



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

LUISA MARIA PINHO DE OLIVEIRA REIS

**UMA PROPOSTA DE TEORIA DAS DECISÕES NA
JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: A RELATIVIZAÇÃO DOS
EFEITOS DA DECLARAÇÃO DA PLENA
(IN)CONSTITUCIONALIDADE**

Salvador
2013

LUISA MARIA PINHO DE OLIVEIRA REIS

**UMA PROPOSTA DE TEORIA DAS DECISÕES NA
JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: A RELATIVIZAÇÃO DOS
EFEITOS DA DECLARAÇÃO DA PLENA
(IN)CONSTITUCIONALIDADE**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dirley da Cunha Júnior

Salvador
2013

TERMO DE APROVAÇÃO

LUIZA MARIA PINHO DE OLIVEIRA REIS

**UMA PROPOSTA DE TEORIA DAS DECISÕES NA
JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: A RELATIVIZAÇÃO DOS
EFEITOS DA DECLARAÇÃO DA PLENA
(IN)CONSTITUCIONALIDADE**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2013

Às mulheres da minha vida, minha
mãe, Marlene Pinho e minha irmã,
Liliane Reis.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente aos meus colegas de turma. Ao longo do curso a solidariedade foi um sentimento sempre presente, desde os compartilhamentos de materiais de estudo até a preocupação com a situação do outro, devido ao desejo mútuo de sucesso. Imprescindível foram as experiências e informações trocadas para o desenvolvimento dos estudos, por vezes tão demandados, principalmente num trabalho de conclusão de curso. Agradeço também ao meu orientador, professor Dirley da Cunha Júnior, em especial pelas primeiras lições de Direito Constitucional ministradas na faculdade. Sem dúvida a sua paixão pelo Direito Constitucional influencia aqueles que têm o privilégio de serem seus alunos, e me fez uma fã da área. Ademais, as suas bem colocadas orientações me conferiram a segurança necessária para prosseguir na pesquisa e enfrentar o tema e as suas dificuldades.

A vocês, o meu muito obrigada!

Nossas dúvidas são traidoras e nos fazem perder o que, com frequência, poderíamos ganhar, por simples medo de arriscar.”
William Shakespeare

RESUMO

O Controle de Constitucionalidade é fruto da concepção de Supremacia da Constituição. O exercício da jurisdição constitucional tem como principal escopo proteger a Constituição, procedendo-se ao controle de constitucionalidade das leis. Portanto, tendo em vista a relevância do exercício desse controle, uma análise detida acerca dos efeitos de suas decisões é imprescindível. Os principais modelos de controle de constitucionalidade judiciais são o modelo abstrato e o difuso. O primeiro tem como característica o exercício do controle de constitucionalidade por um único órgão, de forma centralizada, e a análise da compatibilidade da lei com a Constituição é feita abstratamente, sem a existência de uma lide concreta. Por outro lado, o controle difuso de constitucionalidade é aquele em que diversos órgãos judiciais possuem competência para o seu exercício, e a análise da constitucionalidade é realizada para a solução de um caso concreto. O Brasil adotou o modelo híbrido, que reúne as características do controle de constitucionalidade concentrado e difuso. No ordenamento jurídico nacional, devido à intolerância aos efeitos irradiados da norma inconstitucional, tal ato é tido como nulo, e quando assim é reconhecido, sua eficácia é suspensa *ab initio*, por isso as relações jurídicas baseadas no preceito inconstitucional são desfeitas desde a origem. A adoção da nulidade da lei inconstitucional, entendida como princípio constitucional, visa proteger a supremacia da Lei Fundamental, a qual condiciona a validade das normas infraconstitucionais. Nessa senda, o presente trabalho analisou a suficiência dos tradicionais efeitos do controle de constitucionalidade, que são relativamente simples, ou se reconhece a plena constitucionalidade da disposição, e se mantém integralmente a sua aplicação, ou declara-se a inconstitucionalidade normativa com a cassação dos seus efeitos retroativamente. No exercício da jurisdição constitucional, constatando-se a insuficiência do binômio plena constitucionalidade e plena inconstitucionalidade, desenvolveram-se técnicas de decisão que relativizam os pronunciamentos dos magistrados sobre a compatibilidade dos textos normativos com a Lei Maior. Com o fito de sistematizar uma teoria das decisões na jurisdição constitucional, ressaltando-se o exercício pelo Supremo Tribunal Federal, discutiu-se as seguintes técnicas de decisão: declaração de inconstitucionalidade com modulação dos efeitos temporais; declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade; interpretação conforme a constituição; declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto; apelo ao legislador e inconstitucionalidade progressiva. Analisou-se ainda o julgamento da ADI nº 4029, tendo em vista as peculiaridades no transcorrer da sua decisão, na qual o STF optou modificar o primeiro entendimento adotado pela procedência, para julgá-la posteriormente improcedente. Descreveu-se e foram delimitados os conceitos de cada técnica de decisão, apontando-se as distinções entre elas. Ademais, foram estudados precedentes do STF para demonstrar a sua aplicação e compatibilidade com o sistema jurídico nacional. Procedeu-se ainda a críticas e ponderações sobre a adequada utilização das técnicas de decisão, para que estas ferramentas sejam bem empregadas e alcancem o escopo pelo qual foram desenvolvidas, qual seja, fornecer às Cortes Constitucionais opções de pronunciamentos que melhor garantam a solução ao caso em apreço, quando a alternativa oferecida pela jurisdição constitucional ortodoxa for inidônea.

Palavras-chave: Controle de Constitucionalidade; Técnicas de Decisão; Jurisdição Constitucional Ortodoxa.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	artigo
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
AGU	Advogado-Geral da União
CC	Código Civil
CF/88	Constituição Federal da República
CPP	Código de Processo Penal
EC	Emenda Constitucional
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO	15
2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA	15
2.1.1 O constitucionalismo antigo e na Idade Média	17
2.1.2 Constitucionalismo moderno	19
2.1.3 O Constitucionalismo Social	23
2.2 CONCEITO	24
2.3 PRESSUPOSTO	26
2.3.1 A constituição formal	26
2.3.2 A constituição rígida	26
3. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	28
3.1 MODELOS	28
3.1.1 Controle difuso-incidental de constitucionalidade	29
3.1.2 Controle concentrado-abstrato de constitucionalidade	31
3.1.3 Controle misto de constitucionalidade	33
3.2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL	34
3.2.1 O Controle de Constitucionalidade na Constituição Federal de 1988	36
3.2.1.1 Controle difuso de constitucionalidade no Brasil	38
3.2.1.2 O Controle concentrado de constitucionalidade no Brasil	40
4 EFEITOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	42
4.1 A NORMA INCONSTITUCIONAL	42
4.2 EFEITOS <i>EX TUNC</i> E <i>EX NUNC</i> DA DECISÃO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	45
4.3 EFEITOS <i>INTER PARTES</i> E <i>ERGA OMNES</i> DA DECISÃO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	47
4.4 EFEITOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL	48
4.4.1 Natureza jurídica da norma inconstitucional para o direito brasileiro	49
4.4.2 Efeitos do controle de constitucionalidade difuso-incidental no direito brasileiro	50

4.4.3 Efeitos do controle de constitucionalidade concentrado-abstrato no direito brasileiro	52
4.4.3.1 Efeito Vinculante	53
4.4.3.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade e seus efeitos	54
4.4.3.3 Ação Declaratória de Constitucionalidade e seus efeitos	55
4.4.3.4 Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva e seus efeitos	56
4.4.3.5 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e seus efeitos	57
4.4.3.6 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e seus efeitos	58
5. TÉCNICAS DE DECISÃO NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	60
5.1 A INSUFICIÊNCIA DO BINÔMIO: CONSTITUCIONALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE	63
5.1.1 Técnica da declaração de inconstitucionalidade com modulação de efeitos temporais	65
5.1.1.1 Os requisitos materiais da modulação de efeitos e a ponderação de princípios	68
5.1.1.2 Supremo Tribunal Federal e a Técnica da modulação dos efeitos temporais	70
5.1.2 Técnica da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade	73
5.1.2.1 Supremo Tribunal Federal e a Técnica da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade	76
5.1.3 Técnica da interpretação conforme a Constituição	82
5.1.3.1 Supremo Tribunal Federal e a Técnica da Interpretação Conforme a Constituição	85
5.1.4 Técnica da Declaração de Inconstitucionalidade sem Redução de Texto	88
5.1.4.1 Supremo Tribunal Federal e a Técnica da Declaração de Inconstitucionalidade sem Redução do Texto	89
5.1.4.2 A distinção entre a Técnica da Declaração de Inconstitucionalidade sem Redução do Texto e a Técnica da Interpretação Conforme a Constituição	90
5.1.5 Técnica do Apelo ao Legislador	94
5.1.6 Técnica da Inconstitucionalidade Progressiva	97
5.1.6.1 Supremo Tribunal Federal e a Técnica da Inconstitucionalidade	

Progressiva	98
5.1.6.2 A Distinção entre a Técnica da Inconstitucionalidade Progressiva e do Apelo ao Legislador	100
5.1.7 Julgamento da ADI 4029 pelo Supremo Tribunal Federal	101
6 CONCLUSÃO	105
REFERÊNCIAS	111

INTRODUÇÃO

Devido a longo processo histórico, as Constituições em vários países ascenderam a patamar de superioridade em relação às demais normas. Nos seus textos foram colocados os valores fundantes e as principais estruturas governamentais dos Estados. Quando se adota a supremacia constitucional, as demais normas infraconstitucionais terão as disposições da Lei Maior como vetores, ou seja, deverão a ela observância incondicional.

Tendo em vista a percepção do grau de importância que assumiu a Constituição, e com o intuito de preservar a sua superioridade, que não basta ser afirmada, começou a ser pensado um sistema que pudesse garantir e proteger esse texto. Nos locais em que se conceberam Constituições rígidas e escritas foram criados mecanismos de controle de constitucionalidade.

No exercício do controle de constitucionalidade, os órgãos competentes, que possuem distintas características a depender do modelo adotado, afastarão a aplicação do preceito dissonante com os mandamentos da Lei Maior, ou manterão a eficácia daquela previsão que obedeceu aos parâmetros constitucionais.

Os principais modelos judiciais de controle de constitucionalidade são o modelo difuso-incidental e o modelo abstrato de controle de constitucionalidade. O primeiro, que inaugurou a ideia de controle da constitucionalidade, foi desenvolvido nos Estados Unidos da América, para defender a supremacia da Constituição. O modelo abstrato foi criado posteriormente na Áustria, também com o fito de afirmar a defender os ditames da Carta Magna.

No Brasil, com o advento da Constituição Federal de 1988, e todos os avanços a ela inerentes, foi adotado o modelo misto de controle de constitucionalidade. No sistema jurídico brasileiro convive-se com características do modelo abstrato e difuso de controle.

No modelo brasileiro, devido a influências norte-americanas a lei inconstitucional é tida como nula, ou seja, é um ato que nunca deveria ter produzido efeito algum, tendo em vista estar em desconformidade com a Lei Fundamental. Sob tal constatação, relações jurídicas baseadas em leis ou atos inconstitucionais serão desfeitas, quando do reconhecimento do vício da inconstitucionalidade, caso

contrário, se a norma for considerada constitucional, será ela mantida plenamente eficaz e de observância obrigatória.

O presente trabalho monográfico, por meio de análise bibliográfica, jurisprudencial e legal, buscou pesquisar e questionar a suficiência da jurisdição constitucional ortodoxa, na qual os órgãos que exercem o controle de constitucionalidade somente se resumiam a investigar se o preceito questionado era inconstitucional, e afastá-lo com o respectivo efeito *ex tunc*, ou concluir pela sua constitucionalidade e resumir-se a manter a norma plenamente eficaz, sem qualquer peculiaridade adicional.

No exercício da jurisdição constitucional, no qual o controle de constitucionalidade é a principal atuação, o Poder Judiciário está ali para, além de garantir a supremacia do texto constitucional, trazer pacificação social e soluções às questões analisadas. Acaso se verifique que a aplicação dos tradicionais efeitos do controle de constitucionalidade, apesar de teoricamente defender a Constituição, desatenda outros valores insculpidos na Lei Fundamental, e que no caso merecem maior proteção, conclui-se pela insuficiência do binômio Inconstitucionalidade/Constitucionalidade.

Portanto, razões de segurança jurídica e interesse social podem exigir dos órgãos competentes pelo exercício do controle de constitucionalidade que estes não fiquem alheios aos efeitos concretos da sua decisão. Clama-se por uma postura mais ativa do poder judiciário, com vistas à utilização de técnicas de decisão que traçam caminhos diversos para a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, atribuindo-lhes novos efeitos e configurações. Nessa esteira, propõem-se uma teoria das decisões na jurisdição constitucional para que haja uma reflexão e melhor utilização das técnicas aplicáveis.

Para o coerente estudo sobre efeitos da decisão no âmbito de controle de constitucionalidade alguns conceitos prévios foram analisados. No capítulo inicial avaliou-se a Supremacia da Constituição, por meio da análise do processo histórico que levou a sua ascensão ao topo do sistema jurídico, bem como os pressupostos, delimitação do significado e consequências dessa supremacia.

Com o estabelecimento da noção de superioridade do texto constitucional, seguiu-se nos capítulos seguintes para abordar as características do controle de constitucionalidade, meio pelo qual as imposições constitucionais serão tuteladas.

Nessa esteira foram destacadas as principais características e a origem do modelo difuso e concentrado de controle de constitucionalidade. Em sequência, detalhou-se como ocorre o procedimento do controle de constitucionalidade no Brasil, pois aqui se adotou o modelo híbrido.

Tendo em vista a relevância da eficácia das decisões na jurisdição constitucional para a compreensão do núcleo da pesquisa, abordou-se em capítulo a parte os possíveis efeitos da decisão judicial que discutiu a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma. No capítulo final, colocou-se em cheque a suficiência dos tradicionais efeitos da declaração da plena inconstitucionalidade ou constitucionalidade para todos os casos postos a análise do Tribunal, e percebeu-se a necessidade, por vezes, de utilização de meios distintos e inovadores que oferecem respostas a melhor solucionar a situação fática e jurídica que envolve a situação analisada. Tal questionamento é fruto da percepção de que as decisões na jurisdição constitucional possuem inegável relevância jurídica e social, portanto, a solução pretendida pelos magistrados deverá proteger os valores sociais, com conseqüente relevância jurídica, que mais se destacarem na situação discutida.

Foram então analisadas as seguintes técnicas de decisão: declaração de inconstitucionalidade com modulação dos efeitos temporais; declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade; interpretação conforme a constituição; declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto; apelo ao legislador e inconstitucionalidade progressiva. Ademais, destacou-se o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4029, tendo em vista as peculiaridades que a envolveram, e a mudança de julgamento que operou o Supremo Tribunal Federal, com o fito de estabilizar as relações sociais e garantir a segurança jurídica.

Por fim, juntamente com o detalhamento das características de cada técnica de decisão, foram analisados precedentes do Supremo Tribunal Federal, visando demonstrar a compatibilização das referidas técnicas com o sistema jurídico nacional e como elas estão sendo utilizadas pela jurisdição constitucional brasileira, se de maneira oportuna ou não.

2 A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

Ao abordar o tema do controle de constitucionalidade, torna-se imprescindível a análise acerca da supremacia da Constituição, pois é a sua posição hierárquica privilegiada, em nível superior as outras leis e atos normativos, que dá ensejo e fundamento a proteção do seu texto perpetrada pela jurisdição constitucional.

Nesse diapasão, um breve esboço histórico mostra-se relevante, visto que esclarece e revelam os motivos que levaram a construção dessa Lei Suprema, que servirá de padrão e fundamento para a produção das demais normas pelos poderes competentes. Sobreleva-se demonstrar então, os valores e o grau de importância que a Constituição foi tomando ao longo da evolução da humanidade, qual a sua configuração inicial, e as disposições por ela abordadas, bem como os valores sociais que ao seu texto foram sendo agregados com as mudanças de paradigmas que influenciaram as comunidades que deram ensejo a sua edição.

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Desde os primórdios o Homem procurou viver em grupos, com vistas a garantir a sua sobrevivência e integridade física. Com passar dos anos e épocas e o desenvolvimento da racionalidade já não se concebia a vida fora de uma sociedade. Posteriormente, o amadurecimento desta vida inserida em um grupo exigia a manutenção contínua de relação com terceiros, e por sua vez, sendo assim, de forma mais complexa desenvolvem-se os institutos jurídicos para reger as relações possivelmente conflituosas, o que determina o surgimento a ideia de Estado.

A existência da sociedade, seja ela em uma formação mais primitiva ou já estruturada numa dinâmica estatal mais desenvolvida, pressupõe, também, a necessidade de criação de regras e balizas para a organização deste grupo, visando, notadamente, o controle da atuação dos soberanos, assim como a previsão de direitos e obrigações para a população. Com tal constatação, conclui-se que sempre existiram Constituições ao longo da história, tendo em vista a necessidade

da convivência com normas regulamentadoras e organizadoras da conduta humana estabelecida na convivência social.

Porém, quando se fala que há muitos séculos já se identificava a existência de Constituições, implica dizer na sua acepção material. Ao tratar sobre a classificação material das Constituições, ensina José Afonso da Silva¹ que constituição material possui um sentido amplo e um estrito. No seu sentido amplo refere-se ao regime político, abrangendo a organização total do Estado. Já no segundo sentido, tratar-se-ia de regras que organizam a estrutura do Estado, dos seus órgãos e que abordam os direitos fundamentais, ter-se-iam, portanto, identificadas como normas constitucionais, independentemente da forma, se escritas ou costumeiras ou se inseridas ou não em um documento escrito. Portanto, são constitucionais as normas que tratem de matéria constitucional.

Intituiu-se de constitucionalismo o movimento de criação de normas desenvolvidas para reger todo o Estado, constituindo um verdadeiro conjunto de regras e princípios que seriam obrigatoriamente observados tanto pelos cidadãos, quanto pelos governantes.

André Ramos Tavares², ao tratar da dificuldade de conceituação do termo constitucionalismo, sintetiza que:

Fica absolutamente nítida, pois, a apresentação do constitucionalismo como movimento que, embora de grande alcance jurídico, apresenta feições sociológicas inegáveis. O aspecto jurídico revela-se pela pregação de um sistema dotado de um corpo normativo máximo, que se encontra acima dos próprios governantes – a Constituição. O aspecto sociológico está na movimentação social que confere a base de sustentação dessa limitação do poder, impedindo que os governantes passem a fazer valer seus próprios interesses e regras na condução do Estado. O aspecto ideológico está no tom garantístico (como decorrência da limitação do poder) pregado pelo constitucionalismo.

O constitucionalismo, no entanto, não tinha como objetivo a feitura de Constituições, uma vez que já existiam, e, como já explanado, a existência de um Estado implica na presença de normas fundamentais acerca da sua formatação política, independentemente da época. Explica Dirley da Cunha Júnior³, que o constitucionalismo surge baseado em ideias libertárias, em que se procurou, desde

¹ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 40-41.

² TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 23.

³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 33.

seu nascedouro, “um modelo de organização política lastreada no respeito dos direitos dos governados e na limitação do poder dos governantes”.

Esse movimento traz a ideia inerente de supremacia da lei e limitação do poder. Apesar de intitulado constitucionalismo, o Reino Unido surge como um expoente que demonstra a desnecessária associação com a existência de uma Constituição formal, no qual há adoção do ideal constitucionalista, mas não possui Cartas Escritas⁴.

Interessa, portanto, identificar os momentos históricos relevantes, nos quais são constatadas estruturas normativas que visavam à organização de grupos sociais e limitação do poder político; épocas que se identificam as origens históricas do constitucionalismo. Desde a antiguidade, estudiosos do direito constitucional apontam indicativos, ainda que mais amenos em relação ao estágio atual, da presença de movimentos e regras com objetivos compatíveis ao constitucionalismo.

2.1.1 O constitucionalismo antigo e na Idade Média

No Estado Hebraico aponta-se a existência de uma limitação ao poder político, devido à chamada “lei do Senhor”, pois a sociedade era pautada em uma teocracia. A lei assume uma força intensa com o monoteísmo, visto que se trataria de imposição divina. Porém, ainda era um movimento, naquele momento, incipiente, quando considerado o quanto já evoluiu até hodiernamente⁵.

Posteriormente, e com o desenvolvimento da racionalidade na construção do poder, identifica-se uma intensificação do constitucionalismo nas Cidades-Estados gregas, pois nelas foi desenvolvido “um regime político-constitucional de democracia direta com absoluta igualdade entre governantes e governados, cujo poder político foi isonomicamente distribuído entre todos os cidadãos ativos”⁶. Destaca Luis Roberto Barroso⁷ que os gregos foram os precursores do ideal racional ocidental, com a construção de princípios e regras de valor universal, sendo que, passados alguns

⁴ BARROSO, Luis Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 5

⁵ TAVARES, André Ramos. *Op.cit*, 2013, p.24

⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Op.cit*, 2009, p.34.

⁷ BARROSO, Luis Roberto. *Op.cit*. 2011, p. 4.

séculos, os romanos tornaram-se detentores desta racionalidade, somando-se ainda ao desenvolvimento da ciência do Direito.

Também na República Romana desponta-se rumo ao amadurecimento do constitucionalismo, tendo em vista a existência de um sistema de freios e contrapesos que dividia e limitava o poder político⁸.

Mas, de certo, na Idade Média intensifica-se a criação normativa e a sua relevância em relação à regulamentação do poder político e da vida em sociedade. Contudo, nesta época vigorava o absolutismo, ou seja, o poder político era concentrado nas mãos de um soberano, este que tinha o domínio e ditava a aplicação as leis. Porém, há neste período conquistas valorosas dos direitos individuais, e como marco de importância indiscutível tem-se o desenvolvimento da *Magna Charta Libertatum* (1215).

A Inglaterra criou um corpo de regras de grande relevância ao constitucionalismo. Explicita Manoel Jorge e Silva Neto⁹ que, no tocante a proteção de direitos fundamentais, percebe-se um avanço, em especial no citado país, no qual se desenvolveu o parlamentarismo como sistema de governo e, conseqüentemente, limitou o poder do soberano.

O processo de mudança na concentração do poder na Inglaterra foi progressivo, com a transição da Monarquia Absolutista para a Monarquia Constitucional, sem revoluções políticas ou sociais que gerassem uma quebra abrupta do sistema anterior. Com essa modificação de paradigma no poder, evita-se abusividades, pois saiu das mãos do Rei o total controle das regras sociais. Observa André Ramos Tavares que ¹⁰:

Em verdade, o poder decorre, diretamente da Carta escrita, mas mediamente é o povo que se apresenta como seu titular. O monarca, até então livre de limitações e impedimentos, passa a ter sua conduta balizada pelos ditames constitucionais. Os súditos, por sua vez, são erigidos, paulatinamente, à condição de cidadãos.

Além da Magna Carta, na Inglaterra, documentos nos quais o contexto histórico evidencia a procura por balizas na atuação do detentor do Poder Político,

⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Op.cit*, 2009, p.34

⁹ SILVA NETO, Manoel Jorge. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 43.

¹⁰ TAVARES, André Ramos. *Op.cit*, 2013, p. 26

destacando-se, assim, a submissão do Rei ao *Petition of Rights* (1628) e, posteriormente, ao *Bill of Rights* (1689).

2.1.2 Constitucionalismo moderno

Após as revoluções liberais do século XVIII começou a se desenvolver a ideia de um regramento jurídico que trouxesse uniformidade ao direito dos Estados, com o pensamento central de que somente limitando-se o poder dos Soberanos seria possível a garantia dos direitos dos governados, pois se convivia com o Absolutismo Monárquico.

A Constituição então passou a desempenhar tal papel, ascendendo a um patamar de supremacia, num primeiro momento histórico para limitar as faculdades daqueles que detinham o poder e garantir as liberdades individuais dos sujeitos para, posteriormente, trazer normas sociais programáticas, com a garantia de direitos que preservassem a dignidade dos integrantes da sociedade.

O constitucionalismo moderno, portanto, consagrou a importância das constituições escritas para controlar o poder dos soberanos estatais e proteger o livre-arbítrio dos cidadãos, nesse contexto histórico visualizam-se dois marcos importantes: a Constituição Norte-americana de 1787 e a Francesa de 1791.

A necessidade de limitação do poder dos governantes nasce com o liberalismo que visava combater o absolutismo dominante à época. É que a sociedade rebelou-se diante do crescimento da população carente, porque a concentração de renda era abusiva, e, nesse sentido, o cenário construído foi um terreno fértil para o desenvolvimento da ideia do estado abstencionista, em que a liberdade individual passou a ser considerada um valor essencial para a sociedade.

A edição da Constituição Norte-americana deu-se após o processo de independência das colônias inglesas. O clima de tensão entre a colônia e o governo da Inglaterra acirrou-se com a adoção de medidas pela metrópole que prejudicavam social e economicamente as 13 (treze) colônias. Destaca-se então, para visualizar tal situação, os episódios como *Stamp Act* (1765), Massacre de Boston (1770) e o *Boston Tea Party*. Desse modo, discrepâncias entre os interesses da Coroa Inglesa

e dos colonos deram origem à Revolução Americana, que culminou na edição da Declaração de Independência em 1776.

No primeiro momento, as treze colônias formaram uma confederação, e se configuraram como Estados independentes. Porém, este modelo não se consolidou firmemente, pois se fazia necessária uma configuração que melhor lidasse com os distintos interesses e fosse possível organizar uma estrutura mais sólida. Em 1787 foi realizada uma reunião na Filadélfia com doze delegados dos Estados e, nesta Convenção, elaborou-se um texto escrito identificado como a primeira Constituição formal do mundo.

Para Luis Roberto Barroso¹¹ a primeira Constituição escrita confirmou-se como um marco simbólico da revolução norte-americana em seu tríplice-conteúdo, e aponta-os: “a) independência das colônias; b) superação do modelo monárquico; c) implantação de um governo constitucional fundado na separação de Poderes, na igualdade e na supremacia da lei (rule of the Law)”. Conclui o autor anotando que foi concebida uma nova forma de Estado, a Federação, com o casamento entre a autonomia dos estados e a necessidade de um governo central mais forte.

Voltando-se ao constitucionalismo europeu, constata-se que a Revolução Francesa foi o movimento político-social que embasou a criação da Constituição francesa de 1791. Alguns Estados do continente europeu possuíam como forma de governo o absolutismo monárquico. Como se sabe, o rei detinha em suas mãos os três poderes — executivo, legislativo e judiciário — o que acarretava pouco controle social da sua atuação.

Tal panorama de centralização do poder contrai as liberdades individuais, deixando um espaço reduzido de atuação para os cidadãos, seja na regulamentação de sua vida privada, ou nas decisões sociais. A população tinha pouca participação política, não tinha liberdade de expressão, na medida em que era submetida a uma tributação desarrazoada, e não possuía mecanismos para lutar contra as arbitrariedades advindas do governo. Contra essa ideologia absolutista, no século XVIII, surge o Iluminismo.

¹¹ BARROSO, Luis Roberto. *Op.cit*, 2011, p.26.

O Iluminismo traz o ideal do Homem como detentor da racionalidade, e como tal repudia-se toda a imposição que não se sustente em concepções racionais. Ensina o professor Danilo Marcondes¹²:

A Filosofia crítica, que é o pano de fundo do Iluminismo, caracteriza-se por três pressupostos básicos: 1) a **liberdade**, exemplificada pela defesa da livre-iniciativa no comércio, segundo o pensamento liberal e opondo-se ao absolutismo (ainda vigente no final do séc. XVIII em várias monarquias europeias, como França, Prússia, Áustria e Espanha, mas não mais na Inglaterra); 2) o **individualismo**, que se baseia na existência do indivíduo livre e autônomo, consciente e capaz de se autodeterminar; 3) a **igualdade jurídica**, que visa garantir a liberdade do indivíduo contra os privilégios.

É pautada no lema “Liberdade, Igualdade e Fraternidade” que nasce e prossegue a revolução francesa. O ideal de liberdade individual tomou conta dos revolucionários, o que levou a derrocada da realeza e da nobreza. Aconteceram, então, reformas antiaristocráticas, como: “a) a abolição do sistema feudal; b) a promulgação da Declaração dos Direitos do Homem e Cidadão; c) a elaboração de uma nova Constituição, concluída em 1791; d) a denominada constituição civil do clero”.¹³

Testemunha-se com essa evolução, o surgimento do Estado de Direito, pautado na lei, esta representando a vontade da sociedade em geral. A burguesia ascendente buscou garantir mecanismos que evitassem a volta da monarquia absoluta e que protegessem seus interesses. Nessa linha, as revoluções do século XVIII deram origem ao Estado Liberal, limitando-se o poder de ingerência da administração pública na esfera privada do indivíduo, exigindo-se a estrita observância aos ditames legais. Leciona Inocência Mártires Coelho¹⁴:

Por isso, em estreita consonância com essa concepção filosófico-política, a teoria constitucional do Estado de Direito liberal-burgues identifica os conceitos *ideológico* e *material* de Constituição, proclamando – como se lê no célebre artigo da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* – que num Estado sem direitos individuais nem divisão de poderes não existe Constituição.

Noutras palavras, como não poderia deixar de ser, a Carta Política desse modelo de Estado de Direito é entendida, em seus princípios, como Constituição do liberal-individualismo – mera superestrutura jurídica, como diriam os marxistas –, encerrando, por isso mesmo, em primeiro lugar, uma decisão fundamental no sentido da *liberdade burguesa*, em seus múltiplos aspectos: a liberdade pessoal, a propriedade privada, a liberdade de contratar e a liberdade de indústria e comércio, entre outras.

¹² MARCONDES, Danilo. **Iniciação da História da Filosofia**: Dos pré-socráticos a Wittgenstein. Rio de Janeiro: Zahar, 2012, p. 208.

¹³ *Ibidem*, *Loc.cit.*

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 201.

As revoluções, e em especial a Revolução Francesa, apesar do radicalismo, tem o poder de remodelar a Sociedade. A Revolução Francesa pode ser então identificada como “Estado de Direito, a legitimidade republicana, a monarquia constitucional, o regime representativo, as liberdades públicas, os direitos individuais, a majestade da pessoa humana”. Portanto, traz consigo uma mudança de ideologia, exaltando-se a igualdade, fraternidade e liberdade, modificando a competência dos poderes soberanos, o homem virou centro da novel ordem jurídica e a garantia de direitos básicos a população¹⁵.

É no constitucionalismo moderno que a Constituição aparece como hierarquicamente superior, consubstanciada em um documento formal e rígido, vinculando todos os órgãos do poder político. A partir de então, como a Constituição torna-se fonte de validade para as demais normas, instituem-se sistemas de controle dos atos que não observem seus ditames e orientações, não restando imune o Parlamento, que poderia sofrer um controle de constitucionalidade de seus atos¹⁶.

Tratando sobre a questão da superioridade constitucional, esclarece Luis Roberto Barroso¹⁷:

O constitucionalismo moderno, como é sabido, surgiu no século XVIII, contemporâneo ao advento do Estado liberal. Foi ele um dos principais triunfos da burguesia no acerto de contas com a monarquia absoluta. De fato, naquela fase do desenvolvimento capitalista, o velho regime se tornara um empecilho final — e, até aqui, indissolúvel — entre o poder econômico e o poder político, vale dizer, à conquista do Estado pela burguesia. Ora bem: a ideia de supremacia constitucional tem fundamento associado a dois relevantes conceitos elaborados naqueles primórdios da ciência constitucional: a distinção entre poder constituinte e poder constituído, e entre Constituições rígidas e flexíveis.

Porém, o Estado Liberal não se prestou a sanar as angústias sociais. Apesar de ter sido combatido os desmandos dos Soberanos, que detinham extenso poder no controle social, a ascensão da classe burguesa e o desenvolvimento industrial gerou uma exploração da classe trabalhadora, esta em grande quantidade, o que leva ao crescimento do desemprego e da miserabilidade. Tal conclusão histórica encaminhou, posteriormente, à ideia de uma necessária intervenção estatal para garantir direitos mínimos aos cidadãos.

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. **Do estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 210-211.

¹⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. Salvador: JusPODIVM, 2012, p. 30/31.

¹⁷ BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 158-159.

2.1.3 O Constitucionalismo Social

Conforme lição de Dirley da Cunha Júnior¹⁸, após a Segunda grande Guerra Mundial há uma mudança de paradigma no âmbito constitucional, a se configurar com o trânsito de um Estado Legislativo de Direito para um Estado Constitucional de Direito. Ao ser auferida a validade de uma lei, no novo paradigma, não há a restrição a aspectos meramente formais, como no anterior, pois é consagrada a força normativa da Constituição, a qual vincula a todos, não excluído obviamente o poder público, e o aparecimento de uma forte carga valorativa no conteúdo dos textos constitucionais.

O Estado abandona a abstenção e passa a intervir nas relações sociais, começa a ser afastada a ideologia do Estado Liberal de que a economia seria capaz de controlar e garantir o equilíbrio ao sistema, as mazelas desta estrutura são identificadas e conclui-se que a atuação estatal não seria prejudicial, pelo contrário, ela se mostraria necessária.

Os administradores públicos deixam de ser meros espectadores. O poder público irá atuar visando à proteção daqueles que não possuem condições econômicas e, conseqüentemente, acesso ao básico para uma vida digna, numa percepção de que não basta igualdade formal, deve-se garantir a igualdade material entre os indivíduos. Para Manoel Jorge e Silva e Neto¹⁹:

As premissas forjadas nos domínios da doutrina econômica liberal não foram justificadas no plano da vida em sociedade, tanto que a consagração da isonomia de compostura formal, aliada ao absenteísmo que cingiu a frente do Estado, trouxe como consequência, irremediável, a eclosão de inúmeros movimentos sociais, destacando-se as Revoluções Mexicanas de 1910 e a Russa de 1917, que contribuíram decisivamente para o aparecimento do fenômeno denominado *Constitucionalismo Social*, com a nota peculiar de modificação da postura do Estado em face dos indivíduos, já, agora, amparado no princípio da não neutralidade, e destinado a intervir no domínio econômico para a consecução de sociedade menos desigual.

Esta fase do desenvolvimento do pensamento constitucionalista tem como marco inicial a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição alemã de Weimar de 1919.

¹⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Op.cit*, 2009, p. 39.

¹⁹ SILVA e NETO, Manoel Jorge e. *Op.cit*, 2010, p.49.

De acordo com a visão de Paulo Bonavides²⁰ o Estado Social superou completamente o Estado Liberal, este pautado numa concepção moderna de liberdade, com a exaltação da personalidade humana. Porém, conclui ser importante a distinção entre o social totalitário e o pautado na democracia, tendo em vista que estado social está intimamente ligado a um intervencionismo e paternalismo. Explana o doutrinador que “O Estado social da democracia distingue-se, em suma, do Estado social dos sistemas totalitários por oferecer, concomitantemente, na sua feição jurídico-constitucional, a garantia tutelar dos direitos da personalidade”.

A Constituição, no Estado Democrático de Direito, foi posta no centro do sistema jurídico, portanto, tornou-se a norma fundamental, fonte de validade dos demais atos e leis emanados do poder público, no seu aspecto formal e material.

A legitimidade da Constituição, e conseqüentemente a sua posição no topo da pirâmide normativa kelseniana, está baseada na incorporação no seu texto dos anseios da comunidade que provocou a sua edição. Segundo Manoel Jorge e Silva e Neto²¹ “reside aí a legitimidade da constituição, qual seja: a correspondência real dos valores jurídicos, objeto de positivação constitucional, com as aspirações de um povo.”

Por ter como fonte o poder constituinte originário, representante da vontade popular, o texto constitucional é claramente a norma fundamental, pois as demais leis e preceitos normativos emanarão dos poderes constituídos, subordinados aos ditames da Carta Magna.²²

2.2 CONCEITO

A Constituição conforma a produção das normas infraconstitucionais e a elas atribui fundamento, de acordo com José Afonso da Silva²³:

Essa supremacia é que fundamenta a validade das normas infraconstitucionais e requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição. Essa conformidade com os

²⁰ BONAVIDES, Paulo. *Op.cit*, 2011, p. 203-204.

²¹ SILVA e NETO, Manoel Jorge. *Op.cit*, 2010, p.9.

²² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Op.cit*, 2012, p. 33.

²³ SILVA, José Afonso da. **O Constitucionalismo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 124.

ditames constitucionais, agora, não se satisfaz apenas com a atuação positiva de acordo com eles. Exige mais, pois omitir providências necessárias à aplicação de normas constitucionais constitui também conduta desconforme com o princípio da supremacia.

Segundo preceitua Hans Kelsen²⁴, uma norma sempre terá seu fundamento de validade em outra, esta que inevitavelmente será norma superior. A lei fundamental tem o papel de definir o processo de criação das demais, portanto, conclui que “A norma que regula a produção é a norma superior, a norma produzida segundo as determinações daquela é a norma inferior”. Seguindo tal lógica estabelece que a norma superior deva ser pressuposta, tendo em vista que a autoridade que elabora a norma posta deve ter fundamento de validade em norma mais elevada.

Para o citado filósofo austríaco, a ordem jurídica não é organizada em um único plano; estão as normas dispostas em escalonamento, existindo distintos níveis de normas jurídicas. Aponta a Constituição como norma que se encontra no nível mais elevado do sistema jurídico positivo, visto que esta condiciona o modo de elaboração das normas gerais. Fundamenta que a Constituição é norma superior sob as seguintes observações²⁵:

Ela própria não é uma norma posta, posta pelo costume ou pelo ato de um órgão jurídico, não é uma norma positiva, mas uma norma pressuposta, na medida em que a instância constituinte é considerada como a mais elevada autoridade e por isso não pode ser havida como recebendo o poder constituinte através de uma outra norma, posta por uma autoridade superior.

Com base no Princípio da Supremacia da Constituição tem-se a ideia de que a Constituição é lei primordial, e o seu texto, portanto, encontra-se em um grau elevado em relação às demais normas, leis e comandos. Nessa senda pode-se afirmar que não existirá ao texto constitucional base anterior fundante, se não o legislador constituinte; diversamente das demais disposições normativas, que serão editadas pelos legisladores ordinários ou pelo poder constituinte derivado, estes que devem atenção incondicional a Carta Magna²⁶.

A Constituição Federal recebe local de destaque, com o poder de tornar viciada norma que a ela for contrária. A Lei Maior tem como característica ter as demais leis e atos normativos a ela subordinada, como seu parâmetro fundamental.

²⁴ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins fontes, 2011, p. 247.

²⁵ *Ibidem*, p. 222.

²⁶ Martins, Ives Gandra da Silva. Princípio da Supremacia da Constituição. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio (Orgs). **Dicionário de Princípios Jurídicos**. São Paulo: Campus Jurídico, 2011 p. 1298-1299.

2.3 PRESSUPOSTO

A discussão acerca da superioridade da Constituição perpassa pela ideia da existência de uma constituição formal e rígida.

2.2.1 A constituição formal

Entende-se por formal aquela Constituição que contém princípios e regras escritas. A Constituição será fundada em um texto solene e formal, no qual foram abarcados os valores e ideais políticos do momento histórico da sua edição, e que, conseqüentemente, foram juridicizados. Ensina José Afonso da Silva²⁷:

A constituição formal é o peculiar modo de existir do Estado, reduzido, sob forma escrita, a um documento solenemente estabelecido pelo poder constituinte e somente modificável por processos e formalidades especiais nela própria estabelecidos.

Considera-se escrita a constituição, quando codificada e sistematizada num texto único, elaborado reflexivamente por um órgão constituinte, encerrando todas as normas tidas como fundamentais sobre a estrutura do Estado, a organização dos poderes constituídos, seu modo de exercício e limites de atuação, os direitos fundamentais (políticos, individuais, coletivos, econômicos e sociais).

As Constituições não escritas serão formadas independentemente de um texto solene. São também chamadas de históricas ou costumeiras, tendo em vista serem baseadas em leis esparsas, costumes e jurisprudências. Nos países que possuem Constituições costumeiras não existirá um controle de constitucionalidade, pois faltam-lhe os requisitos para ser um texto solene dotado de superioridade hierárquica em relação às demais normas do sistema jurídico.

2.2.2 A constituição rígida

Será rígida a Constituição que prevê para a sua alteração procedimento demasiadamente complexo em paralelo ao previsto para as demais leis ordinárias, com maiores exigências que buscam a perenidade das suas disposições. Há uma solenidade especial para a modificação da Norma Fundamental. Contudo é

²⁷ SILVA, José Afonso da. *Op.cit*, 2011, p. 41.

importante ressaltar que, inexistente a exclusão da possibilidade de modificações e emendas ao texto, porém, cria-se uma dificuldade na sua alteração.

Para José Afonso da Silva²⁸, o Princípio da Supremacia Constitucional é a principal consequência da rigidez constitucional, ou seja, de quando há essa dificuldade de alteração das previsões. Assevera que a Lei Maior está no vértice do ordenamento jurídico, é, portanto, lei suprema do Estado, “pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as *normas fundamentais* de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas”.

Uma Constituição que pode ser alterada pela legislação ordinária é classificada como flexível, não se verificando a hierarquia entre as normas, pois uma lei ordinária, sem qualquer formalidade peculiar, tem o condão de alterar as disposições constitucionais. Portanto, a rigidez do texto remete a ideia da estrutura piramidal, onde a Carta Magna encontra-se no topo, condicionando o conteúdo e interpretação das demais normas do sistema jurídico.

²⁸ SILVA, José Afonso da. *Op.cit.*, 2012, p.45.

3. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

3.1 MODELOS

Tendo em vista a relevância e importância social e jurídica que adquire o texto constitucional, notadamente num Estado Democrático de Direito, a sua proteção e garantia é indispensável. Portanto, nos países que adotam a supremacia da Constituição desenvolveu-se o sistema do controle de constitucionalidade das leis e atos do poder público, com o fito de retirar do ordenamento jurídico previsão normativa elaborada em desconformidade com as determinações constitucionais. Preceitua Lenio Luiz Streck²⁹:

Mas a Constituição, enquanto conquista, programa e garantidora substancial dos direitos individuais e sociais, depende fundamentalmente de mecanismos que assegurem as condições de possibilidade para a implementação do seu texto. A instrumentalização dos valores constitucionais e a aferição da conformidade ou não das leis ao texto constitucional se estabelecem através do que se convencionou chamar justiça constitucional, mediante o mecanismo da jurisdição constitucional.

Neste contexto, explana Gilmar Ferreira Mendes que³⁰:

O reconhecimento da supremacia da Constituição e de sua força vinculante em relação aos Poderes Públicos torna inevitável a discussão sobre formas e modos de defesa da Constituição e sobre a necessidade de controle de constitucionalidade dos atos do Poder Público, especialmente das leis e atos normativos.

Para Alexandre de Moraes³¹ o controle de constitucionalidade é relevante, pois uma Constituição só poderá ser considerada rígida se ele existir. Nos Estados que não possuem tal sistema, por mais que se diga que a Constituição é rígida, esta será flexível, tendo em vista que o legislador ordinário deterá o poder Constituinte ilimitado.

O vínculo entre supremacia constitucional e controle da constitucionalidade é sempre necessário. A Constituição como norma fundamental, possuirá uma superlegalidade formal e material. A primeira significa que a Lei Maior é fonte para a

²⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: Uma nova Crítica do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 100-101.

³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle da Constitucionalidade no Brasil**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaStfInternacional/portaStfAgenda_pt_br/anexo/Controle_de_Constitucionalidade_v__Port1.pdf>. Acesso em: 23/03/2013, p. 1.

³¹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 710.

edição de normas, estabelecendo o rito, a competência e procedimentos de formação dos demais atos normativos. A superlegalidade material irá interferir no conteúdo da produção normativa pelo Estado, controlando a compatibilidade com as determinações constitucionais. A não observância dos aspectos materiais e formais previstos constitucionalmente irá deflagrar o controle da constitucionalidade³².

O controle de constitucionalidade é um meio imprescindível para a manutenção da ordem constitucional. A Constituição Federal Brasileira de 1988 é um exemplo de texto que tem força normativa, as suas disposições são de observância obrigatória, é suprema em relação às demais normas infraconstitucionais, estas que devem estar compatíveis do ponto de vista do conteúdo ou forma de elaboração.

Existem três modelos de controle jurisdicional de constitucionalidade, com origem e características distintas, o modelo concentrado-principal, o difuso-incidental e o misto.

3.1.1 Controle difuso-incidental de constitucionalidade

O controle de constitucionalidade denominado difuso-incidental tem origem no direito norte americano. Foi nos Estados Unidos em que ocorreu o amadurecimento na relação entre supremacia da Constituição e controle de constitucionalidade. É no julgamento do caso *Marbury v. Madison*, devido ao entendimento do relator John Marshall, presidente da Suprema Corte, que primeiro se utilizou a técnica de afastamento da aplicação de lei incompatível com a Constituição.

Apesar de inexistir previsão expressa no texto constitucional norte-americano, concluiu o *Chief Justice* que cabe ao poder judiciário, responsável pela interpretação das normas, em se verificando a compatibilidade de uma lei e a incompatibilidade de outra lei com a Constituição, aplicar aquela que está em conformidade com a Lei Maior, pois é a Constituição norma superior. Conclui no julgado que a lei

³² BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2002, p.161.

contrastante com a Constituição é nula, consolidando-se o controle de constitucionalidade (*judicial review*). Dispõe Jânio Nunes Vidal³³:

A relevância de *Marbury v. Madison* prende-se ao fato de, pela primeira vez, a Suprema Corte afirmar a supremacia da Constituição Federal em face das próprias leis federais, haja vista que, em casos anteriores, já havia proclamado tal supremacia em face das leis estaduais.

Porém, sem afastar a relevância histórica do citado caso, a tese defendida por John Marshall não era inédita. Alexander Hamilton já teria apontado a ideia do controle de constitucionalidade no *Federalista* n. 78. Afirmou ele, em breve síntese, que atos legislativos não poderiam ser considerados válidos se contrários às previsões constitucionais³⁴.

Foi então, criado o modelo de controle incidental da constitucionalidade. Era de competência dos órgãos judiciais a declaração da inconstitucionalidade da norma, mas somente quando provocado para dar esse pronunciamento à luz de um caso concreto.

Ao conceituar esta forma de exercer o controle da constitucionalidade, dispõe Luis Roberto Barroso³⁵:

O controle incidental de inconstitucionalidade é um controle exercido de modo difuso, cabendo a todos os órgãos judiciais indistintamente, tanto de primeiro como de segundo grau, bem como aos tribunais superiores. Por tratar-se de atribuição inerente ao desempenho normal da função jurisdicional, qualquer juiz ou tribunal, no ato da realização do Direito nas situações concretas que lhes são submetidas, tem o poder-dever de deixar de aplicar o ato legislativo conflitante com a Constituição. Já não se discute mais, nem em doutrina nem na jurisprudência, acerca da plena legitimidade do reconhecimento da inconstitucionalidade por juiz de primeiro grau, seja estadual ou federal.

Tal modelo tem como característica, basicamente, a atribuição ao juiz da causa a competência para analisar a constitucionalidade das leis. A aferição da constitucionalidade ocorre diante de uma controvérsia fática, conseqüentemente, inexistente forma especial para a provocação judicial acerca do pronunciamento da constitucionalidade, em que são utilizados os meios ordinários de se adentrar ao poder judiciário. Enfim, trata-se de alternativa relativamente simples de se afastar a aplicação de lei incompatível com a Constituição, acessível, portanto, a população em geral.

³³ VIDAL, Jânio Nunes. **Elementos da Teoria Constitucional Contemporânea**: Estudos sobre as constantes tensões entre política e jurisdição. Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 82.

³⁴ BARROSO, Luis Roberto. *Op.cit.*, 2002, p. 163.

³⁵ *Idem*. **O controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 94.

3.1.2 Controle concentrado-abstrato de constitucionalidade

O modelo concentrado-principal de controle de constitucionalidade foi adotado na Europa por influência de Hans Kelsen, ao apresentar um projeto de constituição ao governo austríaco. Desenvolveu-se um modelo em que o controle da compatibilidade das normas com a constituição é confiado a um único órgão que, por sua vez, irá exercer a justiça constitucional.

O sistema de controle de constitucionalidade, não obstante sua utilidade prática e relevância inestimável, somente foi adotado na Europa no século XX. Foi previsto na constituição da Áustria de 1920, porém, com características extremamente particulares em comparação ao modelo dos Estados Unidos, único existente até o momento³⁶.

A análise da constitucionalidade ou não da lei, neste modelo de criação europeia, é feita independentemente de um caso concreto. Por meio de ações especiais provoca-se a jurisdição constitucional para a aferição da conformidade dos dispositivos apontados com as normas da Constituição.

Ao traçar as características do modelo austríaco de controle da constitucionalidade, explicam Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes³⁷:

O modelo austríaco traduz uma nova concepção de controle de constitucionalidade. Outorgou-se ao Tribunal Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*) a competência para dirimir as questões constitucionais, mediante requerimento especial (*Antrag*), formulado pelo Governo Federal (*Bundesregierung*), com referência a leis estaduais, ou pelos Governos estaduais (*Landesregierungen*), no tocante às leis federais (art. 140, par. 1º).

Diferem basicamente, os modelos de controle fundados pela Áustria e EUA, em seu aspecto subjetivo, na forma como irão se processar e nos efeitos da decisão. No sistema concentrado de controle, irá exercer a jurisdição constitucional um único órgão, chamado de Tribunal Constitucional, os demais órgãos do poder judiciário não poderão afastar a aplicação da norma com base na sua inconstitucionalidade, ao apreciar os casos sob julgamento.

³⁶BARROSO, Luis Roberto. *Op.cit*, 2002, p. 165-166.

³⁷MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 15.

O início do processo de controle de constitucionalidade no modelo austríaco dar-se-á por meio principal, em abstrato, em que os legitimados a provocá-lo utilizarão ações especiais, pensadas para este objetivo específico, e o Tribunal, ausente uma controvérsia fática, auferirá a compatibilidade ou não da disposição impugnada com a Constituição. De acordo com a lição de Dirley da Cunha Júnior³⁸:

Desse modo, a jurisdição constitucional na Áustria só podia ser provocada mediante a propositura de uma ação especial diretamente ao Tribunal Constitucional. Diz-se, nesse caso, que o controle se verifica em sede principal, por meio de ação direta. Aos juízes e tribunais ordinários era vedado o controle de constitucionalidade das leis de tal modo que não podiam nem deixar de aplicar as leis que reputassem inconstitucionais, nem pedir ao Tribunal Constitucional que fizesse ele próprio o controle que lhes era vedado.

Continua o citado autor explicando que, após uma revisão na Constituição austríaca em 1929, devido a uma emenda, ocorreu a ampliação no rol de legitimados a propor a ação de controle de constitucionalidade. Ou seja, não mais ficou restrito a órgãos políticos (Governo Federal e Governo dos estados), uma vez que passou a abranger a Corte Suprema para as causas cíveis e penais (*Oberster Gerichtshof*) e a Corte Suprema para as causas administrativas (*Verwaltungsgerichtshof*). Estes órgãos do poder judiciário poderiam, quando presente incidentalmente, em casos que lhe foram colocados a apreço, uma discussão acerca da inconstitucionalidade de lei, provocar o Tribunal Constitucional a se pronunciar sobre, tendo em vista a necessidade de solucionar o caso em análise e a questão constitucional ser essencial para tal finalidade³⁹.

Quanto à distinção dos efeitos da decisão, no sistema formulado por Hans Kelsen, a declaração de inconstitucionalidade possuía eficácia *ex nunc*, ou seja, prospectiva, pois se trabalhava com a ideia de anulabilidade, visto que, até a declaração de incompatibilidade com a ordem constitucional, a lei era considerada válida e eficaz. Porém, ressalte-se que a decisão era oponível a todos, ou seja, possuía efeitos *erga omnes*.

Já o sistema desenvolvido nos EUA, no qual a lei era tida como nula, se não observasse os ditames da Lei Fundamental, detinha eficácia *ex tunc* (retroativa), suspendia-se a aplicação da norma desde sua origem. No modelo austríaco concebia-se a eficácia *ex tunc* somente quando a decisão era afeta a um caso

³⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Op.cit*, 2012, p. 89.

³⁹ *Ibidem*, 2012, p. 86-87.

concreto, em que se permitia a suspensão da aplicação da norma para todo o processo.

3.1.3 Controle misto de constitucionalidade

O modelo misto de controle judicial de constitucionalidade tem como peculiaridade congregar as outras duas formas explicitadas. Geralmente irá se permitir que os órgãos do poder judiciário, independentemente de instância ou grau, procedam ao afastamento da aplicação da lei reputada inconstitucional, quando chamados a resolver uma determinada lide (características do controle difuso), bem como existirá uma órgão de cúpula, Tribunal Supremo ou Corte Constitucional, que, por meio de ações especiais, irá se manifestar acerca da constitucionalidade, abstratamente e de forma concentrada⁴⁰.

Anota André Batista Neves que na América latina, devido aos movimentos de redemocratização e globalização financeira, e na busca de maior estabilidade, não mais se bastava a existência do controle difuso, que pode acarretar distintas decisões sobre o mesmo dispositivo. A partir da Década de 1970, os ordenamentos dos países adotaram as duas principais formas de controle de constitucionalidade mundiais. Conclui o doutrinador que “De tal sorte, os modelos de fiscalização de constitucionalidade atualmente se aproximam e/ou se hibridizam, não apenas em dimensões puramente formais ou organizacionais, como também materiais ou de conteúdo”⁴¹.

Os países que adotam o modelo eclético, feitas as adaptações atinentes aos seus sistemas jurídicos, irão conviver com duas espécies de formas de se auferir a constitucionalidade de uma norma. Dá-se competência a vários órgãos judiciais para não aplicarem determinada lei ou ato normativo baseados na sua inconstitucionalidade, e ao mesmo tempo, tem-se um órgão que deterá a capacidade de declarar a inconstitucionalidade de maneira abstrata e concentrada,

⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1162.

⁴¹ NEVES, André Batista. **Introdução ao Controle de Constitucionalidade**. Salvador: JusPODIVM, 2007, p. 77-79.

com o condão de vincular a todos os órgãos do poder público, suspendendo a aplicação do texto questionado de forma geral.

3.2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

Atualmente o Brasil convive com um modelo eclético de controle de constitucionalidade, com a conjugação do modelo concentrado e abstrato. Mas este não foi o sistema adotado pelo país desde a sua primeira Constituição.

A Carta constitucional de 1824, do Império do Brasil, não previa qualquer forma de controle de constitucionalidade. Segundo explanação de José Afonso da Silva⁴², existia uma previsão expressa na Constituição, distinguindo-se entre normas materialmente constitucionais e normas formalmente constitucionais, estas poderiam ser alteradas sem qualquer formalidade, aquelas deveriam observar trâmites especiais. Somente eram classificadas como constitucionais as previsões que tratavam as limitações e deveres dos poderes públicos e sobre direitos políticos e individuais. A Constituição do Império era considerada semirrígida, mas, mesmo existindo uma parcela rígida, não havia previsão de forma para sua proteção.

Existia somente disposição acerca de um quarto poder, denominado Poder Moderador, no qual o seu detentor (Imperador) era responsável pela manutenção de equilíbrio entre os demais — poderes executivo, legislativo e judiciário — visando que tal situação estável, melhor garantida pelo intermédio do Chefe da Nação, assegurasse a manutenção da recente estrutura do Brasil como país independente.

A Constituição de 1891, já no regime republicano, devido a influências do direito norte americano, traz para o ordenamento jurídico brasileiro o controle de constitucionalidade difuso, que já estava previsto na Constituição provisória de 1890. Segundo disposição do Decreto n. 848, art. 3º, o poder judiciário para atuar na guarda da Constituição deveria ser provocado, portanto, caracterizado como incidental. Nesta Carta constitucional o Brasil consagrou um sistema de controle difuso amplo. Dispõe Gilmar Ferreira Mendes⁴³:

⁴² SILVA, José Afonso da. *Op.cit.*, 2011, p. 125-126.

⁴³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1194-1195.

Estabelecia-se, assim, o julgamento incidental da constitucionalidade, mediante provocação dos litigantes. E, tal qual prescrito na Constituição provisória, o art. 9º, parágrafo único, *a e b*, do Decreto n. 848, de 1890, assentava o controle de constitucionalidade das leis estaduais ou federais. A Constituição de 1891 incorporou essas disposições, reconhecendo a competência do Supremo Tribunal Federal para rever as sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, quando se questionasse a validade ou a aplicação a tratados e leis federais e a decisão do Tribunal fosse contra ela, ou quando se contestasse a validade de leis ou de atos dos governos locais, em face da Constituição ou das leis federais, e a decisão do Tribunal considerasse válido esses atos ou leis impugnadas (art. 59, § 1º, *a e b*).

A Constituição de 1937, apesar de ter mantido o controle difuso de constitucionalidade, e as normas sobre o tema presentes na Carta de 1934, trouxe um retrocesso na matéria. Dispunha o art. 96, parágrafo único:

Art 96 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República.

Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.

Portanto, a característica ditatorial da Constituição influenciou no sistema de defesa do seu texto. Há uma restrição na atuação dos magistrados, devido ao aumento do poder executivo na matéria, dando a última palavra sobre a constitucionalidade, nos casos especificados e se assim desejasse o Presidente da República, ao poder legislativo.

Visando a consolidação da democracia restaurada, a Constituição de 1946, retomou aspectos do controle de constitucionalidade das Cartas de 1891 e 1934, portanto, é mantido o controle difuso, mas apesar do modelo concentrado ter começado a ser adotado na Europa, o Brasil não seguiu esse movimento. Também estava previsto como legitimado exclusivo o Procurador-Geral da República para propor a representação interventiva, tinha-se então, uma permissão para controle direto da constitucionalidade de norma estadual, que violassem os princípios constitucionais sensíveis⁴⁴.

Somente com a Emenda Constitucional n. 16/1965 fundou-se, o que se pode classificar, de ação direta genérica, pois passou a disciplinar no art. 2º, “k”, a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar representação

⁴⁴ NEVES, André Luiz Batista. *Op.cit*, 2007, p.94-96.

acerca da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, seja estadual ou federal, a ser encaminhada pelo Procurador-Geral da República, estabeleceu ainda, que lei poderia instituir competência ao Tribunal de Justiça para auferir a constitucionalidade de lei municipal em face a Constituição do Estado, portanto, a emenda constitucional agregou o modelo concentrado ao ordenamento brasileiro⁴⁵.

Na Constituição de 1967, no tocante ao controle de constitucionalidade, não houve modificações ou grandes inovações. Mantém-se a estrutura e repetem-se, basicamente, as regras anteriores (por exemplo: a possibilidade do controle difuso e a previsão da representação genérica).

3.2.1 O Controle de Constitucionalidade na Constituição Federal de 1988

No Brasil foi consolidado, a partir do advento da Constituição Federal de 1988, o que se pode chamar de modelo misto de controle de constitucionalidade. Convivem no ordenamento jurídico pátrio os modelos concentrado-principal e o difuso-incidental. Conforme lição de Dirley da Cunha Junior⁴⁶:

Podemos afirmar, efetivamente, que no Brasil a jurisdição constitucional não é privilégio dos tribunais ou do Supremo Tribunal Federal. Aqui, todo e qualquer órgão do Poder Judiciário, independentemente da instância (juiz ou tribunal), pode exercer o controle de constitucionalidade. Somente o controle de constitucionalidade pela via principal ou abstrata é exclusiva do Supremo Tribunal Federal (em face da Constituição Federal) ou dos Tribunais de Justiça (em face da Constituição do Estado).

No sistema atual, conjugam-se critérios dos modelos difuso e concentrado. Tem-se a possibilidade de provocação do controle de constitucionalidade por meio de ação direta, baseado em uma inconstitucionalidade por ação ou por omissão. Pode-se, outrossim, provocar a análise da constitucionalidade por meio de exceção, em processo que tramite em qualquer juízo⁴⁷.

O controle de constitucionalidade brasileiro caracteriza-se por ser eminentemente jurisdicional, pois exercido mais significativamente pelos órgãos do Poder Judiciário. Porém, existe o controle político e legislativo. Verifica-se o controle político na faculdade atribuída aos chefes do poder executivo, que no processo legislativo, ao

⁴⁵ SILVA, José Afonso da. *Op.cit*, 2011, p. 128.

⁴⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Op.cit*, 2012, p. 107

⁴⁷ SILVA, José Afonso da. *Op.cit*, 2011, p. 129.

invés de sancionar a lei, podem vetá-la, fundamentando-se na sua inconstitucionalidade. Quanto ao controle legislativo, tem-se como exemplo, o controle de constitucionalidade exercido pelas Comissões de Constituição e Justiça nas Casas Legislativas, e também a possibilidade de rejeição do veto, por deliberação da maioria absoluta de deputados ou senadores, ou seja, os membros do poder legislativo acabam por negar a afirmação da inconstitucionalidade feita pelo executivo.

Frise-se que serão legítimos a exercer o controle de constitucionalidade abstrato das leis e ato normativos os Tribunais de Justiça dos Estados e o Supremo Tribunal Federal. Serão competentes os Tribunais de Justiça para o julgamento das ações diretas que tratem sobre leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face das Constituições Estaduais. O Supremo Tribunal Federal julgará as ações diretas que versem acerca da desconformidade das leis ou atos normativos federais, estaduais ou municipais em face da Constituição Federal.

Na ordem constitucional vigente, ocorreu a ampliação significativa dos legitimados para propor as ações diretas e darem início ao controle concentrado de constitucionalidade, previsto no art. 103. Percebe-se então, um claro aumento da jurisdição concentrada. Anteriormente, como somente o Procurador Geral poderia propor a ação genérica, o controle difuso era dominante, mas agora houve o fortalecimento do modelo abstrato⁴⁸.

Instituiu também a Constituição Federal de 1988 um número maior de ações diretas: a ação direta de inconstitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ação direta interventiva, ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Ao tratar da ação direta de inconstitucionalidade, dispõe José Afonso da Silva⁴⁹:

A ação direta de inconstitucionalidade compreende três modalidades: (a) a *interventiva*, que pode ser *federal*, por proposta exclusiva do Procurador-Geral da República e competência do STF (arts. 34, III, 102, I, “a”, e 129, IV), ou *estadual*, por proposta do Procurador-Geral da Justiça do Estado (arts. 36, IV, 129, IV, e 125, § 2º); *interventiva* porque destinada a promover a intervenção federal em Estado ou de Estado em Município, conforme o caso; (b) a *genérica*: (1) de competência do STF, destinada a obter a decretação de inconstitucionalidade, *em tese*, de lei ou ato normativo, *federal* ou *estadual*, sem outro objetivo senão o de expurgar da ordem jurídica a incompatibilidade vertical; é ação que visa exclusivamente à

⁴⁸ BARROSO, Luis Roberto. *Op.cit*, 2009 p. 66-67.

⁴⁹ SILVA, José Afonso da. *Op.cit*, 2011 p. 129.

defesa do princípio da supremacia constitucional (arts. 102, I, “a”, e 103, incisos e § 3º); (2) de competência do Tribunal de Justiça em cada Estado, visando à declaração de inconstitucionalidade, em tese, de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual (art. 125, § 2º), dependendo da previsão nesta; (c) a *supridora de omissão*: (1) do *legislador*, que deixa de criar lei necessária à eficácia e aplicabilidade de normas constitucionais, especialmente nos casos em que a lei é requerida pela Constituição; (2) do *administrador* que não adote as providências necessárias para tornar efetiva norma constitucional (art. 103, § 2º)

A ação declaratória de constitucionalidade foi criada a partir da emenda constitucional n. 3 de 1993. Tem como objetivo a análise, pelo Supremo Tribunal Federal, da compatibilidade da norma com a Constituição, pois apesar de os atos normativos serem presumivelmente constitucionais, tal questão torna-se, não raras vezes, alvo de controvérsias⁵⁰. Por fim, a arguição de descumprimento de preceito fundamental visa obstar que atos do poder público lesem preceito fundamental e, procura ainda reparar uma possível lesão já existente.

3.2.1.1 Controle difuso de constitucionalidade no Brasil

Foi, conforme já dito, com a Constituição de 1891 que se introduziu o controle de constitucionalidade incidental ao direito brasileiro. A atual Carta de 1988 prevê esta modalidade de controle, implicitamente, no seu art. 97, quando trata da reserva de plenário, nos Tribunais, ou seja, órgãos colegiados, para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público.

O controle de constitucionalidade incidental apresenta-se por meio de exceção ou de defesa. Desse modo, a parte irá provocar o judiciário quando a lei ou ato normativo interferir em sua esfera particular. O demandante poderá fundamentar a sua arguição de inconstitucionalidade em uma lei, um ato normativo, nas Constituições Estaduais, leis orgânicas municipais e nos atos administrativos individualizados⁵¹.

É por meio de um processo que se busca sanar um conflito entre partes, que irá se desenrolar o controle difuso de constitucionalidade. Nessas ações o pedido principal não poderá ser a declaração de inconstitucionalidade, esta será uma questão prejudicial ao mérito, fundamento ou causa de pedir. A questão da

⁵⁰ BARROSO, Luis Roberto. *Op.cit*, 2009 p. 228-230.

⁵¹ SILVA, José Afonso da. *Op.cit*, 2011, p. 134-136

inconstitucionalidade poderá ser arguida pelo réu ou pelo autor, tendo em vista lesão ou ameaça de lesão aos seus direitos, mas sempre incidentalmente⁵².

Quando se diz que a inconstitucionalidade será ventilada por exceção é porque o réu apresentará tal argumentação em matéria preliminar de defesa. Irá ele resistir à pretensão do autor argumentando que esta não tem razão de ser, pois se funda em norma incompatível com a Constituição. O juiz poderá acolher ou não a ideia da inconstitucionalidade e concluir se a pretensão do autor é infundada ou não. A questão da constitucionalidade será *incidenter tantum*. O autor também poderá arguir a inconstitucionalidade por meio de ações próprias (por exemplo: os remédios constitucionais). A decisão no controle difuso somente produzirá efeito entre as partes, a coisa julgada apenas atingirá os participantes da relação processual⁵³.

A lei, mesmo quando declarada inconstitucional neste modelo, continuará produzindo efeitos, podendo juízes e tribunais, inclusive o Supremo Tribunal Federal aplicá-la caso repute o preceito constitucional. Esta situação só será modificada se o Senado Federal suspender a eficácia da norma por meio de resolução⁵⁴.

A parte que provocou o controle da constitucionalidade da norma no sistema difuso, por meio de recursos ou devido à competência originária do Supremo Tribunal Federal, poderá levar a sua questão à Suprema Corte. Porém, a decisão mesmo sendo do órgão de cúpula do poder judiciário, somente produzirá efeitos *inter partes*, mas poderá este órgão comunicar a sua decisão ao Senado para que este proceda à suspensão total ou parcial do preceito atacado.

De acordo com Adolfo Mamoru Nishiyama⁵⁵ existem posicionamentos distintos na doutrina acerca da comunicação ao Senado Federal da decisão proferida pelo STF. Parte da doutrina defende que a suspensão da lei declarada inconstitucional seria obrigatória, sob pena de o Senado ratificar a inconstitucionalidade, ou seja, ao mantê-la eficaz, convalidaria o vício. A outra parte leciona que há uma discricionariedade na atuação do Senado Federal, se irá ou não suspender a

⁵²AGRA, Walber de Moura. O sincretismo da Jurisdição Constitucional Brasileira. In: Novelino, Marcelo (Org.). **Leituras complementares de Direito Constitucional: controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional**. Salvador: JusPODIVM, 2008 p. 219-220.

⁵³SILVA, José Afonso da. *Op.cit*, 2011, p. 134-136.

⁵⁴GRINOVER, Ada Pellegrini. Controle de Constitucionalidade. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 23, n. 90, abril-junho de 1998, p. 12

⁵⁵ NISHYAMA, Adolfo Mamoru. Aspectos básicos do controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos e breve análise da Lei 9.868, de 10.11.1999, e da Lei 9.882, de 03.12.1999. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 788, 2001, p. 80.

aplicação da norma, trata-se de ato de política legislativa, em que ocorrerá uma avaliação acerca da atribuição ou não de efeito *erga omnes* à decisão da Suprema Corte.

Chama a atenção, Walber de Moura Agra⁵⁶ para a importância desta modalidade de controle de constitucionalidade na defesa de direitos fundamentais, visto que qualquer cidadão poderá propor ação com este fito, caso se sinta lesado por um ato normativo incompatível com a Constituição. Assevera ainda, que a possibilidade de ser exercido por diversos órgãos jurisdicionais, em certos casos, deixará o magistrado mais próximo da realidade fática e das provas a serem realizadas.

3.2.1.2 O Controle concentrado de constitucionalidade no Brasil

O controle é caracterizado como abstrato, pois a análise da constitucionalidade recai sobre a própria lei em tese, alheio a existência de um caso concreto. Por ser a questão da constitucionalidade central no processo é também chamado de controle principal. Tem como característica ter efeitos *erga omnes* pelo potencial de atingir a toda a sociedade e *ex tunc*, porque a anulação de norma irregular deve ser retroativa, ou seja, a suspensão de sua eficácia, em regra, será *ab initio*. Dispõe Luis Roberto Barroso⁵⁷ que:

O Controle de Constitucionalidade por ação direta ou por via principal, conquanto também seja jurisdicional, é um exercício atípico de jurisdição, porque nele não há um litígio ou situação concreta a ser solucionada mediante a aplicação da lei pelo próprio órgão julgador. Seu objeto é um pronunciamento acerca da própria lei. Diz-se que o controle é em tese ou abstrato porque não há um caso concreto subjacente à manifestação judicial. A ação direta destina-se à proteção do próprio ordenamento, evitando a presença de um elemento não harmônico, incompatível com a Constituição. Trata-se de processo objetivo, sem partes, que não se presta à tutela de direitos subjetivos, de situações jurídicas individuais.

São legitimados a exercerem o controle abstrato o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais de justiça dos Estados, conforme o parâmetro do controle de constitucionalidade utilizado (Constituição Federal ou Estadual), de acordo com as explanações feitas. Nesta modalidade a decisão terá efeito *erga omnes* imediato, independentemente de atuação do Senado Federal neste sentido.

⁵⁶Agra, Walber de Moura. *Op.cit*, 2008, p. 225.

⁵⁷Barroso, Luis Roberto. *Op.cit* , 2009, p. 153-154.

Esta forma de exercício da jurisdição constitucional tem como finalidade “tutelar a integridade sistêmica do ordenamento jurídico, no que permite uma uniformização de suas decisões, inclusive com efeito vinculante, impedindo que decisões antagônicas possam coexistir”. O problema da constitucionalidade é resolvido por um único órgão, sem passar por mais de uma instância, o que fortalece a segurança jurídica e confere completude sistêmica⁵⁸.

⁵⁸Agra, Walber de Moura. *Op.cit*, 2008, p. 225.

4 EFEITOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

No exercício do controle de constitucionalidade pelos órgãos jurisdicionais faz mister a análise dos efeitos das decisões que tratam acerca da constitucionalidade das leis ou atos normativos. Deve-se então, abordar quais seriam os efeitos característicos dos modelos judiciais de controle de constitucionalidade, bem como, destacar os seus fundamentos e as influências recebidas.

Como o cerne da discussão é a incompatibilidade da norma com a Constituição, é importante delimitar a noção de inconstitucionalidade. Qual a abrangência de tal vício, que leva à provocação do poder judiciário para se manifestar sobre a permanência ou não dos efeitos da norma questionada.

4.1 A NORMA INCONSTITUCIONAL

A inconstitucionalidade de uma norma é aferida pela ausência de conformidade com a Constituição. Para Jorge Miranda⁵⁹:

Constitucionalidade e Inconstitucionalidade designam conceitos de relação: a relação que se estabelece entre uma coisa — e outra coisa — uma norma ou um acto — que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível, que cabe ou não cabe no seu sentido.

A inconstitucionalidade poderá ser por ação ou por omissão. A inconstitucionalidade por ação pode ainda ser de índole formal ou material. No aspecto formal temos as regras de edição da lei ou ato normativo previstas no corpo constitucional, que não sendo cumpridas darão ensejo à chamada inconstitucionalidade formal, ou seja, há uma violação procedimental no decorrer da produção normativa. Já quando a norma prevê, em seu conteúdo, disposições que chocam com os ditames da Constituição (com os direitos ali previstos), esta inconstitucionalidade será definida como material.

A inconstitucionalidade por omissão, por sua vez, está relacionada às normas constitucionais de eficácia limitada. Significa, portanto, que existe um direito previsto na Constituição que depende de lei para a sua efetividade, e o Poder Legislativo não a editou, verificando-se uma inércia desarrazoada.

⁵⁹ MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p.11.

Importa ainda ressaltar que a inconstitucionalidade pode se referir a toda a norma ou só atingir parte dela. É o que dispõe George Salomão Leite⁶⁰:

Diz-se que a inconstitucionalidade é total quando todo o ato normativo objeto do controle de constitucionalidade padece do vício de desconformidade em face da Constituição, seja material ou formal. Ao revés, a inconstitucionalidade é parcial quando apenas parte do ato estatal não guarda consonância com o texto constitucional.

É aparentemente lógica e redundante a afirmação de que o vício da inconstitucionalidade atinge aquela previsão em dissonância com a Lei Fundamental, porém, ela é verdadeira na medida em que, como ocorre no Brasil, se convive com o Princípio da Supremacia da Constituição, do qual se depreende que existindo conflito de normas, prevalecerá a Lei Maior.

Rui Barbosa, ao tratar do ato inconstitucional, aponta com base nos ensinamento de Dicey, que a delimitação do que é inconstitucional dependerá da natureza da Constituição. Para Dicey⁶¹:

“A expressão inconstitucional, aplicada a uma lei, tem, pelo menos, três acepções diferentes, variando segundo a natureza da Constituição, a que aludir:

(I) Empregada em relação a um ato do Parlamento inglês, significa simplesmente que esse ato é, na opinião do indivíduo que o aprecia, oposto ao espírito da Constituição Inglesa; mas não pode significar que esse ato seja infração da legalidade e, como tal nulo.

(II) Aplicada a uma lei das câmaras francesas, exprimiria que essa lei, ampliando, suponhamos, a extensão do período presidencial, é contrária ao disposto na Constituição. Mas não segue necessariamente daí que a lei se tenha por vã; pois não é certo que os tribunais franceses se repute obrigados a desobedecer às leis inconstitucionais. Empregada por franceses, a expressão de ordinário se deve tomar como simples termo de censura.

(III) Dirigido a um ato do Congresso, o vocábulo *inconstitucional* que dizer que esse ato excede os poderes do Congresso e é, por consequência, nulo. Neste caso a palavra não importa necessariamente reprovação. O americano poderia, sem incongruência alguma, dizer que um ato do Congresso é uma boa lei, beneficia o país, mas, infelizmente, peca por *inconstitucional*, isto é, *ultra vires*, isto é, nulo.”

Continua por concluir Rui Barbosa⁶², com base na doutrina americana, que é da essência do sistema, no qual a Constituição tem poder de ditar os contornos da atuação das autoridades estatais, que sejam inválidas as atuações dos poderes políticos que exorbitem os ditames constitucionais.

⁶⁰LEITE, George Salomão. Do controle de constitucionalidade e Tipologia da Inconstitucionalidade dos Atos Estatais. *In*: Marcelo Novelino (Org.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional**: Controle de Constitucionalidade e Hermenêutica Constitucional. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 244-245.

⁶¹Dicey *apud* BARBOSA, Rui. **Atos Inconstitucionais**. São Paulo: Russel, 2004, p. 39

⁶²BARBOSA, Rui. *Op.cit*, 2004, p.40.

Chama a atenção Gilmar Ferreira Mendes⁶³, que a discussão acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade direciona-se aos atos do poder público, muito embora possam os particulares editar normas, no âmbito da sua autonomia privada, que estejam em desconformidade com a Constituição.

No entanto, segundo Teori Albino Zavascki, no exercício da jurisdição constitucional, em especial no controle de constitucionalidade das leis, ao órgão do poder judiciário caberá a avaliação da constitucionalidade de qualquer ato, independentemente de sua origem. Para este jurista, não só o legislador editará preceitos normativos inconstitucionais, pode tal vício acometer também atos da administração pública, do particular e do poder judiciário. Conclui alegando que “O poder-dever de controle de constitucionalidade assim conferido aos órgãos jurisdicionais envolve a possibilidade de apreciação de qualquer ato ou omissão inconstitucional, qualquer que seja o agente infrator”⁶⁴.

Contudo, apesar de, verificado o conflito vertical entre norma infraconstitucional e a Constituição, esta prevalecer, não se pode negar que até o exercício pelo órgão competente do controle de constitucionalidade, o preceito impugnado irradiou normalmente seus efeitos, fazendo-se surgir relações jurídicas, obrigações ou direitos fundados nas suas previsões. Devido a tal constatação, torna-se relevante apontar a observação sobre o Princípio da Presunção de Legitimidade das Leis, feita por Regina Maria Macedo Nery Ferrari⁶⁵:

Pelo princípio da presunção de legitimidade das leis, toda norma jurídica presume-se constitucional enquanto não se prove a existência de um vício de inconstitucionalidade, de forma explícita e manifesta; tal princípio é necessário para a manutenção da ordem jurídica, pois seria um verdadeiro caos social se os indivíduos pudessem deixar de cumprir as leis toda vez que, em sua opinião, elas estivessem em conflito com as normas constitucionais.

Portanto, nas decisões judiciais acerca da constitucionalidade de lei ou ato normativo, deve-se delimitar de que forma serão os efeitos da norma viciada desconsiderados.

⁶³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1158.

⁶⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional**. 2000. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, p. 10-12.

⁶⁵ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 60-61.

4.2 EFEITOS *EX TUNC* E *EX NUNC* DA DECISÃO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A atribuição de efeitos retroativos e prospectivos a decisão no âmbito da jurisdição constitucional varia a depender da concepção da natureza do ato inconstitucional. Caso seja a norma viciada considerada atingida pelo grave vício da nulidade, ou se trataria de ato anulável. Muito embora construído no campo do Direito Civil, é válido o ensinamento de Marcos Bernardes de Mello⁶⁶:

(a) a *nulidade*, que constitui sanção mais enérgica, acarretando, entre outras consequências, em geral, a ineficácia *erga omnes* do ato jurídico quanto a seus efeitos próprios, além da insanabilidade do vício, salvo exceções bem particularizadas, e (b) *anulabilidade*, cujos efeitos são relativizados às pessoas diretamente envolvidas no ato jurídico, o qual produz sua eficácia específica, integralmente, até que sejam desconstituídos, o ato e seus efeitos, mediante impugnação a em ação própria, podendo ser convalidado pela confirmação ou pelo transcurso do tempo.

De tal explanação pode-se retirar que, a depender do grau da invalidade que abarcará a norma inconstitucional, poderá ter seus efeitos desconsiderados desde sua origem, pois se trabalha com a noção de insanabilidade (se nulo), ou, somente se verá suspensa a eficácia normativa a partir da declaração do vício (se anulável).

Regina Maria Nery Macedo⁶⁷, baseada nas lições de Kelsen, e com fundamento na necessidade da atuação do órgão competente para que se retirem os efeitos da norma apontada como inconstitucional, bem como diante da possibilidade da inconstitucionalidade ser arguida a qualquer tempo, defende a tese de que os efeitos da pronúncia da inconstitucionalidade operariam efeitos *ex nunc*.

Para ela, geraria uma instabilidade social a possibilidade de mais a frente ter de desfazer relações jurídicas já formadas, em acordo com a norma vigente, se constatado uma irregularidade, pois não se teria a segurança de que os atos praticados estariam sob o manto da constitucionalidade. Explana a citada autora⁶⁸:

Outro não pode ser o entendimento senão o que nos leva à aceitação de que a lei inconstitucional, enquanto não tenha sido como tal considerada, opera eficaz e normalmente, como qualquer disposição normativa válida, já que assim o é até a decretação de sua inconstitucionalidade.

⁶⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: Plano da Validade. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 60-61.

⁶⁷ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Op.cit*, 1999, p. 122-124.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 125.

Foi Hans Kelsen que, quando do desenvolvimento da Constituição austríaca de 1920, apontou a ideia de se conferir efeitos *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade. No seguinte trecho de sua obra fica evidenciado o posicionamento deste jurista⁶⁹:

c) Seria necessário examinar também se não seria bom, no interesse da segurança jurídica, encerrar a anulação, em particular das normas gerais e principalmente das leis e dos tratados internacionais, num prazo fixado pela Constituição, por exemplo, três a cinco anos a partir da entrada em vigor da norma a anular. Porque é extremamente lamentável ter de anular por inconstitucionalidade uma lei, e ainda mais um tratado, depois de terem vigorado por longos anos.

d) Em todo o caso, seria bom, no interesse da mesma segurança jurídica, não atribuir em princípio nenhum efeito retroativo à anulação das normas gerais, pelo, menos no sentido de deixar subsistirem todos os atos jurídicos anteriormente produzidos com base na norma em questão.

Já a noção de nulidade do ato inconstitucional é advinda da construção jurisprudencial dos Estados Unidos, que teve como marco o caso *Marbury v. Masdson*. Para Kent⁷⁰, “A regra de que todo ato da legislatura, oposto à Constituição, é írrito, não procede só neste país; procede em todos os outros, onde houver uma Constituição escrita, designando as faculdades e deveres do Poder Legislativo, assim como dos outros ramos do governo”.

Concluindo-se por se tratar de norma nula, quando tida por inconstitucional, conseqüentemente, esta declaração feita por decisão judicial acarretará, inevitavelmente, a suspensão da eficácia normativa *ex tunc*, ou seja, serão desfeitas todas as relações travadas com base na lei viciada. Ato nulo é aquele que nunca deveria ter produzido efeito algum, porque nasce morto.

Alfredo Buzaid⁷¹ segue o raciocínio de que a lei inconstitucional é nula. Para ele, devido à existência do primado da Constituição, admitir-se a eficácia da norma até a proclamação da inconstitucionalidade, acarretaria, neste período, se retirar o império do texto constitucional. Seria inconcebível, então, que a norma que deve obediência à Constituição produzisse efeitos normalmente, o que equivaleria à ineficácia temporária da Lei Maior.

Por essa linha de intelecção, atos que podem ter como fonte relações de direito privado ou relações de direito público serão desfeitos, perderão seus efeitos jurídico

⁶⁹ KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 170-171.

⁷⁰ Kent *apud* BARBOSA, Rui. *Op.cit*, 2004, p. 42.

⁷¹ BUZAID, Alfredo. **Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1958, p. 130-132.

se gerados da lei considerada inconstitucional. Luiz Fabião Guasque⁷², admitindo a nulidade da lei inconstitucional, bem como a aplicação dos efeitos retroativos à decisão que a declara, ressalta que não se pode negar que, apesar de o ato nulo, pensado isoladamente, não produzir efeitos jurídicos, poderá gerar fatos jurídicos. Ademais, esses fatos jurídicos, nascidos das normas tidas por incompatíveis com a Constituição, podem desencadear o aparecimento de novos atos.

Portanto, por mais que considerar a lei inconstitucional nula se mostre mais fiel a proteção que demanda a Constituição, não se pode ignorar que, por vezes, os sujeitos submetidos aos efeitos da norma inconstitucional podem sofrer consequências inesperadas, no caso de suspensão retroativa da eficácia normativa. Deve-se então, se tentar aprimorar as duas formas de concepção da natureza jurídica do ato inconstitucional, por vezes procurando flexibilizar as noções adotadas pelo país, sempre na busca da proteção dos valores mais caros à sociedade, possivelmente insculpidos nos textos constitucionais.

Superada a discussão acerca das visões sobre a natureza jurídica do ato inconstitucional, e conseqüentemente, analisado o comportamento dos seus efeitos, mister se faz estudar os sujeitos que possivelmente serão atingidos pela declaração da inconstitucionalidade ou da constitucionalidade do ato normativo.

4.3 EFEITOS *INTER PARTES* E *ERGA OMNES* DA DECISÃO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O efeito da decisão é *inter partes*, quando fica restrito aos sujeitos diretamente envolvidos no processo. É irrelevante que a discussão da questão constitucional seja interessante e possivelmente fundamente o direito de outrem, a decisão em nada lhe afetará.

Este efeito restrito é característico do modelo difuso de controle de constitucionalidade. Como já explanado, neste modelo a questão da constitucionalidade é analisada incidentalmente, para que seja dado ou não certo bem da vida ao sujeito, ou seja, acolhida a sua defesa, desde que tenha a questão

⁷²GUASQUE, Luiz Fabião. **O Controle de Inconstitucionalidade das Leis**. Rio de Janeiro: Freiras Bastos, 2004, p.9.

constitucional ligação com o objeto do processo. Como, em regra, qualquer relação processual, o efeito desta decisão só às partes envolvidas atingirá.

Porém, em via oposta, o efeito *erga omnes* alcançará a todos que potencialmente possam ser englobados pela lei ou ato normativo tido por inconstitucional. Leciona Teori Albino Zavascki que⁷³:

Declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de um preceito normativo abstratamente considerado, a sentença proferida em ação de controle concentrado irradia efeitos para todos os possíveis destinatários da norma. Ou seja: a sentença tem eficácia subjetiva *erga omnes*. E à força dessa declaração submetem-se, obrigatoriamente, as autoridades que têm por atribuição aplicar a norma questionada, vale dizer, os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública. Relativamente a eles, a sentença tem, portanto, efeito vinculante.

Este efeito geral é típico do modelo abstrato de controle de constitucionalidade. Aqui, como também já discutido, o Tribunal Constitucional, ou órgão que exerça tal função, declara a inconstitucionalidade ou constitucionalidade da lei de maneira objetiva, e estas decisões vinculam a toda a sociedade, o Poder Judiciário e a Administração Pública em sua completude.

4.4 EFEITOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

Não obstante já ter sido discorrido sobre o tema, é importante, neste momento, repisar que o Brasil adota o modelo híbrido de controle de constitucionalidade, com a junção do modelo concentrado e difuso, de acordo com o que se depreende do texto constitucional vigente, seja explicitamente ou implicitamente.

A possibilidade de exercício do controle abstrato encontra previsão no art. 103 c/c 102, I, "a", CF/88. Já a competência dos magistrados para exercício do controle incidental depreende-se do conteúdo do art. 102, III, "a", das disposições do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (art. 176 ao art. 178) e do art. 480 do Código de Processo Civil.

⁷³ ZAVASCKI, Teori Albino. *Op.cit*, 2000, p. 52.

4.4.1 Natureza jurídica da norma inconstitucional para o direito brasileiro

Ensina Luis Roberto Barroso⁷⁴ que superada toda uma discussão doutrinária, é assente na doutrina que uma lei inconstitucional é nula, porque devido a supremacia da Constituição, de uma norma dissonante com ela não nascem direitos ou obrigações. Por assim se posicionar a doutrina nacional, deduz o citado autor que “consequência natural dessa premissa é a de que a decisão que reconhece a inconstitucionalidade é de natureza declaratória, limitando-se a reconhecer um vício preexistente”.

Em mesma linha, leciona Alfredo Buzaid⁷⁵ que a decisão acerca da inconstitucionalidade de um preceito normativo é predominantemente declaratória. Nela o magistrado irá declarar a invalidade de uma lei, que assim já o era; na sua atividade decisória o juiz não efetuará mudanças no estado da lei, somente pronunciará o vício já existente, qual seja, o da nulidade.

Também esclarece Dirley da Cunha Júnior “que prevaleceu, entre nós, o entendimento baseado na doutrina norte-americana, que desde o *case Marbury v. Madison*, se 1803, considera *nulo* o ato em contraste com a Constituição”⁷⁶. No mesmo sentido Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁷⁷, “O tripé — *nulidade, caráter declaratório da decisão, efeito ex tunc da desconstituição* — são lugar comum nas obras nacionais, mesmo sem caráter didático”.

É, para a doutrina e jurisprudência brasileira, nula a lei inconstitucional, sob o fundamento de que, o preceito que desrespeite os ditames da Lei Maior não poderia ter produzido qualquer efeito, sob pena de se de se deixar vulnerável a disposição hierárquica nas normas. Em não sendo assim, a Constituição perderia, ainda que temporariamente, sua supremacia tão consagrada.

A Constituição é protegida e alçada a grau superior, não pensada isoladamente. Nela, devido a extenso processo histórico, foram juridicizados os valores

⁷⁴BARROSO, Luis Roberto. *Op.cit*, 2009, p. 125.

⁷⁵BUZOID, Alfredo. *Op.cit*, 1958, p. 132-133.

⁷⁶CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Op.cit*, 2012, p.165.

⁷⁷FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do ato inconstitucional em face do direito positivo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, Vol. 230, Outubro/Dezembro de 2002, p. 220.

fundamentais da sociedade, valores esses de importância tal, que foram colocados no texto constitucional para dar-lhes perenidade/proteção⁷⁸.

Não obstante a inexistência de previsão expressa na Constituição brasileira, a nulidade do ato inconstitucional é considerada princípio constitucional implícito. Caso fosse ato anulável, até que a inconstitucionalidade fosse reconhecida pelo órgão competente, o Poder Público não poderia negar a sua aplicação, porque em dissonância com a Carta Maior. Só por meio da concepção da nulidade do ato viciado, tendo em vista que não deveria ter produzido efeitos, conclui-se que pode a Administração Pública não aplicar a norma se a considerar inconstitucional⁷⁹.

Ademais, como o Brasil convive com os dois principais modelos de controle de constitucionalidade, em ambos, diante da conclusão da nulidade da lei inconstitucional, os pronunciamentos judiciais neste sentido terão, em regra, efeitos *ex tunc*.

4.4.2 Efeitos do controle de constitucionalidade difuso-incidental no direito brasileiro

No Brasil, o exercício do controle de constitucionalidade não é exclusividade de um Tribunal. Permite a ordem jurídica que qualquer juiz, independente da ação posta a sua apreciação, afaste a aplicação de norma inconstitucional. Trata-se de verdadeiro poder-dever, pois é necessário sempre evitar a resolução de um caso concreto à luz de norma incompatível com a Constituição. Leciona Gilmar Ferreira Mendes⁸⁰:

Ao contrário de outros modelos do direito comparado, o sistema brasileiro não reserva a um único tipo de ação ou de recurso a função primordial de proteção de direitos fundamentais, estando a cargo desse mister, principalmente, as ações constitucionais do *habeas corpus*, o *habeas data*, o *mandado de segurança*, o *mandado de injunção*, a *ação civil pública* e a *ação popular*.

⁷⁸ TAVARES, André Ramos. **Tribunal e Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998, p. 9-10.

⁷⁹ CLÉVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2000, p. 245-247.

⁸⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle da Constitucionalidade no Brasil**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaIStfInternacional/portaIStfAgenda_pt_br/anexo/Controle_de_Constitucionalidade_v__Port1.pdf>. Acesso em: 23/03/2013, p. 3.

Este modelo difuso de controle de constitucionalidade acontece quando o sujeito provoca o Poder Judiciário pleiteando um bem da vida com fundamento na inconstitucionalidade de uma norma. Neste caso, a questão constitucional será a causa de pedir da ação, arguida, portanto, previamente para basear os seus pedidos principais, bem como pode servir como via de exceção, quando alegado na defesa do réu. Como característica típica deste modelo, do qual não foge o sistema jurídico nacional, o efeito da decisão é restrito. Segundo Zeno Veloso⁸¹:

Se houver a declaração de inconstitucionalidade, arguida como questão prejudicial, a consequência é a não-aplicação da norma impugnada na relação jurídica sob exame. Não há a invalidação da lei, de modo geral, perante todos. A decisão afasta, apenas, a sua incidência *no caso, para o caso e entre as partes*. A eficácia da sentença é restrita, particular, refere-se, somente, à lide, subtrai a utilização da lei questionada ao caso sob julgamento, não opera *erga omnes*. A lei, teoricamente, continua em vigor, não perde a sua força obrigatória com relação a terceiros, sendo aplicada a outros casos.

A consequência desse efeito subjetivo restrito é a de que outras pessoas continuarão sofrendo influência da norma declarada inconstitucional, até que provoquem a jurisdição constitucional e sejam afastadas do âmbito de incidência da lei ou ato ilegítimo, tendo em vista que essa forma de defesa da constituição não tem o condão de afastar a vigência do preceito impugnado⁸².

Porém, o ordenamento jurídico não ignorou a possibilidade de criação de situações díspares, pois os sujeitos que demandassem judicialmente ficariam protegidos da incidência da lei ou ato normativo inconstitucional, enquanto outros ainda sofreriam os seus efeitos indesejáveis. A Constituição Federal confere ao Senado Federal o poder funcional de atribuir efeitos *erga omnes* às decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade que declara a inconstitucionalidade da lei. Observa Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁸³:

Por isso, a decisão em que é reconhecida a inconstitucionalidade, não colhe senão as partes litigantes. Disto resulta ser perfeitamente possível e admissível que uma norma nula *ipsu jure* continue a ser aplicada. E somente em juízo, numa demanda, é que pode vir a ser reconhecida sua invalidade noutros casos.

O Senado Federal tem o papel de, após a comunicação pelo Supremo Tribunal Federal da declaração da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, suspender a

⁸¹ VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**. Belo Horizonte: DelRey, 2000, p. 41.

⁸² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Op.cit*, 2012, p. 170.

⁸³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Op.cit*, 2002, p.222.

execução do preceito, a teor do art. 52, X, CF/88. Luiz Roberto Barroso⁸⁴ sintetiza as principais conclusões acerca da atuação deste órgão do poder legislativo: não possui esta atividade do Senado caráter vinculativo ao decidido em sede judicial, ele valer-se-á da conveniência e oportunidade na suspensão ou não da aplicação da norma; a atuação do Senado ocorrerá quando do exercício do controle de constitucionalidade difuso pelo STF; e, por fim, o melhor juízo seria atribuir efeito *ex tunc* ao pronunciamento do Senado Federal, acaso decida suspender a eficácia normativa.

4.4.3 Efeitos do controle de constitucionalidade concentrado-abstrato no direito brasileiro

A declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade nas decisões da justiça constitucional em sede de controle abstrato terá efeitos distintos do difuso-incidental, serão os efeitos “em regra, retroativos (*ex tunc*), gerais (*erga omnes*), repristinatórios e vinculantes”⁸⁵.

A decisão do Supremo Tribunal Federal, portanto, acaso afastada a aplicação da norma, devido ao reconhecimento da sua inconstitucionalidade, retirará a todos do seu âmbito de aplicação, é por isso que a Lei 9.868/99 exige *quorum* de maioria absoluta para o julgamento das ações no controle abstrato de constitucionalidade.

O vício da inconstitucionalidade é considerado, no sistema jurídico nacional, grave, por isso o preceito incompatível com os ditames constitucionais é tido como nulo, a decisão que reconhece o citado vício, portanto, opera efeitos retroativos. Terá ainda, a decisão em sede de controle abstrato, efeito vinculante, pois além de atingir a todos, imprime uma obrigatoriedade na sua não aplicação, se declarada a inconstitucionalidade do preceito impugnado.

⁸⁴ BARROSO, Luis Roberto. *Op.cit*, 2009, p. 129-130.

⁸⁵ *Ibidem*. p. 195.

4.4.3.1 Efeito Vinculante

O efeito vinculante às decisões no âmbito com controle concentrado de constitucionalidade no Brasil foi introduzido pela EC 3/93, por meio da adição do § 2º do art. 102 da CF/88. Tal previsão estabeleceu o citado efeito para as decisões da Ação Declaratória de Constitucionalidade. Posteriormente, com a edição das Leis 9.868/99 e 9.882/99 o efeito vinculante foi estendido para as decisões nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade e nas Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental.

O Supremo Tribunal Federal, já tendo concluído, após discussões suscitados, que o efeito vinculante era constitucional para as três ações diretas, pois se trataria de efeito natural das decisões em processos objetivos, também atribuiu essa vinculação às decisões liminares no exercício do controle abstrato de constitucionalidade⁸⁶.

Juliano Taveira Bernardes entende que o efeito vinculante é necessário na medida em que, apesar da coisa julgada material impedir a rediscussão das questões constitucionais deduzidas, por inexistirem partes no aspecto substancial, ela “não permite articular satisfatoriamente mecanismos de sanção em face daqueles que não respeitaram os efeitos substanciais da decisão de mérito transitada em julgado”⁸⁷.

Assevera ainda o citado doutrinador que, a eficácia *erga omnes* atinge um maior número de pessoas, tendo em vista que a decisão será vinculante somente para a Administração Pública, direta e indireta, e para os órgãos do Poder Judiciário (§2º do art. 102 da Constituição, com redação dada pela EC 45/2004)⁸⁸.

⁸⁶BERNARDES, Juliano Taveira. Efeito Vinculante das Decisões do Controle Abstrato de Constitucionalidade: transcendência aos motivos determinantes? *In*: Novelino, Marcelo (Org.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional**: Controle de Constitucionalidade e Hermeneutica Constitucional. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 356-357.

⁸⁷*Ibidem*, p. 359.

⁸⁸*Ibidem*, p. 364.

4.4.3.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade e seus efeitos

A Ação Direta de Inconstitucionalidade é meio para o exercício do controle concentrado de constitucionalidade. Originou-se da Emenda Constitucional número 16/65 com a denominação de representação de lei inconstitucional, e o único que poderia propô-la era o Procurador Geral da República. Com o advento da Constituição Federal de 1988 passou a ser prevista expressamente, e foi ampliado o rol dos que podem propô-la⁸⁹. A sua previsão constitucional está na alínea “a”, I, art. 102 da CF/88, e é regulamentada pela Lei 9.868/99.

Trata-se de processo objetivo, tendo em vista que “inexistem partes e quaisquer litígios referentes a situações subjetivas ou individuais”⁹⁰. Os legitimados para a propositura não irão defender interesses próprio, pois o escopo é a proteção da supremacia constitucional. A análise da constitucionalidade da lei será feita independente da existência de um litígio entre partes, e proceder-se-á a uma aferição abstrata da conformidade entre o preceito infraconstitucional e a Constituição Federal.

O escopo de tal ação direta é a declaração da inconstitucionalidade da norma, e só poderão ser objeto de ADI leis e atos normativos do poder público, excluídos aqueles atos, embora do poder público, concretos.

Esta ação tem caráter dúplice: a sua procedência se dá com o reconhecimento da inconstitucionalidade, porém, se julgada improcedente será declarada a constitucionalidade da norma questionada. Em regra, terá a decisão eficácia *ex tunc*, “considerando que o vício é congênito, retroage à data em que se iniciou a sua vigência, neutralizando, por conseguinte, os seus efeitos jurídicos”. Devido a aplicação deste efeito retroativo, poderá ser, eventualmente, restabelecida a vigência de norma anterior, que foi revogada pelo ato tido por inconstitucional⁹¹.

⁸⁹Art. 103 - Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

⁹⁰CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Op.cit*, 2012, p. 210.

⁹¹DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Aspectos Processuais da ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e da ADC (Ação Declaratória de

Terá também efeito *erga omnes*, ou seja, atingirá a todos potencialmente submetidos à decisão proferida em sede de controle de constitucionalidade. Por fim, essa decisão tem efeito vinculante, sendo de observância obrigatória, como já explanado, para a Administração Pública e órgãos do Poder Judiciário. Ressalte-se que o legislativo não está vinculado à decisão da ADI, podendo editar norma com conteúdo semelhante ou idêntico ao do ato viciado.

4.4.3.3 Ação Declaratória de Constitucionalidade e seus efeitos

A Ação Declaratória de Constitucionalidade foi introduzida no direito brasileiro em 1993, com a Emenda Constitucional número 03. Passou então, a ser prevista no art. 102, I, “a” da Constituição Federal. A sua regulamentação possui escopo na Lei 9.868/99.

Esta Ação direta terá como fito sanar dúvidas existentes nos tribunais brasileiros quanto à constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. Ao propô-la busca-se manter a presunção de legitimidade da norma, visto que mesmo antes de pronunciamento judicial neste sentido, o preceito adentra ao sistema jurídico de maneira eficaz, pois presumivelmente constitucional.

Ressalte-se que não existe na Constituição ressalva expressa quanto à necessidade de demonstração de divergência acerca de vício ou não da lei nas decisões proferidas pelos Tribunais brasileiros, porém “não se configura admissível a propositura de ação declaratória de constitucionalidade se não houver controvérsia ou dúvida relevante quando à legitimidade da norma”⁹².

Trata-se de pressuposto de admissibilidade da ação declaratória a demonstração de divergências sobre a constitucionalidade pelos órgãos do Poder Judiciário, é o que resta depreendido do art. 14, III da Lei 9.868/99 ao tratar da Ação declaratória:

Art. 14. A petição inicial indicará:

I - o dispositivo da lei ou do ato normativo questionado e os fundamentos jurídicos do pedido;

II - o pedido, com suas especificações;

Constitucionalidade). In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). **Ações Constitucionais**. Salvador: JusPODIVM, 2012, p. 523.

⁹² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1295

III - a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória.

A sentença na ADC será meramente declaratória, pois se resume ao reconhecimento da situação já existente. O Supremo Tribunal Federal somente ratificará a constitucionalidade do preceito, “não criando, em virtude do princípio da presunção de validade normativa, nenhum efeito ou estado novo; ao contrário, ele apenas confirma um estado preexistente, esgotando na obtenção da certeza todo seu escopo, sua função”⁹³.

Possui, como na ADI, caráter ambivalente, ou seja, se julgada improcedente será a norma considerada inconstitucional, já na sua procedência será confirmada a constitucionalidade da norma. Tratando acerca do tema esclarece Clèmerson Merlin Clève⁹⁴:

Julgada procedente, a manifestação judicial implicará a declaração da constitucionalidade do ato normativo. Da rejeição, todavia, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Supremo, deriva a declaração da inconstitucionalidade da normativa-objeto.

Como esta ação é utilizada no controle abstrato de constitucionalidade e com base na previsão constitucional do art. 102, conclui-se que possui a decisão efeito *erga omnes* e vinculante, com idênticas características a ação direta de inconstitucionalidade, já detalhadas acerca desses efeitos.

4.4.3.4 Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva e seus efeitos

A autonomia dos entes federados, União, Estados-membros e Municípios, é a regra no ordenamento jurídico. No entanto, o art. 34 da CF/88 prevê possibilidades de intervenção da União nos Estados-Membros e no Distrito Federal.

O inciso VII do art. 34 da CF/88 permite a intervenção quando violados os denominados princípios sensíveis (forma republicana, sistema representativo e regime democrático, direitos da pessoa humana, autonomia municipal, prestação de contas da administração pública, direta e indireta e aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de

⁹³ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Op.cit*, 1999, p.251.

⁹⁴ CLÉVE, Clèmerson Merlin. *Op.cit*, 2000, p. 305.

transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde).

Verificada violação perpetrada por ato normativo ou lei aos citados princípios, poderá o Procurador-Geral da República propor a ação direta interventiva perante o Supremo Tribunal Federal, para, julgando-a procedente decretar-se a intervenção federal nos Estados ou no Distrito Federal. Neste caso, o STF declara a existência de ofensa a princípio constitucional sensível e comunica a autoridade competente, para a adoção das medidas cabíveis. Dispõe Alexandre de Moraes que a ADI interventiva possui duas finalidades, uma jurídica e uma política, e indica seus efeitos⁹⁵:

Assim, juridicamente, com a declaração de inconstitucionalidade a lei ou ato normativo estadual serão considerados nulos e serão excluídos do ordenamento jurídico com efeitos retroativos — *ex tunc* — e *erga omnes*. Além desses efeitos jurídicos, a declaração de inconstitucionalidade gera efeitos políticos, qual seja, a possibilidade de intervenção federal em um Estado-membro ou no Distrito Federal.

O Presidente da República terá como única providência suspender a aplicação do ato impugnado, se isto for suficiente para restabelecimento da normalidade, após a requisição do Supremo Tribunal Federal. Se a adoção desta postura não for apta a resolver a situação, será efetivada a intervenção federal, e conseqüentemente, afastada provisoriamente a autonomia do Estado-membro ou do Distrito Federal, conforme o caso.

4.4.3.4 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e seus efeitos

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão está prevista no § 3º do art. 103, da CF/88 é regulamentada pela Lei n. 9.868/99. Faz parte do controle concentrado de constitucionalidade, e será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, pelos legitimados do art. 103, da CF.

A sua utilização é cabível diante de norma constitucional de eficácia limitada não regulamentada. Observe-se que as normas constitucionais podem ter eficácia, plena, contida ou limitada. As de eficácia plena independem de regulamentação (são

⁹⁵ MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**: Garantia Suprema da Constituição. São Paulo: Atlas, 2000, p. 283.

autoaplicáveis), ou seja, basta previsão constitucional para possuírem concretude. As normas de eficácia contida detêm aplicabilidade imediata, porém o texto constitucional prevê a possibilidade de redução do direito por elas previsto pelo legislador ordinário. Já a norma constitucional de eficácia limitada depende de norma infraconstitucional que a discipline, pois apesar da previsão no texto da Lei Maior, falta-lhe efetividade.

Portanto, na ausência da edição de lei ou ato normativo, busca-se a tutela jurisdicional. Esta ação direta é o meio adequado a essa finalidade, visa ela buscar a regulamentação da norma de eficácia limitada quando inerte o Congresso Nacional ou os responsáveis pela edição das medidas que conferirão efetividade a previsão da Lei Fundamental.

Ao declarar-se a inconstitucionalidade por omissão será dada ciência ao Poder Legislativo acerca da omissão, pois é o competente para regulamentar a norma. Se o órgão é administrativo estabelece-se prazo de 30 dias, conforme previsão constitucional, para que edite a norma e sane a omissão e, por consequência, atribua eficácia ao preceito constitucional.

4.4.3.4 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e seus efeitos

A arguição de descumprimento de preceito fundamental teve sua origem com a Constituição Federal de 1988, atualmente a sua previsão constitucional encontra-se no § 1º do art. 102. No entanto, como na sua previsão havia o condicionamento de edição de lei que a regulamentasse, a norma que a estabeleceu foi considerada de eficácia limitada, e somente em 03 de dezembro 1999 foi publicada a Lei nº 9.882, que a regulamentou e possibilitou a efetividade da previsão, ou seja, permitiu o seu manejo.

Esta ação é própria para o exercício do controle de constitucionalidade concentrado, e será julgada no Supremo Tribunal Federal. Visa, como já se depreende da sua terminação, a proteção dos preceitos mais relevantes previstos constitucionalmente (preceitos fundamentais), bem como permite o controle de constitucionalidade abstrato de atos não abarcados pelas outras ações objetivas, quais sejam, leis municipais, legislação pré-constitucional, atos administrativos de efeitos concretos,

normas infralegais e controle concentrado-incidental de constitucionalidade. Observa Gabriel Dias Marques da Cruz⁹⁶:

O ajuizamento de uma ADPF permite que se questione a compatibilidade de diversas espécies de lei ou ato normativo diante da Constituição. Nesse ponto reside a contribuição mais original da Lei 9.882/1999 para o sistema de controle brasileiro, ao autorizar que leis e atos normativos geralmente excluídos de análise por meio das ações existentes no âmbito do controle principal possam ter sua inconstitucionalidade manifestada por meio de uma ADPF.

Contudo, esta ação guarda um caráter de subsidiariedade, pois somente será utilizada quando não for cabível a utilização das demais ações para a proteção de preceitos fundamentais.

A sua decisão, acaso acatada a inconstitucionalidade do preceito impugnado, terá efeito *erga omnes* (contra todos) e vinculante, aos órgãos da Administração Pública e do Poder judiciário. Ademais, devido ao reconhecimento da nulidade do ato inconstitucional, terá ainda efeitos retroativos, suspendendo a aplicação da norma *ab initio*.

⁹⁶ CRUZ, Gabriel Dias Marques da. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**: lineamentos básicos e revisão crítica no direito constitucional brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2011, p.80.

5. TÉCNICAS DE DECISÃO NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

No Brasil, como nos principais países que adotaram o controle de constitucionalidade das normas, a tese acolhida foi a norte-americana da nulidade do preceito inconstitucional⁹⁷. Frise-se que o primeiro modelo de controle de constitucionalidade adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro foi o norte-americano (difuso), portanto, a jurisprudência e doutrina sofreram forte influência das ideias básicas do *judicial review*. Prevalece, no entendimento doutrinário e jurisprudencial nacional, o dogma da nulidade da lei inconstitucional.

Dessa conclusão, como já explanado detalhadamente, decorre a noção da ineficácia normativa *ab initio*, ou seja, a decisão que reconhece o vício da inconstitucionalidade é declaratória e tem efeitos retroativos, desconstituindo-se as relações e atos jurídicos formados com base na norma em desconformidade com a Constituição. Paulo Gustavo Gonet Branco⁹⁸ exemplifica a posição jurisprudencial brasileira, com o seguinte trecho da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (RP 1.016):

“passa em julgado *erga omnes* e com reflexos sobre o passado. (...) A nulidade opera *ex tunc* (...) e se impõe, quaisquer que sejam as conseqüências para as relações jurídicas concretas, pelo interesse superior da preservação do respeito à Constituição que preside à ordem jurídica vigente”.

No entanto, devido aos efeitos que pode assumir uma decisão no âmbito da jurisdição constitucional, sobretudo a potencialidade de atingir um gama considerável de pessoas (eficácia *erga omnes*), e a retirada dos efeitos produzidos pela norma inconstitucional desde a origem (efeito *ex tunc*), o reconhecimento da inconstitucionalidade com a aplicação desses efeitos tradicionais, poderá gerar prejuízos àqueles que construíram relações e expectativas com base na previsão declarada inconstitucional.

É defeso aos magistrados, de um modo geral, e em especial ao tratar acerca de questões constitucionais ignorar as conseqüências concretas que a sua decisão provocará. A complexidade das relações jurídicas, muitas delas já consolidadas, reclama por soluções alternativas que não se adstrinjam a plena declaração da

⁹⁷ São exemplos: Portugal, Espanha, Itália e Alemanha.

⁹⁸ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Efeitos da Inconstitucionalidade da Lei**. Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/381/Direito%20P%c3%bablico_v2n8abrjun%202005_PGGB.pdf?sequence=1>. Acesso em: 06/05/2013, p. 2.

inconstitucionalidade ou constitucionalidade da norma questionada. Precisa é a lição de Daniel Sarmento⁹⁹:

Porém, na prática, a aplicação indiscriminada do dogma da nulidade das leis inconstitucionais suscita questões de difícil equacionamento. Com efeito, a eliminação retroativa de normas vigentes no ordenamento pode gerar situações de verdadeiro “caos” jurídico, ocasionando tremenda insegurança para aqueles que pautaram seus atos pela lei inconstitucional. Tal problema se agrava, tendo em vista a imprescritibilidade do vício de ilegitimidade constitucional. Nada obsta que a inconstitucionalidade de uma norma jurídica só seja reconhecida muitos anos depois de sua edição, após a consolidação de um sem-número de relações jurídicas constituídas sob sua égide. Nestes casos, a supressão retroativa da lei contrária a Constituição pode acarretar tremendas injustiças, lesionando outros interesses e valores também tutelados pela Constituição.

Inocência Mártires Coelho, ao tratar sobre a atividade do intérprete do direito, concluiu que esta possui estrita relação com a realidade social concreta. Para ele o Poder Judiciário ao aplicar o direito, e em especial quando diante de normas de conteúdo aberto, presentes principalmente na Constituição, o faz como resultado de sua interpretação, afinal a norma jurídica é desenvolvida a partir da interpretação do texto legal. Portanto, para o doutrinador, a questão da declaração da inconstitucionalidade/constitucionalidade não deve resumir-se às fórmulas tradicionais, considerando-se as leis inconstitucionais como “atos nulos ou inválidos *ab initio*” ou “criaturas natimortas”¹⁰⁰.

Segundo o citado constitucionalista, em linha que considera “fática, livre e realista”, a norma, enquanto não reconhecida a sua inconstitucionalidade, produzirá seus efeitos por ostentar o caráter da constitucionalidade. Defende então a utilização do que denominou como modernas técnicas de construção hermenêutica, efetivadas pela jurisdição constitucional: interpretação conforme, apelo ao legislador, declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto e a declaração total de inconstitucionalidade com gradação dos efeitos. Em crítica a jurisdição constitucional ortodoxa, dispõe¹⁰¹:

Diante do artificialismo desse modo de tratar a questão da inconstitucionalidade – um procedimento tortuoso que, frequentemente, expunha e ainda expõe as cortes constitucionais ao constrangimento de fecharem os olhos para os efeitos concretos das leis declaradas

⁹⁹ SARMENTO, Daniel. Eficácia Temporal do Controle de Constitucionalidade (o Princípio da Proporcionalidade e a Ponderação de Interesses) das Leis. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, v. 212, Abril/Junho – 1998, p. 28.

¹⁰⁰ COELHO, Inocência Mártires. Constitucionalidade/Inconstitucionalidade: uma questão política? **Revista Jurídica Virtual**. v. 2, n. 13 - Junho/2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_67/index.htm>. Acesso em: 28/03/2013.

¹⁰¹ COELHO, Inocência Mártires. *Op.cit*, 2000, p. 9.

inconstitucionais, como se essa tática de avestruz pudesse desfazer os seus atentados à natureza das coisas – ,diante desse estranho comportamento, tanto mais nocivo quanto são incalculáveis os seus efeitos perversos, juristas de vanguarda desde cedo criticaram essa miopia jurisdicional, no particular aspecto do respeito ao valor *segurança jurídica*, reputado tão importante para a vida direito quanto o são os princípios da *constitucionalidade* e da *legalidade*.

Nem mesmo os norte-americanos ignoraram por muito tempo o reflexo de suas decisões na vida prática. Apesar de pioneiros na defesa da nulidade do ato inconstitucional, por concluírem no caso *Marbury v. Madison* (1803) pela superioridade da Constituição e a ineficácia da norma infraconstitucional a ela contrária, a Suprema Corte Americana, em 1965, no julgamento do caso *Linkletter v. Walker*, concluiu que a Constituição não necessariamente obrigava a aplicação de efeito retroativo ao reconhecimento da inconstitucionalidade. Percebeu a Suprema Corte que a lei, por mais que dissonante à Lei Maior, produziu efeitos que não podem ser descartados¹⁰².

O precedente que ponderou o efeito *ex tunc* da decisão da Corte Norte-Americana, versou acerca de provas utilizadas no processo penal. O cidadão Linkletter teve a sua condenação baseadas em provas, que posteriormente foram consideradas em antagonismo ao devido processo legal (inconstitucionais). Portanto, o autor buscou a revisão da sua condenação com fulcro no novo entendimento da Suprema Corte, contudo, esta, analisando os prejuízos à administração da justiça que a aplicação de efeitos retroativos a decisão causaria, pois seriam inúmeros processos que deveriam ser revisados devido à utilização no convencimento dos magistrados das provas tidas por inconstitucionais, aplicou efeitos prospectivos a sua decisão¹⁰³.

Percebe-se com este posicionamento da Suprema Corte, que diante da inexistência de previsão na Lei Maior acerca dos necessários efeitos ao reconhecimento da inconstitucionalidade, caberia ao órgão delimitar a eficácia dessa declaração diante das peculiaridades do caso em apreço, sobretudo quando o pronunciamento da nulidade da lei trouxesse um prejuízo e instabilidade social maior que a manutenção de efeitos do ato viciado.

No Brasil, o Ministro Leitão de Abreu defendeu num voto proferido em 1977, a aplicação de efeitos *ex nunc* a decisão da corte, visto que também no Brasil a

¹⁰² BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Efeitos da Inconstitucionalidade da Lei**. Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/381/Direito%20P%c3%bablico_v2n8abrjun%202005_PGGB.pdf?sequence=1>. Acesso em: 06/05/2013, p. 1.

¹⁰³ SARMENTO, Daniel. *Op.cit*, 1998, p. 33.

nulidade do ato inconstitucional é construção jurisprudencial, pois inexistente previsão constitucional neste sentido. Segundo o Ministro do STF, a norma, até o reconhecimento da inconstitucionalidade, é eficaz, portanto, tendo em vista a boa-fé, certas situações deveriam ser tuteladas e a aplicação de efeitos retroativos da decisão deveria ser utilizada com prudência, para analisar se não causaria prejuízos aos sujeitos envolvidos. Porém, neste caso, não foi vencedor tal posicionamento, restando a aplicação do tradicional efeito *ex tunc*¹⁰⁴.

5.1 A INSUFICIÊNCIA DO BINÔMIO: CONSTITUCIONALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE.

A limitação do pronunciamento dos órgãos competentes para o exercício do controle de constitucionalidade, ao reconhecimento da plena inconstitucionalidade ou o pleno estado de constitucionalidade, e os efeitos daí advindos, que são, respectivamente, a extirpação da norma do sistema jurídico ou a sua manutenção pura e simples, se mostram insuficientes, ou possuem obstáculos do próprio ordenamento jurídico. Conforme Carlos Flávio Venâncio Marcílio¹⁰⁵:

De fato, a declaração de inconstitucionalidade de uma lei não acarreta a nulidade de todos os atos concretos que a tiveram por fundamento, por força das fórmulas de preclusão que preservam a segurança jurídica. Por conseguinte, os atos insuscetíveis de revisão não são afetados pela declaração de inconstitucionalidade da lei na qual se fundamentaram. Outra exceção está materializada na sentença condenatória penal, em que inexistente prazo para propositura de revisão e impera o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica e irretroatividade da lei penal mais gravosa. Ainda, deve ser mencionado que a declaração de inconstitucionalidade de uma lei pode ensejar a propositura de ação rescisória, desde que dentro do prazo de 2 anos, contados do trânsito em julgado da decisão objeto da ação rescisória.

Por vezes, no exercício de controle de constitucionalidade, apesar de os magistrados concluírem que a norma está compatível aos ditames constitucionais nota-se nela alguns “defeitos”, o que não pode acarretar a usual declaração de sua constitucionalidade, é necessário oferecer meios para que decisão da justiça constitucional possa se adaptar às peculiaridades que envolvem a conjuntura do caso. Ademais, também a declaração da nulidade da lei ou ato normativo

¹⁰⁴ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op.cit.*, 2013, p. 2.

¹⁰⁵ MARCÍLIO, Carlos Flávio Venâncio. **Efeitos das Decisões em Sede de Controle de Constitucionalidade: Aplicação do Artigo 27 da Lei nº 9.868/1999**. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/650/616>>. Acesso em: 08/05/2013, p. 9.

inconstitucionais poderá esbarrar em outras garantias constitucionais, exigindo-se uma alternativa distinta da suspensão *ab initio* da aplicação da norma, mantendo-se, excepcionalmente, efeitos do ato inconstitucional. Porém, como essa manutenção da eficácia terá como base outras garantias sociais, não se mitigará a Supremacia da Constituição, esta será garantida por outros meios e fundamentos.

Contudo, conforme lição de Gilmar Ferreira Mendes, após constatar que o dogma da nulidade da lei inconstitucional é decorrente, sobretudo, da faculdade de qualquer indivíduo deixar de cumprir ato em descompasso com a Constituição, bem como da opção dos magistrados em não aplicar a lei inconstitucional aos casos que julgará, “é imperativo concordar com a orientação do Supremo Tribunal Federal que parece reconhecer hierarquia constitucional ao postulado da nulidade da lei incompatível com a Constituição”¹⁰⁶.

Portanto, ao se atribuir efeitos distintos ao reconhecimento da inconstitucionalidade, possibilitando-se a manutenção da eficácia do ato viciado, para resguardar o interesse da sociedade que conviveu com a aplicação de tal norma, há um afastamento do princípio da nulidade da lei inconstitucional. No entanto, para ocorrer esse afastamento torna-se necessário a proteção de outros valores tutelados constitucionalmente, e, dentre outros, o que mais se evidencia é a segurança jurídica.

É inegável, todavia, que a flexibilidade na adoção do dogma da nulidade gera uma quebra com a tradição da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Porém, não se pode tomar como verdade absoluta que a eventual manutenção de efeitos de um ato inconstitucional gere uma afronta a Supremacia Constitucional. Portanto, deve-se ter como regra a nulidade do ato viciado, aplicando-a preferencialmente, mas admitindo-se o seu afastamento a depender das nuances da situação em análise¹⁰⁷.

Baseado no princípio da proporcionalidade, poderá ser atribuído ao Poder Judiciário certa margem de manobra, para que com isso ele adote técnicas de decisão que ultrapassem a jurisdição constitucional ortodoxa, da declaração da plena constitucionalidade ou inconstitucionalidade. “Trata-se de aplicação do método da ponderação de interesses, que exige, por parte do operador do direito, um labor de

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 325-326.

¹⁰⁷ ÁVILA, Ana Paula. **A Modulação de Efeitos Temporais pelo STF no Controle de Constitucionalidade**: Ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 38-39.

otimização, de modo que a compreensão a cada interesse constitucional em jogo seja a mínima necessária para a salvaguarda do interesse antagônico”¹⁰⁸.

O órgão do Poder Judiciário, no exercício do controle de constitucionalidade, ao perceber que a aplicação dos efeitos tradicionais ao reconhecimento da constitucionalidade ou inconstitucionalidade se mostre insuficiente para a melhor resolução da questão processual, poderá valer-se das técnicas de decisão, que tem o condão de relativizar os tradicionais pronunciamentos das decisões na jurisdição constitucional (regularidade plena do preceito posto a análise ou pronunciamento da nulidade do ato impugnado).

São técnicas que possuem origem na prática constitucional estrangeira, mas que podem ser compatibilizadas com o sistema jurídico brasileiro. E é devido à relevância social e jurídica inerente a toda e qualquer decisão que verse acerca da conformidade ou não da lei ou ato normativo com a Carta Magna, que justifica a necessidade de uma sistematização, bem como uma reflexão em torno dessas técnicas, para que sejam aplicadas de maneira racional. Deve-se então, organizar, sistematizar um raciocínio em torno de uma teoria da decisão no âmbito da jurisdição constitucional.

Serão então analisadas as seguintes técnicas com o respectivo reflexo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: apelo ao legislador, inconstitucionalidade progressiva, modulação dos efeitos temporais, declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade, interpretação conforme a constituição e declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. Primar-se-á, portanto, em demonstrar a compatibilidade das técnicas de decisão com o exercício do controle de constitucionalidade no Brasil.

5.1.1 Técnica da declaração de inconstitucionalidade com modulação de efeitos temporais

Após discutida e analisada a necessidade de desenvolver alternativas aos órgãos que exercem jurisdição constitucional, acerca do efeito de suas decisões, importa

¹⁰⁸SARMENTO, Daniel. *Op.cit.*, 1998, p. 37.

verificar sua utilização no Brasil. O Supremo Tribunal Federal iniciou a flexibilização da eficácia tradicional do reconhecimento da inconstitucionalidade da norma (efeito *ex tunc*), jurisprudencialmente, tendo em vista que nem a Constituição nem a legislação infraconstitucional tratava acerca de permissivo nesse sentido.

Com o advento da Lei 9.868/99 o legislador expressamente autorizou ao STF, no exercício do controle abstrato de constitucionalidade, modular os efeitos de sua decisão, estabelecendo a suspensão da aplicação da norma somente a partir do reconhecimento do vício ou outro momento que considerasse conveniente, desde que preenchidos alguns requisitos. Estabelece o art. 27 da Lei 9.868/99:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou 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.

Tal possibilidade, positivada em 1999 no sistema jurídico brasileiro, possui previsão expressa na Constituição de Portugal. A autorização encontra-se inserta no art. 282, que dispõe que por razões de segurança jurídica, equidade ou interesse público poderá o Tribunal Constitucional português atribuir efeito restritivo a sua decisão.

Da leitura do art. 27 da lei 9.868/99, constata-se que o efeito no seu aspecto temporal, em regra, é retroativo. Porém, por meio dessa inovação legislativa, em caráter excepcional está facultado ao Tribunal: determinar como momento de suspensão da eficácia normativa data posterior a publicação da norma, mas anterior à decisão que reconheceu a sua inconstitucionalidade (efeito *ex tunc* parcial ou relativo); a cassação da eficácia do ato a partir do trânsito em julgado da decisão da Corte (eficácia *ex nunc*); e determinar momento posterior à decisão para que irradie efeitos, ou seja, estabelecer termo futuro no qual a norma impugnada terá cessada a sua eficácia (diferido ou *pro futuro*)¹⁰⁹.

Ademais, a previsão do art. 27 permite ao Supremo Tribunal Federal, além de manipular a eficácia temporal da sua decisão, flexibilizar o tradicional efeito *erga omnes* do controle concentrado de constitucionalidade, portanto, o Tribunal procede a uma graduação do alcance da inconstitucionalidade reconhecida. Por isso, poderão ser excluídas da declaração de inconstitucionalidade determinadas circunstâncias estabelecidas pela Corte.

¹⁰⁹ ÁVILA, Ana Paula. *Op.cit.*, 2009, p. 57-58.

Ressalte-se que são necessárias, para a efetivação dessa mitigação do dogma da nulidade da lei inconstitucional, além de *quorum* específico (maioria de dois terços dos membros do tribunal), razões baseadas na segurança jurídica ou excepcional interesse social. É o que se depreende da seguinte exposição:

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. Entre nós, cuidou o legislador de conceber um modelo restritivo também no aspecto procedimental, consagrando a necessidade de um *quorum* especial (dois terços dos votos) para a declaração de inconstitucionalidade com efeitos limitados¹¹⁰.

Contudo, tal previsão legislativa não ficou imune a críticas. Ives Gandra da Silva Martins¹¹¹ questionou a constitucionalidade do art. 27 da Lei 9.868/99, pois há uma adoção de princípio de origem germânica incompatível com a realidade brasileira. Afirma o citado doutrinador que “Com efeito, a inconstitucionalidade atinge a lei desde a origem, não podendo o direito admitir que uma “inconstitucionalidade” seja “constitucional” antes de sua declaração e que, somente, a partir desse ato, se torne “inconstitucional””.

Ana Paula Ávila, com base em experiências do direito civil brasileiro¹¹², afirma que a distinção entre as espécies de invalidades, se um ato será nulo ou anulável, depende de como o legislador os definirá. Explica a autora: “Mais uma vez, a conclusão é de que a distinção entre nulo e anulável é meramente extrínseca; fica à disposição para que o legislador, no uso de sua liberdade de conformação, caracterize cada qual dessas figuras”¹¹³.

Então, com o advento da citada previsão legal, apesar da nulidade da lei inconstitucional ser a regra, faz-se necessário à vista de outros valores como boa-fé, segurança jurídica e interesse social, o exercício da ponderação pelos órgãos da justiça constitucional ao proferirem suas decisões. Devido à incompatibilidade da manutenção dos efeitos do ato inconstitucional com a supremacia constitucional e o princípio da nulidade, este será momentaneamente afastado, se assim for necessário para a melhor resolução da questão e para a estabilização social.

¹¹⁰ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Op.cit*, 2009, p. 565.

¹¹¹ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Controle Concentrado de Constitucionalidade. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo: Oliveira Rocha – Comércio e Serviços Ltda., Abril, 2003, p. 76.

¹¹² Exemplifica a autora com o vício da simulação que no Código Civil de 1916 gerava a anulabilidade (art. 147, II) e no Novo Código este vício de vontade é causa de nulidade. Ademais aponta a atribuição de efeitos ao ato nulo conforme previsão do art. 1.561 do Código Civil de 2002.

¹¹³ ÁVILA, Ana Paula. *Op.cit*, 2009, p. 34.

O legislador não nega, no entanto, a gravidade do vício da inconstitucionalidade. Da leitura do artigo depreende-se que a modulação de efeitos não poderá ser utilizada sem embasamento, trata-se da exceção, com o fito de proteger a segurança jurídica e relevante interesse social, pois ao analisar os reflexos da sua decisão o magistrado decide que o menor prejuízo está na manutenção dos efeitos da norma inconstitucional.

5.1.1.1 Os requisitos materiais da modulação de efeitos e a ponderação de princípios

Exige o ordenamento jurídico brasileiro, para a modulação dos efeitos temporais, a demonstração de segurança jurídica e excepcional interesse social, pois não preenchidas essas exigências deve-se aplicar a regra da declaração da nulidade com efeitos retroativos. A Segurança Jurídica é alçada a princípio constitucional, pois a ela estão intimamente relacionadas a proteção da boa-fé e da confiança, o que confere solidez ao sistema jurídico. Ensina José dos Santos Carvalho Filho¹¹⁴:

No direito comparado, especialmente no direito alemão, os estudiosos se têm dedicado à necessidade de estabilização de certas situações jurídicas, principalmente em virtude do transcurso do tempo e da boa-fé, e distinguem os princípios da *segurança jurídica* a da *proteção a confiança*. Pelo primeiro, confere-se relevo aos *aspectos objetivo* do conceito, indicando-se a inafastabilidade da estabilização jurídica; pelo segundo, o realce incide sobre o *aspecto subjetivo*, e neste se sublinha o sentimento do indivíduo em relação a atos, inclusive e principalmente do Estado, dotados de presunção de legitimidade e com a aparência de legalidade.

Tal garantia visa estabilizar as relações jurídicas, para que os indivíduos não tenham as suas expectativas legítimas lesadas por uma possível modificação de postura do Estado. Para a professora Fernanda Marinela, o Princípio da Segurança Jurídica está atrelado ao próprio conceito de Estado de Direito, bem como se trata de um dos mais importantes princípios gerais do direito e permeia todo o sistema constitucional¹¹⁵.

É evidente que a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc* traz consigo modificações inesperadas na esfera jurídica dos sujeitos que adquiriram

¹¹⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 36.

¹¹⁵ MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 63.

direitos e deveres fundados no preceito inconstitucional, tendo em vista que a lei estava irradiando normalmente seus efeitos devido ao princípio da presunção de constitucionalidade das leis, e a esperada observância dos ditames constitucionais pelos legisladores.

Quanto à significação de excepcional interesse social, não se vislumbra no âmbito do controle de constitucionalidade fundamento normativo para a delimitação do seu conceito. É necessário, portanto, que ao proceder à modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, utilizem os magistrados de severo juízo de ponderação, com base no princípio da proporcionalidade, para que “faça prevalecer a segurança jurídica ou *outro princípio constitucionalmente relevante* que venha a assumir a forma de excepcional interesse social”. Com tais observações, procura-se garantir a integridade da ordem jurídica, visto que interesse social é expressão aberta, o que poderia acarretar na sua utilização imprevisibilidade às decisões da jurisdição constitucional, que acabaria por gerar esvaziamento do conteúdo normativo do art. 27 da lei 9.868/99, pois seu objetivo, ao mitigar o princípio da nulidade, é conferir maior estabilidade às relações jurídicas¹¹⁶.

Aceitando-se então o princípio da nulidade como a regra, poderá haver ponderação em face de outros princípios constitucionais que se mostrem mais compatíveis a determinado caso concreto. Portanto, acaso constatado que a declaração de nulidade da lei inconstitucional e a aplicação de efeitos retroativos implicariam na violação de valores também tutelados constitucionalmente, é recomendável a utilização da técnica de decisão em análise.

Ensina Robert Alexy que, quando dois princípios colidem, não ocorrerá a prevalência absoluta de um em relação ao outro, e, por meio de sopesamento, será aplicado ao caso aquele que apresenta maior relevância. Em determinadas condições, devido às peculiaridades do caso concreto, conclui-se que um princípio prevalece (se mostra o mais adequado para a solução/pacificação da questão), o que poderá ser distinto se a situação analisada for modificada. Para Alexy “A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto”¹¹⁷.

¹¹⁶ ÁVILA, Ana Paula. *Op.cit.*, 2009, p. 166-167.

¹¹⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 94-96.

Não há, na modulação de efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, a exclusão absoluta do princípio da nulidade, visto que a prevalência de outro valor tutelado constitucionalmente é que leva à sua flexibilização. Percebe-se, portanto, que a Supremacia Constitucional não é sacrificada, pois o convívio com efeitos da norma inconstitucional acaba por proteger outros interesses relevantes, e que a supressão retroativa da eficácia normativa ao invés de proteger o interesse social, iria causar prejuízos e sacrifício a outros valores tutelados constitucionalmente.

Permite o ordenamento jurídico brasileiro a quebra da seguinte ideia: sempre que uma lei ou ato normativo for reputado inconstitucional, seus efeitos serão suspensos e sua aplicação completamente afastada. Viu-se a necessidade de opção distinta da declaração, pura e simples, da nulidade, permitindo-se que, excepcionalmente, uma norma incompatível com a Carta Magna tenha seus efeitos mantidos até determinado período fixado pela Suprema Corte.

5.1.1.2 Supremo Tribunal Federal e a Técnica da modulação dos efeitos temporais

No recente julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1842, sessão ocorrida em 28 de fevereiro de 2013, ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista, acerca de legislação relativa à criação da região metropolitana do Rio de Janeiro e microrregião dos Lagos e a administração/prestação dos seus serviços públicos, o Supremo Tribunal Federal valeu-se da modulação dos efeitos¹¹⁸, após julgar parcialmente procedente a ação direta¹¹⁹, e estabelecer prazo de 24 meses após o julgamento para as normas impugnadas terem seus efeitos cassados (eficácia *pro futuro*).

¹¹⁸ Colhido o voto-vista do Ministro Luiz Fux, o Tribunal, por maioria, acolheu proposta do Ministro Gilmar Mendes de modulação dos efeitos da decisão para que só tenha eficácia a partir de 24 (vinte quatro) meses após a conclusão deste julgamento, vencido o Ministro Marco Aurélio. Votou o Presidente, Ministro Joaquim Barbosa. Ausente, nesta assentada, o Ministro Celso de Mello.

¹¹⁹ O Tribunal rejeitou a preliminar de insuficiência de quorum para prosseguimento do julgamento da ação direta, vencido o Ministro Marco Aurélio. Votou o Presidente. Colhido o voto-vista do Ministro Ricardo Lewandowski, o Tribunal julgou prejudicada a ação quanto ao Decreto nº 24.631/1998, do Estado do Rio de Janeiro, e quanto ao art. 1º, caput, e § 1º; quanto ao art. 2º, caput; quanto ao art. 4º, caput, e incisos I a VII; e quanto ao art. 11, caput, e incisos I a VI, todos da Lei Complementar nº 87/1997 do Estado do Rio de Janeiro. Por maioria, julgou parcialmente procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da expressão "a ser submetido à Assembléia Legislativa", constante do inciso I do art. 5º; além do § 2º do art. 4º; do parágrafo único do art. 5º; dos incisos I, II, IV e V do art. 6º; do art. 7º; do art. 10; e do § 2º do art. 11, todos da LC nº 87/1997-RJ, bem como dos artigos 11 a 21 da Lei nº 2.869/1997-RJ, vencidos o Relator, que julgava improcedente a ação.

O questionamento da constitucionalidade dos artigos 1º a 11 da Lei Complementar 87/1997 do Estado do Rio de Janeiro e 8º a 21 da Lei 2.869/1997-RJ, foi baseado na atribuição ao Estado do Rio de Janeiro do gerenciamento de questões que seriam de competência municipal, principalmente do que diz respeito ao saneamento básico para a região metropolitana e para a microrregião criadas. Concluiu a maioria dos ministros que o interesse maior seria intermunicipal, não cabendo ao Estado do Rio de Janeiro a competência exclusiva para estabelecer questões acerca do fornecimento e concessão de serviço público de interesse local. Chegaram os julgadores a constatação de que essas previsões legais feriam a autonomia dos municípios insculpida no art. 1º da Constituição Federal de 1988. Neste sentido o voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes¹²⁰:

No entanto, *data venia*, entendo que tal conclusão não merece prosperar, pois não é compatível com a Constituição Federal a transferência *integral* do poder concedente seja ao estado federado, seja ao município pólo, uma vez que eliminaria, neste aspecto, a capacidade de auto-administração dos municípios envolvidos e, conseqüentemente, núcleo essencial da autonomia municipal.

Porém, os Ministros ao declararem a inconstitucionalidade das normas não se abstiveram de analisar as repercussões práticas que geraria a decisão da ADI. Fundamentaram a necessidade de postergação dos efeitos da decisão no risco de a imediata suspensão da aplicação das leis impugnadas gerar uma interrupção no fornecimento do serviço de saneamento básico. Além das leis versarem acerca de estrutura básica para a vida diária da população dos municípios envolvidos, assegurando inclusive a saúde das pessoas, trata-se de região com número expressivo de habitantes. Expôs o ministro Ricardo Lewandowski no seu voto (vista)¹²¹:

Neste caso, está evidenciada a necessidade da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, uma vez que se cuida de decisão que envolve a prestação de serviços públicos relevantes na Região Metropolitana do Rio de Janeiro e da Microrregião dos Lagos, os quais não podem sofrer solução de continuidade.

A declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados sem a modulação dos efeitos teria como consequência a imediata interrupção da

¹²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1842. Requerente: Partido Democrático Trabalhista. Intdo.(s): Governador do Estado do Rio de Janeiro e Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI1842GM.pdf>>. Acesso em: 13/05/2013.

¹²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1842. Requerente: Partido Democrático Trabalhista. Intdo.(s): Governador do Estado do Rio de Janeiro e Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Luiz Fux Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI1842RL.pdf>>. Acesso em: 13/05/2013.

prestação destes, em razão das máculas constitucionais que ostentam. Ademais, a continuidade de serviços públicos é exigência constitucional.

Como os serviços públicos buscam atender as necessidades dos indivíduos em determinado setor social, tais serviços se constituem numa prestação continuada, ou seja, que não pode ser adiada, tendo em vista a relevância que possuem na vida dos usuários. Constata-se que devem os serviços públicos funcionarem normalmente, sem solução de continuidade, sob pena de causar sérios transtornos para a coletividade¹²². Portanto, adequada se mostra a aplicação do art. 27 da Lei 9.868/99 pelo STF, visto que restou evidenciado que a suspensão retroativa da aplicação da norma geraria um “caos” maior que o convívio com o preceito em desconformidade com as previsões constitucionais por um determinado período.

Quando do julgamento do Recurso Extraordinário 197917 o STF também admitiu a possibilidade de manutenção de efeitos de lei inconstitucional. O caso apreciado versava acerca da quantidade de vereadores no Município de Mira Estrela¹²³.

O Tribunal consolidou entendimento de que não caberia a lei municipal decidir discricionariamente acerca do quantitativo de vereadores, visto que a Constituição exigiria uma proporcionalidade entre o número de habitantes e de seus representantes na Câmara Municipal (art. 29, CF). O art. 6º da Lei Orgânica do Município de Mira Estrela de 1990 estabelecia o número de 11(onze) vereadores, contudo, para o STF, deveriam ter somente 9 (nove) vereadores.

Porém, acaso fosse declarada a inconstitucionalidade da Lei Orgânica, com efeitos retroativos, seria inevitável o reconhecimento da inconstitucionalidade também dos atos aprovados pelo Poder Legislativo Municipal durante os 14 anos da vigência da lei, o que causaria um sério dano a administração local. Com base nessa constatação o Tribunal decidiu modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade para o início dos novos mandatos, estes que deveriam observar a quantidade máxima de vereadores, sanando-se o estado de inconstitucionalidade até então presente no município.

Em ambos os julgamento descritos viu-se que a posterior cessão de efeitos das leis se mostraria mais adequada. A suspensão imediata da norma causaria uma enorme

¹²² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op.cit, 2012, p. 34.

¹²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 197917. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Recdo.: Ministério Público Estadual. Recdo: Câmara Municipal de Mira Estrela. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=197917&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 28/05/2013.

inconveniência social. No segundo exemplo citado a modulação de efeitos realmente foi o melhor meio para a solução da questão, visto que a observância da decisão do STF somente nas eleições seguintes evitou prejuízos para a população, o único dado novo é que passariam a eleger um número menor de vereadores.

Porém, no caso da ADI n. 1842, se não for aproveitado o tempo concedido pelo STF para a extirpação da inconstitucionalidade apontada, a posterior cassação da eficácia normativa trará os prejuízos à coletividade que se tentou evitar. Para a proteção do interesse social e da segurança jurídica, *in casu*, a melhor solução seria a utilização da técnica da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade, analisada no tópico abaixo, por causa da imprescindibilidade na manutenção dos efeitos da lei até a sua correção pelo Poder Legislativo que, em regra, exige um prazo dilatado. A manipulação dos efeitos da decisão autorizada pelo art. 27 da Lei 9.868/99 é o meio aplicável quando se busca a segurança jurídica ou a proteção de excepcional interesse social com a manutenção de efeitos da norma inconstitucional, acaso se deseje evitar vácuo legislativo intolerável, essa técnica de decisão não se mostrará como a melhor solução para o problema.

5.1.2 Técnica da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade

Há casos, no entanto, que somente a postergação dos efeitos da decisão da justiça constitucional, quando se aplica o regime do ato anulável à norma inconstitucional, não será suficiente para evitar que a decisão no controle de constitucionalidade gere uma instabilidade e desconforto desmedidos às relações jurídicas fundadas no preceito viciado.

O Tribunal Constitucional Alemão desenvolveu a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade em sua jurisprudência, para casos nos quais constatou que a decisão de índole cassatória não era apta à resolução da questão. Ademais, possui esta modalidade previsão na Lei do Bundesverfassungsggericht. Segundo Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes “Enquanto no § 78, 1º período, da Lei do Bundesverfassungsggericht assenta-se que a lei incompatível com a Constituição

dever ser declarada nula, os §§ 31, (2), e 79, (1), da referida lei distinguem entre a *lei inconstitucional* e a *lei nula*¹²⁴.

Primeiramente o Tribunal Constitucional Alemão se absteve de pronunciar a nulidade nos casos em que as legislações impugnadas conferiam benefícios inconciliáveis com o princípio da isonomia e da igualdade. Nos casos em que a exclusão era concludente, ou seja, só atribuía benefícios à parcela de um grupo e, conseqüentemente, outros sujeitos em iguais condições não eram abarcados pela benesse, para a Corte Constitucional a declaração da nulidade “acabaria por suprimir o próprio fundamento em que se assenta a pretensão do impetrante”, ou seja, após a cassação do preceito inconstitucional não poderia o postulante gozar de qualquer direito pretendido¹²⁵.

Ademais, quando a violação da isonomia viesse de norma que exclui expressamente um determinado grupo indevidamente, pois estariam em status idêntico aos contemplados pelo benefício, a Corte Constitucional, porque o afastamento de tal exclusão expressa causaria impactos no orçamento devido ao aumento dos sujeitos contemplado, se abstinha de proceder à declaração da nulidade¹²⁶. Ensina Gilmar Ferreira Mendes¹²⁷:

Vê-se assim que, nos casos de ofensa ao princípio de isonomia, manifestam-se problemas que não podem ser resolvidos mediante simples declaração de nulidade. O postulado da igualdade pressupõe a existência de, pelo menos, duas situações que se encontram numa *relação de comparação*. Essa *relatividade* do postulado da isonomia leva, segundo Maurer, a uma *inconstitucionalidade relativa* (*relative Verfassungswidrigkeit*) não no sentido de uma inconstitucionalidade menos grave. É que inconstitucional não se afigura a norma “A” ou “B”, mas a disciplina diferenciada das situações (*die Unterschiedlichkeit der Regelung*). Essa *relação normativa inconstitucional* (*verfassungswidrige Normrelation*) não pode ser superada, em princípio, mediante decisão de índole cassatória, pois esta ou não atingiria os objetivos pretendidos ou acabaria por suprimir algo mais que a ofensa constitucional que se pretende eliminar.

Também a Corte Alemã apontou para a insuficiência da declaração da nulidade em face de inconstitucionalidade nos casos de omissão legislativa, visto que não é possível reconhecer a invalidade de algo inexistente, e, assim sendo, pronunciar a sua nulidade. Para essa Corte Constitucional, ainda é justificável a abstenção da

¹²⁴ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Op.cit*, 2009, p. 512-513.

¹²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Op.cit*, 2009, p. 271-272.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 272.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 272-273.

pronúncia da nulidade com base na impossibilidade de intervenção demasiada no poder ou liberdade de conformação do legislador¹²⁸.

No Brasil, Gilmar Ferreira Mendes identifica a origem da aplicação da técnica de decisão em tratativa, desde a Constituição Federal de 1946, a qual previu a ação interventiva, relativas ao processo de intervenção federal. O Supremo Tribunal Federal nas decisões proferidas nessas ações limitar-se-ia, preliminarmente, a constatar ofensa aos princípios constitucionais sensíveis. Previsão idêntica quanto à possibilidade de representação interventiva foi repetida nas Constituições de 1967 e 1988. Tal ação atualmente serve para a defesa dos princípios constitucionais sensíveis e para garantir execução de lei federal¹²⁹. Dispõe o citado constitucionalista¹³⁰:

Tal como estabelecido na Constituição vigente, o Tribunal deve limitar-se a declarar a inconstitucionalidade da providencia ou da omissão de determinado Estado-Membro. A providencia impugnada não pode ser cassada ou suspensa, uma vez que a suspensão do ato do Governo Estadual há de ocorrer mediante providência do Presidente da República dentro de contexto do processo interventivo (CF, art. 36, s 3º, RISTF, art. 175).

Portanto, na decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva, o STF não pronuncia a cassação do ato, a sua função esgota-se no reconhecimento da inconstitucionalidade do ato ofensor aos princípios constitucionais sensíveis.

Ensina ainda, Gilmar Ferreira Mendes que a introdução no ordenamento jurídico nacional do controle de omissões inconstitucionais, por meio do Mandado de Injunção e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, abriu a possibilidade para o desenvolvimento sistemático da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade¹³¹.

As ações intentadas contra omissões legislativas podem ser direcionadas tanto a uma inércia absoluta (omissão total), quanto para uma atividade imperfeita ou defeituosa do legislador ao conferir efetividade aos mandamentos constitucionais (omissão parcial).

¹²⁸ *Ibidem*, p. 275-276.

¹²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **A Declaração de Inconstitucionalidade sem Pronúncia da Nulidade e a Declaração de Inconstitucionalidade de Caráter Restritivo ou Limitativo no Direito Brasileiro**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 13, janeiro/fevereiro/março, 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-13-JANEIRO-2008-GILMAR%20MENDES.pdf>>. Acesso em: 30/10/2012, p. 1-2.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 2.

¹³¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Op.cit*, 2009, p. 370-371.

Em se verificando com o passar do tempo que atividade legislativa, no sentido de produção normativa, está cumprindo as determinações constitucionais, ou seja, cumprindo o seu dever de legislar, a tendência é que sejam mais significativas as omissões parciais, pois não mais subsistirão as omissões totais, porque o legislador teve período suficiente pra cumprir as deliberações da Lei Fundamental. Nesse sentido, na ADO ou no Mandado de Injunção quando reconhecida a omissão parcial de uma lei, implicitamente será declarada a sua inconstitucionalidade, tendo em vista a existência de máculas na norma questionada¹³². No entanto, quando se depara com uma afronta a Constituição por causa da inexistência de normas a declaração de nulidade não é, em regra, o meio que irá sanar esse vício. A cassação de efeitos do ato impugnado é técnica pensada para suprimir a ilegitimidade de atos restritivos de direitos individuais¹³³.

Porém, para o citado doutrinador, tendo em vista a Superioridade da Constituição e os valores fundamentais por ela protegidos, somente se justifica a aplicação continuada de norma inválida, se este emprego for exigência do ordenamento jurídico constitucional. Há casos em que a suspensão da aplicação do ato viciado, mesmo após o reconhecimento da inconstitucionalidade, é inviável, “Trata-se daqueles casos em que a aplicação da lei se mostra, do prisma constitucional, indispensável no período de transição, até a promulgação da nova lei”¹³⁴.

O Supremo Tribunal Federal, conforme lição de Dirley da Cunha Júnior, tem decidido que, apesar de reconhecida a inconstitucionalidade da lei, não deverá ser pronunciada a sua nulidade (os efeitos), porque a situação que nasceu da previsão legal já está consolidada e a modificação agravaria a vida dos sujeitos, que tiveram relações jurídicas criadas ou alteradas em razão dos efeitos advindos da norma inconstitucional¹³⁵. “Assim, um juízo rigoroso de proporcionalidade poderá recomendar que se declare a inconstitucionalidade sem a nulidade, *congelando* a situação jurídica existente até o pronunciamento do legislador destinado a superar a situação inconstitucional”¹³⁶.

¹³² *Ibidem*, p. 378.

¹³³ *Ibidem*, p. 379.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 383-384.

¹³⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Op.cit*, 2012, p. 247.

¹³⁶ MENDES, Gilmar. *Op.cit*, 2009.

É reconhecida pela Suprema Corte a impossibilidade jurídica da declaração da nulidade da lei ou ato normativo, a depender da situação que a eles estiver ligada. Cria-se uma situação extraordinária de convivência com preceito inconstitucional, visto que a não declaração da nulidade da norma inconstitucional perpassa pela ideia de se evitar lacunas normativas, que causem uma maior desatenção a determinado imperativo constitucional que a convivência com norma inconstitucional regulando uma dada situação.

A suspensão da eficácia da lei, depois de constatada a sua inconstitucionalidade, pode prejudicar severamente os sujeitos que estão no seu âmbito de aplicação. Porém, deve o Tribunal ter cautela na sua utilização, sempre à luz de outros valores fundamentais, como a segurança jurídica, para preservar a supremacia da Constituição e em atenção ao princípio da nulidade da lei inconstitucional.

5.1.1.2 Supremo Tribunal Federal e a Técnica da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade

A Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.240, ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores, versou acerca da inconstitucionalidade da Lei do Estado da Bahia nº 7.619/2000 que criou o município de Luiz Eduardo Magalhães.

Estabelece o art. 18, § 4º da Constituição Federal de 1988¹³⁷:

Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

[...]

[...]

[...]

§ 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei.

Contudo, a exigência constitucional da edição da Lei Complementar não foi cumprida, estando o legislativo em mora. Devido à situação de lacuna normativa,

¹³⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15/05/2013.

impossibilitou-se a criação de municípios no Brasil, tendo em vista o óbice ao cumprimento de imposição da Lei Maior.

Por causa da omissão do Poder Legislativo, a edição da lei instituidora do Município de Luiz Eduardo Magalhães é flagrantemente inconstitucional, não podendo o STF ter concluído de forma diversa.

Porém, o Supremo Tribunal Federal, mesmo reconhecendo a inconstitucionalidade, com base na situação já consolidada, pois o município havia se estabelecido como entidade federada há 6 (seis) anos, adotou a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade evitando a instabilidade na vida dos moradores da localidade, e os demais que possivelmente poderiam ser atingidos com a extinção do Município.

Asseverou a Corte Constitucional Brasileira tratar a hipótese de situação excepcional, visto que devido a uma omissão legislativa que se prolongou indevidamente foi editada a lei inconstitucional, a qual produziu seus efeitos e a retirada destes causaria um prejuízo social inegável.

É clara a conclusão e, conseqüentemente, acertada a posição do STF, no sentido de que a desconstituição de um ente federado, com todas as suas nuances – montagem de estrutura para seu funcionamento – causaria prejuízos a população envolvida. Para o Tribunal seria um afronta a Segurança Jurídica a atribuição de efeitos *ex tunc* a decisão, acaso pronunciada a nulidade da norma, pois invalidaria os inúmeros atos praticados pela municipalidade, devido a sua normal existência até o reconhecimento do vício na lei de criação, é o que se concluiu da leitura de trecho da ementa do julgamento:

5. Omissão do Congresso Nacional que inviabiliza o que a Constituição autoriza: a criação de Município. A não edição da lei complementar dentro de um prazo razoável consubstancia autêntica violação da ordem constitucional. 6. A criação do Município de Luís Eduardo Magalhães importa, tal como se deu, uma situação excepcional não prevista pelo direito positivo. 7. O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade. Não é a exceção que se subtrai à norma, mas a norma que, suspendendo-se, dá lugar à exceção --- apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção. 8. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Não se afasta do ordenamento, ao fazê-lo, eis que aplica a norma à exceção desaplicando-a, isto é, retirando-a da exceção. 9. Cumpre verificar o que menos compromete a força normativa futura da Constituição e sua função de estabilização. No aparente conflito de inconstitucionalidades impor-se-ia o reconhecimento da existência válida do Município, a fim de que se afaste a agressão à federação. 10. O princípio da

segurança jurídica prospera em benefício da preservação do Município. 11. Princípio da continuidade do Estado. 12. Julgamento no qual foi considerada a decisão desta Corte no MI n. 725, quando determinado que o Congresso Nacional, no prazo de dezoito meses, ao editar a lei complementar federal referida no § 4º do artigo 18 da Constituição do Brasil, considere, reconhecendo-a, a existência consolidada do Município de Luís Eduardo Magalhães. Declaração de inconstitucionalidade da lei estadual sem pronúncia de sua nulidade 13. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade, mas não pronunciar a nulidade pelo prazo de 24 meses, da Lei n. 7.619, de 30 de março de 2000, do Estado da Bahia.

Apesar de o Supremo Tribunal Federal ter concluído pela necessária manutenção do ente federado, tendo em vista que a sua extinção geraria uma situação de instabilidade social significativa, acabou por estabelecer prazo para o não pronunciamento da nulidade. Contudo, em verdade, a segurança jurídica só estaria realmente resguardada se, apesar da inércia do legislador em corrigir a situação inconstitucional criada, não fossem cassados os efeitos da Lei n. 7.619/2000. O Tribunal utilizou-se de características da modulação de eficácia temporal, que visa o retardamento da aplicação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, diferentemente da abstenção em se pronunciar a nulidade, que o evita.

Observe-se que, passados 24 meses da decisão e na hipótese de manutenção da inconstitucionalidade da norma, a situação do município estaria mais estabilizada ainda, e, conseqüentemente, seria mais grave a suspensão dos efeitos normativos nesse momento futuro. Na aplicação dessa técnica espera-se uma atuação do Poder Legislativo, tendo em vista o reconhecimento da inconstitucionalidade da lei, portanto, a sua utilização traz consigo a esperada diligência legislativa.

No entanto, apesar da concessão de tempo ao legislador (24 meses) pelo STF, para que se adotassem medidas visando sanar a inconstitucionalidade legislativa, em 2008, foi acrescentado o art. 96 às Disposições Constitucionais Transitórias convalidando a criação de municípios, até 31 de dezembro de 2006, em desconformidade com a exigência constitucional.

Em outro julgamento, na apreciação da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2727¹³⁸, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, também optou o tribunal por declarar a inconstitucionalidade da norma impugnada sem pronúncia da nulidade, estabelecendo igualmente prazo em que seria mantida a vigência da lei:

¹³⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2727. Relator: Gilmar Mendes. Requerente: Governador do Estado de Mato Grosso do Sul. Intdo(s): Presidente da República; Congresso Nacional; Tribunal de Contas da União. DJ 24/02/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2054107>>. Acesso em: 29/05/2013.

O Tribunal julgou procedentes as ações diretas de inconstitucionalidade 875, 2.727, 3.243 e 1.987, para, aplicando o art. 27 da Lei n. 9.868/99, declarar a inconstitucionalidade, sem a pronúncia da nulidade, do art. 2o, incisos I e II, §§ 1o, 2o e 3o, e do Anexo Único, da Lei Complementar n. 62/1989, mantendo sua vigência até 31 de dezembro de 2012, nos termos do voto do Relator, Ministro Gilmar Mendes (Presidente). Vencido parcialmente o Ministro Marco Aurélio, que julgou precedente apenas a ação direta de inconstitucionalidade 1.987 e, no caso, não aplicou o art. 27 da Lei n. 9.868/99. Ausentes, licenciado, o Senhor Ministro Celso de Mello e, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie. Falou pela Advocacia-Geral da União o Ministro Luís Inácio Lucena Adams, Advogado-Geral da União.

A ação tratou sobre a constitucionalidade do art. 2º da Lei Complementar 62/89 que regulamentou o art. 161, II, da CF/88 para tratar sobre a repartição de receitas dos fundos de participação, formas e cálculo e distribuição. Os artigos 159 e 161 da Constituição Federal determinam que as receitas de impostos arrecadados pela União que devem obrigatoriamente ser repartidos com os Estados, Distrito Federal e Municípios, visando garantir equilíbrio social e econômico às diferentes localidades, sendo distribuída de maneira disforme, para receber mais quem tem maior demanda por recursos.

A edição da lei complementar, bem como o estabelecimento dos coeficientes de distribuição de receita, foi anterior ao censo do IBGE de 1990 e deveria vigorar provisoriamente até o exercício financeiro de 1991. No entanto, como o Poder Legislativo não foi diligente, a nova regulamentação da matéria não foi feita e a aplicação da norma questionada na ADI perpetuou-se.

Ocorre que, até o julgamento da ação direta haviam se passado quase vinte anos e a distribuição de recursos para os Estados e Distrito Federal ainda era regida pela citada lei, o que evidenciava uma possível defasagem do quantitativo destinado às regiões, pois balizados nas suas peculiaridades/necessidades, as quais sem dúvidas teriam alterado.

O Supremo Tribunal, portanto, reconheceu a inconstitucionalidade da Lei Complementar, que não se coadunava com as exigências constitucionais (não garantia o equilíbrio socioeconômico entre os Estados), pois não foi baseado nos dados que demonstravam a efetiva realidade dos locais, e sim com lastro em acordos políticos.

Frisou-se, nesse sentido, a impossibilidade de uma norma editada em 1989 conseguir retratar a realidade dos Estados por todos os anos de sua vigência. Necessário seria uma constante atualização das porcentagens dos recursos

destinados aos diferentes locais, com fulcro em pesquisas aptas a demonstrar quais regiões deveriam ser mais beneficiadas, a depender do grau de desenvolvimento do ente federado.

No entanto, constatou a Corte Constitucional que o caso em análise possuía particularidades, visto que a decisão de índole cassatória, após a constatação do vício não aparentava a melhor resposta ao problema. Notou-se que a inércia do legislador em efetivar a criação de nova regulamentação para a matéria acabou por ocasionar uma inconstitucionalidade por omissão parcial. A deficiência da norma é inegável, porém é também verdade que existe lei tratando sobre assunto, mas de maneira inidônea.

Portanto, conforme já explicitado, com base no desenvolvimento da jurisprudência da Corte Constitucional Alemã, a decisão de inconstitucionalidade, com a consequente suspensão dos efeitos da lei, não é servível para solucionar todos os casos de omissões parciais, pois a sua consequência (vácuo legislativo), traria uma insegurança jurídica e social relevante. O afastamento da aplicação da norma levaria a inexistência de critérios para a distribuição da receita tributária da União para os outros entes, como determinado pela Constituição. Ademais, a falta do repasse de verbas prejudicaria o funcionamento administrativo dos Estados e do Distrito Federal, a interrupção nessa distribuição seria algo inconcebível.

Absteve-se o Tribunal, em semelhança ao caso anterior, a pronunciar a nulidade da lei, pois a convivência por um período com a lei inconstitucional, até que o legislador promova as correções necessárias, evidenciou-se como a melhor solução. Aqui a estipulação de prazo para a vigência da norma merece as mesmas críticas feitas anteriormente, porém se mostra mais razoável, visto que se sobreleva nessa situação o temor de vácuo legislativo, e não a proteção de uma situação já consolidada, mesmo porque como o intérprete último da Constituição reconheceu o vício da inconstitucionalidade a postura esperada do legislador é a procura pela sua não permanência.

O estabelecimento de prazo pelo STF ao aplicar a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto em todas as hipóteses pode levar a uma aproximação com a técnica da modulação da eficácia temporal, o que não é recomendável. A boa delimitação entre as técnicas oferece uma maior nitidez à

teoria, por isso deve haver um esforço para não confundi-las, o que ocasionará em uma melhor aplicação de ambas.

5.1.3 Técnica da interpretação conforme a Constituição

Técnica de decisão que também busca a manutenção da lei ou ato normativo no ordenamento jurídico é a da Interpretação conforme a Constituição. No exercício hermenêutico irá o intérprete buscar estabelecer o conteúdo da norma em análise. Para Celso Ribeiro Bastos “a interpretação é antes de mais nada uma atividade criadora. Em toda a interpretação existe portanto uma criação de direito”¹³⁹. Ao aplicar determinada previsão legal ao caso concreto, inevitavelmente o jurista valer-se-á da interpretação, com o fito de fazer as necessárias adaptações do preceito normativo em abstrato às peculiaridades da situação a ele submetida.

Devido a Supremacia Constitucional, e conseqüentemente a obrigatoriedade de observância dos seus ditames pelo legislador, a Carta Magna apresenta-se como parâmetro interpretativo do sistema jurídico. A interpretação conforme a Constituição, de acordo com Luís Roberto Barroso, se decompõe nos seguintes elementos¹⁴⁰:

- 1) Trata-se da escolha de uma interpretação da norma legal que a mantenha em harmonia com a Constituição, em meio a outra ou outras possibilidades interpretativas que o preceito admita.
- 2) Tal interpretação busca encontrar um sentido possível para a norma, que não é o que mais evidentemente resulta da leitura de seu texto.
- 3) Além da eleição de uma linha de interpretação, procede-se à exclusão expressa de outra ou outras interpretações possíveis, que conduziriam a resultado contrastante com a Constituição.
- 4) Por via de consequência, a interpretação conforme a Constituição não é mero preceito hermenêutico, mas um mecanismo de controle de constitucionalidade pelo qual se declara ilegítima uma determinada leitura da norma legal.

A técnica da interpretação conforme a Constituição será utilizada no controle de constitucionalidade, quando a norma impugnada comporte mais de um sentido, neste caso será dada prevalência aquele significado que for harmônico a Lei Fundamental.

¹³⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. As modernas Formas de Interpretação Constitucional. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 6, n. 22 (jan./mar. 1998).

¹⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Op.cit*, 2002, p. 185-186.

Quando verificada dúvida acerca do sentido da norma, é mister efetuar-se uma interpretação que atribua conformidade com preceitos constitucionais. Tal conclusão está ligada ao grau hierárquico da Constituição, a qual é fundamento de validade dos demais atos, bem como ao princípio de se compreender uma regra jurídica de maneira a lhe atribuir a máxima eficácia, evitando-se com isso que o Tribunal pronuncie a nulidade da lei ou ato normativo, devendo a declaração de inconstitucionalidade ser a última *ratio*. Contudo, a interpretação conforme “mais do que uma técnica de salvamento da lei ou ato normativo (doutrina americana), consiste já numa técnica de decisão”¹⁴¹.

A interpretação conforme a constituição é técnica originária da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão. Neste sentido é a lição de Uadi Lônego Bulos¹⁴²:

Modalidade de decisão do Bundesverfassungsgericht, a interpretação conforme à Constituição é aquela que se situa no âmbito do controle de constitucionalidade das leis, conforme sentenciam os alemães Zippelius, Wolff, Hesse, Maunz, Larenz, Friesenhahn, e os italianos Gaetano Silvestri, Luigi Montesano, Nicola Carulli, Franco Pierandrei e Mauro Capelletti. Categoria já conhecida na Suprema Corte norte-americana, a interpretação conforme a Constituição corrobora uma técnica que possui traços da flexibilidade, possibilitando o exegeta livrar-se do formalismo jurídico, isto é, das formalidades impostas pela estrutura normativa dos textos legais, em prol do ideário da justiça constitucional.

Porém, se os magistrados ao exercerem o controle de constitucionalidade, e diante de norma plurissignificativa, optarem por atribuir o significado que comporta compatibilidade a Lei Maior, terão que observar certos limites. Leciona Luis Roberto Barroso que “O papel da interpretação conforme a Constituição é, precisamente, o de ensejar, por via de interpretação extensiva ou restritiva, conforme o caso, uma alternativa legítima para o conteúdo de uma norma que se apresenta suspeita”¹⁴³.

Na busca pelo delineamento do sentido da norma que se amolde à Constituição, não pode o Poder Judiciário atribuir significado que destoe da literalidade do preceito ou da vontade do legislador. Somente caberá essa interpretação quando tiver como resultado conclusão que não modifique a expressão literal do texto e não fuja do escopo inicial do Poder Legislativo¹⁴⁴.

¹⁴¹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 2002, p. 271.

¹⁴² BULOS, Uadi Lônego. Teoria da Interpretação Constitucional. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, Vol. 205, jul/set, 1996, p. 55.

¹⁴³ BARROSO, Luis Roberto. *Op.cit*, 2002, p. 186.

¹⁴⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Op.cit*, 2009, p. 349.

O Supremo Tribunal Federal, no exercício do controle de constitucionalidade, ao se deparar com uma norma questionada em face da Constituição, e, aplicando a técnica da interpretação conforme a Carta Magna irá atribuir um dado significado que compatibilize a lei as diretrizes constitucionais. Sendo assim, a aplicação dessa lei será permitida na medida em que se atribua o sentido estabelecido pelo Tribunal.

Ademais, como o STF estabelece os limites da constitucionalidade do preceito impugnado, acaba por excluir outras formas de interpretação e aplicação da norma, ou seja, quanto aos outros sentidos que a norma abarca, o Tribunal, por via de consequência, declara a inconstitucionalidade¹⁴⁵.

A Interpretação Conforme a Constituição inicialmente foi utilizada pelo STF no controle incidental de constitucionalidade, atribuindo o sentido constitucional a norma plurissêmica com sua eficácia *inter partes*. Com a evolução da técnica, passou a jurisprudência brasileira a utilizá-la também no controle abstrato de constitucionalidade, nestes casos, para que a interpretação não ficasse restrita a fundamentação da decisão, e com isso, perdesse força obrigatória, tendo em vista a eficácia *erga omnes*, o STF, normalmente, coloca no dispositivo da decisão o resultado da interpretação conforme, esclarecendo qual seria a hipótese interpretativa em consonância com a Carta Magna¹⁴⁶.

Acerca da atribuição de efeitos quando da utilização da técnica da interpretação conforme a Constituição, o art. 28, parágrafo único, da Lei 9.868/99 conferiu, expressamente, eficácia contra todos (*erga omnes*) e vinculante aos órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública.

Em sendo identificado que a técnica da interpretação conforme é aplicável, o STF, na mesma linha da jurisprudência alemã, julga a ação direta de inconstitucionalidade parcialmente procedente, reconhecendo como inconstitucionais os possíveis significados normativos que choquem com a Lei Maior. É, portanto, a interpretação conforme a Constituição, baseada na sua utilização pelo Supremo Tribunal, modalidade de decisão da justiça constitucional, pois não se resume a mero princípio hermenêutico¹⁴⁷.

¹⁴⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. *Op.cit*, 2002, p. 277.

¹⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Op.cit*, 2009, p. 347.

¹⁴⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Op.cit*, 2012, p.245.

A importância da utilização da interpretação conforme reside na manutenção da norma no ordenamento jurídico. Ao aplicá-la evita-se o pronunciamento da nulidade da lei tida por inconstitucional, dessa forma obsta-se que o setor de que versava a norma fique sem regulamentação, bem como se evita a suspensão dos efeitos *ex tunc* da lei, consequência clássica da declaração de inconstitucionalidade.

5.1.3.1 Supremo Tribunal Federal e a Técnica da Interpretação Conforme a Constituição

A Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277, tendo como requerente o Procurador-Geral da República e requerido o Presidente da República e o Congresso Nacional, versou acerca da possibilidade de reconhecimento da União Homoafetiva como entidade familiar.

A ação direta foi intentada com o fito de se permitir a incidência do art. 1.723, do Código Civil de 2002, que disciplina a União Estável (“É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”), às uniões de pessoas do mesmo sexo.

O Supremo Tribunal Federal asseverando que não se podem estabelecer desigualdades injustificadas com base no sexo dos indivíduos, bem como tendo como mira o princípio da dignidade da pessoa humana, concluiu que a Constituição Federal de 1988, no art. 226, *caput*, não excluiu do conceito de família a possibilidade da existência de casais homoafetivos. Neste esteio, ressalte-se observação de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald ao comentarem a decisão do STF na ADI 4277¹⁴⁸:

De fato, não se pode fechar os olhos para a existência de entidades familiares homoafetivas, pessoas (eventualmente de um mesmo gênero sexual) que se unem ao redor de objetivos comuns, que dedicam amor recíproco e almejam a felicidade, como qualquer outro grupamento heteroafetivo, impondo-se tutelar, juridicamente, tais grupos familiares.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade o Supremo Tribunal, utilizando-se da interpretação conforme a Constituição, visto que em tese o art.

¹⁴⁸ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. Salvador: JusPODIVM, 2012, p. 523.

1.723 do CC/2002 não abarcaria essa nova entidade familiar, conferiu interpretação extensiva ao citado artigo da codificação civil para atribuir os efeitos da União Estável à União Homoafetiva. Tal conclusão é extraída da ementa do julgamento:

6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

Portanto, nota-se que não houve qualquer modificação na expressão literal do preceito do Código Civil de 2002. Mantendo-se a integralidade da disposição normativa, somente atribuindo-lhe interpretação diversa, o Tribunal ampliou seu espectro de aplicação, para um melhor cumprimento dos valores constitucionais. Este julgado trouxe benefícios indiscutíveis a relações cada vez mais comuns na sociedade (homoafetivas), compatibilizando-se a norma infraconstitucional com princípios consagrados pela Carta Magna, evitando-se com isso a manutenção do vácuo legislativo acerca da característica de família que ostentam as relações homoafetivas, acaso preenchidos os requisitos também exigidos para os casais heteroafetivos, e os seus respectivos efeitos.

Em outra ocasião, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1194¹⁴⁹, o Supremo Tribunal emprestou interpretação conforme a Constituição ao artigo 21 do Estatuto da Ordem dos Advogados (Lei 8.906/94), o qual dispõe:

Art. 21. Nas causas em que for parte o empregador, ou pessoa por este representada, os honorários de sucumbência são devidos aos advogados empregados.

Parágrafo único. Os honorários de sucumbência, percebidos por advogado empregado de sociedade de advogados são partilhados entre ele e a empregadora, na forma estabelecida em acordo.

Segundo o entendimento da Corte, os honorários advocatícios são disponíveis, mas em regra pertencem ao advogado da parte vencedora. Destacou-se a liberdade de contratar garantida constitucionalmente, podendo o advogado estipular de forma

¹⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1194. Relator: Ministro Mauricio Correa. Requerente: Confederação Nacional da Indústria – CNI. Requerido(s): Presidente da República; Congresso Nacional. DJ: 11/09/2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=1194&processo=1194>>. Acesso em: 30/05/2013.

distinta o destino das verbas sucumbências, cabendo a lei somente determinar o regramento quando da omissão dos contratantes.

Portanto, decidiu o STF que para o art. 21 permanecer constitucional, seu entendimento deveria estar acompanhado da seguinte ressalva: quando não existir disposição contratual em sentido contrário. Atribuiu o Supremo Tribunal Federal caráter supletivo de vontade ao citado artigo, mantendo-se a lei aplicável e condizente com a liberdade contratual. A imposição prevista no Estatuto da Ordem dos Advogados se fosse entendida como obrigatória, estar-se-ia diante de norma inconstitucional, porque incompatível aos valores previstos na Constituição, no caso, a liberdade.

Em ambas as ações diretas analisadas, a Corte Constitucional conferiu significado para adaptar as disposições normativas questionadas com a Lei Maior. Na primeira, nota-se a demanda por uma nova interpretação, devido a modificações nas configurações familiares, tornando a norma defasada, pois na época em que começou a ser desenvolvida, o legislador não refletiu acerca da possibilidade de uniões homoafetivas. Porém, a Constituição, como vetor interpretativo, e assegurando a dignidade da pessoa humana, bem como a vedação a discriminação baseada no sexo dos indivíduos, impôs uma leitura do Código Civil, que não excluísse do conceito de família uniões de pessoas do mesmo sexo.

No segundo exemplo, o legislador foi desatento às determinações constitucionais. A previsão do Estatuto acabou por impor algo que no contexto constitucional evidenciava-se sem fundamento. Não havia uma tutela de interesse maior para que a liberdade contratual fosse limitada, apenas houve uma restrição indevida a um direito constitucional. Contudo, tendo em vista a possibilidade de atribuir significação ao artigo em respeito a liberdade contratual, foi esta a solução adotada, o que levou a preservação do preceito no sistema jurídico.

Essa possibilidade hermenêutica à jurisdição constitucional é mecanismo que ajuda a afirmar a supremacia constitucional. É meio fundamental, *“é um princípio imanente da Constituição, até porque não há nada mais imanente a uma Constituição do que a obrigação de que todos os textos normativos do sistema sejam interpretados de*

*acordo com ela*¹⁵⁰. Nessa esteira, a atividade de adaptação e correção da produção legislativa, proporcionada pelo caráter inovador da atividade interpretativa, é fundamentada pelo próprio sistema jurídico constitucional, nessa linha, após a análise dos citados julgamentos é perceptível uma postura do Tribunal mais tendente a interpretar os dispositivos à luz dos direitos constitucionais, sem tanta preocupação com a literalidade da norma ou a vontade do legislador.

5.1.4 Técnica da Declaração de Inconstitucionalidade sem Redução de Texto

Quando do manejo da técnica da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, a decisão da justiça constitucional não lidará diretamente com uma interpretação do preceito questionado. Nesse caso, a decisão afastará a aplicação da norma impugnada a situações e grupo de pessoas específicas, sem alterações na literalidade da norma¹⁵¹. Nesta linha, é a lição de Zeno Veloso¹⁵²:

A declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto significa reconhecer a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo sob algum aspecto, em dada situação, debaixo de determinada variante. A norma impugnada continua vigendo, na forma originária. O texto continua o mesmo, mas o Tribunal limita ou restringe a sua aplicação, não permitindo que ela incida nas situações determinadas, porque, nestas, há a inconstitucionalidade. Nas outras, não.

A lei será válida para certos grupos de pessoas e incompatíveis para outras situações. A norma que teve sua constitucionalidade questionada continuará produzindo efeitos, porém poderá o Tribunal reconhecer que determinadas aplicações da norma, dentre as situações que ela abarca, são dissonante com a Constituição, pois para estes casos a incidência geraria uma situação de incompatibilidade com as determinações constitucionais, ou seja, poderá irradiar efeitos desde que essa aplicação da norma não seja inconstitucional. Dispõe Gilmar Ferreira Mendes¹⁵³ que “Também aqui limita-se o Tribunal a considerar inconstitucional apenas determinada hipótese de aplicação da lei, sem proceder à alteração do seu *programa normativo*”.

¹⁵⁰ Leno Luiz Streck. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: Uma Nova Crítica ao Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 573-574.

¹⁵¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Op.cit.*, 2012, p. 245.

¹⁵² VELOSO, Zeno. *Op.cit.*, 2000, p. 165.

¹⁵³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Op.cit.*, 2009, p. 345.

Leciona ainda Gilmar Ferreira Mendes, trazendo à tona casos julgados pelo Tribunal Constitucional Alemão desde 1954, que na utilização da declaração de nulidade parcial sem redução de texto, esse Tribunal vale-se, usualmente, da expressão desde que (*soweit*)¹⁵⁴. Essa expressão que denota ressalva demonstra a necessidade da exclusão de situações específicas do âmbito de aplicação normativa, com o intuito de preservar os efeitos do ato, bem como compatibilizar a sua eficácia com a Constituição.

5.1.4.1 Supremo Tribunal Federal e a Técnica da Declaração de Inconstitucionalidade sem Redução do Texto

O Supremo Tribunal Federal aplicou a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1946, a qual tinha como requerente o Partido Socialista Brasileiro e requeridos mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal e o Ministro de Estado da Previdência e Assistência Social.

Tal ação direta tratou sobre a constitucionalidade do teto dos benefícios da previdência social advindo da Emenda Constitucional n. 20/98. O valor máximo dos benefícios do regime geral da previdência social passou a ser de R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais).

Contudo, quanto à licença-gestante, o teto máximo a ser pago a título de benefício mostrou-se dissonante a outras disposições constitucionais. Além da busca pela tutela da maternidade, a Constituição Federal de 1988 prevê no art. 7º, XVIII, que são direitos dos trabalhadores “licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias”. Com esta constatação o STF concluiu que se o INSS se abstivesse de pagar valor não superior ao estabelecido na EC 20/98, acaso uma trabalhadora auferisse valor maior como salário e o empregador tivesse que arcar com o restante, acabaria por desestimular a contratação de mulheres ou evitar conceder salário superior ao teto para elas.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 261-262.

Portanto, concluiu o Supremo Tribunal que era possível a manutenção do teto criado pela Emenda à Constituição, desde que esse limite fosse ignorado quando o benefício se referisse à licença-gestante¹⁵⁵:

O Supremo Tribunal Federal decidiu hoje (029/004) que o salário-maternidade está excluído do limite de R\$ 1.200,00, imposto aos benefícios previdenciários pelo art. 014 da Emenda Constitucional nº 020. O Supremo tomou a decisão ao conceder liminar na ação direta de inconstitucionalidade (Adin 1946) apresentada pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB) contra a limitação do salário-maternidade em R\$ 1.200,00.

Por unanimidade e seguindo o voto do relator Sydney Sanches, os ministros do Supremo afirmaram que o salário-maternidade é um benefício que deve ser pago integralmente pela Previdência Social, independentemente do valor do salário da trabalhadora gestante. Os ministros entenderam que não pode haver limitação no valor do salário-maternidade porque isto contraria a Constituição Federal, que garante o direito de licença-maternidade, sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de 120 dias (artigo 007 °, inciso XVIII).

Nessa hipótese, vê-se que uma situação específica foi retirada do âmbito de aplicação da norma, sob pena desta ser considerada inconstitucional. A utilização da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto se amoldou perfeitamente ao caso, visto que foi preservado o trabalho do legislador constituinte derivado, bem como se evitou a criação de uma lacuna quanto ao teto que a Reforma da Previdência quis estabelecer.

5.1.4.2 A distinção entre a Técnica da Declaração de Inconstitucionalidade sem Redução do Texto e a Técnica da Interpretação Conforme a Constituição

Inicialmente o Supremo Tribunal Federal tendeu a igualar a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto e a interpretação conforme a Constituição. Porém, a prática jurisprudencial da Corte mais atual vem tratando de maneira a não igualar mais as duas técnicas de decisão:

Essa tendência da Corte pode ser extraída das decisões proferidas nas Adin's 491 e 939, onde se asseverou explicitamente que, na hipótese de declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, determinadas

¹⁵⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1946. Requerente: Partido Socialista Brasileiro. Requeridos: Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal e o Ministro de Estado da Previdência e Assistência Social. Relator: Ministro Sydney Sanches. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=1946&processo=1946>>. Acesso em: 19/05/2013.

hipóteses de aplicação, constantes dos textos normativos, são inconstitucionais¹⁵⁶.

A interpretação conforme a Constituição é utilizada para estabelecer qual dos sentidos que a norma contém é compatível com a Lei Maior, excluindo os demais que levariam a conclusão da sua inconstitucionalidade. Já na Declaração de Inconstitucionalidade sem Redução do Texto, o STF exclui determinadas situações específicas, sem modificar a literalidade do preceito, da aplicação normativa, com vistas a evitar que a incidência da norma seja inconstitucional. Contudo, quanto à similitude entre elas, é válida a lição de Gilmar Ferreira Mendes¹⁵⁷:

Ainda que não se possa negar a semelhança dessas categorias e a proximidade do resultado prático de sua utilização, é certo que, enquanto na interpretação conforme à Constituição, se tem, dogmaticamente, a declaração de que uma lei é constitucional como a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial, constata-se, na declaração de nulidade sem redução de texto, a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas hipóteses de aplicação (Anwendunsfalle) do programa normativo sem que se produza alteração expressa no texto legal.

Portanto, é necessária maior cautela e reflexão pelo Supremo Tribunal na aplicação das técnicas de decisão, a fim de se evitar um posicionamento incoerente que as confundam, pois é inconcebível tratar coisas distintas como similares. A interpretação conforme a Constituição reduz, amplia ou confere uma nova roupagem às possibilidades interpretativas da norma, com o intuito de atender aos contornos constitucionais. Na declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto algumas ou apenas uma das hipóteses de incidência do preceito são excluídas.

Na jurisprudência da Corte Constitucional Brasileira, não ignorando a evolução para a diferenciação, bem como a boa aplicação das técnicas discutidas, conforme exemplificado pelas decisões já expostas encontra-se também variações e falhas nos julgamentos, quando se constata a aplicação de uma técnica e a que melhor se apresenta ao caso seria a outra.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2116¹⁵⁸ discutiu-se a constitucionalidade de artigos da Lei 2.531/99, do Estado do Amazonas, os quais versavam sobre a remuneração e subsídios dos servidores público estaduais, pela existência de

¹⁵⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Op.cit*, 2012, p. 246.

¹⁵⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Op.cit*, 2009, p. 354.

¹⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2116. Relator: Ministro Carlos Veloso. Requerente: Conselho Federal Da Ordem Dos Advogados Do Brasil. Requerido(s): Governador Do Estado Do Amazonas; Assembleia Legislativa Do Estado Do Amazonas. DJ: 29/11/2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=2116&processo=2116>>. Acesso em: 30/05/2013.

incompatibilidades com as determinações da redação anterior à EC n. 19/98 do art. 39 da CF/88. O Supremo Tribunal Federal concluiu pela inconstitucionalidade de uma expressão da norma e a outra parte do dispositivo, visando à manutenção do texto, emprestou interpretação conforme, no entanto seria mais adequada a utilização da técnica da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. Decidiu o Tribunal:

O Tribunal, por maioria, não conheceu da ação direta, relativamente ao art. 002 ° e seu parágrafo único da Lei nº 2531, de 16/4/1999, do Estado do Amazonas, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio (Relator), que dela conhecia. Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, também por maioria, deferiu, em parte, a medida liminar, para excluir do texto do art. 022, da Lei estadual amazonense nº 2.531/99, a expressão "as vantagens pessoais", e emprestou à expressão "...outra de qualquer natureza ", interpretação conforme à Constituição, para dela subtrair as vantagens relativas à natureza ou ao local de trabalho, conforme consta do § 001 °, do art. 039 , da Constituição, na sua redação primitiva, sem a EC nº 019 /98, vencido, nessa parte, o Senhor Ministro Marco Aurélio (Relator). Votou o Presidente. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. - Plenário, 16.02.2000.

Nota-se do resultado final do julgado que foram excluídas do âmbito de aplicação da lei amazonense as hipóteses específicas referentes aos ganhos relacionados à natureza e ao local de trabalho do servidor. Não ocorreu uma modificação na leitura (interpretação) do artigo, e sim se afastou a incidência para alguns casos, devido a ressalva contida na antiga redação do §1º, do art. 39, CF/88, a qual determinava isonomia nos ganhos daqueles servidores que exercessem atribuições idênticas, a não ser o diferenças de valores relativas a vantagens de caráter individual e as relativas à natureza ou ao local de trabalho.

Vê-se que foram as situações excluídas da incidência da regra, pois para aqueles casos a norma era inconstitucional. Não houve diretamente uma busca pela semântica normativa compatível ou não com o ordenamento constitucional, o Tribunal deparou-se com um preceito com redação ampla/geral e excluiu da sua aplicação determinadas hipóteses abstratamente englobadas.

A crítica exposta acima evidencia uma não uniformidade na atuação do Supremo Tribunal, porque nos julgamentos das ADIn's n. 491¹⁵⁹, 939¹⁶⁰ ocorridos,

¹⁵⁹ Inconstitucionalidade sem redução do texto - " O dispositivo arguido de inconstitucional (parágrafo único do artigo 086 da CE /AM) manda aplicar aos membros do ministério Público, no que couber, "os princípios estabelecidos no art. 064 00I, 0II e IV a XIII, desta Constituição". Como um dos incisos a que se refere, implicitamente, esse parágrafo único Ú o 00V do art. 064 da mesma Constituição, Ú, sem dúvida, relevante a arguição de inconstitucionalidade... "... a inconstitucionalidade arguida visa,

respectivamente, nos anos de 1991 e 1993, conforme exemplificou Dirley da Cunha Júnior, houve a correta aplicação da técnica da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. Contudo, na decisão da ADI n. 2116, proferida em 2000, o Tribunal acabou por confundir a utilização das técnicas.

Marcelo Novelino¹⁶¹, exemplificando a com base nas ADI's nºs 1.719/DF e 3.168, nas quais se identifica troca semelhante ao exemplo acima, afirma que há, por vezes, uma equiparação pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entre técnicas de decisão em análise. Para demonstrar a crítica do autor faz-se necessário registrar trechos das decisões nas ações diretas. Em relação a ADI 1.719 destaca-se a seguinte passagem: "Interpretação conforme ao art. 90 da Lei 9.099/1995 para excluir de sua abrangência as normas de direito penal mais favoráveis aos réus contidas nessa lei", quanto a ADI 3.168 vale anotar o seguinte fragmento: "Interpretação conforme, para excluir do âmbito de incidência do art. 10 da Lei 10.259/2001 os feitos de competência dos juizados especiais criminais da Justiça Federal".

Para Luiz Lenio Streck, admitindo a diferença acima apontada entre as modalidades de decisão, a previsão dessas duas hipóteses peculiares de pronunciamento da jurisdição constitucional, previstas no art. 28 da Lei 9.868/99, evidenciam um novo posicionamento do Poder Judiciário num Estado Democrático de Direito. Para esse doutrinador, a Constituição porta-se como mecanismo de defesa contra a maioria, daí a noção de rigidez constitucional, devendo o Poder Judiciário, com base nisso, atuar, por meio desses instrumentos, com vistas a corrigir a atividade legislativa. Portanto, não se pode admitir que a justiça constitucional permaneça alheia a ordem política interligada a aplicação do direito infraconstitucional em contraste com a Constituição, o que demanda mecanismos adaptativos¹⁶².

apenas, à extensão que ele (artigo) determina, implicitamente, porque essa extensão decorre dos termos "OIV a XIII" que integram a remissão feita pelo dispositivo."

¹⁶⁰ Ainda, por maioria, declarava a inconstitucionalidade, sem redução de texto, dos artigos 003º, 004º e 008º do mesmo diploma (LC nº 077/93), por haverem deixado de excluir, da incidência do I.P.M.F., as pessoas jurídicas de Direito Público e as demais entidades ou empresas referidas nas alíneas "a", "b", "c" e "d" do inciso 0VI do art.150 da Constituição Federal.

¹⁶¹ NOVELINO, Marcelo. *Op.cit*, 2008, p. 118.

¹⁶² STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit*, 2004, p. 571-572.

5.1.5 Técnica do Apelo ao Legislador

O Apelo ao Legislador é uma técnica utilizada quando o órgão que exerce o controle de constitucionalidade conclui pela compatibilidade do ato questionado com a Carta Magna, no entanto, ao proferirem sua decisão, percebe defeitos na norma que podem, posteriormente, conduzi-la a um estado de inconstitucionalidade. “Por elas, o órgão jurisdicional limita-se a reconhecer a *constitucionalidade* da norma, contudo advertindo o Legislador de que serão necessárias mudanças nas normas legisladas para que, no futuro, não advenha uma *inconstitucionalidade*”¹⁶³.

A expressão *Appellentscheidung* é utilizada para designar as decisões proferidas pela Corte Constitucional Alemã, quando utiliza a técnica de apelo ao legislador. A citada denominação foi, pela primeira vez, utilizada no escrito de *Rupp v. Brunneck*, de 1970. A magistrada concluiu pela rejeição da inconstitucionalidade, porém vinculada a uma conclamação ao legislador para que corrigisse aquela constitucionalidade imperfeita¹⁶⁴.

Leciona Gilmar Ferreira Mendes¹⁶⁵ que na Alemanha há uma grande tendência do Poder Legislativo em positivar as determinações e recomendações do Tribunal Constitucional. Assevera o citado doutrinador que nos debates parlamentares as alterações legislativas entram na discussão para que sejam observadas as determinações do *Bundesverfassungsgericht*. Arremata ainda o constitucionalista¹⁶⁶:

Pode-se afirmar, portanto, que, ao compensar eventuais debilidades identificadas no processo legislativo, a jurisdição constitucional não está usurpando funções tradicionais da representação popular, mas apenas exercendo as atribuições que lhe foram confiadas dentro desse novo modelo constitucional.

Na prática da corte constitucional alemã identificam-se três hipóteses de aplicação do Apelo ao Legislador: (a) em virtude da mudança das relações fáticas ou jurídicas;

¹⁶³ MEYER, Emílio Peluso Neder. **A Decisão no Controle de Constitucionalidade**. São Paulo: Método, 2008, p. 138.

¹⁶⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Op.cit*, 2009, p. 296.

¹⁶⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. O Apelo ao Legislador – Appellentscheidung – na Práxis da Corte Constitucional Alemã. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, vol. Vol. 188 (abr./jun. 1992), p. 39.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 40.

(b) em virtude de inadimplemento de dever constitucional de legislar e (c) por falta de evidência de inconstitucionalidade¹⁶⁷.

Quando o Tribunal Constitucional Alemão decide que a inconstitucionalidade não estava evidenciada no momento da edição da lei, não podendo o legislador, na hipótese, ter previsto o vício, ou seja, não existiria um comportamento a ser recriminado por parte do parlamento, essa espécie de decisão se encaixa no grupo do Apelo ao Legislador por falta de evidência da ofensa constitucional¹⁶⁸.

Exemplo dessa forma de decisão do Tribunal Alemão foi o pronunciamento acerca da constitucionalidade da divisão dos distritos eleitorais. Para a Corte, a dificuldade em precisar quando o regramento tornou-se incompatível com a Constituição, visto que há época da edição da norma as circunstâncias não evidenciavam a incompatibilidade com a Lei Maior, impossibilitam a declaração da inconstitucionalidade, sendo melhor chamar a atenção do legislador para o erro, para que este proceda às necessárias adaptações na lei evitando-se que a sua inconstitucionalidade seja posteriormente reconhecida¹⁶⁹.

Ademais, quanto à pronúncia da *Apellentscheidung* em relação a uma omissão no dever de legislar, o Tribunal Constitucional Alemão reconhece que a omissão ainda não foi abarcada pela inconstitucionalidade, sob o fundamento de que o legislador possui prazo razoável para a edição, não existiria ainda uma mora legislativa, portanto se abstém de declará-la inconstitucional. Ensina Gilmar Ferreira Mendes¹⁷⁰:

O dever de legislar pode decorrer de expressa previsão constitucional (*Verfassungsauftrag* – norma-tarefa, na tradução proposta por Canotilho) ou pode derivar do chamado dever de proteção (*Schutzpflicht*), que obriga o Estado a atuar na defesa e proteção de certos valores, como a vida, a integridade física, a honra, sobretudo em face de agressões praticadas por terceiros. O Tribunal tem identificado, ultimamente, como fundamento do dever constitucional de legislar, o *dever geral de adequação* (*allgemeiner Nachbesserungsvorbehalt*), que impõe ao legislador a obrigação de atuar de forma protetora e construtiva no âmbito dos direitos fundamentais.

A forma mais relevante dessas espécies de decisão é o Apelo ao Legislador em virtude das mudanças de relações fáticas ou jurídicas. Decisão da Corte Alemã acerca da pensão previdenciária do marido, decorrente do falecimento da esposa, exemplifica a questão da interferência das mudanças nas relações fáticas e jurídicas

¹⁶⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Op.cit*, 2009, p. 297.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 304.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 304.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 301.

na constitucionalidade da norma. Conforme o regulamento da Previdência Social, para receber a pensão da mulher, o marido deveria comprovar a sua dependência econômica ao valor que era por ela auferido, contudo, do contrário, não necessitaria a esposa comprovar essa necessidade, o direito à pensão decorria diretamente da morte do marido. Em decisão de 24 de julho de 1963, o Tribunal Alemão reconheceu a constitucionalidade do dispositivo, pois a época a porcentagem de mulheres casadas que trabalhavam era irrisória¹⁷¹.

Porém, em ação versando sobre o tema em 17 de dezembro de 1974, com a percepção que a quantidade de mulheres casadas que estavam entrando no mercado de trabalho era crescente, e aparentemente, o volume iria continuar aumentando, O Tribunal mudou a sua percepção sobre o caso. Concluiu então, a Corte Alemã, que a norma era ainda constitucional, mas atento às modificações trazidas com a modernidade, conclamou o legislador para que procedesse às devidas modificações, para que o vício da inconstitucionalidade não atingisse a referida norma, visto que o tratamento desigual não mais se justificava¹⁷².

No entanto, Gilmar Ferreira Mendes ressalta que a utilização dessa técnica de decisão pelo Tribunal Constitucional Alemão sofre críticas. Primeiro porque não teria o Tribunal fundamento legal para a sua utilização, também seria defeso aos magistrados apontarem os defeitos do processo legislativo e tentar compensá-los, o que acabaria por retirar a responsabilidade do legislador em zelar pela ordem constitucional. Por fim, não poderia o Tribunal trabalhar com prognósticos, pois limitada a sua capacidade de efetuar previsões¹⁷³.

Vale ressaltar que as apontadas críticas, em especial na realidade brasileira, podem ser afastadas. A utilização da técnica do Apelo ao Legislador leva ao reconhecimento da constitucionalidade da lei ou ato normativo questionados, ou seja, como é da competência do Supremo Tribunal Federal zelar pela guarda da Constituição, de acordo com o art. 102, *caput*, CF/88, exercendo o controle de constitucionalidade, estaria dentro da sua competência delineada pela Lei Fundamental.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 299.

¹⁷² *Ibidem*, p. 299-300.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 305-306.

Ademais, não só é competente para analisar a constitucionalidade, como tem o dever de proteger a Constituição, impondo-a. A utilização da técnica do apelo ao legislador possui um objetivo louvável, qual seja, evitar que uma norma constitucional se torne inconstitucional, e conseqüentemente, um futuro convívio com lei dissonante aos ditames constitucionais e seus efeitos que não são desejáveis.

Os órgãos que exercem o controle de constitucionalidade somente não ficarão silentes quanto a imperfeições existentes na norma. André Ramos Tavares ensina que¹⁷⁴:

Na realidade, trata-se de decisão que afasta a inconstitucionalidade da norma, à qual se soma uma espécie de “advertência” judicial, ou, se se quiser, de reconhecimento de uma situação de imperfeição que tende a transformar-se em situação de inconstitucionalidade. Seria o reconhecimento de um processo de inconstitucionalização da norma que a Corte identifica como incompleto, realizando verdadeiro prognóstico de desenvolvimento da compreensão dessa norma.

Frise-se que a conclamação ao poder legislativo para que proceda a reformulação da lei não o vincula, portanto, o Poder Legislativo não estará obrigado a proceder às reformulações consideradas necessárias pelo STF. Caso o legislador permaneça inerte o órgão jurisdicional deverá ser posteriormente provocado quando aquela lei for definitivamente alcançada pela inconstitucionalidade. Por tal motivo, não há que ser vedado ao Tribunal reconhecer uma situação defeituosa, principalmente devido ao objetivo de evitar um estado de inconstitucionalidade, portanto, é possível a utilização da técnica de decisão pelo Supremo Tribunal Federal.

5.1.6 Técnica da Inconstitucionalidade Progressiva

No âmbito da jurisdição constitucional, quando do pronunciamento pelos magistrados sobre a constitucionalidade da norma, eles poderão concluir, apesar da norma questionada ser inconstitucional, que se manifesta constitucional diante de situações particulares, o que acarretará a continuidade da sua aplicação. Essa

¹⁷⁴ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 293.

conclusão peculiar no âmbito do controle de constitucionalidade leva a aplicação da técnica da inconstitucionalidade progressiva. Leciona Marcelo Novelino¹⁷⁵:

Trata-se de uma técnica de decisão judicial utilizada para a manutenção de uma determinada norma no ordenamento jurídico em razão das circunstâncias fáticas existentes naquele momento. São “situações constitucionais imperfeitas” nas quais a norma se situa em um estágio intermediário entre a constitucionalidade plena e a inconstitucionalidade absoluta. Enquanto permanecer em uma determinada situação, a lei deve ser considerada *ainda constitucional*, seja por razões de segurança jurídica, seja porque os prejuízos causados pela sua invalidação poderão ser maiores que os benefícios decorrentes de sua manutenção temporária.

A inconstitucionalidade progressiva abarca a ideia de que uma Lei ou um ato normativo, muito embora incompatível com a Constituição Federal, é taxado como constitucional enquanto existentes circunstâncias que possibilitem a sua aplicação, e se acaso cessadas o preceito passará a ser definitivamente inconstitucional. São previsões constitucionais imperfeitas, porque numa visão isolada, somente da análise da previsão normativa em comparação ao texto constitucional conclui-se pela inconstitucionalidade, porém, como não pode a Corte Suprema estar alheia aos efeitos e benesses que a aplicação da norma traz, concluirá pela constitucionalidade da sua aplicação, desde que presentes as peculiaridades que a justifique.

5.1.6.1 Supremo Tribunal Federal e a Técnica da Inconstitucionalidade Progressiva

No julgamento do Recurso Extraordinário n. 147.776-8, ocorrido em 1988, discutiu-se a inconstitucionalidade do artigo 68 do Código de Processo Penal (“Quando o titular do direito à reparação do dano for pobre (Art. 32, §§ 1º e 2º), a execução da sentença condenatória (Art. 63) ou a ação civil (Art. 64) será promovida, a seu requerimento, pelo Ministério Público”), visto que a Constituição Federal de 1988 atribuiu à Defensoria Pública o papel de promover assistência jurídica aos que não possuem condições de arcar financeiramente com tal auxílio, de acordo com o teor do art. 134¹⁷⁶, não sendo mais atribuição do Ministério Público.

¹⁷⁵ NOVELINO, Marcelo. **Teoria da Constituição e Controle de Constitucionalidade**. Salvador: JusPODIVM, 2008, P.159

¹⁷⁶ Art. 134 - A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do Art. 5º, LXXIV.

Portanto, poder-se-ia considerar que o artigo do CPP não teria sido recepcionado pela nova ordem constitucional. Contudo, o Supremo Tribunal Federal, atento às repercussões fáticas do julgado, asseverou que enquanto não implantada definitivamente as defensorias públicas dos Estados-membros, continuaria o Ministério Público a ter a função para o ajuizamento da ação civil para reparação *ex delictu*, prestando assistência judiciária aos necessitados:

Ministério Público: legitimação para promoção, no juízo cível, do ressarcimento de dano resultante de crime, sobre o titular de direito à reparação: C. Pr. Pen., art. 68, ainda constitucional (cf. RE 135328) : processo de inconstitucionalização das leis.

1. A alternativa radical da jurisdição constitucional ortodoxa entre a constitucionalidade plena e a declaração de inconstitucionalidade da lei com fulminante eficácia *ex tunc* faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade de realização da norma da Constituição – ainda quando teoricamente não se cuide de preceito de eficácia limitada – subordinam-se muitas vezes a alterações da realidade fática que a viabilizem.

2. No contexto da Constituição de 1988, a atribuição anteriormente dada ao Ministério Público pelo art. 68 do C. Pr. Penal – constituindo modalidade de assistência judiciária – deve reputar-se transferida para a Defensoria Pública: essa, porém, para esse fim, só se pode considerar existente, onde e quando organizada, de direito e de fato, nos moldes do art. 134 da própria Constituição e da lei complementar por ela ordenada: até que – na União ou em cada Estado considerado –, se implemente essa condição de viabilização da cogitada transferência constitucional de atribuições, o art. 68 C. Pr. Pen. Será considerado ainda vigente: é o caso do Estado de São Paulo, como decidiu o plenário no RE 135328.

Vê-se que o Tribunal utilizou-se da técnica de decisão (inconstitucionalidade progressiva) para possibilitar a aplicação da norma, mesmo que do conflito abstrato entre o Código de Ritos e a Lei Maior se notasse uma desconformidade, não deixando desamparados os sujeitos que nos locais onde viviam não existisse assistência jurídica pública.

Porém, no Brasil, o artigo 68 do Código de Processo Penal, devido às mudanças fáticas e jurídicas, só terá a sua aplicação constitucional no estado de Santa Catarina, pois neste local ainda não foi definitivamente instalada a defensoria pública, o que inviabiliza a plena assistência jurídica por parte do poder público, obstando, em última análise, o acesso à justiça daqueles considerados hipossuficientes economicamente.

5.1.6.2 A Distinção entre a Técnica da Inconstitucionalidade Progressiva e do Apelo ao Legislador

Não obstante a afirmação da doutrina que teria a técnica da inconstitucionalidade progressiva berço na construção jurisprudencial da Corte Alemã nos casos de Apelo ao Legislador, essas duas espécies de pronunciamento da justiça constitucional não se confundem.

O Apelo ao Legislador é cabível quando da comparação entre a norma infraconstitucional e a Constituição verifique-se a compatibilidade entre elas, haverá harmonia entre os ditames da Lei Maior e as previsões do ato impugnado. No entanto, utiliza-se a expressão “lei ainda constitucional”, porque o Tribunal ao analisar a evolução das circunstâncias que envolvem a aplicação do preceito percebe que dentro de algum tempo não mais cumprirá as determinações constitucionais. Há a identificação de uma “constitucionalidade imperfeita”. “No Apelo ao Legislador, a norma jurídica é declarada (ainda) constitucional, mas o tribunal encarrega o legislador, ao mesmo tempo, de produzir, num determinado prazo, um estado de coisas integralmente constitucional”¹⁷⁷.

Contudo, na Inconstitucionalidade Progressiva existe o reconhecimento da inconstitucionalidade da lei objeto da impugnação, é o que se depreende do caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal já detalhado acima, em que de fato, se a Constituição Federal de 1988 atribuiu às Defensorias Públicas o papel de prestar assistência judiciária gratuita, tal função deslocou-se das mãos do Ministério Público, concluindo-se de uma análise abstrata entre as normas que o artigo do Código Penal não teria sido efetivamente recepcionado.

Porém, com vistas a proteger aqueles cidadãos que desejassem adentrar ao judiciário com ação de reparação de dano *ex delictu*, e não possuíssem recursos para tanto, garantindo-se assim o acesso à justiça dessas pessoas já marginalizadas socialmente, concluiu o Supremo Tribunal que, até que houvesse o atendimento eficaz por parte das Defensorias Públicas, viabilizado primeiramente com a sua instalação por todos os Estados-Membros, em vistas a proteção de outros valores tão caros a sociedade manteve-se a aplicação do art. 68 do CPP,

¹⁷⁷ ÁVILA, Humberto. **Sistema Constitucional Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 468.

pois, ainda que a Constituição determinasse que a prestação da assistência jurídica pública ocorresse por parte das defensorias, estas deveriam primeiramente existirem.

Portanto, apesar da semelhança na conclusão das decisões, tendo em vista que ambas reconhecem que aquela norma questionada tenderá a ser acobertada pela inconstitucionalidade definitivamente, cada uma dessas técnicas de decisão possuem suas peculiaridades. Em uma das hipóteses ocorrerá a excepcional aplicação de norma inconstitucional, na outra não, a manutenção da eficácia normativa é fundada na sua constitucionalidade.

5.1.7 Julgamento da ADI 4029 pelo STF

Situação verificada no Supremo Tribunal Federal que ratifica a ideia de que a declaração de inconstitucionalidade de uma lei, vício insanável, pode trazer prejuízo social e instabilidade jurídica relevante, se consubstanciou quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4029 acerca da Lei 11.516/2007 que criou o Instituto Chico Mendes de Conservação e Biodiversidade (ICMbio). Essa Ação Direta tinha como requerente a Associação Nacional dos Servidores do IBAMA – ASIBAMA e requeridos o Presidente da República e o Congresso Nacional.

A lei em questão foi fruto de conversão da Medida Provisória 366/2007, que, no entanto, não havia observado as exigências constitucionais, pois a resolução 1/2002 do Congresso Nacional, ao dispor sobre o rito de tramitação das Medidas Provisórias, não tratou corretamente como determinava a Constituição Federal e, assim, a respectiva lei foi criada com um vício formal de constitucionalidade, qual seja, a supressão da necessidade de parecer prévio da Comissão Mista do Congresso Nacional. Ressaltou o Tribunal que a necessidade de tal parecer é relevante, visto que é uma maneira do Poder Legislativo refletir melhor acerca dessa atividade atípica do Executivo, qual seja, a edição de atos normativos primários.

Em 07 de março 2012 foi decidido que a Lei 11.516/2007 era inconstitucional com o diferimento da eficácia da decisão para só cassar os seus efeitos 24 meses após a sua prolação (técnica da modulação de efeitos *pro futuro*). Essa decisão já demonstrou que a cassação imediata da norma, que versava sobre importante

instituto para a garantia do Meio Ambiente, não seria o melhor meio, atribuindo-se prazo para evitar que o ICMBio fosse extinto. Segue decisão do STF acerca da ADI 4029¹⁷⁸:

O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou parcialmente procedente a ação direta, com modulação da eficácia, contra os votos dos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, que a julgava improcedente, e Marco Aurélio, que a julgava de todo procedente. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Impedido o Senhor Ministro Dias Toffoli. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Falou, pela Advocacia-Geral da União, o Ministro Luís Inácio Lucena Adams, Advogado-Geral da União. - *Plenário, 07.03.2012.* (grifo nosso).

No dia 08 de março 2012, um dia após o julgamento da ação, o Supremo Tribunal Federal acolheu a questão de ordem apontada pelo Advogado Geral da União e modificou o pronunciamento da ADI 4029 para julgá-la, agora, improcedente, tendo em vista a constatação de um número considerável de Medidas Provisórias que não tinham passado pela etapa formal obrigatória e, por conseguinte, seriam arrastadas pelo vício da inconstitucionalidade o que, certamente, causaria uma grande instabilidade social.

Ademais, a decisão do Supremo não se resumiu a improcedência da declaração de inconstitucionalidade da Lei 11.516/2007, e conseqüentemente, o reconhecimento de sua constitucionalidade, também acabou por declarar inconstitucionais artigos da resolução do Congresso Nacional (01/2002-CN) que trazia a possibilidade de omitir-se a necessidade da etapa formal, visto que, acaso passado o prazo de 14 (catorze) dias sem a emissão do parecer da Comissão Mista, esta nomearia um Relator para emitir um parecer diretamente no plenário da Câmara dos Deputados, o que ocorreu *in casu*¹⁷⁹:

O Tribunal acolheu questão de ordem suscitada pelo Advogado-Geral da União, para, alterando o dispositivo do acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.029, ficar constando que o Tribunal julgo improcedente a ação, com declaração incidental de inconstitucionalidade do artigo 5º, caput, artigo 6º, §§ 1º e 2º, da Resolução nº 01/2002, do Congresso Nacional, com eficácia ex nunc em relação à pronúncia dessa

¹⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4029. Requerente: Associação Nacional dos Servidores do IBAMA. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4029&processo=4029> >. Acesso em: 22/05/2013.

¹⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4029. Requerente: Associação Nacional dos Servidores do IBAMA. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4029&processo=4029> >. Acesso em: 22/05/2013.

inconstitucionalidade, nos termos do voto do Relator, contra o voto do Senhor Ministro Cezar Peluso (Presidente), que julgava procedente a ação. Impedido o Senhor Ministro Dias Toffoli. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa e, nesta questão de ordem, o Senhor Ministro Marco Aurélio. - *Plenário, 08.03.2012*. (grifo nosso).

Conforme manifestação do Advogado-Geral da União no dia 8 de março de 2012, cerca de 500 (quinhentas) medidas provisórias tiveram seus trâmites de conversão baseados no procedimento previsto na Resolução do Congresso Nacional, a qual foi reconhecida a inconstitucionalidade. Por isso, em vistas à Segurança Jurídica requereu o AGU um prazo para as devidas adaptações ao novo posicionamento do STF ou a manutenção das medidas provisórias que foram convertidas em lei com a existência do vício formal de inconstitucionalidade¹⁸⁰.

Determinou, portanto, a Suprema Corte que as medidas provisórias ainda não encaminhadas pelo Poder Executivo para tramitação no Congresso Nacional deveriam, a partir da decisão na citada ação, observar obrigatoriamente a etapa prevista no art. 62, § 9º da CF/88, sob pena de terem a sua aplicação afastada quando do exercício da jurisdição constitucional em caso de provocação nesse sentido, devido ao reconhecimento da inconstitucionalidade das previsões da Resolução 01/2002 com efeitos *ex nunc*.

A manutenção da primeira decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, sobre o tema, acarretaria inúmeras ações contra as demais leis que foram frutos de conversão de medidas provisórias fundadas no procedimento inconstitucional aplicado pelo Congresso Nacional. Além da possibilidade de ocorrer uma grande demanda judicial, também as relações jurídicas baseadas nas leis, com tal vício de inconstitucionalidade formal, ficariam instáveis, pois não se saberia quais possíveis atos praticados teriam guarida constitucional. Existiriam ainda dúvidas acerca do regramento sobre diversas situações e matérias, pelo temor do surgimento posterior de vácuo legislativo, no caso de afastamento de aplicação da norma, ou seja, acarretaria um prejuízo social de lastro imprevisível, que não poderia ser ignorado.

O Tribunal trilhou um caminho distinto da jurisdição constitucional ortodoxa, na qual só existiam duas técnicas aplicáveis, ou se declarava a inconstitucionalidade, com

¹⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4029. Requerente: Associação Nacional dos Servidores do IBAMA. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2595890>>. Acesso em: 23/05/2013

efeitos *ex tunc*, ou se reconhecia a plena constitucionalidade, e se manteria obrigatória a aplicação da norma. Como essas formas de decisões mais simples não resolviam o caso da melhor maneira, em nome da segurança jurídica e em atenção ao interesse coletivo, resolveu o STF estabilizar a situação como estava, visto que não teria como voltar atrás, mas não ignorou a superioridade da Constituição Federal, pois chamou a atenção do Poder Legislativo para o cumprimento com exatidão da determinação constitucional, ao declarar a inconstitucionalidade do processo até então aplicado, sendo vedado estabelecer procedimento distinto para a conversão de medida provisória em lei, senão o que prevê a Lei Fundamental.

6 CONCLUSÃO

A Supremacia Constitucional é a razão do nascimento da ideia de controle de constitucionalidade. A configuração de um sistema jurídico piramidal, no qual a Constituição é representada no vértice, ilustra a ideia de que as demais normas possuem seu fundamento de validade e devem amoldar-se aos ditames constitucionais. Vê-se que o desenvolvimento de um texto que regulamenta e prevê as estruturas políticas do Estado, bem como positiva os valores fundamentais da comunidade, é reflexo de um amadurecimento da sociedade, que deságua numa montagem de estrutura jurídica para regê-la.

O movimento constitucionalista, e em especial o que ocorreu na Europa no século XVIII, com o fito de controlar o poder do soberano, até então ilimitado no sistema absolutista que vigorava na maioria dos países na época, culminou na criação de Constituições escritas, em patamar hierárquico elevado, em vistas a proteger os interesses individuais da população. A essas Cartas, formalmente desenvolvidas, a observância era obrigatória para todos, em especial os detentores do poder político. Destacam-se, nesse contexto inicial, as Constituições Norte-americana de 1787 e a Francesa de 1791.

O controle de constitucionalidade como meio de proteção da Constituição foi desenvolvido nos Estados Unidos. Neste local, tendo em vista a supremacia da Constituição, concluiu-se que caberia ao Poder Judiciário negar aplicação a normas a ela contrária, ideia desenvolvida e consolidada no conhecido caso *Marbury v. Madison*. Nesse contexto, foi criado o primeiro modelo de controle de constitucionalidade, denominado difuso-incidental.

No modelo difuso-incidental, qualquer órgão do Poder Judiciário possui competência para deixar de aplicar uma norma ao caso concreto acaso a repute inconstitucional. A discussão da constitucionalidade da lei ou ato normativo é perpetrada à luz de uma lide concreta, com vistas a solucioná-la.

O segundo modelo de controle de constitucionalidade judicial desenvolvido mundialmente foi o denominado concentrado-abstrato. Essa forma de exercício da jurisdição constitucional foi criada na Áustria, por influência de Hans Kelsen, durante a edição da Constituição austríaca de 1920. Tem como característica marcante

conceder a um só órgão, o Tribunal Constitucional, a competência para auferir a constitucionalidade/inconstitucionalidade da norma questionada. Ademais, essa avaliação efetuada pelo Tribunal é perpetrada por meio de uma comparação abstrata entre o preceito impugnado e a Lei Maior, alheio a um caso concreto.

No Brasil foi adotado o modelo misto de controle de constitucionalidade, com a agregação das citadas características de ambos os modelos. No sistema jurídico nacional, em razão de influência da doutrina norte-americana, jurisprudência e doutrina adotaram o dogma da nulidade da lei inconstitucional.

A definição da natureza do ato inconstitucional como nulo traz algumas consequências para o efeito da decisão que o reconhece. Nulo é aquele ato que nunca deveria ter irradiado efeitos, portanto, a decisão que declara a inconstitucionalidade da lei terá eficácia retroativa, com o poder de desconstituir relações jurídicas fundamentadas no preceito inconstitucional.

Quando do exercício do controle difuso de constitucionalidade no Brasil, a decisão judicial produzirá efeitos *inter partes*, além de *ex tunc*. Por outro lado, quando se tratar de controle abstrato de constitucionalidade, terá o pronunciamento judicial também efeitos *ex tunc*, mas será *erga omnes* e vinculante para o Poder Judiciário e Poder Executivo.

Contudo, o desenvolver da jurisdição constitucional, e com base em experiências estrangeiras, na qual a principal é a da Corte Constitucional Alemã, percebeu-se que os tradicionais efeitos da decisão no controle de constitucionalidade não são aptos a solucionar todas as questões constitucionais da melhor maneira. Percebe-se que a jurisdição constitucional ortodoxa, que se resumia ao binômio, ou declarava-se a plena constitucionalidade ou plena inconstitucionalidade, evidenciava-se, por vezes, insuficiente.

Portanto, em nome da segurança jurídica e de outros valores de inestimável relevância social, flexibilizam-se os tradicionais pronunciamentos da jurisdição constitucional, permitindo-se, em determinadas situações, o convívio com efeitos da norma inconstitucional, se esta for a solução que oferecerá a necessária pacificação social, devido ao possível “caos” que pode gerar a declaração de nulidade da lei, com a conseqüente cassação dos seus efeitos.

O Supremo Tribunal Federal, não alheio à necessária inovação nas formas de pronunciamento da decisão quando do exercício do controle de constitucionalidade, já aplica algumas técnicas de decisão. Contudo, devido a imperfeições na utilização dessas técnicas de decisão pela jurisprudência nacional, imprescindível é a discussão acerca dessa utilização, exacerbando as características particulares de cada uma, para delinear a moldura particular que possuem, com o objetivo de garantir seu bom manejo. Portanto, conclui-se que essa discussão acerca das características e da adequada aplicação das técnicas de decisão, envolve a construção de uma teoria das decisões na jurisdição constitucional.

Como as decisões no âmbito do controle de constitucionalidade possuem forte influência na sociedade e, sobretudo, no direito, pois nelas se decidirá sobre a continuidade ou não da aplicação de uma dada norma jurídica, imprescindível torna-se a discussão sobre seus efeitos. Frise-se que a aplicação de uma norma reflete diretamente no comportamento dos sujeitos, e é necessário conhecer o regramento para que a posição adotada diante de determinada situação tenha a cobertura jurídica. Para a sociedade é essencial revestir-se da certeza de que o preceito regulador é válido, pois por ele irá guiar a sua atuação, e caso a sua inconstitucionalidade seja reconhecida, que excepcionalmente possam seus efeitos serem mantidos.

Primeiramente avaliaram-se as seguintes técnicas de decisão: declaração de inconstitucionalidade com modulação dos efeitos temporais e a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade. Ambas têm como ponto em comum visar à manutenção dos efeitos da norma questionada. Muito embora o Tribunal Constitucional reconheça a inconstitucionalidade do preceito, tolera-se por certo período, variável a depender das nuances do caso, a eficácia do ato viciado.

A declaração de inconstitucionalidade com modulação de efeitos temporais tem previsão na Lei 9.868/99, no art. 27, e na Lei 9.882/99, no art. 11, e permite que o Supremo Tribunal Federal module a eficácia temporal de sua decisão, estabelecendo o momento em que serão cassados os efeitos da norma inconstitucional. Instituirá como termo para suspensão dos efeitos normativos, momento anterior ao trânsito em julgado da decisão, mas posterior à edição da lei, a partir do trânsito em julgado da decisão, bem como momento posterior, a ser deliberado conforme a convivência dos magistrados. Poderá ainda, com base nos

citados artigos modular os efeitos da decisão, mitigando o alcance geral, para excluir da declaração de inconstitucionalidade determinadas situações, quando se verificará a preservação de alguns atos e a invalidação de outros.

O escopo principal da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade não é retardar a suspensão da eficácia normativa. Tem-se em mira a preservação da aplicação da norma, não obstante o reconhecimento da inconstitucionalidade. O Tribunal, *in casu*, abstém-se de pronunciar os efeitos do reconhecimento do vício, conclui, portanto, que a declaração da nulidade da norma não é o meio adequado para a solução da questão, tendo em vista as peculiaridades do caso.

Diante da exposição feita sobre essas duas técnicas, percebeu-se que o Supremo Tribunal Federal utiliza-se de critérios identificadores da modulação da eficácia temporal, quando da aplicação da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade.

Acaso a justificção para a utilização de uma técnica de decisão seja a necessária preservação dos efeitos normativos evitando-se com isso uma desestabilização social, pois a declaração de nulidade não é aplicável, não faz sentido o Tribunal instituir prazo para pronunciar a nulidade. Esse estabelecimento de termo com o fito do legislador proceder a correções, quando da aplicação da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade, acaba por assemelhá-la a modulação da eficácia temporal, o que não é o ideal para a construção de uma teoria em torno das técnicas de decisão.

Passou-se então a análise das técnicas de decisão da interpretação conforme a constituição e da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. A interpretação conforme a Constituição e a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto têm como objetivo a manutenção da lei ou ato normativo impugnados no ordenamento jurídico. O órgão competente pelo exercício do controle de constitucionalidade ao utilizar essas técnicas de decisão delineará os limites em que a aplicação da norma está em consonância com a Lei Fundamental, observadas as particularidades de cada uma e sua conveniência para a solução da questão processual.

A interpretação conforme a Constituição é a forma de pronunciamento judicial para o deslinde da questão da constitucionalidade da norma, quando esta comporta diversos sentidos. Diante de lei plurissignificativa o Tribunal adotará a interpretação do preceito que o compatibilize com a Constituição. É situação na qual se exclui a utilização da semântica normativa dissonante com as disposições constitucionais, e atribui-se a norma sentido que seja harmônico à Lei Fundamental.

Diferentemente, não se identifica na utilização da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto a busca por atribuição de sentido constitucional ao preceito impugnado. Essa técnica de decisão é aplicável quando a norma impugnada possui redação ampla, e por isso acaba abarcando no seu âmbito de aplicação certas situações que sob a égide do seu regramento mostram-se inconstitucionais. O Supremo Tribunal, portanto, ao utilizar essa técnica exclui hipóteses específicas da sua incidência, pois não a permite a Constituição, e mantém a norma plenamente vigente, sem alterações na sua redação, agora adaptada às determinações constitucionais. Na jurisprudência do STF não há uma uniformidade na aplicação da interpretação conforme a Constituição e da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. O Supremo, inicialmente, tendeu a igualá-las, mas depois proferiu decisões que demonstravam um caminho pela distinção entre elas. Porém, constata-se uma confusão entre essas técnicas de decisão, por vezes utilizando-se de uma, quando as características do pronunciamento se amoldam a outra. Não há um comportamento linear da Corte acerca da diferenciação entre essas técnicas de decisão.

Quanto às técnicas do apelo ao legislador e da inconstitucionalidade progressiva, há o reconhecimento da constitucionalidade da aplicação da lei tida por viciada, porém com o passar do tempo e de modificações fáticas e jurídicas a norma tenderá a se tornar definitivamente inconstitucional. Também aqui é imprescindível delimitar as peculiaridades de cada uma dessas técnicas, para delineá-las e diferenciá-las.

A técnica do apelo ao legislador mostra-se adequada quando conclui o Tribunal pela constitucionalidade da lei impugnada. Porém, não obstante a compatibilidade atual com os ditames da Constituição, por causa de imperfeições constatadas, nota-se que, principalmente devido a modificações fáticas e jurídicas aquela lei agora constitucional, não mais se revestirá de tal status com o passar do tempo. O Tribunal

faz um prognóstico demonstrando a evolução para a inconstitucionalidade, e com isso conclama o legislador para que proceda às necessárias correções e assegure que aquela norma “ainda constitucional” assim continue.

A Técnica do Apelo ao Legislador tem origem na prática constitucional do Tribunal Alemão. Contudo, é perfeitamente aplicável no Brasil, tendo em vista que possui o Supremo Tribunal Federal competência para a defesa e guarda da Constituição, exercendo o papel de seu intérprete final. Poderá, portanto, acaso constate que uma norma é constitucional, assim a declarar, mas também alertar o legislador das imperfeições detectadas. Ademais, o Poder Legislativo não está obrigado a proceder às correções consideradas necessárias pelo STF, vê-se com isso que não há uma ingerência entre os poderes, o que reforça a possibilidade de aplicá-la.

Na Inconstitucionalidade progressiva, de uma análise abstrata entre lei e Constituição conclui-se pela inconstitucionalidade da norma. Porém, devido a peculiaridades fáticas, a aplicação do preceito questionado resguarda interesses sociais relevantes, os quais demandam a continuidade do emprego da norma. Portanto, conclui o Tribunal pela constitucionalidade da incidência normativa até que perdure a situação que justifique essa característica, a qual tende a findar. São os casos das normas em trânsito para a inconstitucionalidade baseado em alterações fáticas e jurídicas.

Na técnica do apelo ao legislador a norma é constitucional, já na inconstitucionalidade progressiva a constitucionalidade da lei está baseada na situação fática e jurídica que exige a sua aplicação, ou seja, mesmo que a previsão normativa não esteja amoldada aos ditames da Constituição, a sua aplicação ainda é compatível com o ordenamento jurídico enquanto perdurar a conjuntura que a exija.

Por fim, no julgamento da ADI 4029, o STF em construção totalmente avessa a jurisdição constitucional ortodoxa, declarou constitucional uma lei que anteriormente tinha declarado inconstitucional. Viu-se o tribunal sem respostas óbvias para a solução que asseguraria da melhor forma os interesses sociais, e que não geraria uma instabilidade jurídica de proporção considerável. Portanto, numa construção inovadora, mas bem justificada, foi declarada a constitucionalidade da lei formalmente inconstitucional, para resguardar a segurança jurídica, e garantir pacificação social.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. O sincretismo da Jurisdição Constitucional Brasileira. In: Novelino, Marcelo (Org.). **Leituras complementares de Direito Constitucional: controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional**. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 211-232.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Ana Paula. **A Modulação de Efeitos Temporais pelo STF no Controle de Constitucionalidade: Ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009

ÁVILA, Humberto. **Sistema Constitucional Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2006

BARBOSA, Rui. **Atos Inconstitucionais**. São Paulo: Russel, 2004.

BARROSO, Luis Roberto **O controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. As modernas Formas de Interpretação Constitucional. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 6, n. 22 (jan./mar. 1998), p. 45-50.

_____. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BERNARDES, Juliano Taveira. Efeito Vinculante das Decisões do Controle Abstrato de Constitucionalidade: transcendência aos motivos determinantes? In: Novelino, Marcelo (Org.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional: Controle de Constitucionalidade e Hermeneutica Constitucional**. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 355-381.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Efeitos da Inconstitucionalidade da Lei**.

Disponível em:

<http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/381/Direito%20P%20c3%bablico_v2n8abrjun%202005_PGGB.pdf?sequence=1>. Acesso em: 06/05/2013

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15/05/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1842. Requerente: Partido Democrático Trabalhista. Intdo.: Governador do Estado do Rio de Janeiro e Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Luiz Fux. Voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI1842GM.pdf>>. Acesso em: 13/05/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1842. Requerente: Partido Democrático Trabalhista. Intdo(s): Governador do Estado do Rio de Janeiro e Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Luiz Fux. Voto (vista) do Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI1842RL.pdf>>. Acesso em: 13/05/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1946. Requerente: Partido Socialista Brasileiro. Requeridos: Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal e o Ministro de Estado da Previdência e Assistência Social. Relator: **Ministro Sydney Sanches. Disponível em:** <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=1946&processo=1946>>. Acesso em: 19/05/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2116. Relator: Ministro Carlos Veloso. **Requerente: Conselho Federal Da Ordem Dos Advogados Do Brasil. Requerido(s): Governador Do Estado Do Amazonas; Assembleia Legislativa Do Estado Do Amazonas. DJ: 29/11/2002. Disponível em:** <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=2116&processo=2116>>. Acesso em: 30/05/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1194. Relator: Ministro Mauricio Correa. **Requerente: Confederação Nacional da Indústria – CNI. Requerido(s): Presidente da República; Congresso Nacional. DJ: 11/09/2009. Disponível em:** <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=1194&processo=1194>>. Acesso em: 30/05/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2727. Relator: Gilmar Mendes. Requerente: Governador do Estado de Mato Grosso do Sul. Intdo(s): Presidente da República; Congresso Nacional; Tribunal de Contas da União. DJ 24/02/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2054107>>. Acesso em: 29/05/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 197917. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Recdo.: Ministério Público Estadual. Recdo: Câmara Municipal de Mira Estrela. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=197917&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 28/05/2013.

BULOS, Uadi Lâmega. Teoria da Interpretação Constitucional. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, Vol. 205, jul/set, 1996, p 23-64.

BUZAID, Alfredo. **Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1958.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 36.

CLÉVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2000.

COELHO, Inocêncio Mártires. Constitucionalidade/Inconstitucionalidade: uma questão política? **Revista Jurídica Virtual**. v. 2, n. 13 - Junho/2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_67/index.htm>. Acesso em: 28/03/2013

CRUZ, Gabriel Dias Marques da. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**: lineamentos básicos e revisão crítica no direito constitucional brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2011.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**: Teoria e Prática. Salvador: JusPODIVM, 2012.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPODIVM, 2009.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Aspectos Processuais da ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e da ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade). In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). **Ações Constitucionais**. Salvador: JusPODIVM, 2012, p. 451-539.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: Famílias. Salvador: JusPODIVM, 2012.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do ato inconstitucional em face do direito positivo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, Vol. 230, Outubro/Dezembro de 2002, p. 217- 236.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Controle de Constitucionalidade. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 23, n. 90, abril-junho de 1998, p. 11-21.

GUASQUE, Luiz Fabião. **O Controle de Inconstitucionalidade das Leis**. Rio de Janeiro: Freiras Bastos, 2004.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: wmfmartinsfontes, 2011.

LEITE, George Salomão. Do controle de constitucionalidade e Tipologia da Inconstitucionalidade dos Atos Estatais. In: Marcelo Novelino (Org.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional: Controle de Constitucionalidade e Hermenêutica Constitucional**. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 233-245.

MARCÍLIO, Carlos Flávio Venâncio. **Efeitos das Decisões em Sede de Controle de constitucionalidade: Aplicação do Artigo 27 da Lei nº 9.868/1999**. Disponível em:
<<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/650/616>>. Acesso em: 08/05/2013

MARCONDES, Danilo. **Iniciação da Historia da Filosofia: Dos pré-socráticos a Wittgenstein**. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Controle Concentrado de Constitucionalidade. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo: Oliveira Rocha – Comércio e Serviços Ltda., Abril, 2003, p. 74-82.

_____. Princípio da Supremacia da Constituição. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flávio (Orgs.). **Dicionário de Princípios Jurídicos**. São Paulo: Campus Jurídico, 2011, p. 1298-1304.

_____.; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Validade**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009

_____. **A Declaracao de Inconstitucionalidade sem Pronúncia da Nulidade e a Declaracao de Inconstitucionalidade de Caráter Restritivo ou Limitativo no Direito Brasileiro**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 13, janeiro/fevereiro/março, 2008. Disponível em:
<<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-13-JANEIRO-2008-GILMAR%20MENDES.pdf>>. Acesso em: 30/10/2012.

_____. **Controle da Constitucionalidade no Brasil**. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/porta1StfInternacional/porta1StfAgenda_pt_br/anexo/Controle_de_Constitucionalidade_v__Port1.pdf>. Acesso em: 23/03/2013

_____. O Apelo ao Legislador – Appellentscheidung – na Práxis da Corte Constitucional Alemã. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, vol. Vol. 188 (abr./jun. 1992), p 36-63.

_____.; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MEYER, Emílio Peluso Neder. **A Decisão no Controle de Constitucionalidade**. São Paulo: Método, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais: Garantia Suprema da Constituição**. São Paulo: Atlas, 2000.

NEVES, André Batista. **Introdução ao Controle de Constitucionalidade**. Salvador: JusPODIVM, 2007.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. Aspectos básicos do controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos e breve análise da Lei 9.868, de 10.11.1999, e da Lei 9.882, de 03.12.1999. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 788, 2001, p. 76-91.

NOVELINO, Marcelo. **Teoria da Constituição e Controle de Constitucionalidade**. Salvador: JusPODIVM, 2008.

SARMENTO, Daniel. Eficácia Temporal do Controle de Constitucionalidade (o Princípio da Proporcionalidade e a Ponderação de Interesses) das Leis. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, v. 212, Abril/Junho – 1998, p. 27-40.

SILVA NETO, Manoel Jorge. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, José Afonso da. **O Constitucionalismo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma nova Crítica do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Tribunal e Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio (Orgs). **Dicionário de Princípios Jurídicos**. São Paulo: Campus Jurídico, 2011, p. 1298-1304.

VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**. Belo Horizonte: DelRey, 2000.

VIDAL, Jânio Nunes. **Elementos da Teoria Constitucional Contemporânea: Estudos sobre as constantes tensões entre política e jurisdição**. Salvador: JusPODIVM, 2009.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional**. Porto Alegre, 2000. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul.