

A MODELAGEM DOS EFEITOS DA DECISÃO DO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE

Manoel Pedro Ribas de Lima

Palavras-chave

Modelagem de Efeitos de Decisão - Controle de Constitucionalidade
- Validade -
Constitucionalismo
- Supremo Tribunal Federal.

Keywords

Decision of Effect of Adjudication - Control of Constitutionality – Validity – Constitutionalism
- Supremo Tribunal Federal.

Biografia

Mestre em Direitos fundamentais e democracia pela UniBrasil (2009).

RESUMO

Buscando responder a questão da constitucionalidade da modelagem dos efeitos da decisão do controle abstrato de constitucionalidade das leis e atos normativos é preciso aprofundar-se a tal ponto em que se coloca em xeque o conceito de validade, conceito chave para a existência da Constituição enquanto base e fundamento de todo o arcabouço normativo. Aceitar este desafio é mover-se entre o espinheiro campo da natureza da Constituição e toda a estrutura institucional que ela representa. Partido de questões pragmáticas, ou seja, quais são as possibilidades de modelagem e como elas se operam dentro do desenvolvimento jurisprudencial dos tribunais e legal do legislativo, este artigo pretendeu responder àquela pergunta da forma mais profunda possível, mergulhando na batalha entre teoria kelseniana, a qual cai, ainda contra a vontade de seu fundador, no liberalismo, e o modelo jurisprudencial norte-americano, que remeta às raízes federalistas da estrutura daquele país. Assim levando em conta as necessidades práticas e a coerência teórica, obtêm-se, como ficará claro como a leitura, uma intrincada resposta, pendendo ora para a necessidade da modelagem e ora sua para parcial inconstitucionalidade.

ABSTRACT

To obtain an answer to the question of the constitutionality of the decisions about the effect of the adjudications of the “abstract control” of constitutionality of the laws and legal acts is necessary to go deep through the concept of validity, the key for the existence of the Constitution as the base and essentialness of all normative structure. Accept this challenge correspond to move itself in the pitfall analysis on the nature of the Constitution and all the institutional structure that it represents. Beginning by pragmatic questions, that is, which are the possibilities of decision and as they operate themselves

inside of the jurisprudential development of the courts and statutes of the legislative one, this article intended to answer to that question of the possible as deep as, diving in the battle between kelsenian theory, which falls, although against the will of its founder, in liberalism, and the North American jurisprudential model, that sends its roots in federalists structure of that country. So, taking in account the practical necessities and the theoretical coherence, answers are gotten, as it will be clearly as the reading, an intricate reply, hanging, on one hand, for the necessity of the decision about the effect and, in the other, to its partial unconstitutionality.

INTRODUÇÃO

Desde a entrada em vigência da Lei n. 9.868 em 10 de novembro de 1.999, que traz o arranjo processual da ação direta de inconstitucionalidade (ADI) e da ação declaratória de constitucionalidade (ADC), a modelagem dos efeitos da decisão do controle abstrato de constitucionalidade está em pauta de discussão. Contra algumas disposições desta lei, dentre elas a modelagem, foram movidas duas ADIs, e há um grande debate por parte dos constitucionalistas em torno deste assunto. Esta temática é fundamental porque o que está em jogo é a própria condição jurisdicional do Supremo Tribunal Federal, órgão competente para a realização do controle de constitucionalidade.

O controle abstrato de constitucionalidade corresponde ao modelo de resoluções de contradições e antinomias existentes entre a legislação infraconstitucional e a Constituição. É abstrato porque aí não deveria existir exame da aplicabilidade de norma ou do caso concreto, isto é, os elementos fáticos ficam afastados. Assim, caracteriza-se este controle por acontecer num processo objetivo – sem partes, e, sim, interessados –, onde se elimina do ordenamento jurídico lei, toda ou em parte, ou ato normativo que fere norma ou direito garantido pela Constituição. A decisão sobre tal contrariedade, de competência originária do Supremo, possui efeito vinculante sobre todos os órgãos estatais e eficácia sobre todos os cidadãos. Tradicionalmente, crê-se que a decisão anula ou declara nula a norma inconstitucional. E nesta modalidade de controle, além dos dois instrumentos acima indicados, também se inclui a argüição de descumprimento de preceito fundamental¹.

Este trabalho destina-se a discutir a modelagem dos efeitos da decisão do controle abstrato de constitucionalidade. Entende-se por modelagem o poder

1 PERTENCE, J. P. S. Jurisdição constitucional, decisões judiciais vinculantes e direitos fundamentais. (Org.) SAMPAIO, J. A. L. Jurisdição constitucional e direitos fundamentais, p. 396 e LEAL, R. S. O efeito vinculante na jurisdição constitucional, p. 73.

que possui o Supremo de determinar a data da retirada da norma do ordenamento jurídico ou, de outro modo, do reconhecimento da validade da norma. Em outras palavras, isto quer dizer que os efeitos da decisão, que é a retirada da norma e dos atos que dela decorreram no caso da inconstitucionalidade ou o reconhecimento da validade de norma com constitucionalidade duvidosa, podem ter seu termo inicial, o momento a partir do qual os efeitos surtirão, escolhidos, seja no passado como no futuro, pelos ministros daquela corte. Assim, os efeitos podem ser tanto retroativos quanto prospectivos. Devido a grande controvérsia, a grande questão a ser levantada é a constitucionalidade da modelagem.

Adverte-se que não serão trabalhados diretamente aqui o efeito vinculante e a eficácia *erga omnes*, característicos da decisão do controle abstrato. O efeito vinculante, dado no parágrafo único do artigo 28 da Lei n. 9.868/1.999 e artigo 102, § 2º, da Constituição, representa a exigência de obediência por parte de todos os órgãos do Estado das decisões do Supremo. Isto é, efeito vinculante dá força de lei para a decisão². Eficácia *erga omnes* é a aptidão da decisão para produzir sobre todos os cidadãos³. A eficácia *erga omnes* é regra, e aceita amplamente, para todas as decisões do controle abstrato desde 1.977⁴. Já o efeito vinculante é aplicado em todo meio de controle abstrato desde a Emenda Constitucional 45, de 2.004. Logo, apesar da proximidade conceitual, ambas as características não estão submetidas à modelagem.

Assim, o trabalho dividir-se-á em seis partes. A primeira apresentará os dispositivos legais que inseriram a modelagem dos efeitos no Direito brasileiro. A segunda apresentará as controvérsias existentes sobre o tema. Para o aprofundamento do tema, serão analisadas as possibilidades de modulações dos efeitos das decisões do Supremo. Em seguida, serão expostas as mudanças sofridas pela configuração da decisão do controle abstrato de constitucionalidade, que possuem importantes reflexos sobre a relevância da modelagem. Na quinta parte colocar-se-á em evidência o significado da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, isto é, dos efeitos propriamente ditos. Tradicionalmente, segundo a doutrina clássica americana, ou ato inconstitucional significa ato nulo ou, para a teoria kelseniana, ato inconstitucional é anulável. Por fim, alcançando a reunião conceitual necessária, tentar-se-á compreender o sentido da modelagem dos efeitos da decisão do controle abstrato de constitucionalidade no vigente sistema jurídico.

2 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Aspectos do direito constitucional contemporâneo, p. 233

3 Ver conceito de eficácia em SILVA, L.V.A. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais, p. 277.

4 MENDES, G. F. Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha, p. 320.

1. DISPOSIÇÕES LEGAIS

É competência do Supremo Tribunal Federal, na guarda da Constituição, julgar, em controle abstrato, as ações direta de inconstitucionalidade (ADIn), a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e, de modo incidental, a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), conforme o artigo 102, incisos I, letra a, e § 1º, com texto dado pela Emenda Constitucional n. 3/1.993, da Constituição Federal. Sob comando do §2º do mesmo artigo, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 45/2.004, as decisões alcançadas nas duas primeiras ações terão efeitos vinculantes e eficácia *erga omnes*.

Com a Lei n. 9.868 de 10 de novembro de 1.999, dispondo sobre o processamento e julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade e das ações declaratórias de constitucionalidade, implantou-se no sistema jurídico brasileiro a modelagem dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal. Com enunciado expresso no artigo 27 desta lei, e sob fundamento da segurança jurídica e excepcional interesse social e através de quorum qualificado de dois terços dos votos, o Supremo tem a faculdade de determinar o termo inicial dos efeitos da sua decisão, podendo ser eles retroativos ou prospectivos.

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Isto significa que, dependendo das condições em que a situação fática e jurídica do caso em julgamento, a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo pode ser *ex tunc*, tornando sem efeitos todos os atos decorrentes de tal norma, *ex nunc*, afastando lei do ordenamento jurídico a partir da sentença, ou *pro futuro*, tendo termo inicial para a retirada da norma inconstitucional uma data futura. O efeito *ex tunc* é regra, as outras são exceções. Com as duas últimas formas de efeitos há a determinação da vigência e da aplicação da lei ou ato normativo inconstitucional por certo lapso de tempo. Esta modelagem foi reproduzida pela Lei n. 9.882 de 03 de dezembro de 1.999, que dispõe sobre a arguição de descumprimento de direito fundamental, em seu artigo 11, *in verbis*:

Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou

decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Em verdade, como fala Gustavo Binbenbom, os artigos que são enunciados normativos para a aplicação da modelagem dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal não se prestam como fundamento para a restrição dos efeitos temporais das suas decisões, e sim direitos derivados de normas constitucionais de dão azo à segurança jurídica e ao interesse social. São tais direitos, encontrados no texto constitucional, os objetos de ponderação e de fundamentação para as decisões do Supremo⁵. Esta afirmação é duvidosa, ao passo que, sem critérios objetivos e por meio não legítimo para tanto (uma lei ordinária), como demonstra a existência de afirmações no sentido de que ao Supremo fora atribuído competência de modo inconstitucional como também para uma atividade incompatível para a Constituição⁶.

Mas o que se percebe com o posicionamento dos constitucionalistas brasileiro é a aceitação da modelagem dos efeitos da decisão do controle de constitucionalidade, como se percebe também no desenvolvimento da legislação. A Lei n. 11.417/2006, que dispõem sobre a súmula vinculante, também adotou a modelagem pelo seu artigo 4º, apenas com a substituição de interesse social por interesse público.

Art. 4º A súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) 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.

Esta substituição conceitual não acarreta nova postura para a modelagem dos efeitos da decisão. O termo interesse social, sendo de baixa densidade jurídica, é apenas veículo para a garantia de direitos constitucionais. Com sua substituição pela expressão interesse público não há a formação de um conceito mais concreto para a possibilidade de modelagem.

5 BINENBOJM, G. A nova jurisdição constitucional: Legitimidade democrática e instrumentos de realização, p. 204.

6 MANDELLI JUNIOR, R. M. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: em defesa do Estado social democrático de Direito. In: (Org.) TAVARES, A. R. e ROTHENBURG, W. C. Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil: recurso extraordinário e arguição de descumprimento de preceito fundamental, p. 239.

2. A QUESTÃO DA CONSTITUCIONALIDADE DA MODELAGEM DOS EFEITOS

As controversas levantadas sobre a modelagem dos efeitos da decisão no controle abstrato de constitucionalidade remetem, inicialmente, a três pontos principais: a nulidade como princípio constitucional implícito, a existência de quorum qualificado como requisito para a modelagem e, por último, o peso dos termos *segurança jurídica e excepcional interesse social*. Cada questionamento decorre do seu antecessor. Tramitam no Supremo duas Ações diretas de inconstitucionalidade, uma movida pela Confederação Nacional de Profissionais Liberais (CNPL) e outro pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), contra o artigo 27 da Lei n. 9.868/1.999⁷. Aqui serão expostas, mas não respondida, cada uma das questões levantadas contra a constitucionalidade da modelagem, não só aquelas formuladas pelas ADIns como também aquelas propostas por alguns constitucionalistas.

2.1 OFENSA À NULIDADE COMO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO

Baseados na suposta existência de um princípio implícito da Constituição, dado a ausência de afirmação expressa, há a afirmação de que é a inconstitucionalidade um modo de nulidade de lei ou ato normativo. Sob este fundamento, ambas as ADIns asseveram que é impossível a modelagem dos efeitos, pois, uma vez nulo a norma, nenhum efeitos esta poderia produzir. Como será melhor analisado, a existência de um princípio da nulidade decorreria do Estado de Direito (artigo 1º da Constituição) e do princípio da legalidade (inciso II do art. 5º da Constituição).

A modelagem significa a vigência por tempo certo de uma norma inconstitucional. Sendo a inconstitucionalidade um caráter ontológico do dispositivo legal, como de fato é⁸, e correspondo tal caráter com a nulidade, jamais houve norma jurídica. Em outras palavras, não é possível considerar uma norma vigente se ela jamais existiu.

A colocação da modelagem no ordenamento jurídico só seria aceitável, segundo a petição inicial da ADIn 2154, por emenda constitucional. Ora, poderia ser dito, a mudança de estrutura e de natureza da declaração de inconstitucionalidade, da

7 Respectivamente ADIn 2154 e ADIn 2258

8 MANDELLI JUNIOR, R. M. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: em defesa do Estado social democrático de Direito. In: (Org.) TAVARES, A. R. e ROTHENBURG, W. C. Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil: recurso extraordinário e arguição de descumprimento de preceito fundamental, p. 242.

forma dada pela Constituição, só poderia ser substituída pela própria Constituição. A modelagem, assim, pode vir a significar a suspensão da Constituição, possibilitando a aplicabilidade de uma norma que a contrarie.

Indo ainda mais longe, a ADIn 2154, tendo uma argumentação mais aguda neste ponto, fala que a confirmação de vigência temporária de lei inconstitucional, sendo esta nula, levaria ao casuísmo, ferindo o inciso I do artigo 5 da Constituição, isto é, a igualdade de todos perante da lei na sua aplicação. A razão para a modelagem, sendo algo excepcional, decorre da singularidade da situação. O efeito da modelagem é a possibilidade de aplicação de uma norma em limites determinados, que, referindo-se a questões mundanas – que só pode existir no espaço-tempo –, afasta a igual aplicação da lei em todo o território nacional.

2.2 A QUESTÃO DO QUORUM

Frente à extraordinária situação, a formação de um quorum qualificado de dois terços para decisão que restrinja os efeitos da declaração de inconstitucionalidade parece ser razoável. Contudo, esta restrição deveria acontecer por requisitos dados pela própria Constituição. A supremacia da Constituição impede qualquer afastamento da Lei Fundamental do ordenamento, sendo assim, a autorização da modelagem tem que derivar da própria Constituição. Os conceitos de segurança jurídica e de excepcional interesse social, presentes no artigo 27 da Lei n. 9.868/1.999, têm que remeter ao texto constitucional. Conseqüentemente, a modelagem significa a aplicação lógica da Constituição. Por que, então, um quorum qualificado?

Roberto Mandelli Junior, fazendo este raciocínio quando considera a modelagem dos efeitos da decisão no caso do artigo 11 da Lei n. 9.882/1.999, afirma não existir nenhuma razão para existir um quorum qualificado, pois, indo mais a fundo, encontra já o artigo 97 da Constituição a exigência do voto da maioria absoluta para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo (cláusula de reserva de plenário)⁹.

Já Gustavo Binenbojm, debruçado sobre a questão, não vê mais que a razoabilidade da exigência de quorum. Todavia, sua oposição a aplicação do artigo 97, dispositivo referido acima, está no fato de que há uma diferença entre a declaração de inconstitucionalidade, que exige maioria qualificada, e pronúncia de anulabilidade. A declaração, sempre remetendo a um dado, logo, com efeitos retroativos, é uma situação ordinária à atividade do Supremo Tribunal Federal. Já a

9 BINENBOJM, G. A nova jurisdição constitucional: Legitimidade democrática e instrumentos de realização, p. 206-207. Ele fala em nulidade no lugar de anulabilidade. Sobre esta questão será resolvida adiante, ver cap. 6.

aplicação de efeitos prospectivos a declaração, algo extraordinário, exigindo maior responsabilidade diante da repercussão política e social, exige uma forma mais rigorosa de decisão¹⁰.

2.3 OS NOVOS TERMOS – SEGURANÇA JURÍDICA, INTERESSE SOCIAL E INTERESSE PÚBLICO

A tipificação de situações que violem a segurança jurídica ou, principalmente, que exijam a quebra da regra (do efeito *ex tunc*) frente de excepcional interesse social, no caso da modelagem dos efeitos das decisões do controle de constitucionalidade, ainda é obscura. Estas expressões eram, até então, estranhas ao ordenamento jurídico nacional¹¹. Contudo, elas aparecem como meios que possibilitam o Supremo Tribunal Federal garantir bem jurídico que considere mais relevante do que o pleiteado; o que, neste caso, leva a manutenção da vigência de norma inválida. A modelagem torna-se, então, um juízo de valor¹².

A questão aqui é que, devido o surgimento da modelagem por lei ordinária, os termos indicados possuem baixíssima densidade normativa. Isto leva a pensar que o legislador ordinário, atribuindo tal encargo ao Supremo Tribunal Federal, pretendeu contraria o princípio constitucional implícito da nulidade de norma inconstitucional¹³.

Ora, sendo afastado o princípio da nulidade, resta a exigência de ponderação, com fundamentos no princípio da proporcionalidade para a prevalência de princípio constitucional relevante. Sob as vestes de interesse social, um princípio constitucional seria então fundamento para a restrição dos efeitos da declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade¹⁴. A superação, se assim poderia ser dito, da noção de nulidade de norma inconstitucional, mantendo-a vigente ainda que inválida, seria arrazoada por normas constitucionais. E a defesa destas normas é de competência do Supremo Tribunal Federal, que para a garantia de direitos, aplicando a modelagem não estaria atuando de forma inconstitucional¹⁵.

Ironicamente, qualquer princípio constitucional pode ser encaixado na

10 STRECK, L. L. Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito, p. 697.

11 ZAVASCKI, T. A. Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional, p. 50.

12 MANDELLI JUNIOR, R. M. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: em defesa do Estado social democrático de Direito. In: (Org.) TAVARES, A. R. e ROTHENBURG, W. C. Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil: recurso extraordinário e arguição de descumprimento de preceito fundamental, p. 241.

13 MENDES, G. F. Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha, p. 394-395.

14 Ver ALEXY, R. Teoría de los derechos fundamentales, p. 527, MENDES, G. F. Ibid., p. 399.

15 ALEXY, R. Teoría de los derechos fundamentales, p. 90.

expressão “interesse social”. E, ainda mais irônico, colocar-se-ia a Constituição contra ela própria. Pois bem, se há a declaração de inconstitucionalidade é porque se pretende proteger a Constituição, por outro lado, restringindo os efeitos em razão da Constituição, estar-se-ia limitando a Constituição. Isso não é contrário a segurança jurídica?

Parece-se ser mais sensato afirmar que ambas as expressões dadas pelas leis são aberturas do sistema jurídico que possibilita maior eficácia da Constituição, dado que, com a modelagem dos efeitos da decisão, trazem a realidade para próximo do ordenamento, e não simplesmente o impor inconsequentemente sobre os fatos.

3. TIPOS DE EFEITOS

Com o disposto no artigo 27 da Lei n. 9.868 de 10 de novembro de 1.999, as possibilidades de determinação, pelo Supremo Tribunal Federal, do termo inicial dos efeitos das decisões proferidas no controle abstrato de constitucionalidade foram imensamente ampliadas. A partir de então, o Supremo Tribunal Federal pode graduar a extensão dos efeitos quase de forma ilimitada. Ele poderá determinar o termo inicial dos efeitos da declaração de nulidade desde entrada em vigência até certo momento futuro. Devido ao delineamento temporal dos efeitos; efeitos estes que correspondem à validade e, conseqüentemente, à eficácia de determinada lei ou ato normativo; haverá inevitavelmente conseqüências espaciais da decisão.

A razão para a modelagem dos efeitos, expressos na lei nos termos *segurança jurídica* e *excepcional interesse social*, devido sua baixa densidade normativa, remeterão a situações concretas (elemento essencial para a ponderação, sendo ela relação de precedência condicionada). Sendo as particularidades de cada caso um elemento mundano, isto é, uma situação acontecida ou a acontecer em certo tempo e espaço, como se verá em alguns exemplos, os efeitos poderão ser focados em determinado espaço-tempo. Como aqui se analisa os efeitos em tese, serão postos os efeitos temporais, únicos passíveis de um trabalho abstrato. A questão do particularismo nas decisões de controle abstrato será colocada em jogo em momento posterior. Também, antes de prosseguir, é preciso advertir que a questão da inconstitucionalidade como nulidade ficará em suspenso.

A primeira forma de efeito a ser visto é o efeito *ex tunc*. Este efeito significa a revogação ou a confirmação de uma lei ou um ato normativo, independentemente de qualquer outro, desde a data de sua entrada em vigência. A lei ou ato normativo, dependendo do conteúdo da decisão, ou é declarado nulo ou tem reconhecida sua validade *ab initio*. Esta declaração possuirá, assim, efeitos retroativos em relação à sentença, já que todos os efeitos de ato nulo nulos também são (*quod nullum est*,

nullum effectum producit).

Se houver declaração de inconstitucionalidade, a possibilidade de aplicação da norma objeto de julgamento será considerada inadmissível em toda e qualquer instância jurisdicional, relação privada ou na atuação de qualquer ente pertencente à esfera estatal. Qualquer ato praticado em função de tal norma, como arrazoado por ela, da mesma maneira será entendido nulo *ipso jure e ex tunc*¹⁶.

Quando declarado inconstitucional certa lei, pode ou não haver efeito repressinatório. Este efeito corresponde o retorno à vigência de lei revogada por aquela que foi declarada inconstitucional. Não havendo repressinatória, ocorrerá a cessação da ultra-atividade da lei inconstitucional¹⁷.

A forma *ex tunc* de determinação dos efeitos da sentença no controle de constitucionalidade é considerada como regra. Este O posicionamento é dominante antes da promulgação da Lei n. 9.868/1.999, antes mesmo da adoção do controle abstrato de constitucionalidade pelo ordenamento jurídico brasileiro. Em toda Corte Constitucional européia que adota o controle *a posteriori*, com eficácia *erga omnes* e exercido por meio de exceção, visualiza-se o mesmo entendimento¹⁸. Independentemente da discussão doutrinária – se esta regra deriva do princípio da nulidade (posto em xeque), ou não –, o Supremo Tribunal Federal fundamenta esta regra como resultado da simples leitura do artigo 27 daquela lei¹⁹.

Porém, em razão do dispositivo objeto de toda a discussão, o Supremo Tribunal Federal poderá determinar o efeito retroativo com ressalvas, onde restarão poupadas da declaração de nulidade algumas situações particulares²⁰.

Segundo ensina Teori Zavascki, percebe-se já no efeito vinculante das decisões proferidas no controle abstrato de constitucionalidade, quanto à limitação dos efeitos, uma peculiaridade do efeito *ex tunc*. A inconstitucionalidade, no caso da ação direta, ou a constitucionalidade, na ação declaratória de constitucionalidade, declarada tem efeito *ex tunc*, contudo, os efeitos temporais são desencadeados com a sentença, a partir da sua publicação, e não no termo inicial da vigência da norma posta em questão, como se vê no artigo 28 da Lei n. 9.868/99.

Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão.

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade,

16 MENDES, G. F. Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha, p. 321.

17 Ibid., p. 395.

18 ROUSSEAU, D. La justicia constitucional em Europa, p. 75.

19 ADIn-ED 483 e ADIn-ED2840.

20 MENDES, G. F. Ibid., p 395.

inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

De fato, a declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade de lei ou ato normativo atinge, no caso do efeito *ex tunc*, todo ato derivado do dispositivo examinado, entretanto, os efeitos, que tem como causa a decisão do Supremo Tribunal Federal, conseqüentemente, terão seu início da publicação²¹.

Por outro lado, sob influência dos dispositivos das constituições de Portugal e da Áustria, o ordenamento pátrio adotou restrições aos efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal no controle abstrato das normas, podendo decidir que eles só tenham seu início a partir do trânsito em julgado ou de outro momento fixado²². Em outras palavras: arrazoado pelo princípio da segurança jurídica ou por excepcional interesse social, a declaração de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade de lei ou ato normativo pode ter efeitos *ex nunc* ou prospectivos em relação à sentença.

As primeiras tentativas de trazer as restrições dos efeitos das decisões do controle de constitucionalidade para a prática jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal datam do ano de 1.977, quando o Ministro Leitão de Abreu, voto vencido, tentou aplicar a teoria da anulabilidade de Hans Kelsen²³. Mais recentemente, o Ministro Maurício Correia também se posicionou favorável a restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em razão do exercício de Corte política judicial de conveniência²⁴.

Todavia, somente a partir da Lei n. 9.868/1.999, seguida pelas Leis n. 9.882/1.999 e n. 11.417/2006, houve o afastamento da tradição do efeito *ex tunc* no controle abstrato de constitucionalidade. Restringindo os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, surgem, segundo Lenio Streck, as espécies de “inconstitucionalidade interrompida” e “inconstitucionalidade por tempo certo”²⁵. Ao falar de inconstitucionalidade interrompida, Streck faz menção ao efeito *ex nunc*, que representa o afastamento do princípio da nulidade. Este afastamento, como relata Gilmar Mendes, é verificado *in concreto*, dado que, se aplicado o efeito *ex tunc*, como é de regra, pode haver um distanciamento maior da vontade constitucional²⁶.

21 ZAVASCKI, T. A. Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional, p. 55.

22 LEAL, R. S. O efeito vinculante na jurisdição constitucional, p. 95.

23 RE 79.343

24 Posição pessoal externada no julgamento das ADIns n. 1.102-2, 1.108-1 e 1.116-2.

25 STRECK, L. L. Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito, p. 693.

26 MENDES, G. F. Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na

Com a possibilidade do efeito *ex nunc*, não havendo efeito retroativo, abre-se margem à formas moduladas de efeitos retroativos da decisão²⁷. Ora, já que o termo inicial pode ser tanto o da entrada em vigência da norma inconstitucional como a data do transito em julgado, por que não poderia ser outro tempo entre elas? É exemplo disto a ADIn 662-2 MG, onde se constatou o pagamento indevido de valores à magistrados e servidores por causa da Resolução n. 114/ 91 do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região – em confronto com os artigos 37, X, e 96, II, alínea “b”, da Constituição –, que teve na declaração de inconstitucionalidade a data da concessão da liminar como termo inicial para a produção de seus efeitos.

Também se observa no direito americano, tradicionalmente defensor dos efeitos *ex tunc*, a prática da chamada *prospectivity*, isto é, a limitação dos efeitos das decisões para a alteração jurisprudencial de precedentes. Os efeitos, carregados de certa retroatividade, podem atingir processos pendentes (*limited prospectivity*); ou ainda, não gerar efeito retroativo algum (*pure prospectivity*). Há ainda aquelas que trazem alterações de jurisprudência (*prospective overruling*), sem retroatividade mas, como efeito, levando ao delineamento de decisões futuras²⁸.

O que fica evidente é que, tratando-se de efeitos da decisão, tanto a declaração de inconstitucionalidade quanto a de constitucionalidade, sempre haverá uma vocação prospectiva, seja habilitando ou desabilitando aplicação de norma no futuro²⁹. O que interessa quanto aos efeitos prospectivos são as decisões em que o Supremo Tribunal Federal reconhece a lei como inconstitucional, mas determina que sua vigência se estenda até o futuro. Não se nega a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo posto em discussão, mas posterga a possibilidade de sua aplicação. Esta decisão tem efeitos *pro futuro*. Streck chamou esta forma de declaração de “inconstitucionalidade por tempo certo”. Outros, como Roger Leal, fala que os efeitos *pro futuro* representam um julgamento de lei *ainda constitucional*.

A função específica deste efeito é de, tolerando uma situação jurídica embasada em lei ou ato inconstitucional, dar tempo ao legislador para que este, em determinado prazo, substituía os parâmetros existentes por normas constitucionais. Não havendo este trânsito, restaria um vácuo normativo, o qual poderia gerar efeitos mais maléficos do que os já existentes com a lei ou ato inconstitucional³⁰.

Como não há fixação de prazo em lei para o termo inicial da produção de efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, fica a cargo do próprio Supremo Tribunal Federal decidir sobre a extensão de tal prazo.

Alemanha, p. 332.

27 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Aspectos do direito constitucional contemporâneo, p. 231.

28 MENDES, G. F. Ibid., p. 398.

29 Ver ZAVASCKI, T. A. Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional, p. 104.

30 LEAL, R. S. O efeito vinculante na jurisdição constitucional, p. 97.

Na prática, seguindo o exemplo do modelo austríaco, o Supremo Tribunal Federal vem determinado como período máximo para o início da produção de efeitos o lapso de dezoito meses. Tem-se que este período é o adequado para que o legislador atue, produzindo a lei que substituirá aquela inconstitucional³¹.

Encontra-se certo número de jurisprudência quanto ao efeito *pro futuro*. Uma situação particular muito citada é a decisão do Supremo Tribunal Federal a qual declarou a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 62 da Lei Orgânica n. 222, de 31 de março de 1990, do Município de Mira Estrela, cidade localizada em São Paulo. Esta lei fixava o número de vereadores acima do número devido, descumprindo a regra de proporcionalidade de tal número à população local, como está estabelecida no artigo 29, IV, da Constituição Federal. Frente ao número excessivo de vereadores em exercício, os quais não poderiam ser removidos de seus cargos por motivos óbvios (a insegurança jurídica que isso levaria, pondo em xeque as decisões tomadas pela Câmara dos Vereadores no período de vigência daquela lei), o termo inicial dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, por recomendação do Ministro Gilmar F. Mendes, foi postergado pelo Supremo Tribunal Federal para a data do fim da legislatura vigente então. Assim, somente nas eleições seguintes seria o número de vereadores estabelecido em conformidade ao determinado pela Constituição³².

Outra situação em que o termo inicial para a produção de efeitos também foi determinado para data futura foi na ADIn 3.022. O artigo 45 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul juntamente com a alínea “a” do anexo II da Lei complementar n. 9.230/1991 do mesmo estado foram postas em discussão. Mais especificamente, o artigo 45 da Constituição daquele estado estabelece assistência judiciária aos servidores públicos que, em razão de sua função, sejam processados civil e criminalmente; como complemento àquele artigo, a alínea “a” do anexo II da Lei complementar n. 9.230/1991 diz ser atribuição da defensoria pública estadual assistir judicialmente, em tal situação, os servidores públicos; disposições estas que conflitam com o artigo 134, que estabelece o modelo de Defensoria Pública a ser seguido, cumulado com o artigo 5º, LXXIV, da Constituição Federal. Segundo o voto do Ministro Joaquim Barbosa, então relator, houve uma extrapolação e desvirtuamento do modelo federal de defensoria pelo Estado do Rio Grande do Sul. A declaração de inconstitucionalidade, proferida na data de 02 de agosto de 2.004, atingiu tão somente alínea “a” do anexo II da Lei complementar n. 9.230/1991, mas o termo inicial dos efeitos da decisão foram determinados para a data de 31 de dezembro do mesmo ano. Segundo Mendes, esta foi a primeira decisão do Supremo

31 MENDES, G. F. Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha, p. 396.

32 RE 197.917, citado por LEAL, R. S. Ibid., p. 97 e MENDES, G. F. Ibid., p. 401.

Tribunal Federal em que a declaração possuiu efeitos *pro futuro*³³.

A última situação pensável quanto a modelagem dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade é aquela decisão que não pronuncia a nulidade. Nesta situação há a suspensão da aplicação da lei inconstitucional, mas com manutenção de sua vigência, e daqueles processos que estiverem em trâmite por um lapso de tempo tido como razoável para aguardar manifestação do legislador, o qual substituirá a lei ou ato normativo inconstitucionalidade por outro em conforme com a Constituição³⁴. O não pronunciamento de nulidade afasta o efeito *pro futuro*, levado em um sentido estrito, pois não se estabelece termo inicial para a produção de efeitos, e, sim, um prazo para estabelecimento de nova lei.

Um exemplo claro desta situação é a ADIn n. 3.316. A declaração de inconstitucionalidade neste caso recai sobre a Lei n.6.983 de 28 de janeiro de 1.998 do Estado do Mato Grosso, pela qual se criou o Município de Santo Antônio do Leste, e a qual entra em flagrante contrariedade com o §4º do artigo 18 da Constituição Federal. Com a redação dada pela Emenda Constitucional 15 de 1.996, a norma constitucional ofendido dispunha que lei complementar federal viria a regular a criação, incorporação, fusão ou desmembramento de Município, e dada a inexistência desta naquela época, restou evidente a inconstitucionalidade da Lei estadual. Contudo, entre o período da criação do Município e a declaração de inconstitucionalidade, ocorrida em 09 de maio de 2.007, a cidade já contava com mais de dois mil habitantes, registros de nascimento e óbito, além de já ter recebido recursos federais, como observou o Ministro Eros Graus, então relator, em seu voto. Isto é, não há como negar a existência de fato da cidade de Santo Antônio do Leste. Sendo assim, a declaração de inconstitucionalidade aconteceu sem o pronunciamento de nulidade da lei, mantendo-a vigente pelo prazo de vinte e quatro meses no qual se aguarda novo regramento.

Desta forma, encontram-se no ordenamento jurídico nacional quatro formas principais de modelagem dos efeitos para a declaração de inconstitucionalidade: aquela que declara a nulidade *ipso iure* com efeitos *ex tunc*; aquela que declara a nulidade mas com determinação do termo inicial a sentença para a produção dos efeitos (efeito *ex nunc*), aquela que declara a nulidade e determina data futura como termo inicial dos efeitos (efeitos *pro futuro*) e, por fim, aquela que declara a inconstitucionalidade mas sem pronunciar a nulidade da lei ou ato normativo (o que, de fato, não leva nenhum efeito).

33 ADIn 3.022. Ver MENDES, G. F. Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha, p. 413.

34 *Ibid.*, p. 395.

3.1 EXCEÇÕES AOS EFEITOS

Independentemente das restrições proporcionadas pela possibilidade de modelagem dos efeitos do controle abstrato, isto é, a determinação do termo inicial para a produção dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, há outros limites para as decisões no controle abstrato de constitucionalidade.

Seguindo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, percebe-se a não invalidação de atos praticados por funcionário investido de cargo público, por força de lei inconstitucional (funcionário de fato), quando inexistente prejuízo, a fim de proteger a aparência de legalidade dos atos em favor da boa-fé de terceiros³⁵. As outras limitações estão presentes no artigo 5º da Constituição Federal, que são a coisa julgada, direito adquirido e o ato jurídico perfeito, por força do inciso XXXVI, e irretroatividade quando a declaração que venha trazer condição maléfica para aquele que é réu em ação penal ou é apenado, conforme inciso XL.

Sendo mais específico quanto a coisa julgada, constata-se a possibilidade de conflito entre o conteúdo de decisão de situação jurídica concreta eternizado pela trânsito em julgado e a o conteúdo da declaração de inconstitucionalidade e/ou constitucionalidade. A garantia da coisa julgada é um direito fundamental, contudo, é contrário à Constituição e aos seus direitos manter inalterada situação fundada em lei inconstitucional. Por outro prisma, a coisa julgada fundada em lei inconstitucional é tão nula quanto à lei inconstitucional. Desta forma, para a conciliação de ambas garantias, a coisa julgada e a própria Constituição, entende-se ser instrumento viável a ação rescisória (art. 485, V, CPC)³⁶. Esta possibilidade deve ser condizente com as possibilidades jurídicas, isto é, deve ser promovida dentro do prazo de dois anos do trânsito em julgado, como é estabelecido no artigo 495 do Código de Processo Civil.

Contudo, o artigo 489 do mesmo Código, com redação determinada pela Lei 11.280/2006, fala que a ação rescisória não impede o cumprimento da sentença, salvo previsão legal ou medida de natureza cautelar ou antecipatória de tutela. Este dispositivo não pode ser levado em conta quando há supervenientemente a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo ao qual se funda a sentença que pode ser rescindida. Porém, seguindo a lógica do artigo 475-L, § 1º, do Código de Processo Civil, a sentença transitada em julgado perde sua exigibilidade quanto está em contradição a declaração de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal

35 CLÈVE, C. M. A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro, p. 251.

36 ZAVASCKI, T. A. Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional, p. 56. MENDES, G. F. Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha, p. 336, e CLÈVE, C. M. A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro, p. 252.

Federal³⁷.

Encontramos no pensamento do grande jurista Enrico T. Liebman a razão para a perda dos efeitos da coisa julgada oriunda de situação particular. Há a distinção entre coisa julgada e efeitos da decisão, com afirmação do jurista italiano. Coisa julgada significa a imutabilidade do conteúdo da decisão para além de seus efeitos formais, representando algo mais profundo do que a mera imputação inerente ao comando que é a sentença. A exigibilidade da sentença é decorrente da sua normatividade; ela não está ligada ao fato de ser declarada, constituída ou modificada determinada relação jurídica³⁸. A perda dos efeitos da sentença não significa a extinção da sentença, apenas a perda da sua imputabilidade.

Tendo esta distinção em mente, Liebman fala que, quando nova lei com efeitos retroativos vier conflitar com a aplicação de sentença transitada em julgado, não é possível a execução desta. E, devido o efeito vinculante e a eficácia *erga omnes* das declarações de inconstitucionalidade e/ou constitucionalidade, a lógica de Liebman prevalece, afinal, “o instituto da coisa julgada pertence ao direito público e mais precisamente ao direito constitucional”³⁹.

Indiferentemente ao andamento cumprimento da sentença, que se inicia quinze dias após o impulso do juízo decorrente do trânsito em julgado (art. 475-J, CPC), entendendo ser coerente a extinção da execução, mesmo decorrido o prazo para a impugnação (art. 475-L, II, CPC), quando houver a declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade (conforme o efeito dúplice da declaração) com efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*, mas não quando os efeitos são *pro futuro*, da lei que fundamenta a sentença da situação concreta.

Contudo, a questão levantada por Gilmar Mendes quanto a distinção entre o ato singular (correspondente a todos os atos particulares como uma sentença), que segundo ele mereceria precedência frente a declaração de inconstitucionalidade e/ou constitucionalidade em razão da segurança jurídica, e a própria declaração, é infundada. Segundo este jurista, e não estando ele só, há uma distinção entre o plano normativo (*Normebene*) e o plano do ato singular (*Einzelaktebene*), que estaria presente no ordenamento pátrio através das fórmulas de preclusão. Isto deixaria inalcançável pela declaração feita quando do controle de constitucionalidade todos os atos singulares não passíveis de revisão⁴⁰. A preclusão da impugnação do cumprimento de sentença bem como o dos embargos na execução extrajudicial,

37 Ver também art. 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil, referente às execuções fiscais.

38 LIEBMAN, E. T. Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada, p. 51.

39 Ibid., p. 55.

40 MENDES, G. F. Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha, p. 336 e CLÈVE, C. M. A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro, p. 253.

diferentemente da prescrição da ação rescisória (em razão da garantia fundamental da coisa julgada – antes de tudo uma questão jurídico-positiva), não podem ser limites aos efeitos da declaração feita no controle de constitucionalidade. Isto porque a preclusão não corresponde a perda de vigência da sentença, mas sim a perda da eficácia⁴¹. Não há, nem pode haver, esferas normativas distintas dentro do mesmo ordenamento jurídico.

A afirmação de Zavascki de que nestes casos há a “modificação de estado de direito” deve ficar em suspenso, dado que esta afirmação depende da identificação da natureza da sentença do controle de constitucionalidade⁴².

A última exceção quanto a retroatividade dos efeitos da sentença de controle de constitucionalidade é o caso em que a declaração feita pelo Supremo Tribunal Federal leve a situação mais grave a quem é apenado ou que possa levar a pena maior a quem é réu em ação penal (artigo 5, XL, da Constituição). O oposto, quando os efeitos vêm em benefício daqueles, é regra. Desta forma, é possível, conforme artigo 621 do Código de Processo Penal, a revisão de pena quando a sentença condenatória for fundada em lei declarada inconstitucional⁴³.

4. NOVAS POSSIBILIDADES PARA OS EFEITOS - O PROBLEMA DA DECLARAÇÃO

Como foi dito, a modalidade de efeitos *ex tunc* é regra devido tanto pela existência implícita na Constituição do princípio da nulidade quanto da leitura do artigo 27 da Lei n. 9.868/99. A modelagem dos efeitos aparece como uma exceção exigida ou pela segurança jurídica ou por excepcional interesse social.

A lógica da regra do efeito *ex tunc*, pela qual há a eliminação total ou reconhecendo da válida a lei ou o ato normativo e suas conseqüências jurídicas do ordenamento, está embasada na declaração, respectivamente, de inconstitucionalidade ou constitucionalidade preexistente. Esse entendimento remete ao período precedente a Emenda 16 de 1965, que instituiu a ação direta de constitucionalidade⁴⁴. Esta forma de pensamento decorre da idéia de validade. Esta idéia está tão enraizada no ordenamento brasileiro que os próprios dispositivos de ação direta de inconstitucionalidade, da ação declaratória de constitucionalidade

41 Cf. supra.

42 ZAVASCKI, T. A. Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional, p. 98.

43 MENDES, G. F. Ibid., p. 336.

44 CLÈVE, C. M. A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro, p. 244, e PERTENCE, J. P. S. Jurisdição constitucional, decisões judiciais vinculantes e direitos fundamentais. (Org.) SAMPAIO, J. A. L. Jurisdição constitucional e direitos fundamentais, p. 396.

e da argüição de descumprimento de preceito fundamental fala em decisão declaratória⁴⁵. A própria Constituição, no seu artigo 97, fala em declaração.

O Direito constitui-se numa ordem jurídica, isto é, um sistema de normas. Todas as normas, por serem comando sobre os sujeitos, devem possuir uma legitimidade. Logo, segundo a teoria da validade kelseniana, toda norma deve ser determinada por outra superior, o que, por raciocínio lógico, transforma-se na afirmação de que não há norma que não seja estabelecida pela norma fundamental. A norma fundamental tem o papel de ser o princípio de um processo de racionalização de todo o conjunto de imperativos, dos quais, estando subordinados a ele, será uma norma jurídica. O imperativo, que, pela racionalização, contradiz a norma fundamental, deve ser excluído do sistema⁴⁶. Assim, o controle de constitucionalidade é uma atividade aparentemente jurídica, dado que não se trabalha como elemento alheio ao sistema, isto é, só se trabalha com normas.

Desta perspectiva, não há e nem pode haver uma decisão constitutiva, positiva ou negativa, seja por parte do Supremo Tribunal Federal, órgão responsável pelo controle de constitucionalidade, seja pelo juiz singular, no controle difuso. De outro modo, a declaração de inconstitucionalidade levará a revogação da norma, decisão que teria como regra o efeito *ex nunc*, dado que haveria uma criação.

Contudo, desde a declaração de inconstitucionalidade por omissão, o Supremo Tribunal Federal deve posicionar-se no sentido de suplementar a carência normativa. Há aí a declaração de inconstitucionalidade da norma na parte em que ela deveria, constitucionalmente, determinar certa medida, mas não a faz. Essa omissão é suprida por um enunciado da norma que deveria existir. Essas sentenças são chamadas de aditivas⁴⁷. Essa espécie de decisão já foi tomada pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da constitucionalidade da Emenda Constitucional 3 de 1.993⁴⁸. Geralmente, como relata Leal, estas decisões são mais comuns quando se trata dos direitos sociais, onde se exige meios para sua concretização.

Ainda na situação das omissões há as sentenças substitutivas. Possuído um caráter duplo, onde, por um lado, declara lei ou ato normativo como inconstitucional e, de outro, estabelece as medidas que deveriam estar dispostas. Ela também já está presente na jurisprudência do Supremo.⁴⁹

45 MANDELLI JUNIOR, R. M. Argüição de descumprimento de preceito fundamental: em defesa do Estado social democrático de Direito. In: (Org.) TAVARES, A. R. e ROTHENBURG, W. C. Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil: recurso extraordinário e argüição de descumprimento de preceito fundamental, p. 240 e ZAVASCKI, T. A. Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional, p. 48.

46 Ver KELSEN, H. Teoria geral do Direito e do Estado, p. 161.

47 LEAL, R. S. O efeito vinculante na jurisdição constitucional, p. 87.

48 ADC QO 1-1/DF

49 LEAL, R. S. Ibid., p. 90. ADIn MC 1.949/RS.

E, por fim, ainda há as *sentenças interpretativas de acolhimento*, as quais não declaram a nulidade da lei ou do ato normativo, mas sim de uma determinada forma de interpretação deles. Na experiência italiana, este tipo de sentença aparece como meio para determinar as decisões dos juizes singulares pela Corte Constitucional. A forma em que esta técnica de decisão aparece é a da *interpretação conforme* a Constituição, ressaltando os princípios da presunção de legitimidade das leis e da supremacia da constituição, dando novo sentido ao enunciado normativo⁵⁰. Streck ensina que esta técnica é um mecanismo interventivo, limitando a liberdade do legislador que se apega apenas ao aspecto formal da Constituição⁵¹. Ora, como a eficácia *erga omnes*, a possibilidade de interpretações diferentes assimiláveis ao texto constitucional é afastada⁵². Em razão de ser uma decorrência lógica da substancialidade das normas constitucionais, no Supremo Tribunal Federal esta técnica já é aplicada desde antes da Constituição de 1.988⁵³.

Estas formas põem em dúvida a noção dominante de que a natureza das sentenças proferidas no controle de constitucionalidade são meramente declaratórias. Nos dois primeiros modelos citados é evidente a tomada de posição exigida ao Supremo, dado que exigem medidas de caráter positivo para a cessação dos efeitos inconstitucionais da omissão⁵⁴. O terceiro modelo, de modo mesmos explícito, também leva a constituição de novas normas; isto porque o sentido do enunciado julgado é a própria norma, se alterado, substitui-se a norma⁵⁵. Assim, não só a idéia de declaração de inconstitucionalidade é posta em cheque, como também a teoria que a fundamenta, que é a teoria da nulidade.

5. NULIDADE OU ANULABILIDADE

A necessidade de modelagem dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade ou constitucionalidade de lei ou ato normativo pela jurisdição constitucional não é uma questão meramente jurídica. Antes de tudo ela remete a problemas factuais que podem ser desencadeados com a decisão do Supremo Tribunal Federal. O efeito *ex tunc* é pacificamente entendido como regra. A modelagem dos efeitos, sendo exceção passível de aplicação apenas quando se faz necessário proteger a segurança jurídica e excepcional interesse social – dois conceitos de baixíssima

50 Ibid, p. 108.

51 STRECK, L. L. Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito, p. 572.

52 LEAL, R. S. Ibid., p. 97-98.

53 CLÈVE, C. M. A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro, p. 263. RI 1.417-7-DF

54 LEAL, R. S. Ibid., p. 83.

55 Ver STRECK, L.L. Ibid., p. 575.

densidade normativa -, remete a situações pontuais e contingentes, imprevisíveis a um sistema conceitual previamente dado. Esta abertura, seja ou não intencional, destina-se a dar serenidade ao ordenamento, aproximando-o das experiências da comunidade⁵⁶. A manutenção do efeito *ex tunc* como a única modalidade de efeito possível no controle de constitucionalidade levaria ao isolamento do ordenamento, que por mais coerente que fosse, seria uma entidade metafísica em relação à realidade.

Não há como negar certa incompatibilidade entre a modelagem e um dever de coerência, a qual fica evidente na atividade do Supremo Tribunal Federal – alcançar a plenitude sistêmica do ordenamento jurídico. Haveria aí apenas a avaliação descontextualizada entre de normas conflitantes, em especial no controle abstrato de constitucionalidade, onde, inicialmente, a resolução das antinomias estaria desinteressada aos problemas fáticos. Não se pode dizer que tal coerência decorre antes da busca da justiça do que da validade; ao contrário, para a realização da justiça no caso concreto, ela precisa ser pontual e singularizadas, muitas vezes contradizendo o sistema como todo – por exemplo, mantendo a vigência de norma invalida⁵⁷.

As conseqüências negativas que podem vir com a promulgação de efeitos *ex tunc* são muitas, ainda mais quando se lembra que a pronúncia de inconstitucionalidade pode acontecer em qualquer tempo. A invalidação dos atos praticados durante a longa vigência de uma lei inconstitucional, bastante consolidados como legais, podem levar ao caos, o que colocaria em xeque o próprio Supremo Tribunal Federal.

É possível resumir os problemas do efeito *ex tunc* da declaração em duas possibilidades abrangentes, uma questão interna ao ordenamento e outra externa. A primeira questão é da inconstitucionalidade superveniente, em razão da mudança do estado do direito (seja por novo posicionamento dos Tribunais, seja por novo dispositivo legal). A segunda problemática é a alteração fática de perspectivas substancias, como o surgimento de nova compreensão das normas constitucionais pelos cidadãos, durante a vigência da norma, tornando-a inconstitucional (processo de inconstitucionalização). Não seria razoável a declaração de inconstitucionalidade com invalidade *ab initio* de uma lei ou de um ato normativo que *não é mais* constitucional, mas já foi. No lugar de afastar a norma desde o seu nascimento, o termo inicial dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade deve ser pontuada no momento da transmutação do ordenamento⁵⁸.

56 Jorge Miranda, *Manuela de Direito Constitucional*, 3. ed., Coimbra, 1991, t. 2., p. 500, citado por MARTINS, I. G. S.; MENDES, G. F. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: Comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*, p. 320

57 Ver, sobre o dever de coerência, BOBBIO, N. *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 110 e ss..

58 CLÈVE, C. M. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 256-258, e ZAVASCKI, T. A. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, parágrafos 5.4 e 5.5.

Para a imposição da modelagem dos efeitos temporais da decisão do controle de constitucionalidade por questões pelas experiências, não existentes num âmbito de validade do ordenamento, à lógica jurídica é preciso arrazoá-la pela preservação de valores e princípios contidos no próprio ordenamento. Logo, a modelagem opera-se pela ponderação à luz do princípio da razoabilidade ou proporcionalidade⁵⁹. Ou seja, a problemática é conjugada em termos jurídicos.

Desde o início da vigência da Constituição de 1.988, encontra-se nos precedentes do Supremo Tribunal Federal o reconhecimento do efeito *ex tunc* para a declaração de inconstitucionalidade. Segundo Gilmar Mendes, fazendo menção ao voto do Ministro Célio Borja na ADIn 513, proferido em junho de 1.991, não há negação de legitimidade para a restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Nesta situação, onde foi declarado inconstitucional o artigo 11 da Lei n. 8.134/1.990, dispositivo que instituía coeficiente de aumento do imposto de renda, no lugar de índice de correção monetária, o então Advogado-Geral da União requereu a produção de efeitos *ex nunc* para a declaração. A resposta do Ministro Célio Borja refere-se tanto à desnecessidade de produção dos efeitos *ex nunc* diante da ausência de possibilidade de danos ao Tesouro, ponto lembrado por Mendes, quanto afirma a cominação de nulidade da declaração de inconstitucionalidade⁶⁰.

O entendimento de que a inconstitucionalidade representa a nulidade é majoritária, mesmo depois da vigência da Lei n. 9.868/1.990. Contudo, com a modelagem dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade na jurisdição constitucional, a questão mais relevante remete à teoria da validade, que exige subordinação das normas inferiores à norma fundamental (a Constituição). Ou validade corresponde à vigência (existência) da norma, onde norma inválida não é norma, ou se validade é apenas um critério de correção do ordenamento, onde norma inválida não significa norma nula. As conseqüências da distinção entre estas perspectivas é a competência do Supremo Tribunal Federal. De um lado, mantendo a idéia de nulidade para a lei declarada inconstitucional e tendo a modelagem como uma questão pragmática, o Supremo possui uma competência apenas jurisdicional ou, de outro lado, afastando a declaração de nulidade pela anulabilidade - onde a modelagem é resultado teoricamente coerente -, o Supremo possui capacidade legislativa, seja positiva ou negativa.

Parece que apenas pela adoção de uma destas perspectivas é possível determinar os limites para a modelagem dos efeitos da decisão pelo Supremo Tribunal Federal e sua excepcionalidade. Elas serão tratadas a seguir em tese,

59 BINENBOJM, G. A nova jurisdição constitucional: Legitimidade democrática e instrumentos de realização, p. 200-201.

60 MENDES, G. F. Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha, p. 338, e ADIn 513.

deixando claro que tanto uma quanto outra não é seguida estritamente por qualquer Tribunal Constitucional. Cair em uma ou em outra perspectiva, bem como um meio-termo, seria simplista para resolver a questão. Ainda assim, será expostas as duas perspectivas, não seguindo nenhuma teoria específica, com suas conseqüências lógicas. Resta ao próprio Supremo a compreensão de suas responsabilidades, já que não existe no ordenamento positivado afirmando o princípio da nulidade ou da anulabilidade, ou ainda os limites da modelagem⁶¹. Buscar-se-á agora, depois de colocadas as cartas na mesa, iniciar a discussão sobre qual das duas perspectivas cabe ao Supremo.

5.1 A ANULABILIDADE

Toda lei, quando entre em vigor, conta com uma pressuposição. Acredita-se que toda lei, produto de um processo regulamentado, é compatível com a Constituição. Além disto, com sua aplicação haverá efeitos que jamais poderão ser desfeitos – inerente a tudo que vai e vem na causalidade. A lei jamais seria nula *ipso jure*, como também de fato não pode assim ser. O que seria declarado, por ventura, nulo seria algo que erroneamente fora entendido como lei, mas que nunca foi. A lei só poderia, deste modo, ser anulável, não sendo negada a aplicação ocorrida durante sua vigência. Da mesma forma, a retirada da lei do ordenamento seria um ato constitutivo⁶².

Evidentemente, a anulabilidade pode ser modulada em diferentes graus. Pela linha da anulabilidade, nada impediria de estar a Corte autorizada a determinar o termo inicial para os efeitos desde o início da vigência da lei, efeitos *ex tunc*, declarando a norma como nula fosse. Neste caso seriam abolidos todos os efeitos jurídicos de tal norma; contudo, isto não significa que a norma fosse nula, ou melhor, que tal disposição não fosse norma. Deste modo, não haveria o reconhecimento de um estado anterior, isto é, o fato daquele determinado enunciado não ser norma. O que ocorria aí é a tomada de posição, um ato voluntário tomado dentro de certos parâmetros formais e materiais dados pela Constituição, em que se retira a norma do ordenamento. Se a norma fosse realmente nula, não haveria razão para a declaração, por certo órgão estatal, de nulidade: “O caso de nulidade absoluta está

61 “A falta de instituto que permita estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade acaba por obrigar os Tribunais, muitas vezes, a se abster de emitir um juízo de censura, declarando a constitucionalidade de leis manifestamente inconstitucionais”. MARTINS, I. G. S.; MENDES, G. F. Controle Concentrado de Constitucionalidade: Comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999, p. 318.

62 MARTINS, I. G. S.; MENDES, G. F. Controle Concentrado de Constitucionalidade: Comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999, p. 314.

fora do Direito”⁶³.

A anulabilidade de um ato normativo, chamado por Zagrebelsky de “privilégio do legislado”, corresponde também à atividade da jurisdição constitucional. No controle de constitucionalidade *a priori* a lei não entraria em vigor. Já no controle *a posteriori* a produção legislativa representaria a retirada de uma lei vigente, mas inconstitucional, do ordenamento. Mesmo que inconstitucional, como foi dito, a norma produzira efeitos, que pelo fato de ser lei, vinculou a todos⁶⁴. Ao seu tempo, a vinculação da lei inconstitucional remanesce até o posicionamento do Supremo Tribunal Federal. O que aconteceria neste caso seria, mais propriamente falando, a revogação da norma⁶⁵.

A prática de tal perspectiva encontrava-se em algumas Cortes Constitucionais européias, em especial da Corte austríaca, regida pelas lições de Hans Kelsen. As suas declarações de inconstitucionalidade possuíam efeitos, em regra, *ex nunc*, podendo postergar, de maneira discricionária, o termo inicial dos efeitos até dezoito meses⁶⁶. Pela natureza constitutiva de seus atos, as Cortes de seguiam esta linha não fazem parte do Poder Judiciário, nem mesmo aos outros dois poderes clássico, pois sua competência é antes político que jurídico. Para Ferreira Filho, a Corte Constitucional neste caso teria como atividade o controle de legitimidade, não de validade, correspondente à uma esfera de supralegalidade⁶⁷.

Esta posição fica mais claro quando se entende a teoria da validade nos termos de Alexy. Validade é um critério pelo qual se discrimina as normas que devem ser seguidas daquelas normas que devem ser ignoradas. Uma norma, enquanto o sentido de um enunciado que impõe um comportamento ao seu destinatário, pode não ser válida segundo os critérios predominantes. Por exemplo, não seria válida, mas, ainda assim vigente, o ato normativo expedido por um órgão incompetente para tanto. Sem este critério, tanto a norma constitucional quanto a norma deste órgão incompetente seria válidas⁶⁸.

Trabalhando-se com critério de validade, podem ser identificadas inúmeras formas de reconhecer uma norma com válida. Um dos critérios é o fato social, que afirma ser uma norma válida quando ela é habitualmente cumprida, ou quando há o sentimento de vinculação dos cidadãos com a norma, ou a aplicação de sanções a determinadas condutas, etc. esse critério corresponderia a uma teoria sociológica de validade. A conformidade da norma com outra de grau superior é o critério relativo a uma teoria jurídica de validade. Se há a busca por fundamentos morais, então se

63 KELSEN, H. Teoria geral do Direito e do Estado, p. 231.

64 ZAGREBELSKY, G. El derecho dúctil: Ley, derecho, justicia, p. 63.

65 FERREIRA FILHO, M. G. Aspectos do direito constitucional contemporâneo, p. 224.

66 LEAL, R. S. O efeito vinculante na jurisdição constitucional, p. 94.

67 FERREIRA FILHO, M. G. Aspectos do direito constitucional contemporâneo, p. 223 e 225.

68 ALEXY, R. Teoría de los derechos fundamentales, p. 56-57.

está falando de uma teoria ética de validade. Isto evidencia, antes de tudo, que há a possibilidade de uma norma ser válida em um âmbito e inválida em outro, e, em seguida, que toda teoria de validade necessita de algo acima das próprias normas. Esse critério de validade que fica ao cargo de um Tribunal Constitucional, em Alexy, tem o papel de correção⁶⁹, da mesma forma que um referendo para a aceitação de uma lei.

5.2 A NULIDADE

Tendo suas bases no enunciado “the unconstitutional statute is not law at all”, vinda da antiga doutrina americana, a noção de nulidade da lei inconstitucional remete a identidade entre vigência e validade da norma⁷⁰. Qualquer lei ou ato normativo reconhecido como inconstitucional é *declarado* nulo. Por ser a inconstitucionalidade da norma algo que ela carrega consigo desde a sua coexistência com o modelo de direito dado pela Constituição, a competência do Supremo Tribunal Federal seria a de reconhecer um estado antecedente ao seu pronunciamento, pronunciamento correspondente a declaração. Não havendo nenhuma atividade constitutiva, apenas uma aplicação lógica do direito dado, este modelo afasta qualquer caráter político do controle de constitucionalidade⁷¹.

Com a declaração, aquela lei ou ato tido como inconstitucional seria expurgado do ordenamento jurídico *ab initio*. Os efeitos de tal lei ou ato nunca foram, segundo esta perspectiva, validamente existentes. Tanto a norma quanto suas conseqüências tratar-se-iam de atos ilícitos, possibilitando a negação de cumprimento por qualquer cidadão ou órgão estatal⁷². Com a nulidade *ipso jure* da norma inconstitucional, a represtinação é aceita já que ato nulo não pode revogar norma vigente⁷³.

Em sentido diametralmente oposto, a declaração de constitucionalidade afirma a validade, logo, a permanência da norma e a confirmação dos seus efeitos no ordenamento⁷⁴.

A modelagem dos efeitos na declaração de inconstitucionalidade significaria aí a suspensão provisória ou parcial da Constituição⁷⁵. A nulidade,

69 Ibid., p. 61.

70 MARTINS, I. G. S.; MENDES, G. F. Controle Concentrado de Constitucionalidade: Comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999, p. 313.

71 FERREIRA FILHO, M. G. Aspectos do direito constitucional contemporâneo, p. 200.

72 Ibid., p. 219.

73 CLÈVE, C. M. A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro, p. 249.

74 ZAVASCKI, T. A. Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional, p. 104.

75 MARTINS, I. G. S.; MENDES, G. F. Controle Concentrado de Constitucionalidade: Comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999, p. 313.

então, é entendida como princípio, o qual é ponderado com os outros presentes na Constituição, significando que, a tomada da nulidade de forma absoluta pode vir a causar danos ao próprio sistema constitucional⁷⁶. A segurança jurídica requerida aí não se trata daquela solicitada por um sistema fechado, pois a instabilidade que pode vir a acontecer não está na esfera jurídica e, sim, no âmbito fático.

Diante do silêncio da Constituição brasileira, diferente do ordenamento português, que dispõe expressamente natureza da inconstitucionalidade, os constitucionalistas nacionais, em sua maioria, crêem que a nulidade seja um princípio implícito. A ausência de uma disposição expressa seria suprida pelo disposto nos artigos 97, 102, I, III, *a, b e c*, da Constituição pátria. Tais artigos falam de declaração de por parte do Supremo Tribunal Federal, levando a pressuposição da invalidade da lei inconstitucional. Além de haver a ligação desta racionalidade com a supremacia da Constituição e a noção de Estado de Direito. Esse posicionamento é justificado também pela colocação dos efeitos *ex tunc* como regra pelo artigo 27 da Lei n. 9.868/1.999. A modelagem dos efeitos da decisão da jurisdição constitucional aconteceria apenas em situação excepcionais por razões pragmáticas⁷⁷.

6. O SIGNIFICADO DA MODELAGEM DOS EFEITOS DA DECISÃO

Segundo relata Dominique Rousseau que a preocupação dos Tribunais na Europa, quanto a discussão sobre o termo inicial dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade, gira ao redor de soluções pragmáticas, tentando, desta maneira, evitar uma desordem jurídica e protegendo as situações jurídicas já consolidadas. As conseqüências da pronúncia de nulidade, no lugar da anulabilidade, levam ao desencadeamento de recurso nos tribunais ordinários requerendo nova apreciação dos casos em que norma inconstitucional serviu-lhes de fundamentação⁷⁸. A saída pragmática adotada nos países europeus como as experiências malogradas da aplicação de efeitos *ex tunc* no sistema nacional desembocaram na aceitação da modelagem dos efeitos das decisões de controle de constitucionalidade.

Este posicionamento pragmático, que busca salvaguardar a ordem

76 MENDES, G. F. Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha, p. 333.

77 ZAVASCKI, T. A. Ibid., p. 49, BINENBOJM, G. A nova jurisdição constitucional: Legitimidade democrática e instrumentos de realização, p. 198-199, LEAL, R. S. O efeito vinculante na jurisdição constitucional, p. 95-97, MENDES, G. F. Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha, p. 325, MARTINS, I. G. S.; MENDES, G. F. Ibid., p. 317 e CLÈVE, C. M. Ibid., p. 245-246.

78 ROUSSEAU, D. La justicia constitucional em Europa, p. 77.

constitucional, não encontra embasamento tanto na perspectiva que defende a anulabilidade dos atos inconstitucionais quanto naquela de adota a nulidade. Ao mesmo tempo, parece inevitável tomar alguns elementos de cada linha de pensamento. De um lado, parece salutar a adoção da distinção entre validade, significando a coerência do ordenamento através de um critério pelo qual se controla a integridade e se mantém o ordenamento coeso, e vigência, como a mera existência, da norma. Isso afasta o absurdo da vigência de norma nula, como seria visto a determinação de efeitos prospectivos por aqueles que defendem a identidade de nulidade e inconstitucionalidade (validade). Ora, o ato nulo não quer mais dizer que ele seja írrito⁷⁹. Por outro lado, é interessante adotar as possibilidades de desobediência pelos cidadãos e pelos órgãos estatais diante de norma inconstitucional, como é posta na linha da nulidade⁸⁰. Ou ainda a inexistência de prazo para o ajuizamento de ADIn ou ADC, defendida ainda pela perspectiva da nulidade. Contudo, é imperativo a não adoção de uma teoria mista, dado sua incoerência.

Além do pragmatismo, a modelagem traz consigo o particularismo das decisões do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade, até então tido como abstrato, e a mudança da natureza do Tribunal, passando a ser uma corte de controle de legitimidade, não necessariamente de validade⁸¹. O que acontece, de fato, é a mudança da condição do Supremo. Ao mesmo tempo em que ele exerce função jurisdicional, no controle de constitucionalidade propriamente dito, ele passou a assumir uma função legislativa, como fica evidente nos casos de omissão e de modelagem dos efeitos da decisão. Abaixo passa-se a questionar o significado da modelagem dos efeitos da decisão do controle abstrato de constitucionalidade.

6.1 O PROBLEMA DO PARTICULARISMO NO CONTROLE ABSTRATO (A MODELAGEM FAVORECE O JULGAMENTO, MAS PERDE A ABSTRAÇÃO DO CONTROLE)

Como foi advertido antes, devido a baixa densidade normativa dos conceitos que servem de fundamento para a modelagem dos efeitos da decisão no controle de constitucionalidade, as decisões do Supremo Tribunal Federal remeterão a situações fáticas particulares, como é o caso das ADIns onde se debateram

79 FERREIRA FILHO, M. G. Aspectos do direito constitucional contemporâneo, p. 231.

80 Sobre a faculdade de questionamento da constitucionalidade de lei ou ato normativo por qualquer cidadão, posição comum ao *Judicial Review* e sua noção da nulidade de lei inconstitucional, é tida como anárquica por Zagrebelsky, posto que a lei é expressão do Estado e possui presunção de constitucionalidade. ZAGREBELSKY, G. El derecho dúctil: Ley, derecho, justicia, p. 63. Por outro lado, lei inconstitucional representa lei injusta, que pela integridade da comunidade e dos cidadãos, não do Estado, deve ser repelida.

81 FERREIRA FILHO, M.G. Ibid., p. 241.

a manutenção ou não de uma cidade criada de forma contrária ao disposto na Constituição. Naquele caso citado, devido as suas peculiaridades, a vigência da norma, ainda que inconstitucional, foi mantida. Talvez, em caso parecido, onde ocorresse a mesma inconstitucionalidade, a decisão fosse outra. Até mesmo Gilmar Mendes, que defende haver substância normativa naquelas expressões, reconhece que o afastamento da noção de nulidade da norma inconstitucional é determinado *in concreto*, a juízo do Supremo⁸². Ora, se a determinação acontece casuisticamente, fica ainda razoável manter os efeitos vinculantes e a eficácia para todos nas decisões do controle abstrato de constitucionalidade?

Ora, como fala Zagrebelsky, cada problema jurídico requer uma solução específica. Todo problema jurídico coloca em jogo a ciência do Direito, já que a sua compreensão implica em pensar na aplicação da decisão a ser tomada e no seu sentido no mundo. Isso acontece em dois momentos. O primeiro é a exigência da manifestação do direito à lógica do caso. O segundo é que a categorização do sentido e do valor da decisão frente a insuficiência do direito positivo para tanto. O direito positivo, tratando-se de determinações em tese, é descontextualizado de sentido, não de valor. O sentido só é determinado nos casos específicos e concretos, sendo falaciosa apenas a reforma legislativa sem a reconstrução interpretativa, que exigem formulações externas ao próprio direito⁸³.

Não basta que a lei ou o ato normativo seja reconhecido como inconstitucional, deve haver a disposição de um órgão estatal que, com força vinculativa, venha, na análise da situação, dar solução concreta. A formação objetiva do controle abstrato, onde não há partes propriamente dita e não se leva em conta relações jurídicas ou direitos subjetivos, impossibilita a aplicação prática do que foi decidido. Se a pretensão das ações diretas de inconstitucionalidade ou das ações declaratórias de constitucionalidade é a satisfação de situações delimitadas, como evidencia a modelagem dos seus efeitos, é impossível não falar de uma descaracterização do controle abstrato de constitucionalidade⁸⁴.

6.2 A EXPANSÃO INSTITUCIONAL E A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

A simbiose entre política e jurisdição é um fenômeno mundial que, no caso da Constituição de 1.988, acontece no sentido da judicialização da política⁸⁵. Como se vê na Europa, como retratado por Zagrebelsky, as Cortes

82 MENDES, G. F. Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha, p. 332.

83 ZAGREBELSKY, G. El derecho dúctil: Ley, derecho, justicia, p. 136 e 138.

84 ZAVASCKI, T. A. Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional, p. 55.

85 FERREIRA FILHO, M. G. Aspectos do direito constitucional contemporâneo, p. 189.

Constitucionais tomam tanto decisões jurídicas quanto legislativas, um equilíbrio entre *iura e leges*, não existindo uma cláusula de exceção para a chamada jurisdição constitucional. Existe para o jurista italiano uma garantia de legitimidade neste processo, já que a produção legislativa acontece concomitantemente com o controle de constitucionalidade⁸⁶.

É razoável falar de lei quando se fala das decisões de controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Ora, conforme o artigo 28 da Lei n. 9.868/1.999 como no §3 do artigo 102 da Constituição, suas decisões tem efeitos vinculantes e eficácia *erga omnes*⁸⁷. A originalidade das decisões é patente nos casos das sentenças aditivas, substitutivas e na interpretação conforme a Constituição. Não há distinção entre o produto do Congresso Nacional e do Supremo. A formação dentro de uma estrutura processual, através da ação, não significa o desempenho da atividade jurisdicional. Não se trata de uma questão de validade da lei infraconstitucional, a competência do STF foge da jurisdição propriamente dita⁸⁸.

Não há como negar a expansão institucional da jurisdição constitucional⁸⁹. Com as leis ordinárias que dispõem sobre os instrumentos de controle de constitucionalidade, entretanto, as mudanças no Supremo Tribunal Federal são mais profunda do que a mera competência legislativa. A possibilidade de desconstituir a inconstitucionalidade de uma lei, ainda que seja por um lapso temporal limitado, coloca em xeque a noção do Supremo como guardião da Constituição⁹⁰.

A modelagem dos efeitos pode levar a um engodo. A defesa da ordem constitucional pela restrição dos efeitos da decisão enfraquece a Constituição. A causa do enfraquecimento não está no afastamento da nulidade para as normas inconstitucionais, afinal, a prática do efeito *ex nunc* – tomando em sentido estrito, isto é, desde a sentença – é comum nas cortes europeias. O problema reside na determinação do termo inicial a qualquer tempo, até mesmo em momento futuro. Pois diferente é “*especificar, para além do efeito ex nunc ou para quem do efeito ex tunc, outra data para a eficácia da decisão de pronúncia de inconstitucionalidade*”⁹¹. A vigência de lei inconstitucional por tempo certo desafia a autoridade da Constituição, pois, como fala Ferreira Filho, aí haverá uma modificação temporária da ordem constitucional. Isto coloca o Tribunal numa posição acima da legalidade,

86 ZAGREBELSKY, G. El derecho dúctil: Ley, derecho, justicia, p. 64-65.

87 FERREIRA FILHO, M. G. Aspectos do direito constitucional contemporâneo, p. 233.

88 PERTENCE, J. P. S. Jurisdição constitucional, decisões judiciais vinculantes e direitos fundamentais. (Org.) SAMPAIO, J. A. L. Jurisdição constitucional e direitos fundamentais, p. 398-399.

89 LEAL, R. S. O efeito vinculante na jurisdição constitucional, p. 100-101.

90 FERREIRA FILHO, M. G. *Ibid.*, p. 218.

91 STRECK, L. L. Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito, p. 697.

criando um corpo aristocrático, e não democrático, na esfera política⁹².

A constitucionalidade das leis e dos atos normativos fica a mão do Supremo. Este fato decorre não só da modelagem dos efeitos da decisão, mas também da existência da ação declaratória de constitucionalidade. A presunção de constitucionalidade de uma norma é controversa, posto que seja incerta até o seu reconhecimento pelo Supremo⁹³. Se for posto em xeque o próprio tribunal, também é posto em xeque a constituição como critério de validade.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A principal pergunta levantada neste trabalho, se a modelagem dos efeitos da decisão do controle abstrato de constitucionalidade é constitucional, não pode ser respondida em apenas uma afirmação. Ela enfrenta vários obstáculos, que um a um devem ser postos em jogo.

Quanto à ofensa da noção de nulidade de lei inconstitucional, a modelagem não é inconstitucional. O suposto princípio da nulidade, decorrente do Estado de Direito, do princípio da legalidade e da natureza declaratória das decisões do Supremo Tribunal Federal, não pode mais sobreviver. Diante das mudanças teóricas que o Direito constitucional vem sofrendo, sob forte influência dos juristas alemães, validade não possui um significado ontológico. Se a identidade entre nulidade e inconstitucionalidade continuar, a mitigação dos efeitos das decisões do controle de constitucionalidade será uma verdadeira aberração jurídica, sem embasamento em qualquer raciocínio lógico.

Diante do casuísmo exigido pela modelagem, diante da noção de controle abstrato, dos quais derivam as noções de efeitos vinculantes e eficácia *erga omnes*, há sim uma inconstitucionalidade. O alcance universal das decisões ofende a igualdade de tratamento das pessoas. É sem sentido exigir de todos algo decorrente da compreensão de um caso particular.

A exigência do quorum qualificado também parece ser desarrazoado ao Supremo Tribunal Federal. A existência e a atividade desta corte já são demais extraordinários para haver um critério mais rigoroso para as decisões tomadas aí. A diferença no voto de mais dois ministros é irrelevante. Além disto, com tal exigência cria-se a necessidade de mais fundamentos, fundamentos sobre fundamentos, que, diante da reclamação por justiça, verdadeira competência de um tribunal, leva a construção de uma torre de babel. Ele só pode ser aceito se aceito o caráter político do Supremo⁹⁴.

92 FERREIRA FILHO, M. G. *Ibid.*, p. 241-242.

93 PERTENCE, J. P. S. *Jurisdição constitucional, decisões judiciais vinculantes e direitos fundamentais*. (Org.) SAMPAIO, J. A. L. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*, p. 398.

94 FERREIRA FILHO, M. G. *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*, p. 232.

Os termos *segurança jurídica* e *excepcional interesse social*, ou *público* (art. 4º da Lei n. 11.417/2.006), em razão de sua indeterminação no caso da modelagem, abre brecha ao arbítrio dos ministros. O termo sobre a arbitrariedade, herança da noção moderna de imparcialidade enquanto objetividade, perdeu sentido. Sendo atribuído a onze pessoas tal responsabilidade, deve-se, no mínimo, alimentar confiança. E mais, esta abertura serve de ponte entre o sistema jurídico e a realidade. Entretanto, mesmo tendo-a como salutar, pela rigorosidade lógica, há aí a ofensa do princípio da separação dos poderes (art. 2º da Constituição)⁹⁵.

Por fim, não há como falar em natureza declaratória, como dispõe a Constituição (art. 101, I, a), para as ações do controle abstrato de constitucionalidade. Esta mudança, tanto causa como consequência de todas as outras, representa a passagem da condição jurisdicional do tribunal para uma política. Esta mudança, elevando o Supremo ao principal órgão estatal (aquele que dá a última palavra), já que ele substituiu a principal instituição do Estado de Direito, a Constituição. Ora, não só a suspensão da constituição pela modelagem, como também o caráter constitutivo das decisões, que nega a noção de mera aplicação dos valores constitucionais, ainda que se tutele os mesmos valores, coloca o Supremo como o topo da estrutura escalonada que é o Estado (Direito).

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- BINENBOJM, Gustavo. A nova jurisdição constitucional: Legitimidade democrática e instrumentos de realização. Rio de Janeiro: Renovar, 2ª ed., 2004.
- BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. 10ª ed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro. 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Aspectos do direito constitucional contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2003.
- KELSEN, Hans. Teoria geral do Direito e do Estado. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 3ª ed., 1998.
- LEAL, Roger Stiefelmann. O efeito vinculante na jurisdição constitucional. São Paulo: Saraiva, 2006.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada. Tradução de Alfredo Buzaid, Benvindo Aires e Ada Pellegrini Grinover. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- MANDELLI JUNIOR, Roberto Mendes. Argüição de descumprimento de preceito fundamental: em defesa do Estado social democrático de Direito. In: (Org.) TAVARES, André Ramos e ROTHENBURG, Walter Claudius. Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil: recurso extraordinário e argüição de descumprimento de preceito fundamental. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- MARTINS, Ives Granda da Silva; MENDES, Gilmas Ferreira. Controle Concentrado de Constitucionalidade: Comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999. São Paulo: Saraiva, 2001.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005.
- PERTENCE, José Paulo Sepúlveda. Jurisdição constitucional, decisões judiciais vinculantes e direitos fundamentais. (Org.) SAMPAIO, José Adércio Leite. Jurisdição constitucional e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- ROUSSEAU, Dominique. La justicia constitucional em Europa. Tradução de Isabel Ortiz Pica. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. São Paulo, 2005.
- STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil: Ley, derecho, justicia. Tradução de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trota, 1999.
- ZAVASCKI, Teori Albino. Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

