

Efeitos das Decisões em Sede de Controle de Constitucionalidade: Aplicação do Artigo 27 da Lei nº 9.868/1999

CARLOS FLÁVIO VENÂNCIO MARCÍLIO

Advogado, Graduado em Direito pelo UniCEUB, Pós-Graduado em Direito Tributário e Finanças Públicas pelo IDP e Mestrando em Direito Constitucional pelo IDP.

RESUMO: O presente artigo tratará da modulação de efeitos da lei inconstitucional. De fato, a doutrina e a jurisprudência brasileira consideravam a lei inconstitucional como nula e, conseqüentemente, os seus efeitos deveriam ser desconstituídos desde sua entrada em vigor. Contudo, a complexidade das relações jurídicas e as situações da vida impõem uma técnica alternativa de decisão, vez que a desconstituição *ex tunc* da lei inconstitucional pode, em alguns casos, gerar maiores gravames do que a manutenção dos seus efeitos. Neste sentido, surge o art. 27 da Lei nº 9.868/1999, que introduziu no direito positivo brasileiro a possibilidade do Supremo Tribunal Federal limitar os efeitos da declaração de inconstitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Declaração de inconstitucionalidade; efeitos da inconstitucionalidade; limitação de efeitos.

ABSTRACT: This article concerns about the modulation of the effects of unconstitutional law. In fact, Brazilian doctrine and decisions tended to consider the unconstitutional law void, which means that all of the effects of unconstitutional law must be deleted. However the complexity of life requires an alternative decision technique, because the juridical insecurity that the delectation of unconstitutional law produces could be more harmful than the maintance of its effects. So the article 27 of Law number 9.868/1999

KEYWORDS: Declaration of unconstitutionality; effects of unconstitutional law; restriction of the effects of unconstitutional law.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Teoria da nulidade da lei inconstitucional; 2 Atenuações à nulidade da lei inconstitucional; 3 Direito comparado; 4 Controle concentrado de constitucionalidade no Brasil – Efeitos *ex tunc* e *ex nunc*; 4.1 Efeitos futuros; 5 Eficácia *ex nunc* no controle difuso; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo abordará a aplicação do art. 27 da Lei nº 9.868/1999, que introduziu o efeito *ex nunc* no controle de constitucionalidade e possibilitou que o Supremo Tribunal Federal, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, restrinja os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, estabelecendo que ela tenha eficácia a partir do trânsito em julgado ou de outro momento posterior que venha a ser fixado na decisão.

Uma Constituição na qual os atos e as leis inconstitucionais permanecem válidos não é obrigatória. Impõe-se como necessário um mecanismo de anulação dos atos inconstitucionais para a garantia da Constituição, dado o princípio da hierarquia do ordenamento jurídico¹.

No ordenamento jurídico brasileiro, os atos inconstitucionais estão, em regra, sujeitos à nulidade absoluta, com a conseqüente desconstituição *ex tunc* de todos os seus efeitos, e, excepcionalmente, à nulidade mitigada, com eficácia *ex nunc* ou prospectiva.

De fato, a teoria da nulidade da lei inconstitucional pertence à tradição do Direito brasileiro e vem sendo sustentada por grande parte da doutrina, que equipara inconstitucionalidade com nulidade². Logo, a lei declarada inconstitucional é considerada nula de pleno direito e possui eficácia *ex tunc*, ou seja, seus efeitos retroagem para a entrada em vigor da norma inconstitucional³. Por conseguinte, a lei declarada inconstitucional no controle concentrado de constitucionalidade não poderá produzir mais efeitos.

Contudo, com a evolução do direito constitucional e a maior complexidade das relações jurídicas, a aplicação irrestrita da teoria da nulidade absoluta da lei inconstitucional pode gerar grandes gravames, em alguns casos até maior do que a manutenção da aplicação da norma inconstitucional às situações pretéritas. Há, inclusive, situações em que a aplicação continuada da norma por grande lapso temporal torna quase impossível a declaração de sua nulidade absoluta⁴, o que acarretaria a desconstituição de inúmeras relações jurídicas já sedimentadas, ocasionando a insegurança jurídica.

A solução bipartida entre constitucionalidade e inconstitucionalidade absoluta, com a conseqüente nulidade retroativa, não é adequada para resolver algumas exigências da vida, que impõem a necessidade de uma solução conciliadora entre a constitucionalidade e a segurança jurídica e outros princípios protegidos constitucionalmente. Neste sentido, a inconstitucionalidade com efeitos retroativos é inapta para solucionar casos de ofensa ao princípio da isonomia, de inconstitucionalidade por omissão parcial e da lei ainda constitucional, mas tendente para a inconstitucionalidade⁵.

1 A constitucionalidade das leis pode ser garantida por dois meios: a responsabilidade pessoal do órgão que promulgou a norma inconstitucional e a inaplicação da norma. Todavia, a responsabilização pessoal não é muito eficaz, pois a lei inconstitucional se mantém. Cf. KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da constituição. In: *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 179-80; KELSEN, Hans. O controle judicial da constitucionalidade (um estudo comparado das Constituições austríaca e americana). In: *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 302-3.

2 MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle concentrado de constitucionalidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 466.

3 MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 321.

4 MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle concentrado de constitucionalidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 487.

5 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 923-4. MENDES, Gilmar Ferreira. A constitucionalidade do artigo 27 da Lei nº 9.868/1999. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno. *Direito constitucional contemporâneo – Estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 316-324.

Para amenizar a declaração de nulidade absoluta com efeitos retroativos, surge, então, o art. 27 da Lei nº 9.868/1999 como técnica de decisão alternativa, que veio a permitir que o Supremo Tribunal Federal limite os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, por maioria de dois terços dos ministros.

Porém, a restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade é controversa, sendo inclusive objeto de duas ações diretas de inconstitucionalidade, ADIns 2.154 e 2.258, pendentes de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

1 TEORIA DA NULIDADE DA LEI INCONSTITUCIONAL

No Direito brasileiro, prevalece a regra de que a lei inconstitucional é nula de pleno direito e seus efeitos devem ser desconstituídos retroativamente desde a sua entrada em vigor. Inerente à teoria da nulidade da lei inconstitucional está o entendimento de que a decisão do Tribunal Constitucional que reconhece inconstitucionalidade tem caráter declaratório, pois apenas reconhece uma situação já existente e, por isso, tem eficácia *ex tunc*.

Tal entendimento fundamenta-se na antiga doutrina americana, sobretudo na tese desenvolvida por John Marshall, no caso *Marbury v. Madison*⁶, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1803, no qual ficou assentado que:

Ou a Constituição é a lei suprema, inalterável por meios ordinários, ou está no mesmo nível dos atos legislativos ordinários, e, como outros atos é alterável quando agrada à legislatura. Se a primeira parte da alternativa é verdadeira, um ato legislativo, contrário à Constituição, não é lei (*is not law*); se a última parte é verdadeira, então as Constituições escritas são tentativas absurdas por parte do povo de limitar um poder, por sua própria natureza ilimitável.⁷

Portanto, admitir que uma lei inconstitucional seja aplicada e produza efeitos constitui uma afronta à supremacia da Constituição. Ainda, considerem-se como válidos os efeitos produzidos pela lei inconstitucional significa a negativa de vigência temporal da Constituição em relação à matéria disciplinada pela norma inconstitucional⁸.

Daí, a partir da doutrina que defende a nulidade da lei inconstitucional conclui-se que a inconstitucionalidade deve implicar a nulidade absoluta,

6 5 U.S. 137 (Cranch) (1803).

7 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do ato inconstitucional, em face do direito positivo brasileiro. *Revista do Advogado*. São Paulo, n. 76, p. 62, 2004. No mesmo sentido: RE-AgRg 364.304, voto do Ministro Gilmar Mendes, DJ 06.11.2006, p. 45: “A teoria da nulidade tem sido sustentada por importantes constitucionalistas. Fundada na antiga doutrina americana, segundo a qual *‘the unconstitutional statute is not law at all’*, significativa parcela da doutrina brasileira posicionou-se pela equiparação entre inconstitucionalidade e nulidade. Afirmava-se, em favor dessa tese, que o reconhecimento de qualquer efeito a uma lei inconstitucional importaria na suspensão provisória ou parcial da Constituição”.

8 BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 16.

impossível de convalidação, com a consequente desconstituição retroativa de todos os efeitos produzidos pela norma incompatível com a Constituição.

O Brasil, por influência de Rui Barbosa, adotou o entendimento da doutrina americana. Contudo, como observa Lúcio Bittencourt, a doutrina brasileira não conseguiu justificar a tese da nulidade absoluta da lei inconstitucional por falta, à época, de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante à decisão ou de um instituto semelhante ao *stare decisis* americano, que assegurava efeito vinculante às decisões da Suprema Corte⁹. Dessa maneira, no Brasil, a decisão declaratória de inconstitucionalidade tinha eficácia apenas entre as partes e, então, era possível que a norma eivada de nulidade absoluta continuasse a ser aplicada em outros casos¹⁰.

Para solucionar esta incoerência da teoria da nulidade da lei inconstitucional, a Constituição de 1934 conferiu competência ao Senado Federal para suspender a execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Porém, tal dispositivo, que se mantém no art. 52, inciso X, da Constituição de 1988, não solucionou o problema, pois atribuiu a um órgão político a retirada da lei inconstitucional do ordenamento jurídico. Assim, a única interpretação possível deste dispositivo, coerente com a teoria da nulidade da lei inconstitucional, é a de que o ato do Senado Federal destina-se, exclusivamente, a conferir publicidade à decisão do Supremo Tribunal Federal¹¹.

A falta de coerência na teoria da nulidade da lei inconstitucional veio a ser resolvida no controle abstrato por meio de um parecer do Ministro Moreira Alves, em resposta à consulta formulada pelo Senado Federal, no qual se assentou que a eficácia *erga omnes* da declaração de inconstitucionalidade é inerente à natureza do processo de controle abstrato¹². Ainda, o art. 102, § 2º, da Constituição Federal e a Lei nº 9.868/1999 atribuíram expressamente eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes às decisões proferidas em controle abstrato. Em contrapartida, permanece a incoerência na teoria da nulidade absoluta da lei inconstitucional no controle incidental ou concreto, em que se exige a suspensão da lei inconstitucional pelo Senado Federal (art. 52, X, da Constituição Federal)¹³.

9 BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro, 1968. p. 140-141; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle concentrado de constitucionalidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 466-75; KELSEN, Hans. O controle judicial da constitucionalidade: um estudo comparado das Constituições austríaca e americana. In: *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 307.

10 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do ato inconstitucional, em face do direito positivo brasileiro. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 76, p. 60-61, 2004.

11 BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro, 1968. p. 145-6; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle concentrado de constitucionalidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 471-472.

12 Parecer do Ministro Moreira Alves, de 11.11.1975, DJ 16.05.1977, p. 3123. Apud MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle concentrado de constitucionalidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 477.

13 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do ato inconstitucional, em face do direito positivo brasileiro. *Revista do Advogado*. São Paulo, n. 76, p. 63, 2004.

2 ATENUAÇÕES À NULIDADE DA LEI INCONSTITUCIONAL

Na jurisprudência da Suprema Corte Americana, precursora da teoria da nulidade da lei inconstitucional, este entendimento passou a ser mitigado, como pode se ver no caso *Linkletter v Walker*¹⁴, de 1965, no qual se estabeleceu que a Constituição nem proíbe nem impõe o efeito retroativo, além de que a existência e a aplicação de uma lei anterior à declaração de inconstitucionalidade é um fato que produz consequências que não podem ser ignoradas nem apagadas por uma declaração judicial¹⁵.

Em que pese a evolução do direito americano, inspirador da doutrina da nulidade da lei inconstitucional, que passou a admitir a limitação de efeitos da inconstitucionalidade, a doutrina e a jurisprudência brasileira continuaram sustentando a nulidade da lei inconstitucional com a desconstituição retroativa de todos os seus efeitos¹⁶.

Porém, a aplicação irrestrita da tese da nulidade da lei inconstitucional com efeitos *ex tunc* pode trazer consequências nefastas e constituir um fator de incerteza e insegurança jurídica, violando outros interesses protegidos constitucionalmente¹⁷.

Assim, a limitação dos efeitos da inconstitucionalidade vem atenuar a declaração de inconstitucionalidade, adequando-a às situações da vida e a outros princípios constitucionais, além de atuar como mecanismo de garantia da Constituição, pois a impossibilidade de modulação dos efeitos poderia levar o Tribunal Constitucional a não decidir pela inconstitucionalidade para evitar os gravames decorrentes da declaração¹⁸.

O Supremo Tribunal Federal, antes da Lei nº 9.868/1999, começou a admitir a limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade por meio da utilização de técnicas alternativas de decisão, como a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e a declaração de lei ainda constitucional. Neste sentido, destacam-se os seguintes casos: 1) manutenção da penhora realizada por oficial de justiça nomeado com fundamento em lei posteriormente declarada inconstitucional¹⁹; 2) no caso do aumento inconstitucional da remuneração dos magistrados, decidiu-se que os proventos percebidos

14 381 U.S. 618 (1965)

15 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Efeitos da inconstitucionalidade da lei. *Direito Público*, Porto Alegre, n. 8, p. 154-155, 2005; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do ato inconstitucional, em face do direito positivo brasileiro. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 76, p. 61, 2004.

16 RP 971, Rel. Min. Djaci Falcão; *RTJ* 87, p. 758; RE 93.356, Rel. Leitão de Abreu; *RTJ* 97, p. 1369; RP 1.016, Rel. Min. Moreira Alves; *RTJ* 95, p. 993; RP 1.077, Rel. Min. Moreira Alves; *RTJ* 101, p. 503. Em sentido contrário, o voto vencido do Min. Leitão de Abreu, RE 79.343; *RTJ* 82, p. 795-6. Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 321-2.

17 MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 673-674.

18 MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra, v. 4, 2005.

19 RE 78.533/SP, Rel. Min. Firmino Paz; *RTJ* 100, p. 1086, DJ 26.02.1982, p. 1290.

antes da declaração de inconstitucionalidade não deveriam ser devolvidos²⁰; 3) admitiu-se que a lei que concede prazo em dobro à Defensoria Pública é constitucional até este órgão estar devidamente aparelhado e estruturado²¹; e 4) considerou-se ainda constitucional o art. 68 do Código de Processo Penal, que confere legitimidade ao Ministério Público para promover, se o requerente for pobre, ação de reparação de danos decorrente de crime no juízo cível²².

3 DIREITO COMPARADO

No direito comparado, a busca por meios de restringir ou atenuar as consequências gravosas da declaração de inconstitucionalidade com eficácia retroativa também se mostra pertinente.

Atualmente, existe uma tendência de universalização das alternativas de declaração de inconstitucionalidade, independente do sistema de controle de constitucionalidade adotado²³. Pode-se dizer que há uma aproximação entre os dois modelos clássicos de controle de constitucionalidade, americano e austríaco, sobretudo no que diz respeito à eficácia das decisões de inconstitucionalidade. Enquanto que no modelo austríaco ocorrem atenuações à eficácia *ex nunc*, atribuindo-se retroatividade à decisão no caso base do controle de constitucionalidade e nos casos pendentes, no modelo americano há a admissão de eficácia *ex nunc*²⁴.

Não são todas as constituições que atribuem eficácia *ex tunc* à declaração de inconstitucionalidade. De fato, algumas constituições estabelecem eficácia *ex nunc* ou somente para o futuro aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, como, por exemplo, a Constituição austríaca (art. 140), a Constituição grega (art. 100, nº 4), a Constituição croata (art. 126), a Constituição estoniana (art. 161) e a Constituição polaca (art. 190, nº 3)²⁵.

Como já mencionado anteriormente (itens 2 e 3), os Estados Unidos, que adotam o modelo difuso de controle de constitucionalidade, atribuíam eficácia retroativa à declaração de inconstitucionalidade, considerando a lei inconstitucional nula e incapaz de produzir quaisquer efeitos. Contudo, a partir do caso *Linkletter v. Walker*, admitiu-se a mitigação da teoria de nulidade absoluta da

20 RE 122.202, Rel. Min. Francisco Rezek, DJ 08.04.1994, p. 7243.

21 HC 70.514/RS, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 27.06.1997, p. 30225.

22 RE 147.776/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 19.06.1998, p. 9.

23 MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle concentrado de constitucionalidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 464-465.

24 MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 535-7; KELSEN, Hans. O controle judicial da constitucionalidade (um estudo comparado das Constituições austríaca e americana). In: *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 304-305.

25 MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra, v. 6; 2005; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle concentrado de constitucionalidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 27-31.

lei inconstitucional ao argumento de que a Constituição nem proíbe nem impõe o efeito retroativo à declaração de inconstitucionalidade²⁶.

Na Áustria, de controle de constitucionalidade primordialmente abstrato, a lei inconstitucional é, em regra, anulável com eficácia *ex nunc*. Entretanto admite-se, em alguns casos, a concessão de eficácia retroativa à decisão. É possível o controle da questão constitucional do caso concreto por provocação dos órgãos de segunda instância ao Tribunal Constitucional no curso de uma pendência judicial. Ao caso concreto que esteve na base do controle de constitucionalidade e, de acordo com a jurisprudência mais recente, aos casos pendentes de julgamento, atribuir-se-ão eficácia retroativa à declaração de inconstitucionalidade. Ainda, pelo disposto no nº 5 do art. 140 da Constituição austríaca, o Tribunal Constitucional pode, na sentença anulatória, atribuir eficácia futura, de até 18 meses, à lei inconstitucional, com a finalidade de evitar lacunas no ordenamento jurídico e permitir que o legislador aprove novo regramento²⁷.

Na Alemanha, também se admite a possibilidade de um controle da questão constitucional do caso concreto suscitado por um Tribunal. O Tribunal, se considerar a lei inconstitucional, deve suspender o feito e remeter a questão constitucional ao Tribunal Constitucional. Em regra, a lei inconstitucional é nula e deve ser desconstituída retroativamente. Todavia, a jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão desenvolveu técnicas de decisão mais adequadas à realidade da vida para afastar a nulidade absoluta com eficácia *ex tunc* atribuída à declaração de inconstitucionalidade, como, por exemplo, a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e o apelo ao legislador²⁸.

Na Espanha, desde 1989, adota-se a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, que não tem previsão constitucional²⁹.

No Direito Comunitário Europeu, o nº 2 do art. 174 do Tratado de Roma, permite ao Tribunal de Justiça da União Europeia fixar os efeitos da sua decisão de invalidade, no caso de procedência de um recurso contra regra do direito comunitário. Ressalta-se que esta fixação de efeitos, quando da invalidade de uma regra do direito comunitário pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, engloba também a possibilidade de limitação futura dos efeitos da decisão³⁰.

26 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Efeitos da inconstitucionalidade da lei. *Direito Público*, Porto Alegre, n. 8. p. 154-155, 2005; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do ato inconstitucional, em face do direito positivo brasileiro. *Revista do Advogado*, São Paulo: AASP, n. 76, p. 61, 2004.

27 MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 681-2; MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle concentrado de constitucionalidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 13-5; KELSEN, Hans. O controle judicial da constitucionalidade (um estudo comparado das Constituições austríaca e americana). In: *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 304-5.

28 MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 16, 254-6; MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 536 e 676-80.

29 MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle concentrado de constitucionalidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 28-9 e 441-2.

30 MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 686-7.

Em Portugal, assim como no Brasil, adota-se o modelo misto de controle de constitucionalidade, com características do sistema de controle difuso (modelo americano) e do sistema de controle concentrado (modelo austríaco). Em regra, a declaração de inconstitucionalidade produz efeitos retroativos, *ex tunc*. Excepcionalmente, por força do nº 4 do art. 282 da Constituição de Portugal, o Tribunal Constitucional pode reduzir ou eliminar o efeito retroativo da declaração de inconstitucionalidade por razões de segurança jurídica, equidade e de interesse público de excepcional relevo³¹. Por fim, registra-se que a possibilidade do Tribunal Constitucional atribuir eficácia futura à lei inconstitucional, após a declaração de inconstitucionalidade, é questão controversa. Jorge Miranda entende que não é cabível ao Tribunal Constitucional “diferir para o futuro a produção de efeitos – porque tal brigaria com o próprio princípio da constitucionalidade”³². Em sentido oposto, Rui Medeiros defende a possibilidade da atribuição de efeitos futuros e temporários à lei inconstitucional após a publicação da decisão ao argumento de que o princípio da supremacia da Constituição não é violado, pois a limitação de efeitos futuros é concedida tendo por base a própria ordem constitucional³³.

4 CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL – EFEITOS *EX TUNC* E *EX NUNC*

No Brasil, quando da declaração de inconstitucionalidade de uma lei, a regra é atribuir-se nulidade absoluta à lei inconstitucional, com a conseqüente desconstituição de todos os efeitos produzidos por ela. Porém, o ordenamento jurídico brasileiro, art. 27 da Lei nº 9.868/1999, permite, em caráter de exceção, a limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social. Assim, poderá o Supremo Tribunal Federal estabelecer a eficácia da decisão a partir da sua publicação ou de um outro momento posterior que deve ser fixado na decisão.

A doutrina e a jurisprudência brasileira sustentavam a nulidade absoluta da lei inconstitucional e a necessidade de retroatividade dos efeitos da decisão para desconstituir todos os atos fundamentados na lei inconstitucional com base no postulado da supremacia da Constituição³⁴.

31 MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra, t. VI, 2005. p. 114-21 e 285-92; MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 673-4 e 688-96.

32 MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra, t. VI, 2005. p. 290.

33 MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 673-4 e 724-32.

34 MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 317-8. Ainda, ADIn 652-QO, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 02.04.1993. “Atos inconstitucionais são, por isso mesmo, nulos e destituídos, em conseqüência, de qualquer carga de eficácia jurídica. A declaração de inconstitucionalidade de uma lei alcança, inclusive, os atos pretéritos com base nela praticados, eis que o reconhecimento desse supremo vício jurídico, que inquina de total nulidade os atos emanados do poder público, desampara as situações constituídas sob sua égide e inibe – ante a sua inaptidão para produzir efeitos jurídicos válidos – a

Dessa forma, a declaração de inconstitucionalidade com eficácia *ex tunc* assenta-se primordialmente no fato de que a Constituição, como fundamento de validade das demais normas, deve prevalecer incondicionalmente sobre as demais normas em caso de contradição ou desconformidade. A prevalência da Constituição sobre as demais normas ocorre desde a promulgação daquela e não apenas quando do reconhecimento da contradição³⁵.

Atribuir-se eficácia *ex tunc* à declaração de inconstitucionalidade significa: 1) invalidar e cessar a vigência da norma inconstitucional a partir do momento de entrada em vigor da norma e não a partir do momento da decisão do Tribunal Constitucional; e 2) vedar a aplicação da norma inconstitucional a situações desenvolvidas quando da sua vigência e ainda pendentes³⁶.

No entanto, o entendimento da nulidade de pleno direito com desconstituição retroativa da lei inconstitucional não tinha caráter absoluto no Brasil e já comportava exceções, antes mesmo do advento do art. 27 da Lei nº 9.868/1999. De fato, a declaração de inconstitucionalidade de uma lei não acarreta a nulidade de todos os atos concretos que a tiveram por fundamento, por força das fórmulas de preclusão que preservam a segurança jurídica. Por conseguinte, os atos insuscetíveis de revisão não são afetados pela declaração de inconstitucionalidade da lei na qual se fundamentaram. Outra exceção está materializada na sentença condenatória penal, em que inexistente prazo para propositura de revisão e impera o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica e irretroatividade da lei penal mais gravosa. Ainda, deve ser mencionado que a declaração de inconstitucionalidade de uma lei pode ensejar a propositura de ação rescisória, desde que dentro do prazo de 2 anos, contados do trânsito em julgado da decisão objeto da ação rescisória³⁷.

Também é necessário mencionar que, antes da introdução do art. 27 da Lei nº 9.868/1999, no ordenamento jurídico brasileiro, o Supremo Tribunal Federal já admitia exceções à nulidade com eficácia *ex tunc* da lei inconstitucional por meio da utilização de técnicas alternativas de decisão, como a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e a declaração de lei “ainda constitucional”. São exemplos os seguintes casos: 1) manutenção da penhora realizada por oficial de justiça nomeado com fundamento em lei pos-

possibilidade de invocação de qualquer direito.” Em sentido contrário, defendem que a lei inconstitucional é anulável: KELSEN, Hans. O controle judicial da constitucionalidade (um estudo comparado das Constituições austríaca e americana). In: *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 308-9; FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 161-3.

35 MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra, t. VI, 2005. p. 272.

36 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 984.

37 MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle concentrado de constitucionalidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 419-23. Registra-se que no Direito português prevalecem essas mesmas exceções à eficácia *ex tunc* da lei inconstitucional. No entanto, Jorge Miranda enumera, além daquelas já expostas, outras exceções Cf. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra, t. VI. 2005. p. 280-5 e 290-1.

teriormente declarada inconstitucional³⁸; 2) no caso do aumento inconstitucional da remuneração dos magistrados, decidiu-se que os proventos percebidos antes da declaração de inconstitucionalidade não deveriam ser devolvidos³⁹; 3) admitiu-se que a lei que concede prazo em dobro à Defensoria Pública é constitucional até este órgão estar devidamente aparelhado e estruturado⁴⁰; e 4) considerou-se o art. 68 do Código de Processo Penal, que confere legitimidade ao Ministério Público para promover, se o requerente for pobre, ação de reparação de danos decorrente de crime no juízo cível, ainda constitucional⁴¹.

Com efeito, a complexidade das relações jurídicas e das situações da vida torna necessário o temperamento da declaração de inconstitucionalidade para adequá-la a outros princípios de hierarquia constitucional. Ainda, a limitação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade atua como mecanismo de garantia da Constituição, pois a impossibilidade de modulação dos efeitos poderia levar o Tribunal Constitucional a não decidir pela inconstitucionalidade para evitar os gravames decorrentes da declaração⁴².

Ainda, é certo que a aplicação irrestrita da teoria da nulidade da lei inconstitucional pode gerar grandes gravames, em alguns casos até maior do que a manutenção da aplicação da norma inconstitucional às situações pretéritas. Há, inclusive, situações em que a aplicação continuada da norma por grande lapso temporal torna quase impossível a declaração de sua nulidade absoluta⁴³, o que acarretaria a desconstituição de inúmeras relações jurídicas já sedimentadas, ocasionando a insegurança jurídica e violando outros princípios constitucionais.

Assim, em consonância com a evolução constatada no direito comparado, surge o art. 27 da Lei nº 9.868/1999, que introduziu o efeito *ex nunc* no controle abstrato e possibilitou que o Supremo Tribunal Federal, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, restrinja os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, estabelecendo que ela tenha eficácia a partir do trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Contudo, a atribuição de efeito *ex nunc* à norma inconstitucional tem caráter excepcional⁴⁴ e pressupõe duas condições: uma formal, consubstanciada

38 RE 78.533/SP, Rel. Min. Firmino Paz, RTJ 100, p. 1086, DJ 26.02.1982, p. 1290.

39 RE 122.202, Rel. Min. Francisco Rezek, DJ 08.04.1994, p. 7243.

40 HC 70.514/RS, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 27.06.1997, p. 30225.

41 RE 147.776/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 19.06.1998, p. 9.

42 MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra, t. VI, 2005. p. 82.

43 MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle concentrado de constitucionalidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 487.

44 ADIn 2.996-ED, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 16.03.2007, p. 21. “Embargos de declaração: pretensão incabível de incidência, no caso, do art. 27 da LADIn. Sobre a aplicação do art. 27 da LADIn – admitida por ora a sua constitucionalidade – não está o Tribunal compelido a manifestar-se em cada caso: se silenciou a respeito, entende-se que a declaração de inconstitucionalidade, como é regra geral, gera efeitos *ex tunc*, desde a vigência da lei inválida.” (ADIn 2.996-ED, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, J. 14.12.2006, DJ 16.03.2007)

no fato de que a restrição dos efeitos deverá ser aprovada por maioria de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal, o que equivale a oito ministros; e outra material, que restringe os casos de limitação dos efeitos a razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social⁴⁵.

O princípio da nulidade da lei inconstitucional tem hierarquia constitucional⁴⁶, haja vista o poder, no controle de constitucionalidade difuso, no caso de qualquer juiz ou Tribunal deixar de aplicar a norma reputada inconstitucional ao caso concreto e o direito dos indivíduos de recusarem-se a cumprir a norma inconstitucional⁴⁷.

Apesar da estatura constitucional atribuída ao princípio da nulidade da lei inconstitucional, é certo que não existem princípios absolutos no ordenamento jurídico brasileiro⁴⁸. Portanto, o princípio da nulidade da lei inconstitucional pode colidir ou entrar em concorrência com outros princípios constitucionais, e a solução de tal problema deve ser buscada por meio de uma ponderação e harmonização dos princípios em conflito, por onde se chegará a prevalência de um em relação ao outro, no caso concreto. Ressalva-se aqui que não há a exclusão de um princípio ou direito constitucional, mas apenas a prevalência de um em detrimento de outro em razão das circunstâncias do caso concreto⁴⁹.

Assim, com a atribuição de eficácia *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade, não se nega a hierarquia constitucional do princípio da nulidade da lei inconstitucional. Pelo contrário, reconhece-se que este princípio não é absoluto e, assim, pode ser relativizado nos casos em que sua aplicação ocasionar gravames à própria ordem constitucional ou nos casos em que sua aplicação se mostrar inadequada⁵⁰ (como, por exemplo, nas hipóteses de ofensa ao princípio da isonomia, de inconstitucionalidade por omissão parcial e da lei ainda constitucional, mas tendente para a inconstitucionalidade).

Com efeito, a declaração de inconstitucionalidade com eficácia retroativa continua sendo a regra no ordenamento jurídico brasileiro. A limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade só é admissível quando, por meio de uma ponderação concreta, os efeitos retroativos da declaração de nulidade sacrificarem de maneira excessiva a segurança jurídica ou outro interesse constitucional⁵¹.

45 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do ato inconstitucional, em face do direito positivo brasileiro. *Revista do Advogado*, São Paulo: AASP, n. 76, p. 65, 2004.

46 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1200; BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 24. A doutrina portuguesa, em sua maioria, também atribui hierarquia constitucional ao princípio da nulidade da lei inconstitucional. Cf. MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 538.

47 MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 325-6 e 333.

48 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Efeitos da inconstitucionalidade da lei. *Direito Público*, Porto Alegre, n. 8, p. 156, 2005.

49 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 1229 -33.

50 MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 333.

51 MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 716 e 720. Luís Roberto Barroso chega a dizer que o art. 27 da Lei nº 9.868/1999 trata da “formalização de um meca-

Atente-se que a ponderação exigida para a restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade ocorre entre princípios de hierarquia constitucional, quais sejam, o princípio da nulidade da lei inconstitucional e o princípio da segurança jurídica ou outro princípio constitucional manifestado sob a ideia de excepcional interesse social⁵². O princípio da supremacia da Constituição não entra no processo de ponderação e sequer é afetado, pois são razões de cunho constitucional que impõem a necessidade de limitar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade⁵³.

Importante no processo de ponderação, necessário para restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, é o princípio da proporcionalidade, que condiciona a decisão do Tribunal Constitucional⁵⁴. O princípio da proporcionalidade, pelas vertentes adequação e necessidade, exige que a restrição dos efeitos da inconstitucionalidade seja necessária e adequada para proteger a segurança jurídica ou outro princípio constitucional de excepcional interesse social. Já a proporcionalidade em sentido estrito impõe que o sacrifício da constitucionalidade da norma violada deve ser proporcional à proteção da segurança jurídica ou de um outro interesse constitucional⁵⁵. Isto significa que a limitação dos efeitos da inconstitucionalidade é medida de caráter excepcional e deve ser minimizada ao estritamente necessário para a salvaguarda de outros interesses constitucionais.

4.1 EFEITOS FUTUROS

A questão da possibilidade do Tribunal Constitucional conceder eficácia futura à lei inconstitucional é bastante controversa. No Brasil, a questão encontra-se positivada no art. 27 da Lei nº 9.868/1999, que estabelece que o Supremo Tribunal Federal poderá restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade e estabelecer que ela tenha eficácia a partir do trânsito em julgado ou de outro momento posterior que venha a ser fixado.

nismo de ponderação de valores". Cf. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 187.

52 Al 631.533/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, DJ 18.04.2007, p. 47. "Não se nega o caráter de princípio constitucional ao princípio da nulidade da lei inconstitucional. Entende-se, porém, que tal princípio não poderá ser aplicado nos casos em que se revelar absolutamente inidôneo para a finalidade perseguida (casos de omissão ou de exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade), bem como nas hipóteses em que a sua aplicação pudesse trazer danos para o próprio sistema jurídico constitucional (grave ameaça à segurança jurídica). Configurado eventual conflito entre os princípios da nulidade e da segurança jurídica, que, entre nós, tem *status* constitucional, a solução da questão há de ser, igualmente, levada a efeito em processo de complexa ponderação. O princípio da nulidade continua a ser a regra também. O afastamento de sua incidência dependerá de severo juízo de ponderação que, tendo em vista análise fundada no princípio da proporcionalidade, faça prevalecer a ideia de segurança jurídica ou outro princípio constitucionalmente relevante manifestado sob a forma de interesse social preponderante. Assim, aqui, a não-aplicação do princípio da nulidade não se há de basear em consideração de política judiciária, mas em fundamento constitucional próprio."

53 BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 187; MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 701.

54 MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra, t. VI, 2005. p. 288-9.

55 MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 702-4.

Alguns doutrinadores entendem que não é possível a norma declarada inconstitucional continuar produzindo efeitos após o reconhecimento da inconstitucionalidade. Regina Maria Nery Ferrari argumenta que, dada a hierarquia do ordenamento jurídico, é inaceitável que uma norma inferior, em incompatibilidade com a Constituição, continue a existir e produzir efeitos após o reconhecimento do vício⁵⁶. Já Oswaldo Luiz Palu afirma que o “legislador ordinário não tem poderes para atribuir ao STF competência para que este determine a observância de uma lei, já declarada inconstitucional – somente a Constituição poderia fazê-lo⁵⁷”. Jorge Miranda também é contrário à competência do Tribunal Constitucional diferir à lei inconstitucional a produção de efeitos futuros, pois violaria o princípio da constitucionalidade⁵⁸.

A favor da possibilidade do Supremo Tribunal Federal⁵⁹ declarar a inconstitucionalidade com eficácia a partir de um momento futuro, Gilmar Mendes argumenta que tal competência “não decorre da disposição legislativa contida no art. 27, mas da própria aplicação sistemática do texto constitucional⁶⁰”. No mesmo sentido, Rui Medeiros entende cabível a atribuição de eficácia futura à lei inconstitucional pelo Tribunal Constitucional, vez que limitação de efeitos *in futuro* decorre da própria aplicação do texto constitucional para preservação de outros interesses de cunho constitucionais e, então, a adoção desta técnica de decisão não afeta a supremacia da Constituição⁶¹.

5 EFICÁCIA *EX NUNC* NO CONTROLE DIFUSO

Acerca da utilização da limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no sistema de controle concreto, inicialmente, é relevante destacar o entendimento jurisprudencial do modelo americano, sistema de controle de constitucionalidade notadamente difuso. No direito americano, a jurisprudência recente admite a limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, principalmente nos casos de alteração jurisprudencial. Dessa forma, em certas situações a nova regra só terá eficácia futura (*prospective overruling*). Em outros casos, a nova regra aplica-se ainda aos processos pendentes (*limited prospectivity*) e, por fim, há casos em que a eficácia retroativa é excluída de ma-

56 FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 163.

57 PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade*. 2. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2001. p. 186-7.

58 MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra, t. VI, 2005. p. 290.

59 Sobre este tema, destaca-se o recente julgado ADIn 3.316/MT, no qual o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade da Lei nº 6.983 do Estado de Mato Grosso, que criou o Município de Santo Antônio do Leste. Neste julgado, o Supremo Tribunal Federal concedeu eficácia futura de 24 meses à lei inconstitucional, período no qual o legislador poderá regular a matéria. Cf. ADIn 3.316, Rel. Min. Eros Grau, DJ 29.06.2007, p. 21.

60 MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle concentrado de constitucionalidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 497.

61 MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 724-6.

neira absoluta (*pure prospectivity*). As *prospectivities* surgiram em decorrência da alteração jurisprudencial dos precedentes e permitem que a Corte Suprema restrinja os efeitos da inconstitucionalidade no caso concreto⁶².

O exemplo do direito americano vem corroborar que a limitação dos efeitos da inconstitucionalidade não é incompatível com o controle difuso de constitucionalidade. De fato, é possível a declaração de inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* no controle difuso, pois tal técnica de decisão, além de ser inerente ao próprio controle de constitucionalidade, está fundamentada na própria ordem constitucional⁶³, pois impede o sacrifício excessivo da segurança jurídica ou de outro princípio constitucional ao permitir a atenuação da nulidade absoluta com a desconstituição retroativa dos efeitos da lei inconstitucional.

Ainda, há de se mencionar que a declaração de inconstitucionalidade no controle abstrato ou concentrado de constitucionalidade afeta os processos submetidos ao controle concreto ou difuso. Assim, poderá o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade com efeitos limitados, ressalvando os casos já decididos ou casos pendentes até um certo momento, ao passo que a declaração de inconstitucionalidade *ex nunc* sem ressalvas afeta todos os processos pendentes de julgamento nas demais instâncias⁶⁴.

Também é necessário dizer que o Supremo Tribunal Federal, na apreciação de recurso extraordinário, poderá declarar a inconstitucionalidade com efeitos limitados. Além disso, caso seja declarada a inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* no controle concentrado, os casos concretos ainda não transitados em julgado devem ter a mesma limitação dos efeitos se submetidos ao Supremo Tribunal Federal⁶⁵.

Por fim, registra-se que o Supremo Tribunal Federal já vem aplicando a limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso, inclusive com a atribuição de efeitos futuros à lei inconstitucional⁶⁶.

CONCLUSÃO

Inicialmente, há de se concluir que, no Brasil, a regra ainda é atribuir-se nulidade absoluta à lei inconstitucional, com a consequente desconstituição de to-

62 MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 743; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1207.

63 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1207-9.

64 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1207-8. No Direito português prevalece a mesma orientação. Cf. MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 748.

65 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1208-9.

66 RE 197.917/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 07.05.2004, p. 8; RE 442.683, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 24.03.2006, p. 55; PET 2859-MC, Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, DJ 16.04.2004, p. 91.

dos os efeitos produzidos por ela. Porém, conforme o art. 27 da Lei nº 9.868/1999, excepcionalmente, poderá o Supremo Tribunal Federal limitar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, desde que por razões de segurança jurídica ou para proteção de outro direito constitucional. Assim, a nulidade da lei inconstitucional poderá ser mitigada e a declaração de inconstitucionalidade terá eficácia a partir da sua publicação ou a partir de uma data futura fixada na decisão.

De fato, a dualidade entre constitucionalidade e inconstitucionalidade absoluta, com eficácia *ex tunc*, não é adequada para resolver a complexidade das relações jurídicas e das situações da vida. A aplicação irrestrita da teoria da nulidade da lei inconstitucional pode gerar grandes gravames, em alguns casos até maior do que a manutenção da aplicação da norma inconstitucional às situações pretéritas.

Ainda, a declaração de inconstitucionalidade com eficácia *ex tunc* é inapta para solucionar casos de ofensa ao princípio da isonomia, de inconstitucionalidade por omissão parcial e da lei ainda constitucional, mas tendente para a inconstitucionalidade.

Dessa forma, impõe-se a adoção de uma solução conciliadora entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional e outros princípios de hierarquia constitucional, como o princípio da segurança jurídica.

Cabe-se dizer ainda que a possibilidade de uma solução conciliadora entre a declaração de inconstitucionalidade *ex tunc* e a constitucionalidade funciona como um mecanismo de garantia da Constituição, pois a impossibilidade de temperar os efeitos da decisão poderia levar o Tribunal Constitucional a não declarar a inconstitucionalidade para evitar as consequências negativas da decisão.

Neste sentido, o art. 27 da Lei nº 9.868/1999 positiva o efeito *ex nunc* no ordenamento jurídico brasileiro e condiciona a limitação dos efeitos da inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal à aprovação por maioria de dois terços, o que equivale a oito ministros, e ao fato de que a modulação dos efeitos deve ser utilizada somente para salvaguardar a segurança jurídica ou outro direito constitucional, e não por razões políticas.

Portanto, a limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade é medida de caráter excepcional, admissível somente quando, por meio de uma ponderação concreta, os efeitos retroativos da declaração de nulidade sacrificarem de maneira excessiva a segurança jurídica ou outro interesse constitucional.

Conclui-se, por fim, que é possível atribuírem-se efeitos futuros e temporários à lei inconstitucional, e que a limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade é aplicável no controle difuso, pois tal técnica decorre da aplicação sistemática da Constituição e é inerente ao próprio controle de constitucionalidade. É a própria ordem constitucional que fundamenta a concessão de efeitos futuros e a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso para impedir o sacrifício excessivo de um princípio ou direito constitucional.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro, 1968.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Efeitos da inconstitucionalidade da lei. *Direito Público*, Porto Alegre, n. 8, 2005.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do ato inconstitucional em face do direito positivo brasileiro. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 76, 2004.
- KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da constituição. In: *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- _____. O controle judicial da constitucionalidade (um estudo comparado das Constituições austríaca e americana). In: *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle concentrado de constitucionalidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. A constitucionalidade do artigo 27 da Lei nº 9.868/1999. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno. *Direito constitucional contemporâneo – Estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- _____. COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra, t. VI, 2005.
- PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade*. 2. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2001.