberania do Estado, define direitos e garantias fundamentais, edifica a estrutura do Estado, estabelece procedimentos para tomada de decisões políticas e organiza as competências orgânicas, especialmente o processo legislativo, ao procedimentalizar e delegar o poder para a criação das leis²⁹. Em razão disso, é naturalmente superior às leis, cuja elaboração deve observar o estrito processo estabelecido na Constituição e dela, afinal, retiram sua validade³⁰.

²⁷ É importante observar que a distinção, aqui traçada, entre supremacia constitucional material e formal nada tem a ver com a classificação que diferencia inconstitucionalidade formal da material.

²⁸ De fato, à concepção formal da superioridade jurídica da Constituição cabe maior importância, sobretudo no caso da Constituição brasileira, que apresenta caráter evidentemente analítico ao normatizar, de maneira um tanto quanto prolixa, múltiplos campos da vida sócio-política da nação, reservando capítulos ao Meio Ambiente, ao Desporto e aos Índios, entre outros. Além disso, “*não existe um conceito absoluto para estabelecer aquilo que é constitucional e aquilo que não é*”. BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 14ª ed., São Paulo: Saraiva, 1992, pp. 45-46.

²⁹ No mesmo sentido dessa qualificação, Gilmar Ferreira Mendes define norma fundamental como “aquela norma que, numa determinada comunidade política, unifica e confere validade às suas normas jurídicas, as quais, em razão e a partir dela, se organizam e/ou se estruturam em sistema”. *Curso de Direito Constitucional* / Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 2. Ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1.

³⁰ Cf. PALU, Oswaldo Luiz. *Op. Cit.*, p. 23.

Também é oportuno apontar um fundamento filosófico da hegemonia da Constituição, bastante aproximado do aspecto material exposto anteriormente. A Constituição, enquanto veículo limitador do exercício do poder político, refratário a todo tipo de arbítrio, não poderia deixar de ser alçada a uma posição de ascendência em relação às demais normas: igualá-la à legislação ordinária importaria destituir-lhe todo o seu valor simbólico, além de submeter o Poder Constituinte ao Poder Constituído.

Neste passo, é conveniente destacar que o princípio da supremacia da Constituição encontra-se intimamente entrelaçado com o princípio da rigidez constitucional. É que a posição hegemônica da carta constitucional no universo normativo decorre, sobremaneira, da existência de um processo legislativo mais complexo, dificultoso e qualificado para a alteração da Constituição do que aquele previsto para a elaboração das leis. Caso contrário, qualquer lei superveniente à Constituição seria capaz de alterá-la ou suprimi-la³¹ e, assim, o conflito entre lei e Constituição seria temporal, e não hierárquico, de tal modo que não faria qualquer sentido controlar a constitucionalidade dos atos normativos.

Nesse sentido, LUÍS ROBERTO BARROSO explica com simplicidade o porquê de a rigidez constitucional ser, também, uma condição necessária ao controle de constitucionalidade:

“A *rigidez constitucional* é igualmente pressuposto do controle. Para que possa figurar como parâmetro, como paradigma de validade de outros atos normativos, a norma constitucional precisa ter um processo de elaboração diverso e mais complexo do que aquele apto a gerar normas infraconstitucionais. Se assim não fosse, inexistiria distinção formal entre a

³¹ Cf. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6ª ed., 3ª triagem – São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 40: “O conceito de rigidez, consubstanciado na imutabilidade relativa da constituição, é de fundamental importância na teoria do direito constitucional contemporâneo. Funciona como pressuposto: a) da distinção do próprio conceito de constituição em sentido formal; b) da distinção entre normas constitucionais e normas complementares e ordinárias; c) da supremacia formal das normas constitucionais. Constitui, também, suporte da própria eficácia jurídica das normas constitucionais. Se estas pudessem ser modificadas pela legislação ordinária, sua eficácia ficaria irremediavelmente comprometida”.

espécie normativa objeto de controle e aquela em face da qual se dá o controle. Se as leis infraconstitucionais fossem criadas da mesma maneira que as normas constitucionais, em caso de contrariedade ocorreria revogação do ato anterior e não a inconstitucionalidade.”³²

Demais disso, a noção de rigidez constitucional abrange também o estabelecimento de um núcleo imutável no seio da Constituição. Determinadas normas constitucionais, por edificarem valores jurídicos, filosóficos e políticos fundamentais do Poder Constituinte não podem ser modificadas ou suprimidas nem mesmo por eventual reforma constitucional, tornando-se perenes naquele texto constitucional. Nesse caso, apenas uma nova Constituição, promulgada por um novo Poder Constituinte, é capaz de desfazer as chamadas “cláusulas pétreas”³³.

Reciprocamente dependentes, os princípios da supremacia e da rigidez constitucional posicionam a Constituição no topo do ordenamento jurídico e conferem suporte ao controle da constitucionalidade, justificando a posição das disposições constitucionais enquanto parâmetros de validade dos atos normativos. Deles, também, decorre a conclusão de que, a princípio, uma norma inconstitucional não pode produzir validamente os seus efeitos, devendo ser expurgada do ordenamento jurídico por intermédio dos processos constitucionalmente previstos, além de desconstituídas todas as relações jurídicas estabelecidas sob o império da legislação viciada.

2.3 – O caráter normativo da Constituição

O empreendimento constitucionalista, iniciado efetivamente a partir do século XVIII, significou o triunfo da classe burguesa: a notável ascensão econômica da burguesia nos dois séculos precedentes exigiu a aquisição de

³² BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., p. 2.

³³ A CF/88 dispõe, em seu art. 60, § 4º, que “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir” a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação de poderes e os direitos e garantias fundamentais.

garantias políticas em face das monarquias absolutas, de maneira que fossem eliminados os últimos entraves à sua hegemonização. A partir do surgimento das cartas de direitos, aperfeiçoou-se a aliança – até hoje indissolúvel – entre poder econômico e poder político.

Em seu momento inicial, a Constituição era considerada um documento eminentemente político designado à institucionalização das forças políticas vigentes. Não se lhe reconhecia força de lei e não havia qualquer tipo de aplicação judicial de suas normas. Além disso, não era incomum que suas disposições sucumbissem ante as codificações de direito privado.

Os três séculos de desenvolvimento dogmático do Direito Constitucional permitiram a idealização de diferentes concepções acerca da natureza da Constituição. A par da existência de inúmeras visões a respeito da Constituição, é possível destacar três concepções elementares: a concepção política, a concepção sociológica e a concepção jurídico-normativa.

A concepção política da Constituição, pensada pelo publicista alemão CARL SCHMITT, propugna a idéia de Constituição como “*decisão política fundamental*”³⁴. Segundo essa teoria, somente teria natureza constitucional aquela norma estruturadora do Estado, referente à organização dos poderes e às atribuições de competência, bem como a definidora de direitos fundamentais. Todas as demais disposições constitucionais, segundo este conceito, seriam apenas formalmente constitucionais³⁵. A partir dessa percepção, SCHMITT chegou à conclusão de que a Constituição jamais poderia ser interpretada e

³⁴ “Em resumo, para Schmitt a essência da constituição não se acha numa lei, ou norma, mas no fundo ou por detrás de toda normatividade uma decisão política do titular do poder constituinte, isto é, do povo na democracia, e do monarca na monarquia autêntica”. SILVA, José Afonso da. Op. Cit., p. 29.

³⁵ Coerente com a concepção *schmittiana*, José Afonso da Silva exemplifica que somente seriam materialmente constitucionais, na Constituição brasileira, o art. 1º (princípio democrático), o art. 2º (princípio da separação dos poderes), os arts. 5º, 12 e 14 (direitos e garantias fundamentais), arts. 44 a 125 (Poder Executivo, Legislativo e Judiciário), arts. 18 a 43 e 145 a 162 (organização federal e repartição de competências). Op. Cit., p. 29.

aplicada como lei a partir das decisões de órgãos jurisdicionais, mas pelo Presidente do *Reich*³⁶, em textual:

“O Presidente do Reich encontra-se no centro de todo um sistema de neutralidade e independência político-partidárias, construído sobre uma base plebiscitária. O ordenamento estatal do atual Reich alemão depende dele na mesma medida em que as tendências do sistema pluralista dificultam, ou até mesmo impossibilitam, um funcionamento normal do Estado legiferante. Antes que se institua, então, para questões e conflitos relativos à alta política, um tribunal como guardião da Constituição e, por meio de tais politizações, se onere e coloque em risco a justiça, dever-se-ia, primeiramente, lembrar desse conteúdo positivo da Constituição de Weimar e de seu sistema constitucional. Consoante o presente conteúdo da Constituição de Weimar, já existe um guardião da Constituição, a saber, o Presidente do Reich.”³⁷

A seu turno, a noção sociológica da Constituição, concebida por FERDINAND LASSALE, enxerga a Constituição como a reunião dos fatores reais de poder existentes em uma determinada sociedade, independentemente do que se encontra escrito no texto constitucional. A função desse último seria abranger, rigorosamente, a soma das expressões fáticas das relações de poder – como a burguesia, a aristocracia, os banqueiros, o senado, as forças armadas e os eleitores, entre outros – para que fosse “real e efetivo”. Caso contrário, não passaria de uma mera “folha de papel”. Nas palavras do próprio autor:

“Os fatores reais do poder que atuam no seio de cada sociedade são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes, determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são. (...) Esta é, em síntese, em essência, a Constituição de um país: a soma dos

³⁶ É oportuno notar que, em função de tal conclusão, Carl Schmitt tornou-se posteriormente conhecido como aquele que conferiu fundamento jurídico-constitucional ao regime nacional-socialista de Adolf Hitler. De fato, sob o confortável asilo do entendimento de que o próprio Presidente do Reich seria o guardião da Constituição, escapando de qualquer controle de natureza jurisdicional, o partido nazista de Hitler assumiu o poder e adotou políticas flagrantemente contrárias à Constituição sem sequer ter tido que romper com a ordem constitucional. Assim, sob o manto da Constituição de Weimar, progressista e de vanguarda, instalou-se um Estado totalitário com políticas genocidas. Nesse sentido, anota Oswaldo Palu: “Abalaram esta concepção de guarda da Constituição os fatos ocorridos na Alemanha no início deste século, pois com base nela e no art. 48 da Constituição de Weimar, Adolf Hitler, que já exercia o poder como Chanceler, com a morte do presidente Hindenburg não teve sequer que derrogar formalmente a Constituição para se tornar ditador plenipotenciário. A Constituição de Weimar destruída por quem invocava o título de seu defensor”. Op. Cit., pp. 89-90

³⁷ SCHMITT, Carl. *O Guardião da Constituição*. Tradução de Geraldo de Carvalho, coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, pp. 232-233.

fatores reais do poder que regem uma nação. Mas que relação existe com o que vulgarmente chamamos Constituição? Com a Constituição jurídica? Não é difícil compreender a relação que ambos os conceitos guardam entre si. Juntam-se esses fatores reais do poder, os escrevemos em uma folha de papel, e eles adquirem expressão escrita. A partir desse momento, incorporados a um papel, não são simples fatores reais do poder, mas sim verdadeiro direito – instituições jurídicas. Quem atentar contra eles atenta contra a lei e por conseguinte é punido. (...) Os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder; a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país vigem e as constituições escritas não tem valor nem são duráveis, a não ser que exprimam fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social: eis aí os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar.”³⁸

O reconhecimento dogmático da força normativa da Constituição foi, por sua vez, contribuição do jurista alemão KONRAD HESSE. Em ensaio intitulado “*A Força Normativa da Constituição*”³⁹, formulado como resposta à concepção engendrada por LASSALE, o Professor da Universidade de Freiburg afirmou o valor jurídico-normativo das disposições constitucionais, o que confiaria ao Direito Constitucional caráter de ciência do Direito, em textual:

“Essa negação do direito constitucional importa na negação do seu valor enquanto ciência jurídica. Como toda ciência jurídica, o Direito Constitucional é ciência normativa; Diferencia-se, assim, da Sociologia e da Ciência Política enquanto *ciências da realidade*. Se as normas constitucionais nada mais expressam do que relações fáticas altamente mutáveis, não há como deixar de reconhecer que a ciência da Constituição jurídica constitui uma ciência jurídica na ausência do direito, não lhe restando outra função senão a de constatar e comentar os fatos criados pela *Realpolitik*. Assim, o Direito Constitucional não estaria a serviço de uma ordem estatal justa, cumprindo-lhe tão-somente a miserável função – indigna de qualquer ciência – de justificar as relações de poder dominantes. Se a Ciência da Constituição adota essa tese e passa a admitir a Constituição real como decisiva, tem-se a sua descaracterização como ciência normativa, operando-se a sua conversão numa simples ciência do ser. Não haveria mais como diferenciá-la da Sociologia ou da Ciência Política.”⁴⁰

³⁸ LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 6ª ed. – Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001, pp. 10-11, 17-18 e 40.

³⁹ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Sérgio Antônio Fabris Editor – Porto Alegre, 1991.

⁴⁰ *Ibid.* p. 11.

De fato, admitiu-se aí uma “força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado” emanada da Constituição, cujas normas teriam o poder de vincular a atividade desenvolvida no interior da esfera estatal, condicionando as condutas do Estado. Ao adotar uma postura moderada em relação à natureza da Constituição, o ex-presidente da Corte Constitucional Alemã reconheceu uma relação de “condicionamento recíproco” entre o seu aspecto de ordenação normativa e a realidade sociopolítica subjacente⁴¹.

Sem prejuízo de nenhuma das concepções delineadas, cada qual com seu inestimável valor teórico e caráter atemporal, o percurso do Direito Constitucional contemporâneo revela flagrante preocupação científica e institucional com a eficácia normativa da Constituição, vislumbrando-se, até mesmo, um movimento de “constitucionalização” de todo o Direito. Além disso, a chamada eficácia externa da Constituição já é uma realidade, uma vez que vem sendo intensamente discutida a possibilidade de sua eficácia no âmbito das relações inter-privadas⁴².

Não se discute, portanto, no contexto do moderno Direito Constitucional, que as disposições constitucionais possuem força de lei. Elas vinculam todas as esferas do Poder Público e representam garantia do indivíduo em face de ocasionais arbítrios emanados do Estado. Desse modo, é no mínimo discutível qualquer medida política ou judicial que imponha a uma norma constitucional algum grau de ineficácia.

⁴¹ “Mas, – esse aspecto afigura-se decisivo – a pretensão de eficácia de uma norma constitucional não se confunde com as condições de sua realização; a pretensão de eficácia associa-se a essas condições como elemento autônomo. A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem o conformação à realidade política e social. (...) ‘Constituição real’ e ‘constituição jurídica’ estão em uma relação de coordenação. Elas condicionam-se mutuamente, mas não dependem, pura e simplesmente, uma da outra. Ainda que não de forma absoluta, a Constituição jurídica tem significado próprio. Sua pretensão de eficácia apresenta-se como elemento autônomo no campo de forças do qual resulta a realidade do Estado. A Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia”. Ibid. pp. 15-16.

⁴² Ver, quanto a essa discussão, SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

No caso da jurisdição constitucional brasileira, a modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade é um tema que, necessariamente, suscita inúmeras polêmicas e questionamentos, sobretudo porque debela, em alguma medida, a produção dos regulares efeitos da Constituição. É que admitir que uma lei inconstitucional tenha produzido efeitos sem que a decisão de inconstitucionalidade venha desconstituir as relações jurídicas dali resultantes tem como consequência a não aplicação da Constituição, naquele caso, durante algum período de tempo.

Assim, as discussões relacionadas à legitimidade desse instrumento de manipulação dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade devem sempre levar em conta a superioridade jurídica e a força normativa da Constituição: podem esses princípios ser invertidos em nome da “segurança jurídica” ou do “excepcional interesse social”?

2.4 – Teoria da nulidade x Teoria da anulabilidade das normas inconstitucionais

Ao estudo dos efeitos dos processos de controle da constitucionalidade das leis e atos normativos é imprescindível a análise cuidadosa de conceitos fundamentais comuns às inúmeras teorias sobre a norma jurídica: existência, validade e eficácia. Decerto, o entendimento que se tem a respeito de cada um desses níveis de operação das normas jurídicas influi decisivamente na conclusão sobre a nulidade ou a anulabilidade da lei inconstitucional. É, em outras palavras, dizer: definir se a lei maculada pela inconstitucionalidade é nula ou simplesmente anulável depende, até certo ponto, do que se entende por existência, validade e eficácia da norma jurídica.

De início, cumpre estabelecer as premissas conceituais relacionadas a cada um desses três planos da dinâmica normativa, a par das inúmeras confusões e diversificadas conceituações existentes no seu entorno. Assim é

que tem-se por existência o atributo que evidencia a incorporação de uma norma a um determinado sistema jurídico, tratando-se de uma questão resolvida na esfera dos fatos: se determinada disposição lingüística estiver conformada pelos caracteres necessários à incidência de uma norma jurídica (agente, objeto e forma) e incorporada a algum conjunto normativo, por meio de sua aprovação e publicação por órgão da estrutura estatal, ela será uma norma existente⁴³.

Validade, por outro lado, é um conceito relacional. Não é enxergada senão no contexto do sistema de normas, uma vez que exprime a conformidade de uma norma com o ordenamento em que se encontra inserida⁴⁴. Embora a doutrina que se debruça detidamente sobre o tema identifique, no desvalor do ato inconstitucional, diferentes graus de invalidade, é possível inferir que o plano da validade alude à condição de pertencimento material, e não apenas formal⁴⁵, de uma norma jurídica dentro de um determinado universo: para que uma norma seja válida, portanto, é necessário (i) que haja outra norma hierarquicamente superior que confira competência a uma autoridade para emití-la, de modo que se torne institucional⁴⁶ e; (ii) que a norma seja semanticamente congruente com o direito a ela superior⁴⁷.

⁴³ “A ausência, deficiência ou insuficiência dos elementos que constituem pressupostos materiais de incidência da norma impedem o ingresso do ato no mundo jurídico. Será, por via de consequência, um ato inexistente, do qual o Direito só se ocupará para repeli-lo adequadamente, se necessário. Seria inexistente, por exemplo, uma ‘lei’ que não houvesse resultado da aprovação da casa legislativa, por ausente a manifestação de vontade apta a fazê-la ingressar no mundo jurídico”. BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., p. 13.

⁴⁴ Importa, aqui, observar que o conceito de validade encarado em seu sentido técnico-formal é sinônimo de vigência. No entanto, seu sentido difundido é o ético, que tem a ver com a observância aos ditames de normas superiores.

⁴⁵ Mal ou bem, como destacamos no conceito de existência, uma norma existente, mas inválida, pertence ao ordenamento jurídico até que venha a ser expurgada ou ter sua eficácia suspensa/cessada. Tal pertencimento, no entanto, é meramente formal, pois o Estado, por meio de algum de seus órgãos – ainda que incompetente – emitiu a vontade final de integrar a norma no ordenamento (aprovando-a e publicando-a em folha oficial), sem, contudo, ter atentado para as balizas jurídicas existentes para tanto. Por outro lado, validade, segundo essa distinção, tem a ver com o pertencimento material da norma.

⁴⁶ “Em outro sentido, validade de uma norma significa que ela existe e que, além dela, existe outra norma superior, que permitiu à autoridade da primeira emití-la. Nesse sentido, podemos dizer que *a validade de uma norma significa a legalidade do ato de emití-la*”. FERRARI, Regina Maria Macedo

Eficácia, por sua vez, remete à capacidade de uma norma de produzir seus efeitos típicos⁴⁸, isto é, se ela é apta a atingir os fins a que se propõe, sendo regularmente aplicada pelas instituições e/ou comumente observada por seus destinatários, o que não é o mesmo: o comando prescricional de uma norma jurídica pode ser sempre desrespeitado pelos destinatários, contanto que as autoridades constituídas sempre apliquem a sanção correspondente, como condição para que seja eficaz.

Muito freqüentemente, esses níveis de observação das normas dependem uns dos outros e, em certas situações, até mesmo se identificam. A título de exemplo, a existência de uma norma moral ou consuetudinária é sinonímia de sua eficácia, pois uma norma moral somente existe na medida em que determinado grupo social segue repetindo a conduta prescrita ou exigindo tal comportamento de seus pares. Por outro lado, tais conceitos e as dinâmicas lógicas por eles estabelecidas são compreendidos de maneiras bastante divergentes na Teoria e na Filosofia do Direito. Fato é que, conforme já delineado, é com base nesses pilares que se erguem as teorias concernentes aos efeitos das decisões de inconstitucionalidade.

O embate entre a teoria da nulidade e a teoria da anulabilidade dos atos inconstitucionais remonta ao início do século XX e consta de uma das mais importantes contribuições ao Direito – a “Teoria Pura do Direito”, do jusfilósofo austríaco HANS Kelsen. Em sua obra-prima, o Professor de Viena se propôs a estudar a mecânica normativa desenrolada no interior dos sistemas jurídicos, afastando de seu objeto quaisquer elementos estranhos à norma e ao ordenamento jurídico.

Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 64.

⁴⁷ É necessário observar que o conflito de normas válidas é algo comum no interior dos sistemas jurídicos, sendo certo que é justamente para resolvê-los que existem os critérios da especialidade (*lex specialis derogat generale*) e o temporal (*lex posteriori derogat anteriori*).

⁴⁸ “Tratando-se de uma norma, a eficácia jurídica designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, seu efeito *típico*, que é o de regular as situações nela indicadas. Eficácia diz respeito, assim, à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma”. Ibid. p. 14.

Foi justamente este pensador quem introduziu o controle de constitucionalidade na Europa por intermédio da Corte Constitucional da Áustria, prevista na Constituição Austríaca de 1920, por ele arquitetada, e emendada pela reforma constitucional de 1929. De acordo com o sistema de controle daquele texto constitucional, a fiscalização de constitucionalidade das leis era uma função constitucional, e não judicial, a ser exercida de maneira concentrada pela Corte Constitucional da Áustria. A decisão de inconstitucionalidade proferida por essa Corte possuía cunho constitutivo negativo, de modo que o órgão era considerado um “legislador negativo”. A norma inconstitucional, então, não era nula, mas meramente anulável, e a decisão apta a expurgá-la era dotada de efeitos “ex nunc”.

De fato, Kelsen propugnou a anulabilidade das leis inconstitucionais a partir de uma noção de equivalência entre existência e validade (e vigência)⁴⁹. Para ele, a norma existe na medida em que é válida e é vigente⁵⁰. E norma válida e vigente é aquela que foi integrada a um ordenamento jurídico mediante a observância dos procedimentos pré-estabelecidos à sua criação. Por conseguinte, uma vez devidamente aprovada e integrada ao sistema (mediante a publicação em diário oficial, por exemplo), a norma torna-se existente e jamais pode vir a ser considerada um “não-acontecido”, tendo em vista que não se poderia conceber um “direito antijurídico”. Convém, neste passo, transcrever trecho do pensamento *kelseniano*:

“Com efeito, esta fala de decisões jurisdicionais ‘ilegais’ e de leis ‘anticonstitucionais’ e, assim, dá a impressão de ser possível algo como uma norma contrária às normas em geral e uma norma jurídica antijurídica em especial. Sim, o próprio Direito parece contar com um direito antijurídico e confirmar a sua existência pelo fato de tomar muitas disposições que se consideram ter como fim a anulação de direito antijurídico. Se, porém, existisse tal coisa como um direito antijurídico, desapareceria a unidade do

⁴⁹ FISCHER, Octávio Campos. *Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 220-221.

⁵⁰ A proposição que melhor exprime a relação lógica entre os conceitos de existência e validade em Kelsen é a seguinte: “se uma norma existe, ela é válida e vigente”.

sistema de normas que se exprime no conceito de ordem jurídica (ordem do Direito). Mas uma ‘norma contrária às normas’ é uma contradição nos termos; e uma norma jurídica da qual se pudesse afirmar que ela não corresponde à norma que preside à sua criação não poderia ser considerada norma jurídica válida – seria nula, o que quer dizer que nem sequer seria uma norma jurídica. O que é nulo não pode ser anulado (destruído) pela via do Direito. Anular uma norma não pode significar anular o ato de que a norma é o sentido. Algo que de fato aconteceu não pode ser transformado em não-acontecido.”⁵¹

Com arrimo nessa linha de raciocínio, a norma jurídica, presumivelmente válida e efetivamente existente e vigente, somente poderia vir a ser invalidada por intermédio de decisão emanada da autoridade competente, que teria natureza constitutiva⁵². Em virtude de seu rigoroso apego filosófico à teoria da unidade do ordenamento jurídico, esse jurista austríaco entendeu que a norma é válida, existente e produz todos os seus efeitos até que venha a ser anulada através dos mecanismos previstos pelo próprio Direito.

É importante notar, ainda, que a concepção de KELSEN não é radicalmente avessa à possibilidade de serem conferidos efeitos retroativos às decisões de inconstitucionalidade; o que rejeita cabalmente é o entendimento de que a lei inconstitucional seja lei nula e que a decisão limite-se a “declarar” a inconstitucionalidade da norma, que nunca teria sido válida ou existente, *in verbis*:

“A afirmação de que uma lei válida é ‘contrária à Constituição’ (anticonstitucional) é uma *contraditio in adjecto*; pois uma lei somente pode ser válida com fundamento na Constituição. (...) a lei em questão, de acordo com a Constituição, pode ser revogada não só pelo processo usual, segundo o

⁵¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado – 6ª Ed. – São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.296.

⁵² Discordamos, neste ponto, do Prof. Octávio Campos Fischer quando assinala que KELSEN, ao atingir essa conclusão, “operou um drástico rompimento na consequência natural de seu raciocínio”, pois, “ao invés de concluir que, a partir da declaração de uma invalidade (de uma inexistência, portanto), tem-se, por natureza, a adoção de efeitos “ex nunc” da decisão de inconstitucionalidade”. Pelo contrário, o raciocínio *kelseniano* é absolutamente coerente com suas premissas: se norma existente é norma válida, a norma integrada ao ordenamento jurídico não pode vir a ser considerada, em relação aquele período de tempo, inválida e inexistente. Em razão da unidade da ordem jurídica, não se poderia admitir um direito antijurídico durante qualquer espaço temporal e, por isso, eventual decisão pela invalidade da norma a expulsaria do sistema a partir daquele momento.

princípio *Lex posterior derogat priori*, mas também através de um processo especial, previsto pela Constituição. Enquanto, porém, não for revogada, tem de ser considerada válida; e, enquanto for válida, não pode ser inconstitucional. (...) Quando a ordem jurídica estabelece, por exemplo, que uma norma que não foi posta pelo órgão competente, ou foi posta por um indivíduo que nem sequer possuía a qualidade de órgão, ou uma norma que tenha o conteúdo que a Constituição exclui, devem ser consideradas nulas *a priori* e que, portanto, não é necessário qualquer ato para as anular, necessita determinar quem há de verificar a presença dos pressupostos dessa nulidade; e, como esta verificação tem caráter constitutivo, como a nulidade da norma em questão é efeito desta verificação, como não pode ser juridicamente afirmada antes de realizada tal verificação, esta verificação significa, mesmo quando se opere na forma de uma declaração de nulidade, a anulação, com efeito retroativo, de uma norma até aí considerada válida. Sob este aspecto, o Direito é como o rei Midas: da mesma forma que tudo que este tocava se transformava em ouro, assim também tudo aquilo a que o Direito se refere assume o caráter de jurídico. Dentro da ordem jurídica, a nulidade é apenas o grau mais alto da anulabilidade.”⁵³

No que concerne o controle de constitucionalidade no direito brasileiro, a tese da anulabilidade da norma jurídica foi sustentada, em sede jurisprudencial, por voto vencido da lavra do Ministro LEITÃO DE ABREU⁵⁴, bem como por parte minoritária da doutrina, capitaneada pela Prof. REGINA MACEDO NERY FERRARI. Esta corrente doutrinária pode ser sintetizada com suporte na seguinte passagem, que, no entanto, faz a mesma ressalva de KELSEN a respeito da possibilidade de efeitos retroativos da decisão:

“O fato de ser a lei ou ato normativo inconstitucional simplesmente anulável não quer dizer que não possamos admitir a anulabilidade com força retroativa. Sendo assim, aceitamos o caráter constitutivo da sentença que reconhece a inconstitucionalidade, mas o fato de a invalidade da lei defluir de uma decisão desta espécie não significa que julgamos que os efeitos daí decorrentes possam existir somente após a data da sentença, o que, apesar de ser a regra, não pode ser levada a termos absolutos”.⁵⁵

⁵³ KELSEN, Hans. Op. Cit., p.308.

⁵⁴ Trata-se do voto proferido nos autos do RE nº 79.343/BA, rel. Min. Leitão de Abreu: “Acertado se me afigura, também, o entendimento de que se não deve ter como nulo *ab initio* ato legislativo, que entrou no mundo jurídico munido de presunção de validade, impondo-se, em razão disso, enquanto não declarado inconstitucional, à obediência pelos destinatários dos seus comandos. Razoável é a inteligência, a meu ver, de que se cuida em verdade, de ato anulável, possuindo caráter constitutivo a decisão que decreta a nulidade”.

⁵⁵ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Op. Cit., p.270.

A despeito desse posicionamento inegavelmente coerente, porém vencido, afigura-se imperiosa, para os efeitos da presente investigação, a adoção de uma postura realista: o controle de constitucionalidade, na história constitucional brasileira, sempre teve como norte o princípio da nulidade das leis inconstitucionais, notadamente por conta da influência do constitucionalismo norte-americano.

Com efeito, a decisão do *Justice* John Marshall no caso *Marbury vs. Madison*⁵⁶, julgado pela Suprema Corte – marco inicial do controle de constitucionalidade das leis de matriz norte-americana –, para além de haver reconhecido a competência de qualquer juízo ou Tribunal para declarar inconstitucional uma determinada lei, dispôs que a norma reconhecida judicialmente como inconstitucional deve ser considerada nula e írrita, como se sequer houvesse sido introduzida no ordenamento jurídico. Vale citar, pela clareza do raciocínio, trecho do voto do então Presidente da Suprema Corte norte-americana:

“Certamente, todos quantos fabricarem Constituições escritas consideraram tais instrumentos como lei fundamental e predominante da nação e, conseqüentemente, a teoria de todo o governo, organizado por uma Constituição escrita, deve ser que é nula toda resolução legislativa com ela incompatível. Se nula é a resolução da legislatura inconciliável com a Constituição, deverá, a despeito de sua nulidade, vincular os tribunais e obrigá-los a dar-lhes efeitos?”.⁵⁷

É oportuno notar, neste campo de observações, que a conclusão sobre a nulidade da lei declarada inconstitucional e a conseqüente retroatividade da decisão de inconstitucionalidade é recorrente na doutrina e jurisprudência constitucional americana. Por exemplo, o *Justice* Holmes, no julgamento do caso *Kuhn v. Fairmont Coal Co.*⁵⁸, aduziu que “*a rule of ‘retrospective*

⁵⁶ Cf. Cap. 1, item 1.1.

⁵⁷ 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

⁵⁸ 215 U.S. 349, 372 (1910).

*operation' has governed judicial decisions (...) for near a thousand years”*⁵⁹.

Adicionalmente, o papel dogmático da nulidade das leis inconstitucionais no constitucionalismo americano é extraível da seguinte afirmação do constitucionalista norte-americano LAURENCE TRIBE:

“The Supreme Court has considered the effect of judgments of unconstitutionality chiefly in the context of determining the retroactive reach of its decisions of constitutional law in both the civil and criminal procedure contexts. Retroactivity doctrine is a reflection of the applicable theory of lawmaking. If an unconstitutional statute or practice effectively never existed as lawful justification for state action, individuals convicted under the statute or in trials which tolerated the practice were convicted unlawfully even if their trials took place before the declaration of unconstitutionality; such declaration should have a fully retroactive effect”.⁶⁰

A sensível influência do direito norte-americano, portanto, se fez sentir desde o advento da República no Brasil. O próprio Ruy Barbosa, arquiteto do modelo constitucional republicano, destacou que *“toda medida legislativa, ou executiva, que desrespeitar precedentes constitucionais, é, de sua essência, nula”*⁶¹. Além dele, é importante destacar que a literatura clássica pertinente ao tema chancelou, em peso, a tese da nulidade das normas inconstitucionais, como se depreende da representativa opinião de ALFREDO BUZUID:

“Lei inconstitucional é, portanto, lei inválida, absolutamente nula. A sentença, que decreta a inconstitucionalidade, é predominantemente

⁵⁹ Em tradução livre: “uma regra de operação retroativa tem governado as decisões judiciais por quase mil anos”.

⁶⁰ TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. Third Edition – Volume One, New York, New York, Foundation Press, 2000, pp. 216-217. Em tradução livre: “A Suprema Corte considerou os julgamentos de inconstitucionalidade primordialmente no sentido de determinar o alcance retroativo das suas decisões sobre o direito constitucional tanto no processo civil, quanto no criminal. A doutrina da retroatividade é um reflexo da teoria aplicável sobre a criação do direito. Se um ato ou uma lei inconstitucional nunca efetivamente existiu como uma justificativa legal para a ação do Estado, os indivíduos condenados com base naquela norma ou por tribunais que toleraram o ato foram ilegitimamente condenados, mesmo que os seus julgamentos tenham ocorrido antes da declaração de inconstitucionalidade; essa declaração deve ter efeito retroativo”.

⁶¹ BARBOSA, Ruy. *Os actos inconstitucionales do Congresso e do Executivo ante a justiça federal*. Rio de Janeiro, Companhia Imprensa, 1893, p.47 apud BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., p. 18; e *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, vol. IV/135 e 159, coligidos por Homero Pires, 1933, Saraiva; BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *A Teoria das Constituições Rígidas*. 2ª Ed., 1980, Bushatsky, p. 204-205.

declaratória, não predominantemente *constitutiva*. A nulidade fere-a *ab initio*. Embora executória até o pronunciamento definitivo do poder judiciário, a sentença retroage os seus efeitos até o berço da lei, valendo, pois, *ex tunc*".⁶²

Apesar do significativo valor científico da teoria da anulabilidade, alicerçada no normativismo *kelseniano*, a lógica da nulidade das normas inconstitucionais é, de fato, mais coerente com a essência e a história do nosso sistema jurídico. Não é à toa que todos os países que adotaram modelo de controle judicial – especialmente abrigando a modalidade difusa – da constitucionalidade das leis e demais atos normativos, acolheram a teoria da nulidade⁶³: tal sistema de fiscalização aprecia imediatamente os direitos subjetivos emergentes das normas impugnadas, tendo em vista que o processo de controle surge geralmente como uma questão prejudicial de uma demanda subjetiva⁶⁴. Assim, torna-se bastante delicado conceber que uma lei inconstitucional produza validamente seus efeitos, ainda que por um curto prazo, quando repugnante à Constituição. É lícito afirmar, sem qualquer embaraço, que tal possibilidade configuraria, até mesmo, uma grave violação ao princípio democrático, já que significaria a sujeição do Poder Constituinte (vontade originária do povo) à intenção ilegítima e destituída de fundamento do Parlamento.

Ademais, o dogma da nulidade assegura de maneira mais concreta e eficaz a superioridade jurídica e a força normativa da Constituição. Lei inconstitucional é aquela que feriu o procedimento constitucional previsto para

⁶² BUZAID, Alfredo. *Da ação de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958, p.132. No mesmo sentido, cf. BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Reimp. Brasília, Ministério da Justiça, 1997, p. 131.

⁶³ Com efeito, importa observar que a grande maioria dos países da Europa continental (à exceção da Áustria), bem como Estados Unidos e parcela majoritária da América Latina abrigaram a teoria da nulidade das leis inconstitucionais.

⁶⁴ Por outro lado, a concepção da anulabilidade das normas incompatíveis com a Constituição subsiste mais harmonicamente em sistemas que prevêem um controle exclusivo de um órgão político, alheio à estrutura judiciária e afastado das conseqüências fáticas e subjetivas decorrentes de uma norma, que enfatizam puramente a higidez e a inteireza do ordenamento jurídico.

a sua criação ou violou conteúdo substancial da Lei Fundamental do Estado; portanto, admitir que produza seus efeitos até uma eventual decisão de inconstitucionalidade importa negar vigência, durante certo período de tempo, às disposições constitucionais. Em razão disso, a sanção apropriada ao vício de inconstitucionalidade é incontornável – a lei deve ser considerada nula desde a sua criação, ou seja, um natimorto – e todas as relações jurídicas estabelecidas sob o seu império devem necessariamente ser desconstituídas, restabelecendo-se, assim, o estado de coisas a ela anterior.

A Constituição Federal de 1988 não prevê, expressamente, em seu texto, disposições reguladoras dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no tempo⁶⁵. Aliás, é interessante anotar que o texto constitucional não dispensa ao controle de constitucionalidade um capítulo reservado e ordenado, tratando do tema de maneira pulverizada entre as disposições de competência⁶⁶.

Nessa ordem de considerações, adquire grande valor a questão de se identificar qual a natureza da noção teórica que reporta nulidade às leis e atos inconstitucionais, isto é, qual a sua posição no sistema positivo de fiscalização da compatibilidade das normas com a Constituição. Se a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade representa um instrumento de flexibilização do princípio da nulidade das leis inconstitucionais, é imprescindível verificar, antes de qualquer análise crítica, a força e a estatura desse princípio.

Considerado por todos os seus aspectos, inclusive o histórico, é inequívoco que o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade adota a

⁶⁵ A Carta somente regula os efeitos subjetivos da decisão em sede de controle abstrato/concentrado, ao dispor, em seu art. 102, § 2º, que “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

⁶⁶ Assim é que o controle difuso de constitucionalidade, por exemplo, possui previsão expressa – porém oblíqua – na Constituição por meio do artigo 97, que estabelece o postulado da “reserva de plenário”, e das delegações de competência estatuídas no artigo 103, III, ‘a’, ‘b’, ‘c’ e ‘d’, que

teoria da nulidade dos atos inconstitucionais. Em primeiro lugar, a própria adoção de um controle eminentemente judicial aliada à previsão de fiscalização incidental, no curso de processos subjetivos, a ser realizada por qualquer juízo ou tribunal têm como implicação lógica a natureza declaratória da decisão de inconstitucionalidade. Isso porque, conforme já explorado, admitir a produção de efeitos de norma contrária à Constituição resultaria em violação a direitos fundamentais dos jurisdicionados, além de rompimento do princípio democrático e da separação dos poderes.

Ademais, desde a instauração do controle de constitucionalidade no Brasil, inspirado no modelo norte-americano, a declaração de inconstitucionalidade reportou-se à teoria da nulidade e operou efeitos “extunc”. Ainda sob o ponto de vista histórico, vale ressaltar que no processo constituinte de 1987-1988, o então Senador Maurício Corrêa apresentou projeto que autorizaria que o STF determinasse, em cada caso concreto, se a decisão operaria efeitos retroativos ou prospectivos⁶⁷. Posteriormente, em 1994, quando da ocorrência de processo de revisão constitucional, o então Deputado Federal Nelson Jobim propôs a inclusão de um § 5º ao art. 103 da Constituição Federal de 1988, o qual possibilitaria ao STF conferir efeitos prospectivos à decisão de inconstitucionalidade (após o trânsito em julgado)⁶⁸. Em nenhuma das duas oportunidades, a relativização da teoria da nulidade dos

atribuem ao STF a competência para conhecer e julgar recursos extraordinários, os quais têm por objeto questões de fundo constitucional.

⁶⁷ A proposta do Senador Maurício Corrêa dava ao art. 127, § 2º a seguinte redação: “Quando o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, determinará se eles perderão a eficácia desde a sua entrada em vigor, ou a partir da publicação da decisão declaratória”. É curioso observar que mesmo na tentativa de autorizar, constitucionalmente, a possibilidade de efeitos apenas prospectivos às decisões de inconstitucionalidade, a dicção proposta pelo projeto utilizou o verbo ‘declarar’, ou fazendo alusão à nulidade da norma inconstitucional, ou incorrendo em um sugestivo ato falho.

⁶⁸ O teor do dispositivo seria o seguinte: “Quando o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade, em tese, de lei ou ato normativo, poderá determinar, por maioria de dois terços de seus membros, a perda de sua eficácia a partir do trânsito em julgado da decisão”. Cf. VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*, 3ª ed., São Paulo: Del Rey, 2003, apud BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*, pp. 23-24.

atos inconstitucionais foi admitida em sede constitucional, a evidenciar a sedimentada tradição do princípio no direito brasileiro.

Em razão dessa realidade, é possível afirmar que o princípio da nulidade das leis e atos normativos inconstitucionais não deriva de mera jurisprudência ou entendimento doutrinário solidificado. Mais que isso, é verdadeiro princípio constitucional implícito, extraído da própria lógica do sistema positivo e consolidado na tradição do controle de constitucionalidade no Brasil, encontrando-se presente nas práticas judiciárias do Supremo Tribunal Federal desde a sua criação⁶⁹.

Até mesmo GILMAR FERREIRA MENDES, defensor de atenuações à eficácia objetiva e temporal das decisões de inconstitucionalidade, reconhece, em sede doutrinária, a estatura constitucional do postulado em discussão, consoante se depreende da passagem a seguir:

“(...) todos os atos praticados com base na lei inconstitucional estão igualmente evitados de iliceidade. (...) Essa orientação, que já era dominante antes da adoção do controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro, adquiriu, posteriormente, quase o significado de uma verdade axiomática. (...) Embora tenha o Tribunal logrado formular a questão com a necessária nitidez, é certo que também ele parece partir da premissa de que o princípio da nulidade da lei inconstitucional tem hierarquia constitucional. Tanto o poder do juiz de negar aplicação à lei inconstitucional quanto a faculdade assegurada ao indivíduo de negar observância à lei inconstitucional demonstram que o constituinte pressupôs a nulidade da lei inconstitucional. Nessa medida, é imperativo concordar com a orientação do Supremo Tribunal Federal que parece reconhecer hierarquia constitucional ao postulado da nulidade da lei incompatível com a Constituição.”⁷⁰

⁶⁹ Em sentido diametralmente oposto, ver SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. *Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos*, in Revista Ibero-Americana de Direito Público, RIADP: Doutrina, Pareceres, Jurisprudência / Órgão de Divulgação Oficial do Instituto Ibero-Americano de Direito Público – IADP (Capítulo Brasileiro). – Ano 1, nº 1 (Jan./Jun. 2000) – Rio de Janeiro: América Jurídica, 2000, p. 46: “Sou inclinado a pensa, por esse agregado de razões, que a definição em prol da índole retroativa que até hoje logrou prevalecer entre nós não passa de uma mera opção de política pretoriana, no melhor estilo da policy judge made que informou a mentalidade judiciarista na Suprema Corte dos Estados Unidos na década de 30”.

⁷⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, 5ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 323-326.

De fato, a posição privilegiada do postulado que reporta nulidade à lei repugnante à Constituição é reiteradamente afirmada pelo STF no exercício do controle⁷¹. A orientação dessa Corte Suprema pode ser mais bem explicada pelo Ministro CELSO DE MELLO, na fundamentação de voto clássico proferido nos autos da ADI nº 652-5/MA:

“Ato inconstitucionais são, por isso mesmo, nulos e destituídos, em consequência, de qualquer carga de eficácia jurídica. Esse tem sido o entendimento doutrinário compatível com o sentido das Constituições rígidas, tal como a que hoje vigora no Brasil. E diversa não tem sido, nesse tema, a orientação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, cujo magistério, de um lado, sublinha a nulidade plena do ato inconstitucional, e, de outro, proclama – a partir de sua absoluta ineficácia jurídica – o caráter retroativo da declaração judicial que reconhece a sua incompatibilidade hierárquico-normativa com a Lei Fundamental. É por essa razão que a declaração de inconstitucionalidade de uma lei alcança, inclusive, os atos do passado com base nela praticados (RTJ 19/127), eis que o reconhecimento desse supremo vício jurídico, que inquina de 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.”

Esse, portanto, é o referencial concernente ao nível de desvalor jurídico da lei ou ato normativo eivado de inconstitucionalidade e aos efeitos da decisão judicial que reconhece a sua desarmonia com a Constituição. O controle de constitucionalidade, exercido, no direito brasileiro, essencialmente por órgãos jurisdicionais e de modo repressivo, tem como efeitos convencionais de uma declaração de inconstitucionalidade sem ressalvas a nulidade da legislação contrária ao texto constitucional e a desconstituição das relações jurídicas instauradas sob a sua égide.

⁷¹ Cf. STF, RE nº 103.619, rel. Min. Oscar Corrêa, Brasília, DJ de 15.03.1985 e ADI nº 652-5, rel. Min. Celso de Mello, Brasília, j. em 02.04.1992 e DJ de 02.04.1993.

2.5 – Modalidades de controle

A dogmática constitucional consagrada no direito brasileiro habituou-se a estabelecer certas classificações relacionadas ao controle de constitucionalidade, identificando diferentes modalidades de verificação da correspondência das leis e atos normativos com a Constituição.

Nesse contexto, é possível distinguir, *a priori*, as espécies de controle levando-se em conta (i) momento em que o controle é exercido; e (ii) o Poder que exerce o controle. Considerando, mais especificamente, apenas o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis, é também oportuno classificá-lo em razão (iii) do órgão judicial que exerce o controle; e (iv) da forma pela qual o controle é desempenhado.

No que diz respeito ao momento em que a conformidade constitucional das leis é aferida, pode-se sistematizar o controle em preventivo, de um lado, e repressivo, de outro. Controle preventivo é aquele realizado antes do ingresso da norma no ordenamento jurídico, vale dizer, antes da conversão de um projeto legislativo em lei. Confere-se, portanto, a legitimidade constitucional não de uma lei em vigor, mas de um projeto que conforma mera expectativa de lei. No Brasil, as duas hipóteses de controle político de constitucionalidade são também preventivas, uma vez que a fiscalização ocorre durante o curso do processo de criação da lei. Além dessas, há uma incipiente possibilidade de controle preventivo jurisdicional, tendo em vista que o STF tem admitido a impetração de mandados de segurança por parlamentares contra o mero processamento de propostas de emendas à constituição violadoras de cláusulas pétreas. Nesse caso, os parlamentares visam assegurar seu direito líquido e certo de não tomar parte em processo de reforma constitucional manifestamente ilegítimo, por constituir tentativa de rescindir o núcleo duro contido no art. 60, § 4º, da Constituição Federal⁷².

⁷² STF, MS 20.257, rel. Min. Moreira Alves, Brasília, RTJ 99 (3)/1040.

Já o controle repressivo é aquele que tem por objeto a norma já vigente, incorporada ao ordenamento jurídico e produzindo seus regulares efeitos. É o momento em que o controle é classicamente exercido nos sistemas que prevêm o protagonismo do Poder Judiciário no exercício do controle, o qual possui a última palavra em matéria de constitucionalidade, podendo determinar a expulsão da norma do ordenamento jurídico em caso de inconstitucionalidade.

Quanto ao Poder responsável pelo exercício da fiscalização, contrapõe-se geralmente ao controle judicial o controle político. Como a própria nomenclatura sugere, controle político é a verificação de compatibilidade das normas com a Constituição exercida por um ente político, seja ele do Legislativo ou do Executivo. Tal modalidade de controle sagrou-se predominante na França, onde um Conselho Constitucional – composto pelos ex-presidentes da República e por nove conselheiros escolhidos pelo Presidente da República e pelo Parlamento – se manifesta a respeito da constitucionalidade das leis antes de sua entrada em vigor. Aponta-se como fundamento histórico do sistema francês a desconfiança do povo em relação aos juízes, originada ainda nos tempos de Monarquia Absolutista⁷³. No Brasil, o controle político é exercido em dois momentos diferentes no decorrer do processo legislativo: primeiro, quando a Comissão de Constituição de Justiça da casa legislativa realiza um juízo prévio de constitucionalidade da norma elaborada, podendo rejeitá-la porque inconstitucional; e depois, quando o Presidente da República tem a faculdade de vetar uma lei por entendê-la

⁷³ CAPPELLETTI, Mauro. Op. Cit., p. 96: “Razões de vária natureza (sic) estão na base desta solução tradicionalmente adotada na França, solução que, embora admita às vezes um controle político, exclui, porém, um verdadeiro controle jurisdicional de constitucionalidade. *Razões históricas*, sobretudo, ou seja, a permanente lembrança das graves interferências que, anteriormente à Revolução Francesa, os juízes franceses muito freqüentemente perpetravam na esfera dos outros poderes, com conseqüências que, se, às vezes, podiam, também, um salutar antídoto contra as tendências absolutistas da monarquia, mais amiudamente tinham, antes, o sabor do arbítrio ou do abuso”.

inconstitucional (CF, art. 66, § 1º)⁷⁴. Costuma-se apontar, também, a faculdade de o Presidente da República descumprir lei que entenda contrária à Constituição como uma forma de controle político.

O controle judicial, a seu turno, é aquele exercido pelos órgãos do Poder Judiciário. De acordo com o que foi anteriormente explorado, o controle judicial é construção teórica norte-americana e teve início com a decisão do Justice John Marshall no caso *Marbury v. Madison*⁷⁵, quando se reconheceu a competência dos órgãos judiciais para aferir a validade da legislação inferior em face da Constituição. De fato, se a Constituição é a norma que irradia validade ao ordenamento jurídico, naturalmente seria campo de atuação do Judiciário a sua aplicação e interpretação, assim como o reconhecimento da invalidade das leis incompatíveis com o texto constitucional. O controle judicial de constitucionalidade é majoritariamente adotado pelos sistemas constitucionais ao redor do mundo: por exemplo, no Brasil, nos demais países da América Latina, nos Estados Unidos da América, em Portugal e em alguns outros países europeus é o Judiciário que detém a maior fatia de competência em matéria de fiscalização de constitucionalidade.

No contexto do controle judicial da constitucionalidade das leis, tem-se que ele pode ser difuso ou concentrado, em relação ao órgão judicial que opera o controle; bem como incidental ou por via de ação direta, de acordo com a forma pela qual a questão constitucional é apresentada ao órgão competente.

A Constituição Federal de 1988 adotou um sistema híbrido – ou dual – de controle da constitucionalidade das leis e atos normativos, abarcando tanto o controle difuso (e incidental) quanto o controle concentrado (e por via de

⁷⁴ É interessante notar que a CF/88 possibilita um processo dialético em relação ao controle político de constitucionalidade exercido, de modo preventivo, no curso do processo legislativo. De fato, quando o chefe do Poder Executivo veta parcial ou integralmente um projeto de lei, brecando sua promulgação, está expressando sua divergência com a casa legislativa que o aprovava, inclusive, havendo atestado sua constitucionalidade por intermédio de sua Comissão de Constituição e Justiça. Por isso, em tal hipótese a Constituição, em seu art. 66, §§ 4º e 5º, permite que a casa legislativa aprecie e, eventualmente, derrube o veto, ato este que também se insere na esfera do controle político e preventivo de constitucionalidade.

ação direta), seguindo a tendência histórica da trajetória constitucional brasileira e alinhando-se ao modelo escolhido pela Constituição Portuguesa de 1976. Nesse sentido, tendo em vista que o foco primordial do presente trabalho situa-se no âmbito do controle jurisdicional de constitucionalidade, cumpre designar às suas classificações, bem como às suas peculiaridades no direito brasileiro, análises à parte.

2.6 – Controle difuso/incidental de constitucionalidade: eficácia objetiva, subjetiva e temporal da declaração de inconstitucionalidade

Difusa é a modalidade de controle em que todo e qualquer juízo ou Tribunal componente do Poder Judiciário detém competência para deixar de aplicar determinada norma jurídica em função de reconhecê-la como inconstitucional. Essa modalidade realiza-se faticamente no curso de um processo judicial envolvendo partes de uma demanda que não têm o objetivo precípuo a declaração de inconstitucionalidade, razão pela qual se diz também que o controle é subjetivo. Justamente em razão disso, a decisão não tem o condão de expurgar a norma do conjunto normativo ou de suspender sua eficácia com efeitos gerais e, sim, de vincular apenas as partes envolvidas naquela demanda judicial, causando efeitos *inter partes*. O que caracteriza, contudo, o sistema difuso ou de matriz americana é o dever que todo magistrado – desde o juiz de primeira instância até o Supremo Tribunal Federal – tem de negar aplicação à lei inconstitucional.

No sistema brasileiro, a fiscalização difusa é também incidental, porquanto a questão constitucional, surgida *incidentalmente* no seio do controle difuso de constitucionalidade⁷⁶, torna-se prejudicial à solução do

⁷⁵ Cf. itens 1.1 e 2.4, *supra*.

⁷⁶ É necessário observar, no entanto, que o controle incidental e o controle difuso não se confundem em teoria, uma vez que dizem respeito a diferentes perspectivas. Contudo, no sistema brasileiro, a prática evidencia que o controle incidental somente é exercido no curso do controle difuso de constitucionalidade.

litígio: verificar se determinada lei é ou não conforme à Constituição afigura-se antecedente lógico e necessário para concluir se o pedido autoral deve ou não ser procedente, por exemplo. Em outras palavras, “a declaração incidental de inconstitucionalidade é feita no exercício normal da função jurisdicional, que é a de aplicar a lei contenciosamente”⁷⁷.

O percurso histórico do constitucionalismo brasileiro evidencia que o controle difuso/incidental de constitucionalidade encontra-se presente no ordenamento jurídico desde a Constituição Republicana de 1891, por influência do direito norte-americano.

Sem significativas alterações desde então, o objeto dessa modalidade é a solução de uma questão constitucional sem a qual é impossível, ao juiz, decidir sobre o pedido formulado. Vale salientar, ainda, que a decisão incidental do juiz sobre a legitimidade constitucional da norma sequer produz coisa julgada, tendo em vista o art. 469, III, do Código de Processo Civil (CPC)⁷⁸.

Quanto aos efeitos subjetivos da decisão, convém reiterar que o magistrado não “declara” a inconstitucionalidade da lei, mas simplesmente abstém-se de aplicá-la naquele determinado caso concreto. Assim é que a decisão somente produz efeitos entre as partes, não lhe sendo lícito transbordar os limites subjetivos da demanda (art. 468 do CPC). Nada obstante, entre as partes envolvidas no processo, o reconhecimento da inconstitucionalidade produz, temporalmente, efeitos retroativos ou “ex tunc”, em atenção ao princípio da nulidade das leis inconstitucionais.

É imperioso observar, por relevante, que a questão constitucional suscitada, incidentalmente, nos autos de um processo subjetivo, pode chegar ao STF por meio da interposição de Recurso Extraordinário (CF, art. 102, III). Nesse caso, o Tribunal exerce competência de instância recursal e sua decisão, assim como a do juízo singular de primeiro grau, produz efeitos *inter partes*.

⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., p. 49.

⁷⁸ “Art. 469. Não fazem coisa julgada: (...)”

Todavia, há duas hipóteses em que a referida decisão pode vir a produzir eficácia contra todos. Decerto, uma vez reconhecida a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, deve o STF comunicar o Senado Federal, que poderá estender os efeitos da decisão para todos, suspendendo a eficácia do ato inconstitucional (CF, art. 52, X). Além disso, depois de reiteradas decisões sobre a mesma matéria, essa Suprema Corte também poderá editar súmula, vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública, conferindo efeitos gerais à decisão de inconstitucionalidade no controle difuso (CF, art. 103-A).

2.7 – Controle concentrado/abstrato de constitucionalidade: eficácia objetiva, subjetiva e temporal da declaração de inconstitucionalidade

O controle concentrado, por sua vez, é exercido por um único tribunal a quem é delegada, de maneira exclusiva, a função de verificar a relação de correspondência entre as leis e a Constituição. Formulado pelo jurista vienense HANS Kelsen e instituído pioneiramente na Áustria, por intermédio da Constituição Austríaca de 1920, esse sistema prevê uma Corte Constitucional, alheia à estrutura do Poder Judiciário, competente para dirimir as questões constitucionais através de processos objetivos, com a única intenção de analisar a constitucionalidade da norma em abstrato e, assim, resguardar a higidez do sistema normativo. É comumente chamado, também, de controle abstrato, pois visa a verificar a conformidade constitucional da norma *de per se*, sem quaisquer interesses envolvidos.

Plenamente identificada, na prática brasileira, com o controle concentrado de constitucionalidade é a classificação, quanto à maneira pela qual a questão constitucional é apresentada ao órgão judicial, designada “por via de ação direta”. Também chamado de controle pela via principal, é

“III – a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo”.

acionado institucionalmente, *diretamente* perante o Supremo Tribunal Federal, buscando a harmonia sistêmica do conjunto normativo, vale dizer, a higidez objetiva do ordenamento jurídico-constitucional. Estranho a interesses subjetivos, não se instaura uma lide propriamente dita, mas um processo de cunho objetivo, cujo direito de ação é reservado a apenas alguns órgãos, autoridades e setores da sociedade civil (CF, art. 103).

No sistema constitucional brasileiro atual, a deflagração do controle concentrado de constitucionalidade das leis compreende três mecanismos judiciais distintos: a Ação Direta de Inconstitucionalidade⁷⁹ e a Ação Declaratória de Constitucionalidade (CF, art. 102, I, 'a'), bem como a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (CF, art. 102, § 1º). A ADI pode ser ajuizada como meio de se impugnar ato normativo federal ou estadual e a sua procedência conduz à propagação de eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Judiciário e à Administração Pública direta e indireta (CF, art. 102, § 2º). A ADC, por sua vez, tem por objeto a confirmação da presunção de constitucionalidade somente de ato normativo federal e depende da existência de controvérsia judicial relevante (art. 14 da Lei nº 9.868/99). Se sua procedência atesta a constitucionalidade da norma federal, sua improcedência equivale à sua declaração de inconstitucionalidade, razão pela qual o STF costumeiramente considera a ADI e a ADC “ações idênticas com o sinal trocado”⁸⁰. Por fim, a

⁷⁹ Vale observar a existência de uma variação deste mecanismo, chamada Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, que visa cientificar ao Parlamento de sua mora legislativa.

⁸⁰ É válido, aqui, remeter à pertinente e original crítica do Prof. Fábio Carvalho Leite a essa questionável ambivalência: “Nos últimos anos, tem-se afirmado que as ações de inconstitucionalidade (ADIN) e de constitucionalidade (ADC) são dotadas de ambivalência ou, por outra, são ‘ações iguais com o sinal trocado’, de modo que a improcedência de uma deveria equivaler à procedência de outra. Ocorre que as ações não são realmente iguais, mas semelhantes. Há diferenças significativas entre ambas, como por exemplo, a impossibilidade de se ajuizar uma ADC tendo por objeto lei estadual, que poderiam comprometer a tese da ambivalência. (...) Em conclusão, pode-se afirmar que as condições necessárias para a equivalência daquelas ações são: (a) haver comprovação nos autos da existência de controvérsia judicial relevante; (b) ter por objeto lei ou ato normativo federal; e (c) haver manifestação do AGU pela constitucionalidade do ato normativo. Verificadas tais condições, seria possível reconhecer a ambivalência das ações de constitucionalidade e de inconstitucionalidade, pois neste caso elas efetivamente serão equivalentes”. LEITE, Fábio Carvalho. *ADIN, ADC e a ambivalência possível*:

ADPF, em linhas gerais, tem o condão de impugnar a constitucionalidade de qualquer ato estatal que viole preceito fundamental e, por isso mesmo, vem sendo considerado como instrumento processual de controle de caráter residual, isto é, cabível naqueles casos em que a ADI não seria admissível (atos normativos anteriores à constituição, leis municipais, entre outros).

É relevante assinalar, neste passo, que a declaração de inconstitucionalidade em sede de controle concentrado possui eficácia *erga omnes*, sendo certo que a partir da decisão de procedência de uma ADI (ou de improcedência de uma ADC), a lei ou ato normativo impugnado passa a ter sua eficácia sustada com efeitos gerais. Além disso, no que toca aos efeitos temporais da decisão, novamente temos que a decisão de inconstitucionalidade proferida, sem ressalvas, pelo STF retroage, uma vez que a lei inconstitucional é tida por nula *ab initio*, impondo-se, portanto, a desconstituição de todas as relações jurídicas edificadas sob o seu manto.

2.8 – Modulação objetiva dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade pelo STF: a interpretação conforme a Constituição e a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto

O desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial da jurisdição constitucional demandou a construção, relativamente recente, de modelos alternativos de decisão em controle de constitucionalidade. A complexidade das situações fáticas submetidas à fiscalização – emergida de uma densa rede de interesses institucionais e do alcance em massa das decisões dos Tribunais Constitucionais, a produzir conseqüências sociais flagrantes – passou a exigir técnicas diferenciadas de decisão que permitissem o atendimento das necessidades peculiares de cada caso concreto. Com efeito, para determinadas

uma proposta". In: Revista de direito do estado. – nº 10 (abril/junho 2008). – Rio de Janeiro: Renovar,

hipóteses, um mero juízo acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade das normas aparenta-se insuficiente e simplista, em vista das conseqüências singulares advindas das decisões.

Dessa maneira, passou-se a vislumbrar mecanismos heterodoxos de controle de constitucionalidade apoiados na flexibilização do paradigma tradicional da nulidade absoluta dos atos inconstitucionais. A utilização dessas técnicas afigura-se alternativa viável e, muitas vezes, oportuna, no sentido de garantir, a um só tempo, o princípio da supremacia da Constituição, a harmonia entre os Poderes e as imperiosidades da realidade, em determinados casos submetidos à jurisdição constitucional.

Em regra, esses mecanismos subsidiários traduzem instrumentos de restrição dos efeitos usuais de uma declaração de inconstitucionalidade. Decerto, entre elas, a manipulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade é aquele que causa maior perplexidade, tanto por significar um rompimento drástico com os efeitos temporais típicos de uma decisão dessa espécie, quanto por gerar implicações profundas nas relações jurídicas instauradas com respaldo na lei impugnada. Com efeito, é a modulação temporal a técnica restritiva de maior impacto nas relações fáticas subjacentes ao exercício do controle.

As demais, todavia, têm sido utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal como meio de abrandar as conseqüências objetivas da decisão, desenroladas no plano normativo. De fato, a interpretação conforme a Constituição e a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto são escolhas judiciais que visam prestigiar a presunção de constitucionalidade das leis, assegurando sua permanência no conjunto normativo a que estão integradas. Antes, portanto, de se proceder à análise do escopo primordial da presente monografia – a manipulação, no tempo, dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade – vale fazer um curto diagnóstico dessas técnicas, a fim

de verificar a maneira pela qual os mecanismos restritivos dos efeitos das decisões estão, de um modo geral, sendo instrumentalizadas pelo STF.

Pois bem, interpretar conforme a Constituição significa escolher uma linha hermenêutica, dentre as múltiplas possibilidades interpretativas ensejadas por uma disposição normativa, que lhe propicie maior consonância com o texto constitucional. A sua utilização implica extrair da expressão lingüística do ato legal impugnado um conteúdo normativo diferenciado daquele que uma leitura mais óbvia da literalidade da lei sugeriria.

Nesse contexto, a interpretação conforme a Constituição é um modo de encontrar um significante plausível para o ato legal questionado – diferente do seu núcleo semântico que se afiguraria mais flagrante – que o mantenha alinhado à Constituição, evitando-se, assim, a sua desintegração do ordenamento jurídico. O emprego dessa técnica nas decisões proferidas pelo STF em controle de constitucionalidade é “*instrumento para impor à magistratura ordinária a sua própria interpretação da norma legal questionada*”⁸¹.

Vale lembrar que o raciocínio da interpretação conforme, para além de conduzir à declaração de qual das possíveis leituras de um texto legal harmoniza-se com a Constituição, resulta na exclusão expressa das demais interpretações viáveis, ou seja, na declaração de sua inconstitucionalidade. Em função disso, considera-se que esse mecanismo não se limita a mero empreendimento interpretativo, tratando-se de verdadeiro instrumento de fiscalização que afasta eventuais interpretações legais repugnantes à Constituição⁸², consoante o magistério do constitucionalista português JORGE MIRANDA:

⁸¹ Parecer da Procuradoria-Geral da República na Rp. 1.417, STF, rel. Min. Moreira Alves, Brasília, j. em 09.12.1987 e DJ de 05.04.1988.

⁸² Cf. voto do Rel. Min. Moreira Alves nos autos da mesma Rp. 1.417.

“A chamada interpretação conforme a Constituição repousa nesta base. Mas vem a ser mais do que a aplicação de uma regra de interpretação. É um procedimento ou regra própria da fiscalidade da constitucionalidade, que se justifica em nome de um princípio de economia do ordenamento ou de máximo aproveitamento dos atos jurídicos – e não de uma presunção de constitucionalidade da norma. A interpretação conforme a Constituição não consiste tanto em escolher, entre vários sentidos possíveis e normais de qualquer preceito, o que seja mais conforme com a Constituição quanto em discernir no limite – na fronteira da inconstitucionalidade – um sentido que, conquanto não aparente ou não decorrente de outros elementos de interpretação, é o sentido necessário e que o torne possível por virtude da força conformadora da Lei Fundamental.”⁸³

Além disso, é oportuna a advertência de que a doutrina reconhece a fixação de sólidos critérios limitativos a esse instrumento de controle. Essas restrições fundamentam-se no princípio da separação dos poderes que, ao pressupor uma relação de independência e harmonia entre os Poderes da República, impede que o Poder Judiciário, por meio de uma interpretação conforme a Constituição e lançando mão de uma exagerada medida de ativismo judicial, deturpe de tal modo o sentido do ato legal impugnado que acabe por gerar uma nova norma, de teor diferente daquela editada pelo Legislativo.

Isso equivale a dizer que, no exercício de uma fiscalização dessa espécie, é vedado ao intérprete (i) violar frontalmente o conteúdo semântico do ato legal, através de interpretação *contra legem*, para que passe a se afigurar correspondente à Constituição; (ii) contrariar a intenção inconfundível do legislador ao editar o ato; e (iii) retirar da norma impugnada sua utilidade prática. A observação sistemática de tais limitações permite concluir que, na medida em que implicar transformação substancial do ato controlado em norma absolutamente distinta daquela originalmente emanada pelo Poder Legislativo, a torcer-lhe o conteúdo, a interpretação conforme a Constituição será incabível e afrontará a independência e harmonia entre os Poderes.

⁸³ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II, 2ª Ed., nº 57, Coimbra, Coimbra Ed., 1983, p. 232.

O próprio catedrático da Universidade de Lisboa estabelece, como ponto limítrofe entre a necessidade da declaração de inconstitucionalidade e a possibilidade de interpretação conforme, um imperativo juízo de razoabilidade:

“Não pode, no entanto, deixar de estar sujeita a um requisito de razoabilidade: ela terá de se deter aí onde o preceito legal, interpretado conforme à Constituição, fique privado de função útil ou onde, segundo o entendimento comum, seja incontestável que o legislador ordinário acolheu critérios e soluções opostos aos critérios e soluções do legislador constituinte.”⁸⁴

Por sua vez, o Prof. Luís Roberto Barroso recomenda um elemento de excepcionalidade ao uso deste espécime de controle em razão das suas delicadas implicações à relação dialética entre Parlamento-Corte:

“Só por exceção – e em resguardo de inequívoca vontade constitucional – é que deverão juízes e tribunais superpor sua interpretação às decisões e avaliações dos legisladores. (...) Atente-se, por relevante, que o excesso na utilização do princípio pode deturpar sua razão de existir. Isso porque, ao declarar uma lei inconstitucional, o Judiciário devolve ao Legislativo a competência para reger a matéria. Mas, ao interpretar a lei estendendo-a ou restringindo-a além do razoável, estará mais intensamente interferindo nas competências do Legislativo, desempenhando função legislativa positiva.”⁸⁵

No que tange às práticas judiciárias brasileiras, o Supremo Tribunal Federal tem discutido a técnica em questão desde o final da década de 1980, a partir do clássico voto do Ministro Relator Moreira Alves na Representação nº 1417-7/DF, em que restou rejeitada a interpretação conforme a Constituição de um dispositivo da Lei Orgânica da Magistratura Nacional que permitia a concessão, por parte dos Tribunais, de ajuda de custo relacionada a transporte e moradia. A medida, posteriormente, voltou a ser trazida à discussão pelo Plenário do STF, que a aplicou no julgamento da Representação nº 1.389-

⁸⁴ Ibid., p. 233 e ss.

⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 192/193.

8/RJ⁸⁶ e, mais tarde, em uma série de outros casos⁸⁷. É digno de nota, ainda, que, se inicialmente o STF, ao interpretar uma norma conforme a Constituição julgava improcedente a ação direta, posteriormente veio a adotar a linha de julgá-la procedente, em parte, para designar o sentido interpretativo possível do ato impugnado.

Por fim, cumpre situar um necessário paralelo entre a interpretação conforme a Constituição e a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. Como já foi destacado, a adoção de uma interpretação conforme a Constituição provoca, por consequência lógica, a declaração de inconstitucionalidade das demais possibilidades interpretativas extraíveis do texto legal, sem que qualquer parcela desse seja expressamente suprimida. Por isso, em um primeiro momento, nosso Tribunal Constitucional tendeu a equiparar a interpretação conforme a Constituição à declaração de nulidade parcial sem redução de texto.

Todavia, atribuir identidade conceitual entre esses dois instrumentos de controle gera certas incoerências, razão pela qual sua relação deve ser refletida de maneira mais aprofundada. Com efeito, somente a interpretação conforme a Constituição efetuada pelo STF no exercício do controle abstrato de constitucionalidade acarreta, como em uma relação autêntica de causa e efeito, a declaração de inconstitucionalidade parcial da norma sem a redução de seu texto. Sob outra perspectiva, quando instrumentalizada no âmbito do controle incidental de constitucionalidade, não parece correto considerar a interpretação

⁸⁶ No caso, entre outras leis impugnadas, foi requerida a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 1.128/87, que dispunha sobre a transformação em cargos de Agente de Segurança Penitenciária dos empregos de Guarda de Presídios. Em que pese o parecer da Procuradoria-Geral da República, que opinou pela sua inconstitucionalidade da lei na íntegra, o Min. Rel. Oscar Corrêa julgou improcedente a representação quanto a essa lei, desde que interpretada no sentido de que os empregos de guarda houvessem sido providos mediante concurso público.

⁸⁷ Cf., nesse sentido, a ADI nº 581-DF, rel. Min. Marco Aurélio Mello, Brasília, j. em 12.08.1992 e DJ de 06.11.1992; ADI-MC nº 2.209/PI, rel. Min. Maurício Corrêa, Brasília, j. em 19.03.2003 e DJ de 25.04.2003; ADI-QO nº 234-1/RJ, rel. Min. Néri da Silveira, Brasília, j. em 04.10.1995 e DJ de 09.05.1996; ADI nº 1.344-1/ES, rel. Min. Moreira Alves, Brasília, j. em 18.12.1995 e DJ de 19.04.1996; entre outros.

conforme equivalente à declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto.

Isso porque a decisão em controle incidental de constitucionalidade, mesmo quando proferida pelo STF, tem efeitos apenas entre as partes da demanda e, por isso, não tem o condão, sequer, de declarar inconstitucionalidade de uma determinada interpretação legal. Tal significa que, em sede de controle incidental, quando um texto legal questionado é interpretado conforme a Constituição, a leitura dali surgida torna-se compulsória entre as partes, mas as demais vias hermenêuticas plausíveis ao texto seguirão lícitas de um modo geral.

Por conta dessas colocações, a melhor conclusão, respeitante à relação conceitual entre esses dois instrumentos é aquela que acusa que “*a declaração parcial sem a redução de texto parece ter ganho autonomia como técnica de decisão no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*”⁸⁸.

Lançado, portanto, um primeiro olhar sobre a matéria da manipulação dos efeitos convencionais da declaração de inconstitucionalidade no Direito brasileiro, por intermédio da análise das modalidades objetivas da modulação de efeitos, cumpre passar, adiante, ao estudo do escopo do presente trabalho, concernente ao gerenciamento dos efeitos temporais da decisão em controle de constitucionalidade.

3. Modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade na jurisdição constitucional brasileira e seus reflexos em matéria tributária

3.1 – Considerações iniciais

A modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade é um instrumento de ruptura de um paradigma. Trata-se da superação – judicial e legislativa – de um modelo estanque de eficácia das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade, que admite somente soluções binárias às questões constitucionais. Embora o princípio da nulidade das leis inconstitucionais e a retro-operância temporal das decisões de inconstitucionalidade permaneçam como regra, o gerenciamento dos efeitos temporais de tais decisões significa uma mitigação desse estado de coisas.

Fruto do desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial das técnicas de controle de constitucionalidade em diversos países, a modulação temporal advém da constatação de que meras pronúncias de inconstitucionalidade ou cassações convencionais de atos contrários à Constituição, muitas vezes, apresentam sérias limitações no que tange à sua realização pragmática: injustiças flagrantes, situações de caos jurídico e lacunas normativas insuportáveis, entre vários outros inconvenientes. É que a questão dos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade “*se associa a realidades, não raro dramáticas, que envolvem a prestação da jurisdição constitucional*”⁸⁹. Além disso, é nítida a insuficiência da adoção irrefletida do radicalismo inerente à nulificação da lei inconstitucional em casos que demandam

⁸⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. Op. Cit., p. 356.

⁸⁹ SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. *Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos*, in Revista Ibero-Americana de Direito Público, RIADP: Doutrina, Pareceres, Jurisprudência / Órgão de Divulgação Oficial do Instituto Ibero-Americano de Direito Público – IADP (Capítulo Brasileiro). – Ano 1, nº 1 (Jan./Jun. 2000) – Rio de Janeiro: América Jurídica, 2000, p. 21.

prestações de índole positiva e que envolvem realidades concretas institucionalmente consolidadas.

Em virtude de tais circunstâncias, permite-se, através de tal mecanismo, que a corte constitucional, atendidos determinados requisitos, restrinja a retroação temporal da decisão que declara a inconstitucionalidade, a qual, por princípio, invadiria e removeria o passado por intermédio da desconstituição de todas as relações jurídicas subjacentes à norma impugnada. Assim, possibilita-se que a decisão produza efeitos tão-somente prospectivos – a partir da publicação da decisão em diário oficial – ou até mesmo a partir de um momento futuro a ser determinado pelo Tribunal.

O tema é delicado, pois envolve a mitigação de um referencial tradicionalmente estabilizado no campo do controle de constitucionalidade – o dogma da nulidade dos atos inconstitucionais – e, em última análise, trata da adoção de parâmetros vocacionados a temperar as decisões de inconstitucionalidade em face dos imperativos da realidade⁹⁰.

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

Com efeito, despojados de uma técnica que ensejasse o gerenciamento dos efeitos de decisões dessa natureza, os Tribunais Constitucionais, atentos à sua responsabilidade sócio-institucional, deixariam de proclamar juízos de inconstitucionalidade em função da drasticidade de suas conseqüências

⁹⁰ BINEMBOJM, Gustavo. Op. Cit., p. 200: “Os conceitos e institutos jurídicos são criados para conformar a realidade; em inúmeras situações, todavia, os fatos derrotam as normas, obrigando o jurista a reavaliar suas noções teóricas, de modo a adequá-las às novas necessidades e aspirações sociais. A flexibilização dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade é uma dessas imposições da experiência à lógica jurídica”.

fáticas⁹¹, compactuando com situações de evidente anormalidade no interior do sistema normativo.

A limitação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade desperta especial atenção da doutrina constitucional brasileira contemporânea, tendo em vista a edição das Leis nº 9.868/99 e nº 9.882/99, as quais prevêem expressamente a possibilidade de utilização dessa técnica alternativa de decisão pelo Supremo Tribunal Federal. Aliado a isso, a reiterada aplicação do instituto em recentes decisões do STF, muitas vezes sem a devida cautela que o instituto demanda, tem gerado um sem-número de polêmicas e controvérsias, sem contar com o amplo leque de interesses econômicos e institucionais envolvidos.

Se é certo, por um lado, que a manipulação dos efeitos das decisões da jurisdição constitucional vem bem a calhar no que tange às inconstitucionalidades por omissão parcial, invalidades de leis eleitorais e alteradoras de realidades político-institucionais e, de um modo geral, formadoras de situações fáticas estáveis e sólidas, é também correto que, por outro lado, a aplicação do instituto em áreas como a do direito tributário – que compreendam direitos constitucionais subjetivos de ordem patrimonial – não parece ser indicada e merece profundas reflexões, tanto teóricas quanto práticas, a respeito de sua legitimidade.

A construção de parâmetros limitadores da instrumentalização desse mecanismo deve buscar afastar o perigo da sua aplicação sob um viés conseqüencialista, exclusivamente curvada às implicações da decisão na realidade, mas distante, injustificadamente, da vontade constitucional. A Constituição Federal não habilita o Poder Judiciário a fazer juízos exclusivos de conveniência, senão a interpretar e aplicar elementos jurídicos aos casos concretos que lhe são submetidos. Por isso, deve-se exigir do Supremo

⁹¹ MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999* – 2. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2005, p.

Tribunal Federal, na administração da modulação temporal dos efeitos de suas declarações de inconstitucionalidade, a aplicação integrada da Constituição e não a realização de performances de ativismo judicial.

3.2 – Direito comparado e origens no direito brasileiro

Inicialmente, impõe-se admitir que o emprego de técnicas limitativas de decisão de inconstitucionalidade configura forte tendência contemporânea nos sistemas que consagraram a nulidade dos atos inconstitucionais, a permitir, notadamente, o não desfazimento das relações previamente instituídas sob o manto da norma inconstitucional.

É curiosa a constatação de que, precisamente no berço do princípio da nulidade das leis inconstitucionais – o sistema norte-americano de controle de constitucionalidade, de matriz difusa – encontra-se também o *leading case*⁹² da manipulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. De fato, em 07 de junho de 1965, no julgamento do caso *Linkletter v. Walker*⁹³, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que uma determinada declaração de inconstitucionalidade, proferida em um processo criminal, somente produziria efeitos prospectivos.

Eis o histórico do julgamento. O paciente do *habeas corpus*, Victor Linkletter, fora preso sob a acusação de furto e era suspeito de uma série de arrombamentos a casas de sua vizinhança. Na delegacia, policiais confiscaram sua chave e, sem mandado judicial, invadiram sua casa, onde recolheram alguns de seus pertences pessoais. Com base nas evidências colhidas em sua casa, Victor Linkletter foi condenado pela Corte Distrital de Louisiana, cuja

435.

⁹² É válido, porém, advertir que outras experiências constitucionais anteriores admitiram técnicas de modulação dos efeitos, como o caso da Áustria e o da Alemanha. Mesmo assim, o *hard case* norte-americano é a referência mais imediata da tendência contemporânea de adoção de técnicas de manipulação temporal dos efeitos das decisões jurisdicionais nos mais diversos países, afigurando-se o precedente com mais influência externa.

⁹³ 381 U.S. 618, 629 (1965).

decisão veio a ser confirmada, nove meses depois, pela Suprema Corte do mesmo Estado. Nada obstante, dois anos depois, no julgamento do caso *Mapp v. Ohio* (1961)⁹⁴, a Suprema Corte norte-americana declarou ser inconstitucional a admissão, por cortes estaduais, de provas ilegítimas, obtidas em violação à Quarta Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América.

Com base na superveniente decisão da Suprema Corte, Linkletter peticionou requerendo reconsideração de sua condenação com fundamento na regra de exclusão das provas ilícitas (*exclusionary rule*), que havia se tornado vinculante a todas as esferas de governo a partir da decisão em *Mapp v. Ohio* (1961). Contudo, capitaneados pelo *Justice Clark*, os magistrados desse Tribunal Constitucional americano entenderam que, em casos de virada jurisprudencial (*prospective overruling*), o passado não seria automaticamente afetado pela decisão e que casos pretéritos não poderiam ser modificados por conta do estabelecimento de novos critérios legais. Nesse sentido, a Corte firmou entendimento de que a Constituição não requer a aplicação retroativa compulsória a todas as decisões de inconstitucionalidade.

Ao avaliar o conteúdo da decisão, o Prof. LAURENCE TRIBE destaca que

“In *Linkletter v. Walker*, 381 U.S. 618, 629 (1965), the Court rejected both extremes: ‘the Constitution neither prohibits nor requires retrospective effect’. Quoting Justice Cardozo for the proposition that ‘the federal constitution has no voice upon the subject’, the *Linkletter* Court treated the question of retroactivity as purely a matter of policy, to be decided anew in each case. The Supreme Court codified the *Linkletter* approach in *Stovall v. Denno*, 388 U.S. 293 (1967): ‘The criteria guiding resolution of the question implicate (a) the purpose to be served by the new standards, (b) the extent of the reliance by law enforcement authorities on the old standards, and (c) the effect on the administration of justice of a retroactive application of the new standards’.”⁹⁵

⁹⁴ 367 U.S. 643 (1961).

⁹⁵ TRIBE, Laurence. Op. Cit., p. 30. Em tradução livre: “No caso *Linkletter v. Walker*, a Corte rejeitou ambos os extremos: ‘a Constituição nem proíbe nem exige o efeito retroativo’. Citando o Justice Cardozo pela afirmativa de que ‘a Constituição nada diz sobre o assunto’, a corte de *Linkletter* cuidou da questão da retroatividade como um assunto de pura política judiciária, a ser decidida caso a caso. A Suprema Corte codificou a abordagem de *Linkletter* em *Stovall v. Denno*: ‘os critérios condutores da solução da questão implicam (a) o uso a ser servido pelos novos padrões, (b) a extensão da

Analisando a decisão e, de um modo geral, essa tendência no sistema norte-americano, o Prof. CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO chama a atenção para o fato de que esse Tribunal voltou a limitar a retrospectiva temporal de suas decisões, inclusive em declarações de inconstitucionalidade de tributos, em textual:

“Vale ajuntar, bem a propósito, que, ao mesmo tempo em que a Suprema Corte dos Estados Unidos emprestava aplicação retroativa aos julgamentos de inconstitucionalidade, admitia o Tribunal exceções que visavam temperar o radicalismo de tal postura exegética. Com isso evitava-se conseqüências periclitantes para situações jurídicas que merecessem permanecer invulneráveis a despeito da nulificação do ato normativo sob cuja regência se consumaram. Assim, por exemplo, no campo da legislação fiscal, em inúmeras oportunidades, aquela festejada Corte Suprema deixou de reconhecer aos contribuintes de tributos arrecadados com base em leis depois consideradas inconstitucionais o direito de reaver importâncias que já haviam sido recolhidas ao Erário anteriormente à suspensão judicial da eficácia da lei tributária”.⁹⁶

Nota-se, desse modo, que a Suprema Corte admite a análise caso a caso para determinar o aspecto temporal de suas decisões de inconstitucionalidade, em razão de seu entendimento de que o princípio da nulidade não possui *status* constitucional, cingindo-se à esfera da política judiciária. É de se reconhecer, ademais, a importância do aludido julgado e sua onerosa influência na adesão intercontinental de métodos limitativos de decisão em controle de constitucionalidade.

Em Espanha, também se encontra no âmbito jurisprudencial o precedente responsável pela admissão de técnicas de flexibilização da retrooperância das declarações de inconstitucionalidade. De fato, o Supremo Tribunal Constitucional daquele país declarou, por intermédio da *Sentencia Constitucional 45/1989*, a incompatibilidade do “*Sistema de Liquidación*

dependência das autoridades responsáveis pelo cumprimento da lei com relação aos antigos padrões, e (c) o efeito sobre a administração da justiça de uma aplicação retroativa dos novos padrões”.

⁹⁶ SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. Op. Cit., p. 22.

Conjunta del Impuesto sobre la renta de unidad familiar matrimonial”, uma espécie de imposto sobre a renda familiar, com a Constituição Espanhola.

No caso, a incidência do imposto de renda sobre a unidade familiar foi considerado parcialmente inconstitucional porque, segundo o Tribunal, agrediria os princípios constitucionais da isonomia e da capacidade contributiva, uma vez que considerava os membros da unidade familiar como um só elemento contribuinte, sem considerar a real distribuição da renda entre os indivíduos e sem facultar a sujeição dos membros, em separado, ao imposto sobre a renda. Além disso, os magistrados espanhóis identificaram que a carga tributária incidente sobre o indivíduo integrado a uma unidade familiar, nos termos da legislação impugnada, poderia vir a ser, em certos casos, mais pesada do que aquela incidente sobre uma pessoa solteira, o que malferia também o princípio constitucional da proteção à família.

Ao enfrentar a questão do alcance da decisão, o STC espanhol teve de fazer um difícil e rigoroso exercício de ponderação. Isso porque, em primeiro lugar, a Lei Orgânica do Tribunal prescreve expressamente a nulidade da lei inconstitucional, não facultando qualquer tipo de manipulação dos efeitos:

“En lo que toca a los efectos, hemos de comenzar por recordar que, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica de este Tribunal (art. 39. 1), las disposiciones consideradas inconstitucionales han de ser declaradas nulas, declaración que tiene efectos generales a partir de su publicación en el ‘Boletín Oficial Del Estado’ (art. 38.1 LOTC) y que en cuanto comporta la inmediata y definitiva expulsión del ordenamiento de los preceptos afectados (STC 19/1987, fundamento jurídico 6º) impide la aplicación de los mismos desde el momento antes indicado, pues la Ley Orgánica no faculta a este Tribunal, a diferencia de lo que em algún otro sistema ocurre, para aplazar o diferir el momento de efectividad de la nulidad. Ni esa vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad es, sin embargo, siempre necesaria, ni los efectos de la nulidad em lo que toca al pasado vienen definidos por la Ley, que deja a este Tribunal la tarea de precisar su alcance em cada caso, dado que la categoría de la nulidad no tiene el mismo contenido en los distintos sectores del ordenamiento”.⁹⁷

⁹⁷ Em tradução livre: “No que toca aos efeitos, temos de começar por recordar que, de acordo com o disposto na Lei Orgânica deste Tribunal (art. 39.1), as disposições consideradas inconstitucionais hão de ser declaradas nulas, declaração que tem efeitos gerais a partir de sua publicação no ‘Boletim

Demais disso, o Tribunal Constitucional em questão considerou que, nos casos em que o sistema fiscal sobre a unidade matrimonial foi efetivamente aplicado, não violou qualquer preceito fundamental, e que a pronúncia de nulidade de alguns dos dispositivos legais envolvidos agravaria a situação de inconstitucionalidade, não se afigurando capaz de reestruturar, constitucionalmente, a imposição do imposto sobre a renda das pessoas físicas. Adicionalmente, em larga medida, a inconstitucionalidade da modalidade impositiva residia não na literalidade da lei, mas em uma omissão do texto legal. Assim opinou a corte:

“También es claro que, como ya decíamos respecto del art. 24 de la Ley 44/1978 em el fundamento anterior, la constatación de la inconstitucionalidad del art. 4.2 de esta misma Ley no puede ir acompañada de la declaración de nulidad, pues su aplicación no ha violado ni viola precepto fundamental alguno em todos aquellos casos, sin duda la mayoría, em los que entre los miembros de la unidad familiar sujetos conjunta y solidariamente al impuesto median las relaciones que justifican esta modalidad impositiva y, a través de ella, han podido beneficiarse también de algunas medidas de protección a la familia. (...) los preceptos de la Ley 44/1978 declarados inconstitucionales formaban parte de um sistema legal cuya plena acomodación a la Constitución no puede alcanzarse mediante la sola anulación de aquellas reglas, pues la sanción de nulidad, como medida estrictamente negativa, es manifestamente incapaz para reordenar el régimen del Impuesto sobre la del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas em términos compatibles con la Constitución. (...) han de ser consideradas no susceptibles de ser revisadas como consecuencia de la nulidad que ahora declaramos figuran no solo aquellas decididas mediante Sentencia com fuerza de cosa juzgada (art. 40.1 LOTC), sino también por exigencia del principio de la seguridad jurídica (art. 9.3 C.E), las establecidas mediante las actuaciones administrativas firmes”⁹⁸.

Oficial do Estado’ (art. 38.1 LOTC) e que enquanto comporta a imediata e definitiva expulsão do ordenamento jurídico dos preceitos afetados (STC 19/1987, fundamento jurídico 6º) impede a aplicação dos mesmos desde o momento antes indicado, pois a Lei Orgânica não faculta a este Tribunal, diferentemente do que possa ocorrer em algum outro sistema, para atrasar ou diferir o momento da efetividade da nulidade. Nem essa vinculação entre inconstitucionalidade e nulidade é, sem embargo, sempre necessária, nem os efeitos da nulidade, no que toca ao passado, vêm definidos pela Lei, que deixa a este Tribunal a tarefa de precisar seu alcance em cada caso, dado que a categoria da nulidade não tem o mesmo conteúdo nos diferentes setores do ordenamento.”

⁹⁸ Em tradução livre: “Também é claro que, como já dizíamos a respeito do art. 24 da Lei 44/1978 no fundamento anterior, a constatação da inconstitucionalidade do art. 4.2 desta mesma Lei não pode ir acompanhada da declaração da nulidade, pois sua aplicação não violou nem viola preceito fundamental algum em todos aqueles casos, sem dúvida a maioria, nos que entre os membros da unidade familiar

A propósito da medida adotada pelo STC no caso, EDUARDO GARCÍA DE ENTERRIA assevera que

“La técnica permite, pues, gradualizar progressivamente la efectividad de la Constitución sin el precio de una conmoción social a cada nuevo escalón. La alternativa real a la prospectividad de las Sentencias no es, pues, la retroactividad de las mismas, sino la abstención en el descubrimiento de nuevos criterios de efectividad de la Constitución, el estancamiento en su interpretación, la renuncia, pues, a que los Tribunales Constitucionales cumplan una de sus funciones capitales, la de hacer una living Constitution, la de adaptar paulatinamente ésta a las nuevas condiciones sociales, a ‘la realidad social del tiempo que han de ser aplicadas’ (...). Se ve claro que el Tribunal Constitucional se ha sentido verdaderamente alarmado por la real catástrofe financeira que habría ocasionado una nulidad retroactiva de los preceptos impugnados”⁹⁹.

Vê-se, pois, que a Corte Suprema espanhola interpretou disposição taxativa da lei orgânica do próprio tribunal de modo a acomodar a possibilidade de restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, encontrando no seio da Constituição da Nação Espanhola o fundamento para manipular os efeitos da sentença constitucional no tempo: a segurança jurídica.

No que tange à experiência constitucional portuguesa, por sua vez, é destacável que a técnica gerenciadora do aspecto temporal da declaração de

sujeitos conjunta e solidariamente ao imposto mediam as relações que justificam essa modalidade impositiva e, através dela, puderam beneficiar-se também de algumas medidas de proteção à família. (...) Os preceitos da Lei 44/1978 declarados inconstitucionais formavam parte de um sistema legal cuja plena acomodação à Constituição não pode alcançar-se mediante a mera anulação de tais regras, pois a sanção de nulidade, como medida estritamente negativa, é manifestamente incapaz para reordenar o regime de imposto de renda sobre a pessoa física em termos compatíveis com a Constituição. (...) Não de ser consideradas insuscetíveis de revisão em consequência da nulidade que agora declaramos não só aquelas decididas por sentença com força de coisa julgada (art. 40.1 LOTC), senão também por exigência do princípio da segurança jurídica (art. 9.3 C.E) as atuações administrativas definitivas.”

⁹⁹ Em tradução livre: “A técnica permite, pois, graduar progressivamente a eficácia da Constituição sem o preço de uma comoção social a cada nova decisão. A alternativa real à prospectividade das sentenças não é a retroatividade das mesmas, senão a abstenção no descobrimento de novos critérios de efetividade da Constituição, o estancamento em sua interpretação, a renúncia, pois, a que os Tribunais Constitucionais cumpram uma de suas funções capitais, a de fazer uma ‘living constitution’, a de adaptar paulatinamente esta às novas condições sociais, à ‘nova realidade social do tempo em que devem ser aplicadas’. (...) Vê-se claramente que o Tribunal se sentiu verdadeiramente alarmado pela real catástrofe financeira que haveria ocasionado uma nulidade retroativa dos preceitos impugnados.”

inconstitucionalidade tem previsão expressa na própria Constituição Portuguesa de 1976, mais precisamente no corpo do art. 282. Se em seu item 1 (um) esse dispositivo estipula que a decisão de inconstitucionalidade, em regra, retroage à data da entrada em vigor da norma declarada contrária à Constituição, o item 4 permite a restrição de tais efeitos:

“Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos números 1 e 2”.

Tal disposição, adequadamente inserida no texto constitucional – porque dela se extrai norma materialmente constitucional –, autoriza o Tribunal Constitucional a fixar o momento a partir do qual a declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade produzirá seus efeitos, desde que fundadas na segurança jurídica, equidade ou interesse público de excepcional relevo.

Sua análise apresenta peculiar valia entre nós, tendo em vista a similitude entre o sistema de controle constitucionalidade lusitano e o brasileiro. Convém perceber, em particular, o acolhimento de conceitos jurídicos indeterminados para a construção dos requisitos *sine qua non* para a modulação dos efeitos, que se repete no caso da legislação brasileira (art. 27 da Lei nº 9.868/99). Adicionalmente, o dispositivo não cria nenhuma restrição respeitante ao controle difuso de constitucionalidade, o que leva a crer que a possibilidade de manipulação temporal dos efeitos das decisões abrange ambas as modalidades de fiscalização.

Bem a propósito do tratamento constitucional da técnica em discussão, o sensível magistério do constitucionalista português Jorge Miranda merece transcrição:

“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 da inconstitucionalidade; é uma válvula de segurança da própria finalidade e da efetividade do sistema de fiscalização. Uma norma como a do art. 282, n. 4, aparece, portanto, em diversos países, senão nos textos, pelo menos na jurisprudência. Como escreve Bachof, os tribunais constitucionais consideram-se não só autorizados mas inclusivamente obrigados a ponderar as suas decisões, a tomar em consideração as possíveis consequências destas. É assim que eles verificam se um possível resultado da decisão não seria manifestamente injusto, ou não acarretaria um dano para o bem público, ou não iria lesar interesses dignos de proteção de cidadãos singulares. Não pode entender-se isso, naturalmente, como se os tribunais tomassem como ponto de partida o presumível resultado de sua decisão e passassem por cima da Constituição e da lei em atenção a um resultado desejado. Mas a verdade é que um resultado injusto, ou por qualquer outra razão duvidoso, é também em regra – embora não sempre – um resultado juridicamente errado. (...) Nas razões justificativas da ponderação dos efeitos indicam-se razões estritamente jurídicas – a segurança jurídica e a equidade, a primeira de incidência mais objectiva, a segunda de incidência mais subjectiva – e uma razão não estritamente jurídica – o interesse público de excepcional relevo; e por isso, este interesse tem de ser fundamentado.”¹⁰⁰

Também têm a dizer sobre a questão os Profs. JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, cuja lição consigna importantíssima nota de alerta quanto à aplicação da restrição dos efeitos, *in verbis*:

“O n.º 4 é uma norma de relevante significado, pois, ao permitir ao TC manipular com certa amplitude os efeitos das sentenças, abre-se a possibilidade de este órgão constitucional exercer poderes tendencialmente *normativos*, embora vinculados aos pressupostos objectivos constitucionalmente fixados (segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo). A restrição temporal dos efeitos da declaração tem necessariamente um limite absoluto – que é o da publicação oficial da decisão –, pois, se se compreende que sejam salvaguardados os efeitos produzidos enquanto não estava estabelecida publicamente a inconstitucionalidade (ou ilegalidade) da norma, é manifestamente incompatível com a própria idêia da declaração de inconstitucionalidade (ou da ilegalidade) que uma norma continue a produzir efeitos após a publicação oficial da decisão que a declare inconstitucional ou ilegal ‘com força obrigatória geral’. Os pressupostos objectivos fixados no n.º 4 – *segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo* – são conceitos que, apesar da sua densidade como figuras jurídicas pré-

¹⁰⁰ MIRANDA, Jorge. Op. Cit., p. 500.

constitucionais, mantêm sempre, como conceitos jurídicos relativamente indeterminados que são, uma maior ou menor latitude de concretização. Ora, esta pertence exclusivamente ao próprio TC, não sendo susceptível de controlo. Sucede que o TC tem recorrido com frequência à limitação dos efeitos, sendo grande a percentagem de declarações de inconstitucionalidade em que isso ocorre, podendo correr-se o risco de a *exceção* se tornar em *regra*.”¹⁰¹

É válido anotar, por fim e a título de curiosidade, que também os tribunais comunitários dão sinais de optarem por um viés de abertura jurisdicional quanto aos efeitos da invalidação do direito positivo. Assim é que o Tribunal de Justiça da Comunidade Européia, no caso *Defrenne*, julgado em 1976, considerou contrária ao Tratado de Roma a legislação belga que adiou o termo inicial de aplicação do princípio da igualdade entre trabalhadores do sexo feminino e masculino, apenas com eficácia “ex nunc”. Analogamente, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, ao apreciar o caso *Markx*, de 1979, julgou contrária ao Convênio Europeu de Liberdades e Direitos Humanos a disposição do Código Civil belga que relegava aos filhos extra-matrimoniais direitos sucessórios inferiores aos dos filhos tidos como “legítimos”, sem, no entanto, desfazer as sucessões havidas anteriormente¹⁰².

A partir do estudo do direito comparado, torna-se irrefutável a assertiva de que a possibilidade de flexibilização dos efeitos temporais das decisões proferidas em sede de fiscalização de constitucionalidade é verdadeiro ponto de convergência da jurisdição constitucional contemporânea, especificamente nos sistemas que adotam o princípio da nulidade dos atos inválidos e prestigiam a desconstituição dos atos procedidos com base em atos repugnantes ao texto constitucional.

É interessante verificar um ponto consensual e comum a todas as experiências estrangeiras em matéria de modulação temporal dos efeitos: sua índole de excepcionalidade, que exige um rígido juízo de ponderação e

¹⁰¹ MIRANDA, Jorge. Op. Cit., p. 500.

¹⁰² SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. Op. Cit., p. 43.

rigoroso respeito aos requisitos necessários à aplicação da aludida limitação. Em outras palavras, é corrente em todas essas experiências a imperiosidade de que a justificativa para a restrição dos efeitos advenha da própria Constituição, sendo válida apenas nas hipóteses em que a nulificação do ato inconstitucional seria ainda mais inconstitucional que a preservação de sua eficácia por um período de tempo.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal vem amadurecendo seu entendimento acerca do uso de técnicas alternativas em relação ao aspecto temporal de suas decisões desde antes de sua previsão em lei. Decerto, em algumas ocasiões ainda no início da década de 1990, o Tribunal deparou-se com questionamentos a respeito da possibilidade de restrição dos efeitos temporais de suas decisões, em regra retroativas.

No julgamento da ADI nº 513, em 1991, o STF teve de enfrentar o mérito da constitucionalidade do art. 11, parágrafo único, da Lei nº 8.134/90, que instituíu índice de correção monetária incidente sobre o saldo de imposto de renda a pagar ou a restituir, inclusive relativamente a fatos geradores ocorridos preteritamente. Entendeu-se que o coeficiente de atualização seria inconstitucional por não veicular percentual neutro de correção monetária, mas verdadeiro coeficiente de aumento do imposto de renda, razão pela qual somente poderia incidir sobre os fatos geradores ocorridos no exercício financeiro seguinte à sua instituição.

Na hipótese, antevendo a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade do dispositivo impugnado, o Advogado-Geral da União aduziu que “*o dispêndio já feito de despesa em benefício do contribuinte e à desorganização das finanças públicas, eventualmente provocados por sentenças judiciais de inconstitucionalidade*”, impediriam a repetição do indébito e imporiam eficácia “*ex nunc*” à decisão, operando-se apenas efeitos prospectivos no caso. Na negativa do pedido de efeitos prospectivos à decisão, o Ministro Relator CÉLIO BORJA calcou-se em razões de ordem lógica,

admitindo, de modo sub-reptício, a possibilidade de manipulação dos efeitos da decisão, *in verbis*:

“Penso não ser esse o caso dos autos porque, neles, não se cuida, exclusivamente, de receita já auferida pelo Tesouro, mas, de ingresso futuro a ser apurado na declaração anual e pago posteriormente. (...) Não há ameaça declarada à solvência do Tesouro, à continuidade dos serviços públicos ou a algum bem política ou socialmente relevante que obrigue o Tribunal, no exercício da jurisdição constitucional, a impedir ou suspender o efeito próprio, no Brasil, da declaração de inconstitucionalidade da norma jurídica, que é a sua nulidade.”¹⁰³

No texto do mesmo julgamento, contudo, o Ministro CELSO DE MELLO fez análise minudente da primazia do princípio da nulidade dos atos inconstitucionais e rejeitou a possibilidade de prospectividade dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal, afastando a possibilidade de o próprio STF limitar a eficácia de seus julgados:

“De outro lado, é preciso acentuar que se revela de todo inaplicável ao sistema de direito constitucional positivo nacional a chamada doutrina prospectiva, preconizada pela douta Advocacia-Geral da União, e enfatizada por Eduardo García de Enterría. (...) A teoria da prospectividade da eficácia da decisão declaratória de inconstitucionalidade – verdadeiro tema de ‘jure constituendo’ – não encontra apoio em nosso sistema jurídico, pois, no Brasil – e este particular aspecto da questão tem sido amplamente ressaltado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – o pronunciamento desta Corte, em sede de jurisdicional concentrada, é genérico, vinculante, obrigatório, além de retroagir, em seus efeitos e conseqüências, até o nascimento da própria norma impugnada. Saliente-se, assim, que o próprio Supremo Tribunal Federal já repeliu, expressamente, a possibilidade de, ele próprio, estabelecer os limites e a extensão dos efeitos do seu ato declaratório de inconstitucionalidade.”¹⁰⁴

Em dois outros julgados posteriores – as ADIs nº 1.102 e 1.106 – esse Tribunal Constitucional voltou a cogitar da limitação dos efeitos da declaração de inconstitucional. Por ocasião do julgamento dessas ações diretas, apreciadas conjuntamente em 1995, restou reconhecida a inconstitucionalidade das

¹⁰³ STF, ADI nº 513/DF, rel. Min. Célio Borja, Brasília, j. em 14.06.1991 e DJ de 30.10.1992.

expressões “empresários” e “autônomos”, constantes no inciso I do art. 22 da Lei nº 8.212/91, o qual criou contribuição previdenciária patronal incidente sobre o total da remuneração paga aos empregados.

Na oportunidade dos autos em discussão, foi emitido parecer pelo Ministério Público Federal, assinado pelo então Subprocurador-Geral da República CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO¹⁰⁵, opinando pela prospecção dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em razão dos desastrosos efeitos que o acórdão teria para os cofres previdenciários, haja vista a enxurrada de ações de repetição de indébito que se afigurava iminente.

Em face da questão que lhe foi submetida, o Ministro Relator MAURÍCIO CORRÊA proferiu voto no sentido de modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ao caso, havendo feito o que parece ter sido a primeira menção do STF ao já referido precedente norte-americano *Linkletter v. Walker* (1965). Sua manifestação, cuja transcrição segue a seguir, alicerçou-se em razões de índole eminentemente política – “*em nome da conveniência e da relevância da seguridade social*” – e restou consignada como voto vencido, havendo a nulidade atingido a norma impugnada desde o seu ingresso no mundo jurídico:

“Parece-me de inteira procedência, a irresignação ministerial quanto aos efeitos retroativos que a Corte tem emprestado à declaração de inconstitucionalidade, principalmente, quando, como na espécie, os

¹⁰⁴ Idem.

¹⁰⁵ Interessante notar que, já naquela época, o Prof. Carlos Roberto Siqueira Castro propugnava intensamente pela tese da anulabilidade da norma inconstitucional. Em seu clássico estudo acerca do tema, repetidamente citado ao longo do presente capítulo, o autor faz quase que uma manifestação panfletária de sua intransigente preferência pela eficácia “ex nunc” das decisões de inconstitucionalidade. Cabe, então, um registro crítico a respeito dessa postura: não é correto fazer a defesa da anulabilidade da lei inconstitucional sob o confortável disfarce da modulação dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade. Esta última exige o reconhecimento da primazia da nulidade da lei inconstitucional e da retroatividade da declaração de inconstitucionalidade, demandando também um criterioso e balizado juízo de ponderação de princípios e valores, dada sua posição de excepcionalidade. Se se quer defender a prospectividade de decisões em controle de constitucionalidade – o que é absolutamente aceitável e de extrema valia – parece necessário propor uma rediscussão do tema da regra geral dos efeitos, sendo certo que a alteração requereria reforma constitucional.

resultados consequenciais da decisão impõem drásticas restrições ao orçamento da seguridade social, abalada por notória insuficiência de caixa. Creio eu não constituir-se afronta ao ordenamento constitucional exercer a Corte política judicial de conveniência, se viesse a adotar a sistemática, caso por caso, para a aplicação de quais os efeitos que deveriam ser impostos, quando, como nesta hipótese, defluisse situação tal a recomendar, na salvaguarda dos superiores interesses do Estado e em razão da calamidade dos cofres da Previdência Social, se buscasse o *dies a quo*, para a eficácia dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, a data do deferimento da cautelar.”¹⁰⁶

Em que pese o voto do ministro relator, seguindo a linha da opinião do MPF, o Plenário do STF repeliu a adoção da limitação dos efeitos no caso, sendo certo que o voto do Ministro JOSÉ PAULO SEPÚLVEDA PERTENCE, ao pontuar precisamente em que caso seria possível a aludida manipulação de eficácia, explicitou a existência de competência da corte para tanto:

“O caso presente, no entanto, não é adequado para suscitar a discussão. O problema dramático da eficácia *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade surge, quando ela vem surpreender uma lei cuja validade, pelo menos, era ‘dada de barato’, e de repente, passados tempos, vem a Suprema Corte declarar-lhe a invalidez de origem. Não é este o caso: a incidência da contribuição social sobre a remuneração de administradores, autônomos e avulsos vem sendo questionada desde a vigência da Lei 7.787, e creio que, nas vias do controle difuso, poucas terão sido as decisões favoráveis à Previdência Social. (...) Sou, em tese, favorável a que, com todos os temperamentos e contrafortes possíveis e para situações absolutamente excepcionais, se permita a ruptura do dogma da nulidade *ex radice* da lei inconstitucional, facultando-se ao Tribunal protrair o início da eficácia *erga omnes* da declaração. Mas, como aqui já se advertiu, essa solução, se generalizada, traz também o grande perigo de estimular a inconstitucionalidade.”¹⁰⁷

Mesmo em vista da negativa do STF, àquela época, em deferir pleitos de modulação temporal dos efeitos de suas decisões, de um modo geral, a análise de suas práticas judiciárias que precederam a Lei nº 9.868/99 evidencia que a Corte tem admitido a operação prospectiva de decisões de inconstitucionalidade, em razão de fundamentos constitucionais,

¹⁰⁶ STF, ADI nº 1.102/DF, rel. Min. Maurício Corrêa, Brasília, j. em 05.10.95, DJ de 17.11.95.

¹⁰⁷ Idem.

independentemente de qualquer previsão legislativa autorizadora. Esse raciocínio torna premente a conclusão, melhor explorada mais adiante, que posiciona a modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade entre os poderes implícitos do Tribunal Constitucional. Isso porque se uma corte dessa natureza possui competência para interpretar e aplicar o texto constitucional, nada mais coerente que tenha poderes suficientes para decidir entre a aplicação de um ou de outro princípio constitucional – entre eles, o da nulidade das leis contrárias à Constituição – quando contrapostos em pólos antagônicos.

Cumpre-nos, após analisado o ambiente histórico que caracteriza a adoção de técnicas limitativas em controle de constitucionalidade no Brasil, passar ao diagnóstico dos múltiplos aspectos da disposição legal que autoriza expressamente a manipulação temporal dos efeitos. Seu estudo é essencial, como dito, em razão da crescente aplicação do mecanismo depois de sua previsão em lei.

3.3 – O art. 27 da Lei nº 9.868/99: o gerenciamento prospectivo e *pro futuro* dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade e seus limites

Não obstante a possibilidade, intrínseca às funções do Tribunal, de restrição dos efeitos temporais de suas decisões, o STF, em um momento inicial, discutiu muito timidamente o assunto e nem mesmo chegou a fazer uso do mecanismo. A efetiva e rotineira aplicação da modulação dos efeitos de suas decisões tornou-se realidade apenas após a entrada em vigor da Lei nº 9.868/99¹⁰⁸, que dispõe sobre o processamento e julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade e das Ações Declaratórias de Constitucionalidade.

¹⁰⁸ É válido considerar, também, a edição da Lei nº 9.882/99, a qual dispõe sobre o processamento e julgamento das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental. O diploma também traz, em seu bojo, disposição autorizadora de modulação dos efeitos de decisões em ADPF, o que, contudo, não

Não há dúvidas de que a lei foi resultado da importação do já descrito empreendimento “modernizador” da jurisdição constitucional. Incentivado por essa tendência, o Ministério da Justiça instituiu uma comissão de juristas para elaborar o anteprojeto, desenvolvido a partir de texto base elaborado pelo então Advogado-Geral da União, hoje ministro Gilmar Ferreira Mendes, que culminou na apresentação do Projeto de Lei nº 2.960/97, cuja exposição de motivos, no que tange à inovação da restrição temporal dos efeitos das decisões, assim a justificou:

“Coerente com a evolução constatada no Direito Constitucional comparado, a presente proposta permite que o próprio Supremo Tribunal Federal, por uma maioria diferenciada, decida sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, fazendo um juízo rigoroso de ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional, de um lado, e os postulados da segurança jurídica e do excepcional interesse social, de outro (art. 27). Assim, o princípio da nulidade somente será afastado ‘in concreto’ se, a juízo do próprio Tribunal, se puder afirmar que a declaração de nulidade acabaria por distanciar-se ainda mais da vontade constitucional. Entendeu, portanto, a Comissão que, ao lado da ortodoxa declaração de nulidade, há de se reconhecer a possibilidade de o Supremo Tribunal, em casos excepcionais, mediante decisão da maioria qualificada (dois terços dos votos), estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, proferindo a inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* ou *pro futuro*, especialmente naqueles casos em que a declaração de nulidade possa dar ensejo ao surgimento de uma situação ainda mais afastada da vontade constitucional.”¹⁰⁹

Aprovado pelo Congresso Nacional e sancionado pelo Presidente da República, o projeto converteu-se na Lei nº 9.868/99, que trata de variados aspectos processuais relativos à ADI e à ADC. Seu artigo 27 estipula o seguinte:

“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,

constitui objeto do presente estudo, tendo em vista a rara utilização da via e de sua pouca utilidade, por enquanto, ao Direito Tributário.

¹⁰⁹ MIRANDA, Jorge. Op. Cit., p. 500.

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.”

Convém, em primeiro lugar, destrinchar os elementos componentes desse dispositivo legal. Da interpretação do texto contido no art. 27, deflui uma norma que consubstancia uma autorização. Trocando em miúdos, atribui-se ao STF um poder-faculdade de se decidir, no cotejo dos princípios constitucionais envolvidos na hipótese submetida à jurisdição constitucional, o momento em que a decisão que declara a dissonância de uma norma em face do texto constitucional produzirá seus regulares efeitos, quais sejam, a cassação da eficácia da norma impugnada.

O dispositivo sequer estabelece limites temporais à restrição temporal da eficácia da decisão. Torna-se possível, assim, que o Tribunal determine que a declaração de inconstitucionalidade casse a eficácia do ato inconstitucional (i) em momento posterior à promulgação da norma, mas anterior à decisão de inconstitucional ou de seu trânsito em julgado; (ii) a partir do trânsito em julgado da decisão; ou (iii) a partir de um marco temporal futuro fixado pela Corte, hipótese em que se estará admitindo a produção de efeitos do ato inconstitucional supervenientemente ao reconhecimento institucional de sua repugnância à Constituição. Tal significa, logicamente, que o STF pode determinar qualquer marco temporal como *dies a quo* da produção de efeitos da decisão.

São duas as balizas formuladas pelo legislador ao emprego da técnica de manipulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade: uma de caráter procedimental, outra de caráter material.

O requisito procedimental é evidente no texto legal: para regular os efeitos, o STF deve aprovar a medida com quorum qualificado, mais especificamente, por intermédio do voto de dois terços de seus membros, o que equivale a 8 (oito) ministros. Impõe-se ressaltar, a título de observação, o rigor

da literalidade da lei: não se trata da necessidade de aprovação por dois terços dos presentes, senão de dois terços dos membros do Tribunal. Se, então, ao menos 8 (oito) dos ministros não compartilharem a posição pela imperiosidade da aplicação da medida, a norma *sub judice* será tida como nula e a decisão retroagirá ao seu nascimento.

O requisito material, a seu turno, exige que se verifique no caso sob julgamento imperativos de segurança jurídica ou excepcional interesse social. Observe-se, por oportuno, a relação de alternatividade: ou segurança jurídica, ou excepcional interesse social, afigurando-se necessária a presença de uma dessas razões. É demandada, nesse contexto, a constatação de que, na situação concreta apreciada, perceba-se que um fundamento desse naipe sobressaia à expulsão retroativa da norma inconstitucional, para que, então, a partir daí, proceda-se a um exercício severo e pormenorizadamente fundamentado de ponderação de princípios constitucionais.

É essencial considerar, ainda, quanto aos requisitos materiais à aplicação da técnica em discussão, a textura eminentemente aberta das expressões lingüísticas veiculadoras dos conceitos “segurança jurídica” e “excepcional interesse social”. Trata-se, em verdade, de conceitos jurídicos indeterminados cuja definição depende da composição integrada de manifestações doutrinárias e jurisprudenciais e de valores componentes da própria Constituição, aferíveis no caso concreto pelo Tribunal Constitucional. Vale, nessa linha, analisar seu conteúdo semântico de modo mais aprofundado.

3.3.1 – Segurança Jurídica

O conceito de segurança jurídica constitui, sem dúvida alguma, um dos pilares primordiais sobre os quais se sustenta todo o Direito. Seu conteúdo remete, de imediato, à noção de certeza do direito. A plurissignificação que permeia a “segurança jurídica” abrange a necessidade de estabilidade e solidez

das relações jurídicas, que dependem fortemente de se saber qual o direito aplicável a cada tipo de fato social.

Se o Direito existe para dar condições estáveis à vida humana em sociedade, é certo que a segurança jurídica enseja a possibilidade de que os indivíduos pautem seus atos tendo pleno conhecimento de como a lei os enxerga e regula, criando uma imprescindível relação de confiança e boa-fé entre príncipe e súdito. Insere-se aí a proteção aos direitos individuais, à conservação de sua vida e esfera privada, à igualdade, à confiança nas instituições aplicadoras das leis e o direito à não surpresa.

CESAR GARCIA NOVOA identifica, entre os requisitos necessários para assegurar um mínimo de segurança por meio do direito, (i) a existência da lei, em sua positividade; (ii) que as leis existentes produzam efeitos apenas em relação aos fatos posteriores à sua entrada em vigor; (iii) o conhecimento ostensivo da existência da norma, por intermédio de sua publicidade; e (iv) que a existência da norma seja regular, com pretensões de definitividade¹¹⁰.

Por sua vez, LUÍS ROBERTO BARROSO encontra, no desenvolvimento na doutrina constitucionalista francesa, a congregação de um amplo espectro de conceitos e valores na expressão “segurança jurídica”, assim sintetizados: (i) existência de instituições estatais dotadas de poderes e garantias; (ii) confiança nos atos do Poder Público; (iii) estabilidade das relações jurídicas, que depende da durabilidade das normas e da anterioridade das leis quanto aos fatos sobre os quais incidem; (iv) previsibilidade dos comportamentos públicos e privados; e (v) a previsão de soluções isonômicas para situações equivalentes¹¹¹.

¹¹⁰ GARCIA NOVOA, César. *Seguridad jurídica e derecho tributario*, In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org.). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 1997. v. 1: Direito Tributário. P. 45-47, apud FERRARI, Regina Maria Macedo Nery, Op. Cit., p. 304-306.

¹¹¹ BARROSO, Luís Roberto. A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo (reflexões sobre direito adquirido, ponderação de interesses, papel do Poder Judiciário e dos meios de comunicação). In: *Temas de direito constitucional – Rio de Janeiro: Renovar, 2001*, pp. 50-51.

É de se notar, portanto, que de um modo geral, em que pese a incontestável indeterminação do conceito de segurança jurídica – apto a abarcar compreensões díspares e a fundamentar interesses até mesmo conflituosos –, é possível dele extrair um denominador comum, um consenso a respeito de sua carga semântica. Assim é que ele concerne à garantia de direitos fundamentais, a igualdade, a solidez dos poderes e garantias das instituições, a previsibilidade e estabilidade do direito e das relações aliada à publicidade dos atos do Poder Público, à legalidade e à anterioridade, entre outros.

No corpo do texto constitucional brasileiro, a segurança jurídica encontra-se expressa, ainda que de maneira oblíqua, em diversos dispositivos: o princípio da legalidade (art. 5º, II, CF), o da irretroatividade das leis (art. 5º, XXXVII, CF), da isonomia (art. 5º, “caput”, CF), do devido processo legal (art. 5º, LIV), e da anterioridade tributária (art. 150, III, ‘b’, CF), entre vários outros.

Sua manifestação mais típica reside, em particular, no art. 5º, XXXVI, da Constituição, que determina que *“a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”*. Destinado precipuamente ao legislador, esse comando constitucional salvaguarda as situações definitivamente consumadas, cujos efeitos não tenham eventualmente sido exauridos, em face da legislação cambiante. Protege-se, assim, o indivíduo perante possíveis instabilidades normativas, concedendo-lhe a certeza de que os direitos já incorporados ao seu patrimônio não venham a ser golpeados pelas alterações legislativas supervenientes.

Fato é que, em síntese, a segurança jurídica pode ser definida como um conceito de proteção, influente sobre toda a ordem jurídica, dos indivíduos contra possíveis mudanças do posicionamento das instituições jurídicas em relação aos fatos sociais que regula. Se, de fato, é da própria natureza do Direito transmutar-se ao longo do tempo, adaptando-se a novas realidades, é

indispensável a existência de garantias que resguardecam as circunstâncias consolidadas vis-à-vis a essa natureza cambiante.

A este ponto, vale questionar-se sobre como a segurança jurídica desempenha sua função de requisito à modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Convém observar, aqui, que as muitas objeções feitas pela doutrina relativamente à nulificação das leis inconstitucionais residem em um fator específico: até sua declaração de invalidade, a norma impugnada era existente, presumidamente constitucional e rotineiramente aplicada pelos indivíduos e pelas instituições; negar sua eficácia durante esse tempo seria, então, atentar contra a boa-fé¹¹².

De fato, a declaração de inconstitucionalidade importa a derrubada da presunção de constitucionalidade da norma submetida à fiscalização e, por conseguinte, o desfazimento de um estado de coisas razoavelmente estabelecido. Trata-se, portanto, de uma radical mudança do entendimento institucional a respeito da validade de uma norma jurídica, a qual, em regra, é capaz de cassar-lhe a eficácia desde sua origem.

Em razão dessa ruptura da pretensão de definitividade da norma, as decisões de inconstitucionalidade apresentam, de fato, um grave potencial destrutivo, defronte ao qual se torna necessária a ponderação, no caso concreto, dos efeitos da decisão sobre a realidade fática a ela subjacente. A segurança jurídica converte-se então em uma espécie de trincheira de resistência à força avassaladora da nulificação das leis inconstitucionais: a título ilustrativo, uma declaração de inconstitucionalidade não pode dismantelar situações solucionadas pelo Poder Judiciário através de decisões irrecorríveis, revelando-

¹¹² Na doutrina constitucional brasileira, Carlos Alberto Lúcio Bittencourt foi talvez o primeiro a alertar sobre os riscos da devoção radical ao princípio da nulidade dos atos inconstitucionais: “é manifesto, porém, que essa doutrina da ineficácia *ab initio* da lei inconstitucional não pode ser entendida em termos absolutos, pois que os efeitos de fato que a norma produziu não podem ser suprimidos, sumariamente, por simples obra de um decreto judiciário”. BITTENCOURT, Carlos A.

se a supremacia da autoridade da coisa julgada em detrimento do princípio da nulidade do ato contrário à Constituição. Outro exemplo bastante cabível a esta discussão, agora no campo do direito tributário, é a impossibilidade de se pleitear a restituição ou compensação de tributo pago por força de lei inconstitucional para além do prazo prescricional estipulado na legislação.

A segurança jurídica, enquanto conceito limitador da retro-operância das declarações de inconstitucionalidade, não se restringe, todavia, a esses institutos. Outras razões de segurança jurídica, evidenciadas no caso concreto, podem fundamentar a necessidade de limitação da eficácia das decisões em controle de constitucionalidade, e é justamente aí que esse verdadeiro alicerce do ordenamento jurídico se coloca na função de condição da modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

3.3.2 – Excepcional interesse social

A inclusão da expressão “excepcional interesse social” como um dos requisitos alternativos necessários à manipulação, no tempo, das decisões que declaram a contrariedade de uma norma em face da Lei Fundamental traduz manifesta influência do já estudado item 4 do art. 282 da Constituição Portuguesa de 1976¹¹³, que fala em “interesse social de excepcional relevo”.

Em princípio, é preciso situar o excepcional interesse social em posição de equivalência ao conceito de interesse público, característico do Direito Administrativo. Embora se pudesse até dizer que interesse social reportar-se-ia à sociedade, enquanto interesse público também envolveria os interesses do Estado, qualquer tentativa de diferenciar tais concepções parece conformar um esforço de imaginação e criatividade tão inútil quanto inoportuno. Interesse

Lúcio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 148.

público é interesse do todo, da coletividade, da sociedade na qualidade de comunidade política.

A Prof.^a REGINA MARIA MACEDO NERY FERRARI pontua a diferença primordial entre interesse individual e interesse público:

“A organização jurídica da coletividade representa a prevalência de uma determinada série de interesses coletivos sobre qualquer outro interesse, individual ou coletivo, que exista no seio da coletividade e que esteja em contraste com aquele. Ao conjunto dos interesses coletivos prevalentes, tem se chamado, por uma fórmula sintética, de interesse primário. Este interesse coletivo primário, embora sendo a expressão unitária de múltiplos interesses individuais coincidentes de cada um dos sujeitos jurídicos (indivíduos ou entidades jurídicas) membros da coletividade, se diferencia idealmente do interesse individual de cada um dos sujeitos, que pode coincidir com dito interesse ou estar em conflito com ele.”¹¹⁴

A colocação do excepcional interesse social como condição aparentemente suficiente para o gerenciamento temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade é, de todo, inadequada. É que o conceito possui baixa densidade jurídica, tendo-se por certo que sua feição é majoritariamente política. Dizer o que é e o que não é interesse público (ou social) é papel da Administração Pública, que é dotada de competência e legitimidade democrática para, discricionariamente, de acordo com o que entende ser mais proveitoso ao interesse do conjunto social, “aplicar a lei de ofício”¹¹⁵.

No dizer de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, trata-se de “*apreciação tipicamente política. E subjetiva, porque admitir que haja razões*

¹¹³ Partilha dessa opinião BINEMBOJM, Gustavo, Op. Cit., p. 199: “O art. 27 da Lei nº 9.868/99 guarda estreita semelhança com o art. 282, nº 4, da Constituição de Portugal, que parece ter sido a fonte de inspiração imediata do legislador pátrio.”

¹¹⁴ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Op. Cit., pp. 312-313.

¹¹⁵ FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 7. ed. atualizada por Gustavo Binembojm. – Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 3.

*de segurança jurídica, ou interesse social, qualificados de excepcional, depende da visão que cada um tenha das coisas”*¹¹⁶.

Com arrimo nessa linha de raciocínio, permitir que um órgão judicial restrinja a aplicação de um princípio constitucional amplamente consolidado – tal qual o da nulidade dos atos inconstitucionais – com base no interesse social é autorizá-lo a decidir qual o alcance desse interesse no caso concreto. Em outros termos, abre-se ao Poder Judiciário uma ampla e indesejada margem de discricionariedade, a ponto de ensejar que questões jurídicas passem a ser solucionadas a partir de critérios de conveniência e oportunidade, privativos das autoridades políticas. Observe-se, ainda nessa esfera de considerações, que tal se torna ainda mais grave no âmbito da jurisdição constitucional, tendo em vista que a aplicação de normas constitucionais ficaria sujeita a perigosos juízos de conveniência judicial.

Adicione-se a isso, por fim, o tão discutido problema de (falta de) respaldo democrático das cortes constitucionais, cujo remoto vínculo com a soberania popular causa sérias implicações quanto à legitimidade de suas decisões, pois se reserva a um grupo muito restrito de magistrados o poder de decidir importantes questões jurídico-políticas, o que torna imperiosa a rigorosidade na fundamentação dos julgados e a adstrição a argumentos jurídicos, e não políticos.

3.3.3 – Inconstitucionalidades do dispositivo

Desde sua entrada em vigor, o art. 27 da Lei nº 9.868/99 vem sendo objeto de uma série de polêmicas em torno de sua inconstitucionalidade. Essas controvérsias são o resultado da tensão que caracteriza a mitigação do

¹¹⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O sistema constitucional brasileiro de controle de constitucionalidade*. In: Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional, Madrid, n. 5, 2001, p. 118, apud FERRARI, Regina Maria Macedo Nery, Op. Cit., p. 311.

princípio da nulidade das leis inconstitucionais, representada pelo mecanismo legal.

Com efeito, a controvérsia manifesta-se a respeito da natureza da norma veiculada pelo aludido artigo de lei. A Lei nº 9.868/99, ao menos pretensamente, dispõe sobre regras processuais relativas ao julgamento, pelo STF, das ações diretas de inconstitucionalidade e das ações declaratórias de constitucionalidade. Sucede que a regra que autoriza a manipulação dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade não é meramente procedimental, uma vez que introduz alteração substantiva no regimento constitucional. Reitere-se, aqui, que o instrumento cria a possibilidade de afastamento de princípio de reconhecida estatura constitucional.

Desse modo, parcela considerável das manifestações doutrinárias tem por inconstitucional o dispositivo por entender que ele materializa norma constitucional mediante lei ordinária. A querela a respeito de sua legitimidade é tamanha que, mesmo no interior da comissão de juristas que trabalhou no anteprojeto, houve voto vencido nesse sentido, conforme anota o partícipe LUÍS ROBERTO BARROSO:

“Aqui cabe um registro pessoal. Havendo participado da comissão constituída pelo Ministro da Justiça para elaboração do anteprojeto que resultou na Lei n. 9.868/99 – que trabalhou sobre um texto elaborado pelo hoje Ministro Gilmar Mendes –, manifestei-me contra a inovação, em voto vencido. Três argumentos fundamentaram meu ponto de vista. O primeiro era este que venho a expor: parecia-me que a providência desejada exigia uma emenda à Constituição. O segundo: o STF já administrava satisfatoriamente o problema, atenuando o rigor da teoria da nulidade nas hipóteses em que ela produzia resultados colidentes com outros valores constitucionais. Em terceiro lugar, o temor, que no Brasil não é infundado, de que as exceções virem regra, manipuladas pelas ‘razões de Estado’ ou pelo lastimável varejo político que ainda é a marca de um país em busca de amadurecimento.”¹¹⁷

¹¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 2ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2006, p. 24, em nota de rodapé.

As críticas à constitucionalidade da medida proposta prosseguiram nas discussões legislativas havidas na Câmara dos Deputados, tendo o Deputado JARBAS LIMA consignado enfático ponto-de-vista quanto ao assunto, alertando para o perigo da adoção do instrumento nos processos relacionados à matéria tributária:

“Assim, retomando-se o exemplo no campo do direito tributário, um tributo declarado inconstitucional, por decisão do STF em ação direta, poderá ser considerado devido durante o período determinado pelo STF, ficando desde logo afastado qualquer direito à repetição do indébito. Todavia, no plano do exame formal de constitucionalidade, impende ressaltar que a proposição ora criticada só poderia ser legislada mediante emenda constitucional, não podendo ser objeto de lei ordinária, pois sua aplicação atinge todo o sistema jurídico do País, especialmente o princípio da legalidade (art. 5º, inciso II, e art. 37, ‘caput’, da CF/88), que adquire nova feição: UMA LEI INVÁLIDA PASSA A SER ‘VÁLIDA’, por declaração do STF, POR CERTO TEMPO. Por isso, trata-se de matéria exclusivamente constitucional.”¹¹⁸

De fato, parece não haver saída para o constatado vício de inconstitucionalidade do art. 27 da Lei nº 9.868/99, pois os efeitos das declarações de inconstitucionalidade são matéria privativa do texto constitucional, afigurando-se inequívoco que a permissão, conferida ao STF, de gerenciar os efeitos de seus julgados teria de constar em norma constitucional, incluída no texto por emenda à Constituição.

A questão, como antes referido, levou boa parte da doutrina a também se manifestar contrariamente à constitucionalidade do dispositivo legal. No caso do Prof. OSWALDO LUIZ PALU, a opinião pela incompatibilidade do dispositivo com a Constituição cinge-se à possibilidade de diferimento da eficácia da declaração, *ipsis litteris*:

“Quanto ao art. 27 da Lei 9.868/99, que atribuiu a possibilidade de fixar o STF data posterior ao trânsito em julgado para que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade passem a se efetivar, *caso se pretenda extrair daí*

¹¹⁸ STF, ADI nº 2154, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Brasília, distribuída em 22.02.2000 e ainda pendente de julgamento.

uma permissão para que a lei declarada inconstitucional continue a ser aplicada a casos futuros (não sei se a tanto chegaríamos), entendo que se está malferindo a própria Constituição. O legislador ordinário não tem poderes para atribuir ao STF competência para que este determine a observância de uma lei, já declarada inconstitucional – somente a Constituição poderia fazê-lo. Os casos pretéritos podem ser imunizados pelo STF, eis que, para estes, a lei não tivera sua ilegitimidade constitucional declarada; os casos pendentes também podem ser ressalvados dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade e daí se entende o efeito puramente prospectivo (ademais havia, então, a ‘presunção de constitucionalidade’ da lei). Mas, uma vez declarada inconstitucional determinada norma, somente a Constituição pode, excepcionando-se a si mesma e em atenção a princípios que não somente ao da nulidade da norma inconstitucional, atribuir a um Tribunal para impor a observância da norma inconstitucional, e que esta continue a ser aplicada durante certo tempo; jamais a lei poderia fazê-lo, sendo inconstitucional, no particular, se o fizer.”¹¹⁹

Em sentido contrário, entretanto, IVES GANDRA DA SILVA MARTINS e GILMAR FERREIRA MENDES¹²⁰ entendem que a autorização contida no art. 27 do diploma legal em discussão seria meramente interpretativa, sendo que a possibilidade de se prostrar a eficácia de uma lei já declarada inconstitucional defluiria do próprio texto constitucional:

“Não têm razão, portanto, aqueles que, como Oswaldo Luiz Palu, sustentam que o art. 27 seria inconstitucional caso se pretendesse extrair daí uma permissão para que a lei declarada inconstitucional continuasse a ser aplicada a casos futuros. É que, como demonstrado, a decisão do Supremo Tribunal não decorre da disposição legislativa contida no art. 27, mas da própria aplicação sistemática do texto constitucional.”¹²¹

Faz coro a essa defesa o Prof. GUSTAVO BINEMBOJM:

“É de se ver que o art. 27 da Lei nº 9.868/99 não será, em verdade, o fundamento das decisões do Supremo Tribunal Federal que venham a restringir a eficácia temporal da declaração de inconstitucionalidade de determinadas leis. Seu fundamento será a proteção de outros valores e princípios constitucionalmente assegurados – ligados à segurança jurídica ou a excepcional interesse social – e que seriam colocados em risco por uma

¹¹⁹ PALU, Oswaldo Luiz. Op. Cit., p. 186-187.

¹²⁰ Recorde-se, como um alerta, que um dos autores da obra que expõe esse ponto de vista é o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, que, conforme já noticiamos, foi responsável pelo texto base do anteprojeto que resultou na Lei nº 9.868/99, o que torna sua posição de todo suspeita.

¹²¹ MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. Op. Cit., p. 497.

decisão retroativa. Ao assim decidir, não estará o Supremo Tribunal Federal sobrepondo uma lei ordinária – a Lei nº 9.868/99 – à Constituição, mas, diversamente, estará *ponderando* valores e princípios de mesma hierarquia e igual dignidade constitucional. (...) Por outro lado, ainda que o texto constitucional, em sua literalidade, não contivesse qualquer distinção entre a decisão declaratória e a anulação de lei inconstitucional com efeitos prospectivos, não há como negar que se trata de decisões substancialmente distintas. São distintas no *grau de responsabilidade* que exigem da Corte, em vista de sua *repercussão social e política*. (...) Como é intuitivo, a exigência de *quorum* mais elevado guarda relação de proporcionalidade com o grau de responsabilidade e a repercussão social e política da decisão.”¹²²

Convém observar, porém, que a defesa organizada pelos autores toma como referencial as declarações de inconstitucionalidade por omissão parcial, casos em que uma vantagem conferida a uma classe deixou, contrariamente ao princípio constitucional da isonomia, de ser estendida a outros grupos. Nesses casos, parece legítima e decorrente da própria Constituição a possibilidade de fixação de um momento posterior à produção dos efeitos da decisão, tendo em vista que a nulificação da norma concessiva da vantagem não traria benefício algum ao grupo não contemplado e a medida seria ainda “mais inconstitucional” em relação aos que veriam a vantagem ser subtraída.

Por outro lado, mesmo que se entenda que a disposição do tão citado art. 27 possua viés meramente interpretativo, a admitir o que a Constituição já expressaria, sua incontinência ao texto constitucional segue patente. Isso porque a norma cria restrições, já exploradas, à manipulação dos efeitos das decisões em sede de fiscalização de constitucionalidade. Dessa forma, o estabelecimento de quórum qualificado para o emprego da medida – embora, na prática, seja louvável a edificação de um obstáculo desse porte à modulação em razão de seu elevado grau de excepcionalidade – constitui limitação, fixada por lei ordinária, que a Constituição não previu. É, portanto, inconstitucional esse requisito procedimental, mesmo que se deva registrar que seja pragmaticamente desejável.

¹²² BINEMBOJM, Gustavo, Op. Cit., pp. 206-7.

Além disso, a possibilidade de fundamentar a modulação tão-somente em razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social é considerada por alguns, analogamente, restrição inconstitucional. É nesse caminho que OCTAVIO CAMPOS FISCHER direciona seu modo de ver a questão:

“Aliás, se bem pensarmos, o art. 27 da Lei nº 9.868/99 não teria apenas interpretado o texto constitucional. Em nossa compreensão, tal dispositivo operou uma indevida restrição nos poderes do Supremo Tribunal Federal. Note-se que a restrição deu-se no sentido de que, antes dessa norma, o Supremo Tribunal Federal poderia, em tese, manipular os efeitos, fundando-se em qualquer valor constitucional que fosse necessário e adequado para tal fim. Agora, porém, somente em caso de ‘segurança jurídica’ ou de ‘excepcional interesse social’, ‘poderá o Supremo Tribunal Federal (...) 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’.”¹²³

Contudo, a crítica não tem grande utilidade, pois os requisitos materiais são – esses sim – referenciais interpretativos, que servem de pontos de partida à verificação da aplicabilidade da modulação temporal às decisões concretas. O fato de a segurança jurídica e o excepcional interesse social serem elencados pela lei como requisitos à atenuação dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade não exclui participação de outros princípios na ponderação concreta. Não há restrição à utilização do mecanismo: mesmo antes da edição da lei, não seria qualquer princípio constitucional apto a ensejar a manipulação dos efeitos. Assim, esses dois princípios colocam-se como exigências mínimas, verdadeiros pontos de partida para o exercício de um minucioso sopesamento de princípios constitucionais, no sentido de se alcançar um ponto ótimo de aplicação da Constituição no momento do gerenciamento temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Por fim, cabe assinalar que o art. 27 da Lei nº 9.868/99 é objeto de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade em curso perante o STF. Trata-se das

¹²³ FISCHER, Octavio Campos. Op. Cit., p. 216-17.

ADIs nº 2154¹²⁴ e nº 2258¹²⁵, propostas, respectivamente, pela Confederação Nacional das Profissões Liberais (CNPL) e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Observe-se que, em juízo liminar, o Min. NÉRI DA SILVEIRA indeferiu o provimento cautelar pleiteado, aduzindo que “cuidando-se de processo de natureza objetiva, não há norma constitucional que impeça o legislador ordinário autorizar o STF a restringir, em casos excepcionais, por razões de segurança jurídica, os efeitos de suas decisões”¹²⁶.

Arregimentada toda essa argumentação, parece inescapável a conclusão de que o art. 27 da Lei nº 9.868/99 padece de inconstitucionalidade. À primeira vista e sob o ângulo pragmático, a norma autorizadora contida no aludido dispositivo até introduz obstáculos elogiáveis, tendo em vista que dificultam, por tornar mais complexa, a aplicação da modulação dos efeitos, que é medida excepcional e deve ser tratada como tal. Ainda assim, o artigo legal cria gravames à realização integrada da Constituição não habilitados por ela, sendo incontornável sua dissonância com a Constituição.

Entretanto, a análise da jurisprudência do STF posterior à edição da lei indica uma faceta simbólica da inovação legislativa: ela tornou confortável à Corte a implementação do instituto. Explica-se: mesmo que o próprio Tribunal reconheça, historicamente, a limitação temporal dos efeitos de suas decisões entre seus poderes implícitos, foi justamente a partir da edição da autorização legal que o instrumento passou a ser reiteradamente utilizado, sendo certo que as decisões moduladoras destacaram em sua fundamentação a aplicação do art. 27 da Lei nº 9.868/99.

Posto isso, adquire crucial importância a análise dos casos concretos em que o STF aprovou, por dois terços de seus membros, a manipulação temporal dos efeitos de declarações de inconstitucionalidade.

¹²⁴ STF, ADI nº 2154, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Brasília, distribuída em 22.02.2000 e ainda pendente de julgamento.

¹²⁵ STF, ADI nº 2258, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Brasília, distribuída em 04.08.2000 e ainda pendente de julgamento.

3.4 – A aplicação do art. 27 da Lei nº 9.868/99 na jurisprudência do STF

Com a edição da Lei nº 9.868/99, o Supremo Tribunal Federal passou a enfrentar com mais frequência a questão da manipulação dos efeitos de suas declarações de inconstitucionalidade, inclusive, havendo feito uso do mecanismo em determinadas ocasiões.

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 197.917/SP¹²⁷, sujeitou-se a julgamento recurso do Ministério Público do Estado de São Paulo, nos autos de ação civil pública, que pleiteava, com lastro na inconstitucionalidade da Lei Orgânica do Município de Mira Estrela, a redução do número de vereadores da Câmara Municipal de 11 (onze) para 9 (nove).

Na hipótese, adotando a corrente que entende que a composição da casa legislativa municipal deve obedecer a valores aritméticos compatíveis com a proporcionalidade exigida pelo art. 29, IV, da CF/88, o relator Ministro MAURÍCIO CORRÊA votou pelo provimento do recurso, e conseqüentemente, no sentido da inconstitucionalidade da norma municipal impugnada. Ressalvou, no entanto, que a decisão não remodelaria a composição da câmara municipal, mas haveria de ser cumprida a partir de providências a serem tomadas pelo legislativo local.

Em voto-vista, o Ministro GILMAR MENDES trouxe à discussão a questão da limitação dos efeitos da decisão. Assim, discorreu largamente sobre o histórico da restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade e fez menção à autorização legal contida no art. 27 da Lei nº 9.868/99. Daí em diante, passou a explorar o problema em torno da possibilidade de se modular os efeitos temporais das decisões proferidas pelo STF em sede de controle difuso, tendo em vista que o caso era analisado pela via incidental, por recurso extraordinário.

¹²⁶ *Informativo STF*, Brasília, n. 253, 3 a 7 dez. 2001.

¹²⁷ STF, RE nº 197.717/SP, rel. Min. Maurício Corrêa, Brasília, j. em 24.03.2004 e DJ de 07.05.2004.

Explorando esse terreno, o ministro apoiou-se nos precedentes da experiência constitucional norte-americana – o sistema de controle difuso mais tradicional do mundo – para justificar a limitação dos efeitos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade em sede de fiscalização difusa da constitucionalidade. Assim, concluiu que “*não parece haver dúvida de que a limitação de efeito é um apanágio do controle judicial de constitucionalidade, podendo ser aplicado tanto no controle direto quanto no incidental*”¹²⁸.

A decisão, que restou confirmada por maioria pela Corte, foi acertada. É que a declaração de nulidade da lei eleitoral municipal submetida ao controle teria conseqüências políticas, sociais e institucionais avassaladoras. Aliás, observe-se que o controle de constitucionalidade de leis eleitorais dessa espécie é um dos segmentos que mais exigem, nos casos concretos, a contenção do efeito em regra retroativo das decisões de inconstitucionalidade. A nulificação do dispositivo da lei orgânica municipal que fixava o número de vereadores desempossaria representantes de fato eleitos e diplomados, exigiria a devolução dos vencimentos pagos, importaria na invalidade dos projetos e leis aprovados por aquela legislatura, entre uma série de outras seqüelas irreversíveis. A aplicação otimizada da Constituição, no caso, demandou o afastamento do princípio da nulidade dos atos contrários ao texto constitucional em consideração a outros valores constitucionais – entre eles o princípio democrático e a própria segurança jurídica.

Dois anos depois, em 2002, o STF voltou a aplicar a manipulação dos efeitos. Ao apreciar, nos autos da ADI nº 3.022/RS¹²⁹, a legitimidade constitucional da alínea ‘a’ do anexo II da Lei Complementar nº 9.230/91, do Rio Grande do Sul, o Tribunal declarou inconstitucional a expressão legal que concedia, à Defensoria Pública daquele Estado, responsabilidade pela defesa judicial dos servidores públicos estaduais processados no exercício regular de

¹²⁸ Ibid.

¹²⁹ STF, ADI nº 3.022/RS, rel. Min. Joaquim Barbosa, Brasília, j. em 02.08.2004 e DJ de 04.03.2005.

suas funções. Entendeu-se que a imputação de tal função à Defensoria Pública não se conformaria com o modelo previsto no art. 134 da CF/88.

A pedido do Advogado-Geral da União, à vista do prejuízo que adviria para as partes em decorrência da declaração de nulidade do ato normativo questionado, o STF gerenciou os efeitos temporais da decisão na modalidade *pro futuro*: fixou que a lei declarada inconstitucional continuaria produzindo efeitos até 31 de dezembro daquele ano, concedendo um prazo razoável para que a Defensoria Pública gaúcha desvinculasse-se da defesa dos servidores públicos do Estado.

Ficou assim consignada a modulação dos efeitos na parte dispositiva do voto do Ministro Relator JOAQUIM BARBOSA: “*Nos termos do art. 27 da Lei nº 9.868, proponho aos colegas a restrição dos efeitos desta decisão, para não causar prejuízos desproporcionais. Como marco dessa limitação, sugiro que a declaração de inconstitucionalidade tenha efeito a partir de 31.12.2004*”¹³⁰.

O gerenciamento dos efeitos temporais da decisão, nesse caso, também foi extraído do próprio texto constitucional. Fosse anulada a norma atacada, os atos de defesa judicial praticados pela Defensoria Pública teriam de ser invalidados e a instituição teria de eximir-se das defesas imediatamente. Os servidores públicos anteriormente contemplados pelo patrocínio judicial da Defensoria teriam seu direito à ampla defesa frontalmente golpeado, bem como sua legítima expectativa, previamente gerada por lei, de que seriam defendidos pela instituição pública. Assim sendo, a invalidação dos atos de defesa praticados pela Defensoria Legal sob o manto de normatização inconstitucional afastar-se-ia ainda mais da vontade constitucional.

Em 2007, o STF voltou a dar aplicação à manipulação dos efeitos temporais de uma declaração de inconstitucionalidade. Afirma-se, muito freqüentemente, em sede doutrinária, que a modulação temporal dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade é uma alternativa válida àqueles casos

em que o Tribunal Constitucional deixaria de declarar a inconstitucionalidade em vista das conseqüências arrasadoras do julgado sobre a realidade. O julgamento da ADI nº 3.689/PA¹³¹ reflete justamente esse dilema.

Pois bem. O Partido da Mobilização Democrática Nacional (PMDB) ajuizou a referida ADI visando à declaração de inconstitucionalidade de legislação estadual paraense que desmembrou faixa de terra de um município e a incorporou a outro. A incorporação geográfica da localidade a uma nova municipalidade, a partir do estabelecimento legal de nova divisa entre os municípios – que já se encontrava presente e consolidada na tradição cultural da região, inclusive, anteriormente à edição da lei – perdurou eficaz por mais nove anos até que viesse a ser questionada perante o Supremo Tribunal Federal.

Ocorre que a jurisprudência do STF é firme ao entender que o § 4º do art. 18 da CF/88¹³², que faculta à legislação estadual a criação, incorporação, a fusão e o desmembramento de municípios, traduz norma constitucional de eficácia limitada, pois o dispositivo demanda a edição de lei complementar para estabelecer o período em que as alterações de divisas podem ser levadas a cabo, de modo a evitar possíveis casuísmos eleitorais. A lei paraense, contudo, procedeu ao desmembramento e incorporação de municípios mesmo ante a inexistência da lei complementar, sendo certo que a posição do STF é no sentido de que a omissão legislativa impediria o exercício de tal competência legislativa.

Mesmo assim, o relator da ação, o Ministro Eros Grau, elaborou seu voto centrado em razões de bom senso, alegando que a situação formada pela

¹³⁰ Ibid.

¹³¹ STF, ADI nº 3.689/PA, rel. Min. Eros Grau, Brasília, j. em 10.05.2007 e DJ de 29.06.2007.

¹³² “Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e 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

legislação questionada havia consubstanciado uma realidade consolidada: cidadãos ali circunscritos tinham participado das eleições do município e recolhido tributos aos seus cofres, entre outros. Concluiu, então, que o princípio da segurança jurídica pesaria em benefício da manutenção da agregação da faixa de terra ao novo município, razão pela qual, ressaltando a excepcionalidade do caso, votou pela improcedência da ação direta.

Contrariado diante desse posicionamento esposado pelo relator, o Ministro GILMAR MENDES encontrou outra solução para o caso. Verificou o magistrado que a improcedência da ação era insuficiente, tendo em vista a pacífica notória inconstitucionalidade da lei que reorganizou a geografia política local, em textual:

“A solução para o problema, a meu ver, não pode advir da simples improcedência da ação. Seria como se o Tribunal, focando toda a sua atenção na necessidade de se assegurar realidades concretas que não podem mais ser desfeitas e, portanto, reconhecendo plena aplicabilidade ao princípio da segurança jurídica, deixasse de contemplar, na devida medida, o princípio da nulidade da lei inconstitucional. Não se pode negar a importância do princípio da segurança jurídica neste caso. Porém, estou convicto de que é possível primar pela otimização de ambos os princípios, tentando aplicá-los, na maior medida possível, segundo as possibilidades fáticas e jurídicas que o caso concreto pode nos apresentar. (...) Assim sendo, voto no sentido de, aplicando o art. 27 da Lei nº 9.868/99, declarar a inconstitucionalidade sem a pronúncia de 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, tendo como base os parâmetros que deverão ser fixados na lei complementar federal, conforme decisão dessa Corte na ADI 3.682.”¹³³

Acompanhando, à unanimidade, a posição pela manipulação temporal dos efeitos da decisão, fixando *pro futuro* – prazo de 2 (dois) anos – o marco inicial à eficácia da declaração, a Corte evitou a potencialização de um caos

prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei”.

¹³³ STF, ADI nº 3.689/PA, rel. Min. Eros Grau, Brasília, j. em 10.05.2007 e DJ de 29.06.2007.

institucional na localidade envolvida¹³⁴. A flexibilização do princípio da nulidade dos atos inconstitucionais na hipótese prestigiou a concretude de eventos reais definitivamente consolidados e a realidade institucional constituída a partir da edição da lei impugnada, a qual havia inclusive sido aprovada mediante plebiscito realizado com a população da região. É que, sem dúvidas, nulificar o ato legal que alterou a geografia política local importaria ignorar a realidade, motivo por que pareceu acertada adoção da medida.

Por fim, cumpre avaliar a última oportunidade em que o STF gerenciou, temporalmente, os efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade. Cuida-se do RE nº 560.626/RS, nos autos do qual o Tribunal declarou inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/91, que estipulam prazo de 10 (dez) anos para prescrição e decadência dos créditos previdenciários. Isso porque, conforme identificou a Corte, prescrição e decadência são matérias reservadas à lei complementar por determinação do art. 146, III, 'b' da CF/88¹³⁵, sendo que a lei, questionada em sede de controle difuso, é formalmente ordinária.

O caso, cujo objeto gira em torno da matéria tributária, foi a primeira oportunidade em que o Supremo Tribunal Federal modulou, no tempo, os efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade de direito positivo tributário.

Após aduzir as razões que fundamentaram a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos submetidos ao controle difuso, o Ministro Relator GILMAR MENDES – novamente ele – recorreu à manipulação temporal dos efeitos daquela decisão. Mais uma vez, o ministro ressaltou a possibilidade de limitação dos efeitos de decisões proferidas pelo STF em sede

¹³⁴ Anote-se, ainda, que a lei somente fora atacada 9 (nove) anos depois de sua entrada em vigor, depois de solidificadas todas as modificações que introduziu, por empreitada partidária oportunista: na faixa de terra objeto de incorporação por novo município por intermédio da norma questionada, fora recentemente descoberta uma significativa reserva de níquel.

¹³⁵ STF, RE nº 560.626/RS, rel. Min. Gilmar Mendes, Brasília, j. em 12.06.2008 e não publicada até a data de entrega deste trabalho.

de controle difuso de constitucionalidade e discorreu sobre o histórico do instituto, aludindo também ao art. 27 da Lei nº 9.868/99. Em seguida, argumentou que, na hipótese, a declaração de inconstitucionalidade sem ressalvas possibilitaria que os contribuintes recorressem ao Judiciário para pleitear a restituição de todos os tributos recolhidos com base nos prazos de decadência e prescrição inconstitucional, o que, segundo ele, geraria situação de grave insegurança jurídica. A solução proposta pelo relator e acolhida pelo Tribunal foi a seguinte:

“Diante desses pressupostos, pondero a esta Corte a conveniência de modular os efeitos da mencionada declaração de inconstitucionalidade, de modo a afastar a possibilidade de repetição de indébito de valores recolhidos nestas condições, com exceção das ações propostas antes da conclusão deste julgamento. Nesse sentido, o Fisco resta impedido de exigir fora dos prazos de decadência e prescrição previstos no CTN as contribuições da Seguridade Social. No entanto, os valores já recolhidos nestas condições, seja administrativamente, seja por execução fiscal, não devem ser devolvidos ao contribuinte, salvo se pleiteada a repetição ou compensação de indébito, judicial ou administrativamente, antes da conclusão do julgamento, em 11.6.2008. Em outras palavras, créditos pendentes não podem ser cobrados, em nenhuma hipótese, após o lapso temporal quinquenal. Por outro lado, créditos pagos antes de 11.6.2008 só podem ser restituídos, compensados ou de qualquer forma aproveitados, caso o contribuinte tenha assim pleiteado até a mesma data, seja pela via judicial, seja pela via administrativa. Ou seja, consideram-se insuscetíveis de restituição os recolhimentos efetuados nos prazos previstos nos arts. 45 e 46 da Lei nº 8.212/91 e não impugnados antes da conclusão deste julgamento.”¹³⁶

Veja-se a engenhosa fórmula, proposta pelo ministro relator, à hipótese: as normas impugnadas tiveram sua inconstitucionalidade reconhecida em sede de controle difuso de constitucionalidade, mas, mediante a aplicação do mecanismo modulador dos efeitos da decisão no tempo, apenas os contribuintes que houvessem combatido – administrativa ou judicialmente – a imposição de tributos com base no prazo decadencial ou prescricional fariam jus à restituição ou compensação dos indébitos.

¹³⁶ Idem.

A medida proposta ao caso revela-se, de todo, inadequada. Em primeiro lugar, não há como se vislumbrar a aplicação de modulação temporal dos efeitos como maneira de se extrapolar os limites subjetivos da demanda, como se sucedeu na espécie. Em se tratando do exercício do controle difuso – por meio do julgamento de recurso extraordinário – a fixação dos efeitos temporais somente seria possível, na última das hipóteses, em relação às partes envolvidas no processo: Fazenda Nacional e contribuinte recorrido. É de se destacar, nesse contexto, que não faz qualquer sentido, nos autos de uma ação que envolve, exclusivamente, Fazenda Nacional e um único contribuinte, determinar que somente os contribuintes que tenham pleiteado a devolução do indébito até a data do julgamento poderão reaver os recolhimentos indevidos. A decisão de inconstitucionalidade pelo STF no caso somente vincula essas partes, razão pela qual a modulação dos efeitos sequer atingiu o contribuinte favorecido pela decisão: esse sim terá os pagamentos feitos sob a égide dos prazos inconstitucionais devolvidos ao seu patrimônio. A intenção da limitação dos efeitos dessa decisão foi impedir que os demais contribuintes, mais especificamente os que não chegaram a iniciar um questionamento a respeito dos recolhimentos tributários indevidos, não pudessem reavê-los, sendo que tais contribuintes jamais poderiam ser afetados pela decisão. A mecânica utilizada, entretanto, foi juridicamente esdrúxula, porque soou como um aviso aos demais contribuintes, e não como uma vinculação estritamente jurídica.

Nem se alegue, ademais, que o reconhecimento de repercussão geral da matéria produza qualquer efeito nesse sentido. A repercussão geral é mero requisito processual de admissibilidade do recurso extraordinário¹³⁷ e de modo algum torna vinculante a decisão proferida em um recurso extraordinário

¹³⁷ Gilmar Mendes sugere que o instituto contribua para uma objetivação do controle difuso, embora nenhum aspecto legal do novo regime de admissibilidade incremente a vinculação das decisões. MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional* / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 2. Ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1077: “Tem-se mudança radical do modelo de controle incidental, uma vez de que os recursos

específico, quanto mais em relação a indivíduos que sequer chegaram a submeter seus casos ao Poder Judiciário.

Além dessa gritante incongruência lógica, a decisão não seguiu a tendência, que anteriormente se delineava na jurisprudência da Corte, de somente se restringir o princípio da nulidade das leis inconstitucionais em relação às hipóteses em que a decretação de nulidade aprofundaria, ainda mais, o estado de inconstitucionalidade. As razões que levaram à modulação dos efeitos temporais no RE nº 560.626/RS não foram extraídas da otimização da própria Constituição, mas de fundamentos de conveniência judicial, atenta à conhecida insuficiência econômico-financeira do regime da Previdência Social brasileira.

Nessa linha de argumentação, é imprescindível pontuar que não basta ao magistrado constitucional alegar um suposto “estado de insegurança jurídica” para autorizar-se a instrumentalizar a restrição temporal dos efeitos de suas decisões, como fez o ministro relator nessa decisão consequencialista. Pelo contrário, é necessário descer às minúcias e justificar exatamente se, de que modo e por que razão a segurança jurídica conduz à necessidade de afastamento do princípio da nulidade dos atos inconstitucionais no caso concreto.

Nada obstante, na hipótese da inconstitucionalidade dos prazos de decadência e prescrição previdenciários, a segurança jurídica, seguramente, não é suficiente para fundamentar a impossibilidade de restituição dos tributos indevidamente recolhidos. Sim, a saúde financeira da Previdência Social possui dimensão social de extrema relevância, mas, certamente, não dispensa a imperiosidade de se devolver recolhimentos tributários inconstitucionais. Curioso como, neste caso, a segurança jurídica possui natural aptidão para avaliar a posição justamente contrária à modulação dos efeitos da decisão: ela

extraordinários terão de passar pelo crivo da admissibilidade referente à repercussão geral. A adoção desse instituto deverá maximizar a feição objetiva do recurso extraordinário”.

impõe que, de modo algum, acolha-se a definitiva e ilegítima apropriação indébita por parte do Estado, em assalto aos direitos fundamentais dos contribuintes.

Vê-se, pois, que a equivocada decisão do STF, no sentido de gerenciar temporalmente os efeitos da última decisão em que aplicou o art. 27 da Lei nº 9.868/99, materializou os temores da doutrina de que o mecanismo poderia vir a ultrapassar os lindes da excepcionalidade para tornar-se regra, banalizando o princípio constitucional implícito da nulidade dos atos repugnantes à Constituição.

Mais notadamente, sua aplicação no campo do direito tributário, na esteira de retalhar os direitos dos contribuintes, sobretudo no âmbito da repetição do indébito tributário inconstitucional, agiganta as preocupações em torno da legitimidade do instituto e da necessidade de se construir, cientificamente, balizas rigorosíssimas à sua concretização.

3.5 – O papel do princípio da proporcionalidade no exercício da técnica de modulação temporal dos efeitos e a necessidade de fundamentação suplementar

O princípio que reputa nulidade aos atos dissonantes ao texto constitucional tem prioridade na aplicação, em razão de sua reconhecida materialidade constitucional. Sua prevalência exterioriza-se na alta medida de excepcionalidade do mecanismo de modulação dos efeitos temporais das decisões de inconstitucionalidade.

A legitimação do instrumento de manipulação dos efeitos temporais das decisões da jurisdição constitucional reside, precisamente, na idéia de que a aplicação irrestrita e irrefletida do princípio da nulidade dos atos inconstitucionais pode, em determinadas hipóteses, pôr em risco outros valores

e princípios igualmente constitucionais e desvirtuar ainda mais, no caso concreto, as disposições do texto constitucional.

A modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade não significa, de modo algum, o triunfo de outros princípios sobre o da nulidade dos atos inconstitucionais. Diversamente, a utilização da técnica é resultado, a partir da análise das peculiaridades do caso concreto, da aplicação otimizada de todo o texto constitucional¹³⁸. Em outros termos, por meio da interpretação integrada do inteiro conjunto normativo constitucional, e face às realidades concretas subjacentes, impõe-se a aplicação da norma concreta – declaração de inconstitucionalidade – desde que confinada a determinado espaço de tempo, seja emprestando-lhe efeitos prospectivos, seja fixando sua eficácia a partir de certo marco temporal. Nas didáticas palavras de OCTAVIO CAMPOS FISCHER, “*uma vez verificados os pressupostos para a manipulação, esta se impõe inexoravelmente*”¹³⁹.

A condição de exceção reconhecida ao instituto estabelece, como já dito, a compulsoriedade de um severo juízo de ponderação e sopesamento de princípios constitucionais, que, conectados à segurança jurídica ou ao excepcional interesse social¹⁴⁰, à feição dos elementos fáticos envolvidos e contrapostos ao da nulidade das leis inconstitucionais, possam conduzir à melhor solução respeitante à eficácia da declaração de inconstitucionalidade.

Nesse sentido, é consensual entre as manifestações doutrinárias a necessidade de o Tribunal Constitucional extrair do próprio texto constitucional, através de sua aplicação unificada, a legitimidade concreta para manipular os efeitos temporais de suas decisões. Também o é o papel

¹³⁸ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 11ª ed. revista e atualizada, São Paulo: Malheiros Editores, p. 166: “Aqui devo salientar, contudo, inicialmente, que, assim como jamais se interpreta um *texto normativo*, mas sim o direito, não se interpretam textos normativos constitucionais, isoladamente, mas sim a Constituição, em seu todo. Não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços.”

¹³⁹ FISCHER, Octavio Campos. *Op. Cit.*, p. 261.

¹⁴⁰ Embora esse, como já ressaltamos, não pareça ser valor idôneo à conformação de requisito para a modulação dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade.

protagonista, nesse campo, do princípio da razoabilidade e, sobretudo, o da proporcionalidade, ambos reconhecidos implicitamente no Constituição.

Veja-se, a propósito dessa ordem de idéias, o entendimento do Prof. GUSTAVO BINEMBOJM:

“Como mitigação do princípio da constitucionalidade em determinado lapso de tempo, deve ser encarada como medida excepcional – jamais como regra –, utilizável apenas para a preservação de outros valores e princípios constitucionais que seriam colocados em risco pela pronúncia de nulidade da lei inconstitucional. A aplicação do novo dispositivo está, assim, necessariamente condicionada pelo princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade.”¹⁴¹

Conquanto seja corrente a afirmação que pugna pela necessidade de se pautar essas decisões moduladoras pelo princípio da proporcionalidade, são raras as investigações científicas que analisam, com certo grau de profundidade, o modo pelo qual deve ser colocado em prática esse exercício de ponderação principiológica pautado pela proporcionalidade.

É certo, de início, que possui fundamental importância no trato desse exercício os princípios da segurança jurídica e do excepcional interesse social. São eles que, ao menos legalmente, autorizam a deflagração de uma análise ponderada a respeito da solução temporal a ser adotada em relação à eficácia da decisão. Ressalte-se que a justificação da manipulação temporal dos efeitos das decisões não se deve limitar a eles; pelo contrário, deve percorrer todo o sistema de normas constitucionais com vistas a identificar se o princípio da nulidade deve ou não ser sacrificado na hipótese. Mas, seguramente, são razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social – aliadas a outras diretrizes extraíveis da Constituição – que legitimam a instrumentalização do mecanismo de gerenciamento temporal. Por sua vez, o princípio da proporcionalidade – em sua acepção tríplice – é a pauta interpretativa que administra o juízo de ponderação de princípios, interesses e valores

¹⁴¹ BINEMBOJM, Gustavo. Op.Cit., p. 307.

constitucionais relativamente à modulação dos efeitos. A realização dos exames de interpretação inerentes a esse postulado configura verdadeiro “manual de instruções” da modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

O princípio constitucional da proporcionalidade tem por finalidade estruturar e ordenar a ponderação entre princípios conflitantes¹⁴² conectados a uma relação de causalidade entre meio e fim, aplicando-se “*sempre que houver uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade*”¹⁴³. A aplicação do princípio da proporcionalidade depende, então, da existência de uma relação entre um meio e um fim. No caso da modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, essa relação é evidente: ela própria é o meio, e o fim é a garantia da segurança jurídica ou do excepcional interesse social.

A utilização do princípio da proporcionalidade como método solucionador de uma situação-problema que envolva um conflito entre princípios é realizada por intermédio de três exames: (i) adequação, pelo qual se verifica se a adoção de determinada medida será apta a atingir a finalidade almejada; (ii) necessidade, em que se perquire a existência alternativa de outros meios, menos restritivos a direitos fundamentais, capazes de conduzir ao mesmo objetivo; e, por fim, o da (iii) proporcionalidade em sentido estrito, que demanda a avaliação comparativa entre a relevância da finalidade pretendida e a gravidade da lesão a direitos fundamentais que ele implica.

¹⁴² BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a Ponderação Constitucional. In: A nova interpretação constitucional: ponderação, princípios, direitos fundamentais e relações privadas / Luís Roberto Barroso (organizador) – 2ª ed. revista e atualizada – Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 55: “De uma forma muito geral, a ponderação pode ser descrita como uma técnica de decisão própria para os casos difíceis (do inglês ‘hard cases’), em relação aos quais o raciocínio tradicional da subsunção não é adequado. (...) O que ocorre comumente nos casos difíceis, porém, é que convivem, postulando aplicação, diversas premissas maiores igualmente válidas e de mesma hierarquia que, todavia, indicam soluções normativas diversas e muitas vezes contraditórias”.

¹⁴³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 4ª ed., 3ª triagem – São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 113.

O Prof. HUMBERTO ÁVILA é, provavelmente, aquele que melhor trata do tema em excelente obra monográfica:

“A adequação exige uma relação empírica entre o meio e o fim: o meio deve levar à realização do fim. Isso exige que o administrador utilize um meio cuja eficácia (e não o meio, ele próprio) possa contribuir para a promoção gradual do fim. (...) O exame da necessidade envolve a verificação da existência de meios que sejam alternativos àquele inicialmente escolhido pelo Poder Legislativo ou Poder Executivo, e que possam promover igualmente o fim sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados. (...) O exame da proporcionalidade em sentido estrito exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais. (...) As vantagens causadas pela promoção do fim são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio? A valia da promoção do fim corresponde à desvalia da restrição causada?”¹⁴⁴

Essa verdadeira pauta interpretativa, aplicada como guia da aferição da proporcionalidade, no caso concreto, do gerenciamento temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade¹⁴⁵ conduz o magistrado constitucional aos seguintes questionamentos: A manipulação dos efeitos temporais da decisão é adequada, afigurando-se empiricamente suficiente à promoção da segurança jurídica no caso concreto? A medida é necessária, isto é, não há outro modo, que não o afastamento do princípio da nulidade, de se reduzir as conseqüências fáticas da decisão a fim de garantir a segurança jurídica? Por fim, ela é proporcional em sentido estrito, mostrando-se compatível com o benefício, em segurança jurídica, que causa na espécie concreta?

O primeiro exame envolvido – o da adequação – será geralmente respondido afirmativamente no âmbito da modulação temporal dos efeitos. É que o afastamento dos efeitos retro-operantes da decisão, na medida em que deixar de desconstituir as relações jurídicas instauradas sob a égide da norma inválida, será apta a garantir a estabilidade das relações conexas ao caso. A seu

¹⁴⁴ Idem, pp. 116-24.

¹⁴⁵ FISCHER, Ocatvio Campos. Op. Cit., p. 251: “Por isso que o ‘fiel da balança’, na manipulação dos efeitos, é, sem dúvida alguma, o princípio da proporcionalidade. Porém, a aplicação deste princípio

turno, as demais investigações, por serem mais complexas, demandam análise mais cautelosa.

Quanto à necessidade, deve-se considerar a importância e a prevalência do princípio que reporta nulidade aos atos dissonantes com o texto constitucional. Dada essa condição de preponderância, tem-se que sua atenuação somente será efetivamente necessária quando não houver outra maneira de se suavizar as consequências da retroação da decisão, sendo estas de tal modo desastrosas e impraticáveis que a modulação temporal afigure-se a única alternativa viável.

A proporcionalidade em sentido estrito funcionará de maneira análoga, devendo-se inquirir se o empréstimo de efeitos prospectivos à decisão de inconstitucionalidade é proporcional não somente com a supressão do princípio da nulidade, mas também com outros direitos fundamentais envolvidos, em especial no caso de modulação em controle difuso. De fato, nessa hipótese, é necessário avaliar se o nível de restrição a direitos fundamentais da parte prejudicada pela não retroação da decisão é justificável em razão da benesse resultante da manipulação temporal, valendo-se esse teste como uma vedação ao excesso.

Quanto à importância chave do exame da proporcionalidade em sentido estrito e seu aspecto de proibição ao excesso, veja-se a lição de PAULO ROBERTO LYRIO PIMENTA:

“Todavia, a proporcionalidade em sentido estrito é o aspecto mais importante na situação em tela, com base no qual deve-se pesar, no caso concreto, a desvantagem do meio – sacrifício do princípio da nulidade – em relação à vantagem do fim – proteção de outro princípio (segurança jurídica, moralidade, boa-fé do administrado, etc.). Em outros termos, o que importa, aqui, é verificar se as consequências gerais da decisão de inconstitucionalidade, no plano dos fatos, são excessivas ou não, tendo em vista outros princípios constitucionais. Nessa operação, deve-se cotejar os

tem por pano de fundo não a satisfação de um ou outro valor em específico, mas, antes, a estabilidade do próprio sistema”.

interesses afetados pela norma inconstitucional com os que seriam sacrificados pela eficácia retroativa.”¹⁴⁶

Bem a propósito, é justo observar que, aliados ao princípio da nulidade, pesarão eventuais direitos fundamentais que venham a ser restringidos pela não retroação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Desse modo, no exercício de ponderação regido pelo princípio da proporcionalidade, serão eles apreciados em bloco, juntamente com a regra geral da nulidade dos atos inconstitucionais, em contraposição à medida de segurança jurídica ou de excepcional interesse social assegurada pela modulação temporal dos efeitos.

Nessa esteira, o magistério de ANA PAULA DE BARCELLOS identifica três etapas pertinentes ao juízo de ponderação e assevera a relevância de se agrupar princípios tendentes a uma mesma solução, para que a decisão integradora possa colocar os dois conjuntos na balança, *ipsis litteris*:

“O propósito da ponderação é solucionar esses conflitos normativos de maneira menos traumática para o sistema como um todo, de modo que as normas em oposição continuem a conviver, sem a negação de qualquer delas, ainda que em determinado caso concreto elas possam ser aplicadas em intensidades diferentes. (...) Simplificadamente, é possível descrever a estrutura da ponderação como um processo em três etapas. Em uma primeira fase, se identificam os comandos normativos ou as normas em conflito. (...) Ainda nesta primeira fase, as diversas indicações normativas devem ser agrupadas em função da solução que estejam sugerindo. Ou seja: informações que indicam a mesma solução devem formar um conjunto de argumentos. O propósito desse argumento é facilitar o trabalho posterior de comparação entre os elementos normativos em jogo. Na segunda fase cabe examinar as circunstâncias concretas do caso e suas repercussões sobre os elementos normativos, daí se dizer que a ponderação depende substancialmente do caso concreto e de suas particularidades. (...) Na terceira fase – a fase da decisão – se estará examinando conjuntamente os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos sobre eles, a fim de apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diferentes elementos em disputa. Diante da distribuição de pesos – e esse o diferencial da ponderação – será possível definir, afinal, o grupo de normas que deve prevalecer.”¹⁴⁷

¹⁴⁶ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Efeitos da decisão de inconstitucionalidade em direito tributário*. – São Paulo: Dialética, 2002, p. 94.

¹⁴⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. Op. Cit., p. 57-58.

Dáí se concluir que a ponderação de princípios induz à organização, em conjuntos argumentativos, dos elementos normativos que fundamentem, na análise do caso concreto, uma mesma solução a ser adotada. No caso da modulação temporal dos efeitos, incontestavelmente, comporão um ou outro grupo, o excepcional interesse social e a segurança jurídica, de um lado, e o princípio da nulidade dos atos inconstitucionais, de outro, sem prejuízo dos direitos fundamentais e/ou demais princípios constitucionais envolvidos.

A apreciação do gerenciamento temporal dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade à luz do princípio da proporcionalidade é proposta, em sede doutrinária, também pelo professor carioca DANIEL SARMENTO:

“Assim entendemos que o princípio da proporcionalidade autoriza uma restrição à eficácia ex tunc da decisão proferida no controle de constitucionalidade, sempre que esta restrição: (a) mostrar-se apta a garantir a sobrevivência do interesse contraposto; (b) não houver solução menos gravosa para proteger o referido interesse; e (c) o benefício logrado com a restrição à eficácia retroativa da decisão compensar o grau de sacrifício imposto ao interesse que seria integralmente prestigiado, caso a decisão surtisse seus efeitos naturais (...). Assim, quando a atribuição de efeitos retroativos à decisão de inconstitucionalidade acarretar grave lesão a outros interesses tutelados pela Lei Fundamental, pode o Judiciário restringir tais efeitos, valendo-se do princípio da proporcionalidade.”¹⁴⁸

A partir dessa estruturação de limites interpretativos, a observação de exemplo trazido do campo tributário conduz a uma interessante conclusão: a possibilidade de se manipular os efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade de norma impositiva tributária é praticamente inconcebível.

Isso porque é difícil vislumbrar como o emprego da medida passaria no teste da necessidade e, mediamente, no da proporcionalidade em sentido estrito. É que inabilitar o contribuinte de pleitear a restituição ou compensação

¹⁴⁸ SARMENTO, Daniel. Eficácia Temporal do Controle de Constitucionalidade das Leis (O Princípio da Proporcionalidade e a Ponderação de Interesses). In: Revista de Direito Administrativo nº 212, abril/junho de 1998, p. 38/39.

do indébito tributário é restrição por demais intensa a direito fundamental alicerçado na legalidade e no devido processo legal, bem como na vedação do enriquecimento ilícito da Fazenda Pública. Além disso, as alegações de ordem econômico-financeira a favor do Estado¹⁴⁹, assim como também a continuidade dos serviços públicos, não subsistem ao poder atribuído ao Fisco de incrementar a carga tributária, preenchendo o vazio orçamentário eventualmente deixado pela enxurrada de pedidos de repetição de indébitos inconstitucionais.

E nem se alegue que ficaria, assim, a Fazenda Pública sujeita aos entendimentos ocasionalmente cambiantes da Corte Constitucional no tocante à constitucionalidade de tributos, o que geraria grave insegurança jurídica à esfera da governabilidade e da prestação de serviços públicos de qualidade. Para evitar a possibilidade indefinida de repetição de indébitos, existem institutos como a prescrição e a decadência, que tornam definitivos e consumados recolhimentos efetuados após o decurso do tempo. E, afinal, “*se a coletividade se beneficiou em detrimento do patrimônio de determinada pessoa, o contribuinte, essa mesma coletividade deve suportar o ônus de recompor o que foi indevidamente arrecadado*”¹⁵⁰.

Não bastam, pois, meras alegações de segurança jurídica ou excepcional interesse social como fórmula justificadora da restrição dos efeitos das decisões do controle de constitucionalidade. Sua legitimação depende fundamentalmente da identificação precisa da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito da aplicação do mecanismo em relação à finalidade de se assegurar, no caso concreto, a segurança jurídica ou o excepcional interesse social, bem como outros princípios constitucionais eventualmente envolvidos.

¹⁴⁹ FISCHER, Octavio Campos. Op. Cit., p; 259-60: “Enfim, é de ser salientado que o ‘argumento *ad terrorem* do prejuízo’, pura e simplesmente, não é suficiente para a manipulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade. Afinal, prejuízo, no sentido estrito de diminuição do capital, sempre haverá”.

¹⁵⁰ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Op. Cit., p. 353.

Demais disso, esse exercício criterioso de ponderação deve constar integralmente descrito na fundamentação da decisão, até como forma de se suplantar o problema da baixa densidade de legitimidade democrática da jurisdição constitucional, tão latente no campo da limitação dos efeitos temporais das decisões do Tribunal Constitucional, tendo em vista a tênue fronteira entre esta e a conveniência judicial. Nessa linha, a fundamentação das decisões que manipulam, no tempo, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade deve conter não somente as razões da inconstitucionalidade, senão também a descrição pormenorizada do método interpretativo que fundamentou a decisão. Vale recordar, ainda, que tal dever de fundamentação suplementar minimiza, em certa medida, o problema resultante do fato de decisões dessa ordem não se submeterem a nenhum tipo de fiscalização.

Sobre essa questão, o magistério de OCTAVIO CAMPOS FISCHER é preciso e cauteloso:

“Aqui, faz-se necessária uma dupla fundamentação. É obrigatória a fundamentação, demonstrando que há necessidade de restrição dos efeitos e também de se escolher um determinado momento, dentre vários outros disponíveis, para se iniciar a deflagração dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade. Deve-se, portanto, demonstrar qual o motivo que se levou em consideração para escolher um e não outro momento para funcionar como marco temporal para a incidência de tais efeitos.”¹⁵¹

Portanto, a decisão que modula efeitos não pode ser consequencialista, atenta apenas às suas implicações no mundo dos fatos, mas deve partir de razões emergentes do próprio sistema normativo constitucional, plenamente fundamentada a partir do princípio da proporcionalidade. A manipulação dos efeitos temporais de uma declaração de inconstitucionalidade tem a serventia de prestigiar a aplicação unificada do texto constitucional, e não de tornar confortável a deflagração de irresponsáveis ativismos judiciais.

¹⁵¹ FISCHER, Octavio Campos. Op. Cit., p. 259.

3.6 – Modulação temporal dos efeitos no controle difuso?

Outra questão que se põe no centro dos debates em torno da atenuação da retro-operância temporal das declarações de inconstitucionalidade é acerca da possibilidade de se manipular sua eficácia no âmbito do controle difuso de constitucionalidade. É imperioso observar, de início, que o art. 27 da Lei nº 9.868/99, a rigor, autoriza a modulação no julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, de ações diretas de inconstitucionalidade e de ações declaratórias de constitucionalidade, cingindo-se, formalmente, ao controle concentrado de constitucionalidade.

Vale reiterar, nessas considerações preliminares, que o princípio da nulidade dos atos inconstitucionais detém prioridade de aplicação tanto no controle concentrado quanto no difuso de constitucionalidade, pois “*a matéria-prima é a mesma (uma lei inválida)*”¹⁵². Ainda assim, a modulação temporal dos efeitos das decisões da jurisdição constitucional é, seguramente, aplicável a este modelo de controle. O próprio STF tem admitido, corretamente, a possibilidade, fundamentando-se inclusive no fato de o mais tradicional sistema de controle difuso de constitucionalidade – o dos Estados Unidos da América – admitir pacificamente sua aplicação a partir do *leading-case Linkletter v. Walker*, de 1965.

É de se recordar, ainda, que a competência para proceder à manipulação temporal dos efeitos de suas decisões encontra-se inserida nos chamados poderes implícitos do Tribunal Constitucional. Por isso, é até mesmo lícito defender que o art. 27 da Lei nº 9.868/99 deva ser aplicado, por analogia, aos

¹⁵² Ibid. p. 306.

processos de índole subjetiva, valendo para estes, então, as restrições impostas pelo dispositivo legal autorizador¹⁵³.

No âmbito da fiscalização difusa, porém, é necessário ressaltar que o processo encerra natureza subjetiva, ou seja, a impugnação da constitucionalidade de uma norma é efetuada por jurisdicionados como fundamento visando assegurar direitos subjetivos próprios. Nesse contexto, portanto, o particular envolvido na demanda judicial parte do pressuposto da nulidade das leis contrárias ao texto constitucional e conta com ele para ver seu direito garantido, razão pela qual a manipulação dos efeitos temporais da decisão torna-se ainda mais delicada.

Contrariamente à premissa aqui adotada, há argumentação doutrinária a propugnar que o controle difuso seria o local mais apropriado para a aplicação do mecanismo:

“Afinal, será na análise das situações concretas que se apresentam ao Poder Judiciário que este poderá verificar se e em que medida, de fato, estão presentes outros valores, que não só o princípio da constitucionalidade em sentido estrito. Será, então, na análise do caso concreto que o Judiciário poderá sopesar a boa-fé, a segurança jurídica, a igualdade, para melhor concluir pela restrição dos efeitos. Ora, no controle abstrato, dissociado da apreciação de fatos específicos, o Judiciário terá muitas vezes que trabalhar à luz de situações generalizadas ou até mesmo presunções, se quiser concluir pela necessidade de manipulação daqueles. Com isso, a sua apreciação da matéria torna-se mais sujeita a provocar rupturas em relação a outros valores que repousam em situações individuais e que destoam da generalização alcançada.”¹⁵⁴

Todavia, essa parece não se afigurar a melhor conclusão. Conquanto seja absolutamente lícita a manipulação nos domínios da fiscalização difusa, esta envolve maiores complicações em função, justamente, dos direitos subjetivos envolvidos à apreciação da demanda. As partes envolvidas em recurso extraordinário possuem pretensões jurídicas fundadas, na maior parte

¹⁵³ A opinião pela inconstitucionalidade do dispositivo não deslegitima essa postura. Adotando-se uma postura realista que observa a plena eficácia de tal norma, torna-se premente a conclusão de que ela deva ser aplicada também aos processos de controle difuso da constitucionalidade das leis.

das situações, na nulidade das leis inconstitucionais e, por conseguinte, na retroação da decisão que a decreta. O exemplo no campo do direito tributário é claríssimo nesse sentido: quando um contribuinte provoca o Poder Judiciário para pleitear o reconhecimento da incompatibilidade de um tributo com a Constituição Federal, ele pretende que a retro-operância da decisão o habilite a lograr a restituição ou compensação dos indébitos inconstitucionais. Se se opera a modulação dos efeitos da decisão em um caso como esse, de nada valerá a proclamação da inconstitucionalidade do tributo, já que esta não resultará na devolução das importâncias inconstitucionalmente pagas.

Já no controle concentrado, o processo é puramente objetivo e sua função é assegurar a higidez e inteireza do sistema constitucional – ao menos em tese, não há interesses envolvidos. Esse é o campo natural da modulação temporal dos efeitos das decisões da jurisdição constitucional, pois aqui faz todo o sentido que a aplicação do texto constitucional seja realizada de modo otimizado, verificando-se qual a solução mais adequada à manutenção da normalidade constitucional. Assim, uma vez constatada a impropriedade da nulificação do ato incompatível à Constituição – em razão da prevalência de outros princípios que pesem em favor da operação prospectiva da decisão –, a manipulação dos efeitos da declaração trabalhará pela saúde normativa do sistema e será absolutamente condizente com o modelo.

Ultrapassado esse ponto, é necessário afirmar que o gerenciamento temporal das decisões no controle de matriz difusa requer uma ponderação ainda mais detida e cautelosa dos princípios constitucionais concernidos. No exercício desse juízo, pesará também a pretensão da parte jurisdicionada e o seu direito fundamental – que geralmente tem prevalência na aplicação – à não sujeição ao ato inconstitucional, que em regra deve ser nulificado. De todo modo, é inconteste a possibilidade de que o direito subjetivo envolvido venha a ceder ante a outras razões constitucionais eventualmente preponderantes na

¹⁵⁴ Ibid. p. 307.

apreciação do caso concreto. Conforme já explicitado, o STF inclusive já acertou na manipulação temporal de efeitos de sua decisão no RE nº 197.917/SP.

Por outro lado, convém explorar as complexas implicações da técnica da manipulação temporal dos efeitos das declarações de inconstitucional face à convivência, no sistema brasileiro, dos modelos concentrado e difuso de fiscalização da constitucionalidade. É que, não raro, as decisões proferidas no âmbito dessas duas modalidades se inter-relacionam, sendo bastante comum que decisões abstratas de inconstitucionalidade produzam efeitos sobre as demandas judiciais em controle difuso.

Nesse contexto, muitas vezes uma mesma norma tem sua legitimidade constitucional atacada tanto a partir da deflagração de uma ação direta – controle concentrado – quanto por meio de demandas ordinárias, na esfera do controle difuso. Nessas situações, a procedência ou improcedência da ação direta terá efeitos concretos sobre as ações do controle difuso, pois as decisões relativas a estas terão de respeitar o decidido, em abstrato, pelo STF, cuja decisão no caso terá força vinculante.

Naturalmente, também o gerenciamento temporal da decisão no controle concentrado influirá nas ações de controle difuso em curso, cujas decisões terão de observar a limitação dos efeitos praticada no exercício do controle abstrato de constitucionalidade. Assim, se no julgamento de uma ADI ou de uma ADC, o STF declarar a inconstitucionalidade de um ato normativo e gerenciar prospectivamente os efeitos temporais dessa decisão, a modulação terá de ser observada nos demais processos em curso perante o Poder Judiciário, sob pena de possibilidade de ajuizamento de Reclamação ao STF, a fim de garantir a autoridade de sua decisão, com fulcro no art. 102, I, 'l' da CF/88. É preciso ressaltar, contudo, os casos definitivamente solucionados pelo Poder Judiciário, sendo inequívoco que eventuais decisões do STF com força vinculante não poderão cindir a autoridade da coisa julgada que tenha

sido consumada nos autos de processos de controle difuso de constitucionalidade.

Convém registrar, ainda, a influência do instituto processual da repercussão geral, o qual consubstancia requisito de admissibilidade aos recursos extraordinários, que somente serão admitidos pelo Supremo Tribunal Federal se a questão constitucional envolvida apresentar relevância social, econômica, política ou jurídica que ultrapassem os interesses subjetivos da causa (art. 543-A, § 1º, CPC). Ressalte-se que a repercussão geral não gera qualquer alteração direta no regime de força vinculante das decisões em controle difuso, cujos efeitos limitar-se-ão às partes subjetivas envolvidas na demanda judicial¹⁵⁵. Portanto, não poderá o STF, nos autos de um recurso extraordinário, limitar os efeitos com a intenção de atingir outros que não aqueles abrangidos pelo processo judicial, como equivocadamente o fez nos autos do já estudado RE nº 560.626.

É interessante questionar-se, também, a propósito da competência do Senado Federal para suspender a eficácia de lei “declarada” inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do controle difuso (art. 52, X, CF/88¹⁵⁶), quando tal decisão proceder à manipulação temporal de seus efeitos. A pergunta sugerida é a seguinte: a decisão política do Senado Federal de estender a eficácia da decisão do STF, proferida em controle difuso de constitucionalidade, também a estende quanto à modulação de seus efeitos?

É válido advertir, primeiro, que se trata de uma competência discricionária, eminentemente política, do Senado: cabe aos seus membros decidir sobre a oportunidade e a conveniência de se suspender a eficácia da lei cuja aplicação foi afastada, pelo STF, em um determinado caso concreto. Além disso, partindo-se do sistema de controle de constitucionalidade delineado pela

¹⁵⁵ É certo, não obstante, que os recursos idênticos com repercussão geral reconhecida serão julgados uniformemente, mas isso não significa que o julgamento passa a ter eficácia *erga omnes*.

¹⁵⁶ “Suspender, no todo ou em parte, lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

Constituição Federal, tem-se que a resolução que suspende a eficácia da lei possui força retroativa.

Nada obstante, não é o que acontece no caso de decisão de inconstitucionalidade que restringe os seus efeitos temporais. É que, aparentemente, a competência que o texto constitucional delega ao Senado Federal é para estender, em todos os seus aspectos, a decisão da cúpula do Poder Judiciário. Não se deve, portanto, enxergar tão rigorosamente a eficácia retroativa dessa resolução a ponto de se entender que, mesmo na hipótese de o próprio STF limitar sua decisão no tempo, a decisão política do Senado deva retroagir intransigentemente. Há quem entenda, no entanto, que o Senado não poderá exercer a competência do art. 52, X da Constituição em casos de modulação dos efeitos, em textual:

“Considerando esses aspectos da Resolução em pauta, infere-se que o Senado só deverá praticar o aludido ato quando o Supremo tiver atribuído eficácia retroativa à decisão de inconstitucionalidade, posto que, em se tratando de ato de mera extensão subjetiva, deve ter a mesma eficácia temporal do ato de declaração de invalidade da lei. Em outros termos, o ato do Senado deve observar os limites da decisão do STF, inclusive quanto à eficácia temporal.”¹⁵⁷

Ora, a princípio, a resolução que suspende a eficácia da lei difusamente declarada inconstitucional acompanha o conteúdo da decisão judicial inclusive quanto à sua limitação temporal, de modo que a eficácia geral da norma declarada contrária à Constituição será suspensa apenas a partir do termo fixado pela decisão do STF.

O mesmo não acontecerá, porém – e para isso o Senado deverá estar atento, consignando a peculiaridade no texto da resolução –, quando os motivos legitimadores do gerenciamento temporal da decisão cingirem-se aos detalhes fáticos do caso concreto. Em outras palavras, se os fundamentos da modulação temporal não estiverem ligados às conseqüências gerais da norma

¹⁵⁷ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Op. Cit., p. 97-98.

impugnada, mas de particularidades relacionadas às partes envolvidas no processo subjetivo, aí então a suspensão senatorial retroagirá regularmente.

Por fim, cabe ainda consignar uma última observação paralela à análise acima. A Emenda Constitucional nº 45/2005 introduziu no texto constitucional o art. 103-A¹⁵⁸, que confere ao STF competência para editar súmulas vinculantes relacionadas às questões constitucionais que enfrenta, depois de reiteradas decisões no mesmo sentido. Assim, a súmula vinculante passa a ser um outro instrumento de ampliação dos efeitos das decisões proferidas no controle difuso, já que ela vincula o Poder Judiciário e a Administração Pública.

Também nesse caso apresenta-se certa dificuldade contextual à relação entre a eficácia da súmula vinculante e a das decisões que lhe serviram de base, cuja produção de efeitos temporais eventualmente tenha sido manipulada. Nessa hipótese, a solução parece simples: se é o próprio STF que delibera a respeito da redação dessas súmulas, por razões lógicas, ele incluirá a restrição temporal no próprio texto do enunciado se concluir pela sua aplicabilidade. Adicionalmente, nada parece impedir que o STF deixe de modular os efeitos das decisões nos processos subjetivos correspondentes, mas o faça por intermédio da súmula, dependendo das peculiaridades que caracterizarem os personagens e as relações envolvidas.

À luz de todas as considerações precedentes, deve-se ter por certa a competência do STF para manipular os efeitos de suas decisões em sede de controle difuso de constitucionalidade, devendo ser aplicado, por analogia, o art. 27 da Lei nº 9.868/99. O juízo de ponderação de princípios constitucionais, não obstante, deverá levar em consideração as pretensões subjetivas abarcadas

¹⁵⁸ “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços de seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida na lei (...)”.

no caso, tornando-se ainda mais difícil e rigoroso o sopesamento de valores, interesses e princípios atinentes à espécie.

3.7 – Modulação e repristinação da legislação anterior

É também merecedora de atenção a questão da repristinação da legislação revogada pela norma declarada inconstitucional. Em princípio, no direito brasileiro, a repristinação possui caráter excepcional. Vale dizer, quando uma norma revogadora é também revogada, a legislação anterior não volta a produzir seus efeitos: a revogação é fato consumado e exclui a norma revogada do ordenamento jurídico em definitivo, conforme dispõe o art. 2º, § 3º da Lei de Introdução ao Código Civil¹⁵⁹.

Não é, todavia, o que sucede com a declaração de inconstitucionalidade. Isso porque, de acordo com o princípio da nulidade das leis inconstitucionais, a norma declarada contrária à Constituição é nula de pleno direito desde sua origem, não se admitindo, em regra, qualquer produção de efeitos. Dessa maneira, como se considera que a lei inconstitucional sequer tenha existido, também não teria ela tido força para revogar a legislação que tratava, anteriormente, da matéria. Portanto, a declaração de inconstitucionalidade de uma norma importa a repristinação da lei por ela revogada, que volta a produzir seus efeitos e, desse modo, a regular a matéria.

Sendo assim, vem à tona a relevante pergunta: em casos que o Tribunal Constitucional manipule, no tempo, os efeitos da decisão que reconhece a invalidade de um ato normativo à luz do texto constitucional, segue aplicável a repristinação da legislação revogada?

A resposta, decididamente, é afirmativa. A modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade apenas flexibiliza a eficácia

¹⁵⁹ “Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência”.

temporal de uma decisão dessa natureza. Ela não resulta, de modo algum, no afastamento objetivo da nulidade do ato inconstitucional e na conseqüente acolhida da teoria *kelseniana* que prega sua anulabilidade, mas apenas do diferimento temporal da eficácia da decisão da jurisdição constitucional.

Desse modo, a declaração de inconstitucionalidade cujos efeitos sejam gerenciados no tempo não deixa de ter por conseqüência a repriminção da legislação revogada pela norma ilegítima, senão que altera o momento de seu retorno ao mundo jurídico coerentemente com a produção de efeitos da decisão. É nessa linha argumentativa que se posiciona o Prof. OCTAVIO CAMPOS FISCHER:

“Pensamos que, mesmo havendo efeitos ‘ex nunc’ na decisão de inconstitucionalidade, a repriminção da lei revogada é inquestionável. Apenas que tal fenômeno opera-se somente a partir do momento em que se iniciam os efeitos da decisão. Assim, se há declaração de invalidade de uma norma, com efeitos a partir da publicação, a lei revogada volta a incidir somente a partir deste termo. (...) Pelo que desenvolvemos, na manipulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, há, em verdade, dissociação entre ‘inconstitucionalidade’ e ‘efeito ex nunc’ e não entre ‘inconstitucionalidade’ e ‘nulidade’, por isso que a lei inconstitucional será sempre nula, mas os efeitos da decisão sim é que, em razão de questões de extrema relevância, operarão apenas a partir de um outro marco temporal, que não o da entrada em vigor da lei inválida.”¹⁶⁰

Em suma, mesmo nos casos em que o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade de uma norma e modular os efeitos da decisão – seja a partir da publicação, seja de outro momento fixado pelo Tribunal –, a legislação revogada terá sua vigência restaurada, voltando a regular a matéria. Somente que a repriminção terá como termo inicial o momento em que a decisão passar a produzir seus efeitos regulares, sendo certo que a lei revogada não regulará as situações anteriores a ele, as quais continuarão regidas pela lei declarada inconstitucional em virtude do gerenciamento temporal dos efeitos.

¹⁶⁰ FISCHER, Octavio Campos. Op. Cit., p. 270-1.

3.8 – O problema da “modulação invertida”

Já se colocou que a manipulação temporal da eficácia das declarações de inconstitucionalidade constitui técnica excepcional que possibilita a restrição dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade. Conforme o exposto, sua aplicação cinge-se àquelas hipóteses em que a decretação de nulidade da norma inválida acabaria por agravar a situação de inconstitucionalidade, tornando-se imperativa a limitação dos efeitos de modo a otimizar a aplicação do texto constitucional.

Integrado ao sistema de direito positivo brasileiro, o mecanismo passou a representar possibilidade real de atenuação das conseqüências das decisões da jurisdição constitucional. Interesses particulares e governamentais envolvidos às questões constitucionais passaram a considerar a técnica como uma alternativa válida para resguardar-se de eventuais decisões desfavoráveis, mitigando ou até frustrando suas conseqüências.

Nesse contexto, vislumbra-se, em determinados casos, defesas argumentativas no sentido da aplicação do instrumento de restrição temporal dos efeitos às decisões que, por exemplo, julgam improcedentes ações diretas de inconstitucionalidade ou procedentes ações declaratórias de constitucionalidade, declarando não a contrariedade de uma norma em face da Constituição, mas sua constitucionalidade.

É a isso que chamamos, aqui, de modulação invertida¹⁶¹. Trata-se da preservação, pela decisão que declara a constitucionalidade de um ato normativo, dos atos praticados com base na expectativa pela declaração de inconstitucionalidade do mesmo. Ou seja: o mero ponto-de-vista, pela parte

¹⁶¹ A nomenclatura, conferida em caráter provisório à situação, é de autoria do juiz federal Alceu Maurício Jr., que a estabeleceu por meio de um comentário feito no “blog” virtual “Supremo Tribunal Federal em debate” ([HTTP://supremoemdebate.blogspot.com/2007/11/modulao-invertida.html](http://supremoemdebate.blogspot.com/2007/11/modulao-invertida.html)), em 1º de novembro de 2007. Acessado em 25 de outubro de 2008.

interessada, no sentido da inconstitucionalidade de uma norma advogaria pela manutenção dos atos praticados à luz de sua pretensa inconstitucionalidade.

A preocupação adquire contornos de realidade na medida em que o STF, no recente julgamento da ADI nº 3756¹⁶², ajuizada pela Câmara Legislativa do Distrito Federal, julgou constitucional um dispositivo da Lei Complementar nº 101/2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal – que conferia ao Poder Legislativo do DF percentual, para despesa com seu pessoal, idêntico àquele conferido aos Estados, e não ao conferido aos Municípios, 3% (três por cento) maior.

Após julgar improcedente a ação direta, o Tribunal acolheu os embargos de declaração opostos pelos requerentes no sentido de que a Câmara Legislativa do DF somente teria de se adaptar à decisão a partir de sua publicação¹⁶³, nada tendo que corrigir em relação aos orçamentos anteriores, que dotavam o Legislativo Distrital de verba equivalente à dos municípios para gasto com servidores. Agindo assim, por estritas razões de conveniência judicial e para não ignorar a realidade consumada, o STF privilegiou os fatos

¹⁶² STF, ADI nº 3.756-ED/DF, rel. Min. Carlos Britto, Brasília, j. em 24.10.2007, DJ de 23.11.2007.

¹⁶³ Assim destacou o Ministro Relator Carlos Ayres Britto: “Daí a razão deste STF não haver fixado prazo para o cumprimento da decisão de mérito da presente ADI. É que esta nossa Corte Suprema de Justiça não declarou inconstitucional o ato adversado. Ao contrário, assentou a constitucionalidade do dispositivo, ao julgar a ADI improcedente. Dito isso, eu pergunto: o que sucede quando o Supremo Tribunal Federal julga, em sede de ADI, a improcedência da ação? A eficácia no tempo é retroativa, não há que cogitar de modulação. Acontece que esse caso é *sui generis*, porque não se cuida, aqui, de anular nomeações ou contratações de pessoal, ou debater sobre direitos a esse ou aquele estipêndio, acréscimo remuneratório, nem sobre direito à aposentadoria ou pensão ou a benefício previdenciário qualquer. Nada disso! Não se trata de discutir aquelas questões corriqueiras, proverbiais se servidor público, como, por exemplo, desconto previdenciário. Nada. O tema aqui é outro: durante toda a existência da Lei, a Câmara Legislativa aplicou um percentual de receita corrente líquida, para pagamento de pessoal, acima do limite que a Lei estabelecia (e estabelece) em 3% (três por cento) para o Distrito Federal, porque equiparado aos Estados, e o fato é que Câmara estava praticando um percentual de até 6% (seis por cento). (...) Dito de outro modo, é impossível negar que, no plano dos fatos, a obrigação de o Poder Legislativo do Distrito Federal adotar as medidas necessárias ao cumprimento do paradigma correto começa a fluir da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 3.756. Isto porque, conquanto declarada a constitucionalidade dos dispositivos ali impugnados, não há como se exigir que o Poder Legislativo do Distrito Federal se amolde, de modo retroativo, ao decidido pelo Supremo Tribunal Federal, porquanto as despesas com pessoal – embora fora do limite previsto na LRF – já foram efetivamente realizadas. Logo, a adequação, pelo Legislativo distrital, ao percentual de 3% (três por cento) só poderá ocorrer, mesmo, a partir do momento em que este Supremo Tribunal se pronunciou sobre o tema.”

em detrimento da aplicabilidade da Constituição, havendo corroborado a temporária suspensão de sua eficácia.

Essa compreensão, contudo, não merece acolhida, em absoluto. É que na tal “modulação invertida”, a ordem jurídico-constitucional permanece inalterada: a lei, que já se revestia de presunção de constitucionalidade, teve sua conformidade constitucional confirmada pelo Poder Judiciário. Não há que se falar em boa-fé relativa à expectativa pela inconstitucionalidade da norma, pois esta não precisa da proclamação do STF para garantir sua constitucionalidade e aplicabilidade.

Por isso, uma conduta flagrantemente violadora da ordem constitucional jamais poderia ser amparada pela segurança jurídica ou pelo interesse público, e a intangibilidade dos atos praticados em função da crença na incompatibilidade da norma com a Constituição afronta, de maneira irremediável, o princípio da constitucionalidade das leis e o da legalidade.

A única ressalva que se poderia fazer nesse campo de análise refere-se à situação hipotética em que a própria Corte Constitucional reconhecesse, reiteradamente, em sede de controle difuso (pois se fosse em controle concentrado, a norma seria eliminada do ordenamento), a inconstitucionalidade de um determinado ato legal e, supervenientemente, viesse a revolucionar sua jurisprudência, aduzindo sua constitucionalidade¹⁶⁴, superando sua própria jurisprudência tradicional. Aí sim, a partir de uma rigorosíssima ponderação de princípios, seria remotamente possível a limitação dos efeitos, vez que a presunção de constitucionalidade da lei seria parcialmente ilidida pela legítima expectativa no posicionamento do Poder Judiciário, que afirmava repetidamente a inconstitucionalidade da norma, na esteira da teoria da superação prospectiva (*prospective overruling*) da Suprema Corte norte-americana.

¹⁶⁴ Cf. item 4.4, *infra*.

De todo modo, é necessário concluir que, em condições normais, a “modulação invertida” é definitivamente incabível, visto que resulta na injustificável supressão dos princípios da legalidade e da presunção de constitucionalidade das leis e premia comportamentos inconstitucionais sem qualquer fundamento válido de segurança jurídica, certamente inaplicável à espécie.

4. Questões controvertidas sobre a modulação temporal em matéria tributária

4.1 – A importância dos exemplos

Toda teoria deve ser enxergada à luz da prática, embora não deva curvar-se a ela. A elaboração de modelos científicos absolutamente apartados da realidade conduz à inapropriada dissociação entre a produção do conhecimento e sua matéria-prima. A própria confirmação científica de todo tipo de proposição investigativa depende de sua observação junto ao plano empírico da experiência.

Em virtude disso, adquire notável autoridade a colocação esclarecedora dos exemplos: eles permitem a ilustração das teses com elementos da realidade palpável, contribuindo não só no sentido da visualização pragmática das teorias, senão também com a sua própria construção. Afinal, até mesmo definições podem partir dos exemplos!¹⁶⁵

Para os efeitos da presente investigação monográfica, a extração de exemplos do cotidiano da jurisdição constitucional, em especial, apresenta a utilidade indispensável de propiciar a construção de parâmetros abstratos¹⁶⁶, de

¹⁶⁵ SGARBI, Adrian. Op. Cit., p. 14: “Outra forma de definir algo é dizer o que esse algo é mediante exemplificações; essas são as definições ‘ostensivas’. Esse é o caso ocorrente quando se procura definir papel dizendo: ‘a página de um livro é um papel’; ou, ainda, quando se procura explicar o quer é um cão enfatizando nomes comuns aos cães como ‘Rex’, ‘Rin-tin-tin’, ‘Totó’, ‘Pluto’, ‘Fido’, ‘Laika’, ‘Lassie’ etc. É claro que a definição que cumpre esta função sofre sérias limitações. Como seu esclarecimento depende dos exemplos utilizados, imagine-se uma aldeia localizada em uma planície e o desejo de explicar ostensivamente o que seja um arranha-céu. Sem possibilidades próximas para isso, e na ausência de qualquer conhecimento de outras localidades, dificilmente se conseguirá uma definição ostensiva com chances de êxito”.

¹⁶⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. Op. Cit., p. 60: “Muitos dos conflitos normativos que o texto constitucional sugere são facilmente percebidos em tese: livre iniciativa *versus* proteção ao consumidor e proteção ao meio ambiente; liberdade de informação e de imprensa *versus* intimidade, honra e vida privada, dentre muitos outros. Da mesma forma, a observação e a contínua experiência com a interpretação e aplicação desses dispositivos produz uma espécie de banco de dados formados por situações de fato típicas e elementos fáticos relevantes em função dos quais é possível, mesmo em tese, isto é, independentemente de um caso concreto real, proceder a um raciocínio de natureza ponderativa para propor um parâmetro de solução”.

tal sorte que estes sirvam de referencial ao aplicador no momento em que se debruçar sobre o caso concreto. É como se, imaginando os possíveis embates fáticos e principiológicos que podem vir a se apresentar no momento da aferição da proporcionalidade do emprego de efeitos prospectivos ou *pro futuro* a uma declaração de inconstitucionalidade, elaborássemos um catálogo de soluções pré-fabricadas apto a “*transformar muitos conflitos normativos, que seriam difíceis, em fáceis, simplesmente porque já há um modelo de solução que lhes é aplicável*”¹⁶⁷.

Mais notadamente, o interesse específico deste trabalho abrange a elaboração de modelos relacionados a questões observáveis no dia-a-dia do contencioso fiscal, visto que, no âmbito do processo judicial tributário, a desarmonia com a Constituição é patologia freqüentemente impugnada e não atinge somente a instituição ou majoração de tributos, mas também um amplo leque de normas tributárias de diferentes naturezas e finalidades, que será estudado adiante.

4.2 – Aplicação da modulação temporal dos efeitos contra os contribuintes como impeditivo à restituição do indébito tributário inconstitucional

O direito de se ter restituído aquilo que foi pago indevidamente é, antes de tudo, intuitivo¹⁶⁸. Esse direito é especialmente pulsante na seara tributária, tendo em vista que o fundamento filosófico da tributação reside no poder de império do Estado de exigir, coativamente, prestações pecuniárias voltadas ao custeio do bem comum. Tal poder, em razão de sua gravidade, exige

¹⁶⁷ Ibid. p. 61.

¹⁶⁸ KINGMA, Breno Ladeira. *Processo Judicial Tributário Decorrente de Compensações não Admitidas pela Secretaria da Receita Federal*. In: *Execução Fiscal – aspectos polêmicos na visão dos juízes, procuradores e advogados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 119.

observância estrita da legalidade e dos direitos componentes do estatuto de garantias do contribuinte.

Em função disso, a repetição do indébito tributário assume capital importância: figura como instrumento de devolução dos valores indevidamente pagos – ou seja, recolhidos de maneira diversa do que o sistema de normas tributárias determinou –, evitando-se, assim, o ilegítimo vilipêndio do patrimônio do particular e o indesejável enriquecimento sem causa da Fazenda Pública.

No direito tributário positivo brasileiro, a repetição do indébito possui edificação inaugural no próprio texto constitucional. O direito à devolução das importâncias objeto de exações tributárias injurídicas deflui dos princípios da moralidade da Administração Pública, da boa-fé, lealdade e proteção à confiança do contribuinte, da vedação ao enriquecimento ilícito do Estado, entre vários outros.

Dirigindo-se à realização da intenção constitucional, o art. 165 da Lei nº 5.172/66, que instituiu o Código Tributário Nacional (CTN), autoriza e especifica as hipóteses que ensejam a repetição do indébito tributário:

“Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:

I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

II - erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;

III - reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória”

É imperioso notar que o inciso I do artigo legal em questão, ao mencionar “*pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido*”, abrange o caso da inconstitucionalidade da norma impositiva

tributária: “os tributos resultantes de inconstitucionalidade, ou de ato ilegal, são os casos mais freqüentes do inciso I do art. 165”¹⁶⁹.

A este passo, há que se enfatizar a relação entre inconstitucionalidade da norma que institui ou majora tributos e o correspondente dever de repetir o indébito. A decretação da nulidade da norma e a retro-operância temporal da decisão são requisitos indispensável para tanto, pois, partindo do pressuposto de que todas as relações jurídicas estatuídas sob a égide do ato contrário à Constituição devem ser desconstituídas, impõe-se inexoravelmente a devolução do *quantum* inconstitucionalmente pago, conforme se depreende da seguinte manifestação doutrinária:

“O direito à restituição de tributos na situação em tela pressupõe, por fim, a pronúncia de nulidade da norma impositiva tributária, e, por conseguinte, a eficácia *ex tunc* da decisão. Nessa hipótese, a declaração de inconstitucionalidade certifica a invalidade do pagamento efetuado pelo contribuinte, tornando nula a cobrança do tributo. Em outros termos, o pagamento passa a ser qualificado como inválido diante do reconhecimento da norma jurídica tributária. Diante do ato nulo é imprescindível a recomposição do *status quo ante*, donde deriva a necessidade de se repetir o que foi pago.”¹⁷⁰

Demais disso, o direito à restituição ou compensação do indébito tributário e o correspondente dever de devolução das quantias arrecadadas com fulcro em leis tributárias inconstitucionais encontram-se pacificamente consolidados na doutrina e na jurisprudência¹⁷¹. Em regra, a lógica advoga no sentido de que, uma vez constatada a inconstitucionalidade de lei que institui ou majora tributos, surge o direito do contribuinte de pleitear, diretamente na esfera administrativa, a restituição ou compensação dos valores respectivos.

¹⁶⁹ BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 11ª ed. atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro, Forense, 2008, p. 397.

¹⁷⁰ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Op. Cit.*, p. 126.

¹⁷¹ STF, Enunciado de Súmula nº 546: “Cabe restituição do tributo pago indevidamente quando reconhecido por decisão, que o contribuinte *de jure* não recuperou do contribuinte *de facto* o *quantum* respectivo”. STF, RE nº 33.246, 2ª Turma, rel. Min. Afrânio Antônio da Costa, Brasília, DJ de 14.05.1958; RE nº 61.664, 2ª Turma, Brasília, DJ de 14.05.1969; RE nº 103.619-2, 1ª Turma, rel. Min.

Algumas limitações preliminares se colocam, no entanto, no caminho da restituição/compensação do indébito tributário inconstitucional. Em primeiro lugar, a repetição do indébito depende da existência de decisão judicial definitiva, ou seja, transitada em julgado, como estipula o art. 170-A do CTN¹⁷². Isso porque a restituição tributária demanda dois elementos indispensáveis: a liquidez e a certeza. Se a liquidez é aferida administrativamente pela quantificação e atualização do que foi indevidamente pago pelo contribuinte, a certeza advém justamente da imutabilidade da decisão judicial que reconhece a nulidade dos recolhimentos.

Por outro lado, a decisão que declara a inconstitucionalidade no controle abstrato de constitucionalidade passa a produzir seus efeitos vinculantes a partir de sua publicação em diário oficial. Por isso, somente a partir daí podem os contribuintes dar início aos procedimentos administrativos de restituição ou compensação de indébito. Se, diversamente, a decisão de inconstitucionalidade for proferida na sede difusa, somente aquele contribuinte parte do processo judicial terá direito à repetição, a menos que o Senado Federal suspenda, no exercício da competência a ele conferida pelo art. 52, X da CF/88, a eficácia da norma impugnada, em caráter geral.

A questão da repetição do indébito inconstitucional é clássica e habitual na litigância fiscal. Não por outro motivo que o problema é o primeiro a ser suscitado quando o assunto é a modulação temporal dos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade. No capítulo anterior, a hipótese foi mencionada e, a esta altura merece ser aprofundada.

O crescente emprego da manipulação temporal dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal traz consigo uma real preocupação relativa ao costume, nada incomum no

Oscar Corrêa, Brasília, DJ de 15.03.1985; RE nº 136.883-7, 1ª Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Brasília, DJ de 13.09.1991.

¹⁷² “Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial”.

Brasil, de a exceção converter-se em regra. A adoção do mecanismo, apropriada somente em hipóteses tão restritas e mediante severos juízos de ponderação, corre efetivo risco de ser banalizada nas trincheiras do processo judicial tributário. É que nessa área, se fazem presentes fortíssimos interesses governamentais relacionados ao caixa dos entes tributantes, não raro abalado por diuturnas declarações de inconstitucionalidade de tributos.

Inquietação de idêntica natureza encontra-se na advertência de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO:

“Seria preciso não conhecer o Brasil para supor motivada por questões de alta indagação científica essa proposta. Conhecendo-o, fácil é descobrir o que têm em mente os proponentes dessa ‘nulidade’ ou ‘anulação’ diferida. É sempre o ângulo governamental. Com base nessa regra, toda vez que um tributo correr o risco de ser julgado inconstitucional – e essas coisas se sabem com antecedência em Brasília – invocando o pesado ônus da devolução do já recebido, o Poder Público pleiteará que a eficácia da decisão seja a partir do trânsito em julgado. Assim não terá de devolver o já recebido...”¹⁷³

De fato, o temor do aludido constitucionalista se materializou. A manipulação prospectiva da eficácia temporal declaração de inconstitucionalidade tem constado reiteradamente do repertório de argumentos de defesa da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e da Advocacia-Geral da União, havendo sido inclusive aplicada pelo STF.

Sucedo que, consoante explorado no capítulo anterior, as “razões de estado” não são próprias do exercício rigoroso de sopesamento entre princípios constitucionais, que deve adstringir-se, única e exclusivamente, à busca de uma solução que preze pela aplicação otimizada do texto constitucional. Nesse sentido, a utilização do argumento econômico – que se contenta em destacar o déficit bilionário que uma eventual decisão judicial pode infligir aos cofres

¹⁷³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A reforma do Judiciário – observações sobre o parecer do relator*, aula inaugural ministrada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, junho de 1996, apud STF, petição inicial da ADI nº 2154, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Brasília, distribuída em 22.02.2000 e ainda pendente de julgamento.

públicos – é absolutamente insuficiente para se emprestar, legitimamente, efeitos prospectivos à deliberação pela ilegitimidade constitucional de um tributo. Acatá-lo, portanto, significa banalizar a aplicação do mecanismo em flagrante violação à Constituição Federal.

Com efeito, vale repetir, aqui, que a restrição temporal dos efeitos de uma eventual declaração de inconstitucionalidade de norma impositiva tributária muito dificilmente se sustentaria, incólume, após os exames da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Isso porque é incontestável a existência de meios menos gravosos para se amortecer o impacto financeiro resultante da derrubada de um tributo, como, por exemplo, a racionalização da fiscalização e arrecadação de tributos ou, até mesmo, a elevação da carga tributária mediante a instituição de novos tributos ou majoração dos já existentes.

Em adição, ao serem agrupados os princípios constitucionais envolvidos em função da solução para que apontem, tem-se que, pendendo para o lado da rejeição do gerenciamento temporal dos efeitos da decisão, a segurança jurídica do contribuinte, o princípio da legalidade (ou, no caso, juridicidade) estrita, a vedação ao enriquecimento sem causa da Fazenda Pública e ao confisco, além do princípio da nulidade, entre vários outros; enquanto, contraposto a esse interesse, enxerga-se um inconsistente interesse social formatado no princípio da continuidade dos serviços públicos. No cotejo desses dois grupos de princípios e interesses contrapostos, a opção pela aplicação da técnica limitadora de efeitos não resiste à comparação com o sacrifício a direitos fundamentais que impõe.

Convergente à tese aqui esposada é o estudo de THOMAS DA ROSA DE BUSTAMANTE:

“Qualquer exigência de um tributo que não respeite as normas constitucionais definidoras de competência tributária é confiscatória, pois invade a esfera privada dos cidadãos sem a autorização constitucional. (...)

Neste diapasão, novamente por imposição do princípio constitucional da proporcionalidade, podemos concluir que *nunca* o interesse do Estado de arrecadação oriunda de um ato de *abuso de poder legislativo* irá prevalecer sobre o *legítimo direito individual de não sofrer influxo da tributação senão quando a pessoa jurídica de direito público estiver legitimada constitucionalmente para exigir a prestação econômica*. Assim, o direito à restituição dos tributos inconstitucionais será sempre tutelado pela ordem jurídica, o que implicará a inaplicabilidade do artigo 27 da Lei 9.868/99 no controle de constitucionalidade de leis tributárias.”¹⁷⁴

A conclusão do autor, todavia, é um pouco precipitada. Esse modelo abstrato, em que pese ser aplicável à avassaladora maioria dos casos similares, pode transigir diante de eventual e incontornável grau de excepcionalidade de um caso concreto. Entre essas possíveis exceções, parece somente ser viável vislumbrarmos a existência de guerra civil ou externa¹⁷⁵ ou ainda um estado de emergência, sítio ou defesa que justifique o sacrifício do direito à restituição do indébito inconstitucional. Nessa hipótese, ainda, seria necessária a comprovação específica de que a devolução dos valores envolvidos promoveria verdadeira hecatombe financeira do Estado, impedindo a continuidade de suas atividades. Nessa linha é o entendimento do Prof. FISCHER:

“Em casos de *extrema impossibilidade* (demonstrada cabalmente) de restituição do que foi pago a mais, seria admissível uma restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, com o fim de evitar uma derrocada financeira *completa* do Estado. Portanto, a manipulação dos efeitos, voltamos a frisar, opera, sob este aspecto, de forma *absolutamente excepcional*.”¹⁷⁶

De todo modo, mesmo admitida essa extrema impossibilidade – tão gritantemente excepcional – é praticamente inconcebível que a modulação temporal dos efeitos venha a se justificar em casos dessa natureza. Em circunstâncias normais, as reservas financeiras do Poder Público não são

¹⁷⁴ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *A Lei nº 9.868/99 e a Possibilidade de Restrição dos Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade. Inaplicabilidade na Fiscalização de Normas de Direito Tributário*. In: Revista Dialética de Direito Tributário nº 59, ago. 2000, Ed. Dialética, p. 122.

¹⁷⁵ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Op. Cit., p. 129.

¹⁷⁶ FISCHER, Octavio Campos. Op. Cit., p. 280.

desestabilizadas a esse ponto pela declaração de inconstitucionalidade de um tributo, por mais que esta lhe possa custar caro. Em regra, portanto, é viável encontrar-se uma solução outra para suprir os rombos financeiros deixados por esse tipo de decisão.

Ressalte-se, outrossim, que se as “razões de estado” – mais precisamente as de ordem econômica – prevalessem no juízo de ponderação atinente à manipulação temporal dos efeitos, a opção judicial implicaria um substancial incentivo à edição de tributos violadores de direitos constitucionais, uma vez que eventual decisão de inconstitucionalidade viria acompanhada do confortável socorro da limitação de seus efeitos temporais¹⁷⁷.

Por fim, imagine-se, a título exemplificativo, a declaração de inconstitucionalidade, por qualquer razão, de uma norma que estabeleça a obrigatoriedade de apresentação de certidão de regularidade fiscal como pré-requisito à participação em processo de licitação. Não se está, aqui, a considerar um caso que envolva a imposição de uma obrigação tributária principal, com diretos efeitos patrimoniais, senão de norma criadora de obrigação acessória.

Nesse caso, parece que a declaração de inconstitucionalidade deveria vir acompanhada de efeitos prospectivos, valendo tão-somente para as licitações futuras. É que a retroação da decisão certamente resultaria em um caos irremediável, tendo em vista os bens tutelados e o grau de consumação das relações jurídicas estabelecidas previamente ao pronunciamento judicial: seria absolutamente inviável e desproporcional rever todas as licitações – algumas a partir das quais serviços já foram prestados e obras, executadas – em que se exigiu a apresentação de certidões negativas. A manipulação seria, na espécie, adequada, pois garantiria a estabilidade das relações; necessária, ante a

¹⁷⁷ É lícito observar que, em certos casos, mesmo com a decretação de nulidade com efeitos retroativos, se afigura indicável, sob a ótica financeira, a instituição/majoração de tributo constitucional. É que, em alguns casos, o baixo índice percentual de contribuintes que efetivamente requerem a repetição de indébito torna a medida inconstitucional economicamente interessante.

inexistência de alternativa à solução do problema; e, ao final, proporcional, pois o grau de restrição de direitos fundamentais apequena-se diante da quantidade de relações já consumadas e exauridas em seus efeitos, a demandar a restrição dos efeitos.

4.3 – A aplicação da modulação temporal contra a Fazenda Pública

Por um viés distinto de observação, torna-se relevante, do mesmo modo, a análise de situações hipotéticas em que a declaração de inconstitucionalidade tenha por objeto norma tributária benéfica ao contribuinte. Uma vez que tal norma seja destituída de eficácia retroativamente, cria-se um estado de coisas mais gravoso para o contribuinte, caso em que eventual restrição dos efeitos da decisão seria contrária aos interesses da Fazenda Pública.

Veja-se o seguinte exemplo. Uma lei instituidora de uma isenção tributária – a qual bloqueia a incidência da norma tributária em relação a determinados fatos geradores – vem a ser declarada inconstitucional pelo STF. Quais seriam os naturais efeitos dessa decisão? Decerto, por via de regra, ela retroagiria com o fim de desconstituir as relações jurídicas instauradas sob o seu império, ou seja, tornaria exigíveis as obrigações tributárias referentes aos fatos geradores cuja ocorrência estava destituída de efeitos por conta da norma isentiva. Qual o estado de coisas que se formou por causa dela? Inúmeros contribuintes deixaram de pagar o tributo porque se encontravam, por alguma razão e de boa-fé, por ela contemplados. Quais são, afinal, os efeitos que resultariam dessa decisão e do gerenciamento temporal de sua eficácia?

Preliminarmente, é necessário inferir o seguinte: mesmo os efeitos regulares da inconstitucionalidade, com a retroação do pronunciamento judicial, impediriam, em certa medida, a Fazenda Pública de cobrar débitos que teriam se conformado à época da vigência da norma. Explica-se: a revogação (ou nulidade) da norma isentiva equivale à instituição de tributo

novo e, por isso, deve respeitar, dependendo do caso, o princípio da anterioridade e/ou da noventena (art. 150, III, 'b' e 'c' da CF/88), razão pela qual somente poderia ser exigido no exercício posterior ou depois de decorridos 90 dias, ou, ainda, a combinação de ambas as regras (anterioridade máxima), a contar da publicação da decisão que decretou a invalidade, se no controle concentrado, ou da resolução senatorial que suspendeu a norma com eficácia geral, se no controle difuso.

Por outro lado, no caso, por exemplo, da declaração de inconstitucionalidade de uma lei concessiva de anistia, a retro-operância da decisão tornaria exigíveis os valores devidos a título de penalidade tributária. À primeira vista, pelo menos, não seria aplicável o gerenciamento temporal da eficácia da decisão, tendo em vista que não há nenhum interesse ou princípio que sobressaia à regra geral da nulidade dos atos desarmônicos com a Constituição.

De toda sorte, nesse caso, em razão da crença legítima do contribuinte de que o crédito conformado pelas penalidades teria sido extinto pela anistia, seria aconselhável a aplicação analógica do parágrafo único do art. 100 do CTN¹⁷⁸ – talvez até através de uma “modulação parcial” dos efeitos temporais – a fim de evitar que a devoção à norma jurídica cause prejuízos aos contribuintes¹⁷⁹, tendo em vista que este não deu causa ao atraso no pagamento, comportamento que se encontrava tutelado pela legislação expurgada do ordenamento jurídico. Vale ressaltar que essa aplicação analógica pode e deve ser aplicada, sempre que possível, no caso de declaração

¹⁷⁸ “A observância das normas referidas neste artigo exclui a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo”.

¹⁷⁹ ROCHA, Sérgio André. *Comentários acerca dos Efeitos da Declaração Proferida no Âmbito do Controle Abstrato da Constitucionalidade das Normas Tributárias*. In: Revista Dialética de Direito Tributário nº 83, ago. 2002, Ed. Dialética, p. 166: “Nesse caso (declaração de inconstitucionalidade de norma mais favorável ao contribuinte com efeitos *ex tunc*), deverá ser aplicado, por analogia, o art. 100 do Código Tributário Nacional, afastando-se a possibilidade de a Fazenda exigir do contribuinte, sobre os valores que deveriam ter sido recolhidos aos cofres públicos, penalidades, juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo. Assim, poder-se-ia exigir o tributo devido

de inconstitucionalidade de outras possíveis normas tributárias benéficas ao contribuinte, aferíveis no caso concreto.

4.4 – Estudo de caso: a constitucionalidade da revogação da isenção da COFINS sobre as receitas das sociedades uniprofissionais

Apresenta grande relevo, por fim, o estudo de um caso específico, relacionado à matéria tributária, que tem suscitado múltiplos debates em torno de variados aspectos da modulação temporal dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal. O caso, submetido à Corte e por ela já apreciado, ainda segue com certo grau de indeterminação em razão da intensa controvérsia que ainda perdura, das estratégias delineadas pelos interessados e por certas sinalizações do Tribunal que sugerem a possibilidade de que venha a ser repensado.

Trata-se da tão controversa problemática a respeito da incidência, ou não, da Contribuição Social para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) sobre as chamadas “sociedades uniprofissionais”, que prestam serviços referentes às profissões legalmente regulamentadas, como, por exemplo, as sociedades de advogados.

Originalmente, a Lei Complementar nº 70/91 instituiu, em favor das sociedades prestadoras de serviços profissionais, isenção de COFINS. Posteriormente, sobreveio a Lei nº 9.430/96, a qual, por intermédio do seu art. 56, revogou a isenção, determinando que esse tipo de sociedade deveria submeter sua receita bruta à incidência da aludida contribuição social. Durante anos a fio, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) perfilhou pacificamente o entendimento de que a Lei nº 9.430/96, de caráter ordinário, não possuiria força normativa para revogar isenção concedida por lei complementar,

pelo contribuinte, mas sem quaisquer acréscimos penais ou compensatórios, uma vez que o atraso no pagamento não pode, de modo algum, ser-lhe imputável”.

inclusive havendo editado o enunciado de súmula nº 276 (“As sociedades civis de prestação de serviços profissionais são isentas da Cofins, irrelevante o regime tributário adotado”). Pois bem, amparados por essa pacífica jurisprudência, milhares profissionais integrados a sociedades uniprofissionais deixaram de proceder ao recolhimento da contribuição social, situação de fato que se consolidou na condução de suas atividades.

Nada obstante, após anos de entendimento jurisprudencial amplamente consolidado no âmbito do STJ, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir recursos extraordinários referentes à matéria, havendo identificado ali questão constitucional de fundo. Assim, entendeu o STF – coerente com seu posicionamento de que não há hierarquia entre leis ordinárias e leis complementares, mas apenas matérias reservadas pela Constituição à lei complementar – que a Lei Complementar nº 70/91, no que criou a norma isentiva relativa às sociedades uniprofissionais, seria formalmente complementar, mas materialmente ordinária. Com efeito, se o texto constitucional não demandou, para tanto, a edição de lei complementar, seria absolutamente viável sua alteração ou revogação por lei ordinária.

Com base nessa premissa, nos autos do RE nº 377.457¹⁸⁰, o Tribunal declarou a constitucionalidade do art. 56 da Lei nº 9.430/96 e, por conseguinte, entendeu que a isenção da COFINS para as sociedades civis de prestação de serviços de profissões legalmente regulamentadas teria sido revogada pela aludida lei ordinária. Observe-se, nesse particular, que, segundo a ótica do STF, a contribuição novamente teria se tornado exigível 90 (noventa) dias após a revogação da isenção (abril de 1997) em respeito ao princípio da noventena.

É possível depreender do histórico narrado que ocorreu verdadeira virada jurisprudencial no trato da matéria, por mais que tenha sido a primeira vez que o STF veio a se pronunciar sobre ela. Ainda assim, a abordagem judicial da matéria transformou-se totalmente, levando a Fazenda Nacional a

lançar créditos referentes à COFINS sobre receitas brutas das sociedades uniprofissionais relacionadas aos últimos 5 (cinco) anos, somado a multa e juros, além de ter proposto inúmeras ações rescisórias em relação a casos já transitados em julgado. O resultado desastroso da decisão, em médio prazo, é temeroso: muitas dessas sociedades sequer se precaveram no sentido de provisionar eventual desembolso e simplesmente desconsideraram a possibilidade de tal dívida, sendo certo que muitas delas podem ter de encarar a falência.

Em vista dessas circunstâncias, alguns setores e entidades interessadas, qual o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), passaram a advogar pela modulação temporal dos efeitos de tal decisão, de modo que os contribuintes somente tivessem de se obrigar em relação à COFINS a partir da decisão do STF que alterou a jurisprudência. Essa pretensão, no entanto, encontra alguns obstáculos relativos à manipulação dos efeitos temporais.

Em primeiro lugar, cuida-se, no caso, de decisão que declarou constitucional um dispositivo de lei. O provimento judicial nada mais que confirmou a presunção de constitucionalidade da norma, aplicando-a regularmente ao caso concreto. A decisão não alterou, formalmente, na ordem jurídica, a lei que era válida teve sua legitimidade constitucional corroborada.

Conforme já explicitado no capítulo anterior, restringir, no tempo, os efeitos de uma declaração de *constitucionalidade* implica suspender, por um determinado período, a eficácia de uma norma reconhecida como coerente com o texto constitucional. Parece claro que essa solução não é permitida pela Constituição, tendo em vista o princípio da legalidade e da presunção de juridicidade e constitucionalidade das leis.

Desse modo, torna-se premente a conclusão de que a modulação temporal dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, tal qual delineada

¹⁸⁰ STF, RE nº 377.457, rel. Min. Gilmar Mendes, Brasília, j. em 17.09.2009.

tanto no plano teórico quanto no art. 27 da Lei nº 9.868/99 é de todo inaplicável à espécie.

Por outro lado, recentemente, o professor e advogado LUÍS ROBERTO BARROSO apresentou, ao Presidente do Conselho Federal da OAB, parecer sugerindo a limitação temporal dos efeitos da decisão que altera jurisprudência consolidada¹⁸¹. Vê-se, na hipótese, a tentativa de se empregar técnica diferente da estudada: pretende-se restringir os efeitos da decisão que altera o sentido da jurisprudência tradicional, a qual, por natureza, dá margem a certa medida de incerteza e insegurança jurídica.

Não há dúvidas de que, na prática, parece de bom senso o uso de alguma medida que atenuie os drásticos efeitos da decisão em discussão sobre as sociedades uniprofissionais. Entre as possibilidades, deveria ser inclusive considerado que a Fazenda Nacional criasse condições favoráveis ao pagamento das dívidas, como a não aplicação de multa e juros, o estabelecimento de parcelamentos facilitadores, entre outros, como respeito ao dever de lealdade face ao contribuinte.

Por sua vez, a proposição de manipulação temporal dos efeitos da decisão proferida pelo STF no caso, em razão da virada jurisprudencial, gera certas perplexidades. Em primeiro lugar, não houve qualquer pronunciamento anterior do Supremo Tribunal Federal, razão pela qual não há que se falar, a princípio, em alteração no entendimento da Corte. Ademais, a consolidação de um entendimento a respeito da interpretação da legislação infraconstitucional não exclui a possibilidade de controle jurisdicional da constitucionalidade da norma, que, uma vez exercido, pode apresentar resultados dela discrepantes.

Nada obstante, é necessário reiterar que a modulação temporal presentemente proposta ao caso não é da mesma espécie daquela que compõe o

¹⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. *Modulação dos efeitos temporais de decisão que altera jurisprudência consolidada. Quorum de deliberação*. Parecer entregue ao Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Dr. Cezar Britto. Extraído de www.migalhas.com.br, acessado em 20.10.2008.

objeto desta monografia. Trata-se da proposição de algo semelhante à *prospective overruling*, técnica adotada pela Suprema Corte norte-americana para garantir a estabilidade das relações em vista da jurisprudência cambiante. Quanto à aplicação deste mecanismo, embora seja possível o empréstimo de alguns dos parâmetros limitativos ao emprego da modulação temporal dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade, trata-se de um problema novo, que merece estudo apartado, atento às suas especificidades.

É aconselhável, aqui, a sábia lição filosófica do poeta inglês JOHN KEATS no sentido de nos rendermos à nossa *capacidade negativa* – a aptidão para aceitar as incertezas da vida sem a compulsão de racionalizá-las e organizá-las – auxilia na percepção de que a fronteira do objeto deste trabalho não deve ser ultrapassada.

5. Conclusão

A presente investigação voltou-se ao estudo da modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. A partir da sua previsão em lei – no art. 27 da Lei nº 9.868/99 – a aplicação reiterada do mecanismo, inclusive em relação à matéria tributária, chamou a atenção e pareceu demandar um esforço teórico no sentido de se estabelecer limitações à flexibilização da teoria da nulidade das leis inconstitucionais, a qual constitui regra no direito brasileiro.

A partir de subsídios conceituais estabelecidos no início do trabalho, vertidos em uma espécie de descrição das concepções gerais do controle de constitucionalidade e das peculiaridades do sistema brasileiro, buscou-se identificar as raízes – tanto no direito estrangeiro, quanto na própria jurisprudência nacional – que compõem espécie de embrião da previsão legislativa que autorizou o gerenciamento temporal dos efeitos das decisões da jurisdição constitucional. Além disso, a análise do próprio texto normativo já implicou a observação de certas balizas (como o quorum qualificado) e dos princípios da segurança jurídica e do interesse social, a fim de se verificar sua extensão e eficácia. Bem a propósito disso, o estudo desses conceitos permitiu reduzir o amplo universo de indeterminação tão característico a eles, o que já serviu para delinear as fronteiras que se impõe aos magistrados. Ainda, anotou-se a aparente inconstitucionalidade formal do dispositivo autorizador.

Também imprescindível, o estudo das práticas judiciais do STF em o art. 27 da Lei nº 9.868/99 foi aplicado evidenciou que, em um primeiro momento, a Corte fez uso do instrumento de maneira comedida e cautelosa, mas, a partir de recentes julgados, passou a admitir a manipulação dos efeitos de decisões que, a princípio, não a comportariam.

Tendo em vista que o gerenciamento temporal dos efeitos é técnica hermenêutica que preza a aplicação unificada da Constituição – a partir da

ponderação de princípios, valores e interesses envolvidos em decisões da justiça constitucional, tornou-se flagrante a capital importância do princípio da proporcionalidade. A verificação minuciosa, pelo Tribunal Constitucional, dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade deve obrigatoriamente passar pelos três exames pertinentes a essa pauta interpretativa: adequação, necessidade, e proporcionalidade em sentido estrito (vedação ao excesso). E tais exames devem necessariamente constar da fundamentação das decisões, explicitando-se de que maneira a aplicação da medida foi aprovada nesses testes.

Estabelecido esse necessário processo ponderativo, passamos, no último capítulo, a aplicação abstrata desse modelo a casos práticos imagináveis do cotidiano do contencioso fiscal. Tal escolha, como se afirmou, propiciou a formulação de soluções abstratas relativas à matéria tributária, tais como: (i) *a priori*, é inconstitucional a modulação dos efeitos temporais das declarações de inconstitucionalidade de normas impositivas tributárias; (ii) a restrição temporal dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade de normas benéficas aos contribuintes (contrariamente aos interesses da Fazenda) depende da observância, caso equivalha à instituição de tributo novo, das regras da anterioridade e da noventena; e, se não, deverá passar pelo rigoroso juízo de proporcionalidade face às notas distintivas do caso concreto; e (iii) em casos de situações de fato definitivamente consumadas, cujos efeitos são incontornáveis, como a inconstitucionalidade de lei que exija certidão de regularidade fiscal para participação em licitação, a manipulação dos efeitos da decisão é, a princípio, desejável.

Enquanto elemento de ruptura com um estado de coisas anterior, à inovação trazida pelo art. 27 da Lei nº 9.868/99 deve ser lançado um olhar cauteloso. A construção de estruturas limitadoras é um primeiro passo, mas as preocupações a respeito do tema devem ser renovadas a cada nova decisão moduladora. Afinal, se as decisões do Supremo Tribunal Federal não são submetidas a nenhum tipo de fiscalização institucional, redobram as

responsabilidades da comunidade jurídica e da opinião pública no contexto do controle, em razão de seu caráter de extrema excepcionalidade, das decisões que manipulam os seus efeitos no tempo.

Bibliografia

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 4ª ed., 3ª triagem – São Paulo: Malheiros Editores, 2005, 138 p.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 11ª ed. atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro, Forense, 2008, 1063 p.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *A Teoria das Constituições Rígidas*. 2ª ed. São Paulo: Bushatsky, 1980, 148p.

BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. Coligidos e ordenados por Homero Pires, vol. IV/135 e 159, São Paulo: Saraiva, 1933.

BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a Ponderação Constitucional. In: *A nova interpretação constitucional: ponderação, princípios, direitos fundamentais e relações privadas* / Luís Roberto Barroso (organizador) – 2ª ed. revista e atualizada – Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 49/118.

BARROSO, Luís Roberto. A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo (reflexões sobre direito adquirido, ponderação de interesses, papel do Poder Judiciário e dos meios de comunicação). In: *Temas de direito constitucional* – Rio de Janeiro: Renovar, 2001, 661 p., pp. 49/73.

_____. *Dez anos da Constituição de 1988: (foi bom pra você também?)*. In *Revista de direito administrativo*, n. 214, 1998, Rio de Janeiro: Renovar.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2004, 427 p.

_____. *Modulação dos efeitos temporais de decisão que altera jurisprudência consolidada. Quorum de deliberação*. Parecer entregue ao Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Dr. Cezar Britto. Extraído de www.migalhas.com.br, acessado em 20.10.2008.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2006, 333 p.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira*. – 8. ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2006, 345 p.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 14ª ed., São Paulo: Saraiva, 1992.

BINEMBOJM, Gustavo, *A nova jurisdição constitucional – Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. – 2. ed. revista e atualizada – Rio de Janeiro: Renovar, 2004, 302 p.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lucio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, 166 p.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *A Lei nº 9.868/99 e a Possibilidade de Restrição dos Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade. Inaplicabilidade na Fiscalização de Normas de Direito Tributário*. In: Revista Dialética de Direito Tributário nº 59, ago. 2000, Ed. Dialética, p. 113/123.

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

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1984, 142p.

COSTA, Emília Viotti da. *STF: O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*, 2. ed. – São Paulo: Editora UNESP, 2006, 191 p.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *Justicia Constitucional: La doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales*. Revista de Derecho Público, nº 92, São Paulo: outubro-dezembro de 1989 pp. 5/16.

_____. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, - 4ª edición, Ed. Thomson Civitas: 2006, 325 p.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 7. ed. atualizada por Gustavo Binembojm. – Rio de Janeiro: Forense, 2006, 538 p.

FAVOREAU, Louis. *As cortes constitucionais*. Tradução Dunia Marinho Silva – São Paulo: Landy Editora, 2004, 131 p.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, 539 p.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade (leis nº 9.868/99, de 10 de novembro e nº 9.882/99 de 3 de dezembro de 1999)*. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, nº 220, 2000, pp. 1/17.

FISCHER, Octávio Campos. *Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, 398 p.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 11ª ed. revista e atualizada, São Paulo: Malheiros Editores, 391 p.

GUASTINI, Riccardo. *Das Fontes às Normas*. Trad. Edson Bini – Apresentação: Heleno Taveira Tôrres – São Paulo: Quartier Latin, 2005.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Sérgio Antônio Fabris Editor – Porto Alegre, 1991, 34 p.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado – 6ª Ed. – São Paulo: Martins Fontes, 1998, 427 p.

KINGMA, Breno Ladeira. *Processo Judicial Tributário Decorrente de Compensações não Admitidas pela Secretaria da Receita Federal*. In:

Execução Fiscal – aspectos polêmicos na visão dos juízes, procuradores e advogados. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 119/134.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 6ª ed. – Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001, 40 p.

LEITE, Fábio Carvalho. *ADIN, ADC e a ambivalência possível: uma proposta*”. In: Revista de direito do estado. – nº 10 (abril/junho 2008). – Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 67/ 98.

MCCLOSKEY, Robert. *The American Supreme Court* revised by Sanford Levinson, Fourth Edition, The Chicago History of American Civilization, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 31ª ed., atualizada e complementada de acordo com as emendas constitucionais, a legislação vigente e a mais recente jurisprudência do STF e do STJ por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, 2008, São Paulo: Malheiros Editores, 869 p.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, 5ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000.

_____; et alii. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. rev. e a atual. – São Paulo: Saraiva, 2008, 1432 p.

_____; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II, 2ª Ed., nº 57, Coimbra, Coimbra Ed., 1983.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. 2ª ed. rev., ampl. e atual. de acordo com as Leis nº 9.868 e 9.882/99 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, 356 p.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Efeitos da decisão de inconstitucionalidade em direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2002, 223 p.

POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. *Controle da Constitucionalidade das leis*. – Ed. rev. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 1995, 293 p.

POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. Tradução de Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota – São Paulo: Cultrix, 2007, ??? p.

ROCHA, Sérgio André. *Comentários acerca dos Efeitos da Decisão Proferida no Âmbito do Controle Abstrato da Constitucionalidade das Normas Tributárias*. In: Revista Dialética de Direito Tributário nº 83, ago. 2002, Ed. Dialética, pp. 150/167.

RORTY, Richard. *Contingência, ironia e solidariedade*. Ed. Martins Fontes: 2007.

ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Trad. Edson Bini/Revisão Técnica: Alysson Leandro Mascaro. São Paulo, EDIPRO (2003).

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. *Eficácia Temporal do Controle de Constitucionalidade das Leis (O Princípio da Proporcionalidade e a Ponderação de Interesses)*. In: Revista de Direito Administrativo nº 212, abril/junho de 1998.

SCHMITT, Carl. *O Guardião da Constituição*. Tradução de Geraldo de Carvalho, coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, 234 p.

SGARBI, Adrian. *Teoria do Direito (Primeiras Lições)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, 753 p.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6ª ed., 3ª triagem – São Paulo: Malheiros Editores, 2004, 277 p.

SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. *Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos*, in Revista Ibero-Americana de Direito Público, RIADP: Doutrina, Pareceres, Jurisprudência / Órgão de Divulgação

Oficial do Instituto Ibero-Americano de Direito Público – IADP (Capítulo Brasileiro). – Ano 1, nº 1 (Jan./Jun. 2000) – Rio de Janeiro: América Jurídica, 2000, pp. 21/51.

SGARBI, Adrian. *Teoria do Direito (Primeiras Lições)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

STRECK, Lênio. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. Third Edition – Volume One, New York, New York, Foundation Press, 2000, 1470 p.