



.....

Uma proposta de compreensão da modulação de efeitos das decisões da jurisdição constitucional

Victor Marcel Pinheiro

Universidade de São Paulo (USP), São Paulo/SP, Brasil. E-mail: victor.marcel.pinheiro@gmail.com

.....

Resumo

O presente artigo tem por objetivo apresentar um modelo dogmático para compreender a chamada “modulação de efeitos de decisões de inconstitucionalidade”. Para tanto, inicia pela análise de um dos pressupostos tradicionais do controle de constitucionalidade: a regra da nulidade da norma inconstitucional. Em seguida, apresenta dois modelos diferentes de compreensão de seu objeto, apontando o aqui denominado modelo amplo como o mais adequado para que existam maior clareza e coerência decisória, além do respeito ao quórum legalmente fixado para essa medida. Por fim, são examinados grupos de casos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal para identificar o impacto do modelo proposto.

Palavras-chave

Jurisdição constitucional; controle de constitucionalidade; modulação de efeitos; inconstitucionalidade; Estado de Direito.

An understanding proposal of the prospective effects of judicial review decisions

Abstract

This article aims to introduce a conceptual model in order to understand the so-called “prospective effects of judicial review decisions”. It begins examining one of the traditional assumptions of judicial review that unconstitutional law is void. In sequence, it focuses on two different models of understanding this issue and points to a broad comprehensive model that ensures transparency and coherence in judicial decisions, as well as the compliance with the necessary legal quorum. In the end, it analyzes groups of Federal Supreme Court cases, thereby identifying the consequences of the proposed model.

Keywords

Constitutional jurisdiction; judicial review; prospective effects; unconstitutionality; Rule of Law.

Revista Publicum

Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, 2018, p. 153-180

<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum>

DOI: 10.12957/publicum.2018.33080

Sumário

Introdução; 1. A regra da nulidade como pressuposto do controle de constitucionalidade no Brasil; 1.1. Os efeitos jurídicos das normas ou atos jurídicos inconstitucionais; 1.2. As conseqüências da declaração da inconstitucionalidade da norma sobre os fatos por ela juridicizados; 2. Dois modelos de compreensão da modulação de efeitos das decisões de inconstitucionalidade; 2.1. Modelo restrito de modulação de efeitos de decisões de inconstitucionalidade: a separação entre plano das normas e dos fatos; 2.2. Modelo amplo de modulação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade: manutenção dos efeitos da norma ou atos inconstitucionais; 3. Análise crítica da jurisprudência do STF a respeito do tema; 3.1. A declaração de constitucionalidade para evitarem-se os efeitos indesejados da nulidade *ex tunc*; 3.2. A norma jurídica “ainda constitucional” e o trânsito para a inconstitucionalidade; 3.3. Declaração da nulidade *ex tunc* e manutenção dos efeitos da norma inconstitucional; 3.4. Declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade; Conclusão; Referências.

Introdução

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) tem se utilizado cada vez mais de uma variada gama de técnicas decisórias no exercício do controle de constitucionalidade (MARTINS e MENDES, 2009, p. 445-447). O presente artigo tem por finalidade oferecer um modelo dogmático para a compreensão de uma dessas técnicas: a chamada modulação de efeitos de decisões da jurisdição constitucional.

No caso brasileiro, trata-se da possibilidade de estabelecer que uma decisão judicial que declara a inconstitucionalidade de uma norma ou ato jurídico desconstitua seus efeitos não somente *ex tunc* (a partir de sua edição), mas também com outros temperamentos. Essa possibilidade é positivada no direito brasileiro: a) no art. 27 da Lei 9.868/1999 - que regulamenta a ADI e a ADC; b) no art. 11 da Lei 9.882/1999 - que regulamenta a ADPF; e c) no art. 4º da Lei 11.417/2006, que regula a edição, modificação e cancelamento das súmulas vinculantes. O novo Código de Processo Civil, Lei 13.105/2015, prevê, em seu art. 525, § 13, e art. 535, § 6º, a modulação de efeitos das decisões do STF em caráter abrangente, sendo as mencionadas leis especiais em relação ao diploma processual. Trata-se de expediente, inclusive, com grande disseminação no direito constitucional comparado (MEDEIROS, 1999, p. 645).

Embora já positivado no direito brasileiro há certo tempo, não há clareza sobre o seu significado. Existe considerável produção doutrinária sobre o tema, com diferentes visões sobre

sua compreensão. O objetivo do presente artigo é indicar um modelo dogmático para que sua aplicação seja mais uniforme e coerente em diferentes casos. No presente trabalho, o escopo não é fazer uma avaliação da correção da decisão em modular ou não os efeitos da decisão de inconstitucionalidade em casos concretos, mas uma questão preliminar: o que significa modular esses efeitos e quando essa questão deve ser discutida. Por essa razão, do ponto de vista da abordagem metodológica, o presente artigo adota uma postura da dogmática analítica, em que se examinam as categorias operacionais básicas do pensamento jurídico (ALEXY, 2017, p. 32-3).

Para tanto, no item 1, expõem-se os contornos gerais de um dos pressupostos do controle de constitucionalidade no Brasil: a chamada regra da nulidade. No item 2, são examinadas dois modelos diferentes para compreensão da modulação de efeitos das decisões de inconstitucionalidade, indicando-se o aqui denominado modelo amplo como o mais adequado perante o ordenamento jurídico brasileiro. No item 3, examinam-se algumas decisões do STF em que deve ser levantada a questão sobre a necessidade ou não de modulação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade. No item 4, apresentam-se as conclusões do trabalho.

1. A regra da nulidade como pressuposto do controle de constitucionalidade no Brasil

No direito brasileiro, a regra da nulidade remonta às lições de Rui Barbosa, em seu libelo clássico de 1893, no sentido de que: “Toda medida legislativa, ou executiva, que desrespeitar preceitos constitucionais, é, de sua essência, nula” (BARBOSA, 2003, p. 43). Ampliando-se a afirmativa, isso significa que toda norma ou ato jurídico incompatíveis com a Constituição Federal não podem produzir efeitos jurídicos. Trata-se de pressuposto largamente utilizado na doutrina brasileira e na jurisprudência do STF.¹

Para compreender adequadamente o fenômeno da chamada modulação de efeitos das decisões na jurisdição constitucional, é necessário compreender dois aspectos da regra da nulidade: a) os efeitos jurídicos das normas jurídicas inconstitucionais e b) as consequências da declaração da inconstitucionalidade da norma sobre os fatos por ela juridicizados.²

¹ Ver, por exemplo, Alfredo Buzaid (1958, p. 130-132), e José de Castro Nunes (1943, p. 589). Como exemplos da jurisprudência do STF, cf. RE 93.356, 2ª T., Rel. Min. Leitão de Abreu, j. 24/03/1981, e Rp 1.077, Pleno, Rel. Min. Cordeiro Guerra, j. 26/02/1981.

² Embora esteja em foco diretamente o direito brasileiro, esses dois pressupostos são largamente utilizados no direito constitucional comparado (CANOTILHO, 2003, p. 948).

1.1. Os efeitos jurídicos das normas ou atos jurídicos inconstitucionais

O primeiro aspecto da regra da nulidade é o de que somente a norma ou ato jurídico em conformidade com a Constituição pode ter eficácia jurídica e, de modo reverso, a norma jurídica ou ato em desconformidade com a Constituição não deve ter eficácia jurídica. Eficácia jurídica da norma jurídica aqui pode ser compreendida como incidência sobre determinados fatos, ou seja, “o efeito da norma jurídica de transformar em fato jurídico a parte do seu suporte fático que o direito considerou relevante para ingressar no mundo jurídico” (MELLO, 2003, p. 71). Já a vigência da norma jurídica é a “possibilidade de ser eficaz, quer dizer, a possibilidade de incidir sobre seus pressupostos fáticos quando concretizados, subordinando-os ao sentido que lhes impõe.” (MELLO, 2003, p. 80-82) Por fim, eficácia do fato jurídico significa o conjunto de “consequências imputadas pelas normas jurídicas ao fato jurídico” (MELLO, 2008, p. 2).

Não se pode confundir a eficácia da norma ou do ato jurídico com a sua validade. Neste trabalho, adota-se o conceito de validade como a compatibilidade formal e material de uma norma ou ato jurídico com a Constituição.³ Do ponto de vista formal, a validade é atributo de norma ou ato jurídico que foi produzido pela autoridade competente de modo regular, com base nas regras de procedimento e competência pertinentes. Em sua dimensão material, a validade de uma norma ou ato jurídico hierarquicamente inferior pressupõe que ela tenha seu conteúdo conforme as normas jurídicas superiores. Nesse sentido, o conceito de validade expressa a compatibilidade da norma ou ato com o sistema jurídico como um todo (NEVES, 1988, p. 41).⁴ A norma ou ato jurídico incompatível com a Constituição é inconstitucional – um vício de invalidade – e, segundo a regra da nulidade, não podem produzir efeitos.⁵

³ Para o aprofundamento deste e outros sentidos de validade, veja-se Carlos Santiago Nino (2010, p. 154-165).

⁴ Existe uma grande polêmica doutrinária sobre a necessidade e utilidade da utilização da categoria da “existência”, na forma como proposta por Pontes de Miranda, para compreender dogmaticamente as normas jurídicas. De um lado, argumenta-se que a categoria da existência não faria sentido no direito, uma vez que a validade seria o próprio modo de existir do fenômeno jurídico. Nesse sentido, veja-se a posição de Gabriel Ivo (2010, p. 236). De outro lado, defende-se que a existência é categoria normativamente construída e não ontologicamente ligada a uma suposta “essência” do direito, de modo que, para diferentes situações, os elementos de existência de um fato jurídico podem ser diferentes. Cf., por exemplo, Clóvis V. do Couto e Silva, (1987, p. 263). Considerando-se o escopo do presente trabalho, não é necessário aprofundar essa questão, podendo-se agrupar todos os requisitos de conformidade da norma jurídica à Constituição como requisitos de validade, o que facilita a compreensão do fenômeno da modulação de efeitos das decisões de inconstitucionalidade, como será abordado.

⁵ Por essa razão, não se pode adotar a posição de Hans Kelsen, no sentido de que a norma jurídica inconstitucional seria, na verdade, norma jurídica válida: “As chamadas ‘leis inconstitucionais’ são leis conforme à Constituição que, todavia, são anuláveis por um processo social”(KELSEN, 2003, p. 305). A inconstitucionalidade, como espécie de invalidade, não é criada pela decisão judicial que a constata, mas decorre da relação de incompatibilidade formal ou material entre ela e a Constituição.

Tampouco se pode confundir a inconstitucionalidade, enquanto vício de invalidade, com as consequências jurídicas que dela advêm (RAMOS, 1994, p. 63). No presente texto, entende-se a inconstitucionalidade sempre enquanto espécie de vício de invalidade, ou seja, como a desconformidade formal ou material de norma ou ato jurídico com a Constituição. Já as consequências jurídicas dessa desconformidade são justamente o objeto do presente trabalho.

Há grande variação terminológica da ideia da nulidade que é apontada como dogma (MENDES, 2004, p. 288), regra⁶ ou princípio (MARTINS e MENDES, 2009, p. 569). Como não é objeto do presente trabalho uma exposição alongada da distinção entre regras e princípios,⁷ adota-se a visão de que a nulidade da norma ou do ato inconstitucional é tradicionalmente concebida como verdadeira regra do direito constitucional brasileiro, que, não obstante, em casos excepcionais, pode ser afastada mediante a criação de cláusulas de exceção (ROCHA JÚNIOR, 2014, p. 97-102). Saliente-se que a superação das regras deve ser feita por procedimento argumentativo que leve em conta não somente as razões substanciais que a justificam, mas também as razões formais de autoridade que a sustentam enquanto regra (MACCORMICK, 2009, p. 237-240; SCHAUER, 1991, p. 113).

A regra da nulidade da norma ou ato inconstitucional estabelece a vinculação entre o vício de inconstitucionalidade (desconformidade com a Constituição) e a consequência jurídica do desfazimento de suas eficácias jurídicas *ex tunc*, ou seja, desde o momento em que foram produzidas.

Não se trata aqui de pressupor a força declaratória ou constitutiva negativa da decisão de inconstitucionalidade.⁸ Tanto para os adeptos de uma visão ou de outra, a regra da nulidade da norma ou ato jurídico inconstitucional tem o mesmo sentido do desfazimento *ex tunc* dos atos praticados com base nela. Como exemplo, menciona-se a visão de Pontes de Miranda que sustentava a força constitutiva negativa das decisões de inconstitucionalidade, mas defendia que elas deveriam sempre ser *ex tunc*, uma vez que as normas jurídicas inconstitucionais são consideradas nulas (MIRANDA, 1970, p. 620-621).

O fundamento para a regra da nulidade da norma jurídica inconstitucional é remetido à ideia de supremacia da Constituição e à unidade do ordenamento jurídico. Como a Constituição é o ato normativo hierarquicamente superior de um ordenamento jurídico, pelo critério

⁶ Cf. STF, ADI-ED 2.840, Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 17/11/2005, p. 5.

⁷ Para os fins deste trabalho, adota-se a definição de regra jurídica na forma como formulada por Neil MacCormick (2009, p. 24): “Uma regra jurídica é uma previsão normativa formulada em ou construída a partir de uma fonte reconhecida do direito que tem a forma de um vínculo entre uma determinada consequência operativa a determinados fatos operativos”.

⁸ Como defensores da chamada teoria declaratória de decisão de inconstitucionalidade, ver Luís Roberto Barroso (2006, p. 16) e Elival da Silva Ramos (2010, p. 296). Para a defesa da carga constitutiva negativa da decisão de inconstitucionalidade, ver Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda (1970, p. 619-621), Marcelo Neves (1988, p. 29) e Regina Maria Macedo Nery Ferrari (2004, p. 173).

cristalizado do *lex superior derogat inferior*, a norma ou ato jurídico em desconformidade com a Constituição não devem produzir efeitos. Nas palavras de Luís Roberto Barroso: “Se a Constituição é a lei suprema, admitir a aplicação de uma lei com ela incompatível é violar sua supremacia. (...) Daí porque a inconstitucionalidade deve ter tida como uma forma de nulidade (...)” (2006, p. 16).⁹

Com isso, não se quer afirmar a existência de uma relação ontológica entre a regra da nulidade e supremacia da Constituição, no sentido de que a primeira seria decorrência lógica necessária da segunda. A aparente decorrência lógica dessas ideias pode ser remetida ao juiz da Suprema Corte Americana, John Marshall, no célebre caso *Marbury v. Madison*, julgado em 1801. Como bem demonstra Carlos Santiago Nino (1998, p. 194), não há uma decorrência necessária entre supremacia da Constituição e nulidade *ipso iure* das normas jurídicas inconstitucionais, uma vez que pode haver um processo constitucionalmente fixado de transição entre a norma ou ato inconstitucional e sua correção. A ideia da nulidade da norma ou do ato inconstitucional é, na verdade, uma decorrência normativa que fora construída jurisprudencialmente e, em período posterior, incorporado à prática jurídica, inclusive a brasileira. Nesse sentido, como será visto abaixo, a supremacia da Constituição pode exigir que, em casos excepcionais, sejam mantidos os efeitos de uma norma ou ato jurídico inconstitucional, afastando-se a regra da nulidade.

1.2. As consequências da declaração da inconstitucionalidade da norma sobre os fatos por ela juridicizados

O segundo aspecto da regra da nulidade aponta que a inconstitucionalidade de uma norma jurídica implica o desfazimento dos fatos jurídicos por ela juridicizados. Em outras palavras, a nulidade da norma jurídica inconstitucional implica a nulidade dos respectivos fatos jurídicos resultantes de sua suposta incidência e, conseqüentemente, dos efeitos jurídicos produzidos a partir desses fatos jurídicos.

Trata-se de visão arraigada no direito brasileiro e que pode ser sintetizada na seguinte afirmação em julgado do STF: “A suspensão da vigência da lei por inconstitucionalidade torna sem efeito todos os atos praticados sob o império da lei inconstitucional.”¹⁰

⁹ Durante certo tempo também foi esta a orientação do STF, cf. Gilmar Ferreira Mendes (MENDES, 2004, p. 288-290).

¹⁰ Cf. RMS 17.076, 1ª T., Rel. Min. Victor Nunes, j. 26/03/1968. Nesse mesmo sentido, citam-se as palavras de Marcos Bernardes de Mello (2008, p. 57-58): “Quando se trata de decretação de nulidade de lei ou ato normativo, no direito brasileiro, a orientação tradicional da maioria da doutrina e da jurisprudência do consolidada do STF era no sentido de que a decisão teria efeitos *ex tunc*, apagando-se a eficácia produzida pelos fatos jurídicos constituídos pela incidência da norma declarada inconstitucional.”

Novamente, não se trata de pressupor eficácia constitutiva ou declaratória da decisão de inconstitucionalidade. Para os defensores de ambas as visões, já acima mencionados, a inconstitucionalidade da norma implica, como regra geral, o desfazimento de todos seus efeitos jurídicos, ou seja, a possível incidência da norma inconstitucional sobre fatos concretos, bem como o desfazimento dos efeitos jurídicos advindos desses fatos.

Isso aponta para a qualificação jurídica do ato jurídico praticado com base em norma jurídica inconstitucional: como a norma jurídica é inválida, o ato jurídico praticado com base nela também é inválido. Em outras palavras, um ato praticado com base em uma norma jurídica em desconformidade com a Constituição, também é incompatível com a Constituição.¹¹ Diante disso, é possível clarificar o segundo aspecto da regra da nulidade: um ato normativo praticado com base em norma jurídica inválida é um ato inválido e, com base na regra da nulidade, deve ter seus efeitos jurídicos retirados do mundo jurídico. De maneira semelhante e mais direta, um ato jurídico que viola diretamente uma norma constitucional também é nulo nesse mesmo sentido.

Entretanto, embora se possa afirmar que essa seja a regra geral no direito brasileiro, a jurisprudência e doutrina há tempos apontam casos em que os efeitos das normas ou atos jurídicos inconstitucionais são mantidos, em razão de princípios constitucionais como a segurança jurídica, justiça material, entre outros (MENDES, 2004, p. 306; POLETTI, 1985, p. 119). Esses casos serão examinados abaixo sob dois modelos diferentes de compreender a modulação de efeitos das decisões de inconstitucionalidade.

2. Dois modelos de compreensão da modulação de efeitos das decisões de inconstitucionalidade

Não é nova a necessidade da correta compreensão do fenômeno da modulação de efeitos das decisões da jurisdição constitucional, entendida como o afastamento da regra da nulidade. Há, pelo menos, duas formas de conceber o problema que serão aplicadas a um exemplo da jurisprudência do STF.

Na Representação 1.379, julgada em 1987,¹² o STF declarou a inconstitucionalidade de Lei nº 9.262, de 1986, do Estado de Minas Gerais, que criava dois regimes de vencimentos para magistratura estadual – o que era inconstitucional, tendo em vista a unidade da carreira de

¹¹Não se trata aqui da questão sobre a ofensa direta ou indireta à Constituição. Para o que interessa ao presente trabalho, é suficiente constatar que – direta ou indiretamente – o fato jurídico juridicizado com base em norma jurídica inconstitucional é, também, inconstitucional, pois seu modo de produção ou conteúdo são contrários às normas constitucionais.

¹² STF, Rp 1.379, Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, j. 12/08/1987.

magistrado -, sem, entretanto, mencionar quais seriam os efeitos de sua decisão sobre casos concretos ocorridos. No RE 122.202,¹³ o STF foi confrontado com a seguinte questão: seriam os magistrados estaduais obrigados a devolver aquela parcela dos vencimentos que perceberam entre 1986 e 1987 em razão do regime jurídico inconstitucional? Decidiu-se que não, em homenagem aos princípios da boa-fé e da estabilidade das relações jurídicas.

Houve modulação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade nessa decisão?

2.1. Modelo restrito de modulação de efeitos de decisões de inconstitucionalidade: a separação entre plano das normas e dos fatos

Um primeiro modelo – a que se denomina de restrito - de compreender esse fenômeno não identificaria modulação de efeitos no exemplo mencionado. De acordo com essa visão, haveria a simples declaração da nulidade *ex tunc* da norma impugnada, ressaltando-se alguns fatos jurídicos ocorridos no passado. Em outras palavras, a nulidade da norma jurídica inconstitucional seria reconhecida desde sua aparente entrada no sistema jurídico, mas alguns atos praticados sob a sua égide seriam mantidos pelo ordenamento jurídico. Por essa visão restrita, o afastamento da regra da nulidade e a modulação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade somente ocorreriam no caso de a norma inconstitucional continuar a ser aplicada a situações futuras (modulação *pro futuro*), ou seja, sua vigência ser mantida para fatos ocorridos após a decisão judicial que constatou sua inconstitucionalidade.

Nesse sentido, em algumas decisões mais antigas, o STF manteve os efeitos de atos praticados com base em normas declaradas inconstitucionais, ao mesmo tempo em que afirmou a plena aplicação da regra da nulidade *ex tunc*. Tratava-se da figura do chamado “funcionário de fato”, em que se mantinham os atos praticados por agentes públicos investidos irregularmente em suas funções. Em uma série de julgados, o Tribunal decidiu sobre os efeitos de atos de penhora, em processos de execução fiscal, praticados por servidores públicos investidos em suas funções com base em lei declarada inconstitucional (Lei sem número do Estado de São Paulo, de 3 de dezembro de 1971).

Veja-se a passagem do voto do Relator, Min. Aliomar Baleeiro, no Recurso Extraordinário 78.209 (j. 04/06/1974, p. 608):

¹³ STF, RE 122.202, 2ª T., Rel. Min. Francisco Rezek, j. 10/08/1993.

Uma coisa é a inconstitucionalidade da Lei paulista de 3.12.71. Outra, as consequências jurídicas dos atos materiais e até dos atos jurídicos por eles praticados por ordem e sob responsabilidade dos juízes, como serventuários destes, antes da declaração daquela inconstitucionalidade.¹⁴

Esses julgados do STF expressamente diferenciam as consequências jurídicas da inconstitucionalidade sobre a norma jurídica inconstitucional e sobre os atos com base nela praticados. A nulidade da norma jurídica inconstitucional não necessariamente implicaria a desconstituição de todos os atos com base nela praticados. Para os defensores dessa visão, a norma jurídica inconstitucional seria nula e não produziria nenhum efeito, mas haveria a preservação dos atos praticados com base nela (RAMOS, 2010, p. 298; POLETTI, 1985, p. 119).

Em julgado mais recente, o STF voltou a defender essa posição na ADI 4.246, retomando seu entendimento sobre a figura do chamado “funcionário de fato”. Nesse caso, o Tribunal declarou a inconstitucionalidade do art. 84 da Lei Complementar nº 54/2006 do Estado do Pará, que permitia a prorrogação do exercício das atividades de defensores públicos contratados sem concurso público, em razão da afronta ao art. 37 e ao art. 134 da Constituição Federal. Em decisão unânime, o Tribunal declarou a inconstitucionalidade *ex tunc* da norma, mas manteve a validade dos atos já praticados pelos defensores públicos que continuaram no exercício de suas funções de modo inconstitucional. É interessante notar que houve debate expresso sobre a necessidade ou não de modulação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade – modulação, que, ao final foi rejeitada:

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) – Agora, Senhor Presidente, devemos modular os efeitos, porque são servidores que estão atuando nos processos judiciais, nos processos administrativos.

Eu acho que a eficácia temporal da nossa decisão pode ...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Mas, qual é o número, Ministro, de pessoas, para ver se há o comprometimento. Nós modulamos em alguns casos em que havia o comprometimento da própria prestação da atividade-fim.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Mas, no caso, não há. No caso não há comprometimento.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Agora, se não há, não vejo motivo para modular.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Segundo o eminente Procurador, não há esse risco de descontinuidade; então, não há por que modular.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: É evidente que válidos os atos praticados.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - É, valendo os atos praticados.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Claro, claro. É a questão do servidor de fato.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Exatamente.

¹⁴ STF, RE 78.209, 1ª T., Min. Aliomar Baleeiro, j. 04/06/1974, p. 608. Cf. outros julgados no mesmo sentido STF, RE 78.596, 1ª T., Rel. Min. Aliomar Baleeiro, j. 20/08/1974 e RE 79.628, 1ª T., Rel. Min. Aliomar Baleeiro, j. 22/10/1974, RE 78.594, 2ª T., Rel. Min. Bilac Pinto, j. 07/06/1974.

Para avaliar criticamente os julgados anteriores do STF e as posições doutrinárias acima mencionadas, é necessário examinar uma distinção pressuposta por elas: a diferenciação entre o plano das normas jurídicas e os planos dos atos individuais de concretização.

A melhor formulação dessa distinção foi introduzida no debate brasileiro com base em obra de Jörn Ipsen, referente ao direito alemão:

Embora nosso ordenamento não contenha regra expressa sobre o assunto e aceite, genericamente, a ideia de que o ato fundado em lei inconstitucional está eivado, igualmente, de ilicitude, concede-se proteção ao ato singular, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, procedendo-se à diferenciação entre o efeito da decisão no *plano normativo (Normebene)* e no *plano do ato singular (Einzelaktebene)* mediante a utilização das chamadas fórmulas de preclusão. (...)

Fica evidente, assim, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal procede à diferenciação entre o plano da norma (*Normebene*) e plano do ato concreto (*Einzelaktebene*) também para excluir a possibilidade de anulação deste em virtude da inconstitucionalidade do ato normativo que lhe dá respaldo. (MENDES, 2004, p. 305-306)

Ipsen parte da possibilidade teórica de diferenciar norma jurídica de ato individual que a concretiza em uma determinada situação específica situada no espaço e no tempo. Uma norma seria diretiva que precisa ser concretizada no seu aspecto pessoal, temporal e material. Já um ato individual seria uma diretiva já individualizada e com um comando específico já determinado nesses três aspectos (IPSEN, 1980, p. 184).

Uma vez fixada essa possibilidade teórica de diferenciação, Ipsen avança para afirmar que o ordenamento jurídico alemão não autorizaria a manutenção da vigência da norma jurídica inconstitucional, pois isso significaria a quebra do princípio da supremacia da Constituição (IPSEN, 1980, p. 313). Entretanto, seria possível a manutenção dos atos individuais praticados com base na norma inconstitucional, uma vez que eles estariam em outro plano de validade do ordenamento jurídico. Dessa forma, defende que, perante a norma jurídica inconstitucional, a declaração da nulidade *ex tunc* é a única opção restante ao Tribunal Constitucional Federal Alemão, ressaltando-se a manutenção de alguns atos jurídicos praticados com base nessa norma.

É curiosa a fundamentação de Ipsen para justificar o porquê da recusa da produção de efeitos pela norma inconstitucional, mas da possibilidade de manutenção dos respectivos atos individuais de concretização praticados com base nela. Segundo ele, ambos não estariam na mesma “modalidade de validade”, de modo que:

A unidade da ordem jurídica não é, entretanto, afetada, quando um ato individual se encontra em contrariedade à Constituição, uma vez que o ato individual a ser eliminado e, somente válido de modo particular, - diferentemente da norma inconstitucional - não cria obstáculo à validade *geral* da Constituição. Sem dúvida o ato individual inconstitucional impede que a Constituição seja aplicada no caso por ele regulado. Entretanto, a Constituição

permanece intocada em sua validade *geral* para outros casos individuais e futuros. (IPSEN, 1980, p. 192)

Na verdade, Ipsen pretende oferecer uma reformulação da regra da nulidade para justificar a possibilidade de manutenção dos efeitos de atos individuais inconstitucionais, considerando-se a grande polêmica há muito existente no direito alemão sobre os efeitos da chamada decisão de incompatibilidade da norma jurídica inconstitucional (*Unvereinbarerklärung*) em contraposição à declaração de nulidade *ex tunc* (SCHLAICH, 2015, p. 304-307). Pelo fato de rejeitar que a declaração de incompatibilidade implique a vigência temporária da norma jurídica inconstitucional, o autor diferencia o plano da norma do plano do fato para buscar uma nova concepção do “princípio da nulidade”, em que os rigores de sua aplicação sejam atenuados. Em suas palavras: “O dogma da nulidade perde muito de sua presumida rigidez, quando se observa que nada se altera *ipso iure* na existência do ato individual concretizador [da norma jurídica inconstitucional]” (IPSEN, 1980, p. 193).

Essa proposta de reformulação da regra da nulidade e o modelo restrito de modulação de efeitos de inconstitucionalidade, entretanto, devem ser rejeitados.

Em primeiro lugar, embora seja teoricamente possível diferenciar os planos da norma jurídica e do ato de sua concretização individual, dessa diferenciação não segue a consequência dogmática de que um ato individual inconstitucional não ameaça a supremacia da Constituição. O próprio conceito de direito – não obstante as grandes divergências teóricas a respeito – aponta para um conjunto de normas jurídicas cuja finalidade é efetivamente direcionar a conduta humana. Considerando-se a Constituição como norma situada no topo da hierarquia de um ordenamento jurídico, não faria sentido afirmar simplesmente que o princípio da supremacia da Constituição é respeitado ainda que os atos individuais de concretização de normas jurídicas estejam em desconformidade com ela.

Em segundo lugar, admitir a validade e eficácia dos atos individuais praticados com base em norma inconstitucional afasta a finalidade central da regra da nulidade: impedir que normas e atos contrários à Constituição tenham seus efeitos jurídicos preservados. Do ponto de vista ideal, toda norma jurídica e todo ato individual de aplicação do direito devem estar em plena conformidade com a Constituição e aqueles que estiverem em desconformidade devem ter todos os seus efeitos jurídicos apagados (KELSEN, 2007, p. 148). Trata-se da regra da nulidade acima mencionada. Desse modo, a nulidade da norma inconstitucional significa que todos os seus efeitos, inclusive a juridicidade dos atos com base nela praticados, devem ser apagados do sistema jurídico.

Em terceiro lugar, essa visão acabaria por obscurecer em quais casos devem ser mantidos os efeitos de uma norma jurídica inconstitucional. Haveria uma redução do ônus argumentativo

para afastar-se a regra da nulidade, de modo que poderia haver uma banalização pouco fundamentada de casos em que atos inconstitucionais teriam seus efeitos jurídicos mantidos pelo ordenamento. Quando se deseja manter os efeitos da norma jurídica e de atos inconstitucionais, é necessário admitir que está sendo afastada a regra da nulidade e oferecer razões claras para tanto.

Em quarto lugar, especificamente no caso brasileiro, o legislador optou por condicionar a modulação de efeitos das decisões da jurisdição constitucional a um quórum especial de 2/3 dos membros do STF, estabelecido no art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999, e no art. 11 da Lei nº 9.882, de 1999. Ao ponderar os princípios da segurança jurídica e outros princípios constitucionais relevantes, o legislador definiu uma preferência pelo desfazimento dos efeitos jurídicos das normas e dos atos inconstitucionais. Portanto, é fundamental compreender o que significa modular os efeitos das decisões da jurisdição constitucional para definir em que casos deve-se cogitar a exigência desse quórum especial. Ainda que esses dispositivos estejam previstos em leis que regulam o controle abstrato de normas, o mesmo raciocínio deve ser estendido por analogia para toda a jurisdição constitucional, uma vez que se trata do afastamento da mesma regra jurídica: a regra da nulidade.

Retomando-se o exemplo, acima mencionado, do julgamento do STF no RE 122.202 (desnecessidade de devolução de pagamentos recebidos com base em lei inconstitucional), a adoção de um modelo restrito de modulação de efeitos de decisões de inconstitucionalidade, aqui criticado, significaria que os atos de pagamento poderiam ser válidos e eficazes, mesmo que a lei que os autorizou fosse inconstitucional e nula. Haveria o risco de se entender que atos individuais inconstitucionais seriam supostamente válidos, a despeito da lei com base no qual foram praticados ser inválida.

O correto, nesse exemplo, é levar a ideia da nulidade a sério: caso se considerasse que a norma inconstitucional fosse nula, todos os seus efeitos deveriam ter sido apagados *ex tunc* do sistema jurídico. Um ato individual praticado com base em norma jurídica inconstitucional é, também, inconstitucional e, pela regra da nulidade, não pode produzir efeitos. Manter a eficácia dos pagamentos realizados e não determinar a devolução dos valores recebidos significa manter os efeitos desses atos inconstitucionais e também da norma jurídica inconstitucional, afastando-se a regra da nulidade nesse caso concreto, o que exige enfrentar o respectivo ônus argumentativo e, conforme o direito hoje vigente, o quórum de 2/3 dos membros do Tribunal. Trata-se de um caso típico de modulação de efeitos no modelo amplo aqui defendido.

2.2. Modelo amplo de modulação de efeitos da decisão de

inconstitucionalidade: manutenção dos efeitos da norma ou atos inconstitucionais

O modelo amplo – aqui defendido – aponta que há a modulação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade na manutenção dos atos jurídicos inconstitucionais. Embora seja possível separar teoricamente o plano da norma e o plano do fato, a regra da nulidade impõe que a nulidade da norma implique a nulidade do fato. Manter a eficácia do ato jurídico inconstitucional significa afastar a regra da nulidade, eventualmente também conferindo eficácia a norma jurídica inconstitucional.¹⁵

Reitera-se que a regra da nulidade não é uma regra absoluta. Praticamente toda regra jurídica é superável, no sentido de que é possível estabelecer legislativa ou jurisprudencialmente cláusulas de exceção mediante a avaliação das razões formais e substantivas que a sustentam. (MACCORMICK, 2009, p. 241-7)

O objetivo aqui é simplesmente rejeitar a possibilidade de se defender: a) que uma norma é nula *ex tunc* e, ao mesmo tempo, que alguns atos praticados com base nela devem ser mantidos pelo sistema jurídico e b) que atos inconstitucionais podem produzir efeitos sem se falar no afastamento da regra da nulidade. Ou se declara a nulidade *ex tunc* da norma ou ato jurídico inconstitucional, ou se mantém parcela de seus efeitos.

Como será visto abaixo, em decisões recentes o STF tem adotado esse entendimento. No Recurso Extraordinário 730.462, que fixou a tese de Repercussão Geral nº 733, o STF entendeu que a manutenção dos atos praticados com base em norma jurídica inconstitucional significa modulação de seus efeitos e afastamento da regra da nulidade: nesse caso, tratava-se de decisões judiciais transitadas em julgado que se fundaram em norma jurídica posteriormente declarada inconstitucional pelo STF. Nas palavras do Relator, Min. Teori Zavascki:

Imunidades dessa espécie são decorrência natural da já mencionada irretroatividade do efeito vinculante (e, portanto, da eficácia executiva) das decisões em controle concentrado de constitucionalidade. Há, aqui, uma espécie de modulação temporal *ope legis* dessas decisões, que ocorre não apenas em relação a sentenças judiciais anteriores revestidas por trânsito em julgado, mas também em muitas outras situações em que o próprio ordenamento jurídico impede ou impõe restrições à revisão de atos jurídicos já definitivamente consolidados no passado. São impedimentos ou restrições dessa natureza, por exemplo, a prescrição e a decadência. Isso significa que, embora formados com base em preceito normativo declarado inconstitucional (e, portanto, excluído do ordenamento jurídico), certos atos *pretéritos*, sejam públicos, sejam privados, não ficam sujeitos aos efeitos da *superveniente* declaração de inconstitucionalidade porque a prescrição ou a decadência inibem a providência extrajudicial (v.g., o lançamento fiscal) ou o ajuizamento da ação própria (v.g., ação anulatória, constitutiva, executiva ou rescisória) indispensável para

¹⁵ Em sentido semelhante, ver Ives Gandra da Silva Martins / Gilmar Ferreira Mendes (2009, p. 566); Luis Clovis Machado da Rocha Junior (2014, p. 20); e Carlos Alberto Navarro Perez (2014, p. 122).

efetivar o seu ajustamento à superveniente decisão do STF. No âmbito criminal, configura hipótese típica de modulação temporal *ope legis* a norma que não admite revisão criminal da sentença absolutória (art. 621 do CPP), bem como inibe o agravamento da pena, em caso de procedência da revisão (art. 626, parágrafo único, do CPP). Isso significa que, declarada inconstitucional e excluída do ordenamento jurídico uma norma penal que tenha sido aplicada em benefício do acusado em sentença criminal transitada em julgado, há empecilho legal à eficácia executiva *ex tunc* dessa declaração, por falta de instrumentação processual para tanto indispensável.¹⁶

Essa decisão é de grande relevância para o presente tema, pois deixa claro o significado aqui defendido de modulação de efeitos: preservação da eficácia de atos praticados com base em norma inconstitucional. Como o Ministro aponta, inclusive há outras hipóteses legalmente previstas para modulação de efeitos de normas inconstitucionais, como, por exemplo, a decadência, prescrição e, no caso concreto, a coisa julgada – denominada pelo Ministro de “modulação temporal *ope legis*”.

Nesse sentido, há, na verdade, dois grandes instrumentos utilizados pelos sistemas jurídicos para manter os efeitos jurídicos dos atos inválidos: a) de um lado, há as chamadas fórmulas de preclusão definidas pelo legislador (*ope legis*) e b) de outro lado, há a possibilidade de que a modulação de efeitos dos atos inconstitucionais seja realizada por meio de decisão judicial (PEREZ, 2014, p. 122).¹⁷ Desse modo, diante de norma jurídica inconstitucional, é necessário identificar se há alguma regra de preclusão *ope legis* ou necessidade de decisão judicial para modulação de seus efeitos.¹⁸

Do ponto de vista analítico, embora não seja incorreto falar em “modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade”, uma vez que essa decisão, normalmente, implica o desfazimento *ex tunc* dos atos praticados com base na norma inconstitucional, essa expressão pode dificultar a compreensão da verdadeira natureza do fenômeno. Ao se determinar que uma decisão judicial que reconhece a inconstitucionalidade de uma norma ou ato jurídico não apagará todos seus efeitos *ex tunc*, na verdade, há a modulação dos efeitos dessa norma inconstitucional ou dos atos inconstitucionais. O ponto central do presente argumento é esse: modular os efeitos

¹⁶ Voto do Min. Teori Zavascki no RE 730.462, Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 28/08/2015, p. 4-5.

¹⁷ O STF, no RE 817.338, atualmente discute a existência de mais uma fórmula de preclusão no ordenamento jurídico brasileiro, que seria a impossibilidade de desconstituir-se ato administrativo praticado com base em norma inconstitucional após o prazo decadencial de 5 anos, prevista no do art. 54, da Lei 9.784/1999.

¹⁸ Destaque-se que no direito alemão, o legislador já fixou amplas fórmulas de preclusão no sentido da modulação (*ope legis*) dos efeitos das normas jurídicas inconstitucionais. Isso leva a afirmações de que, no direito alemão, a regra é a manutenção dos atos administrativos e individuais praticados com base em norma posteriormente declarada inconstitucional, em homenagem ao princípio da segurança jurídica em detrimento da justiça (SCHLAICH, 2015, p. 294-295). Já o direito brasileiro, em sua tradição influenciada pelo pensamento jurídico estadunidense, adota a perspectiva contrária: via de regra, os atos administrativos e individuais praticados com base em norma posteriormente declarada inconstitucional não produzem efeitos, tendo a jurisprudência identificado alguns casos excepcionais (como a coisa julgada, acima mencionada) em que esses efeitos são mantidos.

da declaração de inconstitucionalidade significa modular os efeitos da norma inconstitucional juntamente com os efeitos dos fatos jurídicos por ela juridicizados ou os efeitos de ato que viole diretamente a Constituição sem norma que supostamente lhe fundamente a validade.

Há diferentes propostas para a compreensão do fenômeno da modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade e, conseqüentemente, dos efeitos da norma jurídica inconstitucional. Como será demonstrada, embora elas pressuponham diferentes formas de ver o fenômeno, seus resultados são semelhantes à luz do modelo amplo ora proposto.

Uma primeira visão seria a de que a modulação de efeitos de decisões de inconstitucionalidade significa modular a vigência da própria norma jurídica inconstitucional: a norma seria inválida, mas eficaz, em razão da exigência de normas constitucionais, como o princípio da segurança jurídica (MARTINS e MENDES, 2009, p. 566). Outra visão seria a de que a norma inconstitucional seria nula *ex tunc*, mas o tribunal, ao modular os efeitos de sua decisão de inconstitucionalidade, emitiria uma decisão aditiva que criaria norma jurídica de conteúdo semelhante para vigor para situações específicas (SOUZA NETO e SOUSA FILHO, 2014, p. 29). Uma terceira visão entende que a norma jurídica é inválida e ineficaz, mas outras normas do ordenamento jurídico acabariam por manter os efeitos produzidos pela norma jurídica inconstitucional (TALAMINI, 2014, p. 675; ROCHA JÚNIOR, 2014, p. 126). Independentemente da visão adotada, a consequência prática é a mesma à luz do modelo amplo: modular os efeitos de uma decisão de inconstitucionalidade significa manter os efeitos que seriam produzidos pela norma jurídica inconstitucional e, conseqüente, pelos fatos jurídicos que por ela seriam juridicizados. Por essa razão, adota-se a primeira visão, pois é mais direta e simplifica a compreensão do fenômeno: a norma ou ato jurídico podem ser inválidos, porém eficazes – o que se denomina modulação de seus efeitos.

Não se trata aqui de afirmar que mediante a modulação de efeitos das decisões de inconstitucionalidade haveria a convalidação do vício de inconstitucionalidade.¹⁹ A inconstitucionalidade implica vício de invalidade, ou seja, incompatibilidade formal ou material da norma ou ato com a Constituição. Entretanto, deve ser diferenciado o plano da validade e da eficácia das normas e dos atos jurídicos, de modo que normas jurídicas inválidas podem gerar efeitos jurídicos. Desse modo, não há falar em convalidação do vício de inconstitucionalidade: o vício de inconstitucionalidade – a relação de incompatibilidade entre Constituição e a norma ou ato jurídico – é declarado e permanece como tal. Não há modulação da validade da norma

¹⁹ Para defesa dessa visão, ver Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2002) e Elival da Silva Ramos (1994, p. 298).

jurídica inconstitucional, mas a modulação de sua eficácia: a norma ou ato jurídico é inválida e eficaz.²⁰

É importante salientar que o afastamento da regra da nulidade deve ocorrer, do ponto de vista argumentativo, após a identificação da inconstitucionalidade da norma ou ato jurídico em questão. Trata-se do chamado “procedimento bifásico” já adotado em diversos julgados da jurisprudência do STF no sentido de que, primeiramente, avalia-se a compatibilidade de uma norma ou ato com a Constituição Federal e, no caso de incompatibilidade, avalia-se a incidência ou não da regra da nulidade.²¹ Há, inclusive, votação em separado para a avaliação da questão de modulação de efeitos, sendo relevante o quórum diferenciado de 2/3 exigido pelos dispositivos legais já mencionados.

O procedimento bifásico de modulação de declarações de inconstitucionalidade permite afastar a crítica de que haveria a quebra da supremacia da Constituição. Carlos Santiago Nino demonstra que do conceito de supremacia da Constituição não decorre que as normas ou atos inconstitucionais são, sempre, ineficazes. Isso porque a própria Constituição pode estabelecer que as normas ou atos inconstitucionais produzam efeitos por outras razões (NINO, 1998, p. 19). No mesmo sentido, Rui Medeiros aponta que a própria Constituição, mediante o que denomina “princípio da constitucionalidade em sentido amplo”, pode exigir que a invalidade não seja sancionada com a nulidade *ex tunc* para que se protejam situações jurídicas consolidadas ou a confiança legítima (MEDEIROS, 1999, p. 711).²²

Por fim, é necessário apontar que, caso o STF não se manifeste expressamente sobre a necessidade ou não de modulação de efeitos ao declarar a inconstitucionalidade de uma norma jurídica, ela poderá ocorrer por determinação de outros juízos, caso existam razões suficientes para superação da regra da nulidade, inclusive a presença de uma fórmula de preclusão legal que determine a manutenção da eficácia da norma jurídica inconstitucional (modulação de efeitos *ope legis*). Nesse sentido, alerta Eduardo Talamini que o art. 27 da Lei nº 9.868/1999 não implicou na supressão da possibilidade de modulação de efeitos de decisão de inconstitucionalidade por parte dos demais juízes e tribunais, mas apenas o estabelecimento legislativo de critérios para tanto (TALAMINI, 2014, p. 687).

Caso o STF não toque expressamente na questão da modulação de efeitos de suas decisões, haverá a possibilidade de outros juízos avaliarem se, em determinado concreto, seja mantida a eficácia da norma ou ato jurídico inconstitucional. Também será possível a modulação

²⁰ Ver, em sentido semelhante, Marcos Bernardes de Mello (2008, p. 18) e Carlos Alberto Navarro Perez (2014, p. 154).

²¹ Ver, por exemplo, STF, ADI-ED 3.106, Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, j. 20/05/2015; ADI 4.171, Pleno, Rel. p/ Acórdão Min. Ricardo Lewandowski, j. 20/05/2015; e ADI 5.163, Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, j. 08/04/2015.

²² Nesse sentido, ver Ana Paula Ávila (2009, p. 68) e Luis Clovis Machado da Rocha Junior (2014, p. 103-119).

de efeitos da norma jurídica inconstitucional, caso o STF a tenha rejeitado, mas por fundamentos mais restritos e diversos daqueles presentes em um caso concreto, ou no caso de fórmulas de preclusão legal que ressalvem a eficácia de atos praticados com base na norma jurídica inconstitucional (modulação de efeitos *ope legis*). Somente haverá a preclusão para os demais juízos da possibilidade de modulação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade, no caso de o STF expressamente rejeitar a modulação de efeitos justamente com base na mesma circunstância presente em um determinado caso concreto.

3. Análise crítica da jurisprudência do STF a respeito do tema

Neste item serão examinadas decisões do STF em que a temática da modulação de efeitos de decisão de inconstitucionalidade pode ser relevante. O objetivo aqui é fazer uma análise crítica da jurisprudência do Tribunal na tentativa de identificar casos em que a modulação de efeitos foi ou não corretamente aplicada do ponto de vista do modelo amplo aqui defendido.

A adequada identificação desses casos é de fundamental importância. De um lado, há a necessidade de se identificar com clareza a compatibilidade de uma norma ou ato jurídico com a Constituição Federal para que os demais atores jurídicos e políticos compreendam o significado da decisão do Poder Judiciário, com ganhos de transparência decisória e segurança jurídica. De outro lado, como acima apontado, se for constatada a necessidade de modulação de efeitos de uma decisão da jurisdição constitucional, deve-se adotar o procedimento bifásico para que exista a correta identificação do ônus argumentativo de se afastar a regra da nulidade, respeitando-se o quórum legal de 2/3 dos membros do Tribunal para tanto.

3.1. A declaração de constitucionalidade para evitarem-se os efeitos indesejados da nulidade *ex tunc*

Uma das principais finalidades da modulação de efeitos de decisões de inconstitucionalidade é oferecer clareza decisória. Por meio dessa técnica, impede-se que a norma jurídica inconstitucional seja declarada compatível com a Constituição com o intuito de se afastarem os graves efeitos da nulidade *ex tunc* e da desconstituição dos atos praticados com base nessa norma.²³

²³ Nas palavras de Eduardo García de Enterría (1989, p. 14): “A técnica [modulação de efeitos de decisões de inconstitucionalidade] permite, portanto, graduar progressivamente a efetividade da Constituição sem o preço de uma comoção social a cada novo degrau. A alternativa real à prospectividade das suas decisões

Nesse sentido, há casos da jurisprudência do STF, em que Ministros levantaram a hipótese de se manterem os efeitos de norma jurídica inconstitucional – não mediante a modulação de efeitos – mas mediante a declaração de sua constitucionalidade.

Na ADI 2.240, o STF examinou a constitucionalidade da Lei Estadual 7.619/2000 do Estado da Bahia, que criou o Município de Luís Eduardo Magalhães. O Relator, Ministro Eros Grau, apontou a existência de vício de inconstitucionalidade na Lei, uma vez que ela fora promulgada sem a vigência da lei complementar federal exigida pelo art. 18, § 4º, da Constituição Federal. Em razão dos possíveis efeitos negativos da declaração de inconstitucionalidade acompanhada da nulidade *ex tunc* da criação já consolidada de um Município, o Ministro pondera:

Cumpramos verificarmos o que, no caso, menos compromete a força normativa futura da Constituição e sua função de estabilização. O que as menos sacrifica. A agressão à do § 4º do art. 18 da Constituição do Brasil ou a violação do princípio federativo? (...) A violação do princípio federativo, com a cassação da realidade política local, agrava e sacrifica a função normativa da Constituição de modo pernicioso. No aparente conflito de inconstitucionalidade impor-se-ia reconhecermos a existência válida do Município (...).²⁴

No trecho citado, o Ministro declarou a constitucionalidade da lei impugnada, votando inicialmente pela improcedência da ação. Seu raciocínio foi o de que declarar-se a validade da lei impugnada seria uma ofensa menor à Constituição. Entretanto, posteriormente, o Ministro retifica seu voto, acompanhando a maioria do Tribunal, para decidir pela inconstitucionalidade da lei impugnada, modulando os efeitos da decisão de inconstitucionalidade para que a norma jurídica inconstitucional ainda tivesse aplicação por mais 24 meses – prazo razoável para que o legislador estadual retificasse a inconstitucionalidade identificada.

Como base no exposto acima, a retificação de voto do Ministro Eros Grau aponta com clareza a correta utilização da modulação de efeitos de decisões de inconstitucionalidade. Os efeitos gravosos da declaração de nulidade *ex tunc* devem ser afastados por meio da modulação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade e não simplesmente pela declaração de constitucionalidade da norma em desconformidade com a Constituição. O procedimento bifásico da modulação de efeitos das decisões de inconstitucionalidade permite distinguir com clareza duas questões jurídicas distintas: a primeira relacionada à validade da norma questionada, ou seja, sua compatibilidade formal e material com a Constituição, e a segunda, aos efeitos de uma eventual inconstitucionalidade detectada.

não é, portanto, a retroatividade das mesmas, mas a abstenção da revelação de novos critérios de efetividade da Constituição, o estancamento de sua interpretação, a renúncia de que os Tribunais Constitucionais cumpram uma de suas funções centrais, a de fazer uma 'living Constitution', a de adaptá-la paulatinamente a novas condições sociais (...)"

²⁴ STF, ADI 2.240, Pleno, Rel. Min. Eros Grau, j. 09/05/2007, pp. 25 e s. Cf. também as ponderações do Ministro Marco Aurélio na ADI-MC 1.398, Rel. Min. Francisco Rezek, j. 13/03/1996.

No julgamento recente da ADI 5.127, o STF declarou a constitucionalidade do art. 72 da Lei nº 12.249, de 11 de junho de 2010, que extinguiu a profissão de técnico de contabilidade.²⁵ Esse dispositivo fora fruto de emenda parlamentar à Medida Provisória nº 472, de 2009, que originalmente tratava de incentivos fiscais e medidas correlatas. A questão que se colocou era se a inclusão de emendas sem pertinência temática durante a tramitação de medidas provisórias violava a Constituição Federal, em especial o devido processo legislativo. O Tribunal entendeu que sim. Contudo, declarou a constitucionalidade do dispositivo impugnado, estabelecendo, *ex nunc*, que outras emendas parlamentares passariam a ser consideradas inconstitucionais, expressamente afastando a necessidade de discussão da modulação de efeitos do dispositivo declarado inconstitucional.²⁶

Seguindo a mesma lógica corretamente aplicada na ADI 2.240, o Tribunal deveria, primeiramente, ter declarado o vício de inconstitucionalidade do dispositivo impugnado, uma vez que contrário à Constituição Federal, como amplamente exposto pelos Ministros. Em seguida, de acordo com o procedimento bifásico, deveria haver a discussão de modular os efeitos da norma declarada inconstitucional, sinalizando a compreensão do Tribunal sobre futuras emendas sem pertinência temática em medidas provisórias.

3.2. A norma jurídica “ainda constitucional” e o trânsito para a inconstitucionalidade

Há casos da jurisprudência do STF em que se apontam normas que, no momento da decisão, ainda seriam compatíveis com a Constituição. Entretanto, o Tribunal sinaliza que, em um momento no futuro, as normas impugnadas poderão tornar-se inconstitucionais.

Nesse ponto, é necessário identificar duas formas possíveis de utilização dessa figura argumentativa, em que se identificam normas “ainda constitucionais”. Como será demonstrado, a primeira forma aplica corretamente o instituto; já a segunda, não.

O ponto de partida para a identificação das normas “ainda constitucionais” é o fato de que o controle de constitucionalidade é exercido de modo pontual no tempo: examina-se a constitucionalidade de uma norma jurídica no momento da decisão e não em momentos posteriores.

Desse modo, a primeira possibilidade de utilização dessa figura argumentativa aponta para normas jurídicas que, no momento da decisão, efetivamente são compatíveis com a

²⁵STF, ADI 5.127, Pleno, Rel. p/ Ac. Min. Edson Fachin, j. 15/10/2015.

²⁶ STF, ADI 5.127, p. 123-5.

Constituição, mas que, em determinado prazo, estarão em “trânsito para a inconstitucionalidade”. Um exemplo simples seria uma lei federal que fixasse o valor do salário mínimo em patamar adequado aos ditames do art. 7º, inciso IV, da Constituição Federal.²⁷ Considerando o histórico da inflação no Brasil, a fixação do valor do salário mínimo, mesmo que adequada para um determinado momento, sempre estará tendente a perder seu poder de compra e, desse modo, tornar-se inconstitucional. É correto, desse modo, afirmar que tal lei seria “ainda constitucional” para sinalizar, especialmente ao legislador, que em breve serão necessárias novas modificações normativas para que a Constituição continue a ser respeitada nesse ponto.²⁸

Entretanto, a segunda forma de utilização da figura argumentativa das normas “ainda constitucionais” aponta para outro sentido. Nesses casos, deixa-se de declarar a inconstitucionalidade de uma norma jurídica para se evitarem os efeitos negativos da declaração de sua nulidade *ex tunc*. Em face do exposto até aqui, deve-se concluir que essa utilização do instituto da norma “ainda constitucional” não é admissível, pois não se pode declarar a constitucionalidade de norma ou ato que contrarie à Constituição: caso se deseje manter os efeitos de norma ou ato jurídico inconstitucional, a técnica adequada é justamente a modulação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade.

Em uma série de julgados, o STF examinou a compatibilidade constitucional do art. 68 do Código de Processo Penal, que estabelece a possibilidade de o Ministério Público representar judicialmente vítimas de crimes nas respectivas ações civis de reparação (ação civil *ex delicto*).²⁹ No julgamento, por exemplo, do RE 135.328, o voto vista do Ministro Sepúlveda Pertence, que foi seguido, à unanimidade, pelos demais Ministros, menciona os chamados “processos de inconstitucionalização da lei”, em que normas jurídicas paulatinamente se tornariam incompatíveis com a Constituição, como uma forma de evitarem-se os inconvenientes de uma declaração de nulidade *ex tunc*.³⁰

²⁷ Segundo estimativa do Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (Dieese), o salário mínimo necessário para fazer frente às despesas previstas no art. 7º, inciso IV, da Constituição Federal, em dezembro de 2017, deveria ser fixado no valor de R\$ 3.585,01.

²⁸ Destaque-se que há julgados da jurisprudência do STF em que, corretamente, foi constatada a inconstitucionalidade dos valores fixados por atos normativos federais como salário-mínimo em razão de sua insuficiência perante as exigências do art. 7º, inciso IV, da Constituição Federal. Cf. STF, Pleno, ADI-MC 1.458, Rel. Min. Celso de Mello, j. 23.05.1996, e ADI 1.442, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, j. 03.11.2004. Nesses julgados, o Tribunal, embora sem o mencionar expressamente, determinou a modulação de efeitos *pro futuro* da norma jurídica inconstitucional, remetendo a superação da situação de inconstitucionalidade ao legislador. Como defendido por este trabalho, o Tribunal deveria ter examinado expressamente a questão da necessidade de modulação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade.

²⁹ Cf., por exemplo, STF, 1ª T., RE 147.776, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 19/05/1998; e RE 341.717, 2ª T., Rel. Min. Celso de Mello, j. 05/08/2003.

³⁰ STF, RE 135.328, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 29/06/1994, p. 1185.

A opção tomada pelo Tribunal nesses casos foi declarar a constitucionalidade do art. 68 do Código de Processo Penal para evitar-se a declaração de sua nulidade *ex tunc*, ressaltando-se que se tratava de uma norma “ainda constitucional” em “processo de inconstitucionalização”, à medida da efetiva criação da Defensoria Pública nos diferentes Estados brasileiros.

Neste caso, a decisão correta seria a modulação de efeitos de uma norma patentemente inconstitucional. Com a Constituição Federal de 1988, todos os Ministros reconheceram que as atribuições de assistência jurídica aos necessitados passaram a ser da Defensoria Pública. Desse modo, com a entrada em vigor da nova Constituição, as normas jurídicas que lhes são contrárias são consideradas não recepcionadas – inclusive o art. 68 do CPP.

O que o STF fez nessa série de julgados foi efetivamente modular os efeitos da decisão de inconstitucionalidade sob o argumento de que a norma impugnada seria “ainda constitucional”, sem se desincumbir do ônus de afastar a regra da nulidade.³¹ Em outras palavras: mantiveram-se os efeitos de norma jurídica inconstitucional, o que significa afastar a regra da nulidade e modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade. O correto seria que o Tribunal explicitamente declarasse a não recepção da norma incompatível com a Constituição, com ganho de clareza decisória e segurança jurídica para futuros intérpretes e para o legislador. Tanto é assim, que até hoje não houve modificação legislativa do art. 68 do Código de Processo Penal para prever a competência da Defensoria Pública para tanto, mesmo que ela já esteja cada vez mais organizada no território brasileiro.³²

É claro que, à época da decisão, o Tribunal ainda não havia debatido com profundidade o significado e as possibilidades de manutenção dos efeitos das normas jurídicas inconstitucionais, de modo que essa solução significou relativo avanço nas modalidades decisórias à disposição do Tribunal. Entretanto, é necessário reconhecer que a técnica decisória adequada, nesse segundo grupo de casos, não é considerar a norma “ainda constitucional”, mas declarar sua inconstitucionalidade, modulando seus efeitos, respeitado o quórum legalmente exigido para tanto.³³

Destaca-se que essa aplicação indevida da figura da norma “ainda constitucional” foi utilizada pelo STF em julgado mais recente. Na ADI 2.415, o Tribunal entendeu que a Constituição

³¹ Destacando a aproximação das figuras da norma jurídica “ainda inconstitucional” e a modulação de efeitos de decisões de inconstitucionalidade, ver Ives Gandra da Silva Martins / Gilmar Ferreira Mendes (2009, p. 479).

³² Veja-se a avaliação do Ministro Marco Aurélio sobre essa situação na ADI 4.163, Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 29/02/2012, p. 78, em que aponta o “menosprezo do Executivo e do Legislativo” em concretizar o regime jurídico determinado pela Constituição de 1988 mais de 18 anos depois da decisão que atestou o “trânsito para a inconstitucionalidade” do art. 68 do Código de Processo Penal.

³³ Saliente-se que, em julgado recente, o STF já admitiu a modulação de efeitos da declaração de não recepção de normas jurídicas anteriores à Constituição Federal de 1988. Cf. STF, RE 600.885, Pleno, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 09/02/2011.

Federal exige lei em sentido formal para reorganizar e extinguir as delegações de serviços notariais e de registros.³⁴ Entretanto, a ação foi julgada improcedente, declarando-se os Provimentos n. 747/2000 e 750/2001 do Conselho Superior da Magistratura de São Paulo como “ainda constitucionais”, para manter a validade de outorgas realizadas no passado com base nos diplomas inconstitucionais. Conforme o argumento aqui desenvolvido, o correto seria que o Tribunal, primeiramente, declarasse a inconstitucionalidade dos atos normativos impugnados e, em seguida, expressamente levantasse a questão da necessidade de modulação de seus efeitos, enfrentando o ônus argumentativo correspondente e o quórum legalmente fixado de 2/3 de seus membros para tanto.

De modo diverso, o Tribunal adotou a postura correta no julgamento proferido no RE 600.885, em que se fixou a incompatibilidade do art. 10 da Lei 6.880/1980 (Estatuto dos Militares) no ponto em que possibilitou ao regulamento fixar as idades mínima e máxima para ingresso nas Forças Armadas. De acordo com o Tribunal, essa parte do dispositivo legal não foi recepcionada pelo art. 142, § 3º, da Constituição Federal de 1988, uma vez que o novo texto constitucional estabelece reserva de lei em sentido formal para a matéria.

Neste caso, cogitou-se a possibilidade de utilização da declaração da norma “ainda ser constitucional”, não obstante sua incompatibilidade com a Constituição Federal de 1988, para evitarem-se os efeitos da nulidade *ex tunc* e o conseqüente desfazimento dos atos de ingresso nas Forças Armadas que ocorreram durante seus anos de vigência.³⁵ Entretanto, o Tribunal corretamente afastou esse argumento e utilizou a figura da modulação de efeitos da decisão de não recepção.

3.3. Declaração da nulidade *ex tunc* e manutenção dos efeitos da norma inconstitucional

Como exposto acima, o modelo restrito da modulação de efeitos de decisões de inconstitucionalidade sustenta que a separação do plano da norma e do plano do fato permitiria declarar a nulidade *ex tunc* da norma e manter a validade e eficácia dos atos praticados com base nela. Essa visão não pode ser aceita, pois obscurece o fato de que manter os efeitos jurídicos de atos praticados com base em norma jurídica inconstitucional significa modular os efeitos dessa norma jurídica, afastando-se a regra da nulidade. Para afastar-se a regra da nulidade é necessária

³⁴ Cf. STF, ADI 2.415, Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, j. 22/09/2011.

³⁵ Cf. RE 600.885, Pleno, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 09/02/2011, p. 439 e ss.

a existência de uma fórmula de preclusão legislativamente fixada (*ope legis*) ou de expressa decisão judicial enfrentando o respectivo ônus argumentativo e o quórum específico fixado.

Entretanto, julgados recentes do STF ainda seguem essa linha de argumentação. Como exposto acima na ADI 4.246 (provimento inconstitucional de cargos de defensor público), o Tribunal manteve os efeitos da norma inconstitucional sem enfrentar as questões relacionadas à modulação de seus efeitos.

No mesmo sentido, o STF apreciou a questão da manutenção do pagamento de gratificação concedida com base em lei inconstitucional (Lei nº 1.762 do Estado do Amazonas, de 14 de novembro de 1986). A Lei fora considerada inconstitucional, pois violava regra da Constituição Federal de 1967, que proibia o pagamento de proventos superiores aos vencimentos de servidores em atividade. Entretanto, em razão do princípio da boa-fé e da segurança jurídica, a incorporação da gratificação foi mantida pelo Tribunal pelo fato de ter sido paga sem questionamentos durante décadas.³⁶

Também pode ser mencionado o julgamento da ACO nº 79,³⁷ em que o STF se deparou com a questão da inconstitucionalidade de alienação de terras públicas sem a autorização do Senado Federal, exigida pelo descumprimento do art. 156, § 2º, da Constituição Federal de 1946. Não obstante todos os Ministros tenham reconhecido a inconstitucionalidade do ato de alienação, a maioria entendeu que o princípio da segurança jurídica exigiria a manutenção dos efeitos do ato administrativo de alienação das terras públicas. Não se cogitou discutir a necessidade de modulação de efeitos e, mais grave, de respeito ao quórum legalmente fixado para tanto.

Do ponto de vista dogmático, não se podem aceitar essas soluções. A solução adequada seria primeiramente reconhecer a inconstitucionalidade da norma ou ato impugnado e, em seguida, discutir necessidade de modulação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade, levando em consideração o ônus argumentativo para superação da regra da nulidade e o quórum legal de 2/3 da composição do Tribunal para tanto. Manter os efeitos da norma ou ato inconstitucional significa modular seus efeitos e afastar a regra da nulidade. O princípio da segurança jurídica, especialmente na sua vertente da proteção da boa-fé objetiva e da confiança legítima, justamente é um dos principais fundamentos levados em conta pelo legislador ao editar o art. 27 da Lei nº 9.868/99 e o art. 11 da Lei nº 9.882/99, em que se estabelece o quórum para a

³⁶ Cf. STF, RE 590.031, 1ª T., Rel. Min. Dias Toffoli, j. 17/09/2013; e RE 338.431, 1ª T., Rel. Dias Toffoli, j. 21/08/2012. Em sentido semelhante, cf. AI 410.946, Pleno, Rel. p/ Acórdão Ellen Gracie, j. 14/11/2013; RE 342.210, 2ª T., Rel. Min. Ellen Gracie, j. 24/06/2008; RE 341.736, 2ª T., Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 26/02/2008; RE 364.511, 2ª T., Rel. Min. Celso de Mello, j. 23/10/2007; e RE 358.875, 2ª T., Rel. Min. Celso de Mello, j. 23/10/2007.

³⁷ STF, ACO 79, Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 15/03/2012.

modulação de efeitos. Não há como se falar em manutenção da eficácia de atos inconstitucionais sem falar em modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade.

3.4. Declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade

Outra técnica decisória utilizada pelo STF é a chamada “declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade”. Por meio dela, é constatada a invalidade de uma norma jurídica sem a correspondente aplicação da regra da nulidade, ou seja, sem o desfazimento de todos os seus efeitos jurídicos.

Na ADI 429, o STF declarou a inconstitucionalidade de norma de Constituição Estadual que concedia benefício do ICMS em desacordo com a regra do art. 155, § 2º, alínea “g”, da Constituição Federal, que exige prévio convênio do Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz) para tanto. O Tribunal declarou a inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade da norma impugnada para: a) manter as cobranças e pagamentos já realizados e b) prorrogar a vigência da norma jurídica inconstitucional por 12 meses.³⁸

O Tribunal, corretamente, entendeu que a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade é uma hipótese de modulação de efeitos dessa declaração e, portanto, aplicou a regra do art. 27 da Lei 9.868/99. Trata-se da chamada modulação de efeitos *pro futuro*.³⁹

Entretanto, há posições doutrinárias no sentido de que tal expediente não seria equivalente à modulação de efeitos. Isso porque, na modulação de efeitos, ainda seria aplicada a “sanção da nulidade”, enquanto na declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade – como o próprio nome apontaria – a sanção de nulidade seria afastada (RAMOS, 2010, p. 298; PEREZ, 2014, p. 137). Entretanto, essa posição se funda no modelo restrito de modulação de efeitos, acima criticado, e não pode ser aceita, pois afastar a nulidade de uma norma jurídica inconstitucional implica manter sua eficácia, e, portanto, modular seus efeitos.

Deve-se apontar a correção da posição do STF em razão do fato de que o afastamento da regra da nulidade é justamente a característica que define a modulação de efeitos das decisões de inconstitucionalidade. Nesse sentido, pode-se afirmar que a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade é, por excelência, uma das principais

³⁸ STF, ADI 429, Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, j. 20/08/2014.

³⁹ Como outros exemplos em que o Tribunal entendeu que a declaração de inconstitucionalidade é uma das modalidades de modulação de efeitos, ADI 875, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 24/02/2010 e ADI 4.650, Rel. Luiz Fux, j. 17/09/2015.

modalidades de modulação de efeitos das decisões de inconstitucionalidade, pois, afastando-se a regra da nulidade, mantêm-se os efeitos jurídicos da norma inconstitucional.

Conclusão

Como primeira conclusão do presente trabalho, pode-se afirmar que a jurisprudência do STF mostra certa inconsistência em seus julgados pelo fato de não se fixar a um modelo específico de modulação de efeitos de suas decisões. Em alguns casos, manteve os efeitos de norma ou ato jurídico inconstitucional sem qualquer menção à modulação de efeitos e, em outros, considerou necessário argumentar sobre a aplicação dessa técnica decisória. O ideal é o que o Tribunal se posicione explicitamente sobre o tema.

Isso permitirá um considerável ganho de clareza decisória, pois permitirá que os demais atores políticos e sociais compreendam com mais facilidade a decisão do Tribunal, especialmente nos casos em que se declara norma jurídica inconstitucional como se “ainda constitucional” fosse. Considerando-se a cada vez maior importância dos chamados “diálogos institucionais” entre os diversos Poderes e atores sociais, é fundamental que as decisões do Poder Judiciário sejam compreendidas adequadamente.

Além disso, a adoção do modelo amplo de modulação de efeitos das decisões da jurisdição constitucional deixa claro que, nos casos em que se afasta a regra da nulidade da norma inconstitucional, é necessário desincumbir-se de razoável ônus argumentativo. Deve haver ou a identificação de sua necessidade diretamente determinada pela legislação (*ope legis*) ou pela ponderação das razões formais e substanciais que sustentam a regra da nulidade. A manutenção dos efeitos de norma ou ato jurídico inconstitucional é medida excepcional e deve ser dessa forma encarada: é necessário expressamente apontar isso nos casos em que ela ocorra, sob pena de banalizar-se a aplicação do instituto mediante argumentos dogmáticos pouco consistentes.

Por fim, a adoção de um modelo amplo de modulação de efeitos das decisões da jurisdição constitucional é de grande relevância para o direito brasileiro, uma vez que o legislador optou por exigir quórum mais elevado para sua aplicação nos casos concretos. Dessa forma, deve-se utilizar um modelo dogmático que claramente aponte os casos em que deve ser exigido esse quórum diferenciado, caso o contrário, corre-se o risco de simplesmente manterem-se os efeitos de norma ou ato inconstitucional sem o quórum legalmente exigido para tanto.

Referências

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- ÁVILA, Ana Paula. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/1999. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- BARBOSA, Rui. **Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal**. Campinas: Russel, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. **Controle de constitucionalidade**. 2a. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BUZAID, Alfredo. **Da ação direta da declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1958.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. 7a. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- ENTERRÍA, Eduardo García de. Justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficácia de las leyes inconstitucionales. **Revista de Direito Público**, n. 92, p. 5-16, 1989.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do ato inconstitucional em face do direito positivo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, n. 230, p. 217-236, 2002.
- IPSEN, Jörn. **Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt**. Baden-Baden: Nomos, 1980.
- IVO, Gabriel. O controle da validade da produção normativa. In: DIDIER JÚNIOR, F.; EHRHARDT JÚNIOR, M. **Revisitando a teoria do fato jurídico**: homenagem a Marcos Bernardes de Mello. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 225-251.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 2a. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- _____. **Jurisdição constitucional**. 2a. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- MACCORMICK, Neil. **Rethoric and the rule of Law**: a Theory o Legal Reasoning. Oxford: Oxford University, 2009.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva / MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**: comentários à Lei n. 9868, de 10-11-1999. 3a. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa : Universidade Católica, 1999.
- MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 12a. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia - 1a Parte. 4a. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

- MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 4a. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.
- NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988.
- NINO, Carlos Santiago. **The Constitution of Deliberative Democracy**. New Haven: Yale University, 1998.
- _____. **Introdução à análise do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- NUNES, José de Castro. **Teoria e prática do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 1943.
- PEREZ, Carlos Alberto Navarro. **Declaração de inconstitucionalidade: a modulação de efeitos temporais - teoria constitucional e aplicação**. Curitiba: Juruá, 2014.
- POLETTI, Ronaldo. **Controle da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção**. São Paulo: Saraiva, 1994.
- _____. **Perspectivas de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ROCHA JÚNIOR, Luis Clovis Machado da. **A decisão sobre os efeitos do ato inconstitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2014.
- SCHAUER, Frederick. **Playing by the Rules: a Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life**. Oxford: Oxford University, 1991.
- SCHLAICH, Klaus. **Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidungen**. 10a. ed. Munique: C. H. Beck, 2015.
- SILVA, Clóvis V. do Couto e. Para uma história dos conceitos no direito civil no direito processual civil (a atualidade do pensamento de Otto Karlowa e de Oskar Bülow). **Revista de Processo**, n. 37, p. 238-270, jan/mar 1987.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de / SOUSA FILHO, Ademar Borges de. Modulação de efeitos e sentenças aditivas na jurisdição constitucional brasileira - um estudo de caso a partir do julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 4.357 e 4.425. **Fórum Administrativo**, n. 161, p. 25-33, 2014.
- TALAMINI, Eduardo. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade. In: CLÈVE, C. M. **Direito Constitucional Brasileiro: organização do Estado e dos Poderes**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2014. p. 669-705.

.....

Minibiografia do Autor - Victor Marcel Pinheiro

Doutorando em Direito do Estado na Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Bacharel em Direito pela Universidade de

Revista Publicum

Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, 2018, p. 153-180

<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum>

DOI: 10.12957/publicum.2018.33080

São Paulo (USP). Consultor Legislativo do Senado Federal. Professor do Instituto
Brasiliense de Direito Público (IDP) e do Centro Universitário de Brasília (UniCeub).

.....

Enviado em: 04.03.2018

Aprovado em: 01.06.2018