

III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

**CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E
DEMOCRACIA II**

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

SAMANTHA RIBEIRO MEYER-PFLUG

MAGNO FEDERICI GOMES

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente:

Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

C755

Constituição, teoria constitucional e democracia II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Magno Federici Gomes; Paulo Roberto Barbosa Ramos; Samantha Ribeiro Meyer-pflug – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-350-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição. 3. Democracia. III Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA II

Apresentação

O III Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), realizado nos dias 23 a 28 de junho de 2021, objetivou o fortalecimento e a socialização da pesquisa jurídica, mesmo durante o isolamento social. Teve como tema geral: SAÚDE: SEGURANÇA HUMANA E DEMOCRACIA.

Este livro é derivado da articulação acadêmica, com o objetivo de transmissão do conhecimento científico, entre o CONPEDI, docentes e pesquisadores de diversos Programas de Pós-graduação stricto sensu no Brasil e no exterior, com vínculo direto com seus respectivos projetos e Grupos de Pesquisa junto ao CNPQ.

O grupo de trabalho CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA II, realizado em 24 de junho de 2021, teve bastante êxito, tanto pela excelente qualidade dos artigos, quanto pelas discussões empreendidas pelos investigadores presentes. Foram defendidos vinte e um trabalhos, efetivamente debatidos, a partir dos seguintes eixos temáticos: DEMOCRACIA E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS, CONSTITUCIONALISMO E PANDEMIA e, por fim, JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.

No primeiro bloco, denominado DEMOCRACIA E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS, iniciaram-se os trabalhos com AS RETOMADAS DEMOCRÁTICAS SEGUIDAS DE AUTORITARISMO NA HISTÓRIA DAS CONSTITUIÇÕES NO ÚLTIMO SÉCULO: INCURSÕES SOBRE OS DIREITOS PREVISTOS E SUPRIMIDOS NAS CONSTITUIÇÕES DE 1946, 1967 E 1988; o CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: RELAÇÃO SIMBIÓTICA DE FORTALECIMENTO; O ESTADO DE JUSTIÇA SOCIAL E O DILEMA CONTRAMAJORITÁRIO e ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E SUB-REPRESENTAÇÃO FEMININA NAS CÂMARAS MUNICIPAIS: UM ESTUDO NOS MUNICÍPIOS QUE INTEGRAM A 244ª ZONA ELEITORAL DE MINAS GERAIS. Após, debateu-se sobre ESTADO, RESPONSABILIDADE E DEMOCRACIA: DO AMBIENTAL AO ECOLÓGICO, bem como sobre CONSTITUCIONALISMO ECONÔMICO ORDOLIBERAL E OS MOVIMENTOS SOCIAIS AMBIENTAIS: INTERDEPENDÊNCIAS E REPERCUSSÕES DECORRENTES DA ADOÇÃO DO SISTEMA ECONÔMICO CONSTITUCIONAL ORDOLIBERAL, para fechar com O PRINCÍPIO DA IGUALDADE À LUZ DAS DESIGUALDADES: FRENTE À DISCRIMINAÇÃO RACIAL ESTRUTURAL.

No segundo eixo, chamado CONSTITUCIONALISMO E PANDEMIA, apresentaram-se seis artigos científicos, iniciando-se por DIREITO CONSTITUCIONAL E O INCENTIVO FISCAL NO ESTADO DO AMAZONAS-AM. Depois, discutiu-se O PODER EXECUTIVO NA CRISE. UM ESTUDO SOBRE O USO DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS; MEDIDAS PROVISÓRIAS DURANTE A CRISE SANITÁRIA COVID-19 NO MARANHÃO - USO COMO ESTRATÉGIA LEGISLATIVA NA ESFERA ESTADUAL EM SITUAÇÕES DE RELEVÂNCIA E URGÊNCIA (2020-2021); SUPREMA CORTE DOS EUA E A PANDEMIA DE COVID-19 UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA SISTÊMICA; O FEDERALISMO DE DESCOORDENAÇÃO BRASILEIRO NO ENFRENTAMENTO DA COVID-19 E A ADI 6341; e, FRAGMENTOS E A INSTRUMENTALIDADE JURISDICIONAL CONSTITUCIONAL EM MEIO AOS DESAFIOS DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO.

No derradeiro bloco, intitulado JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, os trabalhos apresentados e debatidos foram: ANÁLISE DA PRÁTICA DO ATIVISMO JUDICIÁRIO NO BRASIL, A PARTIR DAS GARANTIAS DA DEMOCRACIA, PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE; ATIVISMO JUDICIAL: DIREITO E POLÍTICA NA FRONTEIRA DA JURISDIÇÃO; ATIVISMO JUDICIAL NÃO É CAUSA DE ENFRAQUECIMENTO DA DEMOCRACIA E SIM A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA; PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ALTERAÇÃO JURISPRUDENCIAL COM RISCO A SEGURANÇA JURÍDICA; O COSTUME NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO COMO ELEMENTO DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL; O EFEITO VINCULANTE NA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO; MODULAÇÃO DE EFEITOS REALIZADO NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE PROTEGE DIREITOS FUNDAMENTAIS?; e, finalmente, O MANDADO DE INJUNÇÃO E A TRÍPLICE DIVISÃO FUNCIONAL DO PODER ESTATAL NA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Como conclusão, a Coordenação sintetizou os trabalhos do grupo, discutiu temas conexos e sugeriu novos estudos, a partir da leitura atenta dos artigos aqui apresentados, para que novas respostas possam ser apresentadas para os problemas que se multiplicam nesta sociedade de risco líquida.

A finalidade deste livro é demonstrar os estudos, debates conceituais e ensaios teóricos voltados à Constituição, Teoria Constitucional e Democracia, a partir de um paradigma de

sustentabilidade, no qual a multidisciplinaridade, em suas várias linhas de pesquisa, serão empregadas para expor os temas e seus respectivos problemas. Objetiva-se, ademais, ampliar as reflexões e discussões sobre a pesquisa realizada sob diversos posicionamentos, posto que as investigações não se encontram totalmente acabadas.

Na oportunidade, os Coordenadores agradecem a todos que contribuíram a esta excelente iniciativa do CONPEDI, principalmente aos autores dos trabalhos que compõem esta coletânea de textos, tanto pela seriedade, quanto pelo comprometimento demonstrado nas investigações realizadas e na redação de trabalhos de ótimo nível.

Gostaríamos que a leitura dos trabalhos aqui apresentados possa reproduzir, ainda que em parte, a riqueza e satisfação que foi para nós coordenar este Grupo, momento singular de aprendizado sobre os temas discutidos.

Os artigos, ora publicados, pretendem fomentar a investigação interdisciplinar com a Constituição, Teoria Constitucional e Democracia. Assim, convida-se o leitor a uma leitura atenta desta obra.

Em 05 de julho de 2021.

Os Coordenadores:

Professor Dr. Magno Federici Gomes

Coordenador e Docente titular do PPGD da Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC)

magno.gomes@academico.domhelder.edu.br

Professor Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos

Docente titular do PPGD da Universidade Federal do Maranhão (UFMA)

paulorbr@uol.com.br

Professora Dra. Samantha Ribeiro Meyer

Docente titular do PPGD da Universidade Nove de Julho (UNINOVE)

samanthameyer@uol.com.br

MODULAÇÃO DE EFEITOS REALIZADO NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE PROTEGE DIREITOS FUNDAMENTAIS?

MODIFICATION OF EFFECTS DONE ON CONCENTRATED CONSTITUTIONAL CONTROL PROTECTES FUNDAMENTAL RIGHTS?

Fernanda Resende Severino ¹

Lilian Mara Pinhon ²

Resumo

A modulação dos efeitos temporais da decisão declaratória de inconstitucionalidade é técnica permitida de maneira excepcional no Direito Brasileiro. Apresenta pressupostos materiais de segurança jurídica ou excepcional interesse social, capazes de justificar e delimitar sua aplicação por parte do Supremo Tribunal Federal. A finalidade deste estudo é contextualizar referido mecanismo de modulação dos efeitos e verificar a compatibilização deste com os direitos fundamentais. Para tanto, será realizado o estudo a respeito do Controle Concentrado de Constitucionalidade e da Lei 9.868/99, utilizando-se pesquisa teórico-bibliográfica, por meio do método descritivo analítico.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade, Modulação de efeitos, Direitos fundamentais

Abstract/Resumen/Résumé

The modulation of the temporal effects of the declaration declaring unconstitutionality is an exceptionally permitted technique under Brazilian law. It presents material assumptions of legal security or exceptional social interest, capable of justifying and delimiting its application by the Supreme Federal Court. The purpose of this study is to contextualize this mechanism of modulation of the effects and to verify its compatibility with fundamental rights. To this end, the study will be carried out on the Concentrated Control of Constitutionality and Law 9.868 / 99, using theoretical and bibliographic research, through the analytical descriptive method.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Control of constitutionality, Effects modulation, Fundamental rights

¹ Mestra em Proteção dos Direitos Fundamentais. Especialista em Direito Público e em Formação de Professores. Especializando em Docência. Pesquisadora. Advogada. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/0705404933469657>

² Mestra em Proteção dos Direitos Fundamentais, pela Universidade de Itaúna, MG. Pós-graduada lato sensu pela Universidade Candido Mendes, em Direito Processual Civil e Processo Cautelar, RJ. Advogada. Currículo lattes: <https://lattes.cnpq.br/37196630002088>.

1.INTRODUÇÃO

Objetiva-se com o presente estudo analisar o mecanismo da Modulação de Efeitos realizado no Controle Concentrado de Constitucionalidade. Para tanto, fazem-se necessários alguns objetivos específicos, quais sejam, realizar um breve estudo a respeito do Controle Concentrado de Constitucionalidade; os efeitos da declaração de inconstitucionalidade; demonstrar a importância do Princípio da Nulidade; bem como o permissivo legal da modulação de efeitos; e, por fim, verificar seus impactos nos direitos fundamentais.

Busca-se com o presente artigo identificar e entender o mecanismo processual da modulação de efeitos e eventuais impactos nos direitos fundamentais. O tema problema o qual será respondido por meio da pesquisa é como instrumento excepcional aplicado pelo Supremo Tribunal Federal, qual é a finalidade primordial da técnica da modulação dos efeitos temporais?

A hipótese científica da presente pesquisa versará sobre quais os argumentos fundamentam as decisões do Supremo Tribunal Federal neste sentido. E, os aspectos positivos de tal permissão.

Planeja-se a pesquisa com a finalidade de realizar estudo que viabilize o entendimento do que seja modulação de efeitos, bem como sua origem, e quais os aspectos significativos na proteção dos direitos fundamentais.

Justifica-se a escolha do tema pela importância dos efeitos decorrentes da realização da modulação de efeitos; bem como a real responsabilidade do Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no Estado Democrático de Direito.

Para a realização da pesquisa, ferramentas bibliográficas e documentais serão utilizadas. Dessa maneira, serão utilizados vários autores, nacionais e estrangeiros, sobretudo haverá um levantamento bibliográfico significativo a respeito do tema problema.

Julgados, jurisprudências, súmulas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal serão analisados e estudados com a finalidade de complementar o raciocínio, além de eleger acórdãos fundamentais para a pesquisa. Tal análise documental é de suma importância e totalmente necessária para que seja possível a conclusão da pesquisa.

O artigo será, por consequência, produzido por meio de uma pesquisa bibliográfica e documental. Ambas importantes, vez que a primeira fornecerá os pilares, por meio de um estudo detalhado das obras escritas por autores nacionais. E, a documental será realizada de maneira a compreender o que o Supremo Tribunal Federal entende a respeito e vem aplicando em suas decisões.

Com relação ao procedimento metodológico referente à bibliografia, a pesquisa será realizada de maneira dedutiva. Partindo-se de uma concepção ampla, geral, macroanalítica para a concepção específica, particular, concreta, microanalítica.

Não se pode deixar de considerar o procedimento metodológico indutivo também será utilizado. A pesquisa documental é importante e nela a indução estará presente, por meio da análise de acórdãos e jurisprudências a respeito do tema. Para que, após, seja possível concluir de modo mais ampliativo a respeito do tema.

Por fim, os procedimentos técnicos os quais serão realizados no trabalho permitirão a justificativa com relação aos procedimentos metodológicos utilizados. Serão realizadas, assim, análises interpretativa, comparativa, técnica e crítica.

Tendo em vista a pesquisa documental e bibliográfica será possível não somente interpretar e concluir a respeito do tema, mas inclusive realizar comparações das legislações e mecanismos processuais, e das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Além, de também, concluir criticamente, com apontamentos específicos e fundamentados.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

Na República do Brasil, o Controle de Constitucionalidade de normas e atos normativos previsto na Constituição Federal de 1988 é misto, há o controle difuso e o controle concentrado de constitucionalidade. Isso pois, desde a Constituição de 1891 é possível verificar a presença do controle difuso de constitucionalidade. Naquela época, o regime republicano e o federalismo estavam sendo introduzidos no Brasil, e tal modalidade de controle de constitucionalidade – difuso – inaugurou no país o controle jurisdicional de normas. Por outro lado, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 permite, também, a realização da Jurisdição Constitucional por meio do Controle Concentrado de Constitucionalidade. É uma inovação da Carta Constitucional no sentido de ampliar as possibilidades de proteção do seu texto.

O Controle Difuso de Constitucionalidade dos atos normativos é instituto cuja origem descende do Direito Americano, de maneira a proteger e manter íntegra a Constituição de um Estado Democrático de Direito, permitindo, assim que os juízes, ao analisar o caso concreto, declarassem ser certa norma, aplicável a tal caso, inconstitucional. A Suprema Corte Norte Americana decidiu em um caso célebre – Marbury vs. Madison - que a Constituição, como ato normativo supremo, deve ser respeitada e considerada primeiramente, e que todos os atos

abaixo dela podem ser considerados hierarquicamente inferiores, devem ser coerentes e respeitá-la. Eis aqui a Supremacia da Constituição.

Tendo em vista a possibilidade de concentração de poder nas mãos de alguns dos representantes de funções estatais, os quais têm autoridade decorrente da própria Constituição, faz-se necessário protegê-la, e, não somente. É imprescindível garantir a limitação ao poder político, confirmando, assim, a eficácia e a estabilidade das normas constitucionais. Inegável é que estas características decorrentes da Constituição de determinado Estado Democrático de Direito conferem segurança jurídica aos indivíduos e garantem o bom funcionamento e desenvolvimento das instituições democráticas.

O controle difuso de constitucionalidade é aquele realizado no decorrer de um processo comum, independente se juiz singular ou tribunal. Envolve apenas as partes atuantes, e qualquer decisão produz efeitos apenas entre elas. É individual, concreto e incidental.

Cintia Garabini Lages

O controle difuso, de caráter marcadamente individual, concreto e que possibilita o acesso à jurisdição em toda e qualquer hipótese de lesão ou ameaça a direito constitucional, não demandando procedimento especial. Seu procedimento é incidental, configurando a declaração de inconstitucionalidade um prejudicial de mérito. A eficácia da declaração de inconstitucionalidade atinge tão somente as partes processuais (inter partes), de modo retroativo (ex tunc). (LAGES, 2016, p.26)

A inconstitucionalidade no modelo difuso de constitucionalidade é alegada como prejudicial de mérito, não constituindo assim o próprio mérito como ocorre no controle concentrado. E a decisão tem efeito somente entre as partes envolvidas. No direito brasileiro, a supremacia da Constituição é considerada por meio do modelo de controle desde a Constituição de 1891. Logo após a proclamação da República, referida lei fundamental previu no artigo 60, alínea “a” e parágrafo 1º, a possibilidade de se realizar a defesa das disposições constitucionais.

Art 60 - Aos juizes e Tribunaes Federaes: processar e julgar:

a) as causas em que alguma das partes fundar a acção, ou a defesa, em disposição da Constituição Federal;

§ 1º Das sentenças das justças dos Estados em ultima instancia haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

a) quando se questionar sobre a vigencia ou a validade das leis federaes em face da Constituição e a decisão do Tribunal do Estado lhes negar applicação;

b) quando se contestar a validade de leis ou actos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federaes, e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos esses actos, ou essas leis impugnadas;

c) quando dous ou mais tribunaes locais interpretarem de modo differente a mesma lei federal, podendo o recurso ser tambem interposto por qualquer dos tribunaes referidos ou pelo procurador geral da Republica; (BRASIL, 1891)

Desde então, o controle de constitucionalidade das leis se faz presente no ordenamento jurídico brasileiro, e sofre por mudanças e alterações significativas de maneira a cada vez mais proteger e garantir a supremacia constitucional. O Ministro Luís Roberto Barroso ensina a respeito da Supremacia da Constituição

O princípio não tem um conteúdo próprio: ele apenas impõe a prevalência da norma constitucional, qualquer que seja ela. É por força da supremacia da Constituição que o intérprete pode deixar de aplicar uma norma inconstitucional a um caso concreto que lhe caiba apreciar – controle *incidental* de constitucionalidade – ou o Supremo Tribunal Federal pode paralisar a eficácia, com caráter *erga omnes*, de uma norma incompatível com o sistema constitucional (controle *principal* ou por ação direta). (BARROSO, 2018, p.166)

O Controle de Constitucionalidade das Leis permite esta estabilização em uma democracia, isso pois, permite a fiscalização e o monitoramento dos atos estatais tendo como base e norte a Constituição. E tal mecanismo é realizado jurídica e repressivamente. José Alfredo de Oliveira Baracho entende que “o controle de constitucionalidade manifesta-se como aspecto concreto do controle jurídico.” (1984, p.148) Não se nega o caráter jurídico deste instituto, nem sua subsistência quando há um conflito entre normas, sendo uma delas fundamental, constitucional, e a outra decorrente desta, nas relações humanas.

A Supremacia da Constituição e o Controle de Constitucionalidade das Normas são instrumentos os quais se complementam e se fundamentam para que ocorra o pleno exercício da Jurisdição Constitucional no Estado Democrático de Direito. Isso pois, inconstitucionalidades podem ocorrer, inevitavelmente, embora não devessem.

Dentre as modalidades de inconstitucionalidade, podem ser destacadas a material e a formal; a primeira decorre da inobservância dos parlamentares quanto ao conteúdo da nova norma e a Constituição. Esta é desconsiderada com relação ao conteúdo, embora, o procedimento de criação seja legítimo e válido. Na inconstitucionalidade material a norma afronta diretamente o conteúdo da Constituição, não podendo assim ser considerada como coerente. Quanto à inconstitucionalidade formal, a norma é coerente conceitualmente com relação à norma fundamental; todavia, incompatível com relação ao procedimento de eficácia e validade por ela previsto.

A Constituição, como lei fundamental e básica, faz previsão a direitos e garantias fundamentais, mas, também, estabelece procedimentos os quais devem ser respeitados de elaboração das leis. Uma vez desrespeitado o procedimento de elaboração e promulgação de determinada norma, esta é considerada como inconstitucional formalmente, e deve ser desconsiderada.

Há ainda, as possibilidades de inconstitucionalidade por ação e a por omissão. Quando o legislador atua de maneira a regulamentar certo assunto, mas em desconformidade com a Constituição, o que pode se dar tanto em relação ao seu conteúdo, quanto em relação ao seu procedimento, há se de considerar esta inconstitucionalidade por ação. Clara está a ação do legislador. Lado outro, quando a Constituição determina a realização de delimitada atuação por parte dos parlamentares, e esses se omitem, afirma-se que tal omissão também é considerada uma inconstitucionalidade.

Diante de tantas possibilidades de inconstitucionalidades, além do controle difuso de controle, há o controle concentrado. Novidade na CRFB de 1988, é aquele realizado por meio de uma ação específica e determinante, cujo objeto é justamente tal lei que possui aspectos de inconstitucionalidade e ofensa à norma constitucional. Há procedimentos específicos para se discutir a respeito da constitucionalidade ou não de determinada norma. E são assim caracterizados de maneira coletiva e geral. Estamos diante de um processo coletivo e objetivo de controle.

Nestes casos, não há direito material das partes envolvidas. O objeto da ação é justamente esta lei; e, uma vez declarada inconstitucional, os efeitos desta decisão retroagem, e a lei é considerada nula, absolutamente. A lei em tese será objeto principal, nas quais não há partes interessadas, nem lide, tendo em vista o caráter abstrato. Para a propositura destas ações, a Constituição da República, no artigo 103, fez a previsão em um rol taxativo e limitado de legitimados ativos, embora, ao final, com a decisão, a eficácia vincule todos os processos, bem como todo o ordenamento jurídico, e ainda, alcance todos os jurisdicionados.

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

- I - o Presidente da República;
- II - a Mesa do Senado Federal;
- III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
- VI - o Procurador-Geral da República;
- VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. (BRASIL, 1988)

Somente estes legitimados poderão propor as Ações Direta de Inconstitucionalidade, Declaratória de Constitucionalidade, Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, as quais são espécies de processo coletivo e objetivo de controle concentrado de constitucionalidade, previstas na CRFB cuja competência exclusiva para processar e julgar é do Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição.

Há procedimento específico para a propositura e tramitação das ações. A Lei 9.868 de 1999 regulamenta a Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e a Ação Declaratória de Constitucionalidade. Já a Lei 9.882 de 1999 apresenta a regulamentação e procedimento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Ao final destas ações, o Supremo Tribunal Federal decidirá a respeito da constitucionalidade ou não da lei em tese, objeto daquela. Tal decisão é irrecorrível, sendo admissível, somente embargos declaratórios. E, gerará efeitos como *erga omnes*, vinculante e *ex tunc*.

Art. 102 § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (BRASIL, 1988)

Art. 28. Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal. (BRASIL, 1999)

Erga omnes é o efeito que permitirá a decisão atingir a todos os destinatários das normas do ordenamento jurídico brasileiro. Os efeitos decorrentes de uma decisão oriunda do processo coletivo e objetivo de controle de constitucionalidade das normas irradia ao maior número de pessoas possíveis, quando considerados como receptores dos atos normativos. Atinge toda a coletividade.

Quando se passa ao efeito vinculante da decisão, necessário analisá-lo como algo a mais do efeito *erga omnes*, já que este atinge o maior número de pessoas, contudo não vincula. O efeito vinculante, consoante previsto na própria norma suprema, tem a finalidade de conferir força obrigatória à decisão, já que vincula relativamente os demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Se algum dos órgãos do Poder Judiciário ou da administração pública desrespeitar a decisão de mérito oriunda de um processo objetivo de controle, a Constituição da República assegura a possibilidade de propor, perante o Supremo Tribunal, uma Reclamação, cujo objetivo é preservar justamente a competência e a autoridade oriunda de suas decisões.

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

(...)

l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões; (BRASIL, 1988)

Possível constatar, então, que o efeito vinculante transcende o caso, vinculando não somente a parte dispositiva da decisão, “mas a norma abstrata que dela se extrai, isto é, que determinado tipo de situação, conduta ou regulação – e não apenas aquela objeto do pronunciamento jurisdicional – é constitucional ou inconstitucional”. (BRANCO; MENDES, 2017, p. 1215)

Com relação ao efeito *ex tunc*, há relação com a validade da norma. Pois, se a declaração ocorrida foi no sentido da inconstitucionalidade, tal lei em tese não possui fundamento de validade, assim, a decisão deverá retroagir ao momento da edição da norma, expurgando-a do ordenamento, como se nunca teve existido. Em respeito ao Princípio da Nulidade, a norma deve ser afastada do ordenamento jurídico, bem como seus efeitos ser considerados nulos. Esta é a regra no direito brasileiro, decorrente da Supremacia da Constituição, já que uma norma incoerente e ofensiva à norma suprema, não encontra fundamento de validade nesta.

3. EFEITOS DA DECISÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE E O PRINCÍPIO DA NULIDADE

A declaração de inconstitucionalidade proferida em ação específica e considerando o interesse público é sustentada pelo Princípio da Nulidade. Norma infraconstitucional incoerente ou em desconformidade com a norma fundamental é apontada como inexistente, ineficaz, não sendo assim capaz de produzir efeitos, nem de efetivar direitos. Esta é regra tradicionalmente aplicada no Direito Brasileiro, “embora não haja na Constituição Federal nenhum dispositivo atribuindo expressamente eficácia *ex tunc* às decisões proferidas no controle jurisdicional de constitucionalidade. (SARMENTO, 2001, p. 10)

Por lhe faltar fundamento de validade, a norma infraconstitucional será inconstitucional, e conseqüentemente de nulidade absoluta e de ineficácia plena. A nulidade estará presente em sua essência, tornando-a, conseqüentemente inválida. Com relação à validade da norma, Norberto Bobbio ensina,

Validade de uma norma equivale à existência daquela norma enquanto regra jurídica. Se para julgar a justiça de uma norma é preciso compará-la a um valor ideal, para julgar a sua validade é preciso realizar pesquisas de tipo empírico-racional, aquelas pesquisas efetuadas para determinar a importância e o alcance de um evento. (BOBBIO, 2008, p.26)

A validade de determinada norma faz-se presente com a junção de três importantes pontos. São eles a competência para elaborá-la, bem como para verificar se não há outra norma

ao mesmo tempo ou sucessiva que trate da mesma matéria, e, por fim, a compatibilidade com normas hierarquicamente superiores.

E o citado autor complementa Norberto Bobbio

Em particular, para decidir se uma norma é válida (ou seja se existe como regra jurídica pertencente a um determinado sistema), geralmente é preciso realizar três operações: 1) verificar se a autoridade que a emanou tinha o poder legítimo de emanar normas jurídicas, ou seja, normas obrigatórias naquele determinado ordenamento jurídico (essa pesquisa leva inevitavelmente a remontar à norma fundamental, que é o fundamento de validade de todas as normas de um determinado sistema); 2) verificar se não foi ab-rogada, tendo em vista que uma norma pode ter sido válida, no sentido de que foi emanada por um poder autorizado para tanto, mas não significa que ainda seja válida, o que ocorre quando uma outra norma sucessiva no tempo a ab-rogou expressamente ou regulou a mesma matéria; 3) verificar se não é incompatível com outras normas do sistema, sobretudo com uma norma hierarquicamente superior (uma lei constitucional é superior a uma lei ordinária numa constituição rígida) ou com uma norma sucessiva, a partir do momento em que em todo ordenamento jurídico vigora o princípio de que duas normas incompatíveis não podem ser ambas válidas. (BOBBIO, 2008, p.27).

A nulidade é a consequência principal de todo ato ilegal emanado de uma autoridade pública, inclusive a responsável pela elaboração da legislação brasileira. Requisitos básicos concedentes de validade à norma são de observância obrigatória no processo de elaboração e promulgação da norma. Qualquer ato realizado sem a devida observância e coerência, tornar-se passível de nulidade.

Elementos essenciais e básicos os quais mantêm o ato normativo no sistema jurídico, quando ausentes, torna-o nulo. Desta feita, impossível afirmar que houve fim no ato, que este é perfeito. Falta-lhe requisito para ser válido. Ele é incompatível com a Constituição, é ofensivo a ela. Logo, não poderá surtir efeitos. Diferentemente do ato jurídico perfeito, o qual produz plenos efeitos. Uma vez verificada a nulidade do ato, os seus efeitos são considerados inexistentes.

Ocorre que, todo ato normativo possui presunção de constitucionalidade, até que se verifique e declare a sua inconstitucionalidade. Entre este lapso temporal, edição da norma e declaração da inconstitucionalidade, a lei em tese permanece no ordenamento jurídico, como se válida fosse, produzindo efeitos. É possível que a aplicação do Princípio da Nulidade, conferindo efeito *ex tunc* à decisão declaratória de inconstitucionalidade ofenda ainda mais a Constituição.

Por essa razão, o mecanismo da modulação dos efeitos temporais da decisão declaratória de inconstitucionalidade previsto na legislação infraconstitucional é uma exceção à regra do Princípio da Nulidade.

4 TÉCNICA DA MODULAÇÃO DE EFEITOS TEMPORAIS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

A lei 9.868 de 10 de novembro de 1999 regulamenta o processo e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade genérica, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, e a ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Ao estabelecer critérios relacionados à decisão de mérito destas ações, faz previsão à possibilidade de o Supremo Tribunal Federal relativizar os seus efeitos temporais, permitindo assim que haja restrição destes ou até mesmo iniciem a sua eficácia após determinado momento.

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. (BRASIL, 1999)

Neste mesmo sentido, a Lei 9.882 de 1999, a qual regulamenta o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, faz a previsão desta restrição de efeitos no artigo 11.

Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição 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. (BRASIL, 1999)

Tais legislações inovaram com relação a esta relativização, mitigando assim o Princípio da Nulidade, contudo mantendo intacta a Supremacia Constitucional. Isso pois, com esta possibilidade de flexibilização dos efeitos de uma decisão, afasta-se inicialmente o princípio da nulidade, vez que a decisão não será desde logo considerada de pleno efeito temporal. E o ato normativo, objeto da ação constitucional, não será imediatamente retirado do ordenamento jurídico, já que os efeitos dela decorrente ainda possam estar presentes.

A modulação de efeitos permitida de maneira excepcional no direito brasileiro é um mecanismo por meio do qual afastam-se os efeitos temporais diretos da declaração de inconstitucionalidade de lei, ponderando-se valores constitucionais. Serão possíveis assim efeitos outros a partir da decisão pela modulação: a) *ex nunc*, assim, decisão terá efeitos temporais produzidos a partir do trânsito em julgado; b) efeitos pro futuro da decisão, neste aspecto, o Plenário do STF decidirá a partir de quando a decisão declaratória da inconstitucionalidade começará a surtir efeitos; c) declaração da inconstitucionalidade sem a

pronúncia quanto à nulidade, pois aguardará que o Poder Legislativo providencie a solução para a inconstitucionalidade.

O Controle de Constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal é considerado democrático, principalmente por proteger e salvaguardar a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, bem como ser considerado mecanismo de defesa desta. O Supremo Tribunal Federal, na ADI 2.010 MC, de relatoria do Ministro Celso de Mello, ressaltou a importância da atribuição conferida ao STF pela Constituição da República com relação à sua guarda e defesa.

(...)O STF – que é o guardião da Constituição, por expressa delegação do Poder Constituinte – não pode renunciar ao exercício desse encargo, pois, se a Suprema Corte falhar no desempenho da gravíssima atribuição que lhe foi outorgada, a integridade do sistema político, a proteção das liberdades públicas, a estabilidade do ordenamento normativo do Estado, a segurança das relações jurídicas e a legitimidade das instituições da República restarão profundamente comprometidas. O inaceitável desprezo pela Constituição não pode converter-se em prática governamental consentida. Ao menos, enquanto houver um Poder Judiciário independente e consciente de sua alta responsabilidade política, social e jurídico-institucional. (BRASIL, 2004)

Ressalta-se aqui o Princípio da Nulidade da lei inconstitucional, o qual é diretamente ligado à declaração de inconstitucionalidade. Vez que se, eventualmente, lei considerada inconstitucional não fosse declarada nula, o afastamento do princípio em questão poder-se-ia ser considerado como uma nova afronta à CRFB. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou a este respeito, em um julgado no RE 364.304-AgR, voto do relator min. Gilmar Mendes, no qual afirmou favoravelmente à teoria da nulidade que: “o reconhecimento de qualquer efeito a uma lei inconstitucional importaria na suspensão provisória ou parcial da Constituição.”

O mecanismo da modulação de efeitos é uma exceção à regra de que os efeitos temporais retroagem à data da promulgação da lei. Isso pois, define quando tal lei declarada inconstitucional perderá sua eficácia. Os efeitos da decisão, então, são *ex nunc*, determinando assim, o Supremo Tribunal Federal o momento pelo qual a decisão será válida: a partir do trânsito em julgado ou de outro momento nela definido.

Desta feita, a modulação de efeitos afasta a retroatividade dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade; flexibilizando-os, assim, nos casos em que possa ainda mais haver lesão à norma e à vontade constitucional. Isso pois, embora a lei tenha sido declarada inconstitucional, ela, até então, gerou efeitos práticos na esfera social. E, as vezes, a ocorrência dos efeitos *ex tunc* da decisão poderá gerar ainda mais insegurança jurídica e desestabilizar o sistema jurídico, político e social.

Por ser um instituto que prioriza a ponderação de valores constitucionais e afasta os efeitos imediatos do Princípio da Nulidade da lei inconstitucional, exige-se quórum qualificado de dois terços do Plenário do Supremo Tribunal Federal, garantindo assim maior restrição e limitação na utilização do mecanismo. Assim, quando ficarem constatados os danos à segurança jurídica ou a algum outro valor constitucional diretamente vinculado ao interesse social, a Corte Constitucional poderá modular os efeitos temporais da decisão.

A segurança jurídica é um ideal relevante e significativo, capaz de afastar o princípio da nulidade. Prossegue o Ministro Gilmar Mendes no RE 364.304-AgR

(...)Essas questões -- e haveria outras igualmente relevantes -- parecem suficientes para demonstrar que, sem abandonar a doutrina tradicional da nulidade da lei inconstitucional, é possível e, muitas vezes, inevitável, com base no princípio da segurança jurídica, afastar a incidência do princípio da nulidade em determinadas situações. 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). (BRASIL, 2012).

Justifica-se assim por meio da segurança jurídica ou do excepcional interesse social a ocorrência da modulação dos efeitos da decisão, restringindo-os, desta maneira, temporalmente. Estes são os pressupostos materiais do instrumento de mitigação do princípio da nulidade. E, a dosagem dos efeitos temporais da decisão é feita por meio da ponderação de valores entre a norma violada pela lei inconstitucional e as normas constitucionais protetoras dos efeitos produzidos por esta.

O STF considera algumas situações como importantes e significativas no sentido de violar e desrespeitar ainda mais a CRFB e seus princípios. Nestes casos, embora haja flagrante desrespeito da lei, sendo esta, inconstitucional, é possível determinar na própria decisão seus efeitos. O objetivo é não violar ainda mais os princípios constitucionais.

Desta maneira, realiza ponderação de valores aos princípios constitucionais, principalmente ao da nulidade e da segurança jurídica, de acordo com o caso concreto. E, ainda, busca renunciar o mínimo possível de cada um dos princípios, para que alcance o resultado desejado pela sociedade e coerente perante a CRFB.

Da redação do artigo 27, lei 9868/1999, e do artigo 11 da lei 9882/1999 é possível interpretar quatro possibilidades de declaração de inconstitucionalidade. São elas: declaração de inconstitucionalidade com efeito *ex nunc*; declaração de inconstitucionalidade com efeito pro futuro; declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade ou com restrição de

efeitos; e, por fim, declaração de inconstitucionalidade dotada de efeito retroativo com a preservação de certas decisões.

Na declaração de inconstitucionalidade com efeito *ex nunc*, declara-se a nulidade do ato normativo considerado inconstitucional, todavia, somente após o trânsito em julgado é que os efeitos serão produzidos. Não retroagem assim os efeitos temporais da decisão, atingindo o momento de promulgação da lei.

Lado outro, na declaração de inconstitucionalidade com efeito pro futuro, os efeitos da nulidade são suspensos por um lapso temporal determinado na decisão, a qual declarou a inconstitucionalidade da lei. Dar-se-ia, assim, uma sobrevida à norma por determinado tempo.

Já a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade ou com restrição de efeitos permite que a aplicação da lei em questão seja suspensa, bem como os processos em curso, até que em prazo razoável o legislador manifeste-se a respeito da inconstitucionalidade.

E, finalmente, a declaração de inconstitucionalidade dotada de efeito retroativo com a preservação de certas decisões opta por resguardar certas situações singulares. Todavia, demais situações, poderão ser afetadas pelos efeitos da nulidade da lei diretamente.

O Professor Luís Roberto Barroso, o seu livro O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro, ensina que

De fato, como a lei ou ato normativo objeto da declaração de constitucionalidade já desfrutava, a exemplo dos atos emanados do Poder Público em geral, de presunção de validade, seus efeitos regulares já deveriam estar se produzindo desde a publicação. A ação declaratória de constitucionalidade existe apenas para reafirmar o que já se presumia, em hipóteses nas quais tenha surgido controvérsia judicial relevante. De ordinário, portanto, seu acolhimento não afetará as situações jurídicas preexistentes. Por essa razão, o art. 27 da Lei n. 9.868/98 somente se refere à flexibilização dos efeitos temporais em relação à decisão que declara a inconstitucionalidade. No entanto, é possível especular que em uma hipótese na qual haja ocorrido ampla controvérsia judicial acerca da constitucionalidade de determinado dispositivo – com sua inaplicação em larga escala – se possa estabelecer uma eficácia puramente prospectiva da decisão ou de algum outro modo restringir seus efeitos, com base no mesmo tipo de raciocínio ponderativo previsto naquela norma, levando-se em conta a segurança jurídica ou excepcional interesse social. (BARROSO, 2011, p.265)

O Supremo Tribunal Federal tem precedente permitindo assim essa flexibilização e cita a segurança jurídica. Não a desenvolve, ao menos, fundamenta.

Continua o autor

o STF tem um precedente nessa linha. A decisão afirma que, do ponto de vista teórico, a declaração de constitucionalidade parece estar naturalmente associada à eficácia *ex tunc*, mas reconhece que pode haver situações concretas em que, tendo a norma sido violada, será impossível ou indesejável determinar o seu cumprimento retroativo, em homenagem à segurança jurídica. (BARROSO, 2011, p.266)

O autor entende que o Princípio da Razoabilidade deve se fazer presente nas decisões do Supremo Tribunal Federal. Sendo necessária, assim, a realização de ponderação de bens e valores, diante do caso ao qual se esteja analisando. De maneira a permitir que os efeitos decorrentes da Ação Declaratória de Constitucionalidade sejam assim relativizados, temperados, flexibilizados.

Esta autonomia decorrente da Jurisdição e Soberania do Estado é defendida por Baracho (1984), o qual entende que “A jurisdição é a função de declarar o direito aplicável aos fatos, bem como é causa final e especificada atividade do Judiciário.” (BARACHO, 1984, p.75)

O Supremo Tribunal Federal exerce um importante papel social e jurídico perante o Estado Democrático de Direito, e para tanto, deve observar o Processo Constitucional e os princípios que o rege. Decorrente de vários ramos do direito e da fusão de diversos princípios, todo o processo tem características como a unidade constitucional e finalidade de tutelar os interesses e direitos do homem.

Baracho continua em seu ensinamento

A jurisdição constitucional, mecanismo de tutela e manutenção da supremacia da Constituição, exercita medidas em sua defesa. Sente-se a constante importância que lhe vem sendo dada, através do cotejo da “Jurisprudência Constitucional”. A manutenção do ordenamento jurídico e o império da norma da mais alta hierarquia decorrem do reconhecimento da missão de guardião deferida ao Tribunal Constitucional, pela própria Constituição. Primordialmente, dirige-se à manutenção da vigência da Carta Política, interpretando os seus preceitos, ajustando as normas de níveis inferior às de índole constitucional. De acordo com esse comportamento, estará propiciando condições para que a Constituição permaneça inatacável em sua estrutura. O conceito de “defesa constitucional” tem campo de abrangência bem amplo, desde que guarda em seu bojo aspectos de relevância, no que diz respeito ao Estado e à Constituição. (BARACHO, 1984, p.133)

Ao realizar o Controle de Constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal realiza justamente tal defesa da Constituição, bem como do Estado e dos cidadãos. Percebe-se a ligação de Processo Constitucional com a Modulação de efeitos realizada nas decisões proferidas. Isso, pois, não será possível realizar um detalhamento da norma, afastando-se dela os princípios norteadores do Processo.

O professor José Alfredo Baracho ensina ainda que a inconstitucionalidade provoca uma ação no sentido técnico, consequência resultante dos próprios textos constitucionais. (1984, p.315). O Supremo Tribunal Federal não poderá afastar-se dos princípios e técnicas constitucionais ao flexibilizar efeitos de uma decisão proferida em sede de Controle de Constitucionalidade.

A ratificação ou não realizada pelo Supremo Tribunal Federal ocorre por meio da Ação Declaratória de Constitucionalidade. E, conforme Barroso, é mecanismo pelo qual se postula ao STF o reconhecimento expresso da compatibilidade entre certa norma infraconstitucional e a Constituição Federal. (2011.p.253) A manifestação a esse respeito se faz presente quando a norma tiver se tornado alvo de interpretações conflitantes. E, ao manifestar-se, o Supremo Tribunal Federal poderá realizar ponderação de valores, desde que não comprometa a ordem jurídica.

Relacionar os direitos fundamentais com o instituto da modulação de efeitos faz-se necessário. Isso pois, até que ponto permitir que o Supremo Tribunal Federal altere a eficácia temporal dos efeitos de sua decisão, tendo em vista uma inconstitucionalidade, não seria uma ofensa aos princípios fundamentais?

Este mecanismo que permite a alteração da eficácia dos efeitos de uma decisão é de suma importância, tendo em vista que, no decorrer de uma lei, agora declarada inconstitucional, a sociedade de maneira geral foi atingida, negócios jurídicos foram celebrados, direitos e garantias concedidos, deveres comprometidos, todos realizados conforme presunção de constitucionalidade da norma e boa-fé do jurisdicionado.

Retirar de imediato a norma infraconstitucional declarada inconstitucional pode atingir direta ou indiretamente direitos fundamentais, os quais somente poderão ser pontuados a depender do caso concreto. Os direitos fundamentais são aqueles conquistados pelos cidadãos e Ferrajoli trabalha esta questão. Para tanto apresenta uma definição estrutural ou formal dos direitos fundamentais: “como sendo aquelas expectativas de prestações ou de não lesões que se atribuem, de maneira universal e indisponível a todos, enquanto pessoas.”(FERRAJOLI, 2001, p.20)

Segundo Santos

Os direitos fundamentais consistem num conjunto de prerrogativas e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências de liberdade, igualdade e dignidade entre os seres humanos. São núcleos invioláveis de uma sociedade política, sem os quais esta tende a extinguir-se. São considerados fundamentais aqueles direitos inerentes à pessoa humana pelo simples fato de ser considerada como tal, trazendo consigo os atributos da universalidade, da imprescritibilidade, da irrenunciabilidade e da inalienabilidade. (SANTOS, 2015, p.105)

O objetivo principal dos direitos fundamentais é a preservação e a continuidade dos pressupostos básicos, essenciais, imprescindíveis a vida digna. Positivou-se nos ordenamentos jurídicos direitos naturais com status de Direitos Fundamentais, a fim de que tais valores fossem respeitados e servissem como orientação do Estado na elaboração e aplicação das leis. Ou seja,

o homem é dotado de Direitos Naturais, os quais são inerentes à condição humana e anteriores à sua positivação no ordenamento jurídico.

A técnica da modulação dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade tem como finalidade proteger os direitos fundamentais dos jurisdicionados, destinatários da norma, os quais a respeitaram e obedeceram, e que com a eficácia *ex tunc* da decisão poderão ter seus direitos fundamentais violados diretamente.

Inegável é que a própria publicação de uma lei que ofende a Constituição da República Federativa do Brasil já ofende princípios fundamentais como o do Estado Democrático de Direito, da Cidadania, entre outros. Ocorre que, ao utilizar o mecanismo da modulação dos efeitos de uma decisão, o Supremo Tribunal Federal pode estar tentando preservar alguns direitos fundamentais, os quais são envolvidos diretamente e a depender do caso concreto.

Georges Abboud

Em nossa concepção, a modulação dos efeitos, antes de tudo, deve ser utilizada como ferramenta em benefício dos particulares para preservação os seus direitos fundamentais. Isso porque, a inconstitucionalidade plena, com efeito *ex tunc*, pode atingir situações jurídicas já consolidadas sob a égide da boa-fé, logo, a inconstitucionalidade com efeito retroativo pleno, poderia gerar diversas situações mais gravosas, o que violaria os princípios da segurança jurídica e da boa-fé objetiva. (ABBOUD, 2016, p.363-364)

Não sendo desta maneira coerente afirmar que a realização da modulação dos efeitos de uma decisão ofende princípios fundamentais, abstratamente. Sendo necessário verificar casuisticamente os autos para concluir de uma maneira ou outra.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se do presente estudo que a modulação de efeitos é um mecanismo permitido por lei para que o Supremo Tribunal Federal realize, excepcionalmente, a mitigação do princípio da nulidade na declaração de inconstitucionalidade, ponderando valores no momento de da decisão. Desta feita, mitigam-se os efeitos diretos desta decisão em prol de um bem maior, qual seja, a segurança jurídica ou o excepcional interesse social.

Este mecanismo é permitido com a finalidade de se preservar situações e circunstâncias que surgiram a partir da vigência da lei que fora objeto do controle de constitucionalidade. Acomodam-se, assim, os princípios da nulidade, decorrente da declaração de inconstitucionalidade, e os princípios da segurança jurídica ou excepcional interesse social.

E, de modo a evitar que este instrumento tão importante seja utilizado levemente, o Supremo Tribunal Federal deve atingir o quórum qualificado de dois terços de seus membros.

Isso pois, conforme visto, os efeitos de uma decisão devem ser modulados excepcionalmente, e somente quando for constatada uma maior violação aos princípios constitucionais.

A atuação do Supremo Tribunal Federal está em evidência no atual cenário brasileiro. Não somente pelas decisões proferidas em questões políticas ou financeiras, mas, sobretudo com relação ao princípio da fundamentação. Este deve ser obrigatoriamente observado e respeitado no momento da modulação dos efeitos de uma lei a qual fora objeto da realização de Controle Concentrado de Constitucionalidade.

Isso, pois, ao realizar o Controle Concentrado de Constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal em eventual Ação Direta de Constitucionalidade poderá julgá-la totalmente procedente; ou improcedente; ou, até mesmo, considerá-la inconstitucional, mas modular os efeitos já produzidos por ela.

Por fim, para ser afirmar se há violação ou não aos princípios fundamentais garantidos na CRFB quando se realiza a modulação de efeitos, faz-se necessário analisar o caso concretamente, para além da alteração da eficácia temporal dos efeitos da decisão.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Aspectos da teoria geral do processo constitucional: teoria da separação de poderes e funções do estado*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181410>>. Acesso em 01 abr. 2021.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito Processual Constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Disponível em: <https://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_55_56/Jose_Baracho.pdf>. Acesso em 01 abr. 2021.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. Efeitos do Pronunciamento judicial de inconstitucionalidade no tempo. In: GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Cadernos da Pós-Graduação. Teoria Geral do Processo Civil*. Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte: 1995.

BARROSO, Luís Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. 4ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum Conhecimento Jurídico, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 5ª Ed. rev.e atual.; São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 31 de mar. 2021.

BRASIL. *Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm> Acesso em: 31 de mar. 2021.

BRASIL. *Lei nº 9.822, de 03 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do §1º do art. 102 da Constituição Federal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm#:~:text=LEI%20No%209.882%2C%20DE%203%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201999.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20processo%20e,Art.>> Acesso em: 31 de mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI-MC 2010*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347383>>. Acesso em 17 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Controle de Constitucionalidade- modulação de efeitos*. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfCooperacaoInternacional/anexo/Respostas_Venice_Forum/4Port.pdf Acesso em 7 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Legislação Anotada*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/legislacaoAnotadaAdiAdcAdpf/verLegislacao.asp?lei=259>. Acesso em 7 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 364.304-AgR*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=390094>> Acesso em 04 abr. 2021.

BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26ª Edição, atualizada. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

COSTA, Fabrício Veiga; SEVERINO, Fernanda Resende. *Fundamentação do Supremo Tribunal Federa nas decisões de modulação de efeitos em sede de controle concentrado de constitucionalidade nos anos de 2015 a 2018*. Revista Argumentum. V. 21, n.1 p. 339-362. Disponível em: < <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/1177>> Acesso 17 mar. 2021.

FERRAJOLI, Luigi, et. al. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LAGES, Cintia Garabini. *O Caráter Objetivo dos Procedimentos de Controle Concentrado de Constitucionalidade: análise de sua legitimidade*. Pará de Minas: VirtualBooks Editora, 2016.

OMMATI, José Emílio Medauar. *Teoria da Constituição*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

OMMATI, José Emílio Medauar. *Uma Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. Rio De Janeiro: Lumen Juris, 2018.