

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP

Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em

Direito Constitucional

Jacó Santos Pereira

**A modulação dos efeitos em face de juízo
negativo de recepção de lei pré-constitucional**

Brasília – DF

2012

Jacó Santos Pereira

**A modulação dos efeitos em face de juízo
negativo de recepção de lei pré-constitucional**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional, no Curso de Pós-Graduação *Latu Sensu* em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientador^a: Prof^a MsC Janete Ricken

Brasília – DF

2012

Jacó Santos Pereira

A modulação dos efeitos em face de juízo negativo de recepção de lei pré-constitucional

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional, no Curso de Pós-Graduação *Latu Sensu* em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em ___/___/___, com menção ____ (_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

AGRADECIMENTOS

Deus, um misto interessante de conhecimento e bondade. Amarro-me nele.

Meus pais, Sebastião José Pereira e Adalgisa Santos Pereira, às vezes me interrogo se realmente os conheço direito. Acho que partirei desse mundo com uma pergunta a responder: são anjos ou gente?

MsC Janete Ricken, professora-orientadora, seu amor aos detalhes só é superado pelo seu amor à vida.

Amigos que fiz ao longo da especialização, pontos cintilantes que emitem feixes de luz à vereda, às vezes escura, da minha existência. Sempre me lembrarei de vocês. A vida é curta, mas o amor que nos une não é.

RESUMO

O presente trabalho é um estudo da modulação de efeitos em face de norma pré-constitucional não recepcionada. Parte-se de uma abordagem mais inclusiva, tratando primeiramente do controle de constitucionalidade, seus elementos, pressupostos e formas, para, então, esgueirar-se por entre os meandros da modulação dos efeitos, notadamente, na parte que cuida de norma pré-constitucional incompatível com a Constituição a ela superveniente e a possibilidade de se modular seus efeitos em razão de juízo negativo de recepção. Foram analisados diversos precedentes jurisprudenciais, em conjunto com o estudo do corpo normativo que serve de sustentáculo para a sedimentação da doutrina prospectiva. Assim, restou demonstrada a posição da Suprema Corte na matéria em comento, bem como, a trilha perfilhada pela doutrina dominante.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional – Controle de Constitucionalidade – Modulação de Efeitos – Juízo de Revogação – Lei Pré-constitucional.

ABSTRACT

The present work is a study of modulation effects in the face of standard pre-approved non-constitutional. It starts with a more inclusive approach, dealing first with the control of constitutionality, its elements, assumptions and ways to then sneak through the intricacies of modulation effects, especially in the part that takes care of standard pre-constitutional inconsistent with the Constitution it supervenes and the possibility of modulating effects due to negative judgment of receipt. Were analyzed several precedents, together with the study of the regulatory body which serves as a support for the sedimentation of the prospective teaching. Thus, the position demonstrated left the Supreme Court in the matter under discussion, as well as the dominant doctrine endorsed by the track.

KEYWORDS: Constitutional Law - Judicial Review - Modulation Effects - Revocation of Judgment - Pre-Constitutional Law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
CAPÍTULO 1 - CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: DEFINIÇÃO, PRESSUPOSTOS E CLASSIFICAÇÃO	10
1.1 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E OS SEUS PRESSUPOSTOS NECESSÁRIOS	10
1.2 FORMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	13
1.2.1 Quanto ao momento de feitura	13
1.2.2 Quanto à forma de realização.....	14
1.2.3 Quanto ao órgão controlador	14
1.3 NOTA HISTÓRICA SOBRE O CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE	15
CAPÍTULO 2 - KELSEN E MARSHALL: UM TEMA, DUAS TEORIAS	20
2.1 TEORIA DA NULIDADE.....	21
2.2 TEORIA DA ANULABILIDADE.....	22
CAPÍTULO 3 - A MODULAÇÃO DOS EFEITOS COMO ELEMENTO DE FLUIDEZ DO SISTEMA	26
3.1 A MODULAÇÃO DOS EFEITOS NO DIREITO AMERICANO.....	29
3.2 A MODULAÇÃO DOS EFEITOS NO DIREITO ALEMÃO.....	31
3.2.1 Apelo ao legislador.....	32
3.2.2 Declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade.....	33
3.3 A MODULAÇÃO DOS EFEITOS NO DIREITO PORTUGUÊS.....	34
3.4 A MODULAÇÃO DOS EFEITOS NO DIREITO BRASILEIRO.....	35
CAPÍTULO 4 - A MODULAÇÃO DOS EFEITOS EM FACE DE JUÍZO NEGATIVO DE RECEPÇÃO DE LEI PRÉ-CONSTITUCIONAL	39
4.1 O CONTROLE CONCENTRADO E A MODULAÇÃO DOS EFEITOS.....	40
4.2 O CONTROLE DIFUSO E A MODULAÇÃO DOS EFEITOS.....	41

4.3 LEI PRÉ-CONSTITUCIONAL E A MODULAÇÃO DOS EFEITOS.....	43
4.3.1 Lei pré-constitucional e os fenômenos da recepção e inconstitucionalidade.....	44
4.3.2 Modular ou não os efeitos em face de juízo negativo de recepção de lei pré-constitucional?.....	47
CONCLUSÃO	50
REFERÊNCIAS.....	52

INTRODUÇÃO

Com a queda do absolutismo e o advento do Estado Democrático de Direito a Constituição foi alçada como documento capaz de imprimir um fundamento de validade a toda malha normativa infraconstitucional.

Nessa medida, foi adotado, na maioria dos países, o controle jurisdicional de constitucionalidade, onde, em regra, uma Corte, criada para esse fim, tem o poder de pronunciar um juízo de censura a toda norma incompatível com os princípios e regras impostas pela Lei Maior. Esse ato de controle de constitucionalidade afigura-se, na atual conjuntura, como elemento imprescindível na preservação e garantia dos direitos fundamentais.

Entretanto, quando uma norma é declarada inconstitucional por determinado juízo ou Tribunal, resta saber se os efeitos dessa declaração retroagirão *ab initio* ou aquele corpo normativo ainda poderá disciplinar situações jurídicas num lapso temporal pré-estabelecido?

Assim, a possibilidade de se flexibilizar os efeitos *ex tunc* das normas declaradas inconstitucionais é chamada de modulação de efeitos.

Entretanto, quando o assunto é norma pré-constitucional incompatível com a Constituição, a questão atinge um contorno mais expressivo, afinal, resta saber se é possível ou não haver a modulação dos efeitos nesses casos. Ou seja, em que medida o juízo negativo de recepção de lei pré-constitucional inviabiliza a modulação dos efeitos?

Nessa linha, surge a presente pesquisa, que está dividida em quatro partes, a saber: a primeira, cuida dos aspectos conceituais e introdutórios do controle de constitucionalidade perpassando pela análise dos pressupostos e das formas em que se manifesta. Também se terá nesse meandro uma visão histórica sobre o controle jurisdicional de constitucionalidade tendo como pano de fundo o debate empreendido entre Kelsen e Shmitt.

Na segunda parte, o enfoque está ligado à repercussão temporal dos efeitos da inconstitucionalidade. Analisam-se, então, as teorias da anulabilidade, introduzida

no Direito por Hans Kelsen, no bojo da Constituição Austríaca de 1920, e a da nulidade, que teve como expoente o *Chief Justice Marshall*, juiz da Suprema Corte Americana.

Nota-se, na terceira parte, que a adoção ortodoxa e rígida da teoria da nulidade prejudica a segurança jurídica e a fluidez do sistema. Assim, conquanto a doutrina pátria tenha perfilhado as vias da teoria da nulidade, a modulação dos efeitos surge como elemento capaz de proporcionar uma maior flexibilidade ao sistema, aduzindo que na presença de razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social, os efeitos retroativos da declaração de inconstitucionalidade podem ser alterados, e, tal declaração poderá ter eficácia a partir do trânsito em julgado da decisão de inconstitucionalidade (*ex nunc*) ou outro momento que venha a ser fixado pela Corte.

A quarta parte, por sua vez, cuida da possibilidade ou não de se modular efeitos em sede de juízo negativo de recepção de lei pré-constitucional. Ou seja, uma lei pré-constitucional, incompatível com a Constituição a ela superveniente, não sendo recepcionada, poderá ter os seus efeitos modulados?

Sabe-se de antemão que, ao analisar a adequabilidade das leis pré-constitucionais com a nova Constituição, a Suprema Corte se reserva a recepcioná-las ou não. Sendo incompatíveis, não se declara a inconstitucionalidade, mas sim a não recepção. A simples presença desse juízo negativo de recepção, e não de um juízo de inconstitucionalidade – pressuposto necessário para a modulação dos efeitos –, já é fator que inviabiliza a aplicação da doutrina prospectiva nessa seara.

CAPÍTULO 1 – CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: DEFINIÇÃO, PRESSUPOSTOS E CLASSIFICAÇÃO

1.1 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E OS SEUS PRESSUPOSTOS NECESSÁRIOS

Para o correto entendimento do assunto eleito nessa pesquisa – modulação dos efeitos em face de juízo negativo de recepção de lei pré-constitucional – é imperioso que se estude, mesmo que panoramicamente, o controle de constitucionalidade, incluindo, por conseguinte, seus requisitos, formas, e ainda, o papel da Constituição Federal nesse contexto.

Assim, sendo a Constituição o documento supremo de um Estado, e, segundo Hans Kelsen “a base da ordem jurídica”¹, é necessário que as leis e atos normativos que vierem após o seu surgimento guardem, com ela, um nexos de adequação e compatibilidade. Essa acomodação imprescindível deve permear toda a dogmática estatal, abrangendo as leis e os atos do poder público.

A Constituição Federal é, todavia, a norma fundamental do sistema jurídico, e, em função disso “regula o modo de produção das leis e demais atos normativos impondo balizamentos a seus conteúdos”².

Nessa linha de intelecção, o olhar comparativo entre o ordenamento infraconstitucional e a Carta Política suprema, denomina-se controle de constitucionalidade, que, segundo o escólio doutrinário de Gilmar Mendes, nada mais é que uma “relação de índole normativa que [...] logra-se afirmar a obrigatoriedade do texto constitucional e a ineficácia de todo e qualquer ato normativo contraveniente”³.

Entretanto, para que possa haver o controle de constitucionalidade é preciso que haja, como pressupostos necessários, a rigidez constitucional e, máxime, a

¹ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 130.

² BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 33.

³ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1056.

Supremacia da Constituição. “A rigidez constitucional decorre da maior dificuldade para sua modificação do que para a alteração das demais normas jurídicas da ordenação estatal”⁴.

Alexandre de Moraes, sobre a temática, aduz:

[...] a existência de escalonamento normativo é pressuposto necessário para a supremacia constitucional, pois, ocupando a constituição a hierarquia do sistema normativo é nela que o legislador encontrará a forma de elaboração legislativa e o seu conteúdo. Além disso, nas constituições rígidas se verifica a superioridade da norma magna em relação àquelas produzidas pelo Poder Legislativo, no exercício da função legiferante ordinária. Dessa forma, nelas o fundamento do controle é o de que nenhum ato normativo, que lógica e necessariamente dela decorre, pode modificá-la ou suprimi-la⁵.

Ressalte-se então, que, em função da supremacia constitucional, todos os atos estatais estão sob o pálio da Constituição, afinal, esta, segundo a pirâmide normativa de Kelsen, ocupa o ápice do ordenamento jurídico. E, nesse diapasão, o controle de constitucionalidade é o meio ideal que pode e deve ser utilizado sempre que a ordem constitucional for violada.

Percebe-se que a declaração de inconstitucionalidade resulta na retirada do texto contraveniente do rol das normas válidas e, se for o caso, usa-se nesse momento a modulação dos efeitos. Entretanto, quando o assunto gravita em torno de norma pré-constitucional incompatível com a nova Constituição, discute-se a possibilidade de se aplicar ou não a doutrina prospectiva, vez que o juízo em questão aqui é o de revogação, e não o de inconstitucionalidade. Ou seja, para que haja modulação é preciso haver uma violação da Constituição e, por conseguinte, uma declaração de inconstitucionalidade, e não um simples juízo de revogação.

A violação das normas constitucionais pode ser formal ou material, uma vez que a Carta Magna, no Brasil, disciplina tanto o modo de produção das leis, quanto as linhas mestras e principiológicas que devem perfilhar o ordenamento infraconstitucional. Pode ainda o direito positivo ser violado por ação ou por omissão.

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

⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 699.

Primeiramente, é violação formal quando as regras de competência para a edição do ato são preteridas, ou mesmo quando, na produção da espécie normativa, as regras atinentes ao processo legislativo não são observadas. Como exemplo, a edição de uma lei em matéria penal por parte da Assembleia Legislativa de algum Estado da Federação. Essa norma é formalmente inconstitucional, vez que é competência privativa da União legislar sobre direito penal (art. 22, I, CF).

A inconstitucionalidade material ocorre quando a matéria ou o “conteúdo da norma se choca com dispositivos ou princípios constitucionais”⁶. Exemplo disso, dado por Luís Roberto Barroso, é a fixação da remuneração de uma categoria de servidores públicos acima do limite constitucional (art. 37, XI, CF), e também, a edição de uma lei que restringe, ilegitimamente e de forma gratuita, a participação de candidatos em concurso público, em razão do sexo ou idade (art. 5º, *caput*, e 3º, IV, CF)⁷.

A inconstitucionalidade por ação ocorre quando um ato viciado é incorporado ao ordenamento jurídico. Já a inconstitucionalidade por omissão, acontece quando o legislador infraconstitucional omite-se no sentido de não praticar a sua tarefa legiferante imposta pela Constituição. Ou seja, quando, por exemplo, não regulamenta alguma matéria constitucional passível de regulamentação ordinária. Mas, vale acrescentar que sua simples ociosidade ou decisão política de não legislar não caracteriza comportamento inconstitucional. Entretanto, se porventura a Constituição determinar que certa norma seja regulamentada, e ele não o fizer, a sua abstenção será ilegítima e configurará caso de inconstitucionalidade por omissão.

Esse tema, inconstitucionalidade por omissão, foi alvo de intensos debates em épocas que antecederam os trabalhos do constituinte de 1988, e, por conta disso, ganhou assento constitucional através da prescrição de institutos jurídicos que podem ser manejados diante da sua ocorrência, como bem pontuou o professor Barroso:

⁶ MELO, Carlos Antônio de Almeida. **Aspectos da declaração de inconstitucionalidade por via de exceção ou de defesa**. Disponível em <<http://www.mt.trf1.gov.br/judice/jud4/inconstiuc.htm>>. Acesso em: 30/10/2011.

⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 51.

A nova Carta concebeu dois remédios jurídicos diversos para enfrentar o problema: (i) o mandado de injunção (art. 5º, LXXI), para a tutela incidental e *in concreto* de direitos subjetivos constitucionais violados devido à ausência de norma reguladora; e (ii) a ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º), para o controle por via principal e em tese das omissões normativas⁸.

Observe que, tanto a ADI por omissão quanto o mandado de injunção surgiu para curar o mal da inefetividade das normas constitucionais, até porque, existem normas constitucionais que carecem de regulamentação a fim de que possam produzir todos os seus efeitos, e a indiferença, nesses casos, constitui-se inconstitucionalidade⁹.

1.2 FORMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

1.2.1 Quanto ao momento de feitura

Com relação ao momento de se aferir a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo, o controle pode ser preventivo ou repressivo.

O preventivo acontece antes da conversão de um projeto de lei em lei e tem como escopo impedir que um ato inconstitucional se agregue ao ordenamento jurídico. A França, por exemplo, realiza esse controle através de um órgão próprio, qual seja o Conselho Constitucional¹⁰. No caso do Brasil, bons exemplos são o veto do Presidente da República e o trabalho das CCJs (Comissões de Constituição e Justiça) das duas Casas do Congresso Nacional.

Já o controle repressivo, sucessivo ou *a posteriori*, é, em regra, feito aqui no Brasil, pelo Poder Judiciário. Ocorre quando uma lei já está em vigor, e devido

⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 55.

⁹ Percebe-se, logo nesse intróito, que a declaração de inconstitucionalidade de uma norma pode ser operada de diversas formas ou motivos. E, sempre que houver um juízo de censura de tal magnitude, é possível que haja a modulação dos efeitos. Entretanto, as normas pré-constitucionais, conquanto apresentem determinado grau de incompatibilidade com a Constituição, elas são submetidas a um juízo de recepção e não de inconstitucionalidade, daí a discussão sobre a aplicação da modulação de efeitos nesses casos. Esse assunto será esclarecido no Capítulo 4.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 67.

algum vício, a sua eficácia é retirada. Observe que, em relação ao direito pré-constitucional, o controle será sempre repressivo não por conta da presença de algum vício anterior, mas em razão da entrada em vigor do novo texto constitucional. As normas tornaram-se incompatíveis apenas depois da entrada em vigor da nova Carta Política.

O Executivo e o Legislativo realizam também o controle repressivo. No primeiro caso, um bom exemplo é a recusa direta, por parte do governo, em aplicar norma inconstitucional. No segundo caso, é a possibilidade de o parlamento sustar atos normativos exorbitantes editados pelo Executivo, a teor do que dispõe o art. 49, inciso V, da Constituição Federal.

1.2.2 Quanto à forma de realização

O controle de constitucionalidade pode ser incidental ou concentrado.

É incidental ou por via de exceção, quando a inconstitucionalidade é arguida em meio a um processo judicial, num caso concreto, com efeitos apenas *inter partes*. Ou seja, “quando, no curso do processo, é levantada uma tese de inconstitucionalidade da lei que se quer aplicar à parte autora da objeção”¹¹.

O controle principal ou concentrado acontece quando a inconstitucionalidade é levantada de forma independente, e a finalidade precípua da ação é, única e exclusivamente, questão de direito¹². É o modelo adotado pelos tribunais constitucionais europeus, denominado também de sistema austríaco, o qual será estudado *a posteriori*.

1.2.3 Quanto ao órgão controlador

¹¹ MAIA, Bruno Landim. **Direito constitucional**. Disponível em <<http://www.webartigos.com/articles/2416/1/Controle-De-Constitucionalidade/pagina1.html>> Acesso em: 28/08/2011.

¹² Vale ressaltar que a discussão em torno da compatibilidade de normas pré-constitucionais em face de nova Constituição chega à Suprema Corte atualmente, de forma objetiva, por meio da ADPF, regulamentada pela Lei nº 9.882/99.

Embora a discussão sobre a possibilidade de se modular efeitos de norma pré-constitucional não recepcionada tenha caráter eminentemente jurídico, o controle de constitucionalidade, em si, pode ser político, jurisdicional ou misto.

O controle político é feito nos moldes do sistema francês, ou seja, por um órgão político. O controle jurisdicional (adotado, em regra, no direito brasileiro) é realizado pelo Poder Judiciário. E o misto ocorre quando há uma junção entre o controle político e o jurisdicional.

Mauro Cappelletti entende que a tarefa do controle de constitucionalidade aproxima-se muito mais dos homens do Estado (um órgão à parte do Poder Judiciário) do que dos juízes, propriamente ditos:

A atividade de interpretação e de atuação da norma constitucional, pela natureza mesma desta norma, é, não raro, uma atividade necessária e acentuadamente discricionária e, lato sensu, equitativa. Ela é, em suma, uma atividade mais próxima, às vezes – pela vastidão de suas repercussões e pela coragem e a responsabilidade das escolhas que ela necessariamente implica – da atividade do legislador e do homem de governo que dos juízes comuns [...] ¹³.

O Brasil embora tenha adotado o controle jurisdicional, realiza também, mesmo que minimamente, o controle político, a propósito do trabalho realizado pelas Comissões de Constituição e Justiça das Casas Legislativas ¹⁴.

1.3 NOTA HISTÓRICA SOBRE O CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE

Modular ou não os efeitos em caso de normas pré-constitucionais não recepcionadas, como dito, é um assunto atinente ao meandro judiciário, até porque, no Brasil adotou-se, em regra, o controle jurisdicional de constitucionalidade. Entretanto, interessante lembrar que a Europa demorou bem mais tempo para adotar, como os Estados Unidos (início do século XIX), o controle jurisdicional de constitucionalidade ou jurisdição constitucional.

¹³ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1984, p. 89-90.

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1059.

Ocorre que, o que vigia no período entre guerras, no continente europeu, era a soberania do Parlamento, que não se conciliava com a supremacia da Constituição, nem tampouco, com ideia de jurisdição constitucional. Eis que os europeus não aceitavam um instrumento superior cujo desiderato seria trazer os balizamentos para todo o corpo estatal, inclusive para as próprias ações do Parlamento, muito menos concebiam o fato de o Poder Judiciário deter o monopólio da censura das leis inconstitucionais, uma vez que, segundo eles, não representavam o povo. Assim, “a falta de operatividade jurídica da Constituição se devia a essa sobrevalorização da lei e do Parlamento”¹⁵.

A supremacia do Parlamento tornava impensável um controle judiciário das leis. Além disso, os revolucionários franceses devotavam especial desconfiança aos juízes, visto como adversários potenciais da Revolução. O Judiciário era tido como órgão destinado a realizar a aplicação mecânica da lei, por meio de um silogismo, no qual a premissa maior era a lei, e a menor, os fatos, daí redundando uma conclusão única e inexorável – a decisão judicial¹⁶.

A discussão sobre quem, efetivamente, deveria ser o guardião da Constituição, se o Parlamento ou o Poder Judiciário, causou intensos debates nos meandros da comunidade jurídica, sendo o mais notável aquele protagonizado por Hans Kelsen e Carl Shmitt.

Shmitt, altamente contrário à jurisdição constitucional, além de argumentar questões históricas, aduzia que a experiência norte-americana tinha sido bastante trágica, até porque, haviam julgado de forma tendenciosa questões atinentes a conflitos raciais e a exploração de mulheres e crianças.

Sobre isso, Fabiano Furlan explica, dizendo:

A experiência da Suprema Corte norte-americana para Shmitt, contudo, deve ser vista com reserva. É que a realidade norte-americana é diversa da apresentada no Estado continental europeu. Essas realidades distintas não autorizam a extração de uma conclusão que conduza a um encaixe perfeito entre as peculiaridades dos casos submetidos a julgamento nos dois continentes. No mais, a própria Suprema Corte dos EUA já produziu

¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 53.

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 53.

decisões que acirraram conflitos raciais e ainda agravaram a situação da exploração do trabalho da mulher, de crianças etc¹⁷.

Ocorre que a ausência de uma jurisdição constitucional, ligado à manutenção da soberania do Parlamento, bem como, da supremacia do Presidente do *Reich*¹⁸ - como afirmava Shmitt - trouxe problemas irreparáveis para o sistema como um todo.

Observe que Carl Schmitt foi um dos mentores jurídicos de Hitler no período da II Guerra Mundial¹⁹. Então se pergunta: como as ideias de Shmitt contribuíram, mesmo que minimamente, para respaldar tão horripilante e descabido sistema? A resposta está justamente na questão da supremacia do Parlamento.

Ou seja, a supremacia do Parlamento e a ausência de uma jurisdição constitucional abriram caminho para a chamada ditadura da maioria. Afinal, se o governo representa o povo, logo tem legitimidade, para, caso entenda viável, até oprimir as minorias. Foi por isso que as ações de Hitler, embora altamente desastrosas, foi recepcionada pelo sistema vigente da época.

Repare que, enquanto a soberania do Parlamento é um campo fértil para, até mesmo oprimir minorias, a jurisdição constitucional, ao revés, tem o chamado caráter contramajoritário, o qual é usado contra as imposições descabidas da maioria, representada pelo poder legislativo.

Foi mais ou menos com esse discurso que Hans Kelsen se insurgiu contra as ideias de Carl Shmitt. Ele pregava a criação de um Tribunal Constitucional, justamente, para evitar a chamada ditadura da maioria. São dele as seguintes palavras:

¹⁷ FURLAN, Fabiano Ferreira. **O guardião da Constituição: debate entre Carl Shmitt e Hans Kelsen**. Disponível em <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/32334/guardiao_constituicao_debate_furlan.pdf?sequence=1> Acesso em: 15/10/2011.

¹⁸ “A palavra Reich é traduzida do alemão como reino ou império e é utilizada para designar alguns períodos históricos da Alemanha: o período do Sacro Império Romano-Germânico (Primeiro Reich, de 843 a 1806), os períodos dos imperadores (Kaisers – Segundo Reich, de 1871 a 1918), com destaque para a resposta apresentada por Hans Kesen, ainda em 1931” FURLAN, Fabiano Ferreira. **O guardião da Constituição: debate entre Carl Shmitt e Hans Kelsen**. Disponível em <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/32334/guardiao_constituicao_debate_furlan.pdf?sequence=1> Acesso em: 15/10/2011.

¹⁹ LEAL, Saul Tourinho. **Controle de Constitucionalidade Moderno**. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p. 7.

“A jurisdição constitucional também deve ser apreciada desse ponto de vista. Garantindo a elaboração constitucional das leis, e em particular sua constitucionalidade material, ela é um meio de proteção eficaz da minoria contra os atropelos da maioria”²⁰.

Nessa perspectiva, com o fim da segunda guerra mundial, e, notadamente, com a redemocratização de países que adotavam regimes autoritários, houve uma ampla e irrestrita adesão às posições kelsenianas. Eis que o povo já estava desgastado com os desmandos dos seus representantes e, mais ainda, viram, na prática, a fragilidade dos ideários de Carl Shmitt.

Por esses e outros motivos a Justiça Constitucional foi amplamente abraçada na Europa no período pós-guerra. Inclusive a Lei Fundamental alemã adotou, em 1949, o controle judicial de constitucionalidade²¹.

Sobre a popularidade desse modelo, Dirley da Cunha Júnior deixou escrito o seguinte:

Sem embargos, o sistema americano da judicial review expandiu-se para quase todo o mundo. Encontra-se hoje incorporado, sobretudo, nas ex-colônias inglesas, como o Canadá, a Austrália e a Índia, além de ter sido acolhido por outros países do continente americano, como o Brasil e a Argentina. Fora da Europa, esse sistema foi importado no Japão, por força da vigente Constituição nipônica de 03 de maio de 1947. Até mesmo na Europa, o sistema americano foi recebido por vários países. No Direito Suíço ele figura ao lado da possibilidade de um recurso direto ao Tribunal Federal²².

Doutra banda, falando especificamente de jurisdição constitucional, existem, nesse contexto, dois grandes modelos de controle de constitucionalidade que se contrapõem: de um lado está o modelo difuso, americano ou incidental, onde qualquer juiz competente para resolver uma questão jurídica, também o é para resolver a controvérsia constitucional; do outro, o concentrado, europeu, austríaco ou Kelseniano. Nesse caso, o juiz do caso concreto, ao deparar-se com uma situação de inconstitucionalidade, deve suspender o julgamento do processo

²⁰ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 181.

²¹ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 705.

²² JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de direito constitucional**. Salvador: Jus Podium, 2009, p. 278.

remetendo o imbróglio à Corte Constitucional, que, após o julgamento da matéria, devolverá o processo já com a indagação resolvida²³.

Esses dois sistemas polares contribuíram para o surgimento de um modelo misto de controle, que se serve de elementos de ambas as escolas, a exemplo do Brasil e Portugal²⁴.

Nessa perspectiva, considerando os conceitos ora esposados, pergunta-se: a declaração de inconstitucionalidade de uma lei, seja no controle difuso ou concentrado, impõe uma invalidação *ab initio* atingindo-a no berço, ou somente se opera a partir da decisão que a declarou inconstitucional? Ou seja, a lei inconstitucional é nula ou anulável?

Essas indagações impõem um estudo das teorias engendradas por Marshall e Kelsen – teoria da nulidade e teoria da anulabilidade –, exploradas amiúde no capítulo subsequente.

Observe que a resposta a esse questionamento é crucial para se entender a questão da doutrina prospectiva e, por conseguinte, compreender o objeto central dessa pesquisa, que é a discussão sobre a possibilidade de se modular ou não os efeitos, em face de juízo negativo de recepção de lei pré-constitucional²⁵.

²³ MENDES, Gilmar. **Controle de constitucionalidade**. Palestra proferida no Programa Saber Direito da TV Justiça. Disponível em <<http://www.youtube.com/watch?v=3yl5Oj2TJNM>> Acesso em: 28/08/2011.

²⁴ Primeiramente foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro o controle difuso, posteriormente o controle concentrado. Neste contexto, foi criada a ADPF, que, agora, é o instrumento cabível em face de discussões que envolvam normas pré-constitucionais, bem como, a possibilidade de se modular os seus efeitos.

²⁵ Para melhor esclarecimento, vide capítulo 4.

CAPÍTULO 2 – KELSEN E MARSHALL: UM TEMA, DUAS TEORIAS

Como visto, a declaração de inconstitucionalidade, para todos os efeitos, tem o condão de varrer do ordenamento jurídico a lei ou ato normativo eivado de incompatibilidade com a Lei Maior. A porção legal, submetida ao juízo de censura do judiciário, em regra, jamais poderá ser usada para embasar qualquer pedido nem tampouco pra fundamentar qualquer decisão, eis que está em desacordo com a Constituição.

Entretanto, resta saber se essa declaração de inconstitucionalidade atinge a lei no seu início, desconsiderando todos os efeitos jurídicos operados até então, ou apenas caça a lei a partir da data do pronunciamento da Corte? O ato que verifica a constitucionalidade é declaratório ou constitutivo?

Com vistas a sanar essas indagações, duas teorias se digladiam: de um lado existe a teoria da nulidade, vigente no sistema norte-americano, do outro, a teoria da anulabilidade própria do sistema austríaco.

Vale ressaltar que o estudo dessas teorias contribui de forma significativa para o entendimento da questão da modulação dos efeitos. Eis que, como impõe a teoria da nulidade, vista adiante, uma norma incompatível com a Constituição jamais produzirá efeitos jurídicos e, em função disso, descabida será a aplicação da doutrina prospectiva.

Todavia, conquanto o Brasil tenha abraçado a teoria da nulidade, esta foi mitigada pela sua *práxis* jurídica, e, sendo assim, em situações excepcionais, é possível a modulação dos efeitos em face de normas incongruentes com o texto ou princípios da Constituição.

Entretanto, em função de as normas pré-constitucionais não serem submetidas a um juízo de (in)constitucionalidade, mas de recepção ou não recepção, apresenta-se aceitável o entendimento de não se poder aplicar a modulação dos efeitos nesses casos.

2.1 TEORIA DA NULIDADE

A teoria da nulidade é uma doutrina perfilhada pela maioria dos constitucionalistas brasileiros, onde se entende haver uma proximidade importante entre as expressões: inconstitucionalidade e nulidade.

Essa teoria foi engendrada pelo americano Marshall, que ensinava ser a declaração de inconstitucionalidade de uma lei um ato meramente declaratório, vez que, a lei possui um vício em sua origem, um vício de nascimento, um vício congênito²⁶.

Nessa medida, lei inconstitucional é lei nula e írrita (*null and void*), desprovida de qualquer força vinculante. *In casu*, o juiz não anula a lei, apenas declara uma nulidade preexistente, daí dizer que esse ato é meramente declaratório.

Fábio Oliveira Leite, citando o *Chief of Justice Marshall*, deixou assente que:

Não há meio-termo entre estas alternativas. A Constituição ou é uma lei superior e predominante, e lei imutável pelas formas ordinárias; ou está no mesmo nível conjuntamente com as resoluções ordinárias da legislatura e, como as outras resoluções, é mutável quando a legislatura houver por bem modificá-la. Se é verdadeira a primeira parte do dilema, então não é lei a resolução legislativa incompatível com a Constituição; se a segunda parte é verdadeira, então as constituições escritas são absurdas tentativas da parte do povo para delimitar um poder por sua natureza ilimitável.

(...) Assim, a fraseologia particular da Constituição dos Estados Unidos confirma e corrobora o princípio essencial a todas as constituições escritas, *segundo o qual é nula qualquer lei incompatível com a Constituição (...)*²⁷

Como dito, essa teoria, em função da influência do direito norte-americano, foi a teoria abraçada pela maioria da doutrina brasileira.

Note que em caso de improcedência de uma ADC ou de procedência de uma ADI, sempre se terá a presença de uma lei inconstitucional, que receberá, via de regra, a aplicação da teoria da nulidade. A lei inconstitucional será tida como algo que já nasceu morto.

²⁶ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 220.

²⁷ LEITE, Fábio Oliveira. **Modulação de efeitos temporais no controle jurisdicional de constitucionalidade**. 2008. 50 f. Monografia apresentada no Instituto Brasiliense de Direito Público para a obtenção do título de Especialista em Direito Público com ênfase em Advocacia Publica.

2.2 TEORIA DA ANULABILIDADE

Em sentido diametralmente oposto à teoria da nulidade, encontra-se a teoria da anulabilidade, capitaneada pelo jurista Hans Kelsen e acolhida pelo sistema austríaco.

Aqui, a decisão que cassa uma lei ou ato normativo inconstitucional tem natureza jurídica de ato constitutivo. A Corte Constitucional anula e cassa a lei eivada de vício, que, até esse momento, era plenamente eficaz e válida.

Entendia Hans Kelsen que a lei ou ato normativo partiam de um pressuposto de constitucionalidade, contudo caberia prova em contrário – *iuris tantum*. Logo, os efeitos produzidos até a declaração de sua inconstitucionalidade eram reputados válidos, resguardando, dessa forma, a segurança jurídica²⁸.

Corroborando ao exposto, Eduardo Appio diz que:

(...) a anulação da lei inconstitucional foi uma técnica desenvolvida pela Corte Constitucional da Áustria – 1920 –, sendo que a regra geral consistia em atribuir efeitos exclusivamente prospectivos para a decisão de inconstitucionalidade²⁹.

Já Pedro Lenza, citando Cappelletti, aduz dizendo:

(...) a Corte Constitucional austríaca tem, de resto, o poder discricionário de dispor que a anulação da lei opere somente a partir de uma determinada data *posterior* – ‘Kundmachung’ – de seu pronunciamento, contanto que este diferimento de eficácia constitutiva do pronunciamento não seja superior a um ano...³⁰.

Para Kelsen, a anulabilidade de uma lei pode se operar a partir de vários momentos: conquanto a regra seja a anulação da norma com efeitos *pro futuro*, admite-se, todavia, em casos excepcionais, que a anulação aconteça com efeito retroativo, não se confundindo, esta última, com o termo nulidade.

Dentro de uma ordem jurídica, não pode haver algo como a nulidade, que uma norma pertencente a uma ordem jurídica não pode ser nula, mas apenas anulável. Mas esta anulabilidade prevista pela ordem

²⁸ PINTO, Adriano. **Controle difuso de constitucionalidade e a modulação temporal dos efeitos**. Disponível em < <http://www.adrianopinto.adv.br/painel3.asp?jornal=172>> Acesso em: 12/05/2012.

²⁹ APPIO, Eduardo. **Controle difuso de constitucionalidade**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 17.

³⁰ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 221.

jurídica pode ter diferentes graus. Uma norma jurídica em regra somente é anulada com efeitos para o futuro, por forma que os efeitos já produzidos que deixa para trás permanecem intocados. Mas também pode ser anulada com efeito retroativo, por forma tal que os efeitos jurídicos que ela deixou atrás de si seja destituídos: tal, por exemplo, a anulação de uma lei penal, acompanhada da anulação de todas as decisões judiciais proferidas com base nela; ou de uma lei civil, acompanhada da anulação de todos os negócios jurídicos celebrados e decisões jurisdicionais proferidas com fundamento nessa lei. Dentro da ordem jurídica, a nulidade é apenas o grau mais alto da anulabilidade³¹.

Observe que no sistema austríaco, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade são *ex nunc*, ou seja, eminentemente prospectivos. Considera-se, de regra, o pleno vigor da lei, até o momento da decisão. Ao revés, no Sistema norte-americano a decisão que declara a inconstitucionalidade produz efeitos *ex tunc*, retroagindo ao momento da vigência da lei. E, como visto, essa tem sido a posição adotada pela doutrina brasileira.

Sobre essa preferência, José Afonso da Silva leciona dizendo:

Problema debatido é o dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, cujo deslinde depende da solução da grave controvérsia sobre a *natureza do ato inconstitucional*: se é inexistente, nulo ou anulável. Buzaid acha que toda a lei, adversa à Constituição, é *absolutamente nula, não simplesmente anulável*. Ruy Barbosa, calcado na doutrina norte-americana, também dissera que toda medida, legislativa ou executiva, que desrespeite preceitos constitucionais é, de sua essência, nula. Francisco Campos sustenta que um ato ou uma lei inconstitucional é inexistente³².

Houve uma tentativa, na Assembléia Constituinte de 1986/88, de introduzir no direito brasileiro a possibilidade de o STF declarar, no momento do julgamento da inconstitucionalidade de determinada lei, se os efeitos dessa declaração seriam *ex tunc*, ou vigorariam após outra data específica. Ou seja, houve uma fraca tendência em relativizar, desde então, o princípio da teoria da nulidade.

O artigo 127, § 2º, desse Projeto da Constituição, assim prescrevia: “Quando o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade, em tese, de norma

³¹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 300-308.

³² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 52 e 53.

legal ou ato normativo, determinará se eles perderão eficácia desde a sua entrada em vigor, ou a partir da publicação da decisão declaratória”.

Essa ideia, segundo Gilmar Mendes, aproxima-se do que impõe o artigo 282, n. 4, da Constituição de Portugal, quando diz:

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 2³³.

Tal Projeto, proposto pelo Senador Maurício Corrêa, foi rejeitado.

Vale ressaltar, portanto, que a situação do engessamento da eficácia *ex tunc*, após vários precedentes jurisprudenciais, foi radicalmente alterada com a entrada em vigor da Lei nº 9.868/99, artigo 27, que introduziu a possibilidade de a Suprema Corte modular os efeitos das decisões de inconstitucionalidade por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social. Esse posicionamento, todavia, está em perfeita sintonia com o entendimento do direito português retromencionado, e com o direito alemão.

Nessa linha, o então Min. Maurício Corrêa, na ADI 1.116, afirmou:

Creio não constituir-se afronta ao ordenamento constitucional exercer a Corte política juízo de conveniência, se viesse a adotar sistemática, caso por caso, para a aplicação de quais os efeitos que deveriam ser impostos, quando, como nesta hipótese, defluisse situação tal a recomendar, na salvaguarda dos superiores interesses do Estado e em razão da calamidade dos cofres da Previdência Social, se buscasse o *dies a quo*, para a eficácia dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, a data do deferimento da cautelar.

Ainda sobre o tema, Fábio Oliveira Leite reitera:

Assim, em que pese a maioria dos países adotarem o sistema norteamericano, em que há a invalidação *ab initio* dos atos praticados com base na lei inconstitucional, atingindo-a no berço, haja vista que a lei, por ter nascido morta, nunca chegou a produzir efeitos (não chegou a viver), ou seja, apesar de existir, não entrou no plano da eficácia; existe uma forte tendência para atenuar a retroatividade da declaração de inconstitucionalidade, seja em face de algumas limitações, seja em decorrência da criação, pela jurisprudência ou pelo direito positivo, de novas técnicas de decisão.

³³ MARTINS, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 544.

Observe que o princípio da nulidade, como será ratificado posteriormente³⁴, somente será afastado caso reste demonstrado situação excepcional que ponha em risco a segurança jurídica e o bom andamento do sistema vigente. Não pode ser alterado por simples conveniência ou de forma aleatória, afinal, por aqui ainda vige a eficácia *ex tunc* das declarações de inconstitucionalidade.

Nessa medida, é imperioso repisar que, embora em casos excepcionais admita-se no direito brasileiro a relativização do princípio da nulidade e a consequente aplicação da modulação dos efeitos, as leis pré-constitucionais, como já foi abordado, sendo submetidas a um juízo de revogação e não de inconstitucionalidade, não poderão, nem mesmo em casos pontuais, beneficiar-se da figura da modulação dos efeitos.

³⁴ Vide capítulo 3.

CAPÍTULO 3 – A MODULAÇÃO DE EFEITOS COMO ELEMENTO DE FLUIDEZ DO SISTEMA

Conquanto o direito brasileiro tenha adotado o modelo norte-americano de Thomas Marshall ou teoria da nulidade, sua aplicação não tem sido irrestrita e incondicional. Eis que o Supremo Tribunal Federal pode, por dois terços dos seus membros, em nome da segurança jurídica e relevante interesse social, conferir efeitos meramente prospectivos à declaração de inconstitucionalidade, ou, até mesmo, fixar outro momento para que, aquela censura constitucional, venha operar a sua eficácia. Essa é a doutrina da modulação de efeitos.

O artigo 27 da Lei nº 9.868/97 impõe que:

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.

Ives Gandra e Gilmar Mendes afirmam que tanto esse artigo, como toda a Lei nº 9.868/97, são oriundos do Projeto de Lei nº 2.960/97, onde, em sua Exposição de Motivos, ficou registrada a importância e as razões da modulação de efeitos:

Coerente com evolução constatada no Direito Constitucional comparado, a presente proposta permite que o próprio Supremo Tribunal Federal, por uma maioria diferenciada, decida sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, fazendo um juízo rigoroso de ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional, de um lado, e os postulados da segurança jurídica e do interesse social, de outro – art. 27 –. Assim, o princípio da nulidade somente será afastado ‘in concreto’ se, a juízo do próprio Tribunal, se puder afirmar que a declaração de nulidade acabaria por distanciar-se ainda mais da vontade constitucional³⁵.

Nesse caso, nota-se que é possível afastar o princípio da nulidade, quando, *in concreto*, a segurança jurídica e o interesse social o exigirem. Esse juízo de ponderação deve ser operado pelo STF, mediante decisão de maioria qualificada – oito ministros, e poderá restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade

³⁵ MARTINS, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 492.

ou de estabelecer que ela tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Cobra relevo ressaltar que a constitucionalidade do artigo 27 já foi alvo de inúmeros debates, a propósito das ADIs 2154 e 2258, de relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, propostas pela Confederação Nacional das Profissões Liberais – CNPL e pela Ordem dos Advogados do Brasil³⁶.

Reitera-se, todavia, que mesmo antes da edição da lei que disciplina a modulação temporal dos efeitos, a jurisprudência constitucional já demonstrava sinais de que seria possível e necessário abrandar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle direto³⁷.

Nessa linha, Clèmerson Clève já afirmava que “o dogma da nulidade absoluta deve sofrer uma certa dose de temperamento, sob pena de sustentar a injustiça e a violação do princípio da confiança”³⁸.

Lenio Luiz Streck, ao seu turno, em posição isolada e minoritária, expõe o seguinte comentário:

Tal possibilidade enfraquece a força normativa da Constituição, em virtude da possibilidade de manipulação dos efeitos, a partir de vagos e ambíguos fundamentos da existência de *razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social (sic)*. Tal previsão é absolutamente estranha ao Direito Constitucional brasileiro³⁹.

Encampando essa posição isolada apregoada por Lenio Streck, a doutrina brasileira preferiu baixar as suas tendas no terreno da possibilidade de se mitigar a teoria da nulidade.

Nessa perspectiva, atualmente, como já foi abordado, a adoção irrestrita e incondicional de um modelo de eficácia *ex tunc*, por engessar o sistema, não mais

³⁶ MARTINS, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 494.

³⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 308.

³⁸ CLÈVE, Clèmerson. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 251.

³⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 545.

coaduna com a nova ordem constitucional. Eis que a realidade fática não admite a adoção de um comportamento eminentemente polar. E, justamente nesse contexto, emerge a doutrina da modulação dos efeitos, cuja proposta é procurar um meio termo a fim de amenizar a fulminante eficácia *ex tunc* das leis e atos normativos declarados inconstitucionais e, como dito, operacionalizar todo o sistema⁴⁰.

Nessa linha, o Min. Sepúlveda Pertence, no RE 147.776-8, asseverou dizendo:

O caso mostra, com efeito, a inflexível estreiteza da alternativa da jurisdição constitucional ortodoxa, com a qual ainda jogamos no Brasil: consideramo-nos presos ao dilema entre a constitucionalidade plena e definitiva da lei ou a declaração de sua inconstitucionalidade com fulminante eficácia *ex tunc*; ou ainda, na hipótese de lei ordinária pré-constitucional, entre o reconhecimento da recepção incondicional e a da perda da vigência desde a data da Constituição.

Essas alternativas radicais – além dos notórios inconvenientes que geram – fazem abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade da realização da norma da Constituição – ainda quando teoricamente não se cuide de um preceito de eficácia limitada – subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fática que a viabilizem⁴¹.

Tem-se observado que, muitos Tribunais, por tratar com rigor a eficácia *ex tunc* das declarações de inconstitucionalidade, tem feito um juízo positivo de leis inconstitucionais aceitando-as como se constitucionais fossem a fim de proporcionar relativa harmonia ao sistema.

Entretanto, no caso brasileiro, a modulação dos efeitos tem sido uma válvula de escape no contexto da operacionalidade do sistema embora o princípio da nulidade ainda continue sendo, por aqui, a regra principal.

A propósito dos países que tem adotado a técnica da modulação de efeitos, Olavo Alves Ferreira, apresenta o seguinte rol:

No Direito alienígena podemos citar alguns países que adotam a modulação dos efeitos: Portugal (art. 282.2 e 4 da Constituição),

⁴⁰ A modulação dos efeitos, na verdade, serviu para colmatar um problema que havia na adoção irrestrita da teoria da nulidade que, *mutatis mutandis*, contribuía para o engessamento do sistema. Mas, em que pese esse entendimento benéfico, não se usa modular efeitos em normas pré-constitucionais, a propósito do que será estudado ao longo do capítulo 4.

⁴¹ RE 147.776-8/SP, Relator Mi. Sepúlveda Pertence, Julgamento em 19/05/1998.

Alemanha (at. 79.2 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional), Espanha (art. 40 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional), Canadá, Áustria (art. 140.5), Polônia (art. 190.3), Eslovênia (art. 161.1), Turquia (art. 153.3 e 4), Hungria (Lei XXXII/1989), Iugoslávia (arts. 124.2 e 130.2), México (art. 105, I da Constituição e art. 45 de sua Lei Regulamentar), Peru (Lei 26.435/1995)⁴².

Alguns desses países tem exercido uma influência sem precedentes na sedimentação da doutrina da modulação de efeitos aqui no Brasil, e, em função disso, é imperioso que se traga dados referentes a esses ordenamentos elienígenas.

3.1. A MODULAÇÃO DE EFEITOS NO DIREITO AMERICANO

Como visto, foi nos Estados Unidos o local onde se estabeleceu o berço da teoria da nulidade, que impõe a ideia de que lei inconstitucional é lei morta e que, por conta disso, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade são retroativos (*ex tunc*).

Embora esse posicionamento radical tenha feito parte do perfil americano por muitos anos, situações práticas exigiram que certas declarações de inconstitucionalidade fossem acercadas de determinados limites. O sistema não mais coadunava com uma concepção ortodoxa e absoluta da chamada nulidade dos atos inconstitucionais.

Essas decisões inovadoras surgiram num contexto de discussão sobre direitos individuais de autoria da Corte de Warren. “A Corte de Warren é como ficou conhecida a Suprema Corte dos Estados Unidos quando estava sob o comando do *Chief Justice* Earl Warren, no período de 1953 a 1969”⁴³.

Com efeito, tudo isso restou demonstrado no caso *Mapp v. Ohio* – 1961, onde a Suprema Corte reconheceu, em matéria criminal, que as provas obtidas por meios ilegais não poderiam fazer parte do acervo *probandi*, vez que eram inconstitucionais. Desse modo, tal entendimento ensejaria na vinculação de todas as decisões tanto pretéritas como porvir.

⁴² FERREIRA, Olavo Alves. **Controle de constitucionalidade e seus efeitos**. São Paulo: Método, 2003, p. 86.

⁴³ LEAL, Saul Tourinho. **Controle de Constitucionalidade Moderno**. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p. 336.

Entretanto, em 1965 a Suprema Corte enfrentou o julgamento do caso *Linkletter v. Walker*. Aqui, um acusado por crime contra o patrimônio fundamentou o seu pedido de *habeas corpus* na decisão proferida no caso *Mapp v. Ohio*. E, vindo a manifestar, o judiciário simplesmente mitigou a aplicação retroativa do seu entendimento, afirmando que, naquele caso específico, a posição anteriormente acolhida não teria aplicabilidade, eis que causaria um descompasso sem conta na administração da justiça.

Nessa linha, Tribe afirma:

No caso *Linkletter v. Walker*, a Corte rejeitou ambos os extremos: ‘a Constituição nem proíbe nem exige efeito retroativo’. Parafraseando o Justice Cardozo pela assertiva de que ‘a constituição federal nada diz sobre o assunto’, a Corte de *Linkletter* tratou da questão da retroatividade como um assunto puramente de política (política judiciária), a ser decidido novamente em cada caso. A Suprema Corte codificou a abordagem de *Linkletter* no caso *Stovall v. Denno*: ‘Os critérios condutores da solução da questão implicam (a) o uso a ser servido pelos novos padrões, (b) a extensão da dependência das autoridades responsáveis pelo cumprimento da lei com relação aos antigos padrões, e (c) o efeito sobre a administração da justiça de uma aplicação retroativa dos novos padrões⁴⁴.

Ainda sobre o tema, Christina Aires aduz:

Apesar do entendimento da Corte Federal do Distrito de Louisiana e da Corte de Apelação do Estado, de que no caso *Linkletter* as investigações sobre a pessoa e bens do acusado foram feitas de modo ilegal, tais Cortes decidiram que a regra estabelecida no caso *Mapp* não poderia ser aplicada retroativamente às condenações das cortes estaduais, que se tornaram finais antes do anúncio da decisão do referido precedente.

As decisões dessas Cortes foram fundadas no entendimento de que, conferir-se efeito retroativo aos casos que tiveram julgamento final antes da decisão do caso *Mapp*, causaria um enorme e preocupante problema para a administração da justiça⁴⁵.

João Bosco Marcial de Castro, ao seu turno, reitera:

De fato, não é possível deixar ao largo os precedentes jurisprudenciais então assentados pela Corte americana, no que concerne aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade do ato legislativo. Estudiosos do direito constitucional têm se valido dessa

⁴⁴ TRIBE, Laurence apud MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 327.

⁴⁵ LIMA, Christina Aires Corrêa. **O princípio da nulidade das leis inconstitucionais**. UnB, 2000, p. 84.

argumentação, bem assim o Supremo Tribunal Federal ao fundamentar as decisões nas quais procede à modulação dos efeitos do provimento judicial declaratório de inconstitucionalidade.

É tradição nos sistemas jurídicos da *Common Law* o entendimento de que as decisões das Cortes Superiores, em decorrência do efeito emanado do princípio do *stare decisis*, têm efeito retroativo e vinculante, sendo essas aplicáveis a todos os casos e situações idênticas. A tradição americana foi abruptamente interrompida no direito dos Estados Unidos em 1965, no auge do chamado ativismo judicial da Corte Warren, quando a Suprema Corte julgou o caso *Linkletter versus Walker*. Na oportunidade, ter-se-ia introduzido no sistema jurídico americano a extraordinária possibilidade de se conferir efeitos prospectivos às decisões finais da Corte – a modulação dos efeitos do provimento declaratório de inconstitucionalidade, procedendo-se à relativização da regra cogente da retroatividade do ato declaratório de nulidade⁴⁶.

Observe que os Estados Unidos evoluíram no sentido de admitirem, ao lado da teoria da nulidade, a possibilidade de se modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade atribuindo, até mesmo, às leis inconstitucionais, efeitos exclusivamente *pro futuro*.

3.2. A MODULAÇÃO DE EFEITOS NO DIREITO ALEMÃO

Em que pese o princípio adotado no direito alemão seja o da nulidade, que consta do § 78 da Lei do *Bundesverfassungsgericht*, segundo o magistério doutrinário de Walter Jellinek⁴⁷, a ideia da modulação de efeitos sempre foi facilmente identificada, não é algo novo, remonta a Constituição de Weimar.

Então, a forma tradicional e ordinária de se enfrentar a questão é pela via da teoria da nulidade, entretanto, em casos excepcionais, admite-se que tais efeitos tenham contornos diferenciados.

A rigidez do princípio da nulidade é mitigada por alguns institutos, dentre os quais, podem-se destacar o apelo ao legislador ou situação ainda constitucional e a

⁴⁶ CASTRO, João Bosco Marcial. **O controle de constitucionalidade das leis: a legitimidade do supremo tribunal federal para modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012, p. 183.

⁴⁷ MARTINS, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 26 e 27.

declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade⁴⁸. Eis que a Corte Constitucional Alemã desenvolveu esse repertório que não é visto em nenhum outro ordenamento jurídico⁴⁹.

3.2.1. Apelo ao legislador

A figura do apelo ao legislador ou *Appellentscheidungen*, via de regra, ocorre quando, em razão da imposição do sistema, determinada lei inconstitucional, é considerada ainda constitucional, e, a Corte faz um convite ao legislador para que proceda as devidas adequações geralmente dentro de um lapso de tempo previamente estipulado.

Esse procedimento não é bem aceito em níveis doutrinários. Questiona-se a capacidade da Corte de pronunciar esse tipo de decisão, uma vez que ela não pode aferir com precisão o exato momento em que uma situação ainda constitucional poderá se converter em estado de inconstitucionalidade.

Sobre essa técnica, Gilmar Mendes, esclarece que:

Não raro reconhece a Corte que a lei ou a situação jurídica não se tornou “ainda” inconstitucional, conclamando o legislador a que proceda – às vezes dentro de determinado prazo – à correção ou à adequação dessa “situação ainda constitucional”, conclamando o legislador a que proceda – às vezes dentro de determinado prazo – à correção ou à adequação dessa “situação ainda constitucional” (*Appellentscheidung*). Tanto quanto é possível precisar, a decisão proferida em 4 de maio de 1954, sobre o Estatuto do Sarre (*Saarstatut*) constitui o ponto de partida para o desenvolvimento da *Appellentscheidung* na jurisprudência da Corte Constitucional. Ficou assente, no referido julgado, que as providências legislativas empreendidas com vistas a superar o “estatuto de ocupação” – ainda que se mostrassem imperfeitas ou incompletas – contribuem para uma gradual compatibilização da situação jurídica com a Lei Fundamental e deveriam, por isso, ser consideradas ainda constitucionais (*noch vergassungsgemass*)⁵⁰.

⁴⁸ LEAL, Saul Tourinho. **Controle de Constitucionalidade Moderno**. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p. 340.

⁴⁹ Vale ressaltar que a ampla aceitação da doutrina prospectiva por um número expressivo de países, que adotaram a teoria da nulidade, não justifica uma aplicação irrestrita aqui no Brasil. É por isso que a legislação pátria admite o uso da modulação dos efeitos apenas em casos excepcionais, sendo ainda inaplicável em situações de normas pré-constitucionais não recepcionadas.

⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle concentrado de constitucionalidade: Comentários à Lei nº 9.868, de 10/11/99**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 427 e 428.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal tem aplicado a ideia de lei ainda constitucional como se vê no HC 70.514/94 onde a lei que concedia prazo em dobro para a defensoria pública era de ser considerada constitucional enquanto esses órgãos não estivessem devidamente habilitados ou estruturados. Ou seja, a defensoria pública, dada a sua deficiência de efetivo, não poderia operar sem dispor desse privilégio processual. Assim, a aplicação cega do princípio da nulidade acabaria por obstaculizar a operacionalidade do princípio da eficiência que deve imperar na prestação dos serviços públicos.

O Min. Moreira Alves, em seu voto, pontuou dizendo:

A única justificativa que encontro para esse tratamento desigual em favor da Defensoria Pública em face do Ministério Público é a de caráter temporário: a circunstância de as Defensorias Públicas ainda não estarem, por sua recente implantação, devidamente aparelhadas como se acha o Ministério Público.

Por isso, para casos como este, parece-me deva adotar-se a construção da Corte Constitucional alemã no sentido de considerar que uma lei, em virtude das circunstâncias de fato, pode vir a ser inconstitucional, não o sendo, porém, enquanto essas circunstâncias de fato não apresentarem com a intensidade necessária para que se tornem inconstitucionais.

Assim, a lei em causa será constitucional enquanto a Defensoria Pública, concretamente, não estiver organizada com a estrutura que lhe possibilite atuar em posição de igualdade com o Ministério Público, tornando-se inconstitucional, porém, quando essa circunstância de fato não mais se verificar.

Como visto, o apelo ao legislador não obriga o legislativo a tomar nenhuma decisão, ele apenas levanta uma proposta, que não é dotada de força de lei. Ela é mera *obter dictum*, diferente da declaração de constitucionalidade, declaração de inconstitucionalidade ou declaração de nulidade, que podem fazer coisa julgada⁵¹.

3.2.2. Declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade

⁵¹ Como será estudado no capítulo 4, jamais se usou figura similar à do apelo ao legislador em face de normas pré-constitucionais não recepcionadas no direito brasileiro. Isso se dá pelo simples fato de que tais institutos apenas são usados em casos de declaração de inconstitucionalidade, não sendo aplicáveis, portanto, quando o assunto se concerne à não-recepção de normas incompatíveis à Constituição em vigor.

Esse mecanismo é facilmente identificado em situações de comandos constitucionais que exigem complemento. Nessa perspectiva, diante de uma norma que possui esse perfil, o legislador ordinário, simplesmente, a satisfaz de maneira errada ou incompleta.

Essa lei, produto da regulamentação, em tese, poderia ser declarada nula, mas o Tribunal, ao revés, prefere não seguir o costume tradicional entendendo que a ofensa à Constituição decorre não da regulamentação em si, mas da sua incompletude. Por outro lado, faz-se também um juízo de ponderação entre a declaração de nulidade e a permanência da norma no contexto jurídico. Conclui-se, portanto, que as consequências da retirada da norma seriam bem mais danosas que a sua simples manutenção, situação esta, que ensejaria um afastamento mais contundente da vontade constitucional.

A necessidade de renúncia à declaração de nulidade tornou-se evidente nos casos relativos ao pagamento de vencimentos de funcionários públicos – *Besoldungsfallen* –, nos quais o Tribunal reconheceu que, se afirmasse a nulidade, não haveria fundamento legal para que a Administração procedesse ao pagamento de vencimentos de determinados segmentos do funcionalismo. Portanto, a imperfeição identificada deveria ser corrigida pelo próprio legislador⁵².

A declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade é, portanto, como dito alhures, uma mitigação da teoria da nulidade e, por conseguinte, aproxima-se da idéia da modulação dos efeitos usada excepcionalmente no direito brasileiro, com exceção do contexto envolvendo leis pré-constitucionais.

3.3. A MODULAÇÃO DE EFEITOS NO DIREITO PORTUGUÊS

O artigo 282 (4), da Constituição Portuguesa impõe que,

(...) 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 restrito do que o previsto nos n. 1 e 2.

⁵² MARTINS, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 520.

Nessa linha, Jorge Miranda esclarece, dizendo:

A fixação dos efeitos da inconstitucionalidade destina-se a adequá-los às situações da vida, a ponderar o seu alcance e a mitigar uma excessiva rigidez que pudesse comportar; destina-se a evitar que, para fugir a consequências demasiado gravosas da declaração, o Tribunal Constitucional viesse a não decidir pela ocorrência de inconstitucionalidade; é uma válvula de segurança da própria finalidade e da efetividade do sistema de fiscalização⁵³.

Carlos Mário da Silva Veloso, ao seu turno, também leciona:

No que toca aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade na ação direta de inconstitucionalidade por ato comissivo, deve a Constituição prever a possibilidade de o Supremo Tribunal emprestar efeitos *ex tunc* ou *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade. Quanto à decisão proferida na cautelar, os seus efeitos são *ex nunc*, quer dizer, contam-se a partir da decisão. Já a decisão de mérito tem efeitos *ex tunc*. Casos há, entretanto, que seria adequado o efeito *ex nunc*. A Constituição da República Portuguesa, em certos casos, fixa os efeitos da inconstitucionalidade a partir da decisão (art. 284, 4). Leciona, a propósito, José Manuel M. Cardoso, cuidando do Tribunal Constitucional de Portugal: - 'Por outro lado, o Tribunal pode sempre afastar a eficácia *ex tunc* da sua decisão (e eventualmente o efeito ripristinatório), quando isso for exigido pela segurança jurídica, pela equidade e por especiais razões de interesse público⁵⁴.

Observe que, nos moldes do Brasil, Portugal adotou também o sistema misto de controle de constitucionalidade. E, como visto, a previsão da modulação de efeitos tem assento expresso na Constituição Federal.

3.4. A MODULAÇÃO DE EFEITOS NO DIREITO BRASILEIRO

A doutrina brasileira, como exposto anteriormente⁵⁵, nos moldes do Direito norte-americano, abraçou o entendimento de que lei inconstitucional é lei morta, é nula *ab initio*, e os efeitos dessa declaração são *ex tunc*.

Discorrendo sobre o assunto, Alfredo Buzaid, reitera:

⁵³ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra, 1991, t. 2, p. 500 a 502.

⁵⁴ VELOSO, Carlos Mário da Silva *apud* CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O controle de constitucionalidade e a Lei nº 9.868/99: Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos em face das Leis nº 9.868 e nº 9.882/99**, p. 83.

⁵⁵ Para um melhor entendimento vide capítulo 2.

Sempre se entendeu entre nós, de conformidade com a lição dos constitucionalistas norte-americanos, que toda lei adversa à Constituição é absolutamente nula; não simplesmente anulável. A eiva de inconstitucionalidade a atinge (lei) no berço, fere-a *ab initio*. Ela não chegou a viver. Nasceu morta. Não teve, pois, nenhum único momento de validade... O que afirma, em suma, a doutrina americana e brasileira é que a lei inconstitucional não tem nenhuma eficácia, desde o seu berço e não a adquire jamais com o decurso do tempo... Uma lei não pode, a um tempo, ser e deixar de ser válida. As leis inconstitucionais não recebem um tratamento diverso. Porém, até o julgamento pelo tribunal, elas são executórias, embora inválidas. Espósito observou que 'as leis inconstitucionais, até a proclamação da Corte, são executórias, mas não obrigatórias, tem eficácia, mas não validade'... Embora executória até o pronunciamento do Poder Judiciário, a sentença retroage os seus efeitos até o berço da lei, valendo, pois, *ex tunc*⁵⁶.

Em que pese o entendimento ora esposado, um precedente importante, que cuida da flexibilização dos efeitos *ex tunc* de lei declarada inconstitucional, é o voto do Min. Leitão de Abreu proferido no RE nº 79.343/BA. Embora vencido, esse voto se tornou um marco no que tange a mitigação dos efeitos retroativos nas decisões de inconstitucionalidade.

Coincidentes as opiniões quanto aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, efeitos distintos conforme se tratar de declaração de invalidade *incidenter tantum* ou de declaração de nulidade em tese, a questão segunda, que se apresenta, no tocante à nulidade ou anulabilidade da lei, isto é, da sua nulidade *ab initio* ou a partir do ato declaratório da invalidade, não recolhe, quanto ao seu deslinde, total consenso dos tribunais e de parte da doutrina. O *Corpus Juris Secundum* reportando-se ao direito norte-americano, assim compreendia a diretriz aí dominante – 'Em sentido amplo, uma lei inconstitucional é nula, em qualquer tempo, e a sua invalidade deve ser reconhecida a qualquer estado de fato. Não é lei ou não é uma lei; é algo nulo, não se reveste de força, não possui efeito ou é totalmente inoperante. Falando de modo geral, a decisão, pelo tribunal competente, de que a lei é inconstitucional tem por efeito tornar essa lei nula; o ato legislativo, do ponto de vista jurídico, é tão inoperante como se a sua promulgação não houvesse ocorrido. É considerado inválido ou nulo, desde a data da promulgação e não somente a partir da data em que é, judicialmente, declarado inconstitucional'. – Exposta, assim, a orientação dominante, acrescenta, todavia, o mesmo repositório, explicitando os termos em que se coloca a opinião divergente: - 'Por outro lado, tem sido sustentado que essa regra geral não é universalmente verdadeira; que existem muitas exceções ou que certas exceções tem sido reconhecidas a esse respeito; que essa teoria é temperada por diversas outras considerações; que uma visão realista vem

⁵⁶ BUZAID, Alfredo. **Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1958, p.24.

corroendo essa doutrina; que asserções tão amplas devem ser recebidas com reservas e que, mesmo uma lei inconstitucional, é um fato eficaz, ao menos antes da determinação da inconstitucionalidade, podendo ter conseqüências que não é lícito ignorar. Tem sido sustentado, por isso: que a lei inconstitucional não é nula, mas somente anulável, ou que inexecutável em vez de nula, ou nula no sentido de que é inexecutável, porém não no sentido de que é anulada ou abolida; que a lei inconstitucional permanece inoperante enquanto a decisão que a declara continua de pé, a lei dorme, porém não está morta⁵⁷.

Entretanto, após vários precedentes jurisprudenciais, surgiu o artigo 27 da Lei nº 9.868/99, que regula a ADI e ADC, passando a estabelecer o seguinte:

Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o STF, 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.

Repise-se que tramita na Suprema Corte as ADIs 2.154 e 2.258 que, por questões de vícios formais, questionam a validade desse artigo.

Em que pese essas ações de inconstitucionalidade, continua a vigorar, mesmo que excepcionalmente, no direito brasileiro, o mecanismo da modulação dos efeitos, que é consequência da adoção mitigada do princípio da nulidade, princípio este não previsto de forma taxativa na Carta Magna, sendo, tão somente, uma construção jurisprudencial, como esclarece Saul Tourinho Leal:

Em face da adoção, pelo Judiciário brasileiro, do princípio da nulidade, a lei declarada inconstitucional é nula desde sua origem, ou seja, *ab initio*. A eficácia é, portanto, *ex tunc*, desde o tronco, desde a raiz ou retroativa, como queiram.

Todavia, isso é uma construção jurisprudencial, uma vez que na Constituição Federal não há dispositivo prevendo taxativamente essas conseqüências para a lei ou ato normativo declarado inconstitucional. Trata-se de um princípio implícito⁵⁸.

Nessa medida, forçoso esclarecer que a progressão de um modelo de retroatividade absoluta para um modelo de retroatividade mitigada, é fruto do trabalho do legislador, a propósito do, já citado, artigo 27, da Lei nº 9.868/99.

⁵⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL RE 79.343, Relator Min. Leitão de Abreu. Brasília, DF, DJ 02/09/77, p. 5.970.

⁵⁸ LEAL, Saul Tourinho. **Controle de Constitucionalidade Moderno**. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p. 341.

A norma imposta por esse artigo arvora como requisitos para a limitação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade os seguintes pressupostos:

- a. decisão por maioria de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal (requisito formal);
- b. razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social (requisito material).

Observe que, é ponto pacífico atualmente, aqui no Brasil, o uso da doutrina prospectiva, sendo vedada apenas a sua prática indiscriminada. Entretanto, quando a modulação de efeitos é inserida no bojo de lei pré-constitucional incompatível com nova Constituição, a situação fica bastante complexa, afinal, para que haja modulação de efeitos, mister se faz a presença de um juízo de inconstitucionalidade. Nessa medida, percebe-se que o juízo imposto às normas pré-constitucionais incongruentes à nova ordem jurídica não é o de inconstitucionalidade, mas sim um juízo de não-recepção. Desse modo, claro está a impossibilidade de se aplicar a doutrina prospectiva nesses casos.

CAPÍTULO 4 - A MODULAÇÃO DOS EFEITOS EM FACE DE JUÍZO NEGATIVO DE RECEPÇÃO DE LEI PRÉ-CONSTITUCIONAL

A rigidez do princípio da nulidade aliada à operacionalidade do sistema ensejou no acatamento da doutrina da modulação de efeitos, que, como visto, assumiu um caráter de legalidade a partir da Lei nº 9.868/99, artigo 27.

Nesse sentido, vale trazer passagem de estudo de João Bosco Marcial de Castro, quando diz:

Sem proceder modificação no sistema e na ordem jurídica que se apresentam espelhados na Constituição, o Supremo Tribunal Federal vem outorgando a competência para restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade. A Corte reafirma a adoção do dogma da nulidade do ato declarado inconstitucional no direito brasileiro. Paradoxalmente, entretanto, vem imprimindo nos julgados a idéia da flexibilização do efeito retroativo do provimento judicial, conferindo à decisão o aparente caráter de ato constitutivo, e não declaratório, e transmudando o nulo em meramente anulável⁵⁹.

O raio de abrangência da modulação dos efeitos é por demais inclusivo, eis que, por falta de proibitivo constitucional, pode ser usada tanto em controle difuso como no concentrado, tanto por Tribunal como por qualquer juiz singular.

Entretanto, situação bastante complicada surge quando, o STF, no contexto do julgamento de determinada causa, não recepciona lei pré-constitucional por entender que é contrária à nova ordem jurídica.

Nesse caso, valendo-se da abrangência da modulação dos efeitos, poderia a Suprema Corte estabelecer caráter prospectivo ao seu juízo de revogação? Poderia o STF estabelecer uma data a partir da qual os efeitos dessa revogação entrariam realmente em pleno cumprimento? Seria possível a modulação dos efeitos em face de juízo negativo de recepção de lei pré-constitucional?

Antes de se ater a tais questionamentos, urge a necessidade de se analisar o raio de abrangência do instituto da modulação dos efeitos aliado a alguns exemplos

⁵⁹ CASTRO, João Bosco Marcial. **O controle de constitucionalidade das leis: a legitimidade do supremo tribunal federal para modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012, p. 153.

recorrentes nos tribunais brasileiros. Desse modo, verificar-se-á primeiramente a modulação dos efeitos no controle concentrado, ato contínuo estudará a figura da modulação no controle difuso e, finalmente, a sua possível aplicação quando da revogação de lei pré-constitucional destoante da nova Constituição.

4.1 O CONTROLE CONCENTRADO E A MODULAÇÃO DE EFEITOS

Presentes os requisitos dispostos no artigo 27 da Lei nº 9.868/99, quais sejam razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social, e decisão de, pelo menos, dois terços dos membros do Tribunal, pode a Suprema Corte modular os efeitos das suas decisões de inconstitucionalidade.

Como exemplo, tem-se a ADI 2501/MG⁶⁰, onde o STF alçou o interesse social como justificativa para a modulação dos efeitos em sede de controle concentrado.

O relator do caso, Min. Joaquim Barbosa, deixou assente que:

Tendo em vista o excepcional interesse social, consistente no fato de que milhares de estudantes frequentaram e frequentam 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 nº 9868/99, a fim de que sejam considerados válidos os atos – diplomas, certificados, certidões etc – praticadas 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.

Observe que a presença da modulação dos efeitos no bojo do controle concentrado faz rememorar a discussão que versa sobre a possibilidade de se utilizar essa mesma via (controle concentrado) em face de normas pré-constitucionais incongruentes com o novo texto constitucional. Hoje isso é possível graças ao advento da Lei nº 9.882/99 – Lei da ADPF⁶¹.

⁶⁰ ADI 2501/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 04/09/2008.

⁶¹ Não é despidendo afirmar mais uma vez, que a colisão eventual entre o direito pré-constitucional e a nova Constituição, por não ser questão de inconstitucionalidade, mas de não-recepção, poderá ser levada à Suprema Corte via controle incidental de normas (difuso). Entretanto, com o advento da Lei da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (Lei nº 9.882/99), esse assunto poderá ser conhecido agora por meio do controle concentrado.

4.2 O CONTROLE DIFUSO E A MODULAÇÃO DE EFEITOS

Da mesma forma em que a modulação de efeitos ocorre no controle concentrado, no controle difuso também pode ocorrer, desde que presentes os requisitos trazidos à baila pela Lei nº 9.868/99. Tais requisitos, diga-se de passagem, são inerentes apenas ao controle concentrado, contudo a jurisprudência do STF tem estendido a sua aplicação ao controle difuso, como se vê no RE 197.918-8:

(...) a declaração de inconstitucionalidade *in concreto* também se mostra passível de limitação de efeitos. A base constitucional dessa limitação – necessidade de um outro princípio que justifique a não-aplicação do princípio da nulidade – parece sugerir que, se aplicável, a declaração de inconstitucionalidade restrita revela-se abrangente do modelo de controle de constitucionalidade como um todo. É que, nesses casos, tal como já argumentado, o afastamento do princípio da nulidade da lei assenta-se em fundamentos constitucionais e não em razões de conveniência. Se o sistema constitucional legitima a declaração de inconstitucionalidade restrita no controle abstrato, esta decisão poderá afetar, igualmente, os processos do modelo concreto ou incidental de normas. Do contrário, poder-se-ia ter inclusive um esvaziamento ou uma perda de significado da própria declaração de inconstitucionalidade restrita ou limitada⁶².

Esse excerto jurisprudencial reconhece a via difusa como hábil a aplicar, como na via abstrata, a doutrina da modulação dos efeitos. Ocorre que, mesmo usando esse caminho, vale lembrar que as normas pré-constitucionais não poderão ter os seus efeitos modulados, pelo simples motivo de não estarem em questão as suas constitucionalidades, mas sim um simples juízo de compatibilidade.

Sendo a modulação dos efeitos consequência natural do controle de constitucionalidade, como demonstrada na relativização da teoria da nulidade⁶³, não é de se estranhar que qualquer juiz ou tribunal possa lançar mão desse instituto a fim de cumprirem o seu mister.

Um exemplo, que demonstra nitidamente a modulação dos efeitos em sede de controle difuso, é o RE 266994/SP de relatoria do Min. Maurício Corrêa. Esse é o caso de Mira Estrela, município da grande São Paulo.

⁶² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE nº 197.917-8, Relator Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, DJ de 07/05/04, p. 8.

⁶³ Esse assunto foi tratado no desenrolar do capítulo 2.

O artigo 29, inciso IV, da Constituição Federal, exige que haja uma proporção entre o número de vereadores e a população dos municípios brasileiros, e, a inobservância desse dado objetivo, por ter assento constitucional, configura excesso de poder, por parte de quem o extrapolar.

Nessa perspectiva, a Câmara de Vereadores de Mira Estrela estabeleceu um número de vereadores superior ao admitido pelo parâmetro constitucional, e, sendo assim, ao enfrentar o problema, a Suprema Corte entendeu que a simples declaração de inconstitucionalidade da lei municipal, ao lado de seu tradicional efeito *ex tunc*, resultaria num grave dano à ordem jurídica, até porque aqueles membros do parlamento, eleitos fora do número ideal, haviam praticado ações no contexto de seus cargos, que não mais poderiam ser desfeitas.

Então, em nome da segurança jurídica, houve aqui a figura da modulação de efeitos, que restou assim fundamentada:

Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria em grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade.

Outro exemplo a ser observado, que trata também da modulação de efeitos em controle difuso, é o HC 82959/SP, cujo relator foi o Min. Marco Aurélio. O art. 2º, § 1º, da Lei nº 8072/90 – Lei de Crimes Hediondos –, que trata do regime integralmente fechado àqueles condenados por crimes hediondos, foi declarado incompatível com a individualização da pena e, por isso, contrário ao espírito do art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal.

In casu, a fim de que a ordem jurídica não fosse abalada, mais uma vez, a declaração de inconstitucionalidade foi aplicada sem os rigores dos efeitos *ex tunc*.

A situação ficou assim construída pelo voto do presidente:

O Tribunal, por votação unânime, explicitou que a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará consequências 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.

Outro exemplo de modulação dos efeitos em controle difuso ocorreu no julgamento do MS 26604/DF, onde o STF passou a entender que o mandato político pertence ao partido, não ao candidato. Aqui, mais uma vez, os efeitos dessa virada jurisprudencial foram modulados.

Explicando esse *leading case*, Saul Tourinho Leal escreve:

[...] o STF definiu, em resposta à consulta formulada pelo TSE, no sentido de que o mandato político pertence ao partido e, portanto, o candidato que se desfilia sem causa justa fica sem mandato. Todavia, modulou-se os efeitos dessa virada jurisprudencial no sentido de que, somente os candidatos que mudaram de partido após a aludida resposta perderiam seus mandatos. Transcrevo trecho essencial da decisão: “Razões de segurança jurídica, e que se impõem também na evolução jurisprudencial, determinam seja o cuidado novo sobre tema antigo pela jurisdição concebido como forma de certeza e não causa de sobressaltos para os cidadãos. Não tendo havido mudanças na legislação sobre o tema, tem-se reconhecido o direito de o impetrante titularizar os mandatos por ele obtidos nas eleições de 2006, mas com modulação dos efeitos dessa decisão para que se produzam eles a partir da data da resposta do Tribunal Superior Eleitoral à Consulta nº 1398/2007”⁶⁴.

A posição adotada pela Suprema Corte nesse precedente ratifica a possibilidade, já explicada, de se modular efeitos tanto no controle concentrado quanto no controle difuso. Mas situação não menos importante seria a questão da modulação de efeitos em face de norma pré-constitucional não recepcionada. Assunto trazido à baila no tópico subsequente.

4.3 LEI PRÉ-CONSTITUCIONAL E A MODULAÇÃO DE EFEITOS

Embora a modulação dos efeitos marque presença tanto no controle concentrado como no difuso, e também, seja um mecanismo que pode ser manejado por qualquer juízo ou tribunal, situação um pouco nebulosa surge quando o assunto é a conexão da doutrina prospectiva e lei pré-constitucional eivada de incompatibilidade com a nova Constituição. Pergunta-se então: como fica a modulação dos efeitos em caso de norma pré-constitucional não recepcionada?

⁶⁴ LEAL, Saul Tourinho. **Controle de Constitucionalidade Moderno**. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p. 343.

Para sanar essa indagação, é preciso entender que uma norma legal conflitante com a Constituição sempre deverá ser submetida ao controle de constitucionalidade e, nesses casos, cabível será a modulação dos efeitos. Porém, se a contradição versar sobre direito pré-constitucional e norma constitucional superveniente, a situação não se resolve no campo da inconstitucionalidade, mas no âmbito do direito intertemporal, que deverá ser analisado à luz da recepção e não recepção. E, em função de o juízo aplicado ser o da não recepção, a doutrina prospectiva, por sua vez, não incidirá.

4.3.1 Lei pré-constitucional e os fenômenos da recepção e inconstitucionalidade

Com o advento de uma nova Constituição, inicia-se concomitantemente uma nova ordem jurídica. Nessa medida, todo o catálogo de leis infraconstitucionais, vigentes ao longo da Constituição pretérita, restará agora à procura de um novo fundamento de validade. Assim, as normas que forem compatíveis com a nova Carta Política, serão automaticamente recepcionadas; ao passo que, aquelas que forem comprovadamente incongruentes perderão de pronto a sua eficácia. Esse é o fenômeno da recepção.

Esse termo recepção legislativa encontra as suas origens em Hans Kelsen precisamente em sua obra Teoria Geral do Direito e do Estado. Nesses casos, segundo Kelsen, “apenas o conteúdo das normas permanece o mesmo, não o fundamento de validade”⁶⁵.

Eis que esse fenômeno tem como escopo se evitar os vácuos legislativos. Na verdade, o sistema não suportaria a feitura de toda a malha legislativa partido exclusivamente do ponto zero. Embora pareça possível e fácil reconstruir todo o ordenamento infraconstitucional, isso é totalmente contraproducente e poderá ensejar conseqüências irreparáveis.

Sobre essa ideia, registre-se a lição de Renato Gugliano:

A cada emergência de uma Constituição, a renovação de todo o arcabouço legal pelos regulares processos legislativos estabelecidos

⁶⁵ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 171.

pela nova ordem constitucional em curto período de tempo constitui esforço impossível de realizar, de modo que se tornaria, pois, impraticável a substituição de toda a legislação infraconstitucional com a introdução de uma nova Constituição. Anos e mais anos seriam necessários de atividade legislativa intensa para a completude do vácuo legal. Enquanto não criadas as novas leis, como seria a regulação das condutas sociais?

Percebe-se assim um campo de tensão entre a coerência lógica do pensamento jurídico e a verdade de fato peculiar aos centros emanadores das leis (que é a incapacidade de renovação a um só tempo de toda a malha legislativa). Esse campo de tensão instigou a racionalidade jurídica a enfrentar a incapacidade legislativa. Desenvolveu o fenômeno do aproveitamento da lei velha na (re)criação de lei nova no sistema jurídico recém-instalado. E assim surge a novação legislativa como verdadeira fonte de direito⁶⁶.

Assim, como visto, o ato normativo, compatível com a nova Constituição, será automaticamente recepcionado, até porque, tem-se agora um novo fundamento de validade. Ao passo que, aqueles que não guardarem sintonia com a nova Constituição serão proscritos do ordenamento jurídico, vez que lhes faltarão alicerces constitucionais.

Postas essas premissas há de se lembrar que, nem todos concebem a ideia da recepção legislativa; existem aqueles que preferem submeter as leis pré-constitucionais, incompatíveis com a nova Carta Política, a um juízo de inconstitucionalidade.

Então, lei pré-constitucional discordante da nova ordem jurídica deverá ser declarada inconstitucional ou simplesmente não-recepcionada?

Eis que a escolha de um ou outro *status* definirá, por conseguinte, se a norma pré-constitucional poderá ou não ter os seus efeitos modulados, até porque, a simples não recepção de ato estatal, anterior à Constituição, não poderá ensejar a modulação dos efeitos uma vez que restará faltante um dos pressupostos necessários para a modulação, qual seja a presença de um juízo de inconstitucionalidade.

⁶⁶ HERANI, Renato Gugliano. **Direito pré-constitucional e “a crise do Supremo”**. Revista de informação legislativa, Brasília-DF, v. 1, n. 182, p. 107-120, abril-junho. 2009.

Renato Gugliano Herani apresenta cinco correntes doutrinárias que se propõem a explicar o *status* da lei pré-constitucional incompatível com a nova Constituição:

Justamente no esforço de definição do plano de manifestação da lei pré-constitucional não novada que determinou o surgimento de inúmeras teses. Teses essas que norteiam e delineiam o controle de constitucionalidade das leis pré-constitucionais nos diversos países, e no Brasil não é diferente. A doutrina se subdivide essencialmente em cinco correntes que identificam a incompatibilidade como: a) inconstitucionalidade superveniente, que afeta a validade da lei (...); b) revogação por sucessão intertemporal, que retira a vigência da lei (...); c) revogação decorrente de inconstitucionalidade (...); d) inexistência da lei (...); e) afirmação substancial segundo a opção político-constitucional⁶⁷.

Observe que a jurisprudência brasileira abraçou a tese da recepção (que aparece nesse excerto com o signo de revogação). Para a doutrina pátria, lei pré-constitucional incompatível com a nova Constituição não deverá ser recepcionada, jamais declarada inconstitucional.

O *leading case* responsável por sedimentar essa posição é a ADI nº 02/DF, publicada no DJ de 21 de novembro de 1997. Nesse precedente, o relator, Min. Paulo Brossard, deixou assente que, conforme a teoria adotada no direito brasileiro, lei inconstitucional é lei nula, inválida desde sempre. Assim, lei anterior incompatível com a nova ordem jurídica não pode ser declarada nula (inconstitucional), vez que na vigência da Constituição pretérita, tal lei era perfeitamente válida e, apenas com o advento da nova Carta Política, ela deixou de ter eficácia. Nesse caso, repise-se, o fenômeno reinante só poderia ser tido como hipótese de revogação⁶⁸.

Em posição diametralmente oposta foi o voto do Min. Sepúlveda Pertence, que vislumbrava nesses casos, situação de inconstitucionalidade superveniente. Posição que se aproxima do Direito italiano e português.

Como se esperava, esse voto restou-se vencido.

⁶⁷ HERANI, Renato Gugliano. **Direito pré-constitucional e “a crise do Supremo”**. Revista de informação legislativa, Brasília-DF, v. 1, n. 182, p. 107-120, abril-junho. 2009.

⁶⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 125.

A posição adotada pelo STF pareceu encerrar outra discussão. Eis que doravante o fato de a lei, incompatível com a nova Constituição, não poder ser declarada inconstitucional, mas não-recepcionada, ensejou a proibição de também argui-la via controle abstrato, mas apenas em controle difuso.

Confira-se, a propósito, a explicação de Herani:

Apesar do avanço promovido pela Lei n. 9.882/99 no campo do controle de novação, o Supremo Tribunal Federal ainda se mantém firme em sua opção político-constitucional de renegar o controle concentrado de novação com a amplitude que se deve, sob o argumento de que o conflito entre lei pré-constitucional e a Constituição superveniente encerra um problema de revogação e não de arguição de inconstitucionalidade, razão por que não poderia ser tratado em sede de controle abstrato, mas apenas em controle difuso, não obstante a lei pré-constitucional incompatível provocar substancialmente clara violação ao pressuposto da compatibilidade vertical das normas do ordenamento jurídico e, com isso, ofender a supremacia constitucional⁶⁹.

Entretanto, com o advento da Lei nº 9.882/99 – Lei da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) –, passou-se a admitir a possibilidade de leis pré-constitucionais figurarem como objetos de controle abstrato de constitucionalidade. Mas, em que pese esse caráter de legalidade, a prática, via controle concentrado, ainda está meio tímida nos meandros dos tribunais.

Em suma, conquanto seja admitido esse caráter pouco usual, o que se tem de pacífico nesse contexto, é que, lei anterior, incompatível com a nova Constituição, apresentada via controle difuso ou concentrado, sempre se sujeitará a um juízo de recepção e nunca a um juízo de (in)constitucionalidade. Dessa forma, inadmissível será a modulação temporal dos seus efeitos.

4.3.2 Modular ou não os efeitos em face de juízo negativo de recepção de lei pré-constitucional?

Como já revelado acima, uma lei pré-constitucional será sempre analisada sob o pálio da recepção, nunca sob a ótica da sua inconstitucionalidade. Desse modo, não se poderá modular os seus efeitos, uma vez que a aplicação da doutrina

⁶⁹ HERANI, Renato Gugliano. **Direito pré-constitucional e “a crise do Supremo”**. Revista de informação legislativa, Brasília-DF, v. 1, n. 182, p. 107-120, abril-junho. 2009.

prospectiva envolve, necessariamente, um juízo de inconstitucionalidade, nunca um juízo de recepção.

A mera não-recepção do direito pré-constitucional, por não ser tipicamente um controle de constitucionalidade, não ficará adstrita à cláusula de reserva de plenário (art. 97, CF), nem tampouco à fórmula de comunicação ao Senado (art. 52, X, CF)⁷⁰. Esses institutos são específicos do controle de constitucionalidade.

Então, o principal fator que inviabiliza a aplicação da modulação dos efeitos em face de juízo negativo de recepção de norma pré-constitucional é a ausência de um juízo de inconstitucionalidade.

Sobre esse aspecto, esclarecedoras são as palavras de Saul Tourinho Leal, quando diz:

Interessante questão envolve o juízo de revogação proclamado pelo Supremo Tribunal Federal e o pedido, das partes, de modulação de efeitos dessa decisão. A Corte entende que é inaplicável modulação de efeitos, se e quando o STF, ao julgar determinada causa, nesta formular juízo negativo de recepção, por entender que certa lei pré-constitucional mostra-se materialmente incompatível com normas constitucionais a ela supervenientes. *A não recepção de ato estatal pré-constitucional, por não implicar a declaração de sua inconstitucionalidade – mas o reconhecimento de sua pura e simples revogação –, descaracteriza um dos pressupostos indispensáveis à utilização da técnica da modulação de efeitos, que supõe, para incidir, dentre outros elementos, a necessária existência de um juízo de inconstitucionalidade*⁷¹ (grifou-se).

Observe que o juízo negativo de recepção imposto na norma funciona como um mecanismo inibidor da modulação dos efeitos. Ou seja, o simples fato de se analisar se uma norma deverá ser recepcionada ou não, já enseja a inaplicabilidade da modulação dos efeitos, vez que restará faltante a declaração de sua inconstitucionalidade, requisito necessário para a aplicação da doutrina da modulação.

Então, em que medida o juízo negativo de recepção de lei pré-constitucional inviabiliza a modulação dos efeitos?

⁷⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1141.

⁷¹ LEAL, Saul Tourinho. **Controle de Constitucionalidade Moderno**. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p. 345.

De tudo o que foi exposto, claro está que a presença de um juízo de recepção e não de um juízo de inconstitucionalidade é o fator determinante para a inaplicabilidade da modulação de efeitos em sede de direito pré-constitucional.

CONCLUSÃO

Como visto ao longo da pesquisa, o enfoque emprestado ao tema – a modulação de efeitos em face de juízo negativo de recepção de lei pré-constitucional – foi subsidiado por uma construção doutrinária que partiu de um estudo panorâmico do controle de constitucionalidade, bem como, de uma visão abrangente das teorias da nulidade e anulabilidade, que versam sobre os efeitos gerados pela declaração de inconstitucionalidade.

A partir de então, a cadência foi firmada em torno da resposta do seguinte problema: em que medida o juízo negativo de recepção de lei pré-constitucional inviabiliza a modulação dos efeitos?

Vale salientar novamente que tudo isso só pôde ser entendido a partir de uma visão, embora superficial, do controle de constitucionalidade, que sempre será utilizado para expurgar do ordenamento jurídico todo ato normativo contraveniente, e que apenas será possível em face de constituições rígidas⁷².

A Constituição encontra-se como elemento central e estruturante do corpo normativo de um país; e, por posicionar-se no ápice da pirâmide, é capaz de espriar a sua influência sobre toda a malha jurídica abaixo posicionada.

Ela, além de erigir a arquitetura básica do Estado⁷³, é capaz de prover a harmonia e paz social, criando um ambiente de respeito, concórdia e entendimento recíproco entre os homens. Eis aqui uma fonte dissipadora de abusos e autoritarismos governamentais.

Assim, quando uma norma é declarada inconstitucional e, portanto, em desalinho com as premissas assentadas pela Lei Maior, deverá de ser retirada do ordenamento, e, nessa ocasião, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, segundo a teoria da nulidade, aduzida pelo *Chief Justice* Marshall, juiz da Suprema Corte Americana, retroagirão ao nascimento da norma (*ex tunc*).

⁷² LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 219.

⁷³ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 64.

A doutrina pátria, embora tenha adotado, como regra, a teoria em comento (efeitos *ex tunc*), tem apresentado, tanto em níveis de jurisprudência, como numa perspectiva legal, uma tendência de imprimir efeitos meramente prospectivos, na presença de situações relevantes e excepcionais.

O estudo realizado demonstrou que o abandono da tese de nulidade absoluta das leis declaradas inconstitucionais não se prendeu ao fato de se apenas querer inovar o ordenamento jurídico, mas, sobretudo, encontra fundamento na necessidade de preservar o Direito contra o descompasso e a insegurança jurídica.

A modulação dos efeitos é por demais ampla e inclusiva encontrando-se presente tanto em decisões proferidas no controle difuso, como naquelas proferidas no controle abstrato, e, nesses meandros de modulação, analisa-se também questões atinentes às normas pré-constitucionais inadequáveis à nova Constituição.

No que respeita ao tema central da pesquisa, viu-se que o juízo de não-recepção proclamado pela Suprema Corte em sede lei pré-constitucional materialmente incompatível com as normas constitucionais a ela supervenientes, não admite a modulação dos efeitos, uma vez que a doutrina prospectiva tem como pressuposto básico o juízo de inconstitucionalidade, e, como lei pré-constitucional é apenas não-recepcionada, não cabe, em função disso, a aplicação da doutrina prospectiva.

Em suma, o juízo de recepção e não de inconstitucionalidade aplicado ao direito pré-constitucional incompatível com a nova Constituição, inviabiliza por completo a aplicação da modulação dos efeitos. Eis que o assunto aqui deverá ser resolvido no campo do direito intertemporal, não se aplicando, todavia, a doutrina prospectiva. Modulam-se efeitos apenas de normas eivadas de inconstitucionalidade.

REFERÊNCIAS

- APPIO, Eduardo. **Controle difuso de constitucionalidade**. Curitiba: Juruá, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
- BUZUID, Alfredo. **Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1958.
- CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1984.
- CASTRO, João Bosco Marcial. **O controle de constitucionalidade das leis: a legitimidade do supremo tribunal federal para modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012.
- CLÈVE, Clèmerson. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- FERREIRA, Olavo Alves. **Controle de constitucionalidade e seus efeitos**. São Paulo: Método, 2003.
- FURLAN, Fabiano Ferreira. **O guardião da Constituição: debate entre Carl Shmitt e Hans Kelsen**. Disponível em <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/32334/guardiao_constituicao_debate_furlan.pdf?sequence=1> Acesso em: 15/10/2011.
- HERANI, Renato Gugliano. **Direito pré-constitucional e “a crise do Supremo”**. Revista de informação legislativa, Brasília-DF, v. 1, n. 182, p. 107-120, abril-junho. 2009.
- JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de direito constitucional**. Salvador: Jus Podium, 2009.
- KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- _____. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- _____. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- LEAL, Saul Tourinho. **Controle de Constitucionalidade Moderno**. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.
- LEITE, Fábio Oliveira. **Modulação de efeitos temporais no controle jurisdicional de constitucionalidade**. 2008. 50 f. Monografia apresentada no Instituto

Brasiliense de Direito Público para a obtenção do título de Especialista em Direito Público com ênfase em Advocacia Pública.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LIMA, Christina Aires Corrêa. **O princípio da nulidade das leis inconstitucionais**. UnB, 2000.

MAIA, Bruno Landim. **Direito constitucional**. Disponível em <<http://www.webartigos.com/articles/2416/1/Controle-De-Constitucionalidade/pagina1.html>> Acesso em: 28/08/2011.

MARTINS, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MELO, Carlos Antônio de Almeida. **Aspectos da declaração de inconstitucionalidade por via de exceção ou de defesa**. Disponível em <<http://www.mt.trf1.gov.br/judice/jud4/inconstiuc.htm>>. Acesso em: 30/10/2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Controle de constitucionalidade**. Palestra proferida no Programa Saber Direito da TV Justiça. Disponível em <<http://www.youtube.com/watch?v=3yl5Oj2TJNM>> Acesso em: 28/08/2011.

_____; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle concentrado de constitucionalidade: Comentários à Lei nº 9.868, de 10/11/99**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra, 1991, t. 2.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

PINTO, Adriano. **Controle difuso de constitucionalidade e a modulação temporal dos efeitos**. Disponível em <<http://www.adrianopinto.adv.br/painel3.asp?jornal=172>> Acesso em: 12/05/2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.