ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

DIREITO E LIBERDADE

MODULAÇÃO TEMPORAL DE EFEITOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

MODULATION OF TEMPORAL EFFECTS ON CONSTITUTIONAL CONTROL

Rodrigo Costa Rodrigues Leite*

RESUMO: O Supremo Tribunal Federal tem adotado técnica de modulação temporal de efeitos no controle de constitucionalidade das leis. Na construção desse método de interpretação, o Tribunal tem se valido do art. 27, da Lei n. 9.868/99 e do art. 11, da Lei n. 9.882/99. Ao adotar métodos de manipulação de efeitos nas decisões, a Corte tem produzido decisões aditivas, intermediárias e manipulativas.
Palavras-chave: Controle de constitucionalidade. Efeitos das decisões. Decisões aditivas, intermediárias e manipulativas. Modulação temporal de efeitos.

ABSTRACT: The Supreme Court has adopted technique of modulation effects of time in control of constitutionality of laws. In the construction of this method of interpretation, the Court has made use of the art. 27 of the Law 9.868/99 and art. 11 of the Law 9.882/99. By adopting methods of handling the effects of decisions, the Court has produced addictive, intermediate and manipulative decisions.
Keywords: Control of constitutionality. Effects of decisions. Addictive, intermediate and manipulative decisions. Modulation of temporal effects.

* Especialista em Direito Processual Civil pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Norte – FESMP. Natal – Rio Grande do Norte – Brasil.

1 INTRODUÇÃO

O controle de constitucionalidade no Brasil é, em regra, realizado pelo Poder Judiciário, podendo ser exercido por qualquer juiz ou tribunal (controle difuso ou concreto) ou por um determinado órgão; no denominado controle concentrado ou em abstrato, realizado pelo Supremo Tribunal Federal (art. 102, I e § 1º, da Constituição da República de 1988) e no âmbito estadual, pelos Tribunais de Justiça (CR/88, art. 125, § 2º).

No controle difuso, as decisões possuem efeitos *inter partes*[1] e, em regra, *ex tunc*, sendo a inconstitucionalidade reconhecida com efeitos desde a criação da norma.

No controle concentrado, as decisões liminares ou definitivas possuem efeitos *erga omnes* e vinculantes. As decisões liminares no controle concentrado possuem, em regra, efeitos *ex nunc* e as decisões definitivas são dotadas de efeitos *ex tunc*[2], geralmente.

Em comum, as decisões liminares e de mérito tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade, nas ações declaratórias de constitucionalidade e nas arguições de descumprimento de preceito fundamental 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, conforme dispõe o art. 102, § 2º, da Constituição da República de 1988 (CR/88).

O Supremo há muito tempo, considera que lei inconstitucional é

1 Pende de julgamento no Supremo Tribunal Federal a Rcl 4335/AC, j. 19/04/07, na qual dois dos quatro votos até agora proferidos – Mins. Gilmar Mendes e Eros Grau – sustentam que se o controle difuso de constitucionalidade for realizado pelo Supremo Tribunal Federal a decisão deverá possuir efeitos *erga omnes*. Segundo esta tese, o art. 52, X, CR/88 que confere ao Senado Federal a prerrogativa de suspender os efeitos de lei declarada inconstitucional pelo STF no método difuso sofreu mutação constitucional, pois o papel do Senado seria apenas para dar publicidade à suspensão da execução de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, haja vista que essa decisão contém força normativa bastante para suspender a execução da lei.

2 Controle concentrado de constitucionalidade — Procedência da pecha de inconstitucional — Efeito — Termo inicial — Regra x exceção. A ordem natural das coisas direciona no sentido de ter-se como regra a retroação da eficácia do acórdão declaratório constitutivo negativo à data da integração da lei proclamada inconstitucional, no arcabouço normativo, correndo à conta da exceção a fixação de termo inicial distinto. Embargos declaratórios — Omissão — Fixação do termo inicial dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade — Retroatividade total. Inexistindo pleito de fixação de termo inicial diverso, não se pode alegar omissão relativamente ao acórdão por meio do qual se concluiu pelo conflito do ato normativo autônomo abstrato com a Carta da República, fulminando-o desde a vigência. (ADI 2.728-ED/AM, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 19/10/06, DJ 05/10/07).

nula. Em decorrência disso e como consequência dessa premissa a decisão que reconhece a inconstitucionalidade possui natureza declaratória, limitando-se a reconhecer um vício de origem de produção da lei. Esta declaração de inconstitucionalidade, portanto, impede, via de regra, que a norma atacada produza efeitos válidos desde a origem.

Ocorre, porém, que em prestígio a outros valores constitucionais, o Supremo Tribunal Federal tem adotado técnicas de decisão que relativizam a declaração de inconstitucionalidade das leis, em atendimento à realidade fática e a outros princípios constitucionais.

Há tempos a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) perfilhou a tese de que a Corte ao realizar a interpretação da Constituição e verificar a compatibilidade dos atos normativos com a Carta da República deveria exercer apenas o papel de *legislador negativo*, isto é: o STF não poderia realizar interpretação que representasse inovação ou criação de lei, pois a tarefa constitucional de legislar incumbe ao Poder Legislativo. O Tribunal, por diversas vezes, disse que:

> [...] a ação direta de inconstitucionalidade não pode ser utilizada com o objetivo de transformar o Supremo Tribunal Federal, indevidamente, em legislador positivo, eis que o poder de inovar o sistema normativo, em caráter inaugural, constitui função típica da instituição parlamentar. Não se revela lícito pretender, em sede de controle normativo abstrato, que o Supremo Tribunal Federal, a partir da supressão seletiva de fragmentos do discurso normativo inscrito no ato estatal impugnado, proceda à virtual criação de outra regra legal, substancialmente divorciada do conteúdo material que lhe deu o próprio legislador. (STF, ADIMC 1063/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 18/05/94, DJ 27/04/01).

Sem dúvida, o Supremo Tribunal Federal não pode inovar no ordenamento de maneira a criar ato normativo. Isto é papel típico do Legislativo. Contudo, é inegável o papel desempenhado pela Corte nos últimos anos ao interpretar a Constituição. O Supremo Tribunal tem elaborado decisões aditivas, intermediárias (casos de interpretação conforme a Constituição, por exemplo) e manipulativas ao realizar interpretação da Constituição e

das leis. E essas decisões resultam de construções dadas a textos de lei, não estando o STF a violar a *separação de poderes*.

Recentemente, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal – dando uma guinada na sua antiga jurisprudência acerca do mandado de injunção – afastou-se da orientação inicialmente perfilhada, no sentido de estar limitada à declaração da existência da mora legislativa, para a edição de norma regulamentadora específica. Passou, sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, a aceitar a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário.

O Tribunal, diante do quadro de longa mora legislativa, entendeu que, se deveria refletir sobre a adoção, como alternativa para mora do Congresso Nacional, de uma *decisão de perfil aditivo*. Aduziu-se, no que concerne à aceitação das sentenças aditivas ou modificativas, que elas são em geral aceitas quando integram ou completam um regime previamente adotado pelo legislador ou, ainda, quando a solução adotada pelo Tribunal incorpora *solução constitucionalmente obrigatória*. Salientou-se que a disciplina do direito de greve para os trabalhadores em geral, no que tange às denominadas atividades essenciais, é especificamente delineada nos artigos 9 a 11 da Lei 7.783/89, e que esta lei deveria ser aplicada às hipóteses do direito de greve dos servidores públicos, enquanto não sobrevier lei específica para esse grupo.[3]

No caso das sentenças aditivas, dá-se uma interpretação extensiva do próprio âmbito de aplicação do preceito legal impugnação, a fim de conformá-lo à Constituição, ou seja, por intermédio da interpretação, a regra em questão passa a ser aplicável a mais situações do que aquelas compreendidas pelo texto legal em abstrato.[4]

Em que pese não ter havido por parte do Tribunal (e nem poderia) a criação da lei com seus contornos de generalidade e abstração que lhe são ínsitos, é inegável que a interpretação dada pelo STF, no caso do mandado de injunção, demonstra o novo perfil do Tribunal e a sua preocupação em conferir máxima efetividade à Constituição.

Vemos, pois, que se o dogma de que o Supremo Tribunal Federal

3 MI 712/PA, Rel. Min. Eros Grau, j. 25/10/2007, DJ 30/10/2008.

4 Mônia Clarisssa Henng Leal. **Jurisdição Constitucional Aberta***:* reflexões sobre a legitimidade e os limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática – uma abordagem a partir das Teorias Constitucionais Alemã e Norte-Americana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 85.

deve atuar apenas como legislador negativo não ruiu, ao menos ao que parece, está relativizado em virtude da utilização de técnicas de decisão com perfil aditivo, intermediário e manipulativo, as quais iremos analisar de forma mais detida logo a seguir.

2 MODULAÇÃO TEMPORAL DE EFEITOS NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

A declaração de inconstitucionalidade de um dispositivo não pode vir dissociada da realidade fática e das consequências dela derivadas. Textos de lei são elaborados para disciplinarem relações jurídicas, relações de pessoas e, sem dúvida, durante sua vigência criam e extinguem direitos.

Assim, a declaração de inconstitucionalidade pode acarretar dificuldades sob o ponto de vista prático. Por isso, a verificação da compatibilidade normativa das leis em geral com o Texto Constitucional deve levar em consideração outros fatores que não apenas a análise da decisão simplesmente.

Pode haver outros valores a serem sopesados e ponderados junto com o estudo da constitucionalidade em questão: segurança jurídica, direitos adquiridos, atos jurídicos perfeitos, situações jurídicas consolidadas pelo tempo[5], atos consumados, só para citar alguns.

A realidade é maior que o texto da lei e em razão disso não podemos esquecer os efeitos que a declaração de (in)constitucionalidade acarretam na prática, desfazendo em muitas vezes relações jurídicas há tempos praticadas.

Não se pode, simplesmente, adotar o critério absoluto de que as leis ou são constitucionais ou são inconstitucionais. Preocupado com isso, o Supremo Tribunal Federal já há alguns anos tem adotado técnicas de deci-

5 "Ação direta de inconstitucionalidade. Lei n. 6.893, de 28 de janeiro de 1998, do Estado do Mato Grosso, que criou o Município de Santo Antônio do Leste. Inconstitucionalidade de lei estadual posterior à EC 15/96. Ausência de lei complementar federal prevista no texto constitucional. Afronta ao disposto no artigo 18, § 4º, da Constituição do Brasil. Omissão do Poder Legislativo. Existência de fato. Situação consolidada. Princípio da segurança jurídica. Situação de exceção, estado de exceção. A exceção não se subtrai à norma, mas esta, suspendendo-se, dá lugar à exceção — apenas assim ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção. (...) Declaração de inconstitucionalidade da lei estadual sem pronúncia de sua nulidade. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade, mas não pronunciar a nulidade pelo prazo de 24 meses, Lei n. 6.893, de 28 de janeiro de 1998, do Estado do Mato Grosso." (ADI 3.316/MT, Rel. Min. Eros Grau, j. 09/05/07, DJ 29/06/07). No mesmo sentido: ADI 3.689/PA, Rel. Min. Eros Grau, j. 10/05/07, DJ 29/06/07; ADI 2.240BA, Rel. Min. Eros Grau, j. 09/05/07, DJ 03/08/07; ADI 3.489/SC, Rel. Min. Eros Grau, j. 09/05/07, DJ 03/08/07.

são voltadas para harmonizar o controle das leis com a realidade decorrente da declaração de inconstitucionalidade.

Com efeito, não podemos desconhecer que as leis durante o tempo que estiveram em vigor, antes do reconhecimento de sua inconstitucionalidade, regeram diversas relações jurídicas e foram responsáveis pela formação e pela extinção de muitos direitos. Logo, realizar a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc,* - pura e simplesmente - conduziria, em muitos casos, a sérios problemas práticos e com repercussão grave sobre a segurança jurídica, princípio situado no *caput* do art. 5º da Constituição de 1988.

Sabemos que a regra no controle de constitucionalidade de leis é que a decisão seja ab-rogante ou derrogante, isto é, declare a constitucionalidade total ou parcial e com efeitos pretéritos, fulminando a *validade* da lei desde seu nascedouro. O Supremo há muito – em que pese doutrina em sentido contrário - reconhece que lei inconstitucional é lei nula e cuja declaração de inconstitucionalidade deve produzir efeitos desde que a lei entrou em vigor. A modulação de efeitos somente ocorre em caráter excepcional[6] e se presentes *razões de segurança* ou *interesse social*.

O dispositivo legal que permite a modulação de efeitos em controle de constitucionalidade é o art. 27, da Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, lei que regula o processamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), dispositivo semelhante ao art. 282º, (4), da Constituição Portuguesa[7]. A redação do art. 27 é a seguinte:

> 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.

6 A atribuição de efeitos prospectivos à declaração de inconstitucionalidade, dado o seu caráter excepcional, somente tem cabimento quando o tribunal manifesta-se expressamente sobre o tema, observando-se a exigência de quorum qualificado previsto em lei. (AI 457.766-AgR/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 03/04/07, DJ 11/05/07).

7 Constituição Portuguesa, artigo 282.º (Efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade) [...] 4. Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n.ºs 1 e 2.

Além dele, é possível a modulação temporal de efeitos nas Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), com fundamento no art. 11, da Lei n. 9.882, de 03 de dezembro de 1999, lei que regula o processamento da arguição.[8]

A modulação de efeitos constitui técnica que atenua a teoria da inconstitucionalidade como nulidade, pois mesmo declarando a inconstitucionalidade de um dispositivo legal, o Tribunal o conserva por determinado tempo em virtude de razões de segurança ou interesse social ou ainda protrai os efeitos da decisão para data futura (a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado).

Tanto o art. 27, da Lei n. 9.868/99, quanto o art. 11, da Lei n. 9.882/99 tiveram sua constitucionalidade questionada perante o Supremo Tribunal Federal. As ADIs 2154/DF e 2258/DF[9] questionam a validade do art. 27 e a ADI 2231/DF questiona o art. 11. Nenhuma delas teve decisão definitiva do STF até o momento, estando ambos os dispositivos em vigor até decisão definitiva do Supremo.[10]

O questionamento funda-se no seguinte: para os autores das ações diretas, a modulação de efeitos somente seria possível por meio de Emenda à Constituição, não podendo o legislador infraconstitucional acrescentar este poder ao Supremo por lei ordinária.

8 Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de argüição de descumprimento de preceito fundamental, 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.

9 Noticiou-se no informativo 476 do STF que "o Tribunal retomou julgamento de duas ações diretas de inconstitucionalidade parcial omissiva e positiva ajuizadas pela Confederação Nacional das Profissões Liberais - CNPL e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB contra dispositivos da Lei 9.868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade - ADI e da ação declaratória de constitucionalidade - ADC perante o Supremo Tribunal Federal - v. Informativo 456. O Min. Sepúlveda Pertence, relator, julgou procedente o pedido relativamente ao art. 27 da Lei 9.868/99 [...] Salientando que a nulidade da lei inconstitucional decorre, no sistema da Constituição, da adoção, paralela ao controle direto e abstrato, do controle difuso de inconstitucionalidade, entendeu que uma alteração dessa magnitude só poderia ser feita por emenda constitucional. Ademais, considerou que, ainda que ultrapassada a inconstitucionalidade formal, seria necessário dar interpretação conforme ao referido dispositivo, a fim de evitar que sua aplicação pudesse atingir o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido, eventualmente surgidos da inconstitucionalidade da lei. Após, pediu vista dos autos a Min. Cármen Lúcia."

10 "No tocante ao art. 11, o Min. Néri da Silveira votou pelo indeferimento da medida cautelar por considerar que, cuidando-se de processo de natureza objetiva, não há norma constitucional que impeça o legislador ordinário autorizar o STF a restringir, em casos excepcionais, por razões de segurança jurídica, os efeitos de suas decisões." (ADI 2.231-MC/DF, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 05/12/01, DJ 17/12/01).

O certo, porém, é que já faz alguns anos que o Supremo Tribunal Federal vem utilizando a técnica de modulação de efeitos em suas decisões, valendo-se, sobretudo, do art. 27. E mais: a modulação de efeitos tem ocorrido tanto no controle concentrado quanto no controle difuso de constitucionalidade, em que pese as leis tratarem de ações de controle concentrado (em abstrato).

Além desses dois casos, o STF tem adotado a técnica da modulação quando diante da "mudança da jurisprudência consolidada sobre determinada matéria", como destaca Luís Roberto Barroso[11]:

> [...] Quando uma corte de justiça, notadamente o Supremo Tribunal Federal, toma a decisão grave de reverter sua jurisprudência consolidada, não pode nem deve fazê-lo com indiferença em relação à segurança jurídica, às expectativas de direito por ele próprio geradas, à boa-fé e à confiança dos jurisdicionados.
> Não por outra razão vem o Supremo Tribunal Federal firmando precedentes no sentido de dar efeitos apenas prospectivos a decisões suas que importam em alteração da jurisprudência dominante [...]. Foi o que se passou, por exemplo, no caso do cancelamento da Súmula 394, o STF seguiu a mesma linha ao modificar sua interpretação do art. 109, I, da Constituição Federal [...]
> A atribuição de efeitos meramente prospectivos à mudança de orientação jurisprudencial deverá ser especialmente considerada nos casos em que o entendimento que está sendo alterado tornou-se pacífico por longo período. É que uma nova interpretação tende a produzir efeitos práticos semelhantes aos que decorrem da edição de lei nova. Vale dizer: embora não haja uma alteração formal do Direito vigente, verifica-se uma alteração substancial. Diante de tal situação, o valor a ser promovido com a nova orientação deverá ser ponderado com outros valores, como a boa-fé, a proteção da confiança e a segurança jurídica.

É bom que se diga, todavia, que para que ocorra a modulação de efeitos, as leis (art. 27, Lei 9.868/99 e art. 11, Lei 9.882/99) exigem um

11 **O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 77-79.

"requisito formal": o quorum de votação é qualificado, isto é, somente é possível modular efeitos com o voto de dois terços dos ministros do STF, o que corresponde a oito votos; e um *requisito substancial*: a presença de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

Utilizaram-se duas expressões abertas: *segurança jurídica* e *excepcional interesse social*. Tratam-se de conceitos jurídicos indeterminados, dotados de fluidez e vacância (abertura) semântica, que somente podem ser concretizados em cada caso. A utilização de cláusulas gerais permite que o Supremo Tribunal, em cada caso concreto, e fazendo uso da ponderação de interesses produza decisão com efeito integrador, intermediário, manipulador ou aditivo.[12]

O próprio Supremo considera que as expressões do art. 27, da Lei n. 9868/99 possuem conteúdo indeterminado.[13] Em razão disso, a concretização dessas expressões somente será possível diante de cada caso e conforme as peculiaridades de cada julgamento.[14] Aos poucos, o Tribunal vem realizando um aprimoramento progressivo e conceitual das expressões fluidas citadas na lei.

Os arts. 27 e 11 conferem preponderante relevo à atuação do STF na conformação do Estado Constitucional Brasileiro e no controle normativo do ordenamento. Cumpre repetir, todavia, que a manipulação no tempo

12 (Barroso, 2008:118) registra o seguinte: "[...] como assinalado anteriormente, o Supremo Tribunal Federal tem precedentes, alguns relativamente antigos, nos quais, em controla incidental, deixou de dar efeitos retroativos à decisão de inconstitucionalidade, como conseqüência da ponderação com outros valores e bem jurídicos que seriam afetados. Nos últimos anos, multiplicaram-se estes casos de modulação dos efeitos temporais, por vezes com a invocação analógica do art. 27 da Lei n. 9.868/99 e outras vezes sem referência a ele. Aliás, a rigor técnico, a possibilidade de ponderar valores e bens jurídicos constitucionais não depende de previsão legal."

13 "A norma contida no art. 27 da Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, tem caráter fundamentalmente interpretativo, desde que se entenda que os conceitos jurídicos indeterminados utilizados - segurança jurídica e excepcional interesse social - se revestem de base constitucional. No que diz respeito à segurança jurídica, parece não haver dúvida de que encontra expressão no próprio princípio do Estado de Direito consoante, amplamente aceito pela doutrina pátria e alienígena. 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." (AI 474.708-AgR/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, j. 17/03/08, DJE 18/04/08).

14 Realmente, Luís Roberto Barroso (**Curso de Direito Constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 312) assevera que "a característica essencial das cláusulas gerais é emprego de linguagem intencionalmente aberta e vaga, de modo a transferir para o intérprete o papel de completar o sentido da norma, à vista dos elementos do caso concreto."

somente admitida é *em situações extremas*, como destacado pelo próprio STF: AI-AgR 557237/RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 18/09/2007, DJE 26/10/2007, por exemplo.

Nos últimos anos, porém, o Supremo Tribunal Federal tem adotado o art. 27, da Lei 9.868/99, em algumas decisões, como podemos ver abaixo:

a) nas ADIs 2240/BA, 3316/MT e 3489/SC[15], todas relatadas pelo Min. Eros Grau, o Supremo declarou a inconstitucionalidade de leis que criaram municípios sem observância dos requisitos constitucionais. O Tribunal, em face da existência consolidada de municípios declarou a inconstitucionalidade das leis estaduais, mas sem pronunciar a nulidade de atos até então praticados. Em sentido semelhante: ADI 3615/PB, Rel. Min. Ellen Gracie.
b) na ADI 3660/MS, Rel. Min. Gilmar Mendes, o STF declarou inconstitucional lei que destinava valores de custas para entidades privadas, mas atribuiu a declaração de inconstitucionalidade somente a partir da Emenda Constitucional n. 45/2004.[16]

15 [...] ***Situação excepcional consolidada, de caráter institucional, político. Hipótese que consubstancia reconhecimento e acolhimento da força normativa dos fatos.*** 3. ***Esta Corte não pode limitar-se à prática de mero exercício de subsunção. A situação de exceção, situação consolidada --- embora ainda não jurídica --- não pode ser desconsiderada.*** 4. A exceção resulta de omissão do Poder Legislativo, visto que o impedimento de criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios, desde a promulgação da Emenda Constitucional n. 15, em 12 de setembro de 1.996, deve-se à ausência de lei complementar federal. 5. Omissão do Congresso Nacional que inviabiliza o que a Constituição autoriza: o desmembramento de parte de Município e sua conseqüente adição a outro. A não edição da lei complementar dentro de um prazo razoável consubstancia autêntica violação da ordem constitucional. [...] relação com a exceção. 8. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Não se afasta do ordenamento, ao fazê-lo, eis que aplica a norma à exceção desaplicando-a, isto é, retirando-a da exceção. 9. Cumpre verificar o que menos compromete a força normativa futura da Constituição e sua função de estabilização. No aparente conflito de inconstitucionalidades impor-se-ia o reconhecimento do desmembramento de gleba de um Município e sua integração a outro, a fim de que se afaste a agressão à federação. 10. O princípio da segurança jurídica prospera em benefício da preservação do Município. 11. Princípio da continuidade do Estado. 12. Julgamento no qual foi considerada a decisão desta Corte no MI n. 725, quando determinado que o Congresso Nacional, no prazo de dezoito meses, ao editar a lei complementar federal referida no § 4º do artigo 18 da Constituição do Brasil, considere, reconhecendo-a, a existência consolidada do Município de Luís Eduardo Magalhães. Declaração de inconstitucionalidade da lei estadual sem pronúncia de sua nulidade 13. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade, mas não pronunciar a nulidade pelo prazo de 24 meses, Lei n. 12.294, de 22 de junho de 2002, do Estado de Santa Catarina.

16 Ação direta de inconstitucionalidade. Efeito repristinatório da declaração de inconstitucionalidade. Custas judiciais. Destinação a entidades privadas. Inconstitucionalidade. O Supremo Tribunal Federal já manifestou, por diversas vezes, o entendimento de que é vedada a destinação dos valores recolhidos a título de custas e emolumentos a pessoas jurídicas de direito privado. Precedentes. Ação julgada procedente. Tendo em vista razões de segurança jurídica e de excepcional interesse social, aplica-se o art. 27 da Lei n. 9.868/99, para atribuir à declaração de inconstitucionalidade efeitos a partir da Emenda Constitucional n. 45, de 31-12-

c) na ADI 3756/DF, Rel. Min. Carlos Britto, o STF declarou a inconstitucionalidade de lei do Distrito Federal, mas por considerar que o Poder Legislativo não poderia se amoldar de modo retroativo à decisão, resolveu adiar os efeitos do *decisum* para data futura.[17] Neste julgamento o STF realçou que "no campo teórico" a decisão deveria ter efeitos *ex tunc*, mas "no campo dos fatos" devia produzir efeitos "pro futuro".

d) na ADI 3819/MG, Rel. Min Eros Grau, o STF declarou a inconstitucionalidade de lei mineira que permitia a transposição de diversos cargos para a carreira de defensor público daquele Estado. O STF declarou a inconstitucionalidade dos dispositivos, mas protraiu os efeitos da decisão para data futura.[18]

3 MODULAÇÃO TEMPORAL DE EFEITOS NO CONTROLE DIFUSO

Em um primeiro momento, o STF resistiu em aplicar o art. 27 da Lei n. 9.868/99 ao controle difuso, restringindo-o ao controle concentrado de normas.[19] Alegava-se que a modulação temporal somente era autorizada

2004." (ADI 3.660, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 13/03/07, DJE 09/05/08).

17 "(...)No julgamento da ADI 3.756, o Supremo Tribunal Federal deu pela improcedência do pedido. Decisão que, no campo teórico, somente comporta eficácia *ex tunc* ou retroativa. No plano dos fatos, porém, não há como se exigir que o Poder Legislativo do Distrito Federal se amolde, de modo retroativo, ao julgado da ADI 3.756, porquanto as despesas com pessoal já foram efetivamente realizadas, tudo com base na Decisão n. 9.475/00, do TCDF, e em sucessivas leis de diretrizes orçamentárias. Embargos de declaração parcialmente acolhidos para esclarecer que o fiel cumprimento da decisão plenária na ADI 3.756 se dará na forma do art. 23 da LC n. 101/2000, a partir da data de publicação da ata de julgamento de mérito da ADI 3.756, e com estrita observância das demais diretrizes da própria Lei de Responsabilidade Fiscal." (ADI 3.756-ED/DF, Rel. Min. Carlos Britto, j. 24/10/07, DJ 23/11/07).

18 Ação direta de inconstitucionalidade [...] Leis do Estado de Minas Gerais. Investidura e provimento dos cargos da carreira de defensor público estadual. Servidores estaduais investidos na função de defensor público e nos cargos de assistente jurídico de penitenciária e de analista de justiça. Transposição para a recém criada carreira de defensor público estadual sem prévio concurso público. Modulação dos efeitos. Afronta ao disposto nos artigos 37, II, e 134, § 1º, da Constituição do Brasil. [...] Ação direta julgada procedente para declarar inconstitucionais [...] todas do Estado de Minas Gerais. Modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade. Efeitos prospectivos, a partir de 6 (seis) meses contados de 24 de outubro de 2007." (ADI 3.819/MG, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 24/10/07, DJE 28/03/08).

19 Na doutrina, há quem sustente que a modulação de efeitos somente deveria ocorrer no controle concentrado de leis: Uadi Lammêgo Bulos (**Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 258) e Manuel Jorge e Silva Neto (**Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 184) que diz: "esclareça-se, por fim, que o procedimento descrito no dispositivo [referindo-se ao art. 27] se aplica exclusivamente à hipótese das decisões adotados pelo STF no controle abstrato da constitucionalidade, sendo de todo inaplicável a exceção para as conclusões extratadas em sede de controle concreto ou difuso."

por lei para o controle concentrado. Dizia o STF sobre o tema:

> O Agravante alega que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade da lei municipal somente poderiam operar-se *ex nunc*, em virtude de razões de segurança jurídica e de prevalência do interesse social. Todavia, este Supremo Tribunal decidiu que a norma apontada como de regência para a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade — art. 27 da Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999 — não se aplica ao caso, pois se impõe no controle abstrato de constitucionalidade (RE 395.654-AgR, Rel. Min. Carlos Britto, Primeira Turma, *DJ* 3-3-2006; AI 428.886-AgR, Rel. Min. Eros Grau, Primeira Turma, *DJ* 25-2-2005; e RE 430.421-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, Primeira Turma, *DJ* 4-2-2005)." (AI 666.455/RJ, Rel. Min. Cármen Lúcia, decisão monocrática, j. 20/06/07, DJ 08/08/07).

Contudo, nos últimos tempos, e de modo frequente até, o STF vem admitindo a modulação temporal de efeitos no controle difuso de constitucionalidade, como dito a seguir:

> Embora a Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, tenha autorizado o Supremo Tribunal Federal a declarar a inconstitucionalidade com efeitos limitados, é lícito indagar sobre a admissibilidade do uso dessa técnica de decisão no âmbito do controle difuso. Ressalte-se que não se está a discutir a constitucionalidade do art. 27 da Lei n. 9.868, de 1999. Cuida-se aqui, tão-somente, de examinar a possibilidade de aplicação da orientação nele contida no controle incidental de constitucionalidade. [...] assinale-se que, antes do advento da Lei n. 9.868, de 1999, talvez fosse o STF, muito provavelmente, o único órgão importante de jurisdição constitucional a não fazer uso, de modo expresso, da limitação de efeitos na declaração de inconstitucionalidade. [...] No que interessa para a discussão da questão em apreço, ressalte-se que o modelo difuso não se mostra incompatível com a doutrina da limitação dos efeitos. (AC 189-MC-QO/SP, voto do Min. Gilmar

Admitindo a modulação no controle concentrado e no controle difuso, temos: Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (**Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1044), Marcelo Novelino (**Teoria da Constituição e Controle de Constitucionalidade**. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 158) e Walber de Moura Agra (**Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade**. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 65).

Mendes, j. 09/06/04, DJ 27/08/04).

No emblemático RE 197.917/SP[20], o Supremo Tribunal Federal, invocando os princípios na isonomia e da razoabilidade, declarou inconstitucional lei que fixava o número de vereadores da Câmara Municipal de Mira Estrela/SP.

Fazendo interpretação do art. 29, IV, da Constituição da República, o STF impôs limite ao número de vereadores em cada município e formulou critério aritmético levando em consideração a população de cada cidade para fixar o número de vereadores das câmaras municipais.

Naquele julgamento o STF consignou que "a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente" e que a prevalência do interesse público autorizaria, em caráter de exceção, efeitos *pro futuro* à declaração incidental de inconstitucionalidade.

De fato, a legislatura estava em curso e declarar a inconstitucionali-

20 RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MUNICÍPIOS. CÂMARA DE VEREADORES. COMPOSIÇÃO. AUTONOMIA MUNICIPAL. LIMITES CONSTITUCIONAIS. NÚMERO DE VEREADORES PROPORCIONAL À POPULAÇÃO. CF, ARTIGO 29, IV. APLICAÇÃO DE CRITÉRIO ARITMÉTICO RÍGIDO. INVOCAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A POPULAÇÃO E O NÚMERO DE VEREADORES. INCONSTITUCIONALIDADE, *INCIDENTER TANTUM*, DA NORMA MUNICIPAL. EFEITOS PARA O FUTURO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. 1. O artigo 29, inciso IV da Constituição Federal, exige que o número de Vereadores seja proporcional à população dos Municípios, observados os limites mínimos e máximos fixados pelas alíneas a, b e c. 2. Deixar a critério do legislador municipal o estabelecimento da composição das Câmaras Municipais, com observância apenas dos limites máximos e mínimos do preceito (CF, artigo 29) é tornar sem sentido a previsão constitucional expressa da proporcionalidade. 3. Situação real e contemporânea em que Municípios menos populosos têm mais Vereadores do que outros com um número de habitantes várias vezes maior. Casos em que a falta de um parâmetro matemático rígido que delimite a ação dos legislativos Municipais implica evidente afronta ao postulado da isonomia. 4. Princípio da razoabilidade. Restrição legislativa. A aprovação de norma municipal que estabelece a composição da Câmara de Vereadores sem observância da relação cogente de proporção com a respectiva população configura excesso do poder de legislar, não encontrando eco no sistema constitucional vigente. 5. Parâmetro aritmético que atende ao comando expresso na Constituição Federal, sem que a proporcionalidade reclamada traduza qualquer afronta aos demais princípios constitucionais e nem resulte formas estranhas e distantes da realidade dos Municípios brasileiros. Atendimento aos postulados da moralidade, impessoalidade e economicidade dos atos administrativos (CF, artigo 37). 6. Fronteiras da autonomia municipal impostas pela própria Carta da República, que admite a proporcionalidade da representação política em face do número de habitantes. Orientação que se confirma e se reitera segundo o modelo de composição da Câmara dos Deputados e das Assembléias Legislativas (CF, artigos 27 e 45, § 1º). 7. Inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, da lei local que fixou em 11 (onze) o número de Vereadores, dado que sua população de pouco mais de 2600 habitantes somente comporta 09 representantes. 8. Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário conhecido e em parte provido. (RE 197.917/SP, Plenário, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 06/06/02, DJ 07/05/04).

dade com efeitos *ex tunc* resultaria em caos no cenário jurídico e político do país, pois os municípios que excederam o número de vereadores, segundo o critério adotado pelo STF, teriam que proceder exclusões de parlamentares; e os que estavam com número aquém de vereadores teriam que proceder novas escolhas, o que se mostrava incompatível com a realidade fática e com o quadro político e constitucional existentes.

A decisão comprovou que o STF possui – e deve possuir mesmo – importante papel no cenário de confirmação do Estado Constitucional de Direito e no sentido que a Constituição da República deve ter. Ao realizar uma ponderação dos valores em discussão, o STF resolveu dar prevalência ao princípio da segurança jurídica, valor dos mais caros a um Estado Democrático.[21]

21 Recentemente, em nome do princípio da segurança jurídica, o STJ manteve no cargo, servidores da Assembléia Legislativa do Estado da Paraíba que ingressaram no serviço público após a Constituição de 1988 sem concurso público. Considerou-se que a Administração não poderia mais reverter o quadro de contratação irregular, pois a situação dos servidores estava consolidada no tempo. Eis a ementa do RMS 25652/PB, 5ª T., Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 16/09/2008, DJE 13/10/2008: RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDORES PÚBLICOS QUE ASSUMIRAM CARGOS EFETIVOS SEM PRÉVIO CONCURSO PÚBLICO, APÓS A CF DE 1988. ATOS NULOS. TRANSCURSO DE QUASE 20 ANOS. PRAZO DECADENCIAL DE CINCO ANOS CUMPRIDO, MESMO CONTADO APÓS A LEI 9.78499, ART. 55. PREPONDERÂNCIA DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO. 1.O poder-dever da Administração de invalidar seus próprios atos encontra limite temporal no princípio da segurança jurídica, de índole constitucional, pela evidente razão de que os administrados não podem ficar indefinidamente sujeitos à instabilidade originada da autotutela do Poder Público. 2.O art. 55 da Lei 9.78499 funda-se na importância da segurança jurídica no domínio do Direito Público, estipulando o prazo decadencial de 5 anos para a revisão dos atos administrativos viciosos e permitindo, *a contrario sensu,* a manutenção da eficácia dos mesmos, após o transcurso do interregno qüinqüenal, mediante a convalidação *ex ope temporis,* que tem *aplicação excepcional* a situações típicas e extremas, assim consideradas aquelas em que avulta grave lesão a direito subjetivo, sendo o seu titular isento de responsabilidade pelo ato eivado de vício. 3.A infringência à legalidade por um ato administrativo, sob o ponto de vista abstrato, sempre será prejudicial ao interesse público; por outro lado, quando analisada em face das circunstâncias do caso concreto, nem sempre sua anulação será a melhor solução. Em face da dinâmica das relações jurídicas sociais, haverá casos em que o próprio interesse da coletividade será melhor atendido com a subsistência do ato nascido de forma irregular. 4.O poder da Administração, destarte, não é absoluto, de forma que a recomposição da ordem jurídica violada está condicionada primordialmente ao interesse público. O decurso do tempo, em certos casos, é capaz de tornar a anulação de um ato ilegal claramente prejudicial ao interesse público, finalidade precípua da atividade exercida pela Administração. 5.Cumprir a lei nem que o mundo pereça é uma atitude que não tem mais o abono da Ciência Jurídica, neste tempo em que o espírito da justiça se apóia nos direitos fundamentais da pessoa humana, apontando que a razoabilidade é a medida sempre preferível para se mensurar o acerto ou desacerto de uma solução jurídica. 6.Os atos que efetivaram os ora recorrentes no serviço público da Assembléia Legislativa da Paraíba, sem a prévia aprovação em concurso público e após a vigência da norma prevista no art. 37, II da Constituição Federal, é induvidosamente ilegal, no entanto, o transcurso de quase vinte anos tornou a situação irreversível, convalidando os seus efeitos, em apreço ao postulado da segurança jurídica, máxime se considerando, como neste caso, que alguns dos nomeados até já se aposentaram (4), tendo sido os atos respectivos aprovados pela Corte de Contas Paraibana. 7.A singularidade deste caso o extrema de quaisquer outros e impõe a prevalência do princípio da segurança jurídica na ponderação dos valores em

Ao declarar a inconstitucionalidade da lei, o Tribunal esteve preocupado com os efeitos práticos e fáticos de sua decisão, a que não pode fugir. Retirar uma lei do sistema normativo é afirmar a prevalência da Constituição, é concretizar o princípio da força normativa da Constituição, mas o Tribunal não pode se esquecer da realidade subjacente a sua decisão.

Em outros importantes julgamentos, os mandados de segurança 26.602/DF e 26.604/DF, que versavam sobre a fidelidade partidária, o Supremo, embora não tendo discutido a constitucionalidade de dispositivos legais, nem aplicado expressamente o art. 27 da Lei n. 9.868/99, estabeleceu marco temporal a partir do qual considerou que candidatos que trocaram de partido perderiam seus mandatos.[22]

O Tribunal modulou os efeitos – em nítida *decisão com efeito manipulativo* – para que a determinação produzisse efeitos a partir da resposta do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) à consulta que questionava se a troca de partido redundaria em perda de mandatos. Assim, os parlamentares que trocaram de partido após a consulta perderiam os mandatos para os partidos dos quais se desfiliaram, enquanto que os que realizaram mudança de partido antes da consulta não perderam os cargos públicos.

Percebe-se, portanto, que o Supremo vem adotando a modulação de efeitos em decisões tomadas em processos subjetivos, fazendo ou não menção expressa ao art. 27, da Lei n. 9868/99. No HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, por exemplo, o Supremo declarou a inconstitucionalidade

questão (legalidade *vs* segurança), não se podendo fechar os olhos à realidade e aplicar a norma jurídica como se incidisse em ambiente de absoluta abstratividade. 8.Recurso Ordinário provido, para assegurar o direito dos impetrantes de permanecerem nos seus respectivos cargos nos quadros da Assembléia Legislativa do Estado da Paraíba e de preservarem as suas aposentadorias." Em sentido semelhante: RMS 24339/TO, 5ª T., Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 30/10/2008 DJ 17/11/2008.

22 [...] 7. A desfiliação partidária como causa do afastamento do parlamentar do cargo no qual se investira não configura, expressamente, pela Constituição, hipótese de cassação de mandato. O desligamento do parlamentar do mandato, em razão da ruptura, imotivada e assumida no exercício de sua liberdade pessoal, do vínculo partidário que assumira, no sistema de representação política proporcional, provoca o desprovimento automático do cargo [...] 8. É direito do partido político manter o número de cadeiras obtidas nas eleições proporcionais. [..] 10. Razões de segurança jurídica, e que se impõem também na evolução jurisprudencial, determinam seja o cuidado novo sobre tema antigo pela jurisdição concebido como forma de certeza e não causa de sobressaltos para os cidadãos. Não tendo havido mudanças na legislação sobre o tema, tem-se reconhecido o direito de o Impetrante titularizar os mandatos por ele obtidos nas eleições de 2006, mas com modulação dos efeitos dessa decisão para que se produzam eles a partir da data da resposta do Tribunal Superior Eleitoral à Consulta n. 1.398/2007..." (STF, Plenário, MS 26.604/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 04/10/07, DJE 03/10/08). Em sentido semelhante sobre a fidelidade partidária: ADIs 3999/DF e 4086/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 12/11/08, DJ 20/11/08.

do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos), mas deu efeitos *ex nunc* à decisão de mérito.

4 (IM)POSSIBILIDADE DE MODULAÇÃO DE EFEITOS DE NORMAS PRÉ-CONSTITUCIONAIS?

Questão ainda não pacificada no âmbito do Supremo Tribunal Federal é saber se a modulação temporal de efeitos pode ser utilizada quando da análise da recepção de dispositivos pela Constituição da República de 1988. No julgamento do RE 395.092AgR/RJ, o Supremo inadmitiu a modulação de efeitos quando diante de exame de norma anterior a 1988.[23] Naquela ocasião, disse o STF:

> [...] Revela-se inaplicável, no entanto, a teoria da limitação temporal dos efeitos, se e quando o Supremo Tribunal Federal, ao julgar determinada causa, nesta formular juízo negativo de recepção, por entender que certa lei pré-constitucional mostra-se materialmente incompatível com normas constitucionais a ela supervenientes. - A não-recepção de ato estatal pré-constitucional, por não implicar a declaração de sua inconstitucionalidade - mas o reconhecimento de sua pura e simples revogação (RTJ 143/355 - RTJ 145/339) -, descaracteriza um dos pressupostos indispensáveis à utilização da técnica da modulação temporal, que supõe, para incidir, dentre outros elementos, a necessária existência de um juízo de inconstitucionalidade. - Inaplicabilidade, ao caso em exame, da técnica da modulação dos efeitos, por tratar-se de diploma legislativo, que, editado em 1984, não foi recepcionado, no ponto concernente à norma questionada, pelo vigente ordenamento constitucional. (RE 395.902-AgR/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, j. 07/03/06, DJ 25/08/06).[24]

Também no RE 273.074AgR/RJ, Rel. Min. Cézar Peluso, o STF não admitiu a modulação de efeitos quando em debate a recepção de normas

23 Esta é a posição de André Dias Fernandes (**Eficácia das decisões do STF em ADIN e ADC**: efeito vinculante, coisa julgada *erga omnes* e eficácia. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 248-249).

24 No mesmo sentido: RE 438.025-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, j. 07/03/06, DJ 25/08/06. AI 421.354-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, j. 07/03/06, DJ 15/09/06; AI 463.026-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, j. 21/02/06, DJ 15/09/06.

pré-constitucionais. Eis a ementa do julgado:

> Taxa de coleta de lixo e limpeza pública (TCLLP). Cobrança. Inviabilidade. Não é legítima a cobrança de taxa quando não vinculada apenas à coleta de lixo domiciliar, mas, também, de serviço de caráter universal e indivisível como a limpeza de logradouros públicos. Declaração de inconstitucionalidade de lei municipal. Modulação dos efeitos da decisão. Atribuição de efeitos *ex nunc*. Art. 27 da Lei Federal n. 9.868/99. Esta Corte já negou, por inúmeras vezes, a atribuição de efeitos *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade ou não recepção de lei do Município do Rio de Janeiro que instituiu a cobrança do IPTU com alíquotas progressivas. (RE 273.074-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 18/02/08, DJE 29/02/08).

Sabemos que é pacífico na jurisprudência do STF não admitir ADI ou ADC para questionar a (in)constitucionalidade de normas pré-constitucionais.[25]

Contudo, o controle abstrato de leis também pode ser realizado por meio da ADPF, que é cabível para aferir a legitimidade constitucional e se houve descumprimento de preceitos fundamentais por normas ou atos do poder público anteriores a 1988. O art. 1º, parágrafo único, I, da Lei n. 9.882/99, que regula o processo da ADPF admite o cabimento da ação "quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, *incluídos os anteriores à Constituição*." (destacou-se).

Assim cremos ser possível a modulação de efeitos em controle concentrado se esta decorrer de ADPF, com fundamento no art. 11, da Lei n. 9.882/99. Admitimos também a modulação de efeitos no controle difuso quando este analisar a recepção de normas anteriores a 1998, com a Constituição da República.

25 Neste sentido: (QO)ADI 7/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 07/02/92, DJ 04/09/92: "[...] - A ação direta de inconstitucionalidade não se revela instrumento juridicamente idôneo ao exame da legitimidade constitucional de atos normativos do poder público que tenham sido editados em momento anterior ao da vigência da Constituição sob cuja égide foi instaurado o controle normativo abstrato. A fiscalização concentrada de constitucionalidade supõe a necessária existência de uma relação de contemporaneidade entre o ato estatal impugnado e a Carta política sob cujo domínio normativo veio ele a ser editado. O entendimento de que leis pré-constitucionais não se predispõem, vigente uma nova Constituição, a tutela jurisdicional de constitucionalidade *in abstracto* - orientação jurisprudencial já consagrada no regime anterior (RTJ 95/980 - 95/993 - 99/544) - foi reafirmado por esta Corte, em recentes pronunciamentos, na perspectiva da Carta Federal de 1988."

Nessa linha, há no STF decisão que admite a modulação de efeitos mesmo perante normas pré-constitucionais. Trata-se de decisão monocrática do Min. Gilmar Mendes no Agravo de Instrumento n. 636.023/RJ**,** em que assim é dito:

> [...] No RE-AgR 395.902, relatado por Celso de Mello, em decisão da 2ª Turma, assentou-se que o caso seria de não-recepção de norma pré-constitucional, e que, conseqüentemente, não se aplicaria a regra do art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999.
> Naquela ocasião, determinou-se a '[...] inaplicabilidade, ao caso em exame, da técnica de modulação dos efeitos, por tratar-se de diploma legislativo, que editado em 1984, não foi recepcionado, no ponto concernente à norma questionada, pelo vigente ordenamento constitucional'.
> No que se refere à aplicação da técnica de modulação dos efeitos, divirjo do entendimento adotado no referido RE-AgR 395.902, por considerar a referida técnica passível de adoção no âmbito de não-recepção da lei pré-constitucional (Precedente: RE 147.776, 1ª T., Rel. Sepúlveda Pertence, DJ 19.6.1998).
> Razões de segurança jurídica podem revelar-se, igualmente, aptas a justificar a aplicação da modulação de efeitos em sede de declaração de não-recepção da lei pré-constitucional pela norma constitucional superveniente.
> Entretanto, tendo em vista que o Município do Rio de Janeiro não comprovou a repercussão econômica e as possíveis lesões à ordem pública e à segurança jurídica, não entendo cabível, no presente caso, a modulação de efeitos que seria, em tese, aceitável em casos de não-recepção. (Decisão monocrática do Min. Gilmar Mendes no AI 636.023/RJ, j. 26/11/07, DJE 13/02/08). Em sentido semelhante: voto proferido pelo mesmo Ministro no AIAgR 582.280.

Concordamos com este último entendimento: cremos ser possível a modulação de efeitos quando se realizar controle acerca da recepção de normas pré-constitucionais. Restringimos, porém, essa possibilidade apenas quando o Supremo estiver a julgar modulação em controle difuso ou em processo de ADPF (art. 11, Lei n. 9.882/99), pois como dito não cabe ADI ou ADC para impugnar normas anteriores à CR/88.

5 CONCLUSÃO

Nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal, a quem incumbe a guarda e a interpretação da Constituição da República, vem adotando técnicas de decisão que fazem daquele Tribunal importante órgão de formação do Estado Constitucional de Direito e centro de debates importantes para o futuro do país.

O Supremo tem adotado técnicas de decisão, preocupado com a realidade fática e material decorrentes da declaração de inconstitucionalidade.

Com efeito, o Supremo tem deixado, em alguns casos, de aplicar a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc* nas decisões de mérito de controle de constitucionalidade. Ao realizar a ponderação de valores e princípios em confronto (inconstitucionalidade *versus* segurança jurídica; inconstitucionalidade *versus* boa-fé objetiva, por exemplo), tem optado por retardar os efeitos da decisão no controle de inconstitucionalidade em prol da realidade fática decorrente de sua decisão e de situações consolidadas pelo tempo anteriores ao seu julgamento.

As técnicas de manipulação temporal de efeitos constituem importante mecanismo à disposição do Supremo para dar sentido e conformidade constitucional ao sistema normativo, pois volta os olhos para a realidade fática e consequencial resultantes da decisão, além de respeitar situações construídas sob a vigência de leis reputadas como inconstitucionais.

Os arts. 27, da Lei n. 9.868/99 e 11, da Lei n. 9.882/99 legitimam o papel que é do Supremo Tribunal Federal por essência e por vontade da Constituição: manter a força normativa constitucional e dar a última palavra na interpretação da Carta da República.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade**. Salvador: JusPodivm, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERNANDES, André Dias. **Eficácia das decisões do STF em ADIN e ADC***:* efeito vinculante, coisa julgada *erga omnes* e eficácia. Salvador: JusPodivm, 2009.

LEAL, Mônia Clarrisa Hennig. **Jurisdição Constitucional Aberta***:* reflexões sobre a legitimidade e os limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática – uma abordagem a partir das Teorias Constitucionais Alemã e Norte-Americana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Argüição de descumprimento de preceito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2007.

NOVELINO, Marcelo. **Teoria da Constituição e Controle de Constitucionalidade**. Salvador: JusPodivm, 2008.

SILVA NETO, Manuel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

Correspondência | Correspondence:

Rodrigo Costa Rodrigues Leite
Tribunal de Justica do Rio Grande do Norte – TJRN, Praça 7 de Setembro, s/n, Centro, CEP 59.025-300. Natal, RN, Brasil.
Fone: (84) 3616-6200.
Email: rodrigoleite@tjrn.jus.br

Recebido: 30/11/2008.
Aprovado: 03/02/2010.