

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO
CAMPUS PASSO FUNDO

Paulo Ricardo Siqueira

A INCONSTITUCIONALIDADE OU NÃO DA LEI N. 9.868/99
UTILIZADA NA MODULAÇÃO DOS EFEITOS DAS
DECISÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE

Passo Fundo

2016

Paulo Ricardo Siqueira

A INCONSTITUCIONALIDADE OU NÃO DA LEI N. 9.868/99
UTILIZADA NA MODULAÇÃO DOS EFEITOS DAS DECISÕES
DE INCONSTITUCIONALIDADE

Monografia apresentada ao curso de Direito, da Faculdade de Direito, da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob a orientação do professor Mestre Julio Cesar Giacomini.

Passo Fundo

2016

Dedico este trabalho aos meus pais Fernando Rodrigues Siqueira (*in memoriam*) e Maura Edi Siqueira, que me ensinaram o que realmente tem valor na nossa vida, e que sempre valorizaram o estudo como forma de crescimento.

AGRADECIMENTOS

A todos os professores que de alguma forma colaboraram com a minha formação.

Ao meu orientador Julio Cesar Giacomini, que muito contribuiu para a conclusão deste trabalho.

E, de forma especial, à minha esposa Lúcia Maria Endler, à minha irmã Andrea Cristine Siqueira e aos meus enteados Fernanda Endler Valiati e Luciano Endler Valiati, que sempre me incentivaram durante todo o período de estudo, embora, às vezes, o tempo para estudo, ocasionasse o meu afastamento do seu convívio.

“O princípio da constitucionalidade não equivale, como resultado que se acaba de afirmar em [...], a uma total normação jurídica feita diretamente pela constituição. No entanto, quando existe uma normação *jurídico-constitucional* ela não pode ser postergada quaisquer que sejam os pretextos invocados. Assim, o princípio da constitucionalidade postulará a **força normativa da constituição**, contra a dissolução político-jurídica eventualmente resultante: (1) da pretensão de prevalência de ‘fundamentos jurídicos’, de ‘superiores interesses da nação’, da ‘soberania da nação’, do ‘realismo financeiro’ sobre a normatividade jurídico-constitucional; (2) da pretensão de, através do apelo ao ‘direito’ ou à ‘ideia de direito’, querer neutralizar a força normativa da constituição, material e democraticamente legitimada, e substituir-lhe uma *superlegalidade* ou *legalidade* de *duplo grau* ancorada em ‘valores’ ou princípios transcendentais (Preuss) revelados por instâncias desprovidas de legitimação política e jurídica”.

J. J. Gomes Canotilho

RESUMO

Este trabalho busca avaliar a constitucionalidade ou não do artigo 27 da Lei n. 9.868/99. Analisa-se a forma como é exercido o controle de constitucionalidade no Brasil, os sistemas difuso e concentrado, com destaque para o papel do Supremo Tribunal Federal (STF). Elencam-se os princípios constitucionais mais ligados ao trabalho, com breve explicação sobre cada um deles. Demonstra-se de que forma a Lei n. 9.868/99 foi inserida no ordenamento jurídico e quais os seus reflexos no processamento e no julgamento das ações relativas à constitucionalidade ou não de leis ou atos normativos. Abordam-se posições doutrinárias favoráveis e desfavoráveis à constitucionalidade da Lei, inclusive Ações Diretas de Inconstitucionalidade que a contestam e que ainda não foram julgadas, passados mais de 15 anos desde que foram propostas. Examina-se jurisprudência do STF sobre a aplicação da modulação dos efeitos das decisões, questão umbilicalmente ligada ao disposto no artigo 27 da Lei em comento e verifica-se que este instituto era aplicado moderadamente, baseado, principalmente, no princípio da proporcionalidade e na técnica da ponderação. Por fim, faz-se uma análise de caso em que o STF utilizou o instituto da modulação dos efeitos das decisões diversamente, ora dando validade à norma julgada inconstitucional até a data do julgamento, ora até a data da decisão da questão de ordem, ora dando efeitos prospectivos de mais cinco exercícios financeiros a dispositivos da Emenda Constitucional n. 62/2009, considerados inconstitucionais. Essas decisões tiveram como principal permissivo legal o artigo 27 da lei ordinária n. 9.868/99. Observa-se que os efeitos modulados nesta decisão só poderiam ser decididos pela Suprema Corte se houvesse previsão constitucional, isto é, se o disposto no artigo 27, que disciplina matéria constitucional, fosse incluído no ordenamento jurídico por meio de Emenda Constitucional e não de lei ordinária como foi feito. Conclui-se que o artigo 27 da Lei n. 9.868/99 é inconstitucional.

Palavras-chave: Alteração de matéria constitucional. Hierarquia de normas. Inconstitucionalidade. Lei n. 9.869/1999. Modulação dos efeitos das decisões.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 CONSTITUIÇÃO: CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE, FORMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	10
2.1 O que é o controle de constitucionalidade	10
2.2 Formas de controle de constitucionalidade	14
2.2.1 Controle difuso.....	15
2.2.2 Controle concentrado	18
2.2.3 Controle de constitucionalidade em outros países	22
2.3 A declaração de inconstitucionalidade e os seus efeitos	24
3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	26
3.1 Do princípio da legalidade	28
3.1.1 Efeitos das medidas cautelares concedidas em Ações Declaratória de Inconstitucionalidade	29
3.2 Do princípio da segurança jurídica	30
3.3 Do princípio do excepcional interesse social	33
3.4 Princípio da irretroatividade	34
3.5 Princípio da isonomia ou igualdade	35
3.6 Princípio da separação dos poderes	36
3.7 Do princípio da razoabilidade e do princípio da proporcionalidade	37
3.8 Princípios da supremacia, da força normativa e da unidade da Constituição	41
4 ARTIGO 27 DA LEI N. 9.868/99 – MODULAÇÃO DOS EFEITOS DAS DECISÕES NAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE: LEGISLAÇÃO E DOUTRINA	43
4.1 Artigos 27 e 28 da Lei n. 9.868/99: alterações na condução e no julgamento das ADIn e ADC	43
4.1.1 Artigo 27 da Lei n. 9.868/99: modulação dos efeitos das decisões	47
4.1.2 Discussões acerca da constitucionalidade do artigo 27 da Lei n. 9.868/99: Ações Diretas de Inconstitucionalidade 2154 e 2258 e doutrina	48
4.1.3 Artigo 28 da Lei n. 9.868/99: efeito vinculante e eficácia <i>erga omnes</i>	50
4.1.4 Necessidade de quórum qualificado	51
4.2 Técnicas mais utilizadas na modulação dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade	52
4.2.1 Interpretação Conforme a Constituição de Declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto.....	52
4.2.2 Técnica da Ponderação: decisões baseadas na avaliação de princípios constitucionais conflitantes no caso concreto	53

4.3 Doutrina.....	56
4.3.1 Posições favoráveis à modulação	56
4.3.2 Posições com restrições à modulação.....	58
5 JURISPRUDÊNCIA E ANÁLISE DE CASO	61
5.1 Recurso Extraordinário n. 122202/MG	61
5.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.481	63
5.3 Embargos de Declaração em Recurso Extraordinário n. 595.838/SP	65
5.4 Análise de Caso: ADIn 4357 e ADIn 4425 - Modulação EC 62/2009	66
5.4.1 Análise dos votos dos Ministros quanto à modulação dos efeitos da decisão.....	67
5.4.2 Decisão sobre a Questão de Ordem – ADIn 4.425 DF.....	72
6 CONCLUSÃO.....	76
REFERÊNCIAS	80

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo visa a analisar, à luz da legislação, da jurisprudência e da doutrina, a constitucionalidade do artigo 27 da Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1.999, que disciplina a modulação dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Esse dispositivo vem sendo cada vez mais utilizado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em especial quando há necessidade de utilização deste instrumento jurídico par disciplinar relações que estiveram sob a égide da lei ou do ato declarado inconstitucional. Assim, faz-se o exame acerca da constitucionalidade do referido dispositivo legal, posto que, embora constante de lei ordinária, busca disciplinar matéria constitucional.

Dentre as possibilidades previstas no artigo 27, encontra-se a de que o STF permite a vigência prospectiva de lei declarada inconstitucional, o que, para muitos juristas, fere o princípio da legalidade.

Dessa forma, para a condução do estudo, apresenta-se, inicialmente, um panorama sobre o papel da Constituição no ordenamento jurídico pátrio e uma visão geral do controle de constitucionalidade no Brasil, levantando breve histórico da evolução deste instituto e tecendo algumas considerações sobre os tipos de controles existentes, quais sejam, o modelo concentrado ou em abstrato e o modelo difuso ou incidental. No Brasil, como se demonstrará no decorrer do trabalho, é utilizado o controle misto de constitucionalidade. Esse sistema permite, desde que atendidos alguns requisitos, a provocação do Poder Judiciário para que emita decisão sobre a constitucionalidade da matéria questionada no caso concreto. Em breve passagem, faz-se um apanhado de como funciona o controle de constitucionalidade em outros países.

No âmbito deste estudo, ganha primordial importância a aplicação dos princípios constitucionais explícitos e implícitos na Constituição Federal, pois, por meio deles, questões de não tão fácil deslinde resolvem-se quando, em possíveis conflitos de princípios igualmente relevantes, se é obrigado a apontar a decisão com base em um deles, que, para o caso específico, se mostrou mais adequado.

Em razão da matéria disciplinada no artigo 27 da Lei n. 9.868/99, é inevitável que se examine o próprio instituto da modulação e a forma como é feita pelo STF, segundo jurisprudência colhida e referida. Nesse exame, é dada maior ênfase aos princípios constitucionais da legalidade, da segurança jurídica, do relevante interesse social, da proporcionalidade, frequentemente citados como base para a modulação, estando, inclusive,

dois deles, expressos no artigo 27 da Lei n. 9.868/99. Examina-se com especial interesse também o princípio da separação dos poderes, pois há parte da doutrina que entende que a modulação, ao ultrapassar certos limites, estaria invadindo atribuições do Poder Legislativo.

Um tópico específico é destinado ao exame da Lei n. 9.868/99 e da Lei n. 9.882/99, por tratarem de matérias afins, e por tem inserido importantes modificações na seara do controle de constitucionalidade e nos seus efeitos, merecendo um tópico especial os artigos 27 e 28 da Lei n. 9.868/99, por tratarem especificamente da modulação dos efeitos das decisões no controle abstrato de normas, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social (artigo 27) e por darem eficácia *erga omnes*¹ e efeito vinculante. Nessa parte, do estudo, são analisadas as Ações Diretas de Inconstitucionalidade que pendem de julgamento, em especial quanto à constitucionalidade do próprio artigo 27 em questão.

Na sequência, é feito um relato acerca de quais eram os fundamentos utilizados pelo STF antes da vigência da Lei n. 9.868/99, quais as principais técnicas utilizadas e os princípios que embasavam as decisões moduladoras, enriquecido com o pensamento doutrinário a respeito, tanto quanto aos princípios utilizados, quanto no que diz respeito à própria modulação e a constitucionalidade do artigo 27.

Por fim, são apresentados três julgados com decisões que tratam da modulação dos efeitos das decisões e uma análise de caso. Ele foi selecionado, embora o julgamento da inconstitucionalidade e a própria modulação já se tenham encerrado, por tratar-se de um julgamento muito complexo e mais complexa ainda a modulação dos efeitos das inconstitucionalidades impostas, por envolver vários fundamentos a justificar a modulação e vários efeitos, desde o efeito retroativo até o efeito prospectivo, vigendo a lei declarada inconstitucional até 2020.

¹ *Erga omnes* é locução latina que se traduz: contra todos, a respeito de todos ou em relação a todos (SILVA, 2006, p. 539).

2 CONSTITUIÇÃO: CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE, FORMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Inicialmente, a fim de embasar o presente estudo, apresenta-se uma breve noção sobre o controle de constitucionalidade, como ele é feito no Brasil e em alguns outros países, e sobre o que são os princípios constitucionais, com destaque aos mais importantes aos objetivos do presente trabalho.

2.1 O que é o controle de constitucionalidade

Pode-se definir controle de constitucionalidade como a atribuição dada aos tribunais para exercer a tutela do texto constitucional (VAZ; CROSARA, 2013, p. 584). Até mesmo já “se apontou depender a efetividade da Constituição da existência de uma fiscalização quanto à compatibilidade entre os atos dos Poderes constituídos e as prescrições constitucionais.” (FERREIRA FILHO, 2012, p. 141).

Citando o Ministro da Justiça à época, Nelson A. Jobim, na Exposição de Motivos, que deu origem à Lei n. 9.868/99, observa-se, neste exame, que não é feita a aferição apenas se a parte jurídica está conforme a Constituição, mas se seus efeitos estão de acordo com o que busca o texto constitucional (E.M. nº 189 ao PL 2960, 07/04/1997, p. 3).

Com relação ao controle de constitucionalidade existente no Brasil, diversamente do que ocorre em outros países como a Áustria, a Alemanha e a Itália, não existe um tribunal exclusivamente responsável pelo controle de constitucionalidade, isto é, pelo exame de outras normas à luz da constituição (VAZ; CROSARA, 2013, p. 101 e 102).

O artigo 102 da Constituição Federal, de 03 de outubro de 1988, que trata da competência do Supremo Tribunal Federal, diz em seu caput: “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...]”.

Pode-se inferir, do caput acima transcrito, que embora não exista um tribunal no Brasil incumbido exclusivamente do controle constitucional, esta tarefa ganha relevância entre as atribuições dadas ao Supremo Tribunal Federal. Porém, conforme dispõe o próprio artigo citado, essa guarda exercida pelo Supremo é feita de forma precípua e não exclusiva. Desse modo, os outros órgãos do Poder Judiciário podem exercer o controle difuso de constitucionalidade nos casos concretos que lhe couber julgar e onde seja levantada questão constitucional.

Nos incisos I e III do artigo 102 são levantadas as competências para o STF julgar questões constitucionais. O inciso I relaciona as questões que devem ter sua discussão originada no STF:

Art. 102 [...]

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993).

[...]

l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

m) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais;

n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados;

o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal;

p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade.

Fica claro, mais especificamente pela leitura das alíneas “a” e “p”, que a tarefa do controle constitucional é vinculada ao STF, especialmente com o julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade e das ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo, assim como nos pedidos de medidas cautelares relativas às ações diretas de inconstitucionalidade.

Já o inciso III, do artigo 102 relaciona as situações em que cabe ao STF julgar questões relativas à constitucionalidade, discutidas através de recurso extraordinário, isto é, questões relativas a casos concretos, incidentais.

Além das competências já relacionadas, o artigo 102, em seus parágrafos 1º a 3º, normatiza outras situações que tratam do controle de constitucionalidade, como a competência para o julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental (§ 1º), os efeitos das decisões definitivas do STF no julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade (§ 2º) e a necessidade de demonstração do recorrente da repercussão geral para que o STF examine a admissibilidade do recurso extraordinário.²

² § 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei (Transformado em § 1º pela Emenda Constitucional nº 3, de 17/03/93)

Assim, segundo se depreende da leitura dos dispositivos acima, no artigo 102 da Constituição Federal há a previsão de que compete ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição, mediante controle difuso ou concentrado de lei ou ato normativo. Em regra, apenas o STF tem competência para excluir uma lei ou um ato normativo do ordenamento jurídico, com eficácia *ex tunc*³. O Congresso Nacional tem competência para revogar leis, mas sem, em regra, efeitos retroativos à criação da lei ou do ato normativo.

Conforme Gilmar Mendes (1999, p. 233-234), na Constituição Imperial, por falta de previsão legal que delegasse a outro poder esta incumbência, o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos cabia a quem fazia as leis. Paulatinamente, essa responsabilidade foi transferida aos tribunais, inicialmente com a possibilidade de julgar casos concretos, incidentais (controle difuso) e, posteriormente, com a integralidade do controle de constitucionalidade de lei ou ato normativo, através do controle concentrado de constitucionalidade.

O controle de constitucionalidade pode ser exercido preventivamente, isto é, na formação do ato legal, antes do seu ingresso no ordenamento jurídico. Alexandre de Moraes tece o seguinte comentário a respeito do tema:

Dentro deste procedimento, podemos vislumbrar duas hipóteses de Controle Preventivo de Constitucionalidade, que busca evitar o ingresso no ordenamento jurídico de leis inconstitucionais, as comissões de constituição e justiça e o veto jurídico (2005, p. 632).

Em regra, o controle preventivo é exercido pelo Poder Legislativo, através do Presidente da Casa Legislativa, da Comissão de Constituição e Justiça ou por decisão do Plenário ao apreciar recurso contra decisão do Presidente ou Parecer da Comissão de Justiça.

Também há possibilidade de ser exercido pelo Executivo, quando, conforme determina o artigo 66 da Constituição Federal, “a Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República [...]”. Em caso de veto total ou parcial do presidente, haverá o exercício do controle de constitucionalidade preventivo feito pelo Executivo.

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) § 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

³ *Ex tunc*: de então, ou desde então; com efeito retroativo (SILVA, 2006, p. 569).

Excepcionalmente poderá o Poder Judiciário também exercer o controle preventivo de constitucionalidade, o que se dá na hipótese de violação ao devido processo legislativo previsto na Constituição.

Caso haja a inclusão da Lei ou ato normativo no ordenamento jurídico, e existam questionamentos quanto à sua constitucionalidade, haverá a possibilidade de que seja exercido o controle de constitucionalidade repressivo, por iniciativa de algum ente dentre os elencados no artigo 103 da Constituição Federal, provocando o Poder Judiciário a se pronunciar, sobre a questão, sendo a palavra final dada pelo STF.

Excepcionalmente, o controle repressivo pode ser exercido pelo Poder Legislativo nas hipóteses previstas nos artigos 49 e 62 da Constituição Federal. Pedro Lenza esclarece acerca da primeira hipótese:

A primeira exceção a regra vem prevista no artigo 49, V da CF/88, que estabelece ser competência exclusiva do Congresso Nacional sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa. [...] será realizado através de decreto legislativo a ser expedido pelo Congresso Nacional (2014, p. 300).

Essa situação poderá ocorrer quando o Poder Executivo praticar atos “que exorbitem do poder regulamentar”, por exemplo, ao disciplinar “lei expedida pelo Legislativo [...] além do limite nela definido”, ou quando o Presidente elaborar lei delegada, “extrapolando os limites” de resolução do Conselho Nacional, que delimitou os limites a serem observados (LENZA, 2014, p. 300-301).

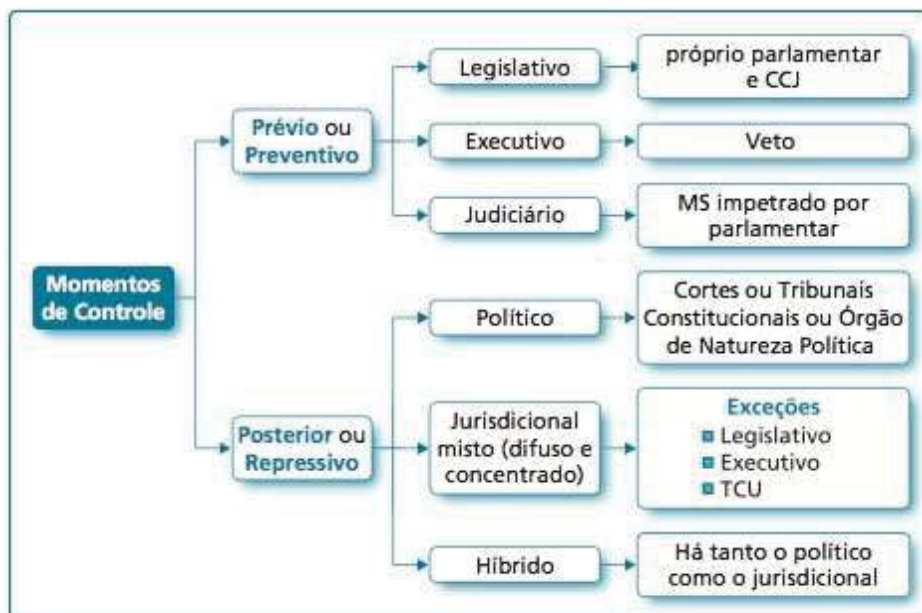
A segunda exceção se dá por previsão do artigo 62 da Constituição e ocorre quando houver rejeição por parte de Comissão do Congresso Nacional de medida provisória tendo em vista seu caráter inconstitucional. Alexandre de Moraes esclarece melhor a questão:

[...] a edição de Medida Provisória, pelo Presidente da República, reveste-se de dois momentos significativos e inconfundíveis: o primeiro diz respeito a um ato normativo com eficácia imediata de lei, o segundo é a sujeição desse ato ao Congresso Nacional, para que este não apenas ratifique seus efeitos imediatos produzidos, mas a converta em lei, com eficácia definitiva. Dessa maneira, esse ato normativo poderá ser objeto de Controle Repressivo de Constitucionalidade, seja por via de Ação Direta de Inconstitucionalidade, seja por parte do Poder Legislativo (2005, p. 636).

Abaixo, transcreve-se esquema extraído da obra de Pedro Lenza que sintetiza de forma clara os momentos do controle de constitucionalidade:

Gráfico 1. Momentos de controle

■ 6.4. MOMENTOS DE CONTROLE



Fonte: Lenza (2014, p. 292).

Referenciadas as linhas gerais do controle de constitucionalidade, passa-se, agora, ao exame das formas previstas em lei de como ele deve ser exercido.

2.2 Formas de controle de constitucionalidade

Conforme definiu Gilmar Mendes, o modelo de controle de constitucionalidade operado no Brasil é um exemplo típico do sistema misto, onde convivem os controles concentrado e difuso de constitucionalidade. O primeiro destinado a examinar questões abstratas em ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental, e o segundo utilizado no deslinde de questões concretas, incidentais (MENDES, 2008).

A própria Constituição Federal já prevê em seu artigo 102, inciso I, alínea “a” e no inciso III, as situações em que pode ser exercido o controle de constitucionalidade através da atuação do STF. Na forma concentrada, nos casos enquadrados no inciso I “a”, e na forma difusa, nas situações que se enquadrem no inciso III daquele dispositivo. Já o artigo 103 da

Constituição elenca os legitimados a propor ação direta de inconstitucionalidade (ADIn) e a ação declaratória de constitucionalidade (ADC).

Seja na forma de controle concentrado ou difuso, a decisão que declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público só será tomada se a maioria absoluta dos membros do Tribunal, ou dos membros do seu respectivo órgão especial votarem nesse sentido (artigo 97, CF/1988).

Com relação ao controle difuso, Lenio Streck refere que “o juiz singular não declara a inconstitucionalidade de uma lei, apenas deixa de aplicá-la”, em respeito à reserva de plenário (2004, p. 456).

Pode-se observar uma preocupação legislativa em ampliar o leque de legitimados em arguir inconstitucionalidade de lei, assim como de espraiar o controle de constitucionalidade embora a palavra final seja do STF.

2.2.1 Controle difuso

Controle difuso de constitucionalidade, segundo Alexandre de Moraes, também conhecido por controle via exceção ou defesa, “caracteriza-se pela permissão a todo e qualquer juiz ou tribunal realizar, mediante um caso concreto, a análise sobre a compatibilidade do ordenamento jurídico com a Constituição Federal [...]” (2004, p. 1.358-1.359). Essa modalidade de controle foi criada em 1803, em julgamento operado na Corte Suprema Americana, sendo introduzido no ordenamento jurídico nacional com o advento da primeira constituição republicana em 1891.

No ordenamento jurídico brasileiro, o controle difuso é exercido pelos juízes e tribunais. Com relação ao papel do STF no controle difuso de constitucionalidade, tem-se previsão no inciso III, do artigo 102 da Constituição Federal que determina que também compete ao Supremo Tribunal Federal “III, julgar, mediante recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida [...]” e na sequência são elencados os casos que se enquadram neste dispositivo, a saber:

Art. 103 [...] III – [...]

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Em relação o inciso III do artigo 102, há a previsão, para que seja exercido o controle difuso de constitucionalidade, em casos em que há uma situação fática (concreta) e alguns requisitos e situações que devem ser atendidos para que o recurso possa ser objeto de análise pelo STF, conforme alíneas “a”, “b”, “c” e “d” acima transcritos, além do § 3º do mesmo artigo.

A esse respeito, Alexandre de Moraes (2004, p. 1.403) refere que o controle difuso de constitucionalidade foi implementado efetivamente no Brasil com a Lei Federal n. 221, de 1894, que permitiu aos juízes e tribunais o exame, à luz da Constituição Federal, da validade de leis e regulamentos, sendo-lhes permitida a não aplicação desses dispositivos nos casos concretos, ao certificarem-se de que os dispositivos em questão eram inconstitucionais.

O autor ainda relaciona as características básicas do controle difuso de constitucionalidade:

O dever de exercer o controle de constitucionalidade é comum a todos os tribunais de todos os graus, em relação às leis federais, estaduais e municipais. [...] Estes órgãos são obrigados a declarar a inconstitucionalidade pela maioria absoluta de seus membros ou de seu respectivo órgão especial [...].
A regra é o princípio da constitucionalidade das leis [...]. Apenas casos excepcionais, que justifiquem o exame de constitucionalidade, permite que os tribunais se pronunciem quando à (in)compatibilidade de lei ou ato normativo, perante à Constituição, sem declinar opinião quanto à conveniência ou não desta lei. [...] (MORAES, 2004, p. 1.359).

Em razão do sistema existente, é vedada a declaração de inconstitucionalidade de lei que fere princípio não expresso na Constituição. No julgamento da constitucionalidade, deve ser levada em conta a intenção que o legislador teve colocada na Constituição (MORAES, 2004, p. 1.359).

Havendo dúvida quanto à constitucionalidade da lei, presume-se constitucional. A lei pode ser considerada parcialmente inconstitucional e, por fim, a lei ou ato normativo que for declarado inconstitucional, o será para todos os fins com efeitos *ex tunc* (MORAES, 2004, p. 1.359). Esta é a regra geral da declaração de inconstitucionalidade, relativizada nos últimos anos com a aplicação de algumas técnicas jurídicas e principalmente após a vigência da Lei n. 9.868/99.

Érico Hack, sobre o mesmo tema ensina que

Essa forma de controle pode ser exercida por qualquer órgão do Poder Judiciário, em qualquer instância. Por isso é denominado de difuso. Aqui, a questão da constitucionalidade da lei é incidental a um processo com outro pedido qualquer. Ou seja, a parte entra com um processo que traz um pedido que, para ser atendido, depende da declaração da inconstitucionalidade de uma lei. Por exemplo, uma empresa entra com um processo para deixar de pagar um tributo porque entende que a lei que institui o tributo é inconstitucional. Nesse caso, o pedido principal do processo é deixar de pagar o tributo. A inconstitucionalidade da lei é só uma questão incidental relacionada com o objeto principal. Difere aqui do controle concentrado, porque lá o objeto da ADIn⁴ é a própria declaração de inconstitucionalidade, não há outro pedido (2008, p. 150).

No que tange aos requisitos objetivos, Gilmar Mendes afirma que “inexiste uma disciplina *minudente* da questão constitucional, no controle *incidenter tantum*⁵” (MENDES, 1999, p. 373). Ou seja, a matéria não é especificada detalhadamente no ordenamento jurídico brasileiro. Acrescenta, ainda, que, embora houvesse entendimento anterior de que o juiz devesse evitar, se possível, de outra forma resolver a lide, entrar no mérito da constitucionalidade, prevalece atualmente tese sustentada por Lúcio Bittencourt de que, “sempre que, legitimamente, o exame da constitucionalidade se apresente útil ou conveniente para a decisão da causa, não devem os tribunais fugir à tese” (MENDES, 1999, p. 373).

Podem suscitar a inconstitucionalidade, pela via incidental, as partes, “o Ministério Público quando seja parte ou oficie como *custos legis*, bem como terceiros que tenham intervindo legitimamente (assistente, litisconsorte, oponente)” (BARROSO, 2004, p. 72) [...], também o juiz ou o tribunal, de ofício, quando tenham as partes silenciado a respeito (STF, RTJ, 95:202, 1981, RE 86.161-GO, rel. Min. Soares Munoz apud BARROSO, 2004, p. 71).

Luís Roberto Barroso ainda destaca que, “Para decidir acerca do direito em discussão, o órgão judicial precisará formar um juízo acerca da constitucionalidade ou não da norma. Por isso se diz que a questão constitucional é uma *questão prejudicial*.” (2004, p. 75) (grifou-se). Em outras palavras, o órgão judicial terá de decidir previamente sobre a questão constitucional para, com base nesse entendimento, proferir decisão sobre a causa principal da lide.

Com relação aos “procedimentos de declaração incidental de inconstitucionalidade perante órgão fracionário do tribunal,” Luís Roberto Barroso destaca duas etapas. Na primeira o órgão fracionário se pronuncia quanto à questão da inconstitucionalidade. Se considerar a norma constitucional o julgamento prosseguirá “com a aplicação da norma

⁴ ADIn: Ação Direta de Inconstitucionalidade.

⁵ *Incidenter tantum* = controle de constitucionalidade por via incidental (BARROSO, 2004, p. 71).

questionada.” Caso seja acolhida a arguição de inconstitucionalidade, será lavrado acórdão e encaminhada a questão “a ser submetida ao tribunal pleno ou órgão especial, ficando o processo suspenso no órgão fracionário.” [...] “O tribunal, então, deliberará a respeito [...]. Declarada ou não a inconstitucionalidade o julgamento retornará ao órgão fracionário, tendo como premissa lógica a decisão proferida pelo tribunal: [...]” (2004, p. 80).

Por óbvio, o órgão fracionário seguirá o julgamento sem aplicar a norma, caso ela tenha sido considerada inconstitucional, ou aplicando-a, caso tenha sido negada a arguição de inconstitucionalidade.

2.2.2 Controle concentrado

Controle concentrado é o método conhecido por “Via de Ação”. Só o STF pode fazer este tipo de controle. Não existe caso concreto; a questão é se a lei ou o ato normativo, em tese, é constitucional. A questão é a própria constitucionalidade do ato.

Gilmar Mendes (1999) relata que o modelo difuso ou incidental foi introduzido no Brasil em 1934, com a previsão de ação direta como passo inicial no processo interventivo constitucional. Com o advento da emenda à Constituição de 1946, de n. 16/65, efetivamente foi incluído o controle abstrato (concentrado) de normas no ordenamento jurídico brasileiro, com a possibilidade de haver “representação de inconstitucionalidade”. Apenas em 1977, com a publicação da Emenda Constitucional (EC) n. 7, foi delegada ao STF “competência para apreciar representação do Procurador Geral da República para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual”, completando, “o *instrumentarium* do controle de constitucionalidade” no Brasil (MENDES, 1999, p. 362-365).

Até a promulgação da Constituição Federal de 1988, o controle incidental (caso concreto) de constitucionalidade predominava largamente nos tribunais, principalmente em razão de que a propositura da ação direta de inconstitucionalidade era prerrogativa do Procurador Geral da República, fato este que foi modificado com a inclusão de vários outros possíveis propositores da ADIn, no artigo 103 da Constituição Federal, o que se deu pela Emenda Constitucional n. 45 de 2004, com a qual o referido artigo passou a ter a seguinte redação:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Além de elencar os possíveis propositores da ADIn e da ADC, o artigo acima referido estabelece em seus parágrafos 1º a 3º obrigação para o oitiva do Procurador Geral da República nos casos previstos no § 1º, obrigação de ciência ao Poder ou órgão administrativo competente para implementar as medidas necessárias nos casos de declaração de inconstitucionalidade por omissão (§ 2º) e determina ainda que, quando o STF apreciar a inconstitucionalidade em tese, o Advogado-Geral da União deverá ser citado para defender o ato ou texto impugnado.

Art. 103. [...]

§ 1º - O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.

§ 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

§ 3º - Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.

A Constituição de 1988, com a grande abertura do leque de legitimados para propor a ADIn, expandiu o modelo concentrado de controle, já que, em tese, qualquer matéria constitucional poderia ser levada para julgamento no STF. Além disso, conferiu-lhe grande agilidade, sendo “[...] dotado inclusive da possibilidade de se suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido de cautelar [...]” (MENDES, 1999, p. 365).

É consenso que, atualmente, “o controle abstrato de normas cumpre entre nós uma dupla função, tanto como instrumento de defesa da ordem objetiva, quanto como instrumento de defesa de posições subjetivas.” (MENDES, 1999, p. 365).

Com a edição da Emenda Constitucional n. 3, de 17 de março de 1993, e a alteração do inciso I do artigo 102 da Constituição Federal, foi possibilitada a proposição de ação declaratória de constitucionalidade pelos órgãos relacionados no §4º do artigo 103, conforme é possível observar:

Art. 102. [...]

I – [...]

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

[...]

§ 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

§ 2.º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.

Art. 103 [...]

§ 4.º A ação declaratória de constitucionalidade poderá ser proposta pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados ou pelo Procurador-Geral da República.

Portanto, tornou-se viável propor a ADC, embora com uma gama de possíveis autores mais restrita do que a ADIn. Outra inovação com relação a esta Emenda Constitucional diz respeito ao § 2º do artigo 102, que passou a determinar que as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo STF nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.

Com a promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004, que alterou o caput do artigo 103 da Constituição e revogou o §4º do mesmo artigo, tornaram-se os mesmos, tanto para a ADC quanto para a ADIn, os sujeitos ativos aptos a propor as referidas ações, quais sejam, os elencados nos incisos I a IX do art. 103.

2.2.2.1 *Súmula vinculante*

O artigo 103-A, da Constituição Federal, inserido no texto constitucional através da Emenda Constitucional n. 45, de 08 de dezembro de 2004, “criou em nosso ordenamento a possibilidade da edição de uma súmula vinculante” (VAZ; CROSARA, 2013, p. 614). Esse instituto foi transferido dos sistemas jurídicos da *common law* para o brasileiro e essa “inserção com status constitucional vem acompanhado de muita polêmica.” Alegava-se que a Emenda nº 45 violava “uma série de preceitos constitucional como o contraditório, a ampla

defesa, a liberdade de convicção do juiz, a separação dos Poderes e o Estado de Direito.” (VAZ; CROSARA, 2013, p. 614).

Opiniões contrárias valorizam o fato de que se evite acumular processos nos tribunais com situações idênticas, além de proporcionar a segurança jurídica de que processos idênticos terão decisões idênticas, por assim dizer, evitando que a mesma situação jurídica tenha desfecho diferente em razão da valoração de juízo de cada julgador.

Conforme se observa no próprio dispositivo em questão⁶, o objetivo da norma é dar segurança jurídica em relação às normas “acerca das quais haja controvérsia atual” [...] “e que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.” Ainda segundo os autores, “a criação de súmulas já era possível em nosso ordenamento vigente para indicar o posicionamento fixado pela corte suprema em decisões reiteradas e que a partir da súmula passavam a constituir o paradigma da decisão do órgão jurisdicional em questão.” (VAZ; CROSARA, 2013, p. 615).

A mudança que se deu, no entanto, com a inclusão do dispositivo no texto constitucional foi no sentido de que “as súmulas que porventura forem criadas pelo Supremo alcançarão os outros tribunais e órgãos do Poder Judiciário, bem como a administração pública direta, indireta, em todas as esferas da federação, vinculando-os.” (VAZ; CROSARA, 2013, p. 615).

A competência para propor a aprovação de súmula vinculante é do próprio STF ou dos legitimados a propor a ação direta de inconstitucionalidade, e, para ser aprovada, necessita decisão de dois terços dos seus membros e que tenha havido reiteradas decisões sobre a matéria constitucional.

⁶ Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Vide Lei n. 11.417, de 2006).

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) [...]

2.2.3 Controle de constitucionalidade em outros países

Sérgio Resende de Barros (2000) menciona os principais modelos de controle constitucional utilizados, destacando o modelo americano, bastante utilizado no século XIX e que, apesar do desenvolvimento que sofreu nos Estados Unidos, revelou inconvenientes: a deseconomia e a instabilidade jurídicas.

O dispêndio maior com o custo das causas que questionavam a constitucionalidade se dá em razão de que a resolução do processo se dava caso a caso, com a multiplicação “de processos essencialmente iguais [...] com pequenas variações acessórias e efeito apenas *inter partes*”. Além do custo processual demasiado, esse sistema causava certa instabilidade jurídica, porque cada juiz podia julgar de forma diferente casos semelhantes e que “[...] meramente em função da distribuição do processo para este ou aquele juiz, pode uma pessoa sofrer algum ônus, ainda que transitório, que outras não sofreram, em casos praticamente iguais.” (BARROS, 2000).

Segundo o autor, o outro modelo criado que buscou superar alguns dos inconvenientes do modelo americano é o chamado modelo europeu, austríaco ou kelseniano, que surgiu “na Constituição da Áustria” (1920/1929). Esse modelo foi estabelecido com base nas ideias de Hans Kelsen e tem segundo Sergio Rezende de Barros, “características, em geral opostas ao sistema ou modelo americano e consistem em ser:” [...], “principal”, porque o que é discutido é a própria constitucionalidade; “concentrado”, porque a competência do controle é atribuída a um só tribunal “como em Portugal ou no Peru e outros; ou tribunal superior, como no Brasil o Supremo Tribunal Federal, [...]”; “de constitutivo” porque declarada a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, o tribunal desconstitui seus efeitos deste seu nascimento ou a partir da declaração de inconstitucionalidade; “*erga omnes*” porque seus efeitos são válidos para todos; “*ex tunc*, ou *ex nunc*⁷, ou até *pro futuro*” porque conforme dito acima o tribunal pode determinar que “o efeito desconstitutivo” valha desde a entrada do ato institucional no ordenamento jurídico, desde a decisão de inconstitucionalidade ou até a partir de determinada data (BARROS, 2000).

O autor cita como exemplo o artigo 204 da Constituição Peruana, que determina que “não tem efeito retroativo a sentença do Tribunal que declara inconstitucional, no todo ou em parte, uma norma legal” (BARROS, 2000).

⁷ *Ex nunc*: de agora em diante; a partir do presente momento; sem efeito retroativo (SILVA, 2006, p. 569).

Além das características já citadas, o modelo austríaco também comporta generalidade e abstração, já que o controle de constitucionalidade não é julgado em relação a um caso concreto, mas em relação a uma lei ou um ato normativo em tese, ou seja, em abstrato.

Newton Tavares Filho, numa análise ampla dos Tribunais Constitucionais, enfatiza a informação de conhecimento geral de que os dois sistemas que deram origem à jurisdição constitucional são os que nasceram nos Estados Unidos no início do século XIX e na Áustria, com a Constituição de 1920, nascido principalmente pela resistência dos europeus “em permitir que um órgão não-eletivo invalidasse normas fruto de deliberações do Parlamento – instância representativa máxima da nação”. Ressalta que este tribunal criado na Áustria era externo aos três poderes e constituído por magistrados nomeados por mandato certo. Exerciam a função de controle jurisdicional de forma geral, não atuando em casos concretos. “Essa função de ‘legislador negativo’ conciliou o princípio da soberania do Parlamento, tão caro aos europeus, com a supremacia da Constituição [...]” (2009, p. 3-4).

J. J. Gomes Canotillho acrescenta que “este sistema encontrou grande recepção no pós-Guerra, estando consagrado na Itália, Alemanha, Turquia, Iugoslávia, Chipre, Grécia, Espanha e Portugal” (2003, p. 899).

Esses modelos iniciais não só se difundiram entre vários países, como deram origem a modelos mistos. Mendes, Coelho e Branco apontam que “estas concepções aparentemente excludentes” ensejaram “o surgimento de modelos mistos, com combinações de elementos dos dois sistemas básicos” (v.g.; o sistema brasileiro e o sistema português) (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 5).

A seguir, para que se possa brevemente conhecer e comparar os sistemas, passa-se a discorrer sobre algumas peculiaridades relativas ao funcionamento e ao regramento dos Tribunais Constitucionais Internacionais.

No Estados Unidos, os juízes são vitalícios e nomeados pelo Presidente da República e confirmados pelo Senado Federal. Não existem requisitos capacitários. “Qualquer americano pode integrar a Suprema Corte”. “Os efeitos das decisões formam precedente [...] e são de obediência obrigatória para todos os tribunais dos Estados Unidos” (MORAES, 2000, apud TAVARES FILHO, 2009, p. 67-98).

Quanto ao Conselho Constitucional da França, tem-se que os ex-presidentes tornam-se membros natos e vitalícios. Além deles, são escolhidos mais nove membros não natos, com

mandato de nove anos, e escolhidos por critérios políticos, três pelo Presidente, três pela Assembleia Nacional e três pelo presidente do Senado. Os efeitos das decisões são *erga omnes* e vinculantes para a Administração e o Judiciário. Ressalta-se que, “se o Conselho permite a promulgação de uma lei apenas quando se dê a esta uma determinada interpretação [...], a ausência de controle a *posteriori* pode permitir que os juízes interpretem a norma como quiserem, neutralizando a decisão superior” (TAVARES FILHO, 2009, p. 121-138).

Na Alemanha, os tribunais são compostos por “dezesseis membros, divididos em dois Senados [...]”. Desses, três de cada Senado são eleitos “dentre os integrantes dos tribunais superiores [...] e os demais livremente.” Existe idade mínima (quarenta e oito anos) e máxima (sessenta e oito anos), como requisito para fazer parte do Tribunal Constitucional Alemão. “No recurso constitucional, anula-se a decisão ou ato administrativo; no controle de constitucionalidade abstrato ou difuso, a decisão tem efeitos (via de regra) *ex tunc* e vinculantes.” (MORAES, 2000, apud TAVARES FILHO, 2009, p. 142-165).

Observa-se, assim, que há diferenças marcantes entre os sistemas de cada país no controle de constitucionalidade de seus atos legislativos e decisões judiciais.

2.3 A declaração de inconstitucionalidade e os seus efeitos

Como regra geral, no ordenamento jurídico brasileiro, os efeitos das declarações de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo são retroativos (*ex tunc*), isto é, o dispositivo cuja inconstitucionalidade foi declarada deixa de existir desde o seu nascimento, com todas as consequências que isso pode acarretar.

Antes da edição da Lei n. 9.882/99 e, especialmente, da Lei n. 9.868/99, por vezes, o Supremo Tribunal Federal atenuava os efeitos da inconstitucionalidade declarada, com base em outros princípios constitucionais, como o princípio da proporcionalidade, da segurança jurídica ou outro que se aplicasse ao caso em questão. Portanto, essa regra não impediu que o Supremo Tribunal Federal aplicasse o instituto da modulação dos efeitos de suas decisões, visando a dar ao dispositivo em questão interpretação conforme o que dispõe a Constituição Federal, amparado, já naquele período, principalmente no princípio da segurança jurídica e na utilização da interpretação conforme a Constituição e na declaração de nulidade parcial e declaração de nulidade parcial sem redução de texto.

Com o advento da Lei n. 9.868/99, e seu artigo 27, algumas alterações foram implementadas nos procedimentos e julgamentos das ações onde é questionada a

constitucionalidade de lei ou ato normativo, em especial em relação à modulação dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade.

Em capítulo posterior, faz-se uma análise pormenorizada das alterações efetuadas no julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade, dentre as quais se destaca a modulação dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade. Também é feito um trabalho buscando uma definição, com base na doutrina e na jurisprudência nacionais, sobre a constitucionalidade ou não do próprio artigo 27 da Lei n. 9.868/99, que, embora já esteja servindo de base para várias decisões do STF desde o início de sua vigência, não teve a sua constitucionalidade pacificada, pois estão pendentes de decisão duas ações diretas de inconstitucionalidade contra esse dispositivo.

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Princípios constitucionais são fundamentos expressos ou não na Constituição, que norteiam todo o ordenamento jurídico nacional e que devem servir como balizamento na tomada de decisões dos julgadores, quando norma infraconstitucional não for suficiente para resolver o litígio.

No que diz respeito à importância dos princípios, tem-se que eles

[...] revelam o conjunto de normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa. [...], exprimem sentido mais relevante que o da própria norma ou regra jurídica. Mostram-se a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-as em perfeitos axiomas. [...]. Compreendem, pois os fundamentos da Ciência Jurídica, onde se firmaram as normas originárias ou as leis científicas do direito, que traçam as noções em que se estrutura o próprio direito (SILVA, 2006, p. 1090-1091).

Os princípios constitucionais, principalmente nas últimas décadas, ascenderam a uma posição de destaque e preponderância, quanto estão sendo decididas questões legais e constitucionais.

Conforme ensina Érico Hack, “o título I da Constituição Federal, além de estabelecer que o Brasil é uma República Federativa e um Estado democrático de direito, determina alguns fundamentos e objetivos denominados de princípios, que devem ser observados pelo Estado” (2008, p. 54).

Na mesma obra, o autor estabelece a diferença existente entre Princípios e Regras Jurídicas: princípios “são prescrições normativas que estabelecem valores, políticas e objetivos que devem ser buscados por todo o sistema jurídico. Por serem valores, os princípios estão presentes em todos os casos e servem para interpretação de todas as leis e normas.” Já as regras “são prescrições normativas específicas e determinadas, que se circunscrevem a um determinado caso e não se aplicam aos demais.” (2008, p. 54).

A Constituição brasileira possui vários princípios, alguns positivados e outros inferidos pelos valores estabelecidos na Carta Maior e que, segundo o pensamento doutrinário e a própria jurisprudência, colocam-se no mesmo patamar dos positivados na Constituição.

Com relação ao tipo de inconstitucionalidades possíveis, Luís Roberto Barroso explica que existe a inconstitucionalidade formal, quando “um ato legislativo tenha sido produzido em desconformidade com as normas de competência ou com o procedimento estabelecido para seu ingresso no mundo jurídico”. Já a inconstitucionalidade material se dá “quando o

conteúdo do ato infraconstitucional estiver em contrariedade com alguma norma substantiva prevista na Constituição, seja uma regra ou um princípio.” (2004, p. 25).

José Afonso da Silva faz a distinção entre princípios fundamentais e princípios gerais do Direito Constitucional. Segundo o autor,

[...] os primeiros integram o Direito Constitucional positivo, traduzindo-se em normas fundamentais, normas-síntese ou normas-matriz, ‘que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte’, normas que contém as decisões políticas fundamentais que o constituinte acolheu no documento constitucional. Os princípios gerais formam temas de uma teoria geral do Direito Constitucional, por envolver conceitos gerais, relações, objetos, que podem ter seu estudo destacado da dogmática jurídico-constitucional (SILVA, 2013, p. 97).

No desenvolvimento deste trabalho, são feitas análises baseadas em alguns princípios constitucionais, expressos e não expressos, como os princípios da legalidade, da segurança jurídica, da supremacia do interesse público, da isonomia, além de outros. Examinam-se, mais aprofundadamente, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, por constituírem-se em pilares utilizados na aplicação da modulação dos efeitos das decisões pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle difuso e concentrado de constitucionalidade, assim como a técnica da ponderação e se a utilização desses princípios não conflita com o princípio da separação dos poderes.

Com o advento da Constituição de 1988, vários princípios constitucionais foram positivados e alguns, mesmo não expressamente previstos, puderam ser inferidos pela análise sistemática da Carta Magna. Nos casos concretos, por vezes, lida-se com situações em que há colisão entre dois princípios ou mais.

Na solução de questões em que há choque entre dois ou mais princípios, frequentemente se faz uso de princípios não expressos na Constituição, mas de conhecimento geral, quais sejam, o princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade. Embora inicialmente esses princípios fossem utilizados apenas nas controvérsias que envolviam direitos e garantias fundamentais, pode-se dizer que o seu campo de utilização foi ampliado e hoje são aplicados em vários ramos do direito. É a Constituição que norteia a validade para a produção e a interpretação das normas infraconstitucionais. Segundo Hans Kelsen:

Todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma e mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa. A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. [...] É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa (1988, p. 217).

Robert Alexy define que “princípios são comandos de otimização. Como tais, eles exigem ‘que algo seja realizado na maior medida possível, dadas as possibilidades jurídicas e fáticas.’” (2014, p. 3).

Neste momento, entende-se como importante fazer uma síntese do que trata cada princípio em questão, para, depois, aprofundando a análise dos princípios mais utilizados na modulação dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade.

3.1 Do princípio da legalidade

O princípio da legalidade é um dos fundamentos do Estado do Direito e preceitua que ninguém é proibido de fazer o que não seja vedado em lei, ou, mais abrangentemente, “[...] preceitua que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.” (MORAES, 2004, p. 36). Ou seja, objetiva evitar excessos por parte do Estado.

Segundo Alexandre de Moraes, “Tal princípio visa a combater o poder arbitrário do Estado. Só por meio da espécie normativa (CF, artigo 59) devidamente elaboradas, conforme regras do processo legislativo constitucional, podem-se criar obrigações para os indivíduos [...]” (2011, p. 101).

Acrescenta que, com o “primado da lei, cessa o privilégio da vontade caprichosa do detentor do poder em benefício da lei.” E “no fundo, portanto, o princípio da legalidade mais se aproxima de uma garantia constitucional do que um direito individual [...], já que embora não protejam especificamente nenhum direito essencial, garante ao indivíduo ‘a prerrogativa’ de não atender determinações que não tenham base legal” (MORAES, 2011, p. 101).

Outra lição importante do autor é quanto à distinção de princípio da legalidade e princípio da reserva legal. “O primeiro significa o respeito e a submissão à lei, ou a atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador.” Já o segundo tem a ver com a determinação de que algumas matérias sejam reguladas por lei formal. Lógico que essa determinação se originaria da Constituição (MORAES, 2011, p. 107).

O princípio da reserva legal será útil ao presente trabalho na análise da inserção da Lei n. 9.868/99 no ordenamento jurídico nacional, mais especificamente na verificação se a matéria disciplinada nesta lei poderia ter sido feita por meio de lei ordinária.

No que tange ao viés tributário, o artigo 150, inciso I da Constituição Federal, expressamente proíbe aos Entes Federados de “exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça”.

Como se sabe, a positivação das normas é fundamental para a efetivação de direitos e obrigações. E as leis criadas não podem conflitar com a Lei Maior, sob pena de serem nulas ou anuláveis desde o seu nascimento.

A esse respeito, cabe ensinamento de Hans Kelsen, que faz considerações sobre o que ele define como “lei inconstitucional”:

A afirmação de que uma lei válida é ‘contrária à constituição’ (anticonstitucional) é uma *contradictio inadjecto*⁸; pois uma lei só pode ser válida com fundamento na Constituição. Quando se tem o fundamento para aceitar a validade de uma lei, o fundamento de sua validade tem que residir na Constituição. De uma lei inválida, não se pode, porém, afirmar que ela é contrária à Constituição, porque uma lei inválida não é sequer uma lei, porque não é juridicamente existente e, portanto, não é possível acerca dela qualquer afirmação jurídica (2000, p. 300).

Esse ensinamento pode ser essencialmente importante aos objetivos deste trabalho quando for tratada, nos capítulos seguintes, a questão da modulação dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade, principalmente nos julgamentos onde for definida eficácia prospectiva à decisão. Nessas decisões, ver-se-á que ocorre a validade de lei declarada inconstitucional, por determinado período, contrariando o que afirma Kelsen no trecho acima transcrito, com base em ponderações feitas, levando em conta princípios constitucionais.

3.1.1 Efeitos das medidas cautelares concedidas em Ações Declaratória de Inconstitucionalidade

Embora esse tópico trate dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade nas decisões do Supremo Tribunal Federal, o assunto será tratado junto ao princípio da legalidade,

⁸ *Contradictio inadjecto*: Locução latina que significa a contradição entre um termo e aquilo que lhe é acrescentado (DINIZ, 1998, p. 831).

pois as medidas cautelares têm influência direta na legislação que passa a valer ou não, caso seja concedido pedido cautelar.

A Lei n. 9.868/99, em seu §1º do artigo 11, assim dispõe:

Art. 11. Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União e do Diário da Justiça da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo solicitar as informações à autoridade da qual tiver emanado o ato, observando-se, no que couber, o procedimento estabelecido na Seção I deste Capítulo.

§ 1º A medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeito *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa.

§ 2º A concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário.

Robson Maia Lins comenta que, com base no artigo 11, § 1º, da Lei n. 9.868/99, em jurisprudência do STF, que “a cautelar concedida em ADIn tem efeito *ex nunc*, isto é, vincula todos os atos a serem praticado a partir de sua concessão, salvo se o Tribunal entender que deva dar efeito *ex tunc*.” Com base nesse mandamento, o autor conclui que as normas legais produzidas, “cuja eficácia [...] fora suspensa pela cautelar, independentemente de terem sido produzidas por ato administrativo [...]” ou por ato do sujeito passivo, não devem ser desfeitas, mesmo que não haja nenhum empecilho ligado à decadência ou prescrição (2005, p. 168).

Em síntese, a lei anterior, se existente, volta a ser válida, e os atos e fatos praticados com base na lei contestada também, salvo determinação do Tribunal.

3.2 Do princípio da segurança jurídica

O princípio da segurança jurídica tem seu principal lastro no inciso XXXVI, artigo 5º, da Constituição Federal, que assim dispõe:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

Alexandre de Moraes assim define esses três destes institutos que caracterizam a Segurança Jurídica: “o Direito denomina-se adquirido quando consolidada sua integração ao

patrimônio do respectivo titular, em virtude da consubstanciação do fator aquisitivo (requisitos legais e fato) previsto na legislação.” (2004, p. 298).

“Ato jurídico perfeito é aquele que reuniu todos os seus elementos constitutivos exigidos pela lei.” Em relação a coisa julgada o autor a define como “a decisão judicial da qual não caiba mais recurso, caracterizando-se pela imutabilidade.” (MORAES, 2004, p. 299).

É um dos pilares do ordenamento jurídico brasileiro e está implícito em alguns dispositivos da Constituição Federal. Na esfera tributária, esse princípio ganha relevância no sentido de garantir que atos jurídicos consolidados, conforme a lei vigente à época, não podem ser desfeitos se a lei que os originou, posteriormente, for considerada inconstitucional.

Com relação a este princípio, Alexandre de Moraes cita decisão prolatada no RTJ 163/795, parcialmente abaixo transcrita:

STF –Contrato. Depósitos em caderneta de poupança. Ato jurídico perfeito. Princípio Constitucional da intangibilidade das situações definitivamente consolidadas (CF, art. 5º, XXXVI). Impossibilidade da incidência de lei nova destinada a reger os efeitos futuros de contratos anteriormente celebrados... a eficácia retroativa das leis...- não pode gerar lesão ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada.

Como ressaltado pelo Ministro-relator Moreira Alves a previsão do art. 5º, XXXVI, ‘consagra princípio fundamental destinado a resguardar a incolumidade das situações jurídicas definitivamente consolidadas’ (2004, p. 299).

Cabe, ainda, acrescentar em relação à coisa julgada, que integra o princípio da segurança jurídica, ressalva feita por Gilmar Mendes em relação ao efeito *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade:

[...] o sistema de controle da constitucionalidade brasileiro contempla uma ressalva expressa a essa doutrina de retroatividade: a coisa julgada [...] a pronúncia de inconstitucionalidade não faz tabula rasa da coisa julgada erigida pelo constituinte em garantia constitucional. Afigura-se evidente que a nulidade *ex tunc* não afeta a norma concreta contida na sentença ou acórdão (1990, p. 280).

Observa-se que esse ensinamento deu-se em data muito anterior ao da promulgação da Lei n. 9.868/99, provavelmente antevendo a necessidade de se regulamentar o efeito das decisões de inconstitucionalidade.

Recentemente, o STF decidiu que a “Decisão do Supremo Tribunal Federal que declarar a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de norma não produz a automática reforma ou rescisão sobre decisões anteriores transitadas em julgado”, cabendo aos

interessados ingressar com ação rescisória, dentro dos prazos processuais previstos em lei (RE 730.462, SÃO PAULO, publicado no DJE de 09/09/2015).

Fácil detectar que a decisão, tomada em maio de 2015, dá-se no mesmo sentido do ensinamento de Gilmar Mendes feito em 1990, de que a sentença transitada em julgado, por ser ato jurídico perfeito, é um limite a ser observado nos efeitos das declarações de inconstitucionalidade, ressalvada a possibilidade de ação rescisória dentro do prazo legal.

Sua importância se dá principalmente pelas necessárias estabilidade e previsibilidade que o ordenamento jurídico exige. Com raras exceções, nenhum dos elementos que compõem o princípio da segurança jurídica pode sofrer alterações sob pena de lesão a princípio constitucional. É um dos fundamentos expressos no artigo 27 da Lei n. 9.868/99, que possibilita a modulação dos efeitos das decisões, pois o artigo em questão cita com destaque o princípio da segurança jurídica como um dos possíveis motivadores da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

Ana Carolina Barros Vasques (2013, p. 80) destaca alguns aspectos importantes em relação à modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, examinando principalmente a questão da segurança jurídica, sua importância e significado que pode tomar quando a questão envolve matéria tributária.

A autora faz uma colocação importante e que tem amparo na doutrina grandemente majoritária:

[...] a não aplicação da chamada regra da nulidade pode, por si só, trazer grande insegurança jurídica para o futuro, vez que representa, em certa medida, uma autorização para desobedecer à Carta Magna, sua utilização requer a constatação de significativo risco à estabilidade institucional ou a credibilidade no ordenamento. Não bastam, portanto meras justificativas de ordem econômico financeira, para superar esta máxima do Estado Democrático de Direito que é a conformidade das leis ao seu referencial mais elevado, a Constituição Federal (BARROS VASQUES, 2013, p. 88).

A título ilustrativo, cabe o registro de que tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 4.355/12, já aprovado na Comissão de Constituição de Justiça em 23 de junho de 2015, e que aguarda apreciação do Senado Federal, de autoria do deputado Victorio Galli, que visa a autorizar o STF a julgar leis revogadas. Segundo o autor do PL, o projeto tem como objetivo evitar expediente usado por alguns estados brasileiros, que “seria o de revogar uma lei ou ato inconstitucional, para evitar sua análise no STF e, posteriormente, reeditá-lo”, o que prejudicaria a população e traria insegurança jurídica. A proposição, conforme Ementa do

Projeto de Lei, é a inclusão de dispositivo à Lei n. 9.868/99 que autorize o STF a julgar leis revogadas.

Conforme já mencionado acima, o princípio da segurança jurídica tem muito peso nas decisões tomadas pela Corte. O que caberia avaliar é se o princípio está sendo aplicado isonomicamente, independentemente das partes em litígio.

3.3 Do princípio do excepcional interesse social

O princípio do excepcional interesse social ganhou destaque com sua inclusão no artigo 27 da Lei n. 9.868/99, como um dos motivos que poderia ensejar o efeito restritivo nas declarações de inconstitucionalidade e será mais detidamente analisado no tópico referente às possibilidades de modulação de sentença.

Em conformidade com a Constituição Social, esse princípio define o dever dos Poderes Constituídos, ao examinarem a solução para um problema que envolva diversas e conflitantes variáveis constitucionais, buscarem a solução que seja mais relevante na ótica social e que, por isso, justifique o abrandamento ou afastamento das normas colidentes com a da solução encontrada. Não existe uma definição única do que seria “excepcional interesse social”, mas há autores que defendem a ideia de que situações em que um princípio constitucional é violado e essa violação atinge valores caros a uma parcela significativa da sociedade, geraria o excepcional interesse social.

De forma sintética, pode-se dizer que este princípio busca a atuação estatal, flexibilizando alguns princípios constitucionais em detrimento de outros, quando há grande interesse social envolvido. Está expresso no artigo 27 da Lei n. 9.868/99, como passível de justificar a modulação dos efeitos das decisões.

Cabe, em relação a este princípio, transcrever parcialmente relatório do Ministro Gilmar Mendes no Agravo de Instrumento nº 474.708 reproduzido na obra de Elaine Silva:

A norma contida no ar. 27 da Lei n. 9.868, [...], tem caráter fundamentalmente interpretativo, [...], desde que se entenda que os conceitos jurídicos utilizados [...] e excepcional interesse social – se revestem de base constitucional. [...]. Excepcional interesse social pode encontrar fundamento em diversas normas constitucionais. O que importa assinalar é, que, consoante a interpretação aqui preconizada, o princípio da nulidade somente há de ser afastado se se puder demonstrar, com base numa ponderação concreta, que a declaração de inconstitucionalidade ortodoxa envolveria o sacrifício da segurança jurídica ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social (SILVA, 2009, p. 91).

A expressão usada na citação acima, “o princípio da nulidade somente há de ser afastado [...], com base numa ponderação concreta, que a declaração de inconstitucionalidade ortodoxa envolveria o sacrifício [...] ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social” demonstra quão abrangente pode ser o enquadramento dentro desses princípios. Repisando, a frase “valor constitucional materializável sob a forma de interesse social” pode significar várias coisas, conforme o intérprete ou a situação e, dessa forma, parece que este princípio, pela sua abertura, pode ser muito útil aos interesses do Estado ou de grupos sociais fortemente representados, necessitando ser melhor especificado.

3.4 Princípio da irretroatividade

Muito importante a utilização do princípio da irretroatividade, principalmente na seara tributária, onde ele determina que a lei tributária só é válida para fatos geradores ocorridos depois do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado, conforme o artigo 150 da CF 1988:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

[...]

III - cobrar tributos:

a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou; (Vide Emenda Constitucional nº 3, de 1993).

c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003).

Aliomar Baleeiro destaca que “A Constituição de 1988 consagra o princípio da irretroatividade, de forma ampla, como direito fundamental do cidadão (artigo 5º, XXXVI), e de forma específica, como direito fundamental do cidadão-contribuinte (artigo 150, III, a)” e ensina que “a Constituição brasileira ainda consagra o princípio da anterioridade (artigo 150, III, b)” (1998, p. 189), que veda a exigência ou o aumento de tributo no mesmo exercício financeiro em que tenha sido publicada a lei que o aumentou ou instituiu.

Este princípio tem o objetivo de proteger o cidadão que vem cumprindo a legislação vigente de forma correta, de atos do Estado que possam, através de Medidas Provisórias ou Leis, criar obrigações sobre atos já consumados e fatos geradores já ocorridos.

3.5 Princípio da isonomia ou igualdade

Segundo Alexandre de Moraes, este princípio foi adotado pela Carta Magna “prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, [...]conforme ‘critérios’ pré-estabelecidos pela legislação vigente” (2011, p. 87). O autor explica que o que é vedado é o tratamento discricionário, arbitrário ou discriminatório em se tratando de iguais, mas que “o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, [...]” (MORAES, 2011, p. 87).

O princípio da igualdade de direitos prevê a isonomia de oportunidades ao homem, certificada na citação de Celso Antônio Bandeira de Mello: “Assim, os tratamentos normativos diferenciados são compatíveis com a Constituição Federal quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado.” (1993, p. 81).

Logo, as desigualdades são aceitas somente se existe a tentativa de igualar condições sociais diferentes, atendendo a uma finalidade, uma busca de justiça social ou pelo menos a diminuição dos desequilíbrios.

Este princípio é particularmente importante em matéria tributária e encontra-se insculpido no inciso II do artigo 150 da Constituição Federal. Pela simples leitura do dispositivo, verifica-se que ele veda tratamento desigual a contribuintes em situação equivalente e ainda proíbe qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função, seja qual for a denominação do rendimento auferido:

Art. 150. [...] II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

Alexandre Rego lembra que a isonomia “é um pilar do Estado Democrático de Direito” e que, pela importância que tem, consta “de grande parte das Constituições Modernas [...]” e esteve presente “em todas as Constituições Brasileiras como garantia máxima de tratamento isonômico entre as pessoas”. Certifica ainda a relevância na esfera tributária,

principalmente pela “garantia máxima de tratamento isonômico entre as pessoas” (2013, p. 797).

Sintetizando, pode-se dizer que o princípio da isonomia não admite tratamentos desiguais, discriminatórios ou discricionários entre cidadãos de mesma condição social, mas, por questão de justiça e atendendo à finalidade da busca de igualdade de condições sociais, permite que pessoas em condição social inferior tenham benefícios no tratamento de suas questões, não só através de leis como também de programas de incentivo a este objetivo.

3.6 Princípio da separação dos poderes

O artigo 2º da Constituição Federal diz textualmente: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”, instituindo, assim, o princípio da separação dos poderes da República.

Erico Hack explica de forma clara:

O poder é exercido com funções divididas, de maneira que uma função possa fiscalizar a outra e evitar confusões. É a chamada tripartição do poder e está prevista no art. 2º da Constituição: ‘São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.’ A Constituição menciona que os poderes são independentes e harmônicos entre si. Isso significa que eles não interferem um no outro nem têm relação de hierarquia. São harmônicos porque devem funcionar de acordo com os princípios da Constituição e na busca dos mesmos ideais (2008, p. 62).

Pedro Lenza destaca a importância da independência dos Poderes entre si, “cada qual atuando dentro de sua parcela de competência constitucionalmente estabelecida quando da manifestação do poder constituinte originário”. Lembra ainda que “ a CF/1988 erigiu à categoria de cláusula pétrea a separação de Poderes (artigo 60, § 4.o, III)” (2015, p. 591).

O autor faz uma ressalva com relação à delegabilidade de atribuições na questão relativa à separação dos poderes:

As atribuições asseguradas não poderão ser delegadas de um Poder (órgão) a outro. Trata-se do princípio da indelegabilidade de atribuições. Um órgão só poderá exercer atribuições de outro, ou da natureza típica de outro, quando houver expressa previsão (e aí surgem as funções atípicas) e, diretamente, quando houver delegação por parte do poder constituinte originário, como ocorre, por exemplo, com as leis delegadas do art. 68, cuja atribuição é delegada pelo Legislativo ao Executivo (LENZA, 2015, p. 591).

Com relação a este princípio, algumas ideias a respeito da extrapolação de limites por parte do STF, com a modulação, serão colocadas por Paulo Bonavides no exame do princípio da proporcionalidade, e, conforme se verá adiante, alguns doutrinadores são fortemente contrários ao artigo 27 da Lei n. 9.868/99, principalmente em relação à modulação com efeitos prospectivos, pois consideram que o julgador, neste caso, está legislando positivamente, o que não seria o seu papel e, sim, atribuição do Poder Legislativo.

José Afonso da Silva, em tópico que trata da independência e da harmonia entre os poderes, ao explicar a questão de pesos e contrapesos entre os poderes, faz uma pequena citação que, embora breve, parece significativa: “Se os tribunais não podem influir no Legislativo, são autorizados a declarar a inconstitucionalidade das leis, não as aplicando neste caso.” (2013, p. 113).

A citação acima ganha relevância justamente porque a questão central deste trabalho é a modulação permitida pela Lei n. 9.868/99, que é parcialmente incompatível com o pensamento do autor, que considera atribuição dos tribunais a determinação da não aplicação de leis inconstitucionais e nada além disso, diferentemente do que ocorre com o artigo 27 da referida lei.

Como se demonstrará na análise de caso, no capítulo 4, o próprio Ministro do STF, Marco Aurélio, que foi voto vencido quanto à questão da modulação, considera que o papel do Supremo Tribunal Federal é de legislador negativo, isto é, deve decidir o que não é constitucional, mas não deve atribuir-se o poder de legislar positivamente, que, ao seu ver é o que ocorre quando há modulação dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade, em especial quando são dados efeitos prospectivos à lei considerada inconstitucional.

3.7 Do princípio da razoabilidade e do princípio da proporcionalidade

Inicialmente, cabe uma observação de que há discussões doutrinárias sobre serem o princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade o mesmo princípio, apenas utilizado com nomes diferentes.

Helenilson Cunha Pontes discorre sobre o assunto e elenca “pelo menos quatro diferenças” entre a proporcionalidade e a razoabilidade a saber: “A exigência de motivação racional da decisão que aplica o princípio da proporcionalidade é sensivelmente maior, e diferente, da que aplica o princípio da razoabilidade”. Dessa forma, haveria maior

discricionariedade na aplicação da razoabilidade. “Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade distinguem-se pelo conteúdo”. Segundo o autor, aquele princípio “consubstancia [...] um juízo acerca da relação meio-fim”, utilizando-se dos “aspectos da adequação e da necessidade, em maior medida, e a conformidade ou proporcionalidade em sentido estrito, em menor medida [...]”. Neste quesito, segundo o autor, a razoabilidade necessita apenas “que a decisão seja racionalmente motivada, aprecie os interesses concretamente em discussão e seja uma dentre as várias decisões igualmente razoáveis” (2000, p. 88-89).

A terceira diferença seria relativa à “natureza” dos princípios, enquanto “a razoabilidade constitui exigência geral da razão humana, aplicável a todos os setores” em que o indivíduo age em sociedade, impedindo

[...] que o inaceitável socialmente [...] se concretize, a proporcionalidade [...] consubstancia também princípio jurídico material. [...] portanto, não exige apenas que a atuação estatal e a decisão jurídica sejam razoáveis, mas que sejam as melhores, e representem a maximização das aspirações constitucionais (PONTES, 2000, p. 89).

Segundo o mesmo autor, “a razoabilidade, de certa forma, manifesta-se no princípio da proporcionalidade, pois este também exige racionalidade das ações estatais” (PONTES, 2000, p. 89), mas concluiu que “[...] a decisão jurídica que atende aos comandos do princípio da proporcionalidade manifesta razoabilidade, mas não se esgota nela.” (PONTES, 2000, p. 90).

Por fim, o autor aponta como quarta diferença entre os princípios citados, o fato de que

A razoabilidade é norma jurídica com exclusiva função de bloqueio, [...] objetiva impedir a consumação de decisões socialmente inaceitáveis enquanto que o princípio da proporcionalidade, além da função de bloqueio, [...] caracteriza-se pela função de resguardo, isto é, de norma que exige e assegura a concretização dos interesses constitucionalmente consagrados, na melhor medida possível (PONTES, 2000, p. 90).

Outros autores definem o princípio da proporcionalidade como “aquele que orienta o intérprete na busca da justa medida de cada instituto jurídico.” Significa buscar o remédio menos amargo “ao cidadão”, ao buscar soluções dentre as várias possíveis ao se interpretar uma norma, aplicável ao caso em exame (ARAUJO; NUNES JUNIOR, 2013, p. 130).

Para esses autores, “O princípio da proporcionalidade importa aplicação razoável da norma. [...] o princípio em pauta confunde-se com o da razoabilidade, podendo as expressões ser utilizadas em sinonímia.” (ARAÚJO; NUNES JUNIOR, 2013, p. 130).

Conforme se observa, embora haja discordância entre autores sobre serem sinônimos ou não a proporcionalidade e a razoabilidade, o que se busca ao utilizar-se esses princípios é uma solução que não fuja do padrão normal para o cidadão médio, considerando o grupo social em que ele vive, e que, ao mesmo tempo, não coloque peso demasiado sobre uma das partes, ou seja, que a obrigação imposta seja proporcional ao dano causado, mas dentro das possibilidades de atendimento pela parte obrigada.

No momento, cabe registrar que o artigo 27 da Lei n. 9.868/99 não utiliza qualquer das duas expressões entre os fundamentos para a modulação, e estes princípios vêm sendo utilizados, por vontade dos julgadores, em decisões relativas a períodos bem anteriores à edição da lei em debate.

A Lei n. 9.784/99 que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, relaciona em seu artigo 2º os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade dentre outros, o que dá a ideia de que são princípios diferentes para o legislador.

Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, no que diz respeito à sua aplicação, têm natureza mista de princípio e regra. Como princípio, por atuar de forma genérica e abstrata, e como regra, quando atua em uma situação fática, servindo para solucionar o conflito.

Trata-se de um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema. [...] O princípio pode operar, também, no sentido de permitir que o juiz gradue o peso da norma, em uma determinada incidência, de modo a não permitir que ela produza um resultado indesejado pelo sistema, assim fazendo a justiça do caso concreto (BARROSO, 2013, p. 328-329).

Paulo Bonavides (2011, p. 392-436) dedica várias páginas para explicar em pormenores a origem deste princípio, que este autor trata de forma única, como princípio da proporcionalidade, seus possíveis enfoques, segundo a doutrina nacional e internacional, sua correlação com a Constituição de 1988 e sua aplicação no ordenamento jurídico nacional.

Inicialmente, o autor discorre sobre a definição do princípio e sua formação e cita a definição mais restrita de Pierre Muller, que considera existente o princípio quando se presume uma adequação entre fim ou fins a serem alcançados e os meios utilizados para alcançá-los (BONAVIDES, 2011, p. 393).

Citando Ernesto Pedraz Penalva, Paulo Bonavides constrói uma definição do princípio em questão: “[...] ‘cânone de grau constitucional’ com que os juízes corrigem o defeito da lei, bem como, em determinadas ocasiões, ‘as insuficiências legislativas provocadas pelo próprio Estado com lesão de espaços jurídicos fundamentais’” (2011, p. 395).

Com relação às críticas que sofre a utilização deste princípio, o autor salienta que existem algumas descabidas, “outras dignas de reflexão”, mas nenhuma capaz de restringir “o uso bem como o prestígio do novo princípio” (BONAVIDES, 2011, p. 428).

Dentre as críticas apresentadas, há o fato de que o princípio da proporcionalidade era originário do Direito Administrativo e trasladá-lo ao Direito Constitucional constituía-se numa irregularidade. Cita Schmidt, para quem a utilização deste princípio “representa quase sempre uma decisão [...] difícil de fundamentar, que corresponde unicamente ao desejo [...] de quem toma a decisão, e por isso não pode pleitear reconhecimento geral.” (BONAVIDES, 2011, p. 429).

Com base no texto de Paulo Bonavides sobre as críticas ao uso do princípio da proporcionalidade, infere-se que há o receio de que seu uso exagerado possa propiciar decisões judiciais caso a caso, conforme o pensamento do juiz, havendo inclusive a possibilidade de lesão ao princípio da separação dos poderes, na medida em que ocorre juridicização da legislação e descumprimento da parte normativa da constituição, com base num princípio superior que justificaria qualquer decisão. O princípio da razoabilidade poderia converter-se em “critério decisivo do exame das intervenções operadas no domínio dos direitos fundamentais” (GEORGE, 1985, apud BONAVIDES, 2011, p. 432).

Por fim, a respeito das críticas feitas, Paulo Bonavides conclui:

De tudo isso se infere que apesar da força e ímpeto de sua expansão no campo constitucional durante os últimos anos, o princípio da proporcionalidade, como sói acontecer com todos os princípios inovadores, ainda se defronta com obstáculos e resistências doutrinárias, em geral derivadas de quantos alimentam desconfiança sobre sua utilização enquanto instrumento de ampliação concreta das faculdades do juiz, fazendo por conseguinte indistintas as fronteiras que o separam do legislador e ao mesmo passo alternando, por via de consequência, o equilíbrio constitucional dos poderes (2011, p. 433).

Com relação ao princípio da proporcionalidade na Constituição de 1988, embora não positivada de forma direta, o autor relaciona sua aplicação em vários dispositivos constitucionais, que, de forma particularizada, aplicam o princípio para o caso específico, sem no entanto positivá-lo, com exceção “de alguns direitos sociais ou no campo do Direito Tributário (§1º do artigo 149), ou ainda no Direito Eleitoral relativamente à representação proporcional como regra constitucional de composição de uma das Casas do poder Legislativo (caput do ‘§ 1º do art. 45)’” (BONAVIDES, 2011, p. 434-435).

O autor conclui que

[...]o princípio em questão tem qualidade de princípio constitucional ou princípio geral de direito, apto a cautelar do arbítrio do poder o cidadão e toda a sociedade, que se faz mister reconhecê-lo já implícito e, portanto, positivado em nosso Direito Constitucional (BONAVIDES, 2011, p. 435).

Conforme se observa no trabalho de Paulo Bonavides, este trata os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade como um princípio único, embora a Lei n. 9.784/99 cite ambos em seu texto. De qualquer forma, são princípios utilizados como limites ou formas de ponderação pelo Supremo Tribunal Federal, e têm como características serem extremamente subjetivos e sujeitos a interpretações e a valorações diferentes, conforme o julgador do caso.

A proporcionalidade e a razoabilidade não são princípios expressos na Constituição Federal, porém, o Poder Judiciário utiliza-os com certa frequência, na busca de uma solução mais justa socialmente falando, principalmente quando estão em conflito dois ou mais princípios constitucionais.

3.8 Princípios da supremacia, da força normativa e da unidade da Constituição

O princípio da supremacia da Constituição, diferentemente dos princípios até aqui tratados, diz respeito mais a método de interpretação constitucional do que a princípio relativo às garantias previstas na Constituição. De qualquer forma, sua importância é fundamental, posto que, muitas vezes, na aplicação de outros princípios, principalmente se há colisão de normas de mesma hierarquia, o princípio da supremacia da constituição deve servir de balizamento para a tomada de decisão.

Segundo Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Junior, este princípio, “também denominado princípio de preeminência normativa, nada mais faz do que identificar

a Constituição Federal como o plexo de normas de mais alta hierarquia no interior de nosso sistema normativo.” (2013, p. 124).

Segundo os mesmos autores, esta supremacia torna a Constituição “fonte legitimadora de todo ordenamento jurídico” e traz com este predicado três consequências naturais, quais sejam:

(i) a revogação, dita hierárquica, de todas as normas anteriores que com ela se antagonizarem; (ii) a nulidade de todas as novas normas introduzidas no sistema que vierem a desrespeitar os seus preceitos; (iii) a imposição de que, dentre as interpretações hipoteticamente possíveis, só podem ser validamente esgrimidas aquelas conformes ao texto constitucional (ARAUJO; NUNES JUNIOR, 2013, p. 124).

Do princípio da supremacia da Constituição deriva logicamente o princípio da força normativa da Constituição, que indica que, na solução de conflitos constitucionais, deve ser dada a solução que esteja mais de acordo com objetivo constitucionalmente buscado.

Vinculado aos outros dois princípios acima referidos, tem-se o princípio da unidade da constituição. Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Junior assinalam que a Constituição, pela ampla gama de assuntos, interesses e finalidades, relativos às mais diferentes parcelas da sociedade, por vezes contempla normas aparentemente conflitantes, ou mesmo incompatíveis, mas que isto não deve servir para desqualificar a lei maior, ou mesmo para deixar de aplicá-la. Segundo os autores, o princípio da unidade da Constituição determina que ela seja interpretada no seu todo, na sua finalidade sistêmica, globalmente, evitando-se, assim, que normas nela conflitantes impeçam que os objetivos por ela buscados sejam alcançados.

4 ARTIGO 27 DA LEI N. 9.868/99 – MODULAÇÃO DOS EFEITOS DAS DECISÕES NAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE: LEGISLAÇÃO E DOUTRINA

Neste capítulo, analisam-se mais especificamente as alterações legislativas que modificaram o processo e o julgamento das ADIn e seus efeitos práticos. Também serão referidas as ADIn que contestam o art. 27 da Lei n. 9868/99, e apresentadas as técnicas usadas pelo STF para aplicação ou não da modulação antes da positivação desse dispositivo legal. Por fim, apresentam-se as principais posições doutrinárias sobre o tema.

4.1 Artigos 27 e 28 da Lei n. 9.868/99: alterações na condução e no julgamento das ADIn e ADC

Em 7 de abril de 1997, com a Exposição de Motivos n. 189 (EM n. 189), foi exposto ao Presidente da República o anteprojeto de lei que visava a disciplinar a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Nesta exposição de motivos, foram referidos os objetos que foram trabalhados e a composição da comissão de juristas que efetuaram o trabalho. A ideia era “formular propostas de reforma” de diversas leis e “propor projeto de lei sobre mandado de injunção, habeas data, ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade.” (EM n. 189, p. 1).

A primeira versão do anteprojeto ficou a cargo do professor Gilmar Mendes e houve várias sugestões dos membros da Comissão que introduziram alteração no esboço.

Destaque já nesta versão preliminar do anteprojeto, com o objetivo de dar celeridade ao processo de permitir ao relator, foi a possibilidade de indeferimento liminar às petições ineptas as não fundamentadas e as manifestamente improcedentes.

Dentre as outras várias alterações propostas nesta exposição de motivos, destaca-se a que “[...] tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, a restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de estabelecer que ela tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado [...]” (EM n. 189, p. 5).

O argumento utilizado para a inclusão desta alteração foi o de que

[...] a falta de um instituto que permita estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade acaba por obrigar os Tribunais, muitas vezes a se absterem de emitir um juízo de censura, declarando a constitucionalidade de leis manifestamente inconstitucionais) (EM n. 189, p. 5).

Foi também acrescentada, na exposição deste instituto em especial, vasta aplicação na legislação estrangeira, salientado quão gravosa poderia ser a fixação da declaração de inconstitucionalidade com o efeito *ex tunc*, independentemente da situação fática.

Nas páginas 10 e 11 da Exposição de Motivos da Lei n. 9.868/99, a Comissão que com ela trabalhou fez uma clara síntese dos motivos da modulação proposta, afirmando que o objetivo final desta lei é “não distanciar-se ainda mais da vontade constitucional”.

Com o advento da Lei n. 9.868/99, de 10 de novembro de 1999, que normatiza o processo e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, muitas questões ficaram definidas, como se verá a seguir.

A Lei em seus artigos 2º, 12-A e 13 enumera quem pode propor ação direta de inconstitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a ação declaratória de constitucionalidade, de acordo com o que dispõe o artigo 103 da Constituição. Nos demais artigos, fixa requisitos e procedimentos para a proposição da ação, bem como os efeitos decorrentes das decisões em relação às ações propostas.

Destacam-se, ainda, em relação ao teor desta lei, os artigos 5º e 12-D, onde fica expressa a impossibilidade da desistência de ação direta e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão depois de proposta. Já os §§ 1º e 2º do artigo 11 determinam que a medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeitos *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa, e que a concessão de medida cautelar torna aplicável a legislação anterior, caso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário. Por sua vez, o artigo 23 exige quórum mínimo de seis Ministros num sentido ou no outro, para que seja proclamada a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da disposição ou norma impugnada.

Em artigo elaborado para o Instituto Brasileiro de Direito Público, Gilmar Mendes analisa as mudanças no Controle de Constitucionalidade, com base nas Leis 9.868/99 e 9.882/99.

Com relação à Lei n. 9.868/99 o autor destaca como inovações a “positivação do ‘amicus curiae’ e a possibilidade de averiguação fática no controle abstrato de normas [...]”; regulamentação do “processamento e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADIN e da Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADC”, com capítulos destinados a

tratar “da admissibilidade do procedimento da ação direta de inconstitucionalidade (Capítulo II) e da admissibilidade e do procedimento da ação declaratória de constitucionalidade, instituída pela EC n. 3, de 1993 (Capítulo III)”. Outro avanço apontado é a possibilidade de o relator “indeferir liminarmente as petições ineptas, as não fundamentadas e aquelas manifestamente improcedentes (arts. 4º e 15º)”, como forma de agilizar o andamento destas ações. Do indeferimento liminar cabe agravo no prazo de 5 dias (2009, p. 5-7).

Outro autor que viu benefícios na edição da, à época, nova lei, foi Uliano Taveira Bernardes, que considerou “alvissareiras as recentes Leis n. 9.868/99 e n. 9.882/99, na parte em que consagraram exceção à obediência estrita do princípio da nulidade”. O autor acrescenta ainda:

Reparar que o legislador não alterou a diretriz segundo a qual o princípio da nulidade dos atos inconstitucionais deva ser ordinariamente observado, nem determinou quando serão ou não aplicados efeitos meramente prospectivos à decisão de inconstitucionalidade. A questão se mantém sob o alvedrio do guardião de inconstitucionalidade, que deverá dizer quando é que o princípio da nulidade deixará de prevalecer. Ademais, esse princípio não pode ser obtemperado por singelos motivos. A permissão excepcional carece de justificativas e quórum adicionais (BERNARDES, 2004, p. 353).

O mesmo autor ao tempo que expressa sua concordância e vê benefícios na nova lei, não deixa de citar em nota de rodapé autores com pensamentos contrários, como Freire Junior em sua obra “A inconstitucionalidade da regulamentação dos efeitos do controle de constitucionalidade em abstrato através de lei ordinária”, publicado na Revista Dialética de Direito Tributário, em maio de 2000, e Ferreira Filho, em sua obra o Sistema Constitucional (BERNARDES, 2004, p. 353, nota de rodapé 130).

Já no que diz respeito à Lei n. 9.882/99, que regulamentou o artigo 102 da Constituição Federal, Gilmar Mendes considera que esta lei teve como objetivo dar conformação à chamada arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Segundo o Ministro, este instrumento introduz alterações importantes no controle de constitucionalidade nacional, as quais se passa a comentar de forma sucinta.

A primeira alteração importante é “A ampliação do leque de situações que podem ser objeto de controle concentrado”. Gilmar Mendes explica que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental possui uma grande gama de possíveis objetos da ação, em virtude da expressão “ato do Poder Público” contida no artigo 1º da Lei n. 9.882/99. “A arguição prevista no § 1º do artigo 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal

Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.”

Outra alteração importante foi a “Antecipação das decisões sobre controvérsias constitucionais pelo STF”. O autor destaca que, em situações importantes, em que não há meio apto a solver a controvérsia constitucional, é possível a utilização da ADPF, especialmente as que envolvem questões relativas a “controle de legitimidade de direito pré-constitucional, do direito municipal em face da Constituição Federal e nas controvérsias de direito pós-constitucional já revogado ou cujos efeitos se exauriram.”

Sob outro viés, Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Junior consideram que a Lei n. 9.882/99, em seu artigo 1º, diversamente da “Constituição que prevê uma única hipótese de ação, ou seja, a arguição de descumprimento de preceito fundamental”, “trouxe dois instrumentos distintos, sendo que um não tem previsão constitucional.” Segundo os autores, “a intenção do legislador [...] foi a de criar dois institutos: a arguição direta (ou principal) e a incidental.” (ARAUJO; NUNES JUNIOR, 2013, p. 92).

Observa-se que, se, para um autor (Gilmar Mendes), a ampliação do instituto da arguição de descumprimento de preceito fundamental pareceu um avanço, uma agilização e amplitude no processo, para outros (Araujo e Nunes Junior) ocorreu uma inconstitucionalidade por inexistência de previsão constitucional.

Com relação ao que denomina “valor das decisões” na análise das ADPF, Gilmar Mendes destaca que, em virtude da eficácia *erga omnes* e do efeito vinculante, as decisões proferidas pelo STF, nas situações em que forem examinados atos de igual teor editados pelas diversas entidades municipais, fornecerão uma diretriz mais segura e é uma solução superior à alternativa de reconhecer aos tribunais de justiça competência “para apreciar, em ação direta de inconstitucionalidade, a legitimidade de leis ou atos normativos municipais em face da Constituição”, o que poderia gerar multiplicidade de decisões divergentes e “multiplicação de recursos extraordinários.” (2009, p. 5-6).

Oswaldo Palu destaca a respeito desta Lei: “Trata-se de novidade no direito brasileiro, a instituir mais um instrumento no controle abstrato de constitucionalidade, permitindo, agora e ao revés do então existente, o controle no STF de leis municipais e de leis anteriores à Constituição.” (2001, p. 267).

Como foram inúmeras as alterações promovidas pelas Leis n. 9.868/99 e 9.882/99 no processamento das ADIn, ADC e na ADPF, passa-se agora ao exame mais detalhado do artigo 27 da Lei n. 9.868/99, por ser o objeto principal de análise deste trabalho.

4.1.1 Artigo 27 da Lei n. 9.868/99: modulação dos efeitos das decisões

O artigo 27 da Lei em questão prevê a modulação dos efeitos da decisão que declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, como se vê:

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

Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes mencionam a exposição de motivos do Projeto de Lei n. 2.960/97, que deu origem ao texto da lei em comento, da qual merecem destaques algumas passagens:

[...] Coerente com a evolução constatada no Direito Constitucional comparado, a presente proposta permite que o próprio Supremo Tribunal Federal, por uma maioria diferenciada, decida sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, fazendo um juízo rigoroso de ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional, de um lado, e os postulados da segurança jurídica e do interesse social, de outro (art. 27). Assim, o princípio da nulidade somente será afastado 'in concreto' se, a juízo do próprio Tribunal, se puder firmar que a declaração de nulidade acabaria por distanciar-se ainda mais da vontade constitucional (2009, p. 492-493).

Feita a colocação sobre os motivos que deram origem à Lei n. 9.868/99, em especial ao seu artigo 27, fica a questão sobre os requisitos que permitem a modulação, em especial o princípio da segurança jurídica e o excepcional interesse social. No decorrer deste trabalho, com base no pensamento doutrinário e na jurisprudência trazidos, são feitas colocações sobre se existe ou não consenso na doutrina sobre o assunto e se os julgados trazidos refletem coerência em relação a esses requisitos.

4.1.2 Discussões acerca da constitucionalidade do artigo 27 da Lei n. 9.868/99: Ações Diretas de Inconstitucionalidade 2154 e 2258 e doutrina

Como já foi mencionado neste trabalho, existem duas ações diretas de inconstitucionalidade contra dispositivos da Lei n. 9.868/99. Pelo vínculo parcial entre os objetos das duas ações, os autos da ADIn 2258 foram apensados aos da ADIn 2154 STF, 2004).

Sinteticamente, pode-se dizer que a ADIn 2154 foi proposta pela Confederação Nacional dos Profissionais Liberais e questionou a omissão parcial relacionada “às garantias do contraditório e da ampla defesa no processo da ADC” [...] e arguiu “a inconstitucionalidade do art. 26 [...] e do art. 27 – que autoriza ao STF a manipulação da eficácia temporal da declaração de inconstitucionalidade.”

Já, a ADIn 2254, proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil, “impugna a validade desse mesmo art. 27 e mais do art. 11 §2º, [...] e “a do art. 21 [...]” . Essas informações foram colhidas na nota de rodapé n. 12, da decisão do relator, à época, Ministro Sepúlveda Pertence, posteriormente substituído pelo Ministro Dias Toffoli.

Embora existam mais de um dispositivos questionados, o exame se detém à impugnação relativa ao artigo 27 da Lei n. 9.868/99, que é o tema principal deste trabalho e também o dispositivo mais questionado. Na decisão de 24 de setembro de 2001, o Relator informa existirem cautelares pendentes de exame, e que várias informações já foram prestadas por quem de direito. Afirma também que, “pela natureza e a relevância da matéria”, as ações “reclamam rápida e definitiva solução [...]”. Por fim, com base no artigo 12 da Lei n. 9.868/99, solicita o parecer do Procurador-Geral da República, “de modo a propiciar o julgamento definitivo das ações”.

Consultando o histórico do processo, verifica-se que, em 10 de dezembro de 2001, foi juntado o parecer da Procuradoria Geral da República “no sentido da improcedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade dos arts. 11, § 2º, 21 e 27 da Lei n. 9.868/99”, e os autos ficaram conclusos ao relator.

Depois da inclusão desse parecer, o processo só foi movimentado em 2007, quando foi iniciado o julgamento. Em sessão de 16 de fevereiro de 2007, para todos os dispositivos impugnados, com exceção do artigo 27, houve rejeição da arguição de inconstitucionalidade. O artigo 27 não foi votado por falta de quórum.

Na retomada do julgamento, em 16 de agosto de 2007, após o voto do relator, Ministro Sepúlveda Pertence, que declarou a inconstitucionalidade do artigo 27 da Lei n. 9.868/99, a Ministra Cármen Lúcia pediu vistas dos autos. O processo foi enviado ao gabinete da Ministra em 10 de agosto de 2010 e devolvido pela Ministra, após vista aos autos, em 11 de fevereiro de 2016.

Portanto, o processo, no que tange à declaração de inconstitucionalidade ou não do artigo 27, continua pendente e o único voto declarado até o momento é o do relator à época, que se posicionou no sentido de declarar o dispositivo inconstitucional.

Ao que parece, a decisão sobre esta questão se estenderá por muito tempo. Enquanto isso, várias decisões relativas a inconstitucionalidade são decididas com base num dispositivo bastante questionado.

Na doutrina, cabe apresentar a posição de Oswaldo Luiz Palu, que considera que podem ser questionados alguns dispositivos da Lei n. 9.868/99, “especialmente o que determina a repriminção de leis revogadas, o que estende efeito vinculante [...] para a ação direta de inconstitucionalidade e o que prevê o diferimento da eficácia da declaração de inconstitucionalidade [...]”. Quanto aos dois primeiros dispositivos, o autor não vê problemas, pois, segundo ele, os efeitos, na prática, já eram os alcançados com o que foi positivado (2001, p. 186).

No entanto, quanto ao artigo 27 da Lei n. 9.868/99, Oswaldo Palu considera que atribuir “a possibilidade de fixar o STF data posterior ao trânsito em julgado para que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade passem a se efetivar [...]”, estaria o legislador extrapolando sua competência e o dispositivo em questão, atentando contra a própria Constituição. A principal ressalva que o autor faz é quanto à lei declarada inconstitucional continuar vigendo, embora reconhecida como tal. Casos pretéritos e pendentes podem ser ressalvados nas declarações de inconstitucionalidade, mas existir uma decisão determinando que se observe uma lei declarada inconstitucional, sob a ótica do autor, somente seria possível se houvesse previsão na própria Constituição (PALU, 2001, p. 186-187).

4.1.3 Artigo 28 da Lei n. 9.868/99: efeito vinculante e eficácia *erga omnes*

Conforme já mencionado no item 1.2.2 relativo ao controle concentrado de constitucionalidade, o §2º do artigo 102, inciso I, alínea “a” prevê que as declarações de inconstitucionalidade e as ações declaratórias de constitucionalidade terão eficácia contra todos (*erga omnes*) e efeito vinculante em relação ao Poder Executivo e ao Judiciário. Essa determinação é reafirmada no parágrafo único do artigo 28 da Lei nº 9.868/99.⁹

Ives Gandra da Silva Martins faz um breve comentário sobre assunto, preocupando-se em, primeiramente, estabelecer a diferença entre eficácia contra todos e efeito vinculante. Segundo o autor, o próprio STF já deixou claro que “a primeira consiste em projetar os efeitos de uma decisão em relação a todos”, enquanto

[...] eficácia *vinculante*, por ter o texto constitucional estabelecido que a decisão prevalece apenas em relação ao Judiciário e ao Executivo, não impede que o Legislativo reproduza total ou parcialmente a mesma norma em diploma posterior, o que implica necessidade de o controle concentrado ser novamente suscitado, caso a norma venha a ser reproduzida com os mesmos vícios (SILVA; MENDES, 2009, p. 125).

Sintetizando as lições acima expostas, tem-se que a eficácia contra todos (*erga omnes*) significa que todos são obrigados a seguir o que foi decidido, enquanto que o efeito vinculante é válido apenas para os poderes Executivo e Judiciário e, portanto, uma norma declarada constitucional deve ser cumprida sem restrições, assim como as normas declaradas inconstitucionais não devem mais basear qualquer ato do poder Executivo.

Importante, ressalte-se, que no artigo 28 foram citadas a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto e ambos os institutos têm efeitos semelhantes às declarações diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade. Em tópico próprio, serão dadas noções a respeito dessas duas técnicas de interpretação das normas constitucionais.

⁹ Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão.
Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

4.1.4 Necessidade de quórum qualificado

Conforme expresso no artigo 27, a modulação dos efeitos da sentença depende de quórum qualificado. A esse respeito, cabe relatar decisão sobre a modulação, votada em abril/2014, mas que vinha pendente de decisão desde 2007.

Segundo informação extraída do site do STF (2015c), no julgamento da ADIn 2949, a ação ajuizada em julho/2013 julgava a constitucionalidade ou não, de dispositivo da Lei mineira n. 10.254/1990, que instituiu o estatuto dos servidores da administração estadual.

A ação foi julgada inconstitucional em setembro de 2007 e foram proferidos sete votos pela modulação da sentença, com três votos contrários. Conforme o artigo 27 da Lei n. 9.868/99, são necessários votos de dois terços dos membros do STF para a modulação de decisões no controle concentrado. Portanto, oito ministros deveriam acordar com a modulação. No dia da votação em questão, o Ministro Eros Grau estava ausente.

Em razão de não ter atingido os dois terços necessários para a modulação, a presidente do STF na ocasião, Ministra Ellen Grace, proclamou a decisão de inconstitucionalidade sem modulação dos efeitos.

Na sessão seguinte, já com a presença do Ministro Eros Grau, foi levantada questão de ordem pelo Ministro Gilmar Mendes, para que fosse dado seguimento ao julgamento do dia anterior e fosse ouvido o Ministro Eros Grau sobre a modulação dos efeitos da decisão. Dois Ministros votaram a favor, dois contras e o Ministro Ricardo Lewandowski pediu vista dos autos. O tema ficou suspenso por sete anos e, em 05 de março de 2015, o Ministro Ricardo Lewandowski votou contra a possibilidade da retomada da votação naquele processo.

O Ministro Luís Roberto Barroso fez um novo pedido de vistas, e a votação foi retomada em 08 de abril de 2015, quando ele apresentou seu voto-vista no sentido contrário à retomada da votação. O Ministro concordou que o julgamento da ADIn é bifásico, e que poderia ter sido suspensa a votação após o julgamento da inconstitucionalidade, aguardando a composição plena do Tribunal, proclamando-se apenas a primeira fase. Ocorre que, no caso concreto, foi concluída a votação sobre modulação sem o atingimento do quórum e com a proclamação do resultado. Apenas no dia seguinte foi proposta a reabertura da votação. Dessa forma, ratificaram-se os efeitos *ex tunc* na decisão da ADIn 2949.

4.2 Técnicas mais utilizadas na modulação dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade

A seguir, passa-se a uma explanação sobre os principais instrumentos utilizados pelo STF quando há aplicação da modulação dos efeitos das decisões. Cabe o registro de que o instituto da modulação, mesmo antes da edição da Lei n. 9.868/99, já era aplicada pelos Ministros do STF, em casos excepcionais, que assim justificassem a não aplicação da regra de geral de efeitos retroativos (*ex tunc*).

Dentre os instrumentos jurídicos utilizados pelo STF, sempre tendo em conta os princípios constitucionais, destacam-se a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução do texto. A técnica da ponderação faz a avaliação entre os princípios em colisão, na busca da solução mais justa.

4.2.1 Interpretação Conforme a Constituição de Declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto.

Conforme Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Mendes explicam, a interpretação conforme a Constituição é técnica oriunda do direito americano e absorvida pelo direito pátrio, “deve o juiz, na dúvida, reconhecer a constitucionalidade da lei. Também no caso de duas interpretações possíveis de uma lei, há de se preferir aquela que se revele compatível com a Constituição.” (MARTINS; MENDES, 2005, p. 410).

Oswaldo Palu coloca de forma sintética que “ocorre a *interpretação conforme a Constituição* quando um texto legislativo permitir várias interpretações, sendo algumas compatíveis com a Constituição e outras não” (2001, p. 188) (grifou-se). No exame dessa ação, o STF “poderá declarar a *constitucionalidade* da lei, em um sentido claro e evidente, explicitando-o, vedada a interpretação diversa, que então tornaria o texto inconstitucional; [...]” (PALU, 2001, p. 188-189).

Este instrumento jurídico vem, a tempos, sendo utilizado no controle incidente de normas (caso concreto), “que vincula apenas as partes.” Há algum tempo a “interpretação conforme a Constituição passou a ser utilizada, igualmente, no âmbito do controle abstrato de normas.” Neste caso, “limita-se o Tribunal a declarar a legitimidade do ato questionado desde que interpretado em conformidade com a Constituição” (MARTINS; MENDES, 2005, p. 411).

As justificativas para a sua utilização vêm desde a supremacia da Constituição, o que obriga que todas as normas infraconstitucionais sejam interpretadas de acordo com seu texto, e pela “presunção da constitucionalidade da lei, fundada na ideia de que o legislador não poderia ter pretendido votar lei inconstitucional” (SILVA MARTINS; MENDES, 2005, p. 414).

Existem limites para a aplicação desta técnica, quais sejam, a “expressão literal da lei e a *vontade do legislador*.” Os autores explicam que a interpretação dada não pode “alterar o significado do texto normativo, com mudança radical da própria concepção original do legislador.” Quanto à chamada “*intenção do legislador*” não tem sido muito utilizada nas tomadas de decisões pelo Tribunal, que busca solucionar as questões “dentro dos limites da expressão literal do texto.” (SILVA MARTINS; MENDES, 2005, p. 414).

Conforme se verifica, o Supremo utilizava e ainda utiliza esta técnica para atenuar as declarações de inconstitucionalidades com efeitos retroativos.

A outra técnica utilizada para amenizar os efeitos retroativos das declarações de inconstitucionalidade é a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto. Essa técnica não reduz o texto da lei, “mas declara a *inconstitucionalidade* em certas hipóteses normativas [...]. O texto permanece íntegro, mas com a aplicação restrita, isto é, ressalvadas algumas hipóteses claramente explicitadas pela Corte.” (PALU, 2001, p. 190).

Outra técnica apontada por Oswaldo Palu é a da “declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade.” Essa solução é dada “quando a cessação da eficácia da lei torna o caso mais injusto ou incongruente que a própria situação de inconstitucionalidade, pelos seus reflexos ou consequências imediatas” (2001, p. 191-192).

4.2.2 Técnica da Ponderação: decisões baseadas na avaliação de princípios constitucionais conflitantes no caso concreto

A técnica da ponderação foi ganhando importância à medida que o simples enquadramento da questão apreciada à norma que rege a situação, não apresentou solução satisfatória, considerando a intenção do legislador ao elaborar a Constituição Federal. A existência de normas conflitantes, aplicadas à mesma situação, exigia uma análise feita de

forma diferenciada pelos julgadores, especialmente quando a colisão se desse entre princípios ou outras normas de mesma hierarquia.

Sidney Guerra discorre sobre a necessidade da aplicação deste instituto conjugado ou baseado no princípio da proporcionalidade, pois [...] “o juiz, pela via da interpretação, se curvará à “validade da norma (proporcionalmente) e [...] verificará [...] se sua medida excessiva ou injustificada. Dessa forma, não aplicará a referida norma à situação fática submetida ao seu juízo” (2007, p. 46).

Por seu turno, Paulo G. Gonet Branco e Gilmar Mendes trazem a seguinte lição a respeito da ponderação e ressaltam a importância da utilização da proporcionalidade para um maior equilíbrio:

O juízo de ponderação a ser exercido liga-se ao princípio da proporcionalidade, que exige que o sacrifício de um direito seja útil para a solução do problema, que não haja outro meio menos danoso para atingir o resultado desejado e que seja proporcional em sentido estrito, isto é, que o ônus imposto ao sacrificado não sobreleve o benefício que se pretende obter com a solução. Devem-se comprimir no menor grau possível os direitos em causa, preservando-se a sua essência, o seu núcleo essencial [...] (MENDES; BRANCO, 2012, p. 263).

Os autores enriquecem ainda o ensinamento sobre a técnica da ponderação, ilustrando e completando seu trabalho com a teoria de Robert Alexy sobre o assunto:

Põe-se em ação o princípio da concordância prática, que se liga ao postulado da unidade da Constituição, incompatível com situações de colisão irredutível de dois direitos por ela consagrados. O juízo de ponderação diz respeito ao último teste do princípio da proporcionalidade (proporcionalidade em sentido estrito) (MENDES; BRANCO, 2012, p. 263).

Embora teoricamente “todas as normas tenham o mesmo status hierárquico”, os princípios constitucionais podem ter “pesos abstratos diversos”, o que se exemplifica a partir dos princípios da integridade física e da propriedade privada, já que, à primeira vista, o primeiro teria supremacia sobre o segundo, mas que poderiam existir casos em que o inverso ocorresse (MENDES; BRANCO, 2012, p. 263-285).

Mas o abstratismo não seria o único fator a ser levado em conta na ponderação das normas, sintetizando a primeira e a segunda leis da ponderação de Robert Alexy. O autor ressalta que deve ser observado “o grau de interferência sobre o direito preterido que a escolha do outro pode ocasionar” (1ª lei de Alexy) e a “[...] confiabilidade das premissas

empíricas” que dão suporte “aos argumentos” que justificam “a solução proposta para os direitos em colisão.” (MENDES; BRANCO, 2012, p. 264-265).

Segundo se depreende, seriam necessários considerar pelo menos três fatores na utilização da técnica da ponderação: o caso concreto para o correto balanceamento das normas em conflito, a interferência causada sobre o “direito preterido” e a maior confiança possível no conhecimento empírico que embasou os argumentos que justificaram a decisão.

Embora a ponderação seja uma técnica embasada em critérios objetivos e limites pré-estabelecidos, tem, algumas vezes, sua aplicação baseada em critérios subjetivos, de mais valia conforme o julgador. O conhecimento empírico é diferente de um indivíduo para o outro, assim como a escala de valores, o que traz alguma subjetividade no uso da ponderação. Tal subjetividade, contudo, não deve levar o julgador a deixar de analisar a questão sob o enfoque jurídico e com base na legislação, justificando suas decisões com base em outro tipo de enfoque ou justificativa.

Analisando sob um viés mais crítico, Manoel Gonçalves Ferreira Filho afirma que está em andamento uma “politização do judiciário no Brasil” como consequência indesejada “do alargamento da esfera de controle” – tanto em relação ao poder Legislativo, quanto em relação ao Poder Executivo – que a Constituição deu ao Poder Judiciário (2012, p. 249).

Na opinião do autor, esse efeito não era previsto ou desejado pelo constituinte, e acrescenta que “por força do papel político que a Constituinte, sem o querer, expressamente lhe ensinou, viesse a ser visto como um dos responsáveis pelo mau funcionamento do Governo. [...] Pior, como um órgão manchado por escândalos e pela corrupção” (FERREIRA FILHO, 2012, p. 249).

Manoel Gonçalves Ferreira Filho registra, ainda, que o STF “tem conscientemente assumido um papel político”, o que se comprova pelas “decisões a respeito de questões delicadas, em que vem intervindo em nome de uma atualização da Constituição.” (2012, p. 249).

A questão relativa à separação e independência dos poderes, está, de certa forma vinculada à aplicação dos princípios da proporcionalidade e da técnica da ponderação. Já era frequente a utilização do instrumento da ponderação por parte do Supremo com a utilização das técnicas da interpretação conforme a Constituição e da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. Mas, ao que parece, com a promulgação da Lei n.

9.868/99, houve um incremento na aplicação da modulação dos efeitos das decisões e o permissivo legal para que o efeito prospectivo fosse aplicado.

4.3 Doutrina

Com a promulgação da Lei n. 9.868/99, consolidou-se no ordenamento jurídico pátrio a possibilidade de modulação dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade em casos excepcionais. Mesmo assim, existem ações diretas de inconstitucionalidade contestando alguns artigos da lei em questão e não há um consenso sobre o que pode ser abrigado nas expressões segurança jurídica e excepcional interesse social, inscritos no artigo 27 da Lei.

Eros Grau, em prefácio a obra de Helenilson Cunha Pontes, coloca sobre o tema que “a relevância da proporcionalidade será tão melhor apreendida quando se compreenda que ela consubstancia, concomitantemente, um princípio do direito e um princípio de interpretação do direito.” E conclui na “segunda versão é que, vertida em princípio de direito, proporciona...a adequação da decisão jurídica ao caso concreto” (2000, p. 8).

A seguir, sem a pretensão de esgotar o tema, apresentam-se algumas das posições que dispõem de maior aceitação na doutrina.

4.3.1 Posições favoráveis à modulação

Conforme já mencionado no tópico relativo ao artigo 27 da Lei n. 9.868/99, Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Mendes elaboraram trabalho sobre a citada lei e examinaram inclusive a Exposição de Motivos que a gerou.

Os autores ressaltam que na própria exposição de motivos explica-se que, alternativamente à declaração de nulidade, em casos excepcionais, em especial naqueles em que a “declaração de nulidade se mostre inadequada (v.g.: lesão positiva ao princípio da isonomia)” ou quando a declaração de nulidade possa causar lacunas que façam surgir situações “ainda mais afastadas da vontade constitucional [...]” pode o Supremo Tribunal Federal “mediante decisão de maioria qualificada [...], estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade , proferindo a inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* ou pro futuro [...]” (SILVA MARTINS; MENDES, 2009, p. 492-493).

Justificam, ainda, a necessidade de se flexibilizar os instrumentos de declaração de inconstitucionalidade em razão da insuficiência das técnicas existentes, e reportaram pronunciamento do Ministro Sepúlveda Pertence em que este afirma:

A alternativa radical da jurisdição constitucional ortodoxa entre constitucionalidade plena e a declaração de inconstitucionalidade ou revogação por inconstitucionalidade da lei com fulminante eficácia *ex tunc* faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo [...] (SILVA MARTINS; MENDES, 2009, p. 492-493).

Nesta mesma linha que reforça as deficiências existentes, foi lembrada a decisão de 23 de março de 1994, em que o Supremo Tribunal Federal admitiu “que 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.” (SILVA MARTINS; MENDES, 2009, p. 493).

Conforme os autores, a falta de flexibilização nos efeitos produzidos pelas declarações de inconstitucionalidade provocava, por vezes, os tribunais a não se manifestarem de forma adequada, quanto à constitucionalidade das leis, por receio de que a declaração de inconstitucionalidade com efeitos retroativos fosse mais danosa à sociedade do que o reconhecimento de uma lei como constitucional, mesmo não sendo.

Como já aventado em tópico anterior, a questão relativa à modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade não é restrita ao cenário nacional, mas se trata de preocupação em diversos países. Nesse sentido, Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Mendes certificam colocação de Garcia de Enterría que declara que:

A alternativa à prospectividade das sentenças não é, pois, a retroatividade das mesmas, mas a abstenção na descoberta de novos critérios de efetividade da Constituição, o estancamento (estagnação) na sua interpretação, a renúncia, pois, a que os tribunais constitucionais cumpram uma de suas funções capitais, a de fazer uma constituição viva, a de adaptá-la paulatinamente às novas condições sociais (2009, p. 494-495).

Outro doutrinador que participou da comissão que elaborou o anteprojeto que deu origem à Lei n. 9.868/99, foi Luís Roberto Barroso. Conforme depoimento do autor, ele foi “voto vencido no texto base elaborado pelo hoje Ministro Gilmar Mendes [...]”. Os fundamentos que o levaram a ser contra o texto apresentado são de que “a providência

desejada exigia uma emenda à Constituição.” Em sua opinião não cabia a lei infraconstitucional disciplinar matéria constitucional (BARROSO, 2004, p. 23-24).

As outras duas razões que levaram o autor em questão a ser contra a proposta de Gilmar Mendes são de que o Supremo já lidava “satisfatoriamente” com a questão da nulidade, utilizando-se principalmente das técnicas da “interpretação conforme a Constituição e a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto [...]”. O terceiro motivo que trazia restrições a Luís Roberto Barroso “é que no Brasil, não é infundado, de que exceções virem regra”, manipuladas pelas “razões de Estado ou pelo lastimável varejo político [...]” (BARROSO, 2004, p. 23-24).

Frise-se que as restrições do autor referem-se ao projeto de lei que deu origem à Lei n. 9.868/99, e quiçá à própria Lei, mas não à modulação propriamente dita, ou mesmo à atenuação dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade nas decisões, posto que, conforme Luís Roberto Barroso assinalou, o STF já lidava de forma satisfatória com essas questões, sem os limites estabelecidos na Lei n. 9.868/99.

4.3.2 Posições com restrições à modulação

Manoel Gonçalves Ferreira Filho aponta duas consequências com a utilização da modulação dos efeitos das decisões. A primeira é de que existe “*uma relativização da inconstitucionalidade*” e “esta relativização aponta, de um ângulo, para um desprestígio (também relativo) da Constituição e, de outro, para uma politização do controle.” (2012, p. 139) (grifou-se).

A respeito da “politização do controle”, o autor lista várias formas sob as quais pode se apresentar; uma no aspecto “material”, na medida que “excepcional interesse social” ou “segurança jurídica”, conceitos largos que ensejam apreciação subjetiva, podem justificar a restrição aos efeitos do reconhecimento de inconstitucionalidade (2012, p. 156).

O outro ângulo é o formal, na medida em que “a restrição ou deferimento dos efeitos da declaração...de inconstitucionalidade pede uma decisão tomada pelo quórum de dois terços dos Ministros do Supremo.” Segundo o autor, essa exigência comprova “que a restrição aos efeitos da inconstitucionalidade é uma apreciação de conveniência e oportunidade – de mérito, no sentido administrativo do termo. Isto é, uma apreciação tipicamente política.” (FERREIRA FILHO, 2012, p. 157).

Por fim, a respeito desta matéria, o autor conclui:

Disso tudo decorre, em suma, a conclusão de que o Supremo Tribunal se torna (ou tende a se tornar) uma terceira Câmara do Poder Legislativo. De fato, ao convalidar um ato inconstitucional – pois é convalidar mantê-lo eficaz – ele ‘legisla’ revocatoriamente [...] (FERREIRA FILHO, 2012, p. 157).

Já, Renata Elaine Silva, demonstra, através da análise de votos proferidos no julgamento do Recurso Extraordinário 370.682 SC, no exame da questão de ordem quanto à modulação dos efeitos das decisões, sobre a necessidade de o STF julgar esse tipo de questão com foco jurídico, evitando que elementos políticos ou econômicos prevaleçam nas decisões.

Conforme a autora, o Ministro Marco Aurélio, relator no referido recurso, em seu voto-vista escreveu:

Na espécie, em momento algum declarou-se a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Jamais figurou, no ordenamento jurídico pátrio, o creditamento, pela alíquota final, de valor que o contribuinte não recolheu a título de [...]. em operação anterior isenta, não tributada ou sujeita à alíquota zero. [...] Em síntese, pressupondo a aplicação analógica moldura semelhante à que disciplinada pela norma em relação à qual se pretende a extensão, não há campo para chegar-se ao implemento respectivo. Conclusão diversa implica não o acionamento da analogia, mas a atuação do Supremo como se legislador fosse e pudesse empreender, sem a atuação do Congresso Nacional, na ordem jurídica, dispositivo viabilizador da limitação de eficácia do julgado, pouco importando a existência pretérita de lei dispondo em certo sentido (SILVA, 2009, p. 119).

Pela leitura do voto, é possível observar a preocupação do Ministro Marco Aurélio em delimitar a atuação do STF, de forma que o Tribunal, sob alegação de estar aplicando o princípio da analogia, acabasse por legislar, alterando “a eficácia do julgado” em sentido diverso ao aplicado por lei já existente.

A autora ressalta que, mesmo que esse voto e o próximo a ser analisado não tenham sido “[...] proferidos em controle de constitucionalidade, mas é sobre ele e seus efeitos que se discute) as premissas discutidas nas páginas deste trabalho.” (SILVA, 2009, p. 120).

O voto a seguir transcrito foi elaborado pelo Ministro Ricardo Lewandowski e foi o único voto vencido na questão de ordem dos efeitos prospectivos o qual, após fundamentar seu voto de maneira bem justificada juridicamente, assim diz:

Por estas razões entendo que convém emprestar-se efeitos prospectivos às decisões em tela, sob pena de impor-se pesados ônus aos contribuintes que se fiaram na tendência jurisprudencial indicada nas decisões anteriores desta Corte sobre o tema, com todas as consequências negativas que isso acarretará nos planos econômicos e social. Assim senhora Presidente, ante as peculiaridades do caso, e em homenagem não apenas ao princípio da segurança jurídica, mas também aos postulados da lealdade, da boa-fé e da confiança legítima, sobre os quais se assenta o próprio Estado Democrático, proponho que se confira efeitos *ex nunc* às decisões proferidas nos Res 353.657 e 370.682 (SILVA, 2009, p. 120).

Com base nos votos acima transcritos, a autora apresenta uma preocupação comum a outros autores, sobre as bases que levam os julgadores a chegarem a uma decisão, se puramente técnicas ou sujeitas a outro tipo de interpretações:

Não se pode negar que os efeitos econômicos e sociais são de grande monta para o contribuinte, [...]; mas abstendo-se do sentimento de contribuinte e analisando fenômeno jurídico positivo, a decisão proferida pelo Ministro Marco Aurélio traduz o sistema jurídico positivo e o papel do Supremo Tribunal Federal, enquanto o trecho da decisão do Ministro Lewandowski demonstra uma decisão com base em justificativas de outros sistemas, quais sejam, o econômico e o político (SILVA, 2009, p. 120).

A autora, pelo que se observa, não critica a modulação dos efeitos da decisão propriamente dita, mas as bases que fundamentaram ou podem fundamentar sua utilização.

Oswaldo Luiz Palu, por seu turno, considera inconstitucional a possibilidade de lei inconstitucional continuar a ter efeitos após o seu reconhecimento como tal, conforme citação abaixo:

Pela Lei n. 9.868/99, os efeitos da decisão, ou seja, a aplicação da sanção da nulidade (da norma inconstitucional, caso do art. 27) é que pode ser diferida para um termo futuro. Não se trata de simples 'situação inconstitucional imperfeita', ou de lei 'ainda' constitucional, caso já ocorrido em julgamento do STF, quando ainda se entende constitucional a norma; trata-se de uma novidade, sendo a lei declarada inconstitucional e, entretanto, ainda podendo ser aplicada até um termo futuro. Vindo a inovação, entretanto, por via de ato infraconstitucional, com ele não assentimos, pela sua inconstitucionalidade (2001, p. 179-180).

Pela posição assumida por esses autores, verifica-se a preocupação com a constitucionalidade do artigo 27 da Lei n. 9.868/99 e também o receio de que as decisões do STF sejam muito politizadas, extrapolando as funções do Poder Judiciário e prejudicando a independência e harmonia que deve haver entre os poderes.

5 JURISPRUDÊNCIA E ANÁLISE DE CASO

O presente capítulo tem por objetivo analisar alguns julgados vinculados à matéria, enfocando diversos ângulos da questão e examinando os fundamentos apresentados pelos ministros na exposição de seus votos. Alguns se fundamentaram nas Leis n. 9.868/99 e 9.882/99 e outros não, mas contribuem na formação de ideias sobre o assunto.

5.1 Recurso Extraordinário n. 122202/MG

O primeiro caso jurisprudencial a ilustrar este trabalho teve desfecho em 08 de abril de 1994, antes, portanto, da edição das Leis n. 9.868/99 e n. 9.882/99 que positivaram a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, mas serve para demonstrar que esse instituto já era utilizado preteritamente a essas leis e o embate entre princípios constitucionais era resolvido com base em critérios de mais valia ou ponderação conforme o caso.

TF - RECURSO EXTRAORDINÁRIO RE 122202 MG (STF)

Data de publicação: 08/04/1994

Ementa: - RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM TESE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ALEGAÇÃO DE DIREITO ADQUIRIDO. Acórdão que prestigiou lei estadual a revelia da declaração de inconstitucionalidade desta última pelo Supremo. Subsistência de pagamento de gratificação mesmo após a decisão erga omnes da corte. Jurisprudência do STF no sentido de que a retribuição declarada inconstitucional não é de ser devolvida no período de validade inquestionada da lei de origem - mas tampouco paga após a declaração de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário provido em parte.

O recurso tratava de lei estadual de Minas Gerais, que regulava o quinquênio progressivo pago aos magistrados mineiros. A tabela do Anexo da I da lei foi considerada inconstitucional, mas, em nome do “princípio da irredutibilidade dos vencimentos dos magistrados” os ministros determinaram que os valores pagos baseados em tabela considerada inconstitucional não deveriam ser resolvidos. Já o pedido dos advogados dos magistrados de que o pagamento sobre a tabela considerada inconstitucional prosseguisse foi negado.

O parecer do Ministério Público e o voto do relator Ministro Francisco Rezek convergiram no sentido de que as verbas recebidas com base em lei posteriormente considerada inconstitucional não deveriam ser devolvidas pelo fato de estarem integradas ao

patrimônio dos magistrados, e exigir-lhes a devolução feriria o princípio da irredutibilidade de seus vencimentos.

O Ministro Francisco Rezek relatou o parecer do Ministério Público que utilizou o princípio do direito adquirido em seu relatório a seguir:

A irredutibilidade dos vencimentos dos magistrados garante, sobretudo, o direito que já nasceu e que não pode ser suprimido sem que sejam diminuídas as prerrogativas que suportam o seu cargo.

Daí porque tal garantia supera o efeito *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade da norma, pois a averbação não se deu apenas para os efeitos de aposentadoria e disponibilidade, como previa o disposto da Constituição do Estado, mas para o de adição de vantagem pecuniária genérica por cada quinquênio de permanência do cargo.

O relatório se encerra pelo parecer do MP no sentido de conhecer do Recurso Extraordinário, com provimento em parte para o efeito de limitar a eficácia do Acórdão recorrido ao período de vigência da lei estadual, anterior à declaração de inconstitucionalidade pelo STF, no julgamento do RP 1.37-1 MG.

Em seu voto, o Ministro Francisco Rezek justificou a não devolução de valores recebidos pelos magistrados, em decorrência de lei considerada inconstitucional, com efeito *erga omnes*, por terem esses valores ingressados “no patrimônio do assalariado, que é o juiz e em geral já despendido”. Infere que a ideia da não restituição se baseia “provavelmente [...] sobre pilares como o da boa-fé e o da estabilidade das relações jurídicas [...]” (grifou-se). Seu voto foi pelo conhecimento em parte do recurso, com provimento nesta parte. O pedido dos magistrados para que continuassem a receber, embora a lei tenha sido declarada inconstitucional, não foi provido.

Pode-se concluir, das passagens relativas ao processo acima transcritas, que os Ministros do Supremo Tribunal Federal relativizavam o efeito das declarações de inconstitucionalidade, mesmo antes do advento da Lei n. 9.868/99, quando havia outros princípios que, segundo seu julgamento, prevaleciam. No caso em questão, principalmente os princípios do direito adquirido, da boa fé e da estabilidade das relações jurídicas.

Curiosa a posição dos magistrados de Minas Gerais, que pediram para continuar recebendo uma verba considerada inconstitucional. Se fosse outra categoria de servidores públicos, ou mesmo algum particular, até se entenderia, mas aqueles cuja função exige o respeito à lei acima de tudo, procurar se beneficiar de lei inconstitucional, é de difícil compreensão.

5.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.481

Conforme notícia extraída do site do STF (2015b) em 11 de março de 2015, o Tribunal declarou inconstitucional a Lei n. 14.985/2006 do Estado do Paraná que concedia benefícios fiscais sem a celebração de convênio. Segundo o relator Ministro Luís Roberto Barroso, há nesta lei dispositivos que configuram situação de benefício fiscal e “o entendimento do STF é no sentido de que ‘a concessão unilateral de benefícios fiscais relativos ao ICMS sem a prévia celebração de convênio intergovernamental, nos termos da Lei Complementar 24/1975, afronta o artigo 155, parágrafo 2º, inciso XII, letra ‘g’, da Constituição Federal.”

Abaixo, transcreve-se a Ementa deste julgamento:

Ementa:. I. TRIBUTÁRIO. LEI ESTADUAL QUE INSTITUI BENEFÍCIOS FISCAIS RELATIVOS AO ICMS. AUSÊNCIA DE CONVÊNIO INTERESTADUAL PRÉVIO. OFENSA AO ART. 155, § 2º, XII, g, DA CF/88. II. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS.

1. A instituição de benefícios fiscais relativos ao ICMS só pode ser realizada com base em convenio interestadual, na forma do art. 155, §2º, XII, g, da CF/88 e da Lei Complementar no 24/75.

[...]

3. A modulação dos efeitos temporais da decisão que declara a inconstitucionalidade decorre da ponderação entre a disposição constitucional tida por violada e os princípios da boa-fé e da segurança jurídica, uma vez que a norma vigorou por oito anos sem que fosse suspensa pelo STF. A supremacia da Constituição e um pressuposto do sistema de controle de constitucionalidade, sendo insuscetível de ponderação por impossibilidade lógica.

4. Procedência parcial do pedido. Modulação para que a decisão produza efeitos a contar da data da sessão de julgamento.

Conforme referido anteriormente, houve modulação dos efeitos da decisão que não teve efeitos retroativos, mas apenas a partir da data da decisão de inconstitucionalidade.

Em esclarecimento a respeito da modulação inserido às fls. 17 e 18 do Inteiro Teor do Acórdão, o Ministro Luís Roberto Barroso, considerou como motivação para utilizar a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade o fato de que “a lei vigorou desde 2007 até agora quando nós a estamos declarando inconstitucional.” Citou como relevante o fato de que o Ministro Joaquim Barbosa (antigo relator) “aplicou a técnica do artigo 12, o rito do artigo 12”, o que acabou determinando a demora no julgamento da lide.

O Ministro relator sugeriu ainda que em casos semelhantes,

[...] que envolvam guerra fiscal e benefícios fiscais indevidos, por violação do art. 155, § 2º, XII, é que o Tribunal e cada Relator procure se pronunciar cautelarmente e no primeiro momento possível, em seguida trazendo à bancada, pela suspensão da lei, quando seja o caso, por violação desse dispositivo, para que ela não vigore por nenhum prazo significativo.

Citando a discordância do Ministro Marco Aurélio, o relator declarou que reconhece que “a modulação faz e com em certa medida que ‘o crime compense.’”. Mas, embora sem querer desestimular o descumprimento do estabelecido na Constituição, o Ministro reitera que “a lei vigorou por oito anos, portanto, quem cumpriu a lei, o fez acreditando que vigia e era presumivelmente constitucional, portanto usando de boa-fé”.

Dessa forma, o Ministro justificou seu voto com a ideia de que “desfazer retroativamente todos esses anos de benefícios seria de um impacto talvez imprevisível e possivelmente injusto em relação, pelo menos às partes privadas que cumpriram a lei tal como ela foi posta.”

Acrescenta ainda que foi feita a “ponderação entre a regra da Constituição que foi violada ...e do outro lado a segurança jurídica, a boa fé, a estabilidade das relações, que já se constituíram”. Enfatiza que “não se excepciona a incidência da Constituição, na verdade ponderam-se dois mandamentos constitucionais.”

Por fim, afirma “que não é o princípio da supremacia da Constituição que está sendo ponderado, [...] ele é o pilar do sistema”, o que está se fazendo “é dentro da Constituição, ponderando dois valores...que têm assento constitucional.”

A sua opção foi de privilegiar, “ao modular, o mandamento da segurança jurídica e da boa-fé, [...]” que a seu ver “milita sobretudo em favor das partes privadas que cumpriram as regras dessa lei” .

Cabe o registro de que, nesta ADIn, a modulação foi feita fundamentando-a através dos princípios da segurança jurídica, da boa fé e da estabilidade das relações, mas observando-se casos semelhantes, questões econômicas não eram suficientes para permitir a modulação dos efeitos da decisão. Neste próprio trabalho há casos em que a segurança jurídica e a boa fé são vinculadas à questão econômica e permitem a modulação e em outros não.

5.3 Embargos de Declaração em Recurso Extraordinário n. 595.838/SP

Trata-se de pedido de modulação feito pela União, em virtude de decisão do STF que no julgamento do Recurso Extraordinário n. 595.838, declarou a inconstitucionalidade do inciso IV do artigo 22 da Lei n. 8.212/91, com a redação dada pela Lei n. 9.876/99. O dispositivo em questão tratava da cobrança de Contribuição Previdenciária, que, segundo os julgadores, era inconstitucional.

EMENTA

Embargos de declaração no recurso extraordinário. Tributário. Pedido de modulação de efeitos da decisão com que se declarou a inconstitucionalidade do inciso IV do art. 22 da Lei nº 8.212/91, com a redação dada pela Lei nº 9.876/99. Declaração de inconstitucionalidade.

Ausência de excepcionalidade. Lei aplicável em razão de efeito repristinatório. Infraconstitucional.

1. A modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade é medida extrema, a qual somente se justifica se estiver indicado e comprovado gravíssimo risco irreversível à ordem social. As razões recursais não contêm indicação concreta, nem específica, desse risco.

2. Modular os efeitos no caso dos autos importaria em negar ao contribuinte o próprio direito de repetir o indébito de valores que eventualmente tenham sido recolhidos.

Verifica-se, nesta primeira parte da Ementa, que os julgadores reafirmaram a tese de que a modulação “é medida extrema”, justificada apenas se “comprovado gravíssimo risco irreversível à ordem social”, o que, no caso em questão, segundo seu julgamento não foi comprovado e a aplicação da modulação implicaria no cerceamento do direito do contribuinte de ter restituído valores indevidamente recolhidos.

3. A segurança jurídica está na proclamação do resultado dos julgamentos tal como formalizada, dando-se primazia à Constituição Federal.

4. É de índole infraconstitucional a controvérsia a respeito da legislação aplicável resultante do efeito repristinatório da declaração de inconstitucionalidade do inciso IV do art. 22 da Lei nº 8.212/91, com a redação dada pela Lei nº 9.876/99.

5. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos e nos termos do voto do Relator, em rejeitar os embargos de declaração. Brasília, 18 de dezembro de 2014. MINISTRO DIAS TOFFOLI Relator.

Por fim, o relator afirmou que “A segurança jurídica está na proclamação do resultado dos julgamentos tal como formalizada, dando-se primazia à Constituição.” Curioso observar que, na ADI 4.481, anteriormente analisada, o resultado econômico foi suficiente para motivar a decisão, que naquele caso foi desfavorável ao contribuinte. Foi negado direito ao Fisco de cobrar os tributos que não foram recolhidos em virtude de lei de benefícios fiscais, posteriormente declarada inconstitucional. Naquele caso, o prejuízo advindo da não cobrança dos tributos devidos, foi “dividido pela sociedade”. No caso presente, o particular vai ter seu direito à restituição do indébito respeitado.

5.4 Análise de Caso: ADIn 4357 e ADIn 4425 - Modulação EC 62/2009

O caso em questão trata da modulação dos efeitos da decisão aplicada à declaração de inconstitucionalidade de vários dispositivos relativos à Emenda Constitucional n. 62/2009. A referida Emenda alterava a forma de pagamento dos precatórios¹⁰ (SILVA, 2006, p. 1.073) devidos pelos Municípios, pelos Estados, pelo Distrito Federal, pela União e pelas autarquias vinculadas a esses entes públicos.

A EC n. 62/09, também conhecida como “emenda dos precatórios”, alterava o artigo 100 da Constituição Federal e acrescentava o artigo 97 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, instituindo regime especial de pagamento de precatórios pelos Estados, Distrito Federal e Municípios. Pelas condições estabelecidas pela EC n. 62/2009, os Estados, Municípios e o Distrito Federal estariam obrigados apenas a depositar um percentual de sua receita na conta destinada a quitar os precatórios. Além disso, criava condições para os valores devidos serem pagos parceladamente ou à vista com desconto significativo dos valores a serem recebidos pelos credores.

A EC n. 62/2009 foi considerada parcialmente inconstitucional nas alterações efetuadas no artigo 100 da CF e na inclusão do artigo 95 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Embora seja citado neste trabalho o relatório relativo à questão de ordem da ADIn 4425, a mesma solução foi dada para ambas as questões de ordem, pois a matéria considerada inconstitucional era semelhante.

¹⁰ Precatório é a carta de sentença remetida pelo juiz da causa ao Presidente do Tribunal para que este requirite ao Poder Público, mediante previsão na lei orçamentária anual, o pagamento de quantia certa para satisfazer obrigação decorrente de condenação das pessoas políticas, suas autarquias e fundações.

5.4.1 Análise dos votos dos Ministros quanto à modulação dos efeitos da decisão

O exame dos votos será feito de forma mais extensiva, em relação ao voto do relator, com destaque para as divergências entre os Ministros, e para a fundamentação apresentada.

O relator, ao iniciar o seu “entendimento sobre a matéria”, ressaltou que “há uma premissa inafastável neste julgamento: o de que o Supremo Tribunal Federal declarou o regime especial previsto na Emenda n. 62 inconstitucional.” Reforçando o seu pensamento, o Ministro Luiz Fux acrescentou: “Então, de sorte que nós não podemos, a pretexto de modularmos, darmos uma solução que venha de encontro ao eu foi decidido.” (Inteiro teor, Questão de ordem, ADIn 4.425, fl. 5).

O Ministro Marco Aurélio interveio afirmando que “A própria modulação tempera o que decidido”, ao que Luiz Fux rebateu lembrando que “temperar o que é decidido é uma coisa, agora, fazer do voto vencido o voto vencedor na modulação, eu não tenho conforto para isso.” (fl. 7).

A seguir, o relator relembrou o mérito da decisão, com base na certidão do julgamento, certificou que “o Tribunal, por maioria, rejeitou a arguição de inconstitucionalidade formal, da EC nº 62/09” e parcialmente procedente a ADIn quanto ao seu aspecto material, relacionando em seguida os dispositivos considerados inconstitucionais (fls. 8-12).

Após, discorreu sobre os motivos das declarações de inconstitucionalidade e à fl. 11 justificou a questão de ordem da modulação, trazendo à tona as situações consolidadas e a programação financeira dos EE e MM, o que tornaria “imperioso a Corte definir o alcance temporal de seu pronunciamento [...]”

Foi lembrado “que a modulação temporal das decisões [...]” é hoje uma realidade não só na prática judicante do Supremo Tribunal Federal como também na legislação brasileira. Seguindo na justificativa, o Ministro afirmou que a aplicação “‘cega e irrestrita’ da regra da nulidade [...] poderia representar um agravamento da ofensa aos valores fundamentais mais básicos do sistema constitucional.”

O relator passou a analisar cada dispositivo declarado inconstitucional na EC n. 62/2009 e o exame voltou-se às decisões em que houve modulação dos efeitos da decisão e na motivação desta modulação, para estabelecermos os parâmetros que justificaram a modulação ou não do efeito das decisões.

No exame do regime de compensação criada pelo §9º e artigo 10 do artigo 100 da CF e da “expressão ‘índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança’” (§12 do artigo 100), o Ministro Luiz Fux foi taxativo em votar pela eficácia retroativa da declaração de inconstitucionalidade pois não haviam indícios de segurança jurídica e porque o ente que criou a lei se beneficiaria indevidamente da medida. Da mesma forma, ele considerou a expressão “independente de sua natureza” (§12, artigo 100) inconstitucional retroativamente (fl. 14).

Com relação à parte de seu voto que considerava inconstitucional o índice oficial de remuneração básica da poupança, o Ministro Luiz Fux, após ouvir o voto e as considerações do Ministro Luís Barroso, e embora lembrando a jurisprudência do STF no sentido de que o Supremo não pode fixar índices, ajustou seu voto, alegando, dentre outros motivos que havia “ponderações de graves prejuízos ao erário, que numa ponderação de interesse” não lhe causariam dificuldade de alterar este tópico de seu voto porque, “por exemplo [...] a Advocacia da União mencionou que não adotado esse entendimento, haveria um prejuízo de bilhões para o Tesouro”. Então, em nome de “garantir a governabilidade política e econômica do País” o Ministro ajustou seu voto, concordando com a inconstitucionalidade com efeitos *ex nunc* (fl. 59).

Por fim, entendeu passível de modulação a declaração de inconstitucionalidade do §15 do artigo 100 da Constituição Federal e do artigo 97 do ADCT, porque “a satisfação imediata de todos os credores que cabe ao Poder Público, acabaria afetando a esfera jurídica de inúmeros outros cidadãos [...]”. Acrescenta que “o exercício financeiro de 2013 já se encontra próximo ao fim e boa parte do planejamento orçamentário referente a 2014 foi realizado com base na legislação vigente, notadamente da EC Nº 62/2009.” (fl. 15).

Votou que o regime especial, inclusive quanto a precatórios expedidos após a decisão do Supremo, deverá ocorrer “até o final do exercício financeiro de 2018”, e pela “eficácia imediata (não retroativa nem *ex nunc*) as formas de pagamento criadas pelo artigo 97, §6, §8 e, do ADCT.”, sendo válida, a partir desta data, apenas a ordem cronológica de apresentações, ressalvadas as exceções constitucionais. A justificativa do Ministro para essa modulação foi “a higidez dos pagamentos já realizados segundo tais critérios” (fl. 17).

Finalizando sua participação o Ministro votou pela permanência, até o prazo final do exercício de 2018, de “todas as demais disposições contidas no artigo 97 do ADCT, especialmente as “que vinculam percentuais mínimos da receita líquida ao pagamento de precatórios (art. 97, §§ 1º e 2º) e aquelas que preveem sanções para a não liberação tempestiva dos recursos destinados à quitação da dívida judicial do Poder Público (art. 97, 10).” (fl. 17).

A seguir, os Ministros trocaram ideias, principalmente sobre a viabilidade dos pagamentos dos precatórios nos prazos concedidos e da necessidade de a questão ser examinada sob este prisma com cuidado. Houve também manifestação favorável dos Ministros em relação à cautelar que concedeu o quinquênio para o pagamento do saldo dos precatórios, como medida indispensável para viabilizar o cumprimento, por parte do Estado, de suas obrigações com saúde, educação e outras áreas fundamentais. Essa cautelar foi confirmada, conforme decisão interlocutória à fl. 35.

Em 19 de março de 2014, o Ministro Luís Roberto Barroso proferiu seu voto, no geral acompanhando o voto do relator, tendo como discordâncias duas questões pontuais. A primeira diz respeito às compensações. Luís Roberto Barroso as considerou válidas até a data do julgamento para evitar “[...]a restauração de créditos tributários extintos [...]”. Sugeriu que, quem se sentisse prejudicado, poderia recorrer ao Judiciário, mas não haveria uma “invalidação geral, portanto” (fl. 39).

A segunda discordância deu-se em relação à fixação do prazo para a declaração de nulidade da expressão “índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança”, contida no artigo 100, §12, e no artigo 97, §1º, inciso II e §16, do ADCT. Para o Ministro Luís Barroso, a nulidade deveria ter “como marco inicial o dia 14 de março de 2013, data de conclusão do julgamento originário”.

O Ministro considerou que a remuneração pelo índice da poupança, embora não o ideal, não pode ser considerado um confisco do patrimônio do credor, e que o tribunal deveria buscar “[...]um equilíbrio entre perdas passadas e a busca de soluções para o futuro [...]” votando pela sua validade até a data de 14 de março de 2013.

Por fim, quanto à questão da modulação, o Ministro discorreu que não modular as decisões seria jogar a sociedade numa situação pior ao da promulgação da EC n. 62/2009, que teve o condão de tirar da inércia alguns estados com relação ao pagamento de precatórios. Ainda, com a derrubada da Emenda, os estados deveriam atender ao artigo 100 da CF que determina o pagamento em um ano do saldo de precatórios, solução inviável na prática.

Com relação às compensações, o Ministro se mostrou favorável à manutenção daquelas pactuadas até a data do final deste julgamento, desde que respeitada a ordem cronológica de apresentação dos precatórios.

O Ministro Luís Roberto Barroso ainda sugeriu medidas de transição para viabilizar o pagamento dos precatórios neste período de ajustes. Com relação a esse ponto, houve

discordância, principalmente do Ministro Marco Aurélio, que o considerava, atribuição do legislador e não do STF.

Após a manifestação do Ministro Luís Roberto Barroso, o Ministro Teori Zavascki se pronunciou, acompanhando o voto do relator inteiramente, inclusive com as reconsiderações feitas pelo Ministro Luiz Fux.

O Ministro Dias Toffoli, após vista dos autos, se pronunciou pela modulação, com algumas alterações em relação aos votos anteriores. Dentre as principais, destaca-se alterar a data de referência da modulação da data do julgamento de inconstitucionalidade (14 de março de 2013), para a data de conclusão deste julgamento, justificando tal raciocínio face à concessão de liminar nos autos, proferida em 11 de abril de 2013, pelo Ministro Luiz Fux, “determinando a aplicação do regime de pagamento de precatórios instituído pela Emenda Constitucional n. 62/2009 até a conclusão do julgamento da modulação.” (fl. 105).

O Ministro Dias Toffoli concordou com a modulação do “índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança, como parâmetro de remuneração dos precatórios, “ressalvando os requisitórios expedidos pela União, [...] “tendo em vista a fixação do IPCA-E¹¹ como índice de correção monetária dos precatórios federais, feita através das Leis de Diretrizes Orçamentárias de 2014 e 2015” (fl. 105-106).

Como última ressalva, o Ministro mantém, “pelo período de 5 (cinco) anos, a contar da conclusão do julgamento da questão de ordem, ‘a vigência das normas’ relativas ‘à compensação’, as modalidades alternativa de pagamento [...]” e “as sanções [...]” previstas “para o caso de não liberação tempestiva dos recursos destinados ao pagamento de precatórios”, estabelecidos na Emenda Constitucional 62/2009 (fl. 106).

Em aparte, o Ministro Luiz Fux, embora considerando que a Administração Pública iria se locupletar, pois pagou errado, acompanhou as alterações propostas pelo Ministro Toffoli.

No decorrer do julgamento da questão de ordem, os Ministros trocaram ideias e fizeram pequenos ajustes de voto. O único Ministro que foi totalmente contra a modulação e as decisões tomadas foi o Ministro Marco Aurélio, voto vencido neste julgamento.

Mas suas colocações sobre o assunto são extremamente importantes para a análise da questão da modulação e do papel do STF neste processo. Já durante o julgamento, o Ministro Marco Aurélio demonstrava sua posição ao contestar posição do Ministro Luís Roberto

¹¹ IPCA-E – Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo Especial.

Barroso que propunha a utilização de depósitos judiciais para a quitação de precatórios, a exemplo do que estava sendo feito no estado do Rio de Janeiro com relativo sucesso.¹²

Houve um pequeno debate entre os Ministros: de um lado, o Ministro Luís Roberto Barroso e o Ministro Luiz Fux, sugerindo um papel mais ativo ao Tribunal, já que as propostas legislativas não eram aprovadas; e, de outro, o Ministro Marco Aurélio, insistindo que não era papel do STF legislar positivamente.

Na continuidade do julgamento, houve um consenso sobre a modulação e foram acertados alguns detalhes, com ajuste de votos dos Ministros, principalmente para considerar a data referência para os dispositivos declarados com efeito *ex nunc* a data da decisão sobre a Questão de Ordem (25 de março de 2015), na qual foi voto vencido a Ministra Rosa Weber.

Por fim, cabe destacar o voto do Ministro Marco Aurélio, já que os demais concordaram em linhas gerais. Destacam-se, do Ministro, as seguintes ponderações:

O processo Presidente é objetivo. Cumpre ao Supremo, tão somente, proceder ao cotejo do ato impugnado com a Constituição Federal. O Supremo age unicamente como legislador negativo. Jamais por melhor que seja a intenção, como legislador positivo. Todos sabem que sou contra a modulação, ressalto que a modulação implica, tornar a Lei das leis, a Constituição Federal, um documento flexível. Estimula a edição de normas inconstitucionais – e esse estímulo ocorre no tocante àqueles que acreditam na morosidade da Justiça e no famoso ‘jeitinho’ brasileiro (fl. 167).

Conforme se observa, houve indignação por parte do Ministro Marco Aurélio com o resultado do julgamento, que prossegue ao final de seu voto:

Há quem diga que, para se evoluir, deve-se chegar a um extremo quanto à perda de parâmetros e abandono de princípios. Não penso deste modo [...]. [...] e ressaltando, mais uma vez, que a modulação proposta implica o término, praticamente dos processos subjetivos em curso, em que se questiona e se lança como causa de pedir, justamente, o que se acaba de declarar inconstitucional, voto no sentido de não cabe [...] a modulação. Não cabe, até mesmo considerado conceito de justiça, no que ela acaba por distinguir credores e resultar na decisão de milhares de processo que estão em curso, em que há discussão sobre a liquidação de débitos, sobre a atualização de débito (fl. 169).

¹² A meu ver, com a devida vênia, há dois aspectos que consubstanciam, sob minha óptica, obstáculo intransponível: o primeiro é que não podemos atuar como legisladores positivos, muito menos para alterar a Carta da República. O segundo é que precatório está jungido a orçamento, e, portanto, deve ser liquidado conforme a fora do orçamento e não de depósitos judiciais que estão Estado, propriamente dito, em termos de disponibilidade, já que são feitos e vinculados a certa relação jurídica processual (fl. 63).

Nesse ponto, o Ministro referia-se aos particulares que ingressaram com ações de inconstitucionalidade quanto a certos dispositivos da EC n. 62/2009, que foram reconhecidos como inconstitucionais, mas que, com a modulação, em muitos casos, o reconhecimento de seu direito teria sido em vão com a postergação dos efeitos da Emenda Constitucional em questão.

5.4.2 Decisão sobre a Questão de Ordem – ADIn 4.425 DF

A seguir, examina-se o que foi decidido a respeito do mérito da questão de ordem e os fundamentos em que se basearam os Ministros para as suas decisões. A ementa restou assim redigida:

EMENTA: QUESTÃO DE ORDEM. MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DE DECISÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE (LEI N. 9.868/99, ART. 27). POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE ACOMODAÇÃO OTIMIZADA DE VALORES CONSTITUCIONAIS CONFLITANTES. PRECEDENTES DO STF. REGIME DE EXECUÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA MEDIANTE PRECATÓRIO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 62/2009. EXISTÊNCIA DE RAZÕES DE SEGURANÇA JURÍDICA QUE JUSTIFICAM A MANUTENÇÃO TEMPORÁRIA DO REGIME ESPECIAL NOS TERMOS EM QUE DECIDIDO PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. A modulação temporal das decisões em controle judicial de constitucionalidade decorre diretamente da Carta de 1988 ao consubstanciar instrumento voltado à acomodação otimizada entre o princípio da nulidade das leis inconstitucionais e outros valores constitucionais relevantes, notadamente a segurança jurídica e a proteção da confiança legítima, além de encontrar lastro também no plano infraconstitucional (Lei nº 9.868/99, art. 27). Precedentes do STF: ADI nº 2.240; ADI nº 2.501; ADI nº 2.904; ADI nº 2.907; ADI nº 3.022; ADI nº 3.315; ADI nº 3.316; ADI nº 3.430; ADI nº 3.458; ADI nº 3.489; ADI nº 3.660; ADI nº 3.682; ADI nº 3.689; ADI nº 3.819; ADI nº 4.001; ADI nº 4.009; ADI nº 4.029.

Conforme se verifica no caput e no item 1 da Ementa, a primeira decisão, por maioria de votos, foi de que cabia a modulação ao caso, em nome da “Necessidade de Acomodação Otimizada de valores conflitantes”, tendo como base a manutenção da segurança jurídica e o “princípio da confiança legítima”, além de outros valores infraconstitucionais.

2. In casu, modulam-se os efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade proferidas nas ADIs nº 4.357 e 4.425 para manter a vigência do regime especial de pagamento de precatórios instituído pela Emenda Constitucional nº 62/2009 por 5 (cinco) exercícios financeiros a contar de primeiro de janeiro de 2016.

O item 2 da Ementa é claro em dar sobrevida a um regime que foi julgado inconstitucional, pela Corte em 14 de março de 2013, até o final do exercício de 2020.

3. Confere-se eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade dos seguintes aspectos da ADI, fixando como marco inicial a data de conclusão do julgamento da presente questão de ordem (25.03.2015) e mantendo-se válidos os precatórios expedidos ou pagos até esta data, a saber: (i) fica mantida a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), nos termos da Emenda Constitucional nº 62/2009, até 25.03.2015, data após a qual (a) os créditos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) e (b) os precatórios tributários deverão observar os mesmos critérios pelos quais a Fazenda Pública corrige seus créditos tributários; e (ii) ficam resguardados os precatórios expedidos, no âmbito da administração pública federal, com base nos arts. 27 das Leis nº 12.919/13 e nº 13.080/15, que fixam o IPCA-E como índice de correção monetária.

No item seguinte, o STF regulamentou a atualização monetária dos precatórios, dando eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade a partir da data do julgamento sobre esta questão de ordem. Portanto, os precatórios expedidos ou pagos até 25 de março de 2015, terão a atualização monetária prevista na EC n. 62/2009. Já aqueles que foram expedidos após àquela data terão correção pelo IPCA-E, em geral, um índice mais próximo da desvalorização monetária.

4. Quanto às formas alternativas de pagamento previstas no regime especial: (i) consideram-se válidas as compensações, os leilões e os pagamentos à vista por ordem crescente de crédito previstos na Emenda Constitucional nº 62/2009, desde que realizados até 25.03.2015, data a partir da qual não será possível a quitação de precatórios por tais modalidades; (ii) fica mantida a possibilidade de realização de acordos diretos, observada a ordem de preferência dos credores e de acordo lei própria da entidade devedora, com redução máxima de 40% do valor do crédito atualizado.

5. Durante o período fixado no item 2 acima, ficam mantidas (i) a vinculação de percentuais mínimos da receita corrente líquida ao pagamento dos precatórios (art. 97, § 10, do ADCT).

No item 4, os Ministros deram tratamento semelhante ao da correção dos precatórios às formas alternativas de pagamento previstas na EC n. 62, ou seja, as que foram feitas até 25 de março de 2015 “consideram-se válidas”. A partir dessa data, não serão mais aceitas. Ainda neste item, os julgadores mantiveram a possibilidade da realização de “acordos diretos”, “[...] com redução máxima de 40% do valor do crédito atualizado”, desconto a ser dado pelo credor para receber antes o valor a que tem de receber do ente público.

Este tópico teve ressalva do Ministro Luiz Fux, durante a discussão da questão, mas não foi levado em conta no resultado final do julgamento. O Ministro citou “que vários contribuintes que se insurgiram contra essa compensação, promoveram ações judiciais, e [...] o Supremo Tribunal Federal concedeu repercussão geral a esse tema [...]” no que diz respeito aos recursos que chegaram ao Tribunal, contestando a “compensação realizada unilateralmente [...]”.

Concluindo, o Ministro afirma que, se decidido pela inconstitucionalidade dessas compensações com efeitos *ex nunc*, os contribuintes que ajuizaram as ações não teriam nenhum resultado prático, já que, embora reconhecida a inconstitucionalidade que eles alegavam, a modulação com efeitos válidos a partir do julgamento não lhe traria qualquer benefício. Sugeriu, como solução alternativa, que houvesse efeito retroativo apenas para os casos em que houve ação ajuizada contestando a compensação.

No item 5, foi mantida a vinculação dos percentuais mínimos que os entes públicos devem destinar ao pagamento dos precatórios de sua receita corrente líquida. Isso, conforme já comentado, pode perpetuar a dívida, pelo menos durante o prazo para o qual o STF, estendeu a validade da medida, ou seja, cinco exercícios financeiros a partir de 1º de janeiro de 2016.

6. Delega-se competência ao Conselho Nacional de Justiça para que considere a apresentação de proposta normativa que discipline (i) a utilização compulsória de 50% dos recursos da conta de depósitos judiciais tributários para o pagamento de precatórios e (ii) a possibilidade de compensação de precatórios vencidos, próprios ou de terceiros, com o estoque de créditos inscritos em dívida ativa até 25.03.2015, por opção do credor do precatório. 7. Atribui-se competência ao Conselho Nacional de Justiça para que monitore e supervisione o pagamento dos precatórios pelos entes públicos na forma da presente decisão.

Por fim, os Ministros delegaram competência ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para que examine a possibilidade de que se apresentem propostas que disciplinem “a utilização compulsória” de parcela dos recursos da conta de depósitos judiciais tributários para pagamento de precatórios; também para que o CNJ analise proposta que vise “à possibilidade de compensação de precatórios vencidos [...]”, com o saldo “de créditos inscritos em dívida ativa até 25.03.15, por opção do credor do precatório.” E como dispositivo final, o STF atribui “competência” ao CNJ para monitorar e supervisionar “o pagamento dos precatórios pelos entes públicos na forma [...]” do que foi acima decidido.

Deixa-se de transcrever o Acórdão por ser repetição dos itens acima expostos, fazendo ressalva apenas no sentido de que a decisão foi por maioria de votos, vencido o Ministro

Marco Aurélio, que não modulava os efeitos da decisão, e, em menor extensão, a Ministra Rosa Weber, que fixava como marco inicial a data do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade.

6 CONCLUSÃO

O objetivo deste trabalho era discutir os efeitos dados às decisões relativas à inconstitucionalidade ou não de leis e de atos normativos, em especial os efeitos positivados pelo artigo 27 da Lei n. 9.868/99.

Pôde-se observar a importância da Constituição e de um sistema de controle de constitucionalidade para a preservação da força constitucional, que pode assumir várias formas, a depender do ordenamento jurídico. Traçou-se, por fazerem parte do ordenamento jurídico brasileiro, sobre o controle preventivo e o controle repressivo de constitucionalidade e um trabalho mais extenso em relação ao controle difuso e ao concentrado e da forma com que ele é exercido no Brasil.

Em relação aos controles constitucionais, verificou-se a importância do papel do Supremo Tribunal Federal, “o guardião da Constituição” e o responsável por dar a palavra final no exame do que é ou não constitucional, sempre tendo como fundamento a Lei Maior.

Algumas informações colhidas de trabalhos feitos sobre os Tribunais Constitucionais em outros países demonstraram traços de semelhança e de disparidade na formação e nos efeitos das decisões que são tomadas naqueles tribunais.

Nesse contexto, verificou-se a importância da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos no ordenamento jurídico brasileiro.

Os princípios constitucionais exercem papel determinante na modulação dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade de leis, e que umbilicalmente estão ligados ao artigo 27 da Lei n. 9.868/99, dispositivo cuja constitucionalidade foi analisada no trabalho. Viu-se que, dentre os princípios, o princípio da legalidade é de grande relevância, tendo em vista os efeitos das medidas cautelares concedidas em ação declaratória de inconstitucionalidade, em virtude de que tal dispositivo pode modificar a legislação, salvo previsão em contrário.

No exame do artigo 27 da Lei n. 9.868/99, inicialmente observou-se que a inclusão no ordenamento jurídico das Lei n. 9.868/99 e 9.882/99 trouxe significativas e importantes alterações no processo e no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade.

Com base na doutrina de Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Mendes, o segundo tendo inclusive participado da Comissão de juristas que elaborou o projeto que deu origem à Lei, vários argumentos foram levantados e, segundo os autores, o instituto tornaria o processo mais ágil, mais seguro e contemplando solução para situação anteriormente não previstas.

O exame detalhado do artigo 27 revelou que a modulação prevista, inclusive com efeitos prospectivos, teve como fundamentos em especial os princípios da segurança jurídica e o excepcional interesse social.

Contudo, a validade do dispositivo não é unânime, tanto que existem duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade que contestam dispositivos da Lei n. 9.868/99, em especial o seu artigo 27, que “autoriza o STF a manipulação da eficácia temporal da declaração de constitucionalidade.” Ambas, embora propostas em 2000, ainda não tiveram o seu desfecho. Houve, em fevereiro de 2007, o julgamento sobre todos os dispositivos contestados, com exceção do artigo 27, por falta de quórum. Os demais dispositivos foram considerados constitucionais. Em agosto de 2007, o julgamento foi retomado e o relator se pronunciou pela inconstitucionalidade do dispositivo A seguir a Ministra Cármen Lúcia pedia vista aos autos e o processo foi devolvido da vista em 16/02/2016, permanecendo pendente a decisão relativa ao artigo 27.

O efeito vinculante e a eficácia *erga omnes*, por estarem positivados no artigo 28 da Lei n. 9.868/99, e a necessidade do quórum qualificado para aprovar a modulação prevista no artigo 27, também ganham importância.

Com base na doutrina de Oswaldo Palu, Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Mendes, demonstrou-se que técnicas, mesmo antes da entrada em vigor da Lei n. 9.868/99 já eram utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal para modular os efeitos das decisões de inconstitucionalidade, em especial a técnica da interpretação conforme a Constituição e a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto.

Como técnica de ponderação, os Ministros do Supremo Tribunal Federal buscam avaliar princípios em conflito e sopesar, isto é, balancear a importância de cada um no caso concreto para decidir da forma que entendam mais justa, levando em conta todos os aspectos a serem considerados.

A doutrina adota postura díspar com relação à modulação. Gilmar Mendes e Ives Gandra da Silva Martins são favoráveis ao instituto, principalmente pela necessidade de flexibilização dos instrumentos de declaração de inconstitucionalidade. Ressaltam que a Lei n. 9.868/99 foi um avanço e uma tendência do direito moderno.

Luís Roberto Barroso, hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, embora tenha posição favorável à modulação, foi voto vencido no texto base que deu origem à Lei, por entender que as alterações propostas exigiriam uma emenda à Constituição.

Dentre as posições desfavoráveis à modulação, Manoel Gonçalves Ferreira Filho entende que o artigo 27 pode levar a uma “politização do controle” já que “excepcional interesse social” ou “segurança jurídica” são “conceitos largos que ensejam apreciação subjetiva” e podem justificar a modulação dos efeitos das decisões.

Já Renata Elaine Silva faz um reparo em relação ao tipo análise que os Ministros devem fazer ao examinar a questão da modulação e ilustra com um julgado (fls. 52 e 53) no qual o Ministro Marco Aurélio proferiu um voto que segundo ela “traduz o sistema jurídico positivo” ao passo que o Ministro Ricardo Lewandowski demonstrou “uma decisão com base em outras justificativas de outros sistemas, quais sejam, o econômico e político”.

De extrema importância também foi a análise de julgados do Supremo Tribunal Federal que têm vinculação com o tema, um deles inclusive anterior à edição da Lei n. 9.868/99, com decisões diversas sobre modulação, o que pode dar uma ideia da posição dos Ministros a respeito do tema.

A análise de caso, embora transitado em julgado, foi de valia em razão da sua complexidade. Trata-se da ação direta de inconstitucionalidade relativa à Emenda Constitucional n. 62/2009, que foi decidida em 2013. Vários dispositivos nela contidos foram considerados inconstitucionais e a modulação a respeito desses dispositivos foi decidida através de Questão de Ordem apenas em março de 2015 e com muitos pontos polêmicos.

Embora decidida a ação e modulados os seus efeitos, enriqueceu muito este estudo analisar a modulação feita, as ponderações utilizadas durante a discussão da matéria e as justificativas que embasaram as decisões tomadas. No próprio estudo de caso, foi possível observar que os motivos econômicos foram preponderantes para determinar a modulação. O Ministro Luiz Fux chegou a mencionar, baseado em informações recebidas da Advocacia Geral da União, que a fixação do índice correto de correção dos precatórios, com efeitos retroativos, poderia causar “um prejuízo de bilhões para o Tesouro.”

Além disso, na forma da Lei n. 9.868/99 principalmente, o STF teve outorgado, por lei ordinária, um poder de quase legislador, pois, conforme já foi relatado na análise de caso, o Supremo declarou vários dispositivos de uma lei inconstitucionais, e, ao mesmo tempo deu-lhe vigência até o final do exercício de 2020.

A questão da modulação, presente em todo este trabalho, com a manutenção ou não do artigo 27 da Lei n. 9.868/99, deveria ser melhor disciplinada, com critérios mais concretos para que fosse implementada ou não. Na forma como está disciplinada, permite ao Supremo Tribunal Federal julgar causas semelhantes e aplicar ou não a modulação, conforme julgue o valor econômico ou político como questão de segurança jurídica ou excepcional interesse

social, como, por exemplo, no RE 595.838 e na ADIn 4.481: num dos casos foi feita a modulação e no outro não, embora, o motivo central da discussão fosse econômico em ambos os casos.

Finalizando este trabalho, é possível concordar com o pensamento de Oswaldo Palu e dos autores das Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade no sentido de que o artigo 27 da Lei n. 9.868/99 é inconstitucional, pois lei ordinária não poderia regular matéria constitucional, visto que um dispositivo legal que preveja que lei declarada inconstitucional continue vigendo entra em colisão com o princípio da independência e harmonia dos poderes pois permitiria ao Judiciário “legislar positivamente”, papel que não lhe é atribuído pela Constituição Brasileira.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Princípios formais: e outros aspectos da teoria discursiva do Direito** / Robert Alexy; organização Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, Aziz Tuffi Saliba e Mônica Sette Lopes. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. rev. e atual. até EC 76/2013. São Paulo: Verbatim, 2013.
- BALEEIRO, Aliomar. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- BARROS, Sérgio Rezende de. **Noções sobre Controle de Constitucionalidade**. 2000. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/noco-es-sobre-controle-de-constitucionalidade.cont>>. Acesso em: 20 abr. 2015.
- BARROS VASQUES, Ana Carolina. Segurança Jurídica e modulação de efeitos da Declaração de inconstitucionalidade. Especificidades em matéria tributária. **Revista da procuradoria-Geral da Fazenda Nacional**, ano III, n. 5, p. 79-100, 2013. Disponível em: <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/revista-pgfn/ano-iii-numero-5-2013/d5.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo - os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- _____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BERNARDES, Uliano Taveira. **Controle Abstrato de Constitucionalidade: elementos materiais e princípios processuais**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 2015.
- _____. **Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 2015.
- _____. **Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 2015 e 2016.

_____. **Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999.** Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm>. Acesso em: 2015 e 2016.

BRASIL. **Projeto de Lei n. 4355/12.** Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=554155>>. Acesso em: 12 fev. 2016.

BRASIL. **Exposição de Motivos n. 189, de 7-4-1997,** ao Projeto de Lei n. 2.960 de 1997.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7. ed., 15. reimp. Coimbra, Portugal: Almedina, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico.** vol. 1, A-C. São Paulo: Saraiva, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios Constitucionais do direito constitucional.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GUERRA, Sidney. **Hermenêutica, Ponderação e Colisão de Direitos Fundamentais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

HACK, Érico. **Direito constitucional.** Conceitos, fundamentos e princípios básicos. Curitiba: Ibepe, 2008.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Trad. João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

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

_____. **Direito Constitucional Esquematizado.** 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

LINS, Robson Maia. **Controle de Constitucionalidade da norma tributária.** Decadência e Prescrição. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005.

MACHADO, Costa (Org.). **Constituição Federal Interpretada.** Artigo por Artigo, parágrafo por parágrafo. Anna Cândida da Cunha Ferraz (Coord.) 4. ed. Barueri/SP: Manole, 2013.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Princípio da Isonomia: desequiparações proibidas e permitidas. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 1, p. 81-82, 1993.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade: uma análise das Leis 9.868/99 e 9.882/99. **Revista Eletrônica de Direito de Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro

de Direito Público, nº 19, julho/agosto/setembro, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-19-JULHO-2009-GILMAR%20MENDES.pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2015.

_____. **Controle de Constitucionalidade:** aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade:** estudos de Direito Constitucional. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Curso de Direito Constitucional.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar. **Controle de Constitucionalidade e Processo de Deliberação:** Legitimidade, transparência e segurança jurídica nas decisões das cortes supremas. Palestra proferida em Washington em 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/EUA_GM.pdf>. Acesso em: 03 set. 2015.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. **Direito constitucional.** 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. **Direitos Humanos Fundamentais.** 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais.** São Paulo: Atlas, 2000.

PONTES, Helenilson Cunha. **O Princípio da Proporcionalidade e o direito tributário.** São Paulo: Dialética, 2000.

REGO, Alexandre. Das limitações do poder de tributar. In: MACHADO, Costa (Org.) e FERRAZ, Ana Cândida da Cunha Ferraz (Coord.), **Constituição Federal Interpretada.** Artigo por Artigo. Parágrafo por parágrafo. 4. ed. Barueri, SP: Manole, 2013.

SILVA MARTINS, Ives Gandra da; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade.** Comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico.** Atualizado por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional nº 76/2013. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, Renata Elaine. **Decisões em matéria tributária**. São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA, Roque Sérgio D'Andrea Ribeiro da. **Introdução ao Direito Constitucional Tributário**. Curitiba: Intersaberes, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 4.481/PR**. Relator Ministro Roberto Barroso. Tribunal Pleno. Julgamento em 11 de março de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8494796>>. Acesso em: 12 jan. 2016.

_____. **ADIn-MCA 1434/SP**. Rel. Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno. Julgamento em 20 de agosto de 1996. Disponível em: < www.stf.jus.br >. Acesso em: 20 jan. 2016.

_____. **AgR/RJ 474.708**, Rel Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno. Decisão monocromática. Julgamento em 17 de março de 2008. Publicação em 18 de abril de 2008. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 jan. 2016.

_____. **Agravo de Instrumento 438366/RJ**. Relator Ministro Nelson Jobim. Tribunal Pleno. Julgamento em 13 de setembro de 2004. Publicação em 20 de outubro de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28ADI+e+2154%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/hvfdada>>. Acesso em: 24 mar. 2016.

_____. **Definida questão sobre retomada de julgamento após proclamação do resultado. 8/4/2015a**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=288997>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

_____. **Recurso Extraordinário 730.462/SP**. Relator Ministro Teori Zavascki. Tribunal Pleno. Julgamento em 28 de maio de 2015. Publicação em 09 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=730462&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

_____. **Embargos de Declaração RE 595.838 SP**. Relator Ministro Dias Toffoli. Julgamento em 18 de dezembro de 2014. Publicação em 25 de fevereiro de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2651722>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

_____. **Inconstitucionalidade não tem efeito automático sobre sentenças, decide STF (atualizada). 28/05/2015d.** Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=292518>>. Acesso em: 08 jun. 2015.

_____. **Plenário julga inconstitucional concessão de benefícios fiscais no Paraná.**

11/03/2015b. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=287125>>. Acesso em: 05 jun. 2015.

_____. **Questão de ordem ADIn 4.425 DF.** Disponível em: <

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9016259>>. Acesso em: 15 fev. 2016

_____. **Recurso Extraordinário n. 122202 MG.** Disponível em:

<http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/RE_122202_MG_1278882049120.pdf?Signature=%2BHNjF4vBtP7xbmQoE%2Fm%2B0AdkYUg%3D&Expires=1460648079&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=22b297ab89f69cf55ad3834ac98426bc>. Acesso em: 05 jan. 2016.

_____. **Suspensa análise de questão de ordem sobre modulação de efeitos em ADI.**

05/03/2015c. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=286697>>. Acesso em: 05 jun. 2015.

TAVARES FILHO, Newton. **Tribunais constitucionais.** 2009. Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br>>. Acesso em: 05 maio 2015.

VAZ, Rosa Anderson; CROSARA, Daniela de Melo. Artigos 101 e 102 da Constituição Federal. In: MACHADO, Costa (Org.) e FERRAZ, Ana Cândida da Cunha Ferraz (Coord.), **Constituição Federal Interpretada.** Artigo por Artigo. Parágrafo por parágrafo. 4. ed. Barueri, SP: Manole, 2013.