



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Modulação dos efeitos temporais no controle de constitucionalidade (artigo 27, L. 9868/99)

Diego Fernandes Silva Santos

Rio de Janeiro
2010

DIEGO FERNANDES SILVA SANTOS

Modulação dos efeitos temporais no controle de constitucionalidade (artigo 27, L. 9868/99)

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Profa. Néli Fetzner
Prof. Nelson Tavares
Profa. Mônica C. F. Areal
Prof. Kátia Araújo
Prof. Guilherme Sandoval

Rio de Janeiro

2010

MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE (ARTIGO 27, L. 9868/99)

Diego Fernandes Silva Santos

Graduado pela Universidade Estácio de Sá – Rio de Janeiro. Advogado

Resumo: o artigo 27 da lei 9868/99 traz para o direito brasileiro o instituto da modulação dos efeitos temporais no controle de constitucionalidade. Trata-se de um instituto importante para a segurança jurídica e isonomia no âmbito das decisões judiciais. A modulação dos efeitos do controle de constitucionalidade é um instituto que vem sendo largamente aplicado em todas as esferas do controle de constitucionalidade pátrio.

Palavras-chaves: Constituição. Controle de Constitucionalidade, Efeitos da Decisão, Segurança Jurídica, Jurisprudência.

Sumário: Introdução. 1. Constituição. 2. Controle de constitucionalidade. 2.1. Supremacia da constituição. 2.2. Rigidez constitucional. 2.3. Existência de órgão com competência para o controle de constitucionalidade. Conclusão. Referências. 3. Sistemas de controle de constitucionalidade. 3.1 sistema americano. 3.2 sistema europeu. 3.3 sistema brasileiro de controle. 4. Efeitos da decisão de inconstitucionalidade. 4.1. Efeitos da decisão de inconstitucionalidade proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade. 4.2. Efeitos da decisão de inconstitucionalidade proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Conclusão. Referências

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como fim precípua a análise dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de uma norma proferida em sede de controle de constitucionalidade, seja no controle difuso ou no concentrado, bem como sua repercussão no mundo jurídico, explorando principalmente a possibilidade de modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade em determinados casos a fim de assegurar a segurança jurídica.

O controle de constitucionalidade é um instrumento criado pelos ordenamentos jurídicos que adotam a constituição como lei suprema de seus Estados.

Contudo, para assegurar a supremacia da constituição em face da legislação infraconstitucional há necessidade de criação de um mecanismo para verificação da compatibilidade de tais normas com a constituição. Esse mecanismo é justamente o controle de constitucionalidade, que tem como fim principal assegurar a supremacia da constituição em determinado ordenamento jurídico, ou seja, assegurar que todo o ordenamento esteja em conformidade com a constituição e que a esta respeitem, observando todos os seus princípios e preceitos.

Os sistemas de controle de constitucionalidade conhecidos no mundo jurídico são o sistema americano, no qual prevalece o controle exercido na modalidade difusa, onde o controle é exercido por todo o judiciário do Estado, e o modelo austríaco, cujo modelo de controle é concentrado em uma corte especial que detém competência exclusiva para a declaração de inconstitucionalidade da norma.

O sistema de controle de constitucionalidade adotado pelo ordenamento pátrio é denominado pela doutrina como controle misto, pois nossa constituição e a legislação admitem tanto o controle realizado de forma concentrada (seguindo o modelo austríaco/europeu) quanto o controle realizado de forma difusa (assemelhando-se neste ponto ao modelo americano), nas formas estabelecidas na constituição federal e na legislação competente para a regulação de tais situações.

A lei 9868/99, que regula o artigo 102 da constituição federal, trata das normas para o processamento das ações diretas de controle de constitucionalidade. Esta lei prevê em seu artigo 27 a possibilidade de o STF limitar a produção dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade (que em regra produz efeitos *ex tunc*) preenchidos os requisitos e

procedimentos previstos no dispositivo para a aplicação do instituto, que é denominado pela doutrina como modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade.

Tal norma tem fim assegurar a segurança jurídica, pois pode haver casos em que uma norma, mesmo sendo inconstitucional, tenha vigorado e produzido efeitos por tanto tempo (ainda que somente efeitos materiais, práticos, pois a norma inconstitucional é conforme ensinamento na doutrina, nula de pleno direito, não produzindo efeitos jurídicos válidos) que a sua retirada do mundo jurídico com efeitos *ex tunc*, ou seja, desde a sua produção, apagando-se do ordenamento todas as relações jurídicas decorrentes dessa lei, pode acarretar danos tremendos as partes que de boa fé exerceram os direitos decorrentes da lei até então tida por constitucional (haja vista em nosso ordenamento as normas serem presumidamente constitucionais).

Discute-se, na doutrina, e é o que se pretende explanar no presente trabalho, quais seriam os limites para a aplicação do artigo 27 da lei 9868/99, se tal mitigação pode ser aplicada em sede de controle difuso de constitucionalidade ou se tal norma somente seria aplicado em sede de controle concentrado de constitucionalidade (haja vista a lei 9868/99 regular o processamento das ações diretas).

Se explanará a discussão na doutrina se a norma prevista no artigo 27 da lei 9868/99 é instituto de controle concentrado de constitucionalidade (e, portanto só aplicável nesta modalidade de controle) ou se se trata de instituto de controle de constitucionalidade (aplicável assim não só em sede de controle concentrado, mas também em controle difuso).

O trabalho apresentará a posição na doutrina constitucionalista pátria bem como o posicionamento da jurisprudência especialmente do Supremo Tribunal Federal (órgão supremo do controle de constitucionalidade no país) em casos concretos que decidiram pela aplicabilidade ou não do instituto em casos de processos objetivos e subjetivos.

1. CONSTITUIÇÃO

A constituição federal é o instrumento fundante de um ordenamento jurídico, sendo sua norma suprema, servindo de fundamento de validade, direta ou indiretamente, para todas as demais normas do mesmo ordenamento.

Conforme aponta a doutrina, a constituição não teria um conceito unívoco. Desta forma, poderia ser analisada com base em três sentidos distintos, quais sejam, sociológico, político e jurídico.

Em relação ao sentido sociológico a constituição pode ser tida como um somatório dos fatores reais de poder regentes de um determinado país, conforme o pensamento de Ferdinand Lassalle. Caberia a constituição a representatividade do real poder social.

Sob o ponto de vista político apontado por Carl Schmitt, a constituição seria a decisão política fundamental de um determinado Estado em certo espaço físico e temporal.

No tocando ao aspecto jurídico, conforme os ensinamentos da teoria positivista difundida por Hans Kelsen, a constituição poderia ser conceituada como a lei fundamental de um Estado e da sociedade, ocupando o ápice na hierarquia normativa dentro de um ordenamento jurídico.

O poder constituinte é o responsável pela criação da constituição. Dele advém a constituição, sendo este a fonte produtora de tal norma. Cabe também ao poder constituinte a tarefa de modificar a constituição sempre que necessário, levando-se em conta as necessidades sociais de um povo, evitando-se assim o engessamento, a fossilização do ordenamento jurídico.

Poderíamos conceituar poder constituinte poderia como sendo o poder de instituição ou reforma da constituição. Todo poder que institui ou reforma uma constituição é poder constituinte.

O poder constituinte comporta duas espécies, quais sejam, o poder constituinte originário (responsável pela elaboração da constituição) e o poder constituinte derivado (responsável pela modificação da constituição).

O poder constituinte originário, conforme aponta a doutrina possui as seguintes características que o separam e diferenciam do poder constituinte derivado (e conseqüentemente também do legislador ordinário), podendo se dizer que o poder constituinte originário é:

a. Inicial: o produto do poder constituinte originário é início de um novo ordenamento jurídico, pois a constituição inaugura uma nova ordem jurídica distinta da anterior. O poder constituinte originário não pertence a uma ordem jurídica, mas a ela dá origem. Todas as normas que façam parte do ordenamento buscam fundamento, direta ou indiretamente, na constituição.

b. Ilimitado: o produto do poder constituinte originário não está sujeito a limitações impostas pelo direito positivo anterior. Não haveria quaisquer restrições jurídicas impostas pelo ordenamento até então vigente. Para os adeptos do direito natural, como Sieyès, haveria tão somente limitações éticas, morais, religiosas, etc., limitações estas que decorreriam de normas de direito natural, normas estas anteriores mesma as constituições e superiores a esta¹.

c. Incondicionado: o fruto do poder constituinte originário não está submetido a qualquer forma de manifestação pré-concebida. Ou seja, não há uma pré-determinação da forma pela qual o poder constituinte originário deva ser exercido.

¹ Sieyès A constituição burguesa: qu'est-ce que le Tiers État, Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986, p. 117 *apud* MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4 ed. rev. e atual. São Paulo. Saraiva. 2009. p. 232

Embora a constituição nova inicie a nova ordem jurídica ela não tem o condão de extinguir por completo a ordem jurídica anterior.

Em relação a constituição anterior o efeito da nova constituição é a acarretar sua ab-rogação, retirando-a por completo do ordenamento jurídico. No Brasil não é aplicável a teoria da desconstitucionalização (de acordo com esta teoria as normas formalmente constitucionais, ou seja, normas inseridas no texto constitucional, são recebidas pelo novo ordenamento com status de legislação ordinária), aplicável no direito comparado, entre outros países, em Portugal.

Já em relação a legislação infraconstitucional o efeito da nova constituição no Brasil é a recepção das normas que não sejam materialmente incompatíveis com a nova constituição. As normas formalmente incompatíveis com a constituição nova são recebidas no status formal previsto para tratamento da matéria (como ocorreu com o Código Tributário Nacional e o Código Penal, por exemplo). A não recepção tem o condão de revogar a norma anterior a incompatível materialmente com a nova constituição.

Ao inaugurar o ordenamento jurídico, rompendo o anterior, a constituição então criada já realiza a primeira filtragem a fim de assegurar a sua supremacia, ou seja, já de plano seleciona quais as normas são com ela compatíveis e desta forma podem continuar vigendo e produzindo validamente seus efeitos, porém com um novo fundamento de validade, agora buscando fundamento de validade diretamente na nova constituição.

Não somente a legislação anterior deve obediência à nova constituição. Todas as leis posteriores devem igualmente ser compatíveis com a novel constituição, sob pena de serem consideradas inconstitucionais e não produzirem qualquer efeito válido perante o ordenamento jurídico. Essas novas leis, criadas já sob a égide da constituição nova, são criadas através do exercício da função legiferante, função atribuída ao poder legislativo no exercício do poder constituinte derivado.

Ao contrário do poder constituinte originário o poder constituinte derivado (responsável pela criação e reforma da constituição e da legislação infraconstitucional) é:

a. Derivado: derivar significa buscar fundamento. O produto do poder constituinte derivado reformador busca fundamento de validade na constituição federal, estando inserido em um ordenamento jurídico preexistente oriundo da constituição.

b. Limitado: o produto do poder constituinte derivado reformador está sujeito a limitações impostas pelo direito positivo em vigor. O poder constituinte derivado está sujeito aos limites estabelecidos pela nova constituição, podendo haver limitações explícitas ou implícitas, materiais, circunstanciais, formais e temporais.

c. Condicionado: o produto do poder constituinte derivado reformador se sujeita a formas de manifestações pré-definidas, já estabelecidas na constituição. A constituição nova é que vai determinar a forma pela qual ela própria será modificada e como a legislação infraconstitucional vai ingressar no ordenamento jurídico ou ser alterada, dispondo, por exemplo, acerca do processamento para a criação e o status da legislação derivada.

Porém, nem sempre o legislador ordinário ao elaborar um projeto de lei ou uma proposta de emenda a constituição respeita em sua integralidade os limites estabelecidos explícita ou implicitamente na constituição.

Justamente para a correção de tais vícios decorrentes do desrespeito aos preceitos da constituição federal pelo legislador ordinário é que prevêm os ordenamentos jurídicos pelo mundo mecanismos de controle de constitucionalidade, que visam principalmente a declaração de invalidade das normas infraconstitucionais quando incompatíveis com a constitucional.

2. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O ordenamento jurídico é um sistema completo e harmônico, do qual a constituição é seu principal fundamento.

A quebra da sistematização do ordenamento jurídico pode acarretar a quebra da unidade do Estado e conseqüentemente sua falência.

Justamente para evitar tal ocorrência é que os ordenamentos prevêm o controle de constitucionalidade. Este tem por fim evitar a quebra da harmonia do sistema jurídico de um Estado (atuando de forma preventiva) ou seu restabelecimento (atuando de forma repressiva).

O primeiro precedente de que se tem notícia e que deu origem ao controle de constitucionalidade é o famoso caso *Marbury versus Madison*², oriundo do direito norte americano, berço do controle de constitucionalidade no direito.

O controle de constitucionalidade é um mecanismo de verificação de compatibilidade da legislação infraconstitucional (norma inferior oriunda do poder constituinte derivado) com a constituição (obra fruto do exercício do poder constituinte originário).

O controle de constitucionalidade pode ser classificado quanto à natureza do órgão responsável pelo controle (controle político, no qual o a fiscalização da constitucionalidade da norma se dá por um órgão político, ou controle judicial, exercido por órgãos investidos na função jurisdicional), pelo momento do exercício do controle (controle preventivo, aquele realizado antes da entrada em vigor da norma, ou repressivo, realizado a posteriori, após o ingresso da norma no ordenamento) e pelo órgão judicial que exerce o controle (controle difuso, exercido por todos os órgãos jurisdicionais, ou controle concentrado, atribuída a

² Barroso, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 4ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 3

competência a um único órgão previamente determinado, ou para um número limitado de órgãos).

Luis Roberto Barroso³, bem como a doutrina em geral, costuma apontar três pressupostos para o controle de constitucionalidade, quais sejam: supremacia da constituição, rigidez constitucional e existência de órgão com competência para o controle de constitucionalidade de normas jurídicas.

2.1. SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

Como já afirmado anteriormente, a constituição tem o condão de inaugurar uma nova ordem jurídica, estabelecendo limites para todo o restante do ordenamento jurídico. Todas normas existentes no ordenamento jurídico devem guardar compatibilidade ao menos material com a constituição.

Em relação as normas anteriores a constituição o efeito da incompatibilidade destas normas com a constituição no ordenamento jurídico brasileiro é a não recepção, que tem o condão de revogar a norma incompatível com a constituição. Ou seja, ao inaugurar uma nova ordem jurídica a constituição automaticamente, sem a necessidade de qualquer manifestação expressa, revoga todas as normas com ela incompatíveis materialmente.

Já no tocante a normas posteriores a constituição que com ela forem incompatíveis são estas tidas por normas inconstitucionais, sendo em regra consideradas normas nulas de pleno direito, inaptas, portanto, à produção de efeitos jurídicos válidos, havendo exceção expressa a tal regra em nosso direito, como adiante se demonstrará.

³ Barroso, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 4ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1

Há contudo, necessidade de declaração de incompatibilidade dessas normas com a constituição, a fim de resguardar a supremacia constitucional e conseqüentemente a ordem e coerência do próprio sistema jurídico, vital para a existência de um Estado democrático de direito.

O mecanismo principal para a garantia e manutenção da superioridade da constituição é o controle de constitucionalidade, exercido pelo legislativo, de forma preventiva, quando da criação das normas infraconstitucionais ou quando da alteração do texto constitucional e pelo judiciário no exercício da função jurisdicional típica.

A supremacia da constituição é um dos pressupostos para a existência de controle de constitucionalidade. Só há que se falar em necessidade de controle de constitucionalidade caso haja supremacia da constituição em relação às demais normas jurídicas.

Nos ordenamentos em que não há a supremacia da constituição em relação as demais normas as constituições normalmente são não escritas, sendo alteradas pelo processo não dificultoso previsto para a criação das leis ordinárias. Nestes casos as constituições gozam de mesmo status e tratamento no ordenamento jurídico que as demais leis ordinárias.

Em razão da supremacia da constituição todas as normas constitucionais devem buscar seu fundamento de validade nela, submetendo-se assim as suas limitações sejam implícitas ou explícitas, sejam de ordem material ou formal.

2.2. RIGIDEZ DA CONSTITUIÇÃO

A constituição rígida só pode ser modificada por processo de reforma constitucional (emenda ou revisão, que são processos mais dificultosos de alteração).

Conforme Alexandre de Moraes, “Rígidas são as constituições escritas que poderão ser alteradas por um processo legislativo mais solene e dificultoso do que o existente para a edição das demais espécies normativas (por exemplo: constituição federal/88 – art.60)”⁴.

Para que haja rigidez da constituição, o ordenamento deve prever uma forma mais dificultosa para sua modificação, forma esta diferente da prevista para a criação ou modificação da legislação infraconstitucional.

A rigidez é pressuposto para o controle de constitucionalidade porque se a constituição fosse flexível poderia ser modificada por lei, ou seja, por processo legislativo ordinário. Se houvesse colisão entre constituição e lei posterior a constituição seria revogada. Há rigidez para que a questão seja resolvida pela inconstitucionalidade da lei, e não revogação da constituição.

2.3. EXISTÊNCIA DE ÓRGÃO COM COMPETÊNCIA PARA O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O terceiro pressuposto para o controle de constitucionalidade é a existência de um órgão (ou órgãos) competente para a verificação de compatibilidade das normas infraconstitucionais com a constituição federal.

Não há necessidade de que o órgão competente para o controle de constitucionalidade seja um órgão judicial (por isso o termo competência não está empregado de forma técnica), podendo ser tal função atribuída a um órgão de natureza política, como pode ser verificado na legislação de diversos países do direito comparado.

⁴ Moraes, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 5

Caso não existisse órgão competente não haveria como ser exercido o controle de constitucionalidade, não havendo como verificar se a norma é compatível ou não com a constituição e conseqüentemente não haveria meios práticas para assegurar a supremacia da constituição, o que acarretaria na quebra da supremacia e conseqüentemente também da rigidez constitucional, que poderia vir a causar grande insegurança jurídica.

3. SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Conforme apontado pela doutrina constitucionalista, em relação ao órgão judicial competente para o exercício do controle de constitucionalidade há dois grandes sistemas de: o sistema americano de controle de constitucionalidade (também conhecido como sistema difuso de controle) e o modelo austríaco-europeu de controle de constitucionalidade (ou sistema concentrado de controle de constitucionalidade).

3.1 SISTEMA DIFUSO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE (OU SISTEMA AMERICANO)

Segundo Barroso “o controle é difuso quando se permite a qualquer juiz ou tribunal o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma e, conseqüentemente, sua não aplicação ao caso concreto levado ao conhecimento da corte”⁵.

Neste sistema de controle de constitucionalidade, qualquer órgão do poder judiciário tem competência para declarar a inconstitucionalidade da norma, declarando a sua invalidade em razão da incompatibilidade da norma levada ao juízo (objeto do controle) em face da

⁵ Barroso, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 4 ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 47

constituição (parâmetro do controle de constitucionalidade), não importando para tanto ser órgão de jurisdição inferior ou superior, federal ou estadual.

Contudo, em relação aos órgãos jurisdicionais superiores (tribunais) o sistema brasileiro adotou a chamada cláusula de reserva de plenário, pela qual em órgãos jurisdicionais compostos por mais um magistrado a inconstitucionalidade da norma deve ser proferida em conjunto por seus integrantes, tomando como base o voto da maioria dos seus integrantes para que seja declarada a inconstitucionalidade da norma (em relação a constitucionalidade não há tal necessidade em razão da presunção de constitucionalidade das normas), como pode se verificar na leitura do artigo 97 da constituição federal⁶.

A verificação quanto a constitucionalidade da norma neste caso em regra é exercida de forma incidental em um processo subjetivo, sendo a inconstitucionalidade a causa de pedir da ação, não alcançando desta forma o efeito da coisa julgada. Ou seja, diante de um caso concreto levado ao conhecimento da autoridade judicial em que se pleiteia a tutela jurisdicional a inconstitucionalidade da norma não é propriamente o pedido veiculado na ação, mas a sua causa de pedir (um dos elementos identificadores da demanda – partes, causa de pedir e pedido).

Como a inconstitucionalidade é exercida incidentalmente (em regra), qualquer pessoa teria legitimidade para pleitear a declaração de inconstitucionalidade de uma norma em razão da sua incompatibilidade com a constituição.

O rol de legitimados para a declaração é bastante amplo, diferentemente do que ocorre em relação ao controle exercido na modalidade concentrada, não havendo um rol taxativo e previamente estabelecido, sendo a legitimidade para exercer o controle de forma difuso elemento intrínseco, inerente ao próprio direito de ação consagrado no artigo 5º, inciso XXXV da constituição federal.

⁶Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

No modelo norte-americano de controle de constitucionalidade vigora a tese da nulidade da norma inconstitucional, ou seja, a norma inconstitucional é nula de pleno direito. Neste caso a decisão que pronuncia a inconstitucionalidade de uma norma tem natureza declaratória produzindo assim efeitos *ex tunc* (retroativos ao momento da produção da norma inconstitucional).

3.2 SISTEMA CONCENTRADO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE (SISTEMA AUSTRÍACO-EUROPEU)

O controle de constitucionalidade na Europa foi introduzido por Hans Kelsen⁷ na constituição austríaca de 1920. Ele foi o idealizador do controle de constitucionalidade concentrado, a ser exercido perante um tribunal constitucional previamente investido em tal função.

Para Kelsen, mencionado por Barroso⁸, uma lei inconstitucional era perfeitamente válida até o momento em que uma decisão proferida por uma corte constitucional competente pronunciasse a sua inconstitucionalidade, sendo que após este momento a lei seria retirada do mundo jurídico (tese da anulabilidade da norma inconstitucional).

Na visão de Kelsen a função constitucional seria mais bem caracterizada como uma função ou atividade legislativa negativa⁵. Dessa forma, no controle de constitucionalidade europeu tradicional a decisão de inconstitucionalidade teria natureza desconstitutiva produzindo efeitos *ex nunc*, ou seja, somente a partir da decisão do órgão competente que pronunciasse a incompatibilidade da norma com a constituição.

⁷ Barroso, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 4 ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 19

⁸ Barroso, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 4 ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 19

O sistema concentrado não foi adotado integralmente no direito brasileiro, tendo sido preferida entre nós a tese da natureza declaratória da decisão de inconstitucionalidade (como no sistema americano), produzindo que decisão efeitos *ex tunc*, pois a norma inconstitucional seria nula desde o momento de sua produção por incompatibilidade com a constituição (aceitar que a norma fosse considerada válida por certo tempo seria o mesmo que negar vigência a constituição durante o mesmo lapso temporal).

No sistema concentrado a competência para o controle de constitucionalidade da norma é exercida por um ou mais órgãos (em número limitado e previamente determinado) criados para tal finalidade ou que tenham nessa função a sua principal atribuição.

No Brasil o sistema de controle concentrado de constitucionalidade foi introduzido pela emenda constitucional 16 de 1965, sendo exercido perante o STF, tendo como legitimado único (à época) para a deflagração desta modalidade de controle o Procurador Geral da República.

3.3 SISTEMA BRASILEIRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O sistema de controle de constitucionalidade adotado em nosso ordenamento jurídico é o denominado sistema misto de controle, pois a constituição federal recepcionou tanto o modelo difuso de controle de constitucionalidade como o modelo concentrado de controle.

Conforme ensina Gilmar Ferreira Mendes, o modelo difuso de controle de constitucionalidade encontra acolhimento no direito brasileiro desde o advento do sistema republicano de governo, adotado expressamente na constituição federal de 1891, primeira constituição promulgada após a proclamação da República 15 de novembro em 1989⁹.

⁹ Mendes, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*, 4 ed. revista e atualizada, São Paulo: Saraiva.2009, p. 1111.

Pelo sistema de controle de constitucionalidade difuso no direito brasileiro qualquer órgão judicial, em qualquer esfera e grau de jurisdição, tem competência para declarar a inconstitucionalidade da norma, sendo que no caso dos tribunais há necessidade de pronunciamento da maioria de seus membros ou de órgão especial do tribunal para a declaração da inconstitucionalidade da norma, em razão da cláusula de reserva de plenário prevista de forma expressa no artigo 97 da constituição federal.

No sistema brasileiro, o controle difuso de constitucionalidade de norma é realizado de forma incidental, ou seja, no bojo de um processo subjetivo submetido à apreciação do poder judiciário, sendo a pleito de declaração da inconstitucionalidade da norma veiculado na causa de pedir da demanda, não alcançando desta forma a autoridade da coisa julgada.

Como no controle difuso a análise da compatibilidade da norma com a constituição decorre do direito de ação, o rol dos legitimados para a deflagração deste controle é ampla e irrestrita, pois em nosso sistema jurídico o direito de ação é direito individual fundamental, sendo verdadeira cláusula pétrea constitucional, sendo atribuída a toda e qualquer pessoa que demande ou seja demandado perante órgão judicial, aqueles que tenham possam intervir no processo, bem como ao órgão do Ministério Público (seja na qualidade de partes ou atuando como *custus iuris*).

Já pelo controle de constitucionalidade concentrado, adotado pela constituição federal em seus artigos 102, inciso I, alínea *a*¹⁰ (ao atribuir ao STF a competência para o julgamento das ações em sede de controle concentrado de constitucionalidade) e 125, §1º¹¹ (ao permitir que os estados federados prevejam em suas constituições a representação da

¹⁰ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
I - processar e julgar, originariamente:
a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

¹¹ Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.
§ 1º - A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça.

inconstitucionalidade de normas estaduais e municipais em face das constituições estaduais), a competência para a declaração da inconstitucionalidade da norma é exclusiva do Supremo Tribunal Federal em âmbito federal (para as ações diretas tendo como parâmetro a constituição federal) e dos Tribunais de Justiça em âmbito estadual (para as ações diretas que tenham como parâmetro do controle as constituições estaduais).

Da mesma forma como a competência em sede de controle concentrado é limitada (no caso brasileiro a atuação é exclusiva do STF para o controle concentrado de constitucionalidade tendo como parâmetro a constituição federal) a legitimidade para a deflagração da jurisdição constitucional concentrada também é limitada, conferida exclusivamente aquelas pessoas e órgãos mencionados expressamente no rol taxativo artigo 103 da constituição federal (repetido na íntegra pelos artigos 2º e 13 da lei 9868/99).

O Supremo Tribunal Federal exerce papel fundamental no sistema brasileiro do controle de constitucionalidade, sendo o guardião maior da constituição federal, seja em sede de controle concentrado de constitucionalidade (quando é competente para o julgamento das ações diretas de controle em face da constituição federal) seja em sede de controle difuso (quando é competente para o julgamento dos recursos extraordinários de decisões que apliquem leis que contrariem dispositivos da constituição federal ou lhe neguem vigência).

Cabe ao Supremo dar a última palavra sobre a compatibilidade ou não de uma norma em face da constituição federal, de forma que em sede de controle concentrado de constitucionalidade a decisão proferida por este órgão tem o condão de vincular os demais órgãos do poder judiciário bem como o executivo (no exercício de suas funções típicas), como se verá de forma mais detalhada adiante.

4. EFEITOS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

O ordenamento brasileiro adotou a tese da nulidade da norma inconstitucional, fazendo com a decisão que pronuncie a inconstitucionalidade em sede de controle concentrado de uma norma tenha natureza declaratória, sendo a norma considerada nula desde a sua entrada em vigor em razão de sua incompatibilidade com a constituição federal (seja incompatibilidade material ou formal).

Os efeitos produzidos pela declaração de inconstitucionalidade de uma norma vão variar conforme se trate de decisão proferida em sede de controle concentrado (quando a inconstitucionalidade é o próprio pedido da ação, alcançando a coisa julgada) ou difuso (a inconstitucionalidade é a causa de pedir da demanda, sendo mencionada nos fundamentos da decisão, e não no dispositivo, não alcançando a autoridade da coisa julgada).

4.1 EFEITOS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PROFERIDA EM SEDE DE CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

Em sede de controle difuso de constitucionalidade a decisão proferida pelo órgão judicial se dá no bojo da fundamentação da sentença, não produzindo coisa julgada essa decisão, não vinculando assim os demais órgãos do poder judiciário nem da administração pública.

Como no sistema difuso a constitucionalidade da norma é verificada com base em um caso concreto levado ao poder judiciário a decisão proferida declarando a inconstitucionalidade da norma produz efeitos *inter partes*, alcançando tão somente aqueles que participaram do processo e puderam contribuir direta ou indiretamente para o pronunciamento judicial a favor ou contra a validade da norma.

Assim, em regra, a decisão que declara a inconstitucionalidade da norma em sede de controle de constitucionalidade deflagrado na via difusa tem sua produção de efeitos restrita

as partes (*inter partes*), não produzindo efeitos jurídicos vinculantes extra processuais (efeitos *erga omnes*), não alcançando terceiros que não participaram do processo, conforme regra contida no artigo 472 do código de processo civil¹².

No ordenamento brasileiro de controle de constitucionalidade, seguindo-se o exemplo do modelo norte-americano de controle, foi adotada a tese da nulidade da norma inconstitucional.

Desta forma, entre as partes do processo em que foi proferida a decisão de inconstitucionalidade da norma, essa decisão produz efeitos *ex tunc*, ou seja, retroativos até o momento de edição da norma, devido ser esta considerada nula de pleno direito por violar a constituição federal.

Essa produção de efeitos somente *inter partes* pode ser afastada, em razão da previsão constante do artigo 52, inciso X¹³ da constituição federal, quando se prevê que o Senado Federal pode suspender no todo ou em parte (por meio de resolução) a execução de norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Neste caso, quando da suspensão da execução da norma pelo Senado Federal, a decisão de inconstitucionalidade que até então estava restrita as partes do processo passa agora a ter alcance além do processo, produzindo efeitos vinculantes *erga omnes*, irradiados por todo o ordenamento jurídico, vinculando os demais órgãos do poder judiciário, bem como o poder executivo no exercício de sua função típica.

Em relação a terceiros, após realizado o procedimento previsto no artigo 52, inciso X da constituição federal, os efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade serão diversos dos efeitos proferidos entre as partes do processo.

¹² Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.

¹³ Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

Para os terceiros que não participaram do processo, a decisão que declarar a inconstitucionalidade da norma possui efeitos *ex nunc*, ou seja, somente a partir do momento em que publicada a resolução do Senado Federal suspendendo a execução da norma considerada incompatível com a constituição federal.

Em relação aos efeitos vinculantes da decisão de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal em relação aos demais órgãos do poder judiciário e ao poder executivo no exercício de suas funções típicas a regra é parecida com a aplicada em relação aos terceiros que não interferiram no processo, ou seja, somente há efeitos vinculantes para os órgãos mencionados quando da publicação da resolução da Senado federal suspendendo a execução da norma inconstitucional (efeitos *ex nunc*).

Antes desta publicação não há vinculação dos mencionados órgãos em respeitar e seguir a autoridade da decisão proferida em sede de controle difuso, havendo tão somente “recomendações”, por se tratarem de precedentes (ou jurisprudência caso sejam reiteradas as decisões no mesmo sentido).

No tocante ao poder legislativo a decisão que declara uma norma inconstitucional não tem força vinculante, seja em sede de controle difuso ou concentrado de constitucionalidade, podendo este elaborar livremente leis ou emendas constitucionais sem a necessidade de observar qualquer limitação imposta pela decisão de inconstitucionalidade. Essa liberdade visa evitar a fossilização do ordenamento jurídico, permitindo ao Estado legislar livremente, sem qualquer limitação imposta por um dos poderes em face dos demais.

Neste sentido, claríssima a manifestação do Ministro Celso de Mello, em voto constante de decisão proferida pela corte constitucional brasileira, ao afirmar que:

a instauração do controle normativo abstrato perante o Supremo Tribunal Federal não impede que o Estado venha a dispor, em novo ato legislativo, sobre a mesma matéria versada nos atos estatais impugnados, especialmente quando o conteúdo material da nova lei implicar tratamento jurídico diverso daquele

resultante das normas questionadas na ação direta de inconstitucionalidade¹⁴.

4.2 EFEITOS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PROFERIDA EM SEDE DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

Diferentemente da decisão proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade as decisões que proferidas em sede de controle concreto que declaram a inconstitucionalidade da norma produzem desde já efeitos *erga omnes* (alcançando a todos), *ex tunc* (retroativos ao momento da data de produção da norma, pois sendo inconstitucional na norma é considerada nula de pleno direito) e vinculantes em relação aos demais órgãos do poder judiciário e ao poder executivo no exercício de sua função típica, na forma do artigo 28 da lei 9868/99¹⁵, não havendo necessidade de publicação de resolução do Senado Federal para que a inconstitucionalidade declarada produza efeitos para além do processo de inconstitucionalidade.

Em sede de controle concentrado de constitucionalidade a incompatibilidade da norma (objeto) com a constituição federal (parâmetro do controle) é o próprio pedido da demanda, e por essa razão alcança a autoridade da coisa julgada, pois em sendo o próprio pedido veiculado no processo a inconstitucionalidade é decidida no dispositivo da sentença, parte da mesma passível de alcançar a imutabilidade.

O processo em sede de controle abstrato é um processo objetivo (não há partes), em que prevalece a abstração, generalidade e impessoalidade, sendo caso de legitimação extraordinário (quando o legitimado vai a juízo em nome próprio pleiteando direito alheio).

¹⁴ (Rcl nº 467, rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ de 09/12/1994)

¹⁵ art. 28, *Parágrafo único*. *A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.*

Em razão desta legitimação extraordinária há a produção de efeitos *erga omnes*, da mesma forma como ocorre na ações que veiculam interesses ou direitos transindividuais, pois o legitimado atua em nome próprio, mas defendendo interesse de todos (haja vista o ordenamento jurídico ser interesse difuso, de titularidade indivisível e indeterminável).

A decisão proferida em sede de controle concreto de constitucionalidade tem o condão de declarar a nulidade da norma, atuando assim no plano da validade.

A norma declarada inconstitucional pelo STF em sede de controle concentrado (bem como no controle difuso) afeta o plano de validade da norma jurídica, irradiando efeitos também para o plano da eficácia (por isso se afirma que a norma declara inconstitucional é ineficaz).

A declaração de inconstitucionalidade da norma, ainda que proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade, não tem o condão de revogar a norma inconstitucional, não produzindo assim quaisquer efeitos em relação ao plano da vigência da norma.

Dessa forma, seria perfeitamente possível (ainda que sem grande utilidade jurídica), a elaboração de uma lei (ou emenda constitucional) para revogar a norma declarada inconstitucional.

4.3 MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DA DECISÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE

O modelo de controle de constitucionalidade brasileiro adotou a tese da nulidade da norma inconstitucional (seguindo o modelo norte-americano, onde se afirma que “*the*

*unconstitutional statute is not Law at all*¹⁶), onde se tendo como consequência que uma vez declarada a norma inconstitucional os efeitos dessa decisão são retroativos até o momento de sua produção, pois a norma é considerada nula de pleno direito.

Tal produção de efeitos se dá pelo fato de que se não fosse retroativa a decisão, considerando assim que a norma teve vigência por determinado período, mesmo sendo contrária a constituição, estar-se-ia admitindo que durante aquele mesmo tempo a norma teve o condão de afastar a vigência da constituição, o que negaria a própria sistemática da supremacia constitucional adotada por nós.

Assim, uma vez declarada inconstitucional uma norma a regra é a produção de efeitos *ex tunc*, retroativos até o ingresso da norma no ordenamento.

Contudo, os ordenamentos jurídicos conhecidos no direito comparado que adotam a tese da nulidade da norma inconstitucional foram verificando ao longo dos tempos que simplesmente declarar a norma inconstitucional e admitir a produção de efeitos *ex tunc* até o momento do início da vida da norma poderia causar muito mais insegurança jurídica e transtorno social do que admitir a produção de efeitos da norma, ainda que inconstitucional, por determinado tempo.

Com isso, passou-se a se mitigar, em situações excepcionais, a tese teoria da nulidade, admitindo a produção válida de efeitos de uma norma inconstitucional em certo lapso temporal, conforme os parâmetros definidos pelo órgão prolator da decisão de inconstitucionalidade.

Essa tendência de relativização da teoria da nulidade foi adotada por diversos sistemas constitucionais no direito comparado, como Áustria, Estados Unidos, Espanha, Alemanha e Portugal, este inclusive prevendo de forma expressa em sua constituição a possibilidade da mitigação da teoria da nulidade, em seu artigo 282:

¹⁶ Westel Woodbury Willoughby (the constitutional law of the United States), New York, 1910, v.1, p. 9 e 10 *apud* MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4 ed. rev. e atual. São Paulo. Saraiva. 2009, p. 1146.

Art. 282.1. a declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado.

Art. 282.4. 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 n. 1 e 2. (**Grifos nossos**).

Seguindo essa tendência do direito alienígena, o direito brasileiro passou a admitir a mitigação da teoria da nulidade, admitindo que em certos casos a decisão que declara a inconstitucionalidade da norma não produza efeitos retroativos até o momento da entrada em vigor da norma, mas a partir da prolação da decisão ou algum outro momento anterior ou posterior a decisão, de acordo com o estabelecido na decisão do órgão que proferir a decisão, conforme o disposto no artigo 27 da lei 9868/99:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. (**Grifos nossos**).

Como pode se verificar da leitura do dispositivo trata-se de uma medida excepcional, que deve ser aplicada somente quando preenchidos os mencionados requisitos, devendo ser devidamente fundamentado o motivo pelo qual a modulação dos efeitos está sendo aplicada (não basta a fundamentação acerca do mérito, como é exigido no artigo 93, inciso IX, da constituição federal, mas há necessidade de fundamentação autônoma acerca da modulação dos efeitos).

A norma dispõe que a modulação dos efeitos deve ocorrer por razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social. São conceitos jurídicos indeterminados, que devem ser analisados pelo órgão jurisdicional no momento da prolação da decisão, não havendo limites ou parâmetros rígidos e predefinidos para conceituação dos requisitos exigidos pela lei para a aplicação da medida.

Segundo Barroso, a questão da modulação dos efeitos temporais poderia ser analisada em quatro cenários distintos: declaração de inconstitucionalidade em sede de controle concentrado, declaração de constitucionalidade pela via da ação direta, mudança da jurisprudência consolidada acerca de determinada matéria e declaração de inconstitucionalidade em sede de controle na via incidental¹⁷. Acrescentaríamos uma quinta situação, que é a declaração de inconstitucionalidade proferida em sede de controle de constitucionalidade em âmbito estadual.

Na declaração de inconstitucionalidade em sede de controle concentrado não haveria grandes discussões, pois é o único caso de previsão expressa, com base na norma emanada do artigo 27 da lei 9868/99.

Já quanto a declaração de constitucionalidade proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade o cenário é diverso. A Ação declaratória de constitucionalidade tem por finalidade principal afirmar de forma definitiva a já presumida constitucionalidade de determinada norma, afastando-se assim a possibilidade de decisões contraditórias (resguardando então a segurança jurídica, isonomia equidade, etc.). Desde que uma norma ingressa no ordenamento jurídico ela já é presumidamente constitucional.

Assim, em razão da finalidade conferida a Ação Declaratória de constitucionalidade, à decisão que afirma a constitucionalidade da norma não é aplicável a modulação dos efeitos temporais da decisão, pois este instituto tem aplicabilidade restringida à decisão que declara a inconstitucionalidade da norma.

A terceira situação mencionada quanto a possibilidade (ou não) da modulação dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade seria a questão da alteração da jurisprudência consolidada do Tribunal.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo. Saraiva. 2009, p. 76

Neste caso, a jurisprudência do STF vem se firmando no sentido de não conferir efeitos retroativos a decisão de inconstitucionalidade, ou seja, a mudança jurisprudencial da corte seria aplicável tão somente em relação aos casos posteriores a tal decisão, não influenciando as decisões já proferidas antes da alteração jurisprudencial¹⁸.

Já em relação a aplicação da modulação dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade em sede de controle incidental de constitucionalidade, não há previsão expressa sobre tal possibilidade.

Chegou a se cogitar se poderia haver aplicação do artigo 27 da lei 9868/99 também em sede de controle incidental, pois a lei 9868/99 regula o artigo 102 da constituição federal, ou seja, tem por finalidade regulamentar o controle de constitucionalidade concentrado no direito brasileiro.

Contudo, a despeito da inexistência de previsão expressa, o Supremo Tribunal Federal tem aplicado de forma recorrente a modulação dos efeitos temporais da decisão que declara a inconstitucionalidade de uma norma em controle incidental, se valendo por analogia da regra do artigo 27 da lei 9868/99, considerando desta forma que se trata de um instituto de controle de constitucionalidade em quaisquer de duas modalidades.

Como paradigmas importantes para a confirmação do que se afirma podem ser mencionados dois casos de grande repercussão jurídica em que a corte aplicou a modulação dos efeitos da decisão que declarou a inconstitucionalidade da norma, quais sejam, o RE 266994-SP (caso da composição de câmara municipal em município paulista) e o HC 82959-

¹⁸ Inquérito 687 QO / SP - SÃO Paulo QUESTÃO DE ORDEM NO INQUÉRITO. Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES Julgamento: 25/08/1999. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. PROCESSO CRIMINAL CONTRA EX-DEPUTADO FEDERAL. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA. INEXISTÊNCIA DE FORO PRIVILEGIADO. COMPETÊNCIA DE JUÍZO DE 1º GRAU. NÃO MAIS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CANCELAMENTO DA SÚMULA 394.

3. Questão de Ordem suscitada pelo Relator, propondo cancelamento da Súmula 394 e o reconhecimento, no caso, da competência do Juízo de 1º grau para o processo e julgamento de ação penal contra ex-Deputado Federal. Acolhimento de ambas as propostas, por decisão unânime do Plenário. 4. **Ressalva, também unânime, de todos os atos praticados e decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, com base na Súmula 394, enquanto vigorou (grifos nossos).**

SP (considerando inconstitucional a norma do artigo 2º, §1º, da lei 8072 que vedava a progressão de regime para os crimes hediondos), decisão esta que se traz a colação para confirmação acerca da tese:

Decisão: O Tribunal, por maioria, deferiu o pedido de habeas corpus e declarou, "incidenter tantum", a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, nos termos do voto do relator, vencidos os Senhores Ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Celso de Mello e Presidente (Ministro Nelson Jobim). O Tribunal, por votação unânime, explicitou que a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará conseqüências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, pois esta decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão. Votou o Presidente. Plenário, 23.02.2006.

Por fim, cogita-se da aplicabilidade da modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade em relação a decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade em âmbito estadual.

Da mesma forma como nos casos em sede de controle incidental de constitucionalidade, tem sido admitido a aplicação do artigo 27 da lei 9868/99 também em sede de controle de constitucionalidade em âmbito estadual, tendo como precedente marcante para o firmamento desta posição a representação de inconstitucionalidade 51/99 proferida pelo tribunal de justiça do estado do Rio de Janeiro, que tratou da gratuidade conferida por lei aos idosos e estudantes da rede pública de ensino aos meios de transporte intermunicipais.

Atualmente a posição quanto a aplicabilidade da modulação em âmbito estadual encontra-se pacificada no Rio de Janeiro, em razão da resolução 05/2005 do órgão especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que alterou o artigo 108, §2º do regimento interno, para prever:

Art. 108 – Julgada a ação, far-se-á comunicação ao representante e à autoridade ou órgão responsável pela expedição do ato.
§ 2º - Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Órgão Especial, por maioria de 2/3 (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.

Desta forma, resta superada também a discussão quanto a aplicabilidade do artigo 27 da lei 9868/99, em âmbito estadual, sendo reconhecida que se trata de uma norma nacional, aplicável portanto em todo o território nacional, e não somente em âmbito federal.

CONCLUSÃO

O direito brasileiro adota um sistema complexo de controle de constitucionalidade.

Em regra, no sistema jurídico pátrio adota-se a tese da nulidade da norma declarada inconstitucional, tendo como consequência a retroatividade da decisão que declara a inconstitucionalidade da norma até o momento da entrada em vigor da norma incompatível com a constituição.

Ocorre que, seguindo o exemplo de diversas legislações no direito comparado, o ordenamento brasileiro incorporou mecanismo de relativização dessa teoria em casos excepcionais, a fim de assegurar outros institutos também relevantes, como a segurança jurídica, interesse social, etc.

Com a redação do artigo 27 da lei 9868/99, passou-se a admitir de forma expressa em nosso ordenamento que uma decisão que declare a inconstitucionalidade de uma norma possa ter a retroatividade de seus efeitos mitigada, passando a valer a partir da prolação da decisão ou um outro momento qualquer a ser fixado pela corte, através da manifestação fundamentada de 2/3 de seus membros.

Trata-se de norma que passou a integrar o próprio sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, e mesmo sendo prevista na lei 9868/99, que trata do controle concentrado de constitucionalidade, vem sendo constantemente aplicado mesmo em casos oriundos do

controle incidental de constitucionalidade e até mesmo em controle de constitucionalidade em âmbito estadual que preencham os requisitos previstos no mencionado dispositivo.

Conforme demonstrado ao decorrer do trabalho, a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade é um instituto de extrema importância no controle de constitucionalidade sendo adotado em muitos sistemas jurídicos pelo mundo, dentre eles o nosso.

Esse instituto, porém, deve ter aplicação somente em casos excepcionais, que possam gerar grande repercussão de interesse social ou insegurança jurídica, de forma que as decisões que o apliquem devem fundamentar explicitamente os motivos de sua adoção, sob pena de desvirtuar a regra já consagrada em nosso ordenamento da teoria da nulidade da norma inconstitucional, o que poderia desvirtuar o sistema jurídico e até mesmo negar a hierarquia e supremacia da constituição federal perante ao restante do ordenamento jurídico.

BIBLIOGRAFIA

- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo. Saraiva. 2009
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13 ed. São Paulo. Saraiva. 2009
- MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4 ed. rev. e atual. São Paulo. Saraiva. 2009
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2005.