

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC

CURSO DE DIREITO

BRUNA DE MELO DE VARGAS

**O FENÔMENO DA LEI AINDA CONSTITUCIONAL: APLICAÇÃO DA
INCONSTITUCIONALIDADE PROGRESSIVA NO CONTROLE BRASILEIRO**

CRICIÚMA/SC

2016

BRUNA DE MELO DE VARGAS

**O FENÔMENO DA LEI AINDA CONSTITUCIONAL: APLICAÇÃO DA
INCONSTITUCIONALIDADE PROGRESSIVA NO CONTROLE BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado para obtenção do grau de bacharel no curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Orientadora: Profa. Ma. Débora Ferrazzo

CRICIÚMA/SC

2016

BRUNA DE MELO DE VARGAS

**O FENÔMENO DA LEI AINDA CONSTITUCIONAL: APLICAÇÃO DA
INCONSTITUCIONALIDADE PROGRESSIVA NO CONTROLE BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado pela Banca Examinadora para obtenção do Grau de bacharel, no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC, com Linha de Pesquisa em Controle de Constitucionalidade.

Criciúma, 30 de junho de 2016.

BANCA EXAMINADORA

Profa. Débora Ferrazzo – Mestra (UNESC) – Orientadora

Prof. Luiz Eduardo Lapolli Conti – Mestre – (UNESC)

Prof. Reginaldo de Souza Vieira – Doutor – (UNESC)

AGRADECIMENTOS

Findando esta etapa, meu primeiro agradecimento é destinado aos meus familiares, meus irmãos, minha cunhada e meus avós. Aos meus pais – pelo suporte emocional e compreensão ao longo de toda a graduação, bem como o carinho dedicado a mim durante a vida inteira – todas as palavras do mundo não seriam suficientes.

Agradeço também aos professores da graduação e do estágio, pelo conhecimento compartilhado e, principalmente, à minha orientadora Professora Débora que, ainda que eu não tenha tido oportunidade de ser sua aluna, aceitou me orientar sempre com muito zelo e carinho.

Aos meus amigos, agradeço a lealdade e também peço desculpas pelas lamúrias durante todos estes cinco anos. Aos amigos-colegas Bruna Ribeiro e Lucas Pereira, mesmo que percamos o contato, espero que saibam a importância que tiveram na minha vida.

Por fim, gostaria de fazer um agradecimento especial à minha avó que por uma peça do destino infelizmente não me verá formada, mas que durante todo o tempo me incentivou para tanto. Foi uma honra ter sido sua neta.

RESUMO

A Carta Constitucional de um Estado é Lei norteadora e possui incontestável superioridade hierárquica perante as leis infraconstitucionais. Os atos e normas que não estão em consonância com seus preceitos são nulos perante o Direito. Porém o Direito em determinadas situações não está adequado às complexas relações humanas e à realidade social. Entender o Instituto da Inconstitucionalidade Progressiva como espécie de mitigação da teoria da nulidade das normas inconstitucionais, dentro do controle de constitucionalidade brasileiro, com relação às suas origens e aplicabilidade, bem como as características e pressupostos inerentes ao instituto é essencial para entender os motivos que levaram o Supremo Tribunal Federal a utilizar método estranho ao ordenamento jurídico de acordo com situações extraordinárias específicas, comparando com outros métodos semelhantes de flexibilização. O presente trabalho foi feito por meio de pesquisa teórica bibliográfica, legislação nacional e ocasionalmente estrangeira, bem como pesquisa na rede mundial de computadores. Em sequência, o estudo teve como foco as decisões judiciais que utilizaram o método como forma de dirimir conflitos constitucionais, visto que ocorreu desta forma a introdução da técnica em estudo no ordenamento. A utilização da inconstitucionalidade progressiva foi fundamental nas vezes em que foi aplicada e nota-se a possibilidade de ser novamente utilizada, dado o recente voto do Ministro Edson Fachin no RE 635.659/SP. A flexibilização pelo Judiciário no controle de constitucionalidade se justifica quando a partir dela, os objetivos de uma norma e os princípios constitucionais são alcançados.

PALAVRAS-CHAVE: Controle. Inconstitucionalidade progressiva. Constituição. Modulação.

ABSTRACT

The Constitutional Charter of a State is guiding law and has unquestionable hierarchical superiority over the another laws. Acts and regulations that are not in line with its principles are invalid before the law. But the law in certain situations is not suited to complex human relations and social reality. Understanding the Institute of Progressive unconstitutionality as a species mitigation of the theory of nullity of unconstitutional rules, within the brazilian constitutional control with respect to its origins and applicability, as well as the characteristics and assumptions inherent in the institute is essential to understand the reasons the Supreme Court to use strange method to law according to specific extraordinary situations, compared to other similar flexible methods. This work was done through literature theoretical research, law and foreign occasionally, as well as research on the world wide web. In sequence, the study focused on the judicial decisions that used the method as a way to resolve constitutional conflicts, as occurred in this way the introduction of the technique in the study in order. The use of progressive unconstitutionality was essential in times in which it was applied and note the possibility to be used again, given the recent vote of Edson Fachin Minister in RE 635.659/SP. The easing by the judiciary in judicial review is justified when from it, the objectives of a standard and constitutional principles are achieved.

KEYWORDS: Control. progressive unconstitutionality. Constitution. Modulation.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Quadro 1 – Comparativo das técnicas de decisão judicial em controle de constitucionalidade.....	41
--	-----------

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

§ - Parágrafo

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CF – Constituição Federal

CPP – Código de Processo Penal

HC – *Habeas Corpus*

Min. – Ministro

MP – Ministério Público

RE – Recurso Extraordinário

Rel. – Relator

REsp. – Recurso Especial

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJMG – Tribunal de Justiça de Minas Gerais

TJSP – Tribunal de Justiça de São Paulo

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2. APELO AO LEGISLADOR E INCONSTITUCIONALIDADE PROGRESSIVA NO CONTROLE CONSTITUCIONAL: ORIGEM E CONCEITO	13
2.1. <i>BUNDESVERFASSUNGSGERICHT</i> : INSTITUIÇÃO E ORGANIZAÇÃO	13
2.1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	14
2.3. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: INSTITUIÇÃO E CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES.....	16
2.3.1 Constituição de 1988 e o Controle de Constitucionalidade	19
2.4. CONTROLE CONCENTRADO E CONTROLE DIFUSO.....	22
2.5. TÉCNICAS DO APPELLENTSCHEIDUNG NO DIREITO ALEMÃO E DA INCONSTITUCIONALIDADE PROGRESSIVA	24
3 INCONSTITUCIONALIDADE PROGRESSIVA, <i>APPELLENTSCHEIDUNG</i> E MODULAÇÃO DOS EFEITOS	30
3.1 DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA SENTENÇA.....	31
3.2 DISTINÇÕES ENTRE OS INSTITUTOS	35
3.2.1 Aplicação nos controles abstrato e concreto	36
3.2.2 Da relação com o Legislativo	37
3.2.3 Da estipulação de prazo	38
3.2.4 Dos efeitos temporais	40
3.2.4 Da declaração de inconstitucionalidade	40
4. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL: Introdução da inconstitucionalidade progressiva no controle constiucionalidade	43
4.1 Implementação das Defensorias e o seu aparelhamento	43
4.2 Do Prazo em dobro das Defensorias e o HC 70.514-6	44
4.3 A recepção do Art. 68 do CPP e o Recurso Extraordinário n. 135.328-7/SP	46
4.3.1. Críticas à nomenclatura	50
4.4 Recurso Especial 58658-MG.....	51
4.4. Voto do Min. Fachin no RE 635.659.....	53
5 CONCLUSÃO	56
REFERÊNCIAS	58

1 INTRODUÇÃO

No sistema jurídico brasileiro, em que se têm garantidas a rigidez e a supremacia da Constituição Federal, toda interpretação dos preceitos constitucionais de forma mais flexível deve ser ponderada com cautela. Como uma das formas de flexibilização utilizada pelo Judiciário no controle de constitucionalidade, a teoria da Inconstitucionalidade Progressiva frente às circunstâncias fáticas vigentes é o tema objeto deste estudo.

A utilização desta vertente, originada na Corte Constitucional alemã, mostrou amadurecimento e flexibilização do Judiciário quando foi aplicada pelo Supremo Tribunal Federal pela primeira vez, na década de 1990. Ao suspender a visível inconstitucionalidade de uma norma e considerá-la eficaz até que houvesse plena adequação da realidade para que a mesma tivesse efetividade, preocupou-se o Tribunal em não invalidar a norma, procurando desta forma não intervir no papel do legislador, o que poderia ocasionar desarmonia entre os poderes.

Sob a luz do princípio da nulidade absoluta da lei incompatível com a Constituição Federal, a manutenção de tal dispositivo poderia afrontar a supremacia da Constituição diante de todas as outras leis. Trata-se de posição mais tradicional, já que, sendo a Constituição Federal rígida, não é da vontade do legislador este caráter “às vezes constitucional, às vezes inconstitucional”. A sua utilização, mesmo que momentaneamente, poderia ocasionar sensação de insegurança jurídica e desprestígio.

Através de pesquisa bibliográfica na doutrina acerca do controle de constitucionalidade de uma forma geral, e de pesquisa documental e à legislação, a relevância do tema é encontrada no fato de que nem sempre o legislador consegue prevê todas as situações jurídico-sociais possíveis, cabendo então ao judiciário, no controle de constitucionalidade, aplicar o direito da forma mais justa possível.

O primeiro capítulo versa sobre o direito constitucional alemão, sua instituição e organização, o controle de constitucionalidade e a origem do apelo ao legislador. Posteriormente e, principalmente, tem o capítulo como escopo compreender a Inconstitucionalidade Progressiva, estudando suas origens e aplicabilidade, através do estudo sobre o controle de constitucionalidade brasileiro. A inconstitucionalidade progressiva é uma forma de controle de constitucionalidade em

que não há declaração de inconstitucionalidade da norma impugnada, visto que o processo de inconstitucionalização se dá de forma progressiva, natural e causando menos insegurança jurídica.

O segundo capítulo tem como norte comparar a inconstitucionalidade progressiva com a modulação dos efeitos da sentença, tendo em vista as características que os assemelham e também com o apelo ao legislador, posto que foi neste instituto que o Supremo se inspirou nas decisões que serão abordadas, de uma forma mais detalhada, no terceiro capítulo.

Em sequência, o estudo teve como foco as decisões judiciais que utilizaram o método como forma de dirimir conflitos constitucionais, e também em situação em que não utilizou – pois entender os motivos pelos quais a técnica não é utilizada também ajuda a compreender como ela funciona e quando deve ser aplicada.

2. APELO AO LEGISLADOR E INCONSTITUCIONALIDADE PROGRESSIVA NO CONTROLE CONSTITUCIONAL: ORIGEM E CONCEITO

Para obter aprofundado estudo sobre a teoria da inconstitucionalidade progressiva e a sua adoção pelo controle de constitucionalidade brasileiro, bem como o apelo ao legislador e a possibilidade de sua inserção, faz-se mister realizar primeiramente um apanhado sobre o Direito Constitucional e o controle de constitucionalidade alemão – visto que é de onde tais teorias se originam – e posteriormente sobre o brasileiro, que recepcionou em seu ordenamento as técnicas de controle em estudo.

2.1. *BUNDESVERFASSUNGSGERICHT*: INSTITUIÇÃO E ORGANIZAÇÃO

O *Bundesverfassungsgericht*¹, Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, é referido pela Lei Fundamental alemã em seu artigo 92 como órgão jurisdicional. É constituído por dois Senados, com cada um contendo oito juízes eleitos pelo Parlamento Federal e pelo Conselho Federal, sem distinção hierárquica entre ambos. Surgiu, nos moldes em que hoje se encontra, como proposta na Assembleia Constitucional, embora tenha sido somente instituído dois anos após a Lei Fundamental de Bonn, no ano de 1951 (MENDES, 1999, p. 3-12).

Diferentemente do Supremo Tribunal Federal, a Corte Constitucional Alemã não exerce função de nova ou última instância no sistema jurisdicional, não existindo uma via processual até o *Bundesverfassungsgericht*. Desempenha este unicamente a função de “jurisdição constitucional”, conforme leciona Mendes (1999, p. 14) apoiado na lição de Schlaich².

O Tribunal Constitucional Federal é “diante de todos os órgãos constitucionais restantes, um tribunal da federação, autônomo e independente”, competente para julgar a compatibilidade formal e material das demais normas em face da Lei Fundamental alemã (HESSE, 1998, p. 492).

¹Instituído em 1951, sob forte influência do modelo de Corte Constitucional norte-americano, o *Bundesverfassungsgericht*, ou simplesmente BverfG, é o Tribunal Constitucional Federal alemão. (MENDES, 1999, p.12)

² Klaus Schlaich foi professor da Universidade de Bonn, na Alemanha. Autor de, entre outras obras, *Das Bundesverfassungsgericht* (MENDES, 1999, p.4).

Todas as decisões tomadas pelo *Bundesverfassungsgericht* fazem coisa julgada formal e material, e suas decisões concernentes aos processos de controle de normas, que serão abordados em seguida, possuem eficácia *erga omnes*. Como forma de facilitar o acesso à Justiça e à proteção dos preceitos constitucionais, todos os processos perante a Corte Constitucional alemã são gratuitos (MENDES, 1999, p. 19).

2.1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Como ensina o doutrinador de Direito Constitucional Paulo Bonavides (2006, p. 407-411), o direito alemão é fortemente influenciado pelo princípio da proporcionalidade, essencial no controle de constitucionalidade tanto em sua doutrina quanto em sua jurisprudência. Introduzido precipuamente no direito administrativo³, foi abarcado o princípio da proporcionalidade pelo Direito Constitucional após a Segunda Guerra Mundial, com o advento da atual Lei Fundamental alemã.

J.J. Gomes Canotilho (2002, p. 266-268) ensina que o princípio da proporcionalidade surge inicialmente – e com a expressão inicialmente, o constitucionalista se refere a uma época mais primitiva do direito – como medida restritiva da administração do poder estatal. Mais tarde e num sentido mais amplo, o princípio de proporcionalidade ou princípio da proibição do excesso “foi erigido à dignidade de princípio constitucional”. Ainda, assinala o autor que o princípio da proporcionalidade

[...] é, hoje, assumido como um *princípio de controlo* exercido pelos tribunais sobre a adequação dos meios administrativos (sobretudo coactivos) à prossecução do escopo e ao balanceamento concreto dos direitos ou interesses em conflito (CANOTILHO, 2002, p. 267. Grifo no original).

Dentre as principais diferenças entre o controle de constitucionalidade alemão e o brasileiro, é que o segundo permite que, além do controle abstrato, exercido a partir de uma ação direta ao Supremo, qualquer juiz ou tribunal possa

³“No direito constitucional alemão, a ponderação é uma parte daquilo que exigido por um princípio mais amplo. Esse princípio mais amplo é o princípio da proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade compõe-se de três princípios parciais: dos princípios da idoneidade, da necessidade e da proporcionalidade em sentido restrito. Todos os três princípios expressam a ideia de otimização. Direitos fundamentais, como princípios, são mandamentos de otimização. Como mandamentos de otimização, princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em medida tão alta quanto possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas” (ALEXY, 2008, p.110).

recusar a aplicação de lei caso entenda ser esta inconstitucional (controle concreto ou difuso), enquanto no Direito alemão “o monopólio de censura está concentrado no *Bundesverfassungsgericht*” (MENDES, 1999, p. 01). Além do recurso constitucional⁴, a Corte Constitucional Alemã realiza também o controle constitucional nas formas concreta (porém paralisando o processo e remetendo o poder de decisão à Corte Constitucional) e abstrata (MENDES, 1999, p. 15).

Na Alemanha, não é facultado exclusivamente aos “órgãos superiores do Judiciário” pronunciamento com relação à constitucionalidade de normas federais ou estaduais. A todo o *Judiciário Ordinário* é concedida esta prerrogativa, mas apenas a Corte detém o poder de decisão (CRUZ, 2004, p.361-362).

[...] nenhum juiz é obrigado a aplicar norma que considere inconstitucional antes do pronunciamento da Corte Constitucional. O feito é suspenso até que a prejudicial de constitucionalidade seja apreciada pela Corte Constitucional, garantindo-se também às partes do juízo *a quo* direito de lá manifestarem-se respeitando-se, pois, o princípio do contraditório. Se na via principal, o Direito alemão conhece e garante o princípio do contraditório, mesmo declarando-o um processo “objetivo”, como visto anteriormente, na *via incidental está clara a importância das partes, pois o processo inicia-se na discussão de um caso concreto [...]*. (CRUZ, 2004, p. 362. Sem grifo no original).

Ao remeterem à Corte Constitucional questão de dúvida quanto à constitucionalidade de ato ou fato, arguida durante procedimento ordinário, os Tribunais devem imediatamente suspender os processos. A Lei do *Bundesverfassungsgericht* (§ 82, n. 2) permite que durante a análise de (in)constitucionalidade arguida incidentalmente, o Parlamento Federal, Conselho Federal, Governo Federal, Assembleia Legislativa ou Governos Estaduais intervenham no processo (MENDES, 1999, p.15-17).

Já no controle abstrato de normas, pode ser instaurada a arguição de inconstitucionalidade mediante requerimento do Governo Federal, de um Governo Estadual ou de um quarto dos membros do Parlamento Federal (art. 93, § 1º, n. 2, da Lei Fundamental e §§ 13, n. 6, e 76 da Lei do *Bundesverfassungsgericht*). Não é qualquer lei que pode ser submetida ao controle concreto de normas, mas tão somente lei formal pós-constitucional. As leis pré-constitucionais somente poderão

⁴ *Instrumento* que tem como propósito afastar atos do poder público que ofendam os direitos fundamentais, foi introduzido ao texto constitucional em 1969. Assegura-se o direito de manifestação aos órgãos coatores – órgãos executivos ou judiciais. (MENDES, 1999, p. 18)

ser submetidas ao juízo concreto de constitucionalidade se incorporadas pelo legislador pós-constitucional (MENDES, 1999, p. 15).

Tal ação associa os conceitos de ADIn, ADC, ADIn Comissiva e a representação interventiva, adotando critérios de parametricidade constitucional direta, pela comparação de normas estaduais e federais com a lei fundamental e indireta, admitindo nesta última hipótese a compatibilidade do direito estadual com o direito federal. (CRUZ, 2004, p. 357)

Ainda sobre controle abstrato contido na obra de Mendes, no que concerne a legitimidade para sua utilização, a redação do artigo 93 da Lei Fundamental

assegura a legitimidade para instaurar o controle abstrato de normas ao Governo Federal, a um Governo estadual e a um terço dos membros do Parlamento Federal, em caso de *dúvida* ou *controvérsia* sobre a compatibilidade do direito federal ou estadual com a Lei Fundamental ou sobre a compatibilidade do direito estadual com outras disposições do direito federal (MENDES, ano, p. 52. Grifo no original).

A realização do controle abstrato de normas se dá com a propositura pelo Governo Federal, Estadual ou de um terço dos membros do Parlamento Federal mediante o Tribunal, que deve decidir sobre divergências com relação à compatibilidade formal e material das leis ordinárias (HESSE, 1998, p. 494-495). Desde o surgimento do controle abstrato de normas no controle constitucional alemão, reconheceu-se uma dupla função exercida por esta forma de controle. Nas palavras de Gilmar Mendes (1999, p.53):

De um lado, revela-se esse processo um instrumento adequado de defesa da Constituição, permitindo eliminar do ordenamento jurídico as leis inconstitucionais (*função de defesa*). De outro, contribui o controle abstrato de normas para a segurança jurídica quando infirma a existência de inconstitucionalidade, espancando dúvidas sobre a higidez da situação jurídica (*segurança jurídica*). (Grifo no original).

2.3. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: INSTITUIÇÃO E CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Mendes (1999, p.24) ensina que o advento da primeira Constituição Republicana (1891), com a Proclamação da República em 1889, trouxe uma nova concepção para o Poder Judiciário, outorgando-lhe nova função. Influenciada pela doutrina norte-americana, a primeira constituição designa ao Supremo Tribunal

Federal a função de guardião da Constituição, dando-lhe competência para decidir sobre a validade das leis.

Traçando uma linha temporal da história do Supremo Tribunal Federal (STF) como titular da função de controle constitucional, é oportuno apresentar um esboço histórico que demonstre a evolução da técnica de controle da primeira Constituição Pátria à atual.

A Constituição de 1824, reconhecida ainda como Constituição do Império, não conferiu ao Judiciário o controle de constitucionalidade, e sim ao Poder Legislativo. Dado o controle absoluto exercido pelo Poder Moderador – quarto poder criado pelo estado com o intuito de controlar os demais poderes – durante o Império, importante frisar que o Legislativo praticamente não exercia tal função. Apesar de aperfeiçoada a forma e a linguagem jurídica da Constituinte (BONAVIDES; ANDRADE, 1991, p.78), gerou grande controvérsia política este que era cunhado de “Quarto Poder”.

Como explicitado, foi com o advento da Constituição de 1891 que se viu o STF incumbido de tal função. Entende-se a partir de então a competência do Supremo para analisar sentenças de Tribunais inferiores quando surgiam contradições entre a Lei Maior e a aplicabilidade de tratados ou leis federais (MENDES, 1999, p.121-122). As bases constitucionais da primeira Constituição Republicana foram “traçadas pela geração republicana de 89 – à qual viera unir-se o mais conceituado crítico e poderoso opositor da política imperial vigente, o baiano Rui Barbosa” (BONAVIDES; ANDRADE, 1991, p.249).

Consideradas importantíssimas para o controle de constitucionalidade brasileiro, as mudanças no texto da Constituição de 1934 trouxeram importante aperfeiçoamento. Dentre outras novidades, atribuíram competência ao Senado para suspender norma declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário, acompanhando suas suspensões efeito *erga omnes*. Valoroso também citar que pela primeira vez foi instaurado *quórum* especial para declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo, estando restringidas as declarações que obtivessem o voto da maioria dos membros do Tribunal (BULOS, 2008, p. 122).

Um retrocesso para o controle de constitucionalidade, implicando em um desmedido fortalecimento do Poder Executivo (LENZA, 2014, p.284), devido ao

golpe de 1937 e da “clara preocupação de fortalecimento do Executivo” (FERRARI, 2004, p.96), a CF de 1937 manteve a forma difusa de controle e quórum especial para decreto de inconstitucionalidade. O grande retrocesso foi realmente a faculdade concedida ao Presidente da República de submeter ao parlamento revisão de declaração de inconstitucionalidade afirmada pelo Judiciário (BULOS, 2008, p.122). Na análise de Celso Ribeiro Bastos (1997, p. 120):

Quanto ao Judiciário, também sofreu este uma perda substancial no que tange ao controle da constitucionalidade das leis já introduzido em nosso direito [...] declarada a inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, esta lei é submetida de novo ao legislativo, que poderia por maioria de dois terços rejeitar esta decisão [...].

A Carta Constitucional de 1946 trouxe algumas novidades no que tange ao controle de constitucionalidade, valendo citar a regulação do controle por via de exceção no Recurso Extraordinário. Ainda na esteira de Bastos, (1997, p.128) nesta Carta o Judiciário assume funções importantes como a competência para julgamento de Mandado de Segurança – agora tendo garantia constitucional.

Foi com a Emenda Constitucional n. 16 de 1965 que se inaugurou o controle por via concentrada, deixando ao Procurador-Geral da República faculdade de endereçar representação contra inconstitucionalidade ao Supremo.

Conferiu ao Supremo Tribunal Federal a competência para processar e julgar originariamente ações diretas de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou federal, propostas pelo Procurador Geral da República (BULOS, 2008, p.123).

Com a implantação do Golpe Militar em 1964, manteve-se a Constituição de 1946. Contudo, no intuito de buscar “formas jurídicas para sustentar sua legitimidade” (CRUZ, 2004, p.296), o Estado investiu o Ato Institucional n. 01/1964. Ainda que revestida de um caráter totalitário, a Emenda n. 1 de 1969 à Constituição de 1967 é entendida por José Afonso da Silva não como Emenda, mas como verdadeira Constituição:

Teórica e tecnicamente, não se tratou de emenda, mas de nova constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformulado, a começar pela denominação que se lhe deu: Constituição da República federativa do Brasil, enquanto a de 1967 se chamava apenas Constituição do Brasil (2011, p. 89).

Dentre as mudanças oriundas de várias Emendas, importante salientar a Emenda 7/77, que outorgou ao Procurador Geral da República a possibilidade de

dirigir ao Supremo sua dubiedade com relação à exegese de lei ou ato estadual e municipal (BULOS, 2008, p.123).

2.3.1 Constituição de 1988 e o Controle de Constitucionalidade

As diretrizes do controle constitucional na “Carta Magna” vigente merece especial tópico. Convocada em 1985, através da Emenda Constitucional de número 26, a Assembleia Constituinte inicia o projeto de elaboração de novo texto constitucional sem nenhum anteprojeto que servisse como orientação ou até mesmo estímulo. Com isto passou a Assembleia a receber “*Propostas Populares*” advindas de organizações e instituições sobre os mais variados assuntos. Interessante citar a crítica do doutrinador Ivo Dantas (2001, p. 351) em sua obra *Instituições de Direito Constitucional Brasileiro*, que de uma forma mais conservadora, pondera sobre a falta de “anteprojeto tecnicamente elaborado” fazendo incidir sobre o texto constitucional “profunda presença de grupos de pressão os mais variados”.

Por sua vez, Paulo Bonavides e Paes de Andrade (1991, p. 475), na obra *História Constitucional do Brasil*, relatam que foi a Constituinte de 87 que obteve a maior participação popular, entre sugestões e emendas por meio de milhões de assinaturas enviadas ao Congresso, mas que não necessariamente tenham sido adotadas as inúmeras propostas populares.

À parte desta influência popular, internamente criaram-se Comissões Temáticas para estudo e criação dos diferentes temas da nova Constituição. Após longo tempo dispensado à elaboração, foram apresentados os *Projetos “A” e “B”*, este em substituição àquele, entre novembro de 1987 e julho de 1988. Após a discussão dos projetos e envio à Comissão de Redação Final, foi votado o projeto final em 22 de setembro e promulgado em 05 de outubro de 1988 (DANTAS, 2001, p. 348-352. Grifo no original).

A Constituição Federal de 1988 contribuiu grandemente para a evolução do controle constitucional pátrio. Pedro Lenza (2014, p. 284-285) assevera importantes mudanças inseridas. Primeiramente, acrescentou grande número de legitimados a proporem a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn)⁵, prerrogativa

⁵ CF 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

anteriormente apenas do Procurador Geral da República – ampliação que se estendeu à ação declaratória de constitucionalidade (ADC) posteriormente como a Emenda Constitucional 45/2004. Criou-se também a possibilidade de controle constitucional por omissão (ADO), seja de forma concentrada ou incidental (esta via mandado de Injunção), e arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

Mateus Rocha Avelar (2006, p.214) discorre sobre os fundamentos do controle de constitucionalidade ponderando os dois princípios considerados pela maior parte doutrina como basilares. São estes os princípios da rigidez e supremacia da norma constitucional.

A rigidez constitucional é um dos princípios que garantem o caráter de superioridade de uma Constituição.

A rigidez (supra legalidade constitucional) importa na impossibilidade de alteração do texto constitucional por norma de jaez ordinário. Daí a importância de se exercer o controle da constitucionalidade das normas outras, componentes do ordenamento jurídico, já que sua incompatibilidade para com o texto Maior não tem o condão de modificar a obra do Poder Constituinte Originário. Nos estados cujas constituições são do tipo flexível, para a maioria dos doutrinadores não haveria necessidade de se aferir a harmonia das normas comuns para com a Lei Suprema, porquanto a reforma desta se perfaz com legislação de caráter vulgar (AVELAR, 2006, p.214-215).

Paulo Bonavides (2006, p. 83) conceitua o caráter rígido das constituições fazendo um contraposto com as chamadas constituições flexíveis. Diferentemente das flexíveis, que não exigem nenhum requisito especial no ato de reforma, processo semelhante visto nas mudanças e revogações das leis ordinárias – tendo como modelo a constituição inglesa, as constituições rígidas possuem como característica principal a reforma num rito complexo e solene.

No ensinamento do constitucionalista José Afonso da Silva, a rigidez parte do pressuposto de que a constituição se coloca no vértice do Direito no país (2011, p. 45)

A rigidez constitucional decorre da maior dificuldade para sua modificação do que para a alteração das demais normas jurídicas da ordenação estatal. Da rigidez emana, como primordial consequência, o princípio da *supremacia da constituição* [...]. Significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes

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.

são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, por fim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as *normas fundamentais* de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas (Grifo no original).

Tal rigidez e supremacia constitucional implicam em um complexo sistema de controle de constitucionalidade, considerado um *dos modelos de controle mais avançados do mundo* (BULOS, 2008, p.124), visto que este tipo de controle complexo só pode se verificar

[...] onde se haja estabelecido uma formal diferenciação entre as leis constitucionais e ordinárias – de tal forma a reconhecer a superioridade daquela frente a esta – é que existe a necessidade de comprovar a adequação das primeiras frente às segundas[...] (FERRARI, 2004, p.76).

Sabendo que a Constituição de um Estado é rígida e preza pela Supremacia da sua Constituição sobre toda a ordem normativa, resta classificar se o controle que ocorre em determinada circunstância é controle de constitucionalidade formal ou material das leis. Controle formal consiste na análise do cumprimento de todos os aspectos formais e essenciais à elaboração de uma norma jurídica.

O controle formal é, por excelência, um controle estritamente jurídico. Confere ao órgão que o exerce a competência de examinar se as leis foram elaboradas de conformidade com a Constituição, se houve correta observância das formas estatuídas, se a regra normativa não fere uma competência deferida constitucionalmente a um dos poderes [...] (BONAVIDES, 2006, p.297).

Um ato eivado de vício formal, ou seja, um vício que não afeta o conteúdo da norma, e sim o procedimento pelo qual esta passou, seja pela falta de observância de princípios procedimentais ou defeito de competência, pode ser declarado formalmente inconstitucional (MENDES; COLEOH; BRANCO, 2008, p. 1011).

Há controle material, por sua vez, quando o aspecto analisado é o do *conteúdo da norma*. Trata-se de controle criativo e com teor político, pois interfere no conteúdo da norma, procurando adequá-la aos princípios fundamentais (BONAVIDES, 206, p.299). Neste controle, a norma em si possui incompatibilidade com os preceitos fundamentais da Constituição, mesmo que o procedimento que deu azo à norma tenha sido isento de defeitos.

A condição de inconstitucionalidade da norma pode dar-se tanto pela ação quanto pela omissão do legislador no ato de elaboração da norma.

A afronta à constituição pode tanto se dar por um ato positivo dos Poderes Públicos, quanto por sua inércia, que ocorre do silêncio do legislador, por exemplo, ou quando este deixa de regulamentar determinado dispositivo da Constituição que exige, para produzir efeitos, de norma infraconstitucional ulterior (AVELAR, 2006, p. 222).

Ainda, pode ser o controle preventivo ou repressivo. Para Canotilho (2002, p. 895), tudo depende do momento em que entra em vigor⁶ o ato normativo. Se o controle é feito quando a lei ou o que a equivalha é ato imperfeito, ainda carecendo de eficácia, o controle é preventivo. Se o controle é exercido sobre norma devidamente promulgada, plena de eficácia jurídica, então é um controle repressivo, ou nas exatas palavras do constitucionalista, “controlo sucessivo ou *a posteriori*”.

O controle preventivo pode ser realizado pelo Legislativo, nas Comissões de Constituição e Justiça, e pelo Executivo, pelo Veto Jurídico realizado pelo Presidente da República (CF, art. 66, §1º). O controle repressivo pode ser realizado pelo Legislativo⁷, mas via de regra é realizado pelo Poder Judiciário pela via difusa ou de forma concentrada (MORAES, 2014, p. 729).

2.4. CONTROLE CONCENTRADO E CONTROLE DIFUSO

De acordo com o modelo constitucional utilizado no direito brasileiro, ao notar-se possível irregularidade de lei que não esteja em consonância com a Lei Maior, pode a declaração de sua irregularidade, ou seja, de sua inconstitucionalidade, ser arguida em juízo. A arguição pode ser feita de duas formas: por via de ação e por via de defesa (FERRARI, 2004, p. 86).

O controle difuso, também conhecido como controle por via de exceção ou defesa, se dá pela permissão a qualquer juiz ou tribunal de realizar análise

⁶ Na doutrina nacional, majoritariamente sustenta-se que há o controle de constitucionalidade também no período *vacatio legis*, ou seja, antes da efetivação. O *vacatio legis* é o período entre a publicação de uma norma e sua entrada em vigor.

⁷ Art. 49 da CF. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa; Art. 62 da CF. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. § 6º Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subsequentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da casa em que estiver tramitando.

acerca da constitucionalidade do ordenamento jurídico em face da Constituição Federal. Bonavides (2006, p. 303) aponta que o controle por via de exceção ocorre “quando, no curso de um plano judiciário, uma das partes levanta, em defesa de sua causa, a objeção de inconstitucionalidade da lei que se lhe quer aplicar”. A sentença prolatada que irá liquidar o litígio constitucional não anulará a lei. Simplesmente deixa de aplicar a norma no caso em tela, objeto da demanda. É o chamado controle incidental.

Quanto aos efeitos da declaração por meio de qualquer Tribunal, assinala Alexandre de Moraes (2014, p. 733):

Na via da exceção, a pronúncia do Judiciário, sobre a inconstitucionalidade, não é feita enquanto manifestação sobre o objeto principal da lide, mas sim sobre a questão prévia, indispensável ao julgamento do mérito. Nesta via, o que é outorgado ao interessado é obter a declaração de inconstitucionalidade somente para o efeito de isentá-lo, no caso concreto, do cumprimento da lei ou ato, produzidos em desacordo com a Lei maior. Entretanto, este ato ou lei permanecem válidos no que se refere à sua força obrigatória com relação a terceiros.

Há ainda a possibilidade da suspensão, cuja prerrogativa é do Senado Federal, da norma declarada inconstitucional pelo STF a pedido deste (art. 52, X da CF). Teori Zavaski (2014, p. 31-32) alerta que não se deve confundir a suspensão de uma norma com a revogação desta. Quando uma norma é revogada, ela deixa de incidir a partir da revogação, porém seus efeitos são considerados plenamente válidos durante a sua vigência. Diverso é o que ocorre com uma norma suspensa devido à sua inconstitucionalidade, já que é esta considerada nula. Logo, é “norma que nunca incidiu”.

Assim, a declaração de sua inconstitucionalidade pelo Supremo, na via de controle difuso, importa reconhecimento judicial, vinculante para as partes, de que, no caso examinado, não ocorreu a incidência. A resolução do Senado que “suspende a execução” opera a universalização dessa consequência: importa reconhecimento estatal de que a norma em questão jamais teve aptidão para incidir, e portanto, jamais incidiu em qualquer situação.

Alexandre de Moraes (2014, p. 748) leciona que o controle de constitucionalidade concentrado, abstrato ou controle por via direta, inserido, como já dito, em 1965, procura obter uma declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, sendo tal declaração objeto principal da ação, diferentemente do controle difuso, em que há controle de forma incidental ao processo. As ações diretas de

(in)constitucionalidade serão julgadas pelo Supremo Tribunal Federal, Guardião da Constituição.

Com ampla legitimação – conforme citado no item 1.3.2 – e com possibilidade de celeridade, visto que, por meio de cautelar, pode requerer-se suspensão imediata da eficácia do ato normativo questionado, é comum que as grandes celeumas constitucionais sejam resolvidas mediante a utilização desta via direta (MENDES, 1999, p. 80).

Os efeitos da declaração, ao contrário dos efeitos da sentença em via de defesa, produzem efeitos *erga omnes* (para todos) e suas decisões possuem efeito retroativo (*ex tunc*), via de regra. Pode haver, à exceção, a modulação dos efeitos desta sentença, mas será tal prática estudada posteriormente.

2.5. TÉCNICAS DO APPELLENTSCHEIDUNG⁸ NO DIREITO ALEMÃO E DA INCONSTITUCIONALIDADE PROGRESSIVA

Conforme acentuado anteriormente, os institutos em estudo possuem matriz germânica. Cabe por hora identificar a origem destes, seus conceitos e a forma que foram aplicados, para que em momento oportuno seja realizada análise sobre as oportunidades em que o Judiciário brasileiro as adotou ou situações em que poderia adotar.

Ao lado da declaração de nulidade, presente na Lei do *Bundesverfassungsgericht* em seu artigo 78, e da interpretação conforme a constituição⁹, são utilizadas pela Corte Constitucional alemã outras formas de decisão. Quando necessário, costuma-se reconhecer que, pelo advento de uma situação peculiar, uma norma é “*ainda constitucional ou não é ainda inconstitucional*”

⁸ *Appellentscheidung* (decisão de apelo, apelo ao legislador) (MENDES, 1999, p.238), é a decisão que deixa de reconhecer a inconstitucionalidade de uma norma, utilizando do apelo para que o legislador preencha a lacuna existente que impede referida norma de ser considerada constitucional (CRUZ, 2004, p.181).

⁹ Na interpretação conforme a constituição, quando há mais de uma interpretação possível para uma lei, deve-se optar pela que se revele compatível com a Constituição. Desta forma, “se tem, dogmaticamente, a declaração de que uma lei é constitucional com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial (MENDES, 2008, p.1251-1253)”. Marinoni (2014, p. 1202) completa o entendimento desta forma de controle quando alega que a decisão que realiza uma “interpretação conforme” dirime o resultado da interpretação realizada por quem pretende reconhecer a inconstitucionalidade em uma ação, ao declarar que tal norma é, mediante uma interpretação específica, constitucional.

(MENDES, 1999, p.196), indicando ao legislador a necessidade de supressão da parte da norma que lhe confere esta situação de incompatibilidade – às vezes com estipulação de prazo – ou complementação que a supra, quando tratar-se de omissão legislativa.

Ainda nas lições de Gilmar Mendes (1999, p. 239-246), em seus valiosos estudos sobre o Direito Constitucional alemão, identifica-se como ponto de partida na Jurisprudência alemã para a evolução e propagação do Apelo ao Legislador¹⁰, até onde se tem conhecimento, decisão proferida em maio de 1954 pela Corte Constitucional Federal sobre o Estatuto do Sarre. Originalmente pertencendo à Alemanha, o Estado de Sarre foi por alguns anos administrado pela França como espécie de ressarcimento devido pela Alemanha em decorrência dos prejuízos infligidos aos franceses durante a Segunda Guerra Mundial. Com o Estatuto de Sarre pretendeu-se dar autonomia à região que estava sob o domínio francês.

No julgado, restou decidido que, apesar de as “providências legislativas empreendidas com vistas a superar o ‘estatuto de ocupação” (MENDES, 1999, p.239) terem sido consideradas incompletas e com certo grau de deficiência, cooperavam com o paulatino processo de compatibilização da situação jurídico-social com a Lei Fundamental alemã e deveriam por este motivo serem “consideradas ainda constitucionais”. Em poucas palavras, admitiu-se que certa norma se encontrava em situação ainda constitucional, não declarando a nulidade da norma de imediato.

Neste caso, houve “sentença de rejeição de inconstitucionalidade vinculada a uma conclamação ao legislador” para que sane o vício do ato normativo. O apelo ao legislador – criação jurisprudencial, não estando presente nas leis alemãs – pode ser utilizado em ao menos três possibilidades, aventadas por Mendes: a) em vista de mudança de uma relação fática ou jurídica, b) de uma omissão legislativa, ou c) por incerteza jurídica sobre a (in)constitucionalidade de determinada norma.

¹⁰ ‘A expressão “*Appellentscheidung*” foi utilizada, porém, pela primeira vez, no conhecido escrito de Rupp v. Brünneck, de 1970, no qual a antiga Juíza da Corte Constitucional defendeu a pronúncia, em determinados casos, da sentença de rejeição de inconstitucionalidade vinculada a uma conclamação ao legislador para que empreendesse as medidas corretivas necessárias” (MENDES, 1999, p. 239)(sem grifo no original).

Vê-se então que são vários os fatores que podem dar ensejo à utilização desta técnica. Seja em um momento de mutação legislativa, com o advento de uma nova norma constitucional ou uma mudança comportamental significativa da sociedade, dando azo à necessidade de uma reformulação, seja uma omissão do dever de legislar – lembrando que não há interferência neste caso no dever precípua do legislador (CRUZ, 2004, p. 182), e sim o direcionamento de um apelo, de um chamamento do legislador para que, quem sabe, supra uma deficiência legislativa. Por fim, quando não existem indícios suficientes que de uma norma possui vício de constitucionalidade, prefere a Corte manter a utilização da norma, mas deixando subentendido ao legislador de que algo na norma possui imperfeição, e que deixará de declarar inconstitucionalidade até que seja novamente questionada acerca do assunto.

Traduz também como “inconstitucionalização fática ou progressiva de uma norma”, de forma muito esclarecedora, Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2004, p.181-182) em sua obra intitulada *Jurisdição Constitucional Democrática*. Leciona ainda que

[...] O apelo ao legislador constrói o conceito de imperfeição da situação de inconstitucionalidade. Nessa decisão, a Corte reconhece que a lei ainda é constitucional, mas que se encontra num processo de transição e que em breve tornar-se-á inconstitucional [...]. Desse modo, o “apelo ao legislador” assume na Alemanha um caráter de advertência que a Corte Constitucional faz ao Parlamento, deixando claro que estará atenta à evolução dos fatos que conduzirão à modificação da situação de constitucionalidade para inconstitucionalidade. Neste caso específico, a Corte não legisla, mas seu apelo praticamente tem a força do encaminhamento de um projeto de lei [...].(CRUZ, 2004, p.181-182)

No Brasil, a técnica de modulação utilizada pela primeira vez assume nomenclatura diferenciada e também alguns aspectos. Para casos como estes, de leis em trânsito para um estado de inconstitucionalidade, Lenza (2014, p. 353-355) utiliza as expressões “lei ainda constitucional”, “inconstitucionalidade progressiva” e “declaração de constitucionalidade de norma em trânsito para a inconstitucionalidade”.

Cita o autor, como exemplos da aplicação da teoria, assim como Marinoni (2014, p.1197) o faz, situações em que o STF utilizou a técnica, como a da aparente incompatibilidade do artigo 68 do Código de Processo Penal perante a promulgação da CF/88 e do prazo em dobro conferido às Defensorias Públicas no processo penal

enquanto estas não fossem devidamente instaladas. Estas decisões serão analisadas em momento oportuno. Por hora há que se estudar primeiramente seu conceito e aplicabilidade.

Marinoni (2014, p. 1197) dedica em seu livro um tópico especial, intitulado “norma em trânsito para a inconstitucionalidade”, em que diz

Há outras hipóteses em que se questiona norma que, diante da situação concreta em que deve ser aplicada, afigura-se constitucional, mas que, diante da evolução dos fatos, tornar-se-á inconstitucional. Aqui não se trata de preservar os efeitos de norma reconhecida inconstitucional. Na presente hipótese a norma é constitucional, embora a transformação dos fatos a situe na dimensão da inconstitucionalidade. Em outras palavras, os fatos ainda caracterizam a norma como constitucional, embora esteja ela em trânsito para a inconstitucionalidade.

Não seria apenas a transformação dos fatos que ensejaria este processo gradual de inconstitucionalização, mas também a modificação dos valores de uma sociedade e de uma nova percepção geral do direito. Mediante tal técnica, há uma sinalização de que, a partir de dado momento, a norma será finalmente declarada inconstitucional (MARINONI, 2014, p. 1199).

Com possibilidade de utilizar esta forma de flexibilização apenas no aspecto material da norma, ou seja, com relação ao seu conteúdo, diz respeito à inércia do poder legislativo em regular ou corrigir esta deficiência apontada (AVELAR, 2006, p. 221). Quando convocado a decidir sobre a manutenção de determinada norma em que há suspeita de contradição com os preceitos constitucionais, o magistrado poderia deixar de declarar a inconstitucionalidade da norma, mantendo-a enquanto não houver suprimento dos aspectos que dão a esta norma um caráter constitucional – aqui se veem características do apelo ao legislador –, ou quando a mudança da realidade fática por si só emprestar a esta norma um caráter plenamente inconstitucional. Logo, não haveria de se adiantar esta declaração, visto que o processo de inconstitucionalização se daria de forma progressiva, natural e causando menos insegurança jurídica.

Como mencionado anteriormente, o Apelo ao Legislador não possui amparo legal no ordenamento jurídico alemão, sendo criação jurisprudencial. Inclusive não é visto como unanimidade pela doutrina alemã. A utilização do apelo afasta a inconstitucionalidade da norma ao mesmo tempo em que faz um apelo, uma recomendação ao legislador para que se atenha à situação de imperfeição jurídica

gerada por uma omissão sua ou não, e que tome as medidas cabíveis para regularização desta situação jurídica imperfeita, desde que não haja nesta flexibilização violação a nenhum direito fundamental Para o autor André Ramos Tavares (2008, p. 269-270)

Seria um reconhecimento de um processo de inconstitucionalização da norma que a Corte identifica como incompleto, realizando verdadeiro prognóstico de desenvolvimento da compreensão dessa norma[...] evitando o desmantelamento de uma situação já consolidada ou para evitar consequências danosas.

Ainda nas lições do autor, a norma em discussão continua possuindo validade até que, havendo provocação da Corte – visto a exclusividade desta no direito alemão para o julgamento das questões que versem sobre constitucionalidade – o Tribunal entenda “ter-se completado aquela passagem para a inconstitucionalidade”. É a realidade fática que estabelece a (im)pertinência da norma em face da Constituição (TAVARES, 2008, p. 270).

Por ampla que seja a gama de técnicas do controle de constitucionalidade brasileiro (MENDES, 2009), preferiu o STF optar pela utilização de técnica similar baseada no apelo, qual seja, a da inconstitucionalidade progressiva, em situações imperfeitas que se deram pelo ocasionamento de uma nova ordem constitucional.

Em ato posterior às decisões estas que, como dito anteriormente, serão objeto de estudo da terceira parte deste trabalho, foram editadas as Leis 9868/99 e 9882/99, sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade¹¹ e sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, respectivamente.

Ávila (2008, p. 293) cita o Projeto de Lei 2960/97, cuja íntegra se encontra disponível no endereço eletrônico da Câmara dos Deputados e que posteriormente transformou-se na Lei 9869/99. Cita mais especificamente a fase de formulação do artigo 27, que trata da modulação dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade, afirmando que em tal projeto foi “expressamente explicado que os novos modos de decisão no controle das leis foram trazidos da Alemanha”.

Por ser tema recente no controle de constitucionalidade, e não uma criação jurisprudencial com adesão gradual, como foi no sistema alemão, requereu

¹¹ A Ação Declaratória de Constitucionalidade foi criada pela Emenda Constitucional n. 3 de 1993. A lei 9868/1999 regula o processo e julgamento da ADC/Adecon (AVELAR, 2004, p. 228).

várias páginas do projeto de lei com justificativas para a utilização da modulação dos efeitos da sentença. Cita o projeto de lei, na sua vigésima terceira folha, o *Appellentscheidung* como uma das práticas alienígenas de controle que influenciaram a criação do artigo 27 da Lei 9869 de 1999 e também, o artigo 11 da Lei 9882 de 1999, visto que ambos possuem o mesmo texto.

A adoção de novas formas de controle mostra-se essencial para o estabelecimento de um Estado Democrático de Direito de fato, possuidor de um texto constitucional que arbitre as importantes questões sociais contemporâneas de interesse de toda a coletividade. É interessante que sejam estas questões tratadas também “no âmbito de procedimentos judiciais”, obtendo maior quantidade de pontos de vista sobre um mesmo assunto (GUERRA FILHO, 2007 p. 81-83).

Resta então, para o capítulo seguinte, a análise sobre o apelo ao legislador e sua possível aplicação no controle de constitucionalidade brasileiro, e, principalmente, a análise sobre as características do objeto principal de estudo do presente trabalho, a inconstitucionalidade progressiva – esta sim anteriormente utilizada pelo Supremo. Ainda, estudar-se-á a adequação destas formas de controle e de modulação ao controle constitucional brasileiro.

3 INCONSTITUCIONALIDADE PROGRESSIVA, *APPELLENTSCHEIDUNG* E MODULAÇÃO DOS EFEITOS

Associada ao sistema hierárquico de jurisdição, a inconstitucionalidade é o fenômeno que afere avaliação de adequação entre normas ordinárias e a Constituição, referência do ordenamento jurídico. Para André Ramos Tavares (2008, p.188), “a inconstitucionalidade das leis é expressão, em seu sentido mais lato, designativa da incompatibilidade entre atos ou fatos jurídicos e a Constituição”.

Assevera o autor também que tem finalidade de determinar situação em que o legislador se omite em algum aspecto no ato da formulação da norma, bem como indicar discordância entre um ato jurídico e a Constituição. A inconstitucionalidade é expressão empregada ao designar “sanção”, que significa “a nulidade do ato caracterizado como inconstitucional” (TAVARES, 2008, p. 190).

Ao utilizar desta sanção, procura-se “afirmar a obrigatoriedade do texto constitucional e a ineficácia de todo e qualquer ato normativo contraveniente” (MENDES, COELHO; BRANCO, 2008, p. 1003). Para Luís Roberto Barroso (2012, [s.p]), a sua inexistência prejudicaria a característica de obrigatoriedade do conteúdo da Constituição. Posto que nenhum ato legislativo deva ser considerado válido quando contrariar o texto constitucional, tal invalidade tem como resultado a nulidade ou anulabilidade do ato. Nas exatas palavras do autor, a aplicação da sanção de nulidade é necessária em se tratando de uma lei inconstitucional.

Se a Constituição é a lei suprema, admitir a aplicação de uma lei com ela incompatível é violar sua supremacia. Se uma lei inconstitucional puder reger dada situação e produzir efeitos regulares e válidos, isso representaria a negativa de vigência da Constituição naquele mesmo período, em relação àquela matéria. A teoria constitucional não poderia conviver com essa contradição sem sacrificar o postulado sobre o qual se assenta (BARROSO, 2012, [s.p]).

No entanto, com base principalmente no direito constitucional austríaco, juntamente com a evolução e desenvolvimento do direito constitucional em vários países, a máxima da nulidade dos atos inconstitucionais sofreu certa relativização (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 1005).

Via de regra, uma sentença publicada no controle concentrado “irradia efeitos para todos os possíveis destinatários da norma”, tendo esta eficácia *erga*

omnes e efeito vinculante ao submeter às autoridades, tanto ao Poder Judiciário quando à Administração Pública, a obrigatoriedade de aplicação da norma (ZAVASCKI, 2014, p. 64).

Para Uadi Lammêgo Bulos (2008, p. 253), com relação à declaração de inconstitucionalidade, seja na via difusa ou na via concentrada, cada caso em específico exige uma análise de acordo com suas particularidades. Nas declarações por via concentrada, não necessariamente os efeitos serão sempre *erga omnes* (com efeitos gerais) e *ex tunc* – efeitos retroativos, desde a origem da norma, visto que há possibilidade de declaração com efeito *ex nunc* (*a posteriori*, efeitos prospectivos).

Como uma forma de mitigação do caráter rígido do controle de constitucionalidade brasileiro, a modulação dos efeitos da sentença foi introduzida de forma expressa no sistema normativo com o advento das Leis 9.868 de 1999 e 9882 de 1999, que regulamentam as Ações Diretas de Inconstitucionalidade e Constitucionalidade e a Arguição de Descumprimento de Preceito Constitucional, respectivamente.

Ocorre que a inconstitucionalidade progressiva fora utilizada pelo STF anteriormente à edição das referidas leis. Para compreender os motivos que levariam o judiciário a (re)utilizar a inconstitucionalidade progressiva em detrimento de outras técnicas de flexibilização no controle de constitucionalidade, o Capítulo tratará sobre as semelhanças e as diferenças entre a modulação dos efeitos, o “apelo ao legislador” e sua relação com a inconstitucionalidade progressiva.

3.1 DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA SENTENÇA

Tendo em vista que os institutos da inconstitucionalidade progressiva e do apelo ao legislador foram conceituados no capítulo anterior (ver item 2.5), é necessária uma breve explanação sobre a criação e as características da modulação dos efeitos da sentença, em que pese ser também uma alternativa à declaração de inconstitucionalidade com efeito *ex tunc*.

Baseado em alguns precedentes do STF com relação à atenuação do caráter radical da teoria da nulidade (BARROSO, 2012, [s.p]), resolveu por bem o legislador finalmente regular o tema.

Editada em 11 de novembro de 1999, a Lei 9.868 trouxe ao Supremo a possibilidade de desenvolver técnicas como o apelo ao legislador e a declaração de incompatibilidade das leis com a Constituição (ÁVILA, 2008, p. 293). A possibilidade aventada se encontra na redação do seu artigo 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.

Zavascki (2014, p. 67) explica o papel do STF ao efetuar um juízo de ponderação na aplicação da técnica da modulação dos efeitos. Esta ponderação se dá entre os valores em colisão, quais sejam, a inconstitucionalidade de uma norma e a segurança jurídica/excepcional interesse social. Busca-se então o equilíbrio entre estes valores na decisão a fim de chegar à limitação da eficácia executiva de uma declaração de inconstitucionalidade. A eficácia executiva, também denominada de eficácia instrumental, no ensinamento de Zavascki (2014, p. 65)

[...] está relacionada às consequências da decisão no plano da realidade prática, ou seja, do comportamento que, em decorrência da declaração judicial da validade ou da invalidade da norma, deverão adotar daí em diante os seus destinatários, especialmente as autoridades administrativas e judiciais submetidas ao seu efeito vinculante.

Barroso (2012) leciona que o art. 27 da Lei n. 9.868/99 possui previsão equivalente à que se vê na Constituição portuguesa em seu art. 282.1¹² e ao artigo 31 da Lei Orgânica da Corte Constitucional alemã. Em uma explicação mais completa

¹²**Art 282.** 1. A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado.

2. Tratando-se, porém, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infração de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última. [...]

4. Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n.os 1 e 2.

O dispositivo permite, portanto, que o Tribunal: a) restrinja os efeitos da decisão, excluindo de seu alcance, por exemplo, categoria de pessoas que sofreriam ônus ponderado como excessivo ou insuportável, ou ainda impedindo a retroação sobre determinado tipo de situação; b) não atribua efeito retroativo a sua decisão, fazendo-a incidir apenas a partir de seu trânsito em julgado; e c) até mesmo fixe algum momento específico como marco inicial para a produção dos efeitos da decisão, no passado ou mesmo no futuro, dando à norma uma sobrevida (BARROSO, 2012, [s.p]).

A restrição dos efeitos da decisão a que se refere o autor, tanto à data do trânsito em julgado ou em outro momento entre a criação da lei e sua declaração de inconstitucionalidade, se faz necessária nos casos em que a nulidade de todos os atos fundados na lei inconstitucional seria demasiadamente prejudicial a todas as partes envolvidas em qualquer negócio jurídico sob a sua égide.

Marinoni (2014, p. 1145) também esclarece quanto às diferentes formas de flexibilização que a modulação permite

[...] a decisão pode isentar determinados atos ou situações dos efeitos retroativos, decidir que os efeitos apenas serão produzidos com o trânsito em julgado ou ainda decidir que os efeitos apenas serão produzidos a partir de determinada data ou eventos futuros. Há, em tais casos, efeitos retroativos limitados, efeitos prospectivos propriamente ditos e efeitos prospectivos a partir de determinado evento.

A importância da criação da modulação é explicada por MENDES (2009, p. 08) como uma inovação a um sistema jurídico que necessitava de uma forma de controle que abarcasse questões complexas:

Antes desta inovação, a falta de um instituto que permitisse estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade acabava por obrigar os Tribunais, muitas vezes, a se absterem de emitir um juízo de censura, declarando a constitucionalidade de leis manifestamente inconstitucionais.

A modulação de que trata o artigo acima, utilizada em situações em que o excepcional interesse social se sobreporia à simples declaração anulando todos os atos jurídicos desde a criação da norma ou quando uma declaração de inconstitucionalidade *ex tunc* poderia gerar uma instabilidade jurídica prejudicial à coletividade ou a determinado grupo de pessoas, apesar de seu caráter claramente mais flexível, somente é acionada em questões extremas.

Além da obrigatoriedade do preenchimento de pelo menos um dos pressupostos do artigo 27 – segurança jurídica ou excepcional interesse social – para que não seja declarada eficácia *ex tunc* da norma inconstitucional, é necessário

o *quórum* de dois terços dos membros do Supremo aprovando a medida. Observa-se nesta situação basicamente uma restrição à utilização da modulação, agora de cunho procedimental. Apesar da existência de vários julgados na Jurisprudência sobre a utilização da modulação, nas palavras do jurista Luís Roberto Barroso (2012), “o dispositivo, a bem da verdade, tem sido utilizado com cautela e parcimônia”.

O artigo 11 da lei 9882/99, que regula o instituto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental previsto no §1º do art. 102 da CF, possui a exata redação do art. 27 da lei 9868/99. Tendo intuito de “complementar o sistema de controle de constitucionalidade” brasileiro, visto que é utilizada para “evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público¹³” (art. 1º) ou “quando for relevante o fundamento de controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual, ou municipal” (inciso I), a ADPF pode gerar uma declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo com modulação dos seus efeitos, tendo estes efeitos outro marco inicial (MENDES, 2007, p. 56).

Posteriormente, adveio o artigo 4ª da lei 11.417 de 2006, que regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante e que atribuiu ao STF a possibilidade de restringir os efeitos de uma súmula com efeito vinculante, por decisão de 2/3 de seus membros, ou de decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público. É o que preceitua Pedro Lenza (2014, p. 901)

Na mesma linha da regra da modulação dos efeitos da decisão prevista no art. 27 da Lei n. 9.868/99 (ADI), o art. 4.º da Lei n. 11.417/2006 estabelece que a súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público.

A segurança jurídica de que tratam os artigos referentes à modulação nas leis 9.868 e 9.882, ambas de 1999, é uma pretensão do Direito que deve ser analisada de acordo com o contexto social atual. Trata-se de um importante princípio constitucional implícito no sistema, que remete à ideia de um Estado de Direito,

¹³ “Consideram-se ‘ato do Poder Público’ causador de lesão a preceito fundamental, não apenas os de natureza normativa, mas os de caráter individual, inclusive os de natureza jurisdicional” (ZAVASCKI, 2014, p.19).

necessário para manter uma ordem jurídica. A segurança jurídica nada mais é do que “um valor fundamental que se embasa na *certeza do direito* como princípio norteador da ordem jurídica positiva” (FERRARI, 2004, p. 307-309. Grifo no original).

O excepcional interesse social, outro princípio que fundamenta a modulação, refere-se aos interesses que beneficiam a coletividade.

Assim, quando a lei se refere à tutela do excepcional interesse social, não quer dizer a tutela do interesse de uma parte, que é um interesse secundário, mas que é comprovada a existência do interesse público o primário capaz de legitimar sua resolução, e que o Tribunal, no momento de determinar a extensão dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, está obrigado a respeitá-lo, isto é considerá-lo (FERRARI, 2004, p.313).

Não há a necessidade da comprovação destes dois requisitos concomitantemente para que o STF declare, desde que haja *quórum* suficiente, a modulação dos efeitos, pois apenas um já seria motivo suficiente. Com relação ao excepcional interesse social assinala ainda Ferrari (2004, p.321) que

[...] o trabalho do juiz não deve estar limitado a um processo meramente lógico, mas deve conter grande grau de conhecimento sociológico das realidades atuais, o que significa que sua função não é mecânica, isto porque além do raciocínio lógico dedutivo, deve ater-se ao desenvolvimento do instituto jurídico, ao costume e às convicções sociais vigentes, inspirado no ideal de justiça e de bem-estar.

Estes motivos determinantes são similares às razões que levaram o Judiciário a utilizar a Inconstitucionalidade Progressiva – e levariam também à aplicação do Apelo ao Legislador – e procuram atingir o mesmo fim, ou seja, flexibilizar os ditames do controle de constitucionalidade em prol de um equilíbrio entre o princípio da soberania constitucional, norteador de um Estado Democrático de Direito e a efetiva proteção aos direitos fundamentais.

3.2 DISTINÇÕES ENTRE OS INSTITUTOS

Apesar de serem técnicas que possuem semelhança em alguns aspectos, as características diferentes entre a modulação, o apelo ao legislador e a inconstitucionalidade progressiva podem explicitar melhor a escolha por uma ou por outra técnica na decisão dos efeitos de uma declaração.

3.2.1 Aplicação nos controles abstrato e concreto

Que a modulação ocorre no controle de constitucionalidade abstrato não há o que discutir, visto que ela está prescrita nas normas reguladoras de quatro ações diretas, quais sejam, a ADC, a ADIn, ADO e a ADPF. Ocorre que, com uso da analogia, sobrevieram algumas decisões utilizando a modulação dos efeitos da sentença no controle concreto.

A aplicação da modulação na via incidental teve início com o RE 197.917-8/SP, que abriu precedentes para outros julgados, na oportunidade em que o Ministério Público do Estado de São Paulo (MPSP) pleiteou a redução do número de vereadores do município Mira Estrela, com a justificativa de que a Lei Orgânica Municipal desrespeitava a CF, dado o número desproporcional de vereadores para uma cidade com menos de 3.000 habitantes. Pleiteava o MP a diminuição de onze vereadores para nove.

O Supremo, ao entender que de fato havia desproporcionalidade, declarou de forma incidental a inconstitucionalidade do artigo da Lei Orgânica que regulamentava o número de vereadores. Porém, ao invés de declarar a inconstitucionalidade imediata, como seria a regra, optou pela modulação temporal dos efeitos da decisão. Justificou o STF que a declaração de inconstitucionalidade com efeitos retroativos traria grande instabilidade ao município, tanto política quanto financeira, gerando a nulidade de todos os atos realizados desde a edição da norma, visto que várias legislaturas já haviam ocorrido¹⁴.

Moraes (2014, p. 747) discorre sobre a modulação em controle incidental

Entendemos que, excepcionalmente, com base nos princípios da segurança jurídica e na boa-fé, será possível, no caso concreto, a declaração de inconstitucionalidade incidental com efeitos *ex nunc*, desde que razões de ordem pública ou social exijam. (Grifo no original)

Ao contrário da modulação, a inconstitucionalidade progressiva foi utilizada até então somente em casos concretos, como em Recursos Extraordinários e *Habeas Corpus*. Caso seja mais adequada a utilização da inconstitucionalidade progressiva do que a modulação, não há nada que impeça que ocorra a aplicação desta técnica também no controle abstrato de normas. Assim como haveria a

¹⁴ STF. RE 197917, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 31/03/2004, DJ 21-05-2004 PP-00034 EMENT VOL-02152-02 PP-00390.

possibilidade, caso o judiciário brasileiro entendesse ser mais apropriado, de utilizar o apelo ao legislador tanto no controle difuso quanto no controle concentrado. Logo, não seria este um fator que preteriria a inconstitucionalidade progressiva em face da modulação, visto que todas estas técnicas podem ser utilizadas tanto no controle concreto ou difuso quanto no controle abstrato ou concentrado.

3.2.2 Da relação com o Legislativo

A principal diferença, e motivo que torna o apelo ao legislador diferente da modulação dos efeitos e da inconstitucionalidade progressiva, visto que é pressuposto que define o instituto, é a característica de direcionamento ao legislador do caso em exame para que supra a insuficiência legislativa que causa a condição de inconstitucionalidade, de imperfeição.

A Corte Constitucional alemã tem no apelo a chance de afirmar que a norma se encontra em processo de inconstitucionalização, mas que com a intervenção imediata do Legislador esta situação poderia ser corrigida. “O legislador deveria atuar, porém, para evitar a conversão desse estado imperfeito ou de uma situação ainda constitucional em um estado de inconstitucionalidade” (MENDES, 2009, p. 9).

Em se tratando da modulação não há essa previsão, ou seja, não é direcionada orientação ao legislador, visto que já há a declaração de inconstitucionalidade. Apenas os seus efeitos ocorrem em momento diferente ao da criação da norma. O que o *Appellentscheidung* faz é justamente evitar a declaração de inconstitucionalidade e requerer que o Legislativo supra a deficiência constatada, às vezes com estipulação de prazo.

Vale lembrar que não há ofensa à separação de poderes, visto que a intenção jamais é a de exercer a função precípua do legislador, que é legislar, mas sim direcionar a este omissão e permitir que a corrija, ao invés de simplesmente declarar a inconstitucionalidade de uma lei.

De fato, a diferença entre uma costumeira declaração de inconstitucionalidade e uma decisão com apelo, é que na primeira o órgão responsável pela decisão *pode* encaminhá-la ao Senado (VASCONCELOS, 2012, [s.p]) para que este, querendo, suspenda a norma declarada inconstitucional na via

incidental, no todo ou apenas em parte, e estenda eficácia *erga omnes* à decisão¹⁵ (Art. 52. X da CF). Há possibilidade, por tratar-se de ato político, de o Senado decidir pela não suspensão da norma (BARROSO, 2012).

Já na inconstitucionalidade progressiva, a utilização da técnica também está ligada à manutenção de um estado de fato (ZAVASCKI, 2014, p. 135). Utilizada no controle de uma norma posterior à Constituição, por exemplo, teria sua justificativa no fato de que, mesmo que no momento de sua criação ela tenha sido compatível com o texto constitucional, diante de uma nova realidade social pode esta norma vir a ser considerada incompatível.

Nota-se então que neste caso, que não há sentido em optar por um apelo ao legislador ou até mesmo informá-lo, porque não há nessas situações a necessidade de modificar ou alterar a norma, posto que ela é utilizada somente por tempo suficiente até que a situação que a pôs em cheque se concretize, então gradualmente a sua inconstitucionalidade seria constatada e então formalmente declarada.

3.2.3 Da estipulação de prazo

A falta de estipulação de prazo é a principal característica da inconstitucionalidade progressiva que a difere das outras formas de flexibilização da declaração de inconstitucionalidade.

Na modulação há a declaração de inconstitucionalidade e não há mais discussão acerca da inconstitucionalidade da norma ou ato. Trata-se agora de decidir a partir de qual momento esta declaração passará a valer. Se os efeitos da declaração se darão a partir do trânsito em julgado da ação que a declarou, ou se em momento diverso. Cabe aqui a lição de Zavascki (2014, p. 67)

O que o Supremo faz, ao preservar determinado *status quo* formado irregularmente, é típica função de juiz. Ao modular os efeitos da sentença, cumpre enfatizar, o STF não atua no plano da eficácia *normativa*, já que não nega a nulidade *ex tunc* da norma declarada inconstitucional; atua, sim, no plano da eficácia *executiva* da sua decisão, para impor limites às consequências da sua declaração (grifo do autor).

¹⁵ No controle abstrato, não há necessidade de requerimento de suspensão ao Senado. Na lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2008, p.43), não há necessidade da suspensão de eficácia da norma declarada inconstitucional visto que, além de possuir efeitos *erga omnes*, a sua decretação é imediata.

No apelo, a recomendação ao legislador pode se dar com estipulação específica de prazo ou não. Em ambas as hipóteses, a Corte Constitucional somente se manifestará sobre o assunto em questão se for novamente provocada a respeito.

Já no caso da inconstitucionalidade progressiva, não há a fixação de prazo para que a lei deixe de produzir seus efeitos. Não há declaração de inconstitucionalidade e nem de constitucionalidade, apenas deixa-se de declarar. Como não há previsão do exato momento em que a norma tornar-se-á inconstitucional, deve-se apenas aguardar até que haja a completa transição entre a constitucionalidade e a completa inconstitucionalidade, visto que desta forma, a norma estaria cumprindo de forma muito mais satisfatória a sua finalidade.

A estipulação de prazo para que a norma deixe de vigor é incompatível com as características da inconstitucionalidade progressiva justamente pelo fato de que o progresso da situação constitucional para situação inconstitucional se dá de forma inevitável. Não há possibilidade de prever a data específica em que tal situação ocorreria, logo, tal estipulação seria apenas uma prolação de uma situação de inconstitucionalidade que poderia ser evitada. Que deveria ser evitada.

Afinal, o desejo do julgador ao decidir pela técnica é a segurança jurídica que a manutenção da norma busca atingir. Manutenção esta que deve persistir não até o final de um prazo estipulado, mas enquanto não sobrevier uma mudança definitiva, seja ela social, econômica ou estrutural que justifique o fim da aplicação da norma e finalmente a declaração de sua inconstitucionalidade.

Sempre lembrando que a nulidade de todas as relações jurídicas realizadas durante a vigência e aplicação da norma posta em cheque é a regra absoluta do controle constitucional, e que a inconstitucionalidade progressiva só poderia ser aplicada em casos excepcionais e após minuciosa consideração por parte do julgador, com relação ao respeito aos preceitos constitucionais e dos vários elementos que compuserem o caso concreto.

Percebe-se que há maior flexibilidade por parte da inconstitucionalidade progressiva (pela falta de estipulação de prazo e falta de declaração) e do *Appellentscheidung* (também pela falta de declaração acerca da constitucionalidade) do que por parte da modulação.

3.2.4 Dos efeitos temporais

Outro aspecto que difere estes institutos é o momento em que ocorrem de fato os efeitos de uma decisão sobre inconstitucionalidade de lei. Apesar de existirem situações em que a modulação dos efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade tenha efeitos após a decisão que a declarou, como no RE 197.917-8 (ver item 3.2.1), em que a norma impugnada teve seus efeitos perdurados por ainda algum tempo, ou seja, com efeitos *pro futuro*, a modulação, em regra, flexibiliza a inconstitucionalidade em seus efeitos numa projeção para o passado. Pode ser da data da sentença, o ingresso da ação ou momento outro.

Já no apelo ao legislador não se declara a inconstitucionalidade, apela-se simplesmente para uma ação futura do legislador para que este proceda a correção da norma eivada de vício. Já a inconstitucionalidade progressiva tem seus efeitos para o futuro. Há em verdade a progressão futura da inconstitucionalidade de acordo com a evolução dos fatos e com a ocorrência de circunstâncias que permitam por fim a nulidade da norma sem que isso traga prejuízos maiores à coletividade.

3.2.4 Da declaração de inconstitucionalidade

Avelar (2004, p. 108) menciona que uma declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade (ao menos momentaneamente), “implica um juízo afirmativo da inconstitucionalidade da norma inquinada”. Este é o caso da modulação dos efeitos da sentença. Situação diversa ocorre com o apelo ao legislador, já que, assim como na inconstitucionalidade progressiva, não há a declaração de inconstitucionalidade – pelo menos no momento da decisão.

Sendo a declaração de inconstitucionalidade uma das principais características que difere a modulação das outras duas formas de decisão em estudo, e sabendo que tanto o apelo quando a inconstitucionalidade progressiva não declaram a inconstitucionalidade da norma, tendo em vista que esta foi inspirada naquela, resta saber definitivamente o que difere estas duas últimas técnicas.

No artigo “As modernas formas de interpretação constitucional”, publicado na Revista *JusNavigandi* em 1998, Celso Ribeiro Bastos conclui que as recentes formas de interpretação constitucional têm “como fundamento o princípio da

economia e como escopo a busca de uma interpretação que compatibilize a norma tida como ‘inconstitucional’ com a Lei Maior”. Isto ocorre porque em algumas ocasiões uma declaração de inconstitucionalidade produz danos maiores do que sua manutenção.

O autor ainda destaca como formas de interpretação constitucional a declaração de constitucionalidade de norma em trânsito para a inconstitucionalidade, a mutação constitucional, a interpretação conforme a constituição e a “declaração de inconstitucionalidade com apelo ao legislador”. A declaração de (in)constitucionalidade é apenas a nomenclatura utilizada, pois como várias vezes demonstrado, não há de fato uma declaração.

Na norma em trânsito para a inconstitucionalidade, basta uma “alteração” fática para que ocorra a transição necessária entre um estado ainda constitucional a um estado plenamente inconstitucional. No apelo, simplesmente procura-se direcionar o legislador a questão suscitada antes de qualquer declaração por parte do Judiciário.

Na declaração de constitucionalidade de norma em trânsito para a inconstitucionalidade e a mutação constitucional, o Supremo Tribunal Federal não vê ainda na norma uma inconstitucionalidade evidente, porque ela mantém parte de sua significância ainda em contato harmônico com a Constituição Federal. Mas a Corte Suprema a sinaliza com a expressão em "trânsito para a inconstitucionalidade" é dizer, ela está a um passo da inconstitucionalidade, bastando para tanto apenas alguma alteração fática. [...] Já na declaração de inconstitucionalidade com apelo ao legislador, busca-se não declarar a inconstitucionalidade da norma sem antes fazer um ‘apelo’ vinculado a ‘diretivas’ para obter do legislador uma atividade subsequente que torne a regra inconstitucional harmônica com a Carta Maior. Incumbe-se ao legislador a difícil tarefa de regular determinada matéria, de acordo com o que preceitua a própria Constituição Federal. (BASTOS, 1998).

Para finalizar esta parte comparativa, inclui-se um quadro com o intuito de resumir e organizar os aspectos inerentes a cada técnica de decisão, em que não há a declaração imediata de nulidade da norma eivada de vício, e principalmente os pontos que as diferenciam.

Quadro 1 – Comparativo das técnicas de decisão judicial em controle de constitucionalidade

	Modulação	Apelo	Inconstitucionalidade Progressiva
Aplicação nos controles abstrato e concreto	Permite a sua aplicação em ambos. Seja por previsão em lei (abstrato), seja por analogia (concreto).	Nada impediria sua aplicação nas duas formas de controle constitucional.	Já foi utilizado na via incidental e não há característica que a impeça de ser aplicada em via de ação.
Atuação do legislador	Não há uma ligação direta com o legislador.	É característica que define a técnica do Apelo.	Não há uma ligação direta com o legislador.
Quanto à declaração de inconstitucionalidade	Há declaração, porém seus efeitos correm em momento diverso da criação da norma.	Não há declaração de (in)constitucionalidade da norma. Deixa-se de declarar.	Não há declaração de (in)constitucionalidade da norma. Deixa-se de declarar.
Dos efeitos temporais	Geralmente os efeitos não modulam para o futuro	Os efeitos se dão após a decisão judicial, com ou sem estipulação de prazo.	Os efeitos são para o futuro, sem estipulação de prazo.
Estipulação de prazo	Pode fazer parte da decisão, caso sejam os efeitos declarados <i>pro futuro</i> .	Pode haver estipulação de prazo para que o Legislador corrija a norma, mas não é requisito obrigatório.	Não há, pois apenas a evolução gradual dos fatos permitiria a inaplicabilidade da norma.

Fonte: Elaborado pela autora.

A opção do Judiciário por esta vertente – inconstitucionalidade progressiva – mostra amadurecimento e flexibilização do Judiciário. Ao reconhecer que uma norma está transitando entre uma situação de duvidosa constitucionalidade a uma situação de plena inconstitucionalidade, mas sem declará-la nula, o julgador preocupa-se em deixar de invalidar a norma, no mesmo passo que não requer a sua correção, procurando não intervir no papel precípua do legislador – o que ocasionaria desarmonia entre os poderes. Tal afirmação será demonstrada no capítulo seguinte através de estudo do Habeas Corpus 70.514-6, do Recurso Extraordinário 137.328-7, e do voto do Ministro Edson Fachin no R.E. 635.659.

4. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL: INTRODUÇÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE PROGRESSIVA NO CONTROLE CONSTITUCIONALIDADE

Tendo sido abordadas origem, as características e a inserção da inconstitucionalidade progressiva, através principalmente dos estudos do controle de constitucionalidade do direito alemão realizados pelo doutrinador Gilmar Mendes, o terceiro capítulo tratará dos julgados que aderiram à técnica em estudo, e as situações sociais e jurídicas à época que foram fundamentais para que a referida técnica fosse aplicada.

Para que seja possível visualizar os motivos que levaram o STF a adotar as técnicas da norma em trânsito para a inconstitucionalidade, é crucial um levantamento sobre a criação e a implementação das Defensorias Públicas a partir da Constituição Federal de 1988, visto que as duas primeiras decisões a utilizarem tal instituto se deram pelo ocasionamento desta nova Constituição e a gradual implementação das Defensorias previstas no texto constitucional.

4.1 IMPLEMENTAÇÃO DAS DEFENSORIAS E O SEU APARELHAMENTO

A Constituinte de 1988 instituiu a Defensoria Pública, organizada em três ramos: Defensoria Pública da União, defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios e Defensoria Pública dos Estados. Apesar de ser órgão que, em vários Estados, possui precariedade em suas instalações ou no número de defensores, destaca-se como “um dos poucos países que erige a Defensoria Pública, por mandamento constitucional, à condição de carreira de Estado” (OLIVEIRA, 2007, p.71).

A Defensoria Pública está prevista no Artigo 134 da CF, com redação dada pela emenda constitucional 80/2014

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

Art. 5º, LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos; (BRASIL, 2014b).

Ocorre que a gradual implementação das defensorias em todos os Estados da Federação não se deu instantaneamente, muito pelo contrário. E é tão relevante a prescrição na Constituição Federal de um órgão tão essencial quanto as defensorias, que o fato destas não estarem de fato reguladas e implantadas, dá azo a várias problemáticas.

Entender que o pleno funcionamento das defensorias no Brasil se deu de forma tardia e crucial para a análise dos dois primeiros julgados a seguir, visto que as duas decisões se deram pelo ocasionamento de uma nova Constituição e teriam sua solução no mesmo instante: quando houvesse o aparelhamento das defensorias Públicas levando à mesma efetividade que possui o Ministério Público.

4.2 DO PRAZO EM DOBRO DAS DEFENSORIAS E O HC 70.514-6

A primeira oportunidade em que o Judiciário, mais especificamente o Supremo Tribunal Federal, resolveu utilizar a técnica da norma ainda constitucional se deu no julgamento do Habeas Corpus 70514/RS, em 23 de março de 1994. O HC impetrado pela Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul em favor de dois réus, buscava demonstrar a ilegalidade da declaração de intempestividade de recurso de apelação pela Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS).

De relatoria do Ministro Sydney Sanchez, o HC tratava, dentre outros assuntos, da discussão sobre a constitucionalidade do § 5º do artigo 1º da Lei 1060/50, que trata dos requisitos para concessão de justiça gratuita processual, cujo texto foi acrescentado pela Lei nº 7.871/89.

Nos Estados onde a Assistência Judiciária seja organizada e por eles mantida, o Defensor Público, ou quem exerça cargo equivalente, será intimado pessoalmente de todos os atos do processo, em ambas as Instâncias, contando-se-lhes em dobro todos os prazos (BRASIL, 2016k)

Vê-se que o artigo confere prazo em dobro às Defensorias Públicas em todos os atos praticados por ela. Ocorre que na ocasião, sendo o prazo do réu de cinco dias para a interposição, e tendo esta ocorrido no sexto dia, deveria ter o recurso sido recebido, posto que é o que prescreve o § 5º, art. 1 da Lei supracitada. Como mencionado anteriormente, não foi este o entendimento da Terceira Câmara do TJRS. A norma em questão teve sua constitucionalidade contestada em face do

princípio constitucional do contraditório e do tratamento isonômico entre as partes que decorre deste princípio.

Durante o julgamento, foi no voto do Ministro Moreira Alves que se encontrou a primeira menção à construção da Corte Constitucional Alemã. Nas palavras do ministro, depreendidas diretamente do Inteiro teor da ementa, “uma lei, em virtude das circunstâncias de fato, pode vir a ser inconstitucional, não o sendo, porém, enquanto essas circunstâncias de fato não se apresentarem com a intensidade necessária para que se tornem inconstitucionais”.

Estas circunstâncias a que se refere o Ministro justificam o tratamento desigual entre Defensoria – dotada de prazos em dobro – e Ministério Público. Qual seja, a recente implantação das Defensorias e sua precariedade ou completa ausência em face dos atributos e da organização do MP, por exemplo.

Em seguida, o Min. Neri da Silva informa aos demais, reforçando os argumentos de Moreira Alves, que à época somente dois Estados da Federação possuíam Defensorias Públicas efetivamente organizadas, com quadro de carreira (Estados do Rio de Janeiro¹⁶ e Mato Grosso do Sul).

Novamente o Min. Moreira Alves teve a palavra e deixa claro que o prazo em dobro para os defensores só continuaria a ser permitido enquanto esta circunstância de fato (precariedade/inexistência das defensorias) perdurasse. Posteriormente, a norma permissiva se tornaria inconstitucional.

Vale mencionar que o Ministro Marco Aurélio teve seu voto vencido no julgamento, visto que concluiu ser o dispositivo em questão inconstitucional. Mais especificamente asseverou que “ou uma norma, aplicável de forma linear, é constitucional, ou não é, não se podendo, guarda da Carta, partir para a potencialização do subjetivismo [...]”. Ou seja, não votou no sentido de aguardar uma vontade política (implantação ou aperfeiçoamento das Defensorias).

O Ministro Carlos Velloso por sua vez vota no sentido de não declarar a inconstitucionalidade do prazo em dobro à defensoria em todos os seus prazos por estar esta desaparelhada em relação ao Ministério Público. Cita também a técnica do apelo e o prazo que pode ser concedido ao legislador, mas opta por uma decisão

¹⁶ O Estado do Rio de Janeiro possui a mais antiga Defensoria Pública do país, instalada em 1954, com 50 anos de atuação (OLIVEIRA, 2007, p. 71).

si et in quantum – tanto quanto baste (no caso, enquanto as defensorias não fossem devidamente estruturadas).

O Min. Marco Aurélio levantou por sua vez uma importante questão acerca da aplicação da lei ainda constitucional. Questionou este o fato desta evolução ocorrer Estado por Estado, no passo que enquanto em alguns estados a norma seria aplicada, simultaneamente em outros já não haveria mais necessidade, posto que devidamente aparelhados e em funcionamento.

E foi a esta conclusão que chegaram no fim do julgamento deste HC, o qual foi concedido, visto que foi rejeitada a arguição de inconstitucionalidade e mantido o prazo em dobro às defensorias ainda não aparelhadas e considerada a lei ainda constitucional, mas que se encaminhava para a inconstitucionalidade.

O fato de a aplicação da inconstitucionalidade progressiva não ter sido aprovada com unanimidade pelos Ministros, mostra que houve receio, de certa forma, ao flexibilizar o controle de constitucionalidade da norma. Ocorre que, ao ponderar entre a evidente carência das defensorias e o caráter rígido do controle de constitucionalidade brasileiro, esta decisão foi essencial para cumprir a verdadeira essência da assistência judiciária aos hipossuficientes por parte das defensorias públicas, que apesar de sua implementação ter sido tardia – como no Estado de Santa Catarina, por exemplo – teve como escopo alcançar outro princípio indispensável, o da ampla defesa.

4.3 A RECEPÇÃO DO ART. 68 DO CPP E O RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 135.328-7/SP

Em segunda oportunidade, o Supremo apreciou a recepção do artigo 68 do Código de Processo Penal perante a Constituição Federal, aventada no RE 135.328-7/SP. O artigo 68 tem em sua redação que “*Quando o titular do direito à reparação do dano for pobre (art. 32, §§ 1º e 2º), a execução da sentença condenatória (art. 63) ou a ação civil (art. 64) será promovida, a seu requerimento, pelo Ministério Público*” (BRASIL, 2016h). Trata-se da ação civil *ex delicto*.

A ação civil *ex delicto* nada mais é do que “o procedimento judicial voltado à recomposição do dano civil causado pelo crime” na esfera Cível (OLIVEIRA, 2014, p.183). Ocorre quando a prática de um crime atinge também o patrimônio, moral ou

econômico, tanto da vítima quanto de um terceiro atingido. Nestes casos, pode haver tanto a restituição do bem material, ou o ressarcimento, quanto da parte que deixou de lucrar por motivo de ausência do objeto. Já quando o patrimônio moral é atingido, a reparação dar-se-ia por meio de indenização por dano moral.

A celeuma se encontra no fato que o CPP data do ano de 1941. A criação das Defensorias Públicas se deu com a Constituição Federal de 88, ou seja, todas as normas anteriores ao texto constitucional são sujeitas à não recepção pelo texto constitucional caso sejam incompatíveis com seus preceitos.

Como o artigo 68 do CPP prevê a legitimidade ativa do Ministério Público para promover a ação civil *ex delicto* quando o autor for hipossuficiente, e o artigo 134 da CF/88 prevê a Defensoria como um órgão incumbido “da orientação jurídica e defesa, em todos os graus, dos necessitados [...], a razão de ser da legitimação do Ministério Público (pobreza do titular da ação civil) evidentemente deixou de existir” (OLIVEIRA, 2014, p.197).

A atribuição inicialmente dada ao Ministério Público na redação do Artigo 68 do Código de Processo Penal quando se tratavam de ações civis “*ex delicto*” foi repassada às defensorias públicas.

Em 1994, pôde o Supremo Tribunal Federal utilizar pela segunda vez a inconstitucionalidade progressiva como forma de resolução da problemática enfrentada no que tange à legitimidade ativa nas ações *ex delicto* quando o autor for carente em recursos.

Antes de partir para a análise do Julgado, resta analisar a sua origem. Em uma ação civil *ex delicto* proposta pelo Ministério Público contra o Estado de São Paulo, em que a família de um ex-presidiário buscava reparação pela fuga mal sucedida deste e sua conseqüente morte, o requerido entrou com agravo na Primeira Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo alegando que o agravado, Ministério Público, não possuía legitimidade ativa para propor referida ação indenizatória, posto que fugia de sua alçada esse tipo de patrocínio, ficando então a cargo da Defensoria Pública a partir da promulgação da Constituição de 88 (BRASIL, 2014b).

Foi negado o provimento pelo TJSP, que aludiu à norma do artigo 68 do CPP sobre a legitimidade ativa do MP. O Colegiado aludiu também ao artigo 129 da

Constituição Federal, entendendo ser esta legitimidade compatível com as finalidades do *parquet*.

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...]
IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas. (BRASIL, 2014b)

Em face da decisão do TJSP, no RE formalizado pelos procuradores do Estado de São Paulo, sustentou-se que não fazia mais parte das atribuições do Ministério Público a previsão do artigo 68 do Código de Processo Penal, visto que com o advento da Constituição Federal, mais precisamente no Artigo 134, caberia à Defensoria Pública a orientação e a defesa em todos os graus dos necessitados, na forma do artigo 5º LXXIV.

No julgamento do RE, o Relator do STF Marco Aurélio¹⁷ não viu dentre as funções do MP elencadas no rol do artigo 129 da CF a de propor a ação *ex delicto*, em discordância do entendimento do Tribunal de Justiça paulista, por ser este um caso de direito individual e disponível, apesar da hipossuficiência da parte autora. Teve o voto do Ministro Marco Aurélio a concordância e conseqüente acompanhamento de voto dos Ministros Francisco Rezek, que entendeu não ser próprio do âmbito do MP a defesa do hipossuficiente nestas ações, e do Ministro Velloso.

De outro lado, o Ministro Celso de Mello entendeu pelo não provimento do recurso, entendendo também que inserido no inciso IX do artigo 129 da Constituição se encontrava a legitimidade nas ações de reparação de danos pelo Estado, por se tratar de questão de elevado valor social, necessitando da assistência do Ministério Público.

Acompanhando o raciocínio do Ministro Celso de Mello, também não reconhecendo o provimento do recurso, estava o Min. Sepúlveda Pertence. Destarte, foi o primeiro a aludir em seu voto – após pedir vista dos autos processo – sobre a situação de deficiência na implantação e funcionamento das Defensorias Públicas à época, aludindo ao fato de que a origem do processo em questão era de São Paulo, Estado que não possuía ainda Defensoria Pública.

Entendeu o Ministro que a legitimidade deveria ser transferida do MP para as Defensorias. Porém tal situação só poderia se concretizar onde e quando

¹⁷ Interessante atentar-se ao fato de que o Ministro Marco Aurélio, relator deste RE, foi voto vencido no HC 70.514 que utilizou da inconstitucionalidade progressiva.

organizadas as Defensorias, de direito e de fato. Até lá, aplicar-se-ia o artigo 68 do CPP.

O terceiro voto, de forma breve, que não conheceu a procedência do recurso, foi do Ministro Sidnei Sanches. Ocorre que foi o primeiro a aludir o julgamento do HC 70514, anteriormente analisado. O quarto voto partiu do Ministro Néri da Silveira, concordando com a legitimidade temporária do MP e com a falta de defensorias instaladas, apesar de decorridos seis anos da promulgação da Constituição.

Já o quinto voto é uma retificação do Ministro Velloso, que anteriormente havia votado pelo conhecimento do recurso, atestando ilegitimidade ativa do Ministério Público. Por último, o Relator Marco Aurélio, após muito considerar, decidiu retificar seu voto, no que o Min. Moreira Alves fez o mesmo, decidindo ambos em não conhecerem do recurso, o que originou uma votação unânime pelo não provimento e subsistência do art. 68 nas condições supracitadas.

Ao utilizar na ementa a expressão “subsistência temporária da legitimação do Ministério Público”, o STF exemplifica em uma frase a essência da inconstitucionalidade progressiva, que é a manutenção de lei contrária ao previsto constitucionalmente em prol de uma resolução mais justa e eficaz, sempre se atendo à busca da viabilização de um direito constitucionalmente previsto, ou seja, a assistência judiciária aos necessitados – artigo 5º da CF.

Se ao invés de declarar o artigo 68 do CPP uma norma em trânsito para a constitucionalidade, tivessem os Ministros do STF seguido o primeiro voto do Ministro Marco Aurélio e declarado ilegitimidade do MP, inútil teria sido a razão de ser do Artigo 5º, pois de nada adianta a previsão de um direito se não pode ser assegurado pelo Estado quando o mesmo for ineficiente na sua implantação.

Visto que não havia Defensoria Pública em São Paulo na época, não poderiam os anseios e necessidades do hipossuficiente serem atendidos e principalmente, teriam estas desvantagens em relação à outra parte processual, visto que bem equipada.

Dado o caráter recente das instalações das defensorias em alguns Estados e sua completa ausência em alguns outros, a utilização da teoria da inconstitucionalidade progressiva pelo STF para dirimir os problemas quanto à legitimidade ativas nas ações – entre Ministério Público e Defensoria Pública, foi

importantíssima no que tange à praticidade da medida e à conseqüente não invalidação do artigo 68 do CPP.

Tal prática de forma alguma desrespeita uma norma ou outra, até porque não legitima a norma incompatível com a Constituição, e sim utiliza uma interpretação mais verossímil com a realidade jurídico-social, para que as necessidades da grande parcela da população que precisa de assistência jurídica por não possuir meios financeiros possa ser satisfeita de forma mais ampla e eficaz.

Vê-se que a utilização da inconstitucionalidade progressiva no seguinte caso foi importantíssima, tanto no caso em tela quanto em outras oportunidades posteriores em que foram abordadas a legitimidade do MP e o prazo em dobro às defensorias, utilizando estes dois primeiros julgados como parâmetro¹⁸. De acordo com a alteração do *status quo*, em que as defensorias foram sendo instaladas em alguns estados e aperfeiçoadas em outros, o artigo “suspensão” de sua inconstitucionalidade tornou-se gradativamente inutilizável.

4.3.1. Críticas à nomenclatura

O doutrinador de Direito Processual Penal, Eugênio Pacelli, aponta que de um “ponto de vista rigorosamente jurídico”, a solução dada pelo STF no R.E. 135.328-7 não convence porque a progressividade se daria com relação à revogação, não à inconstitucionalidade, posto que a norma é anterior à CF vigente, além de questionar o autor também as limitações hermenêuticas e de aplicação do Direito que esta solução traz. Apesar dos questionamentos, por fim o autor destaca que a utilização da inconstitucionalidade progressiva se faz necessária.

¹⁸ Neste sentido: STJ - REsp: 66982 SP 1995/0026313-0, Relator: Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Data de Julgamento: 24/02/1997, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 24.03.1997 p. 9022;

STJ - REsp: 180890 SP 1998/0049297-6, Relator: MIN. SALVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Data de Julgamento: 17/09/1998, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 03/11/1998 p. 172;

STJ - AgRg no REsp: 289030 MG 2000/0122787-4, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 29/03/2001, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 11.06.2001 p. 208;

STJ - EREsp: 232279 SP 2000/0037203-0, Relator: Ministro EDSON VIDIGAL, Data de Julgamento: 01/07/2003, CE - CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJ 04.08.2003 p. 205
RNDJ vol. 46 p. 130
RSTJ vol. 170 p. 40;

TJ-PI - ACR: 201000010051086 PI, Relator: Des. Sebastião Ribeiro Martins, Data de Julgamento: 22/03/2011, 2a. Câmara Especializada Criminal.

Como se percebe, porém, a solução da Suprema Corte busca, na verdade e unicamente, a acomodação dos diversos interesses em disputa, revelando-se de ordem eminentemente política – função, aliás, à qual ela não pode, em certa medida, jamais renunciar. (PACELLI, 2014, p.198)

Pedro Lenza (2014, p. 355) também discorre sobre a *não recepção do artigo 68*, fazendo um comentário à nomenclatura inconstitucionalidade progressiva utilizada no caso de a norma em discussão ser anterior à Constituição vigente. Diz o autor que a terminologia utilizada pelo Supremo, no caso do RE 135.328 (ponto 4.3.), não deve ser considerada a mais adequada, “uma vez que, por se tratar de ato editado antes de 1988 (art. 68 do CPP), referido dispositivo seria revogado por não recepção”. Sendo então uma modulação do momento da revogação da lei, nestes casos pode a técnica ser intitulada, segundo o autor, de *lei ainda constitucional e em trânsito para revogação por não recepção*.

O fato de a nomenclatura inconstitucionalidade progressiva não ser a mais correta no caso acima, não significa que está errada. Caso seja ela utilizada em uma norma pós-constitucional, como no caso que será analisado a seguir, à sua nomenclatura não se tecem críticas.

4.4 RECURSO ESPECIAL 58658-MG

Após a explanação das duas primeiras decisões que consideraram as Defensorias Públicas insuficientemente organizadas a ponto de justificarem a manutenção de uma norma não recepcionada pela Constituição de 88, é imprescindível citar o acórdão do REsp 58658 oriundo do Estado de Minas Gerais, que decidiu de modo adverso, o fato de as defensorias naquele estado estarem aparelhadas.

Autor deste Recurso Especial, o MP de Minas, na condição de substituto processual, ajuizou ação reparatória de dano decorrente de ato ilícito (ação *ex delicto*). A sentença de primeiro grau extinguiu o processo sem julgamento de mérito, dada a ilegitimidade ativa do MP. O Tribunal de Alçada do estado manteve a sentença pelos mesmos motivos da sentença, bem como os embargos infringentes propostos, cujo fundamento utilizado merece destaque.

Ao declarar a ilegitimidade do *Parquet*, a decisão denegatória dos embargos tem no seu final o seguinte texto:

Ora, continuar o Ministério Público com legitimidade ativa “ad causam” para propor ação de indenização “ex delicto” em favor de vítima pobre, é preterir a função constitucional da Defensoria Pública, esvaziando o campo de suas atividades específicas, numa verdadeira subversão da ordem constitucional.

Após os três recursos infrutíferos, o MP apresentou o REsp tendo como fundamento o fim visado pelo artigo 68 do CPP, alegando que este se harmonizava com as atribuições conferidas ao Ministério Público no texto constitucional (Art. 129 da CF).

No julgamento do REsp, em 10 de setembro de 1996, na 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça – apenas dois anos após a utilização da inconstitucionalidade progressiva pelo Supremo – o relator sustenta que, apesar de o Supremo ter se pronunciado a respeito da recepção do artigo 68 do CPP, a hipótese de permissão do artigo supracitado não se aplicaria no Estado de Minas Gerais, posto que a Constituição Estadual contém disposições a respeito da organização das Defensorias em toda comarca e que tal dispositivo era anterior à Constituição/88. Logo, não haveria motivo para a postergação da revogação da legitimidade do MP em situações em que poderia atuar o Defensor Público, já que as defensorias atuavam de forma satisfatória.

O recurso não foi conhecido, por unanimidade dos votos, embora as motivações tenham sido diferentes. O Relator Ministro Barros Monteiro reconheceu como plenamente aceitáveis as instalações das Defensorias de Minas, negando a legitimidade do MP. Já os Ministros Cesar Asfor Rocha e Fontes de Alencar não conheceram do recurso por entenderem que se tratava de matéria constitucional e que o Recurso Especial em questão não havia se afeiçoado.

Pelos votos destes dois últimos, *pode-se* entender que caso o STF houvesse discutido o mesmo pedido, a decisão teria sido diversa. Tendo sido a justificativa da manutenção do Artigo 68 única e exclusivamente a carência das Defensorias nos Estados em que os processos eram oriundos, a conclusão mais acertada é a de que o STF teria decidido pelo mesmo motivo: a instalação das Defensorias no estado de Minas Gerais se deu de forma satisfatória e que a ilegitimidade ativa do MP nas ações civis ex delicto não prejudicaria o princípio do acesso à justiça, visto que este se concretizaria pelas defensorias instaladas.

4.4. VOTO DO MIN. FACHIN NO RE 635.659

Por anos não houve uma realidade jurídica em que a inconstitucionalidade progressiva pudesse ser utilizada além da celeuma imposta pela não instalação das Defensorias Públicas em vários Estados da Federação. O Recurso Extraordinário 635.659/SP de 2011 trouxe a oportunidade de novamente este instituto ser considerado, e tal fato ocorreu com o voto-vista do Ministro Luiz Edson Fachin.

Trata-se de um RE de grande repercussão jurídica, social e midiática interposto pelo Defensor Público-Geral do Estado de São Paulo em face do acórdão do Colégio Recursal do Juizado Especial Cível da comarca de Diadema, no Estado de São Paulo. O acórdão manteve a condenação do réu representado pelo Defensor Público, que havia sido condenado por crime de porte de drogas para consumo e pessoal. Entendeu o Colegiado, ao contrário do Defensor, que o artigo 28 da Lei 11.343¹⁹ era constitucional, não cabendo as alegações de que a condenação pela simples posse se tratava de ofensa ao princípio da intimidade e da vida privada e ao princípio da lesividade do Direito Penal.

Alegou o Defensor, na interposição do RE, que havia violação sim a direito fundamental na redação do Art. 28 Lei nº 11.343/06 ao artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal (*são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*). Ainda, salienta que a Constituição garante ao cidadão o direito ao porte de drogas para consumo, visto que, nestes casos, não há desrespeito a outrem e sim apenas uma escolha inerente da vida privada do usuário. Requereu o Defensor a absolvição do réu por atipicidade da conduta e a declaração de inconstitucionalidade do art. 28 de forma incidental.

Após o reconhecimento, em dezembro de 2011, da repercussão geral da matéria em discussão²⁰, e após já ter o Min. Rel. Gilmar Mendes proferido voto, a

¹⁹ Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. § 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica (...).

²⁰ Art. 102, § 3º da CF. No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a

que deu provimento ao recorrente, o absolvendo e declarando a inconstitucionalidade do artigo 28, Fachin pediu vista, no segundo semestre de 2015, para que pudesse proferir seu voto acerca da constitucionalidade ou não da criminalização do porte de maconha – visto que é este o objeto do recurso – para uso próprio.

Dentre os vários argumentos lançados pelo ministro, destaca-se a corrente de que no consumo de drogas, a proteção dispensada aos cidadãos deve ser feita com base em campanhas educativas e preventivas, com a execução de políticas públicas de cuidado à saúde dos usuários abusivos e nunca com a punição por uma “conduta autodestrutiva do cidadão”. Não cabe, de acordo com o voto do Min. a punição aos usuários como forma de prevenção e reprovação às condutas excessivas decorrentes do uso. Para cada conduta ilegal, o Direito Penal já prescreve uma sanção específica. Caso o usuário cometa um delito ou infração, com finalidade de sustentar seu vício ou em decorrência deste, deve por isto ser punido, nada mais.

Por fim, vê que na atuação do Poder Público, da sociedade das famílias entre outras partes da sociedade a atenção e cuidado à saúde dos usuários de substâncias viciantes e prevenção às crianças e aos adolescentes.

Após toda a argumentação, Fachin vota pelo provimento parcial do recurso a fim de declarar a inconstitucionalidade sem redução de texto do art. 28, absolvendo por atipicidade o réu, assim como votou o Relator Gilmar Mendes, mas apenas com relação ao porte para consumo próprio da substância em pauta, no que as demais drogas ilícitas devem continuar proibidas. Declarar como função do legislador – e aqui se vê traço do apelo ao legislador – estabelecer as quantidades que sirvam de critério para discriminação entre usuário e traficante.

Finalmente, no item III do voto, o Ministro vota pela declaração de inconstitucionalidade progressiva no que concerne a permanência da tipificação criminal com relação à produção e comercialização da droga objeto do recurso até que se suceda a regulamentação da referida conduta por parte do legislador. Enquanto não criadas as diretrizes que regulamentariam a produção e comercialização da droga, posto que não há congruência em declarar o uso legal e a

sua produção ilegal, permaneceriam as cominações do art. 33²¹ e demais artigos punitivos da lei em questão. Sustentado a utilização da inconstitucionalidade progressiva, estaria o artigo 33 em um estado de constitucionalidade, mas transitando para um estado de inconstitucionalidade em uma questão de tempo.

O Ministro poderia ter optado pela modulação para o futuro, por exemplo, estipulando prazo de alguns meses para que o legislador procedesse às medidas necessárias, mas não o fez. Ocorre que tal estipulação seria por demais insegura. A inconstitucionalidade progressiva tem exatamente esta característica, a de não estipular de prazo, visto que muitas vezes não há como prever quando a situação estaria corrigida, ou seja, quando não for mais necessária a utilização da norma para manutenção da segurança jurídica.

²¹ Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

5 CONCLUSÃO

Das inevitáveis lacunas jurídicas e de eventuais lapsos na aplicação das leis presentes no ordenamento, surge a necessidade, por parte do julgador, de encontrar formas menos convencionais de decisão a fim de se chegar a solução mais benéfica possível. A inconstitucionalidade progressiva se destaca de outras formas de flexibilização do controle constitucional justamente pela não estipulação de um prazo. Foi desta forma que se chegou à resolução dos dois primeiros exemplos estudados no presente trabalho. Após estes julgados, durante muito tempo o julgador não encontrou situação jurídica na qual a utilização da inconstitucionalidade progressiva fosse a via mais adequada.

A discussão sobre a inconstitucionalidade da tipificação da posse de drogas trouxe através do voto do Ministro Edson Fachin esta possibilidade, visto que somente percebia-se a utilização do instituto com relação às Defensorias Públicas, seja no prazo em dobro garantido a estas ou na legitimidade ativa do Ministério Público no lugar das Defensorias nas ações civil *ex delicto*.

Não declarar imediatamente a visível inconstitucionalidade de uma norma e considerá-la eficaz e aplicável até que haja plena adequação da realidade fática, é essencial para que a eventual inaplicabilidade da norma em questão não prejudique as partes interessadas sem necessidade, mesmo que se tenha que mitigar o princípio da nulidade dos atos inconstitucionais por meio da ponderação entre este e o princípio da segurança jurídica, por exemplo.

A partir do momento em que a evolução dos fatos faz com que a situação de insegurança que permitia a manutenção de um dispositivo irregular deixe de existir, a norma que transita da condição de ainda constitucionalidade para a absoluta inconstitucionalidade finalmente encontra o fim de sua aplicabilidade. E deste modo, de uma forma menos prejudicial que a simples declaração de inconstitucionalidade, em que os danos decorrentes da declaração poderiam ser inumeráveis.

Outro ponto característico da inconstitucionalidade progressiva, é que uma mesma norma pode ter eficácia para alguns e ao mesmo tempo não ter nenhuma para outros, como é o caso do terceiro julgado analisado. O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais optou por não utilizar a inconstitucionalidade progressiva e considerar o artigo 68 inconstitucional, posto que a saída do referido

dispositivo do ordenamento não afetaria sobremaneira as pessoas contempladas pelos serviços da Defensoria neste Estado em particular.

Através da comparação entre a inconstitucionalidade progressiva, o apelo ao legislador e da modulação, tem-se uma clara diferenciação entre estas técnicas, com o fim de entender a aplicação da técnica em estudo quando um caso específico exige uma solução que vá além da nulidade de uma norma por meio de uma declaração de inconstitucionalidade. Tanto poderá se dar no RE 635.659 (descriminalização do porte de drogas para consumo) que está em curso, caso opte-se por esta técnica ao final do seu julgamento, ou em qualquer outra situação que exija uma decisão mais ponderada por parte do julgador.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Trad: Luís Afonso Heck. **Constitucionalismo discursivo**. 2. ed. rev. Porto Alegre: Liv. do Advogado Editora, 2008. 166p.

AVELAR, Matheus Rocha. **Manual de direito constitucional**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2006, 304 p.

ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, 623 p.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em: <<https://www.academia.edu/4837963/O-Controle-de-Constitucionalidade-no-Direito-Brasileiro-2012-Luis-Roberto-Barroso>>. Acesso em 16 abr. 2016.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª ed. Apl. E atual. São Paulo: Saraiva, 1997, 497 p.

_____. As modernas formas de interpretação constitucional. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 3, n. 27, 23 dez. 1998. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/89>>. Acesso em: 2 nov. 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros: 2006. 808 p.

BONAVIDES, Paulo, ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, 955 p.

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 24 de janeiro de 1967**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em 12 out. 2015.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 08 nov. 2015b.

_____. **LEI 9.868 de 03 de dezembro 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 08 nov. 2015c.

_____. **LEI 9882 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/l9882.htm>. Acesso em 15 nov. 2015d.

_____. Câmara dos Deputados. **Ficha de tramitação do PL-2960/1997**. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrar_integra;jsessionid=D0551AE4B4548819619D169876967B1D.proposicoesWeb1?codt_eor=1130464&filename=Dossie+-PL+2960/1997>. Acesso em 8 nov. 2015e.

_____. Câmara dos Deputados. **Quadro Comparativo entre o texto aprovado em 1 turno, o texto renumerado e revisado, e a redação para 2 turno, organizado pelo Relator, Constituinte BERNARDO CABRAL no Projeto da**

CRFB/88. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-298.pdf>>. Acesso em 12 de out de 2015f.

_____. **LEI 11.417 de 19 de dezembro de 2006.** Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei no 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11417.htm>. Acesso em 17 abr. 2016g.

_____. **Código de Processo Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em 11 de maio de 2016h.

_____. **Supremo Tribunal Federal. Julgamento do Recurso Extraordinário 135.328 SP.** Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=207841>>. Acesso em 03 nov. de 2014i.

_____. **Supremo Tribunal Federal. Ementa do Recurso Extraordinário 135.328 SP.** Relator: Marco Aurélio. Data de Publicação: DJ 20-04-2001

Disponível em <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14705787/recurso-extraordinario-re-135328-sp>> Acesso em 05 nov. 2014j.

_____. **LEI 1.060 de 05 DE FEVEREIRO DE 1950.** Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1060compilada.htm>. Acesso em 16 mai. 2016k.

_____. **LEI 11.343 DE 23 DE AGOSTO DE 2006.** Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em 16 maio de 2016l.

_____. **Supremo Tribunal Federal. Voto-vista do Min. Edson Fachin. Recurso Extraordinário 635.659.** Relator: Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659EF.pdf>>. Acesso em 13 maio 2016m.

_____. **Supremo Tribunal Federal. Voto do Relator Gilmar Mendes. Recurso Extraordinário 635.659.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>>. Acessp em 22 mai. 2016n.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional.** 2ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008, 1501 p.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 6ª ed. Coimbra: Almedina. 2002, 1506 p.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA. Disponível em <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em 24 abr. 2016.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004, 475 p.

DANTAS, Ivo. **Instituições de Direito constitucional brasileiro.** 2 ed. Revista e aumentada. Curitiba: Jaruá, 2001, 552 p.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade.** 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004. 539 p.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional.** 34 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, 398 p.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria Processual da Constituição.** São Paulo: RCS. 2007, 286p.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha.** Porto Alegre: SAFE, 1998, 576 p.

LEÃO, Demetrius Almeida; COSTA, Soraya Ferreira. Modulação de efeitos em sede de controle difuso de constitucionalidade. **Revista Data Venia., v.2 , n°.2, 2009.**

Disponível em:

<<http://revista.uepb.edu.br/index.php/datavenia/article/view/1162/1218>>. Acesso em: 29 de abr de 2016.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado.** 18ª ed. revista atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2014, 1452 p.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 2ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008, 1432 p.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha.** São Paulo: Saraiva, 6ª ed., 1999.

_____. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Comentários à lei n. 9.882, de 3.12.1999.** São Paulo: Saraiva, 2007, 372 p.

_____. Controle de constitucionalidade: uma análise das Leis 9868/99 e 9868/99. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 19, julho/agosto/setembro, 2009. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em 15 nov. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. *In:* SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Curso de Direito Constitucional.** 3.ed., rev., atual e ampl. 2014, 829-1337 p.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, 946 p.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal.** 18 ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014, 1067 p.

OLIVEIRA, Simone dos Santos. Defensoria Pública brasileira: sua história. **Revista de Direito Público, Londrina, V.2, N.2, P. 59-74, maio/ago. 2007.** Disponível em:

<<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/viewFile/11456/10192>>
. Acesso em 17 mai. de 2016

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2011, 928 p.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2008, 1279 p.

VASCONCELOS, Amanda Barreto. Nova amplitude do artigo 52, X, da CF e a abstrativização dos efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade: “Teoria dos motivos determinantes”. **Revista da Esmese, nº 16, 2012**. Disponível em <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/46716/nova_amplitude_artigo_vasconcelos.pdf>. Acesso em 18 abr. 2016.

ZAVASKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, 208 p.