



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

MATIZES DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS NA AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE – ADI: CONTROVÉRSIAS ENTRE A SEGURANÇA
JURÍDICA E A SEPARAÇÃO DOS PODERES

Pedro Henrique Martins Viana da Silva Cacella

Rio de Janeiro
2019

PEDRO HENRIQUE MARTINS VIANA DA SILVA CACELLA

MATIZES DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS NA AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE – ADI: CONTROVÉRSIAS ENTRE A SEGURANÇA
JURÍDICA E A SEPARAÇÃO DOS PODERES

Artigo científico apresentado como exigência
de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

MATIZES DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ADI: CONTROVÉRSIAS ENTRE A SEGURANÇA JURÍDICA E A SEPARAÇÃO DOS PODERES

Pedro Henrique Martins Viana da Silva Cacella

Pós-graduando, *Lato Sensu*, em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Advogado. Graduado em Direito pela Universidade Estácio de Sá.

Resumo – O mecanismo da modulação dos efeitos, na Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI, tem sido objeto frequente de debates jurídicos por todo o país. Neste sentido, observa-se por meio do presente trabalho as controvérsias entre os princípios basilares constitucionais, principalmente, no tocante ao princípio da Segurança Jurídica e da Separação dos Poderes, que, embora em sua essência não sejam princípios diametralmente opostos, muito menos excludentes entre si, eventualmente confrontam-se em matéria de Constitucional, especificamente na ação de inconstitucionalidade. O objetivo do trabalho foi investigar se necessariamente haveria violação do princípio da Separação dos Poderes ou da Segurança Jurídica nas decisões em que o Supremo Tribunal Federal aplicou a modulação dos efeitos nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade. Estabelece-se, ainda, quais seriam as consequências da regra de nulificação total da norma e da modulação nos casos de reconhecimento de inconstitucionalidade. Para a criação do trabalho se utilizou a análise qualitativa a partir da pesquisa bibliográfica, estudos de caso com jurisprudência e também da própria legislação. O presente artigo cuidou dos conceitos de todos os institutos envolvidos ao tema para além de expor uma visão geral, também tratar didaticamente demonstrando-se as questões mais relevantes em se tratando de modulação de efeitos na ADI. Por fim, sugeriu-se que, na dicotomia entre estes princípios, a aplicação do diálogo da ponderação judicial, como razão de decidir.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Nulidade da norma. Regra. Modulação dos Efeitos. Exceção. Separação dos Poderes (art. 2º da CRFB). Segurança Jurídica. Ponderação Judicial. Razão de decidir.

Sumário – Introdução. 1. Controle de Constitucionalidade como solução no Direito contemporâneo brasileiro; 2. Modulação dos efeitos como instrumento de mitigação da nulificação da norma; 3. Controvérsias entre o princípio da segurança jurídica e da separação de poderes: antinomia ou conjugação? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem a intenção de debater sobre o mecanismo da modulação dos efeitos na Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI, ressaltando-se quais as medidas mais se adequariam diante do confronto de antinomia entre o princípio da Segurança Jurídica e da Separação dos Poderes.

Objetiva-se demonstrar de que maneira os magistrados vêm aplicando os institutos, quando se deparam entre o dilema de avançar em função legiferante que não os pertence – agindo, algumas vezes, como se legislador positivo fosse –, em sopesamento com a necessidade de exercício da prestação jurisdicional às questões em que foram instados a se manifestar.

Por obviedade, não se tem a pretensão de expor estudo de casos, até porque o objeto do trabalho não tem este escopo. Porém, de maneira didática, pretende-se abordar posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais para se expor e entender a aplicação mais adequada do instituto posto sob análise.

Na própria Constituição de 1988 existem diretrizes que fixam a função do Supremo Tribunal Federal de velar pelo texto Constitucional em sentido amplo, cabendo a este órgão o processamento e o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade de lei, de ato normativo Federal, Estadual, bem como da ação Declaratória de Constitucionalidade de lei ou de ato normativo Federal.

Sabe-se que o texto infraconstitucional prevê regramento que exprime e delimita a modulação dos efeitos ao se declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, levando-se em consideração as razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, mediante aprovação por maioria de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal, onde se fixam limites e, eventualmente, extensões.

Importante observar que, apesar das previsões constitucionais e infraconstitucionais, não há limite material ou hermenêutico no texto, para que se possa julgar as questões colocadas sob análise.

De todo caso, há perguntas que nortearão o debate no artigo: (a) De que modo a Ação Direta de Inconstitucionalidade influi no ordenamento jurídico? (b) De que maneira e como a modulação dos efeitos na Ação Direta de Inconstitucionalidade poderia agregar valor ao ordenamento jurídico? (c) Quais os princípios norteadores que podem influir sobre decisões do Supremo Tribunal Federal e de que forma?

Com intuito de esclarecer o tema, busca-se apresentar o conceito do que seria “modulação dos efeitos” e quais as consequências práticas que para o ordenamento jurídico.

Em um primeiro momento, iniciam-se os capítulos demonstrando a espécie de controle de constitucionalidade tratada no artigo, apresentando o surgimento do instituto, sua compatibilidade no sistema jurídico brasileiro e suas peculiaridades.

Posteriormente, no segundo capítulo, segue-se apresentando o conceito da modulação dos efeitos, bem como demonstrando-se de que maneira a doutrina e a jurisprudência se posicionam sobre o assunto.

Em seguida, no terceiro capítulo, demonstra-se os princípios que norteiam as questões debatidas apresentando o instituto da ponderação de valores quando quando se fixam o posicionamento ao declarem a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo.

Desse modo, observar-se que o artigo foi desenvolvido pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Sendo assim, o objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende valer-se da bibliografia pertinente à temática em foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) – para sustentar a sua tese.

1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COMO SOLUÇÃO NO DIREITO CONTEMPORÂNEO BRASILEIRO

Primeiramente, urge destacar que a Constituição, como lei fundamental do Estado, deve ser preservada como lei superior. Significa dizer que a Constituição pode ser vista sob o prisma da supremacia formal, que está ligada a rigidez da constituição (cujo processo de elaboração é mais dificultoso que o das leis infraconstitucionais), e da supremacia material (sociológica), que está intimamente relacionada ao conteúdo, sobremaneira, de que tratam de assuntos essenciais, como os direitos fundamentais, estrutura do Estado e a organização dos poderes.

Nota-se que para se garantir a supremacia constitucional necessita-se de um mecanismo de controle de constitucionalidade, de modo que sirva para retirar do ordenamento as leis que não se adequem à Constituição.

Sabe-se que o ordenamento jurídico, sob o prisma filosófico, tem a função de existir de maneira harmônica. Porém, a quebra desta harmonia inaugura a necessidade de utilização de mecanismos para corrigir os excessos, sendo o controle de constitucionalidade, um dos principais exemplos para restabelecer o equilíbrio da ordem jurídica.

De forma sucinta, define-se o controle de constitucionalidade como mecanismo de verificação de compatibilidade entre determinado ato normativo e a Constituição. Denote-se que esta verificação, em um conflito de leis com o texto constitucional, partirá da análise de compatibilidade com a Constituição. Este conceito melhor traduz o princípio da supremacia constitucional.

Desse modo, entende-se que qualquer ato contrário à Constituição, em tese, sofrerá de nulidade (absoluta), devendo este ato ser declarado inconstitucional e, ainda, ser retirado do ordenamento jurídico.

No que concerne ao controle de constitucionalidade, observa-se que se opera das mais variadas formas, seja pelo controle político, seja pelo controle jurisdicional ou misto. No político o controle é exercido por um órgão não jurisdicional. Impende destacar que o Brasil adotou o sistema misto, em que convivem tanto o poder judicial, quanto o político.

Este último ocorre quando o controle de constitucionalidade é realizado pelas comissões especiais das Casas Legislativas v.g. na Comissão de Constituição e Justiça, que são fixas, cujo parecer pela inconstitucionalidade, via de regra, implicará na rejeição e no arquivamento definitivo da proposta legislativa; outra hipótese seria pelo veto presidencial, proferido pelo Executivo, quando o projeto de lei com fundamento em inconstitucionalidade não é aceito pelo chefe do Poder executivo.

No modelo misto de constitucionalidade¹, aceita-se tanto o controle jurisdicional quanto o controle político, logo, há combinação de ambos os sistemas. Contudo, necessário ressaltar que o escopo do artigo é tratar sobre o controle jurisdicional, portanto, cuidando do poder-dever do Judiciário de afastar a aplicabilidade da legislação nas ações e processos judiciais, que por sua vez também poderão se ramificar em ações de perfil abstrato ou concentrado.

No direito brasileiro, a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, em verdade, flexibiliza a teoria da nulidade adotada pelos mais importantes constitucionalista (Rui Barbosa, Francisco Luiz da Silva Campos, Alfredo Buzaid, José de Castro Nunes)², assim, pode se dizer que a norma é nula desde a sua edição, logo, incapaz de surtir efeitos.

Admite-se a possibilidade de a norma inconstitucional produzir efeitos e, em atenção a razões de segurança jurídica e de motivos de excepcional interesse social, onde reconhece-se a restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade para que ela só tenha efeito a partir de então, ou em momento futuro a ser fixado pela Corte, assegurando-se os efeitos produzidos anteriormente.

Estas decisões judiciais que buscam proteger os direitos fundamentais de minorias e necessariamente nestes casos serão, em quaisquer circunstâncias, impopulares. Daí porque o juiz não deve ser eleito e tampouco prestar contas de suas decisões a qualquer tipo de eleitorado.

¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1114-1115.

² *Ibidem*, p. 1405.

Este tipo de ação está atrelado ao papel do Judiciário de exercer atividade contramajoritária, cuja a decisão nem sempre poderá agradar a maioria da população, no entanto, deve ser respeitada, porque o intuito é dar o equilíbrio que outras instituições não conseguiram garantir aos necessitados.

Na visão do Ministro Gilmar Mendes extraída de seu voto no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade³, observa-se que a modulação surgiu como uma necessidade de flexibilizar a rigidez do Direito às situações concretas e específicas da vida experimentadas por certos segmentos quando da tomada da decisão judicial.

A título de exemplo, imagine-se a declaração de inconstitucionalidade de ato normativo que promoveu o aumento dos vencimentos de servidores públicos de certa categoria (que perceberam durante meses ou anos).

O que se poderia fazer nesta situação? Condenar todos a devolver o que foi recebido de boa-fé? Ou, interromper o suposto benefício a partir da data da decisão (para o futuro), mas preservando o que foi recebido no passado.

Outro exemplo: o caso em que determinado Município é criado e, depois de anos, sua lei de criação foi declarada inconstitucional. O que fazer? Aqui há incidência de múltiplos eventos da vida civil ocorrendo diariamente, como nascimento, casamento, divórcio e morte.

Além disso, ocorreu a eleição de Prefeito e de Vereadores, atos normativos foram discutidos e publicados, políticas públicas implementadas, o orçamento elaborado e tudo mais do que se necessita para o funcionamento de Município.

Imagine-se a declaração de inconstitucionalidade da lei que criou o Município cinco ou dez anos depois. O que se poderia fazer? Quais seriam as consequências do reconhecimento de nulidade de todos os atos praticados neste período de vigência?

Nota-se que seria razoável que o efeito de tal declaração de inconstitucionalidade só possa valer do período de declaração da inconstitucionalidade para a frente.

Do contrário, toda a vida civil naquele período teria que ser “auditada” e refeita, com emissão de novos documentos, anulação de atos e enorme confusão sobre direitos e deveres dos cidadãos daquele local.

Neste sentido foi o posicionamento do STF ao declarar a inconstitucionalidade da lei estadual que criou o Município de Luís Eduardo Magalhães na Bahia. Na ocasião, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o Município foi efetivamente criado e que assumiu a existência

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 2.240-7/BA*. Rel. Min. Eros Grau, j. 09/05/2007, p. 307-330. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=474616>>. Acesso em: 08 jun. 2019.

de fato como ente federativo, considerando ainda que sua instalação foi dotada de autonomia, não se podendo ignorar o reconhecimento da segurança jurídica em benefício da preservação do Município. Confira-se⁴:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 7.619/00, DO ESTADO DA BAHIA, QUE CRIOU O MUNICÍPIO DE LUÍS EDUARDO MAGALHÃES. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL POSTERIOR À EC 15/96. [...] 1. O Município foi efetivamente criado e assumiu existência de fato, há mais de seis anos, como ente federativo. 2. Existência de fato do Município, decorrente da decisão política que importou na sua instalação como ente federativo dotado de autonomia. [...] 10. O princípio da segurança jurídica prospera em benefício da preservação do Município. 11. Princípio da continuidade do Estado. [...] 13. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade, mas não pronunciar a nulidade pelo prazo de 24 meses, da Lei n. 7.619, de 30 de março de 2000, do Estado da Bahia.

A modulação está necessariamente ligada à segurança jurídica. É um instrumento colocado à disposição do órgão jurisdicional colegiado para realizar e concretizar o princípio da segurança jurídica.

Em síntese, são casos delicados em que a aplicação do efeito retroativo (*ex tunc*) pura e simples poderia gerar gravíssimas consequências, tanto do ponto de vista fático como também (e especialmente) jurídico.

Para tais situações, a aplicação da modulação dos efeitos é plenamente viável, cabível e até recomendável. Observando estas e outras situações de diferentes áreas jurídicas, verificamos que a modulação dos efeitos pode ser salutar em alguns casos. Em outros, não.

Sendo assim, importante notar que o ordenamento jurídico deve existir de maneira harmoniosa, devendo ser levado em consideração que a quebra dessa harmonia deve deflagrar a necessidade de utilização de mecanismos de correção destinados a restabelece-las, sendo o controle de constitucionalidade um deles.

A Constituição é uma regra fundamental do ordenamento jurídico, que regula o modo de produção das leis e demais atos normativos, impondo inclusive balizamentos a seu conteúdo.

Logo, a contrariedade a esses mandamentos deflagra a necessidade de utilização de mecanismo de controle tal qual o de constitucionalidade.

Dessa forma, observa-se que a Ação Direta de Inconstitucionalidade exerce o papel, fundamental, de reconhecer a nulidade da norma (se procedente), de modo que considera contrária à Constituição toda e qualquer norma ou ato normativo que não guarde compatibilidade com o texto Constitucional.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI n° 2.240-7/BA*. Rel. Min. Eros Grau, j. 09/05/2007, p. 307-330. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=474616>>. Acesso em: 08 jun. 2019.

Percebe-se que a ADI influi de maneira positiva, evitando-se que normas ou atos normativos inconstitucionais continuem existindo em confronto à carta magna.

2. MODULAÇÃO DOS EFEITOS COMO INSTRUMENTO DE MITIGAÇÃO DA NULIFICAÇÃO DA NORMA

Como regra, o reconhecimento de inconstitucionalidade de determinada norma ou ato normativo, levará a declaração de nulidade operando-se efeito *ex tunc*, de modo que a norma ou ato impugnado seja fulminado desde a sua origem.

Porém, atento ao fato de que a nulificação da norma extirpa todos os efeitos e direitos operados no período de vigência, o legislador, por meio da Lei n.º 9.868⁵, de 10-11-1999, criou mecanismos para mitigar os efeitos, admitindo-se a produção dos efeitos a partir do trânsito em julgado, denominado efeito *ex nunc*.

Outra hipótese seria a possibilidade de operar-se efeitos pro futuro, quando o termo é estabelecido pelo tribunal, usualmente, aplica-se quando se verificam questões de segurança jurídica ou de interesse público.

Imagine-se a declaração de inconstitucionalidade de ato normativo que implementou um auxílio aos servidores públicos de certa categoria e que estes perceberam a remuneração durante meses.

O que fazer caso seja reconhecida a inconstitucionalidade desta norma? Condenar todos a devolver o que foi recebido de boa-fé? Ou, interromper o suposto benefício a partir da data da decisão, para o futuro, mas preservando o que foi recebido no passado?

Em regra, e sob a perspectiva da teoria da nulidade, se houvesse o reconhecimento da nulidade de uma norma, ela deveria ser fulminada desde a sua origem, devendo os beneficiários serem condenados a restituir os valores recebidos, ainda que a título de boa-fé.

Nota-se nos casos de efeitos *ex nunc* e pro futuro, que há uma mitigação das consequências consolidadas por neste período, de modo que as normas inconstitucionais possam produzir efeitos jurídicos através alteração de sua eficácia nas decisões que reconhecem a inconstitucionalidade dos Tribunais.

Neste sentido, a modulação dos efeitos tem previsão legal no art. 27 da Lei n.º 9.868/99⁶, dispondo que:

⁵ BRASIL. *Lei n.º 9.868*, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccvil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 08 jun. 2019.

⁶ *Ibidem*.

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

Observa-se, portanto, que a edição desta norma trouxe importante mecanismo ao controle de constitucionalidade, permitindo que os efeitos, analisando a segurança jurídica e excepcional interesse social, possam ser manipulados pelo Supremo Tribunal Federal – STF.

Impende destacar que a doutrina clássica defendeu o princípio da nulidade, fundando na antiga lição da Corte norte-americana, sob o argumento de que a decisão de inconstitucionalidade seria declaratória, portanto, reconhecendo a incompatibilidade preexistente da lei ou ato normativo em face da constituição.

Destarte, com base neste posicionamento, a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo em relação à Constituição tem eficácia retroativa (*ex tunc*), em razão do pretérito vício de nulidade, fulminando os efeitos jurídicos produzidos pela norma inconstitucional.

Assim, segundo este posicionamento, esta norma não poderia ter existência no ordenamento jurídico, sob pena de ofensa ao princípio da supremacia da Constituição.

Com efeito, em razão do princípio da segurança jurídica e de relevante interesse social, nos casos em que se verifique a irreparabilidade na declaração de nulidade, o Supremo poderá, por maioria de dois terços, restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado (*ex tunc*) ou de outro momento que venha a ser fixado (*pro futuro*).

O Ministro Luís Roberto Barroso, em sua obra sobre o Controle de Constitucionalidade⁷, contribuiu de forma ímpar com o ensinamento de que a modulação dos efeitos pode ter como escopo a alteração da jurisprudência que, embora imponha valores positivos, como segurança jurídica, isonomia e eficiência, permite também que qualquer ministro do Supremo Tribunal Federal possa alterar a decisão revertendo a jurisprudência consolidada. Veja-se:

A atitude geral de observância da jurisprudência é positiva por promover valores relevantes, como segurança jurídica, isonomia e eficiência. Disso, naturalmente, não deve resultar a vedação de afastar eventualmente o precedente existente, nem tampouco a impossibilidade de alterar a jurisprudência. Mas a ascensão doutrinária e normativa do precedente impõe maior deferência e cautela na sua superação. Quando uma corte de justiça, notadamente o Supremo Tribunal Federal, toma a decisão grave

⁷ BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 282-284.

de reverter uma jurisprudência consolidada, não pode nem deve fazê-lo com indiferença em relação à segurança jurídica, às expectativas de direito por ele próprio geradas, à boa-fé e à confiança dos jurisdicionados. Não por outra razão vem o Supremo Tribunal Federal firmando precedentes no sentido de dar efeitos apenas prospectivos a decisões suas que importam em alteração da jurisprudência dominante.

Embora não se trate especificamente do caso de modulação de efeitos na ADI, observa-se que na AP 937 QO/RJ (Rel. Min. Luís Roberto Barroso, julgamento de 03/05/2018)⁸ o foro por prerrogativa de função foi interpretado restritivamente aplicando-se apenas aos crimes que tenham sido praticados durante o exercício do cargo e em razão dele, demonstra-se que, mesmo Ação Penal, há possibilidade de reversão da jurisprudência consolidada.

Lado outro, em se tratando de modulação temporal dos efeitos na ADI, o Supremo Tribunal Federal tem o posicionamento⁹ de que, se reconhecido o excepcional interesse social, há necessidade de aplicação da modulação de efeitos, a fim de que se mantenha hígida a situação jurídica ocorrida no lapso temporal de vigência da norma impugnada. *In litteris*:

[...] 8. A autorização, o credenciamento e o reconhecimento dos cursos superiores de instituições privadas são regulados pela lei federal 9.394/1996, Lei de Diretrizes e Bases da Educação. Portanto, a presente decisão não abrange as instituições de ensino superior estaduais, criadas e mantidas pelo Estado de Minas Gerais - art. 10, IV c/c art. 17, I e II da lei 9.394/1996. 9. Tendo em vista o excepcional interesse social, consistente no fato de que milhares de estudantes freqüentaram e freqüentam cursos oferecidos pelas instituições superiores mantidas pela iniciativa privada no Estado de Minas Gerais, é deferida a modulação dos efeitos da decisão (art. 27 da lei 9.868/1999), a fim de que sejam considerados válidos os atos (diplomas, certificados, certidões etc.) praticados pelas instituições superiores de ensino atingidas por essa decisão, até a presente data, sem prejuízo do ulterior exercício, pelo Ministério da Educação, de suas atribuições legais em relação a essas instituições superiores.

Digno de nota que o objetivo da modulação foi viabilizar a administração da justiça em casos de extrema dificuldade diante das circunstâncias específicas apresentadas perante a Corte.

Dessa forma, percebe-se que o mecanismo criado pelo legislador trouxe uma resposta eficiente, eficaz e justa, sob o ponto de vista do papel do Judiciário em relação ao jurisdicionado, sobretudo, de conceder a prestação jurisdicional atendido o excepcional interesse social.

Destarte, observa-se que a modulação de efeitos agrega valor ao ordenamento jurídico, porque evita que situações consolidadas no tempo, durante a vigência de uma norma ou ato que fora declarado inconstitucional, possam ser retirados sem que para isso se nulifique todos os atos consolidados naquele período.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP 937 QO/RJ. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. j. 03/05/2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo900.htm>> Acesso em: 08 jun. 2019.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 2501/MG, Relator: JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 04/09/2008. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2914938/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2501-mg?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 08 jun. 2019.

Denota-se que nestes casos, apesar do reconhecimento da inconstitucionalidade, nem todos os atos praticados pelos aplicadores da norma são considerados inconstitucionais. Entende-se que este tipo seria o mais adequado ao ordenamento jurídico brasileiro, sob pena de que cada aplicador da norma deixe de aplica-la para esperar um posicionamento do Supremo acerca da constitucionalidade.

3. CONTROVÉRSIAS ENTRE O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA SEPARAÇÃO DE PODERES: ANTINOMIA OU CONJUGAÇÃO?

Os princípios são fontes do direito que auxiliam na construção do ordenamento jurídico brasileiro. Neste sentido, leciona Humberto Ávila¹⁰ que o princípio “estabelece fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do Direito”.

Para o Ministro Luís Roberto Barroso¹¹, em seu livro *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, o princípio seria uma das espécies do gênero norma jurídica, a qual ainda tem como espécie a regra.

Ainda sob a perspectiva do Ministro Luís Roberto Barroso¹², os princípios constitucionais “são a porta pela qual os valores passam do plano ético para o mundo jurídico. Em sua trajetória ascendente, os princípios deixaram de ser fonte secundária e subsidiária do Direito para serem alçados ao centro do sistema jurídico.”

Isto explica o porquê o princípio deixa de ser visto como fonte integradora do direito em caso de lacuna de papel subsidiário, conforme art. 4º da LINDB¹³, e passa a ter papel de protagonista no ordenamento jurídico.

Segundo o leciona Alexy¹⁴, há divisão das normas jurídicas em duas categorias, as regras e os princípios. Neste sentido, pode-se dizer que as regras expressam deveres definitivos e tem sua aplicação com a subsunção. Lado outro, os princípios se traduzem em deveres, cujo conteúdo só se define a partir de ponderação de princípios contraditório entre si.

¹⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 31-32.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 128.

¹² Ibidem.

¹³ BRASIL. *Decreto-Lei nº 4.657*, de 04 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 08 jun. 2019.

¹⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, e-book.

O doutrinador Alexy¹⁵ complementa sua ponderação sob a afirmação de que os princípios e valores estão intimamente relacionados ensinando que:

De um lado, é possível falar tanto de uma colisão e de um sopesamento entre princípios quanto de uma colisão e de um sopesamento entre valores; de outro lado, a realização gradual dos princípios corresponde à realização gradual dos valores. Diante disso, é possível transformar os enunciados sobre valores do Tribunal Constitucional Federal em enunciados sobre princípios, e enunciados sobre princípios ou máximas em enunciados sobre valores, sem que, com isso, haja perda de conteúdo.

O princípio da Separação dos Poderes é considerado princípio fundamental da Constituição da República, adotado pela formulação tripartite de Montesquieu, conforme o texto do art. 2º da atual Constituição: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

À exceção da Constituição de 1824, que centralizava o poder com o imperador, denominado de Poder Moderador, a Separação dos Poderes vinha sendo reproduzida em todas as Constituições brasileiras.

Neste sentido de tripartição, verifica-se que todos os poderes previstos no artigo segundo da CRFB/88 têm suas competências ou funções definidas pelo texto constitucional, de modo que a regra é a harmonia entre os poderes. E esta harmonia encontra-se umbilicalmente ligada ao sistema de freios e contrapesos – checks and balances –, que tem como escopo evitar a supremacia de um poder sobre o outro, o que significa dizer que nenhum poder é absoluto e que todos convergem para dar equilíbrio entre si.

Ademais, exatamente por esta harmonia vigente é que um Poder pode exercer a limitação sobre o outro. Dessa forma, o princípio da Separação dos Poderes tem a função de dividir as atribuições definidas, impondo um controle recíproco entre os órgãos, conforme leciona o Ministro Barroso, “de modo a proteger os indivíduos contra o abuso potencial de um poder absoluto”.

A segurança jurídica, por outro lado, é um princípio que está disseminado pelo ordenamento jurídico, e se traduz no instituto que traz segurança às decisões proferidas por todos os entes da federação, configurando instrumento de importância para que não haja

¹⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, e-book.

decisões contraditórias sobre o mesmo tema com as mesmas pessoas, mesma causa de pedir e com o mesmo pedido.

Note-se que este instituto é direito fundamental e sua atribuição valorativa se torna clara partindo da ideia de que a segurança traz previsibilidade e confiança aos cidadãos, de sobremaneira, quando se está tratando de normas válidas e existentes.

A Constituição da República, neste sentido, consagrou por meio de seu art. 5º, XXXVI, o Princípio da Segurança Jurídica como garantia e direito fundamental dispondo que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Não só a Carta Magna, como a própria jurisprudência¹⁶ demonstram que a matéria é essencialmente constitucional, fundamental e, inclusive, já foi objeto de discussão servindo de parâmetro para ADI.

Observa-se que pela vedação de deliberação sobre o art. 5º, conforme art. 60, §4º, IV da CRFB¹⁷, não há possibilidade de exclusão da norma por emenda constitucional, já que não se poderia abolir os direitos e garantias individuais.

Contudo, seria ingênuo afirmar que, diante de tantos direitos e garantias previstas na carta política, inexistam conflitos ou colisões de normas constitucionais. Neste tema, é relevante notar que “a complexidade e o pluralismo das sociedades modernas levaram ao abrigo da Constituição valores, interesses e direitos variados, que eventualmente entram em choque.”, conforme acentua o Ministro Barroso¹⁸.

Complementa ainda existem três tipos de colisões, (i) a colisão entre princípios constitucionais, que decorreria do pluralismo, da diversidade de valores e de interesses que se abrigam no documento dialético e compromissório que é a constituição.

Há ainda a (ii) colisão entre direitos fundamentais que não deixa de ser uma particularização dos conflitos descritos anteriormente. Assim, direitos que convivem em harmonia no seu relato abstrato podem produzir antinomias no seu exercício concreto. E, por fim, também se pode citar a (iii) colisão entre direitos fundamentais e outros valores e interesses constitucionais que estão voltados para a proteção do interesse público ou do interesse coletivo.

¹⁶ MENDES; BRANCO. *op. cit.*, 381-382.

¹⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 02 abr. 2019.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 373.

De início, pode parecer que as normas constitucionais são contraditórias entre si, porquanto, v. g., não se poderia conciliar sem ponderação o direito à privacidade ou à imagem com o direito à informação ou à liberdade de expressão.

Claramente esta divergência entre os princípios tem origem na vontade do legislador de garantir o máximo de direitos fundamentais, pós-constituições outorgadas que prestigiam o poder do Estado.

Em verdade, buscou-se garantir o verdadeiro estado democrático de direito. Outrossim, havendo conflito de princípios inseridos no texto constitucional, um será aplicado em detrimento do outro, de forma que seja prestigiado o princípio que mais for compatível com a carta magna.

Porém, de que maneira é realizada esta avaliação? Historicamente, observava-se que o raciocínio adotado era a subsunção como padrão na aplicação do Direito, na ideia de que a norma incidia sobre os fatos produzindo o resultado, portanto, aplicando-se a norma ao caso concreto. No entanto, embora seja crucial esta dinâmica no direito, nem sempre será suficiente para dirimir todas as situações que envolvam, por exemplo, colisões de princípios ou de direitos fundamentais¹⁹.

Como solução o Ministro Barroso ensina que existem três etapas a serem seguidas que auxiliam na solução. A primeira etapa, cabe ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas. Assim, a existência dessa espécie de conflito – insuperável pela subsunção – é o ambiente próprio de trabalho da ponderação. Na segunda etapa, cabe examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos. E na terceira, a ponderação irá singularizar-se em oposição à subsunção.

Outrossim, os princípios, “por sua natureza e estrutura, e observados determinados limites, podem ser aplicados com maior ou menor intensidade, à vista de circunstâncias jurídicas ou fáticas sem que isso afete sua validade”.

Neste de ponderação, é extremamente relevante ressaltar o papel do Poder Judiciário. Daí surge o ativismo judicial.

Conforme leciona o Ministro Luís Roberto Barroso²⁰, a “ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 377-382.

²⁰ *Ibidem*. p. 446-449.

valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”.

Complementa ainda que “em muitas situações sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios. O ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”.

Concluí esclarecendo que “normalmente, ele [o ativismo] se instala em situações de retratação do Poder Legislativo, de um certo deslocamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva”.

Dessa forma, embora os princípios possam influenciar na tomada de decisão dos magistrado, denota-se que seria legítimo o controle de constitucionalidade (jurisdição constitucional) e também que seria necessária a aplicação da técnica de ponderação de valores quando houver conflito entre princípios fundamentais, não sendo considerado violação da separação a atividade judicial de dirimir os conflitos, inclusive, nos casos de lacunas do legislador.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a existência de um conflito de graves proporções jurídicas entre o princípio da segurança jurídica e da separação dos poderes nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal em que houve a modulação de efeitos nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade.

O embate materializa-se pelo confronto aparente entre a separação dos poderes e a segurança jurídica, em que de um lado entende-se que seria violação do princípio separação o fato de o Judiciário fixar os efeitos da decisão, atuando como legislador positivo quando o Poder Legislativo tem atribuição legiferante.

De outro lado, ainda há necessidade de intervenção do Judiciário para se evitar que os atos praticados sejam completamente nulificados expurgando tudo que se consolidou em determinado período de vigência da norma, sem qualquer mensuração de prejuízos ou consequências seja realizado.

O entendimento a que chegou este pesquisador consubstancia-se na ideia de que o Poder Judiciário tem o papel de atuar nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, em atenção à

ponderação das decisões judiciais, para evitar que o reconhecimento da inconstitucionalidade aplique efeitos irreparáveis em uma situação jurídica consolidada durante determinado período.

Assim, pretende-se demonstrar por meio do artigo que a atividade do magistrado, em casos de grande repercussão, não deve se pautar somente as questões jurídicas, deve levar-se em consideração a repercussão social da questão decidida, exercendo-se também (quando o for o caso) papel contramajoritário, atento à ponderação judicial no momento de decidir.

Dessa forma, ficou evidenciado que, com base nas razões expostas, a proposta do autor consiste na tese de que não existe caminho certo para delimitar quando será necessária a utilização da modulação do efeitos nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, porém, pode-se afirmar que este mecanismo é o meio necessário para consolidar a situação fática que se configurou durante o tempo de vigência da lei ou ato normativo considerado inconstitucional.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, Fábio Martins de. *Modulação e Consensualismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 02 abr. 2019.

_____. *Decreto-Lei nº 4.657*, de 04 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 08 jun. 2019.

_____. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 02 abr. 2019.

_____. *Lei 9.868*, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 02 abr. 2019.

LENZA, Pedro. *Curso de Direito Constitucional Esquematizado*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.