

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO E A POSSIBILIDADE DE MODULAR OS EFEITOS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

Por JAIRO GILBERTO SCHÄFER*
E VÂNIA HACK DE ALMEIDA**

SUMÁRIO

1. OS MODELOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO: A) O controle difuso ou incidental de constitucionalidade: a) *Reserva de Plenário*. b) *Efeitos da Declaração Incidental de Inconstitucionalidade*. c) *A Resolução do Senado Federal*. d) *A Súmula Vinculante*. e) *A Repercussão Geral*. B) O controle concentrado ou direto de constitucionalidade: a) *A ação direta de inconstitucionalidade*. b) *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. c) *A ação declaratória de constitucionalidade*. C) O sistema brasileiro e a nulidade absoluta da norma inconstitucional.—2. A MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE: A) A autorização legislativa para a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade. B) Requisitos para a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade: a) *Quorum para decisão*. b) *Pressupostos materiais*. C) A discussão sobre a constitucionalidade da modulação temporal dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade. D) A constitucionalidade dos permissivos legais.—3. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

RESUMO

O presente trabalho, partindo da contextualização constitucional brasileira, objetiva elencar as principais questões envolvendo os efeitos da decisão proferida pelo Su-

* Juiz Federal na Quarta Região da Justiça Federal brasileira; mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC/CPGD); doutorando em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Professor de Direito Constitucional.

** Juíza Federal na Quarta Região da Justiça Federal brasileira; mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS); Professora de Direito Constitucional.

premo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade, tendo-se presente a adoção, pela Constituição brasileira, do sistema misto de controle de constitucionalidade (sistema difuso e sistema concentrado). Num primeiro momento se abordará o sistema de controle de constitucionalidade previsto na Constituição brasileira de 1988. Num segundo momento, especial atenção merecerá, em virtude de sua inovação histórica, a técnica legislativamente prevista da modulação temporal dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, enfrentando-se as soluções atribuídas pelo STF aos questionamentos incidentes na sua aplicação.

Palavras chaves: Controle. Constitucionalidade. Efeitos. Decisão. Supremo Tribunal Federal. Modulação Temporal. Brasil. Sistemas. Direitos fundamentais.

RESUMEN

El presente artículo pretende esbozar, en el contexto del ordenamiento constitucional brasileño, los temas principales que surgen de las sentencias del Tribunal Supremo (SRF), en el ejercicio de su facultad de control de la constitucionalidad de las leyes. Merece la pena reseñar que dicho control es doble (control difuso y control concentrado). En primer lugar, se aborda el sistema ideado por la Constitución brasileña de 1988 para ejercer el control de constitucionalidad de la legislación. En segundo lugar merece una especial atención la técnica legal (que supone una innovación histórica) de adecuar los efectos temporales de una sentencia estimatoria de la inconstitucionalidad de una ley, así como las soluciones a las que el STF ha llegado en su tarea de afrontar los problemas surgidos por la aplicación de la técnica mencionada.

Palabras clave: Control. Constitucionalidad. Efectos. Sentencias. Tribunal Supremo (STF). Adecuación de los efectos temporales. Brasil. Sistemas. Derechos fundamentales.

ABSTRACT

This article aims to outline, in the context of the Brazilian constitutional order, the main issues that arise from the rulings of its Supreme Court (STF), when it exercises its power of controlling the constitutionality of the legislation, being worth to remark that such control is twofold (diffused control and concentrated control). Firstly, the system designed by the Brazilian Constitution of 1988 for controlling of constitutionality of the legislation will be approached. Secondly, special attention will deserve to the legal technique — which is a historical innovation — of tuning the time effects of a ruling that deems a legal act to be unconstitutional, as well as to the solutions at which the STF arrived, when facing the problems that stemmed from the application of such technique.

Key words: Control. Constitutionality. Effects. Ruling. Supreme Court (STF). Tuning of time effects. Brazil. Systems. Fundamental rights.

1. OS MODELOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

O direito brasileiro conta com os dois modelos de controle de constitucionalidade, o difuso e o concentrado. O controle difuso ou indireto foi inserido no direito brasileiro na Constituição de 1891. A ação direta de inconstitucionalidade somente foi recebida em 1965.

Examina-se o atual sistema, principalmente sob o enfoque de novos institutos e instrumentos que permitem aferir a aproximação entre os dois modelos.

A) O controle difuso ou incidental de constitucionalidade

Esta via de controle de constitucionalidade pode ser exercida por qualquer órgão judicial, no curso de processo. O controle difuso permite que em qualquer espécie de demanda se possa argüir a inconstitucionalidade, incidentalmente, de uma lei ou ato normativo do poder público, sendo lícito a qualquer juiz de primeira instância ou Tribunal (se Tribunal, respeitada a reserva de plenário) dela conhecer e afastar, no caso concreto, a incidência da norma reconhecida inconstitucional. É aquele que se verifica em uma ação em curso, em que qualquer juiz ou tribunal pode declarar a inconstitucionalidade, até mesmo de ofício, de qualquer ato normativo¹.

A questão da inconstitucionalidade da norma mostra-se no caso concreto como uma questão prejudicial, obrigando o juiz a conhecê-la de maneira prévia. Ressalte-se, portanto, que no controle difuso a inconstitucionalidade não é o pedido principal, mas se constitui em questão prejudicial e, como tal, o juiz tem de decidir antes de conhecer do mérito da demanda. Esta questão incidental pode ser alegada pelas partes ou conhecida, de ofício, pelo julgador.

a) *Reserva de Plenário*

Perante Tribunais, a inconstitucionalidade somente pode ser declarada pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial (art. 97 da Constituição Federal)².

¹ «A tutela jurisdicional de situações individuais, uma vez suscitada a controvérsia de índole constitucional, há de ser obtida na via do controle difuso de constitucionalidade, que, supondo a existência de um caso concreto, revela-se acessível a qualquer pessoa que disponha de interesse e legitimidade» (Supremo Tribunal Federal, ADI 2551, Relator Ministro Celso de Mello).

² Art. 97 da Constituição Federal: «Somente pelo voto da maioria absoluta de seus mem-

Desta forma, aos tribunais não é dado, por órgãos fracionários ou monocráticos, de início, afastar a incidência de determinada norma jurídica, em face de sua inconstitucionalidade, sem que a matéria tenha sido conhecida pelo pleno ou órgão especial, através de uma maioria absoluta.

Em consequência, nos processos em andamento nos tribunais, qualquer que seja o tribunal, sejam os feitos na via recursal ou os processos originários de competência do órgão colegiado, surgindo a questão incidental da inconstitucionalidade da norma, deverá ser argüido o incidente de inconstitucionalidade ou argüição de inconstitucionalidade, suspendendo-se a regular tramitação do processo com sua remessa ao pleno ou órgão especial para decisão da questão incidental³.

Declarada a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo pelos tribunais, segundo a regra da reserva de plenário, ficam todos os membros e órgãos daquele tribunal vinculados à decisão.

No entanto, o próprio Supremo Tribunal Federal, atenuou a exigência da reserva de plenário, tornando dispensável o pronunciamento de acordo com o art. 97, sempre que já existir um pronunciamento do plenário do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria ou se já existir, no âmbito do

bro ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público».

³ «A estrita observância, pelos Tribunais em geral, do postulado da reserva de plenário, inscrito no art. 97 da Constituição, atua como pressuposto de validade e de eficácia jurídicas da própria declaração jurisdicional de inconstitucionalidade dos atos do Poder Público. Doutrina. Jurisprudência. — A inconstitucionalidade de leis ou de outros atos estatais somente pode ser declarada, quer em sede de fiscalização abstrata (método concentrado), quer em sede de controle incidental (método difuso), pelo voto da maioria absoluta dos membros integrantes do Tribunal, reunidos em sessão plenária ou, onde houver, no respectivo órgão especial. Precedentes. — Nenhum órgão fracionário de qualquer Tribunal, em consequência, dispõe de competência, no sistema jurídico brasileiro, para declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos emanados do Poder Público. Essa magna prerrogativa jurisdicional foi atribuída, em grau de absoluta exclusividade, ao Plenário dos Tribunais ou, onde houver, ao respectivo Órgão Especial. Essa extraordinária competência dos Tribunais é regida pelo princípio da reserva de plenário inscrito no artigo 97 da Constituição da República. Suscitada a questão prejudicial de constitucionalidade perante órgão meramente fracionário de Tribunal (Câmaras, Grupos, Turmas ou Seções), a este competirá, em acolhendo a alegação, submeter a controvérsia jurídica ao Tribunal Pleno. Equivalência, para os fins do art. 97 da Constituição, entre a declaração de inconstitucionalidade e o julgamento, que, sem proclamá-la explicitamente, recusa aplicabilidade a ato do poder público, sob alegação de conflito com criterios resultantes do tecto constitucional. Equivale à própria declaração de inconstitucionalidade a decisão de Tribunal, que, sem proclamá-la, explícita e formalmente, deixa de aplicar, afastando-lhe a incidência, determinado ato estatal subjacente à controvérsia jurídica, para resolvê-la sob alegação de conflito com criterios resultantes do texto constitucional» (Supremo Tribunal Federal, AI-AgR 472897, Relator Ministro Celso de Mello).

Tribunal de origem, um pronunciamento do plenário apreciando a controvérsia constitucional⁴.

b) *Efeitos da Declaração Incidental de Inconstitucionalidade*

No sistema difuso de controle de constitucionalidade, as decisões produzem eficácia *inter partes e ex tunc*. A decisão aproveita apenas aos interessados, partes na relação processual, resolvendo apenas aquele caso concreto. Em consequência não há anulação lei, mas tão-somente afasta-se sua aplicação aquele caso particular⁵.

c) *A Resolução do Senado Federal*

O art. 52, X, da Constituição Federal⁶, dispõe sobre a possibilidade de o Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, dispositivo aplicável somente à hipótese de controle incidental, o que leva à ampliação dos efeitos da decretação incidental de inconstitucionalidade, porquanto a decisão logrará efeitos *erga omnes*, de forma *ex*

⁴ «1. Controle de constitucionalidade; reserva de plenário (CF, art. 97): aplicabilidade, no caso, da exceção prevista no art. 481, parágrafo único, do C. Pr. Civil (red. da L. 9.756/98), que dispensa a submissão ao plenário, ou ao órgão especial, da arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão. 2. Fazenda Pública: execução não embargada: honorários de advogado: MPr 2.180/2001: constitucionalidade declarada pelo STF, com interpretação conforme ao art. 1º-D da L. 9.494/97, na redação que lhe foi dada pela MPr 2.180-35/2001, de modo a reduzir-lhe a aplicação à hipótese de execução por quantia certa contra a Fazenda Pública (C. Pr. Civil, art. 730), excluídos os casos de pagamento de obrigações definidos em lei como de pequeno valor (CF/88, art. 100, § 3º) (RE 420.816, Plenário, 29.9.2004, red. p/acórdão Pertence, Inf./STF 363). No caso, contudo, tratando-se de litisconsórcio, não há nos autos elementos que permitam concluir, com segurança, pela incidência do § 3º do art. 100 da Constituição com relação a todos os litisconsortes. RE provido para, ressalvada a incidência do procedimento relativo às obrigações definidas em lei como de pequeno valor, afastar a condenação da Fazenda Pública ao pagamento da verba honorária» (Supremo Tribunal Federal, RE-AgR 440458, Relator Ministro Sepúlveda Pertence).

⁵ «A declaração de inconstitucionalidade reveste-se, ordinariamente, de eficácia «ex tunc» (RTJ 146/461-462 – RTJ 164/506-509), retroagindo ao momento em que editado o ato estatal reconhecido inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal» (Supremo Tribunal Federal, Agravo de Instrumento 453.071, Relator Ministro Celso de Mello).

⁶ Art. 52 da Constituição Federal: «Compete privativamente ao Senado Federal: X — suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal».

nunc. A Resolução do Senado opera seus efeitos no plano da eficácia, ou seja, a lei perde eficácia para o futuro.

O Senado suspende a execução do ato normativo declarado inconstitucional, seja federal, estadual ou municipal.

Recentemente foi levantada relevante discussão em Reclamação proposta perante o Supremo Tribunal Federal. Trata-se da Rcl 4.335, ainda pendente de decisão final, onde o Min. Gilmar Mendes manifestou posição no sentido de que a própria decisão do Supremo Tribunal Federal têm eficácia contra todos, mesmo em se tratando de controle incidental de constitucionalidade, deixando à Resolução do Senado Federal a mera função de dar publicidade àquela decisão. O Min. Eros Grau acolheu a tese, entendendo que se verificou uma verdadeira mutação informal da Constituição.

Tal entendimento demonstra claramente que, cada vez mais, aproximam-se os efeitos da declaração de inconstitucionalidade em sede de controle incidental e os efeitos da decisão proferida no controle concentrado.

d) *A Súmula Vinculante*

Promulgada a Emenda Constitucional nº 45/2004, denominada reforma do Poder Judiciário, surge no cenário constitucional a Súmula Vinculante, permitindo, no controle difuso de constitucionalidade, a presença do efeito vinculante⁷.

A Súmula Vinculante, que poderá ser editada pelo Supremo Tribunal Federal, por sua maioria de dois terços de seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, produzirá o chamado efeito vinculante. O texto constitucional garante sua democratização, já que também os legitimados para a Ação Direta de Inconstitucionalidade estão aptos para propor, revisar ou cancelar a súmula com efeito vinculante (art. 103-A, § 3º - EC 45/04). Além destes, a Lei nº 11.417/06 veio outorgar legitimação também ao Defensor Público-Geral da União, aos Tribunais Superiores, aos Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, aos Tribunais Regionais Federais, aos Tribunais Regionais do trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e aos Tribunais Militares. Também os Municípios, de forma incidental, no curso de processo em que sejam partes, poderão provocar a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de Súmula Vinculante (art. 3º, VI, XI e § 1º).

⁷ Art. 102, § 2º, da Constituição Federal: «As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal».

e) *A Repercussão Geral*

O instituto da repercussão geral, que foi instituído pela Emenda Constitucional nº 45/04 e regulamentado através da Lei nº 11.418/06, veio permitir ao Supremo Tribunal Federal não conhecer de recurso extraordinário, quando a questão constitucional debatida não oferecer repercussão geral⁸.

A lei conceituou repercussão geral, sendo assim considerada «a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa». Também afirma que «haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária à súmula ou jurisprudência do Tribunal». Além disso, permite ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte⁹.

B) O controle concentrado ou direto de constitucionalidade

O controle abstrato de constitucionalidade das normas tem seu antecessor na representação interventiva, de atribuição do Procurador-Geral da República, que se destinava, precipuamente, a compor os conflitos entre os entes federados, positivada, pela vez primeira, na Constituição de 1934. Esta representação interventiva consistia na submissão prévia ao Supremo Tribunal Federal, mediante provocação do Procurador-Geral da República, da lei que tenha decretado a intervenção (art. 12, § 2º). A Constituição de 1946 atribuiu à apreciação do Supremo Tribunal Federal não mais a lei que decretou a intervenção, mas o próprio ato acusado de ferir princípios constitucionais (art. 8º. parágrafo único), mediante representação do Procurador-Geral da República, que provida, permitiria o decreto de intervenção da União no estado membro.

a) *A ação direta de inconstitucionalidade*

É com a Emenda nº 16, de 26 de novembro de 1965, ainda na vigência da Carta de 1946 e mantida no Texto de 1967 e Emenda nº 1/69, que

⁸ Artigo 102, § 3º, Constituição Federal: «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 admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros».

⁹ Até a presente data (maio de 2008), o Supremo Tribunal Federal já declarou existente repercussão geral em 36 temas constitucionais (www.stf.gov.br).

surge a ação direta de inconstitucionalidade, denominada representação de constitucionalidade, cuja legitimidade ativa era exclusiva do Procurador-Geral da República.

A Constituição Federal de 1988 inovou ao atribuir a legitimidade ativa a outros agentes e órgãos, bem como instituindo a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Já a Emenda Constitucional nº 3, de 1993, instituiu a ação declaratória de constitucionalidade e com ela o efeito vinculante, que veio alterar profundamente o panorama existente, retirando a preponderância do controle difuso, que passa, gradativamente, a pertencer ao controle concentrado¹⁰.

Todas as questões relevantes em matéria constitucional passam a ser submetidas diretamente ao Supremo Tribunal Federal, principalmente pela via da ação direta de inconstitucionalidade, reduzindo a efetividade do controle difuso e fazendo preponderar o controle concentrado de constitucionalidade. Também a possibilidade de medidas cautelares, suspendendo, de imediato, a eficácia da norma impugnada, contribui para a verificação desse fenômeno.

O controle concentrado ou direto de constitucionalidade, em oposição ao controle difuso ou indireto, desenvolve-se em um processo caracterizado como objetivo. Objetivo no sentido de que carece de subjetividade, porquanto não há partes em litígio¹¹. Não se verifica a tutela de direitos individuais ou coletivos. A ninguém será dado opor ou pleitear direitos neste processo. Sua finalidade é a proteção do próprio ordenamento jurídico como um todo e não resolver controvérsias concretas. Consoante já definiu o Supremo Tribunal Federal «a ação direta de inconstitucionalidade qualifica-se como ‘verdadeira ação’ que faz instaurar ‘um processo objetivo’, destinado a viabilizar a intangibilidade da ordem constitucional, nele não se permitindo ‘a tutela de situações subjetivas’, posto ‘inocorrem interesses concretos em jogo» (MC na ADI n. 2060/RJ Rel. Min. Celso de Mello).

A finalidade, desta maneira, do controle concentrado, é preservar a integridade do ordenamento jurídico-constitucional, removendo do ordenamento jurídico, pela via da declaração de inconstitucionalidade proferida em sede de controle direto, a lei ou ato normativo incompatível com a

¹⁰ Art. 102 da Constituição Federal: «Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I — processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal».

¹¹ «Natureza objetiva dos processos de controle abstrato de normas. Não identificação de réus ou de partes contrárias. Os eventuais requerentes atuam no interesse da preservação da segurança jurídica e não na defesa de um interesse próprio» (Supremo Tribunal Federal, ADI 2.982/7, Relator Ministro Gilmar Mendes).

Constituição Federal. Julgado procedente o pedido, ou seja, declarada a inconstitucionalidade, em tese, de lei ou ato normativo, opera-se sua exclusão do ordenamento estatal.

b) *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*

A decisão de inconstitucionalidade, proferida em sede de ação direta de inconstitucionalidade, além da eficácia *erga omnes*, gera efeitos *ex tunc*. Ou seja, a norma é invalidada desde a sua edição.

A eficácia *erga omnes* e *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade leva a um juízo de nulidade absoluta da norma inconstitucional.

Em decorrência da nulidade absoluta da norma inconstitucional, encontramos também na declaração de inconstitucionalidade um denominado efeito repristinatório, significando que a lei removida do ordenamento jurídico, faz a norma anterior voltar a produzir efeitos.

c) *A ação declaratória de constitucionalidade*

A Emenda Constitucional nº 3/93 institui a ação declaratória de constitucionalidade de leis ou atos normativos federais, atribuindo competência originária ao Supremo tribunal federal para processá-la e julgá-la e legitimação ativa, em um primeiro momento, apenas ao Presidente da república, à Mesa do Senado Federal, à Mesa da Câmara dos Deputados e ao Procurador-Geral da República.

Na Questão de Ordem suscitada na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 01, o Supremo Tribunal Federal desvendou o novo instituto, afirmando que possui a mesma natureza da ação direta de inconstitucionalidade, apresentando-se também como um processo de natureza objetiva. Em consequência, são aplicáveis à ação declaratória de constitucionalidade os mesmos princípios pertinentes à ação direta de inconstitucionalidade.

Na ação declaratória de constitucionalidade o objeto é mais restrito, porquanto somente pode ter por objeto leis ou atos normativos federais.

De outro lado, passou o Supremo Tribunal Federal a exigir, para admissibilidade da ação declaratória de constitucionalidade, a presença da controvérsia judicial relevante. Relaciona-se a exigência à insegurança jurídica, ou seja, ao estado de incerteza que decorre da dúvida sobre a constitucionalidade ou não de um determinado ato normativo, que leva o Poder Judiciário a conhecer de diversas e repetidas ações onde a discussão é sobre a mesma matéria constitucional, o que vai gerar decisões conflitantes e, em consequência, a insegurança jurídica.

A Emenda Constitucional nº 3/93, trouxe pela primeira vez ao Texto constitucional a possibilidade de uma decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal produzir efeito vinculante. Foi inserido no art. 102, o seu § 2º, atribuindo às decisões definitivas de mérito proferidas em ação declaratória de constitucionalidade de leis ou atos normativos federais, eficácia contra todos e efeito vinculante.

Em um primeiro momento, quando do julgamento da Questão de Ordem que se travou na ADC nº 01, entendeu o Supremo Tribunal Federal que o efeito vinculante seria tão-somente atribuído à ação declaratória de constitucionalidade, em face do silêncio do legislador constituinte reformador sobre sua aplicação à ação direta de inconstitucionalidade.

Em 1999 foram editados dois diplomas legais, as leis 9.868/99 e 9.882/99. O primeiro veio regular a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade. Já o segundo disciplinou o art. 102, § 1º, da Constituição Federal, disciplinando a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

A Lei nº 9.868/99, veio atribuir o efeito vinculante também à ação direta de inconstitucionalidade, conforme disciplina do art. 28, parágrafo único:

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

Este dispositivo fez o Supremo Tribunal Federal rever sua posição anterior, quando da Questão de Ordem na Reclamação nº 1880, atribuindo o efeito vinculante também à ação direta de inconstitucionalidade.

O STF ao examinar a matéria na questão de ordem argüida na Reclamação nº 1.880, culminou por entender constitucional o citado dispositivo legal, ou seja, estendendo o efeito vinculante também ADIN.

Assim foi ementada a referida decisão:

Ementa: Questão de ordem. Ação direta de inconstitucionalidade. Julgamento de mérito. Parágrafo único do artigo 28 da Lei 9868/99: Constitucionalidade. Eficácia vinculante da decisão. Reflexos. Reclamação. Legitimidade ativa. 1. É constitucional lei ordinária que define como de eficácia vinculante os julgamentos definitivos de mérito proferidos pelo Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade (Lei 9868/99, artigo 28, parágrafo único). 2. Para efeito de controle abstrato de constitucionalidade de lei ou ato

normativo, há similitude substancial de objetos nas ações declaratória de constitucionalidade e direta de inconstitucionalidade. Enquanto a primeira destina-se à aferição positiva de constitucionalidade a segunda traz pretensão negativa. Espécies de fiscalização objetiva que, em ambas, traduzem manifestação definitiva do Tribunal quanto à conformação da norma com a Constituição Federal. 3. A eficácia vinculante da ação declaratória de constitucionalidade, fixada pelo § 2º do artigo 102 da Carta da República, não se distingue, em essência, dos efeitos das decisões de mérito proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade. 4. Reclamação. Reconhecimento de legitimidade ativa ad causam de todos que comprovem prejuízo oriundo de decisões dos órgãos do Poder Judiciário, bem como da Administração Pública de todos os níveis, contrárias ao julgado do Tribunal. Ampliação do conceito de parte interessada (Lei 8038/90, artigo 13). Reflexos processuais da eficácia vinculante do acórdão a ser preservado. 5. Apreciado o mérito da ADI 1662-SP (DJ de 30.08.01), está o Município legitimado para propor reclamação. Agravo regimental provido. (Rcl 1880 AgR / SP, Relator Min. Maurício Corrêa, 07/11/2002).

A Emenda Constitucional nº 45, consagrando esta posição, alterou a redação do art. 102, § 2º. O artigo 102, § 2º da CF, com a redação que lhe deu a Emenda Constitucional nº 45, dispõe que «As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal».

Afirmou o Min. Sydney Sanches, em voto proferido na Rcl. 1.880, que «a força vinculante das decisões do S.T.F., em A.D.C. e em A.D.I., é uma decorrência natural de sua eficácia 'erga omnes', sob pena de se tornar esta uma inutilidade».

Desta forma, o efeito vinculante, hoje por disposição constitucional, é produzido tanto pela ação declaratória de constitucionalidade quanto pela ação direta de inconstitucionalidade.

O efeito vinculante tem o condão de permitir ao interessado ingressar diretamente no Supremo Tribunal Federal com a Reclamação, instituto de origem pretoriana, hoje previsto no art. 102, I, «I» da Constituição Federal.

Colhe-se da jurisprudência:

«O desrespeito à eficácia vinculante, derivada de decisão emanada do Plenário da Suprema Corte, autoriza o uso da reclamação.

O descumprimento, por quaisquer juízes ou Tribunais, de decisões proferidas com efeito vinculante, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sede de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade, autoriza a utilização da via reclamationária, também vocacionada, em sua específica função processual, a resguardar e a fazer prevalecer, no que concerne à Suprema Corte, a integridade, a autoridade e a eficácia subordinante dos comandos que emergem de seus atos decisórios» (Pleno, Rcl 1.722/RJ, Rel. Min. Celso de Mello).

A reclamação, dessa maneira, na visão do Supremo Tribunal Federal, é erigida a condição de garantia do efeito vinculante, porquanto, com sua natureza *per saltum*, permite ao interessado fazer valer a decisão (ou Súmula) proferida por aquela Corte.

Também por força da Emenda Constitucional nº 45, que revogou o § 4º do art. 103, a legitimidade para a ação declaratória de constitucionalidade é oferecida aos mesmos legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade.

C) O sistema brasileiro e a nulidade absoluta da norma inconstitucional

Pertence à tradição do direito brasileiro o dogma da nulidade absoluta da lei inconstitucional. Esta nulidade pode se dar de forma total ou parcial. No entanto, sob nítida influência do direito alemão, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal adota as técnicas de interpretação conforme a constituição e declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto. Também em alguns episódios aparece a técnica da manutenção da norma ainda constitucional, com apelo ao legislador. E, mais recentemente, surge a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade (declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade).

A interpretação conforme à Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução do texto foram previstos na Lei n.º 9.868, art. 28, Parágrafo único.

A Constituição Federal não possui qualquer dispositivo expressamente consagrando a nulidade absoluta da norma inconstitucional.

No entanto, a própria supremacia e unidade do sistema constitucional exigem a presença do dogma da nulidade da norma contrária à dispositivo constitucional.

O princípio da nulidade absoluta da lei inconstitucional no Direito brasileiro decorre do desenvolvimento histórico do instituto do controle de constitucionalidade das leis, que filiou-se, no primeiro momento ao con-

trole difuso, presente a doutrina norte-americana do *judicial review* e o postulado da nulidade da norma incompatível com a Constituição.

Com efeito, a evolução histórica do controle de constitucionalidade no Brasil, principalmente sua origem em 1981, com o modelo difuso, levou ao entendimento da nulidade absoluta e retroativa da declaração de inconstitucionalidade.

O Supremo Tribunal Federal posicionou-se no sentido da nulidade absoluta da norma inconstitucional, seja no controle difuso (para o caso concreto) ou no controle concentrado (eficácia contra todos).

A título de exemplos citamos:

«Ação direta de inconstitucionalidade. Controle normativo abstrato. Natureza do ato inconstitucional. Declaração de inconstitucionalidade. Eficácia retroativa. O supremo tribunal federal como ‘legislador negativo’. Revogação superveniente do ato normativo impugnado. Prerrogativa institucional do poder público. Ausência de efeitos residuais concretos. Prejudicialidade. O repúdio ao ato inconstitucional decorre, em essência, do princípio que, fundado na necessidade de preservar a unidade da ordem jurídica nacional, consagra a supremacia da constituição. Esse postulado fundamental de nosso ordenamento normativo impõe que preceitos revestidos de ‘menor’ grau de positividade jurídica guardem, ‘necessariamente’, relação de conformidade vertical com as regras inscritas na carta política, sob pena de ineficácia e de conseqüente inaplicabilidade. Atos inconstitucionais são, por isso mesmo, nulos e destituídos, em conseqüência, de qualquer carga de eficácia jurídica. A declaração de inconstitucionalidade de uma lei alcança, inclusive, os atos pretéritos com base nela praticados, eis que o reconhecimento desse supremo vício jurídico, que inquina de total nulidade os atos emanados do poder público, desampara as situações constituídas sob sua égide e inibe — ante a sua inaptidão para produzir efeitos jurídicos válidos — a possibilidade de invocação de qualquer direito. A declaração de inconstitucionalidade em tese encerra um juízo de exclusão, que, fundado numa competência de rejeição deferida ao supremo tribunal federal, consiste em remover do ordenamento positivo a manifestação estatal inválida e desconforme ao modelo plasmado na carta política, com todas as conseqüências daí decorrentes, inclusive a plena restauração de eficácia das leis e das normas afetadas pelo ato declarado inconstitucional. Esse poder excepcional — que extrai a sua autoridade da própria carta política — converte o supremo tribunal federal em verdadeiro legislador negativo. A mera instauração do processo de fiscalização normativa abstrata não impede o exercício, pelo órgão estatal competente, da prerrogativa de praticar os atos que se inserem na esfera de suas atribuições institucionais: o de criar leis e o de revogá-las. O ajuí-

zamento da ação direta de inconstitucionalidade não tem, pois, o condão de suspender a tramitação de procedimentos legislativos ou de reforma constitucional que objetivem a revogação de leis ou atos normativos cuja validade jurídica esteja sob exame da corte, em sede de controle concentrado. A suspensão cautelar da eficácia do ato normativo impugnado em ação direta — não obstante restaure, provisoriamente, a aplicabilidade da legislação anterior por ele revogada — não inibe o poder público de editar novo ato estatal, observados os parâmetros instituídos pelo sistema de direito positivo. A revogação superveniente do ato normativo impugnado, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, impede, desde que inexistentes quaisquer efeitos residuais concretos, o prosseguimento da própria ação direta» (QO na ADI n. 652/MA, Rel. Min. Celso de Mello). (Disponível em www.stf.gov.br, acesso em 07/02/2007).

Ementa: Constituição. Lei anterior que a contrarie. Revogação. Inconstitucionalidade Superveniente. Impossibilidade. 1. A lei ou é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel à Constituição; inconstitucional na medida em que a desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vedado. O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária. 2. Reafirmação da antiga jurisprudência do STF, mais que cinquentenária. 3. Ação direta de que se não conhece por impossibilidade jurídica do pedido. (ADI 2 / DF - Relator(a): Min. Paulo Brossard Julgamento: 06/02/1992 Órgão Julgador Tribunal Pleno) (Disponível em www.stf.gov.br, acesso em 07/02/2007).

Em suma, não há na Constituição Federal dispositivo algum disciplinando a eficácia, seja *ex tunc* ou *ex nunc*, das decisões de inconstitucionalidade. Entretanto, decorrente da própria evolução histórica do controle de constitucionalidade em nosso sistema constitucional, bem como da interpretação do Supremo Tribunal Federal, podemos afirmar que o princípio da nulidade da norma inconstitucional é norma implícita.

É oportuno observar que o Supremo Tribunal Federal não distingue a inexistência da nulidade em se tratando de atos normativos. Em consequên-

cia, admite conhecer e fiscalizar a constitucionalidade de leis consideradas juridicamente inexistentes. Há um precedente bastante ilustrativo. Trata-se do habeas corpus nº 77.734-9, Relator o Min. Néri da Silveira. Neste feito o paciente buscava benefício de anistia concedido pelo parágrafo único do art. 11 da Lei nº 9.639/99. Ocorre que o parágrafo único deste dispositivo não havia sido aprovado pelo Congresso Nacional, tanto que o texto foi publicado com o mencionado parágrafo único em data de 15 de maio de 1998 e, no dia seguinte republicado sem o parágrafo único, esclarecendo que a Lei foi republicada por ter sido publicada com erro. No acórdão o Supremo Tribunal Federal diz que «simples erro material na publicação do texto não lhe confere, só por essa razão, força de lei.» Não obstante isso, culminou por declarar *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 11 da Lei nº 9639/1998, com a redação publicada no Diário Oficial da União de 26 de maio de 1998, por vício de inconstitucionalidade formal manifesta.

2. A MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

A) A autorização legislativa para a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade

Demonstrou-se, a partir da evolução constatada nos sistemas de controle de constitucionalidade, a atenuação das diferenças oriundas de modelos clássicos e do binômio validade/nulidade, aproximando-se os sistemas, o que levou ao surgimento de novas técnicas de decisões de inconstitucionalidade.

Surgem decisões, quando da declaração de inconstitucionalidade de um ato legislativo, ditas imperfeitas, ou identificadas como novas técnicas de declaração de inconstitucionalidade, como expressão de outros valores constitucionais, principalmente a segurança e a certeza jurídicas, sub-princípios do Estado Democrático de Direito e, em consequência, princípios imanescentes de qualquer ordem jurídico-constitucional.

Já se afirmou, de igual sorte, que a nulidade da lei inconstitucional não significa, necessariamente, a nulidade de seus efeitos ou das relações jurídicas dela decorrentes.

É a partir dessas reflexões, atendendo clamores doutrinários e do próprio Supremo Tribunal Federal, que vêm à lume as Leis 9.868 e 9882, ambas de 1999, a primeira regulando a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade e a segunda disciplinando a arguição de descumprimento de preceito fundamental, ambas dispendo (art. 27 da Lei 9.868/99 e art. 11 da Lei 9.882):

«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.»

Em 19 de dezembro de 2006, regulamentando o art. 103-B da Constituição Federal, que instituiu a Súmula Vinculante, foi editada a lei nº 11.417, que assim refere:

«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.»

O Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello, no AI 589.281-AgR/RJ, afirmou ser «certo que, no sistema normativo brasileiro, com a edição da Lei nº 9.868/99 (art. 27), introduziu-se inovação claramente inspirada nos modelos constitucionais positivados no direito português e no direito alemão».

Conforme se depreende dos dispositivos inseridos na Lei nº 9.868/99, 9.882/99 e 11.417/06 acima transcritos, o Supremo Tribunal Federal recebeu autorização para modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade¹², podendo restringi-los ou fixar termo para o início da eficácia da decisão de inconstitucionalidade.

¹² Não obstante tenham as leis mencionadas objetivo de regular o sistema concentrado de controle de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal já aplicou a técnica da modulação temporal dos efeitos no sistema difuso: «Embora a Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, tenha autorizado o Supremo Tribunal Federal a declarar a inconstitucionalidade com efeitos limitados, é lícito indagar sobre a admissibilidade do uso dessa técnica de decisão no âmbito do controle difuso. Ressalte-se que não se está a discutir a constitucionalidade do art. 27 da Lei n. 9.868, de 1999. Cuida-se aqui, tão-somente, de examinar a possibilidade de aplicação da orientação nele contida no controle incidental de constitucionalidade. (...) assinale-se que, antes do advento da Lei n. 9.868, de 1999, talvez fosse o STF, muito provavelmente, o único órgão importante de jurisdição constitucional a não fazer uso, de modo expresso, da limitação de efeitos na declaração de inconstitucionalidade. (...) No que interessa para a discussão da questão em apreço, ressalte-se que o modelo difuso não se mostra incompatível com a doutrina da limitação dos efeitos.» (*AC 189-MC-QO*, voto do Min. Gilmar Mendes, julgamento em 9-6-04, *DJ* de 27-8-04); «O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido, excepcionalmente, a possibilidade de proceder à modulação ou limitação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, mesmo quando proferida, por esta Corte, em sede de controle difuso. Precedente: RE 197.917/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa (Pleno)» (*Agravo de Instrumento 453.071-4*, Relator Ministro Celso de Mello). Igual diretriz restou adotada quando do julgamen-

O permissivo legal, fundamento para a denominada modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade foi recebido com aplausos por uma parte da doutrina e reservas de outra parte. Também o Supremo Tribunal Federal, que ainda discute a própria constitucionalidade desses dispositivos em ações diretas de inconstitucionalidade, recebeu a novidade de forma controversa.

B) Requisitos para a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade

Antes de adentrar-se na discussão sobre a constitucionalidade ou não dos permissivos legais, examinam-se os requisitos exigidos expressamente pelos dispositivos acima transcritos, mesmo porque serão eles que vão justificar ou não sua admissibilidade.

a) *Quorum para decisão*

Surge de pronto a exigência do quorum qualificado de dois terços (equivalente a oito ministros) dos membros do Supremo Tribunal Federal. (art. 27 da Lei nº 9.868/99, art. 11 da Lei nº 9.882/99 e art. 4º da Lei nº 11.417/06). Dessa maneira, exige-se sessão plenária.

Nota-se a tendência legislativa para, em situações de rigor, exigir-se a maioria de oito Ministros, podendo ser citados o art. 22 da Lei nº 9.868/99 quando exige a presença de pelo menos oito Ministros na sessão, para a decisão de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, ou, no mesmo sentido, o art. 8º da Lei nº 9.882/99.

Também o art. 103-A da Constituição Federal, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45/04 quando refere que o «Supremo Tribunal Federal, poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula, que a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e

to do HC 82959, no qual o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de norma infraconstitucional proibitiva da progressão de regime nos denominados crimes hediondos: «O Tribunal, por votação unânime, explicitou que a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará conseqüências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, pois esta decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional» (Tribunal Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio).

municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.»

Por seu turno, a Lei nº 11.417, ao regulamentar o dispositivo constitucional, em seu art. 2º, § 3º aduz que «A edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula com efeito vinculante dependerão de decisão tomada por 2/3 (dois terços) dos membros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária.»

b) *Pressupostos materiais*

Os pressupostos materiais - razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social — revelam-se como conceitos jurídicos indeterminados.

Merece referência a diversa redação que obteve o art. 4º da Lei nº 11.417, que regulamentou o art. 103-A da Constituição Federal. Enquanto os artigos 27 e 11, respectivamente das Leis nºs 9.868 e 9.882, ambas de 1999, mencionam a possibilidade de afastar a nulidade absoluta da norma inconstitucional por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, a Lei nº 1.417/06 refere a segurança jurídica ou excepcional interesse público.

Desde logo ressalte-se que, em se tratando de conceitos jurídicos indeterminados, o Supremo Tribunal Federal recebe poderes discricionários — não absolutos é claro — para concretizar seus significados¹³.

C) A discussão sobre a constitucionalidade da modulação temporal dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade

A novidade legal, disciplinando efeitos da declaração de inconstitucionalidade, tema do qual, repita-se, a própria Constituição não cuida, não está isenta de críticas. Foram propostas ações diretas de inconstitucionalidade

¹³ «A norma contida no art. 27 da Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, tem caráter fundamentalmente interpretativo, desde que se entenda que os conceitos jurídicos indeterminados utilizados — segurança jurídica e excepcional interesse social — se revestem de base constitucional. No que diz respeito à segurança jurídica, parece não haver dúvida de que encontra expressão no próprio princípio do Estado de Direito consoante, amplamente aceito pela doutrina pátria e alienígena. Excepcional interesse social pode encontrar fundamento em diversas normas constitucionais. O que importa assinalar é que, consoante a interpretação aqui preconizada, o princípio da nulidade somente há de ser afastado se se puder demonstrar, com base numa ponderação concreta, que a declaração de inconstitucionalidade ortodoxa envolveria o sacrifício da segurança jurídica ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social.» (Supremo Tribunal Federal, AI 474.708-AgR, Relator Ministro Gilmar Mendes, decisão monocrática, julgamento em 17-3-08, *DJE* de 18-4-08).

lidade tendo por objeto as Leis nºs 9.868/99 e 9.882/99, perante o Supremo Tribunal Federal, promovidas pela Confederação Nacional das Profissões Liberais e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, sob a alegação de que a matéria versada em tal preceito normativo está sujeita à reserva de Constituição, não podendo, por isso mesmo, segundo sustentam os autores de referidos processos, ser disciplinada pelo legislador comum.

Em recente julgado, AI 589.281-AgR/RJ, do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Celso de Mello examina as posições doutrinárias, a partir da inovação legislativa, apurando três direções.

Refere, primeiro, àqueles «que sustentam a inconstitucionalidade do art. 27 da Lei nº 9.868/99, não admitindo, em qualquer hipótese, a utilização da técnica da modulação (ou da manipulação) dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade emanada do Supremo Tribunal Federal, quer se trate de fiscalização abstrata, quer se cuide de controle meramente incidental de constitucionalidade».

Há uma segunda corrente doutrinária, «cujo magistério reconhece a possibilidade jurídica de aplicação da técnica da modulação temporal dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, desde que se restrinja ao plano do controle abstrato».

Por fim, «registra-se, ainda, uma terceira posição doutrinária, cuja percepção do tema admite ser viável o emprego da manipulação (ou modulação), no tempo, dos efeitos jurídicos resultantes da declaração de inconstitucionalidade proferida pela Suprema Corte, não importando que tal pronunciamento se dê no âmbito da fiscalização concentrada ou no plano do controle meramente incidental de constitucionalidade».

D) A constitucionalidade dos permissivos legais

Do exame procedido do sistema brasileiro com suas peculiaridades e principalmente da recente evolução decorrente de uma nova ordem constitucional e suas reformas, bem como da alteração do pensamento de nossa Corte Constitucional a respeito da nulidade da norma inconstitucional, algumas conclusões podem ser formuladas.

A adoção primeira do controle difuso de constitucionalidade enraizou em nosso direito o dogma da absoluta nulidade da norma inconstitucional. A posterior adesão a um sistema de controle concentrado não se afastou daquelas origens, desenvolvendo-se, de forma peculiar, também no controle abstrato de constitucionalidade, o dogma da invalidade da norma contrária à Constituição.

Afirma-se, com isso que o princípio da nulidade da norma inconstitucional é princípio imanente em nosso Texto constitucional.

No entanto, a realidade se impôs, com a complexidade das relações jurídicas e seus inusitados contornos. Decorre a partir daí, a necessidade de, em situações excepcionalíssimas, afastar-se o caráter absoluto do princípio da nulidade do ato inconstitucional, o que foi efetuado em algumas decisões do Supremo Tribunal Federal.

A partir daí, primeiro em 1999 (Leis nºs 9.868 e 9,882) e depois em 2006 (Lei nº 11.417), surgem diplomas legislativos, de natureza infra-constitucional, permitindo, em situações extraordinárias (segurança jurídica e excepcional interesse social/público), o afastamento do dogma da nulidade, admitindo-se a modulação dos efeitos da norma inconstitucional, mantendo-se a validade de relações jurídicas, mesmo amparadas em ato que fere à Constituição, até o momento fixado pelo Supremo Tribunal Federal, o que inclui até mesmo a possibilidade de manter-se de forma prospectiva a eficácia da norma já reconhecida ilegítima.

Com efeito, adotar sem temperamentos o princípio da nulidade da norma inconstitucional é negar a realidade. É certo que não se pode impor este postulado para todos os casos concretos, sob pena de ferimento a outros princípio também consagrados em um sistema constitucional. Há hipóteses em que se impõe a autoridade da coisa julgada, do princípio a boa fé, da segurança jurídica e da estabilidade das relações jurídicas. Estas situações vão colocar em choque princípios constitucionais tutelados pela ordem constitucional. Ou seja, se a nulidade da norma inconstitucional é princípio assegurado na Constituição, outros princípios também são consagrados pelo Texto Constitucional.

Contata-se hodiernamente a preocupação de todos os ordenamentos jurídico-constitucionais com situações jurídicas estabelecidas e consolidadas a partir de normas ilegítimas. A realidade demonstra que há situações em que a mera sanção de invalidez a esses atos não é a resposta adequada, porquanto outros postulados, também consagrados e garantidos pelas Constituições serão maculados.

É exatamente ante esta constatação que se pode extrair a constitucionalidade, ou seja, a total sintonia com o Texto Magno, da possibilidade de manipulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade.

O princípio da nulidade da norma inconstitucional ou princípio da constitucionalidade encontra-se consagrado, de forma imanente, na Constituição Federal. No entanto, a Constituição consagra outros valores, com primazia aos direitos e garantias fundamentais.

Aceitar a afirmação de que a nulidade da norma desconforme à Constituição é princípio de caráter absoluto, significa aceitar que, nesta situação,

acatando-se a eficácia *ex tunc* da decisão de inconstitucionalidade, permite-se o ferimento a outros princípios constitucionais.

A decisão de inconstitucionalidade, com sua conseqüência natural, a invalidade do ato normativo, poderá vir a ferir outros princípios constitucionais, também tutelados pela ordem jurídico-constitucional. Teremos, em situações como essa, um confronto entre princípios constitucionais.

Os direitos constitucionais estabelecem entre si uma relação de convivência e de preservação do núcleo essencial, de modo a possibilitar o exercício harmônico e perene das diversas disposições jurídicas criadas pela Constituição: o exercício absoluto de um direito não pode levar à anulação do exercício do mesmo ou de outros direitos por outros indivíduos ou pela coletividade, estabelecendo-se entre eles uma interligação institucional e prática (princípio da concordância prática) que reforça a característica da indivisibilidade dos direitos fundamentais, por traduzir a Constituição um vínculo de essencial unidade e coerência interna.

A compreensão principiológica dos direitos fundamentais demonstra ser uma postura teórica em favor dos direitos fundamentais, no momento em que permite a visualização sistêmica e integral de todos os direitos fundamentais, superando critérios diferenciatórios entre os direitos que, ao final, têm todos como objetivo essencial a proteção da dignidade da pessoa humana, traduzindo comandos de potencialização no que se refere à proteção concreta dos respectivos núcleos essenciais. Nesse sistema, as normas jurídicas são subdivididas em princípios e regras.

Para Alexy, tanto as regras como os princípios são normas jurídicas, porque ambos dizem o que deve ser, ou seja, são razões para juízos concretos de dever ser, formuladas com a ajuda das expressões deonticas fundamentais, como mandamento, permissão e proibição¹⁴.

Podem ser encontrados diversos critérios para a distinção entre regras e princípios, dentre os quais avulta o da generalidade, segundo o qual os princípios são normas de um grau de generalidade relativamente alto, enquanto que as regras são normas com baixo grau de generalidade. Assim, a diferenciação entre princípios e regras deve ser buscada diretamente no comando normativo: os princípios não têm preocupação ou vinculação com a concretude da relação jurídica, determinando seu grau de generalidade uma aplicabilidade mais difusa; as regras, ao contrário, possuem uma vocação ligada à regulamentação concreta e específica das relações jurídicas, afastando a generalidade de seus comandos.

Os princípios são mandados de otimização, caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus, e que a medida devida de

¹⁴ ROBERT ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 83.

seu cumprimento não somente depende das possibilidades reais senão também das jurídicas: os princípios ordenam que algo deva ser realizado na maior medida possível, não contendo mandados definitivos senão somente *prima facie*. As regras, por seu turno, são normas que somente podem ser cumpridas ou não, pois a aplicabilidade de uma regra somente pode ser afastada pelo critério da invalidade, pois elas contêm determinações possíveis de serem cumpridas, no âmbito do fato e no âmbito jurídico, traduzindo uma razão definitiva¹⁵.

Esta distinção proposta, ainda segundo Alexy, fica evidente quando da solução dos conflitos de princípios e dos conflitos de regras: os conflitos de regras solucionam-se adequadamente quando inserida em uma das regras uma cláusula de exceção que elimine o conflito. Se uma semelhante solução não for possível, pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida, com sua conseqüente eliminação do mundo jurídico, critério que não é graduável, pois ou uma norma vale ou não vale juridicamente, sendo irrelevantes apreciações quanto a sua validade social ou importância no interior do ordenamento jurídico¹⁶, aplicando-se, nesta hipótese, os preceitos conhecidos para a solução de conflitos de normas, como a *lex posterior derogato legis prior* e *lex specialis derogato legi generali*.

Diferente é a solução que se deve atribuir ao conflito de princípios, o qual não se estabelece no plano da validade (conflito de regras), mas na dimensão do peso. Ou seja, quando dois princípios jurídicos entram em colisão irreversível, um deles obrigatoriamente tem que ceder diante do outro, o que, porém, não significa que haja a necessidade de ser declarada a invalidade de um dos princípios, senão que, sob determinadas condições, um princípio tem mais peso ou importância do que outro e, em outras circunstâncias, poderá suceder o inverso¹⁷.

Nesse sistema, embora a estreita vinculação (o cumprimento gradual dos princípios tem o seu equivalente na realização gradual dos valores), diferenciam-se, ainda, os princípios dos valores. O que no modelo dos valores é *prima facie* o melhor é, no modelo dos princípios, *prima facie* devido; aquilo que no modelo dos valores é definitivamente o melhor, no modelo dos princípios é o definitivamente devido. A diferença, pois, entre valores e princípios é, tão-somente, em virtude de seu caráter deontológico (princípios) e axiológico (valores).

Relativamente aos princípios, ao contrário, em virtude da dimensão de peso que lhes é inerente, a decisão que afastar determinado princípio em uma determinada situação não implica identificá-lo como 'inválido', mas,

¹⁵ ROBERT ALEXY, *op. cit.*, 2002, pp. 86/87.

¹⁶ ROBERT ALEXY, *op. cit.*, 2002, p. 88.

¹⁷ ROBERT ALEXY, *op. cit.*, 2002, p. 89.

simplesmente, a conclusão sobre a maior importância de um determinado princípio naquele caso concreto, situação que poderá não se repetir em situações futuras: a ponderação entre todos os princípios envolvidos, com a eleição daquele com maior peso na situação específica.

Em suma, cuidando-se do tema sob a ótica dos direitos fundamentais, jurisdição constitucional como defesa e garantia dos direitos fundamentais, não causa qualquer espécie afastar a nulidade absoluta decorrente da norma inconstitucional.

Deve existir um interesse público tão intenso que justifique afastar as naturais consequências da inconstitucionalidade, ou seja, que um interesse público que se faça preponderar sobre o princípio da nulidade da norma inconstitucional.

Ressalte-se que mesmo a doutrina que resiste à possibilidade de manipulação dos efeitos da inconstitucionalidade, menciona hipóteses especiais, e um exemplo muito comum é o caso da norma penal inconstitucional, cuja decisão não deverá retroagir para prejudicar o réu. Ora, nesse exemplo, o que se constata, de igual sorte, são princípios constitucionais em choque: a nulidade da norma inconstitucional de um lado e de outro a inadmissibilidade de retroação da norma penal prejudicial e, o que em última análise se está a afirmar, é que prepondera, neste caso, o segundo princípio, permitindo-se restringir o dogma da nulidade do ato contrário à Constituição.

Em consequência, a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade é legítima. Em determinadas situações a própria ordem constitucional exige que seja afastado o dogma da nulidade da norma inconstitucional. Isso porque uma decisão de inconstitucionalidade, afirmando a nulidade absoluta da norma inconstitucional e sua inaptidão para produzir, em qualquer momento, qualquer efeito jurídico válido, pode ferir a ordem constitucional tanto quanto uma norma que venha agredir o princípio da segurança jurídica, p. ex., aniquilando direitos adquiridos.

Caberá ao Supremo Tribunal Federal exercer rigoroso juízo de ponderação para afirmar se, na situação *sub judice* irá preponderar o princípio da nulidade ou determinadas razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

Por isso mesmo afirma-se a importância da consistente fundamentação, toda a vez (excepcional) que, afastando a regra geral da total inaptidão para produzir efeito jurídicos da norma inconstitucional, aproveitar estes efeitos até um determinado momento, por ele mesmo fixado. O órgão jurisdicional de cúpula deverá demonstrar a necessidade, a adequação e a razoabilidade da medida extrema.

A decisão sobre a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade deve ser feita em um segundo momento, mesmo porque, não se confundem a decisão de inconstitucionalidade com seus efeitos. Em um

primeiro momento o Tribunal declara a inconstitucionalidade da norma impugnada. Após, examina a possibilidade de restringir seus efeitos, admitindo a validade de relações jurídicas dela decorrentes. No silêncio, impõe-se a regra geral, qual seja, a eficácia retroativa e repristinatória.

Por fim, anote-se, como conclusão inarredável, que somente interesses protegidos pela Constituição permitem ou mesmo justificam a limitação dos feitos da norma inconstitucional. Afinal, não poderia a Constituição proteger-se a si mesma e abrir mão de seu primordial objetivo que é assegurar os direitos e garantias fundamentais¹⁸.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A complexidade do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, conjugando elementos dos métodos difuso e concentrado, propicia,

¹⁸ «A teoria da nulidade tem sido sustentada por importantes constitucionalistas. Fundada na antiga doutrina americana, segundo a qual ‘the unconstitutional statute is not law at all’, significativa parcela da doutrina brasileira posicionou-se pela equiparação entre inconstitucionalidade e nulidade. Afirmava-se, em favor dessa tese, que o reconhecimento de qualquer efeito a uma lei inconstitucional importaria na suspensão provisória ou parcial da Constituição. Razões de segurança jurídica podem revelar-se, no entanto, aptas a justificar a não-aplicação do princípio da nulidade da lei inconstitucional. Não há negar, ademais, que aceita a idéia da situação ‘ainda constitucional’, deverá o Tribunal, se tiver que declarar a inconstitucionalidade da norma, em outro momento fazê-lo com eficácia restritiva ou limitada. Em outros termos, o ‘apelo ao legislador’ e a declaração de inconstitucionalidade com efeitos limitados ou restritos estão intimamente ligados. Afinal, como admitir, para ficarmos no exemplo de Walter Jellinek, a declaração de inconstitucionalidade total com efeitos retroativos de uma lei eleitoral tempos depois da posse dos novos eleitos em um dado Estado? Nesse caso, adota-se a teoria da nulidade e declara-se inconstitucional e ipso jure a lei, com todas as conseqüências, ainda que dentre elas esteja a eventual acefalia do Estado? Questões semelhantes podem ser suscitadas em torno da inconstitucionalidade de normas orçamentárias. Há de se admitir, também aqui, a aplicação da teoria da nulidade tout court? Dúvida semelhante poderia suscitar o pedido de inconstitucionalidade, formulado anos após a promulgação da lei de organização judiciária que instituiu um número elevado de comarcas, como já se verificou entre nós. Ou, ainda, o caso de declaração de inconstitucionalidade de regime de servidores aplicado por anos sem contestação. Essas questões — e haveria outras igualmente relevantes — parecem suficientes para demonstrar que, sem abandonar a doutrina tradicional da nulidade da lei inconstitucional, é possível e, muitas vezes, inevitável, com base no princípio da segurança jurídica, afastar a incidência do princípio da nulidade em determinadas situações. Não se nega o caráter de princípio constitucional ao princípio da nulidade da lei inconstitucional. Entende-se, porém, que tal princípio não poderá ser aplicado nos casos em que se revelar absolutamente inidôneo para a finalidade perseguida (casos de omissão ou de exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade), bem como nas hipóteses em que a sua aplicação pudesse trazer danos para o próprio sistema jurídico constitucional (grave ameaça à segurança jurídica).» (Supremo Tribunal Federal, RE 364.304-AgR, voto do Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 3-10-06, DJ de 6-11-06).

não raras vezes, a sobreposição eficaz das decisões envolvendo constitucionalidade normativa. O Supremo Tribunal Federal, ora julgando concentradamente, ao conhecer da ação direta de inconstitucionalidade, ora agindo como corte revisional, tem a indispensável atribuição de uniformização do entendimento constitucional nacional. Os efeitos das decisões sobre a (in)constitucionalidade dos atos normativos têm sofrido, no âmbito da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, um influxo inarredável dos direitos fundamentais, base estrutural que deve presidir toda e qualquer decisão dos órgãos da soberania, sempre tendo por objetivo a otimização de sua eficácia concreta, superando a tradicional dicotomia sistema difuso/sistema concentrado, alcançando-se, ao final, uma racionalização na utilização do arcabouço jurídico-constitucional.