

GILMAR MENDES

INOCÊNCIO COELHO

PAULO BRANCO

GILMAR FERREIRA MENDES

INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO

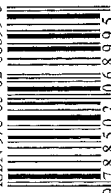
PAULO GUSTAVO GONET BRANCO

# Curso de Direito Constitucional

[raivajur.com.br](http://raivajur.com.br)

Visite nosso portal

ISBN 978-85-02-06899-5



9 788502 068995

Curso de Direito  
Constitucional

2ª edição



## X — AS DECISÕES NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS E SEUS EFEITOS

### 1. INTRODUÇÃO

A aprovação da Lei n. 9.868, de 10-11-1999, introduziu significativa alteração na técnica de decisão de controle de constitucionalidade brasileiro. Em seu art. 27, a lei consagra a fórmula segundo a qual, "ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado".

Resta notório que o legislador optou conscientemente pela adoção de uma fórmula alternativa à pura e simples declaração de nulidade, que corresponde à tradição brasileira. Tendo em vista as peculiaridades que marcam o sistema misto de controle de constitucionalidade brasileiro, cabe analisar os contornos dessa mudança e quais possibilidades de decisão estão abertas ao Supremo Tribunal Federal no exercício do controle de constitucionalidade das leis.

### 2. A DECLARAÇÃO DE NULIDADE DA LEI

#### 2.1. Considerações preliminares

O dogma da nulidade da lei inconstitucional pertence à tradição do Direito brasileiro. A teoria da nulidade tem sido sustentada por praticamente todos os nossos importantes constitucionalistas<sup>1</sup>. Fundada na antiga doutrina americana, segundo a qual "the unconstitutional statute is not law at all"<sup>2</sup>, significativa parcela da doutrina brasileira posicionou-se em favor da equiparação entre *inconstitucionalidade* e *nulidade*. Afirmava-se, em favor dessa tese, que o

<sup>1</sup> Rui Barbosa, Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo, in: *Trabalhos jurídicos*, Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962, p. 70-71; e *O direito do Amazonas ao Acre Septentrional*, Rio de Janeiro: Jornal do Commercio, 1910, v. 1, p. 103; Francisco Luiz da Silva Campos, *Direito constitucional*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, v. 1, p. 430-431; Alfredo Buzaid, *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 1958, p. 130-132; José de Castro Nunes, *Teoria e prática do Poder Judiciário*, Rio de Janeiro: Forense, 1943, p. 589.

<sup>2</sup> Cf. Westel Woodbury Willoughby, *The Constitutional law of the United States*, New York, 1910, v. 1, p. 9-10. Cf. também Thomas M. Cooley, *A treatise on the constitutional limitations*, 4. ed., Boston, 1878, p. 227.

reconhecimento de qualquer efeito a uma lei inconstitucional importaria na suspensão provisória ou parcial da Constituição<sup>3</sup>.

Assim, julgada procedente a ADI ou improcedente a ADC, ter-se-á uma declaração de nulidade da lei inconstitucional. Eventual decisão de caráter restritivo há de ser expressa, nos termos do art. 27 da Lei n. 9.868/99, como adiante será analisado.

A inconstitucionalidade de uma lei pode levar, também no direito brasileiro, a diferentes variantes de declaração de nulidade:

- declaração de nulidade total;
- declaração de nulidade parcial;
- declaração de nulidade parcial sem redução de texto.

#### 2.2. Declaração de nulidade total

##### 2.2.1. Declaração de nulidade total como expressão de unidade técnico-legislativa

A declaração de nulidade total, como o próprio nome indica, ocorre nos casos em que a totalidade da lei ou do ato normativo é invalidada pelo Tribunal.

Defeitos formais, tais como a inobservância das disposições constitucionais atinentes ao processo legislativo — por exemplo, as relativas à iniciativa da lei ou competência legislativa —, levam, normalmente, à declaração de inconstitucionalidade total, uma vez que, nesse caso, não se vislumbra a possibilidade de divisão da lei em partes válidas e inválidas. Trata-se, portanto, de uma *declaração de nulidade total como expressão de unidade técnico-legislativa*.

Assim, já sob a égide da Constituição de 1967/69, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de emendas às Constituições estaduais relativas a matérias que somente poderiam ser disciplinadas mediante iniciativa do Executivo<sup>4</sup>. O mesmo se deu quando verificada a invasão do Poder Legislativo no âmbito de iniciativa de outros órgãos ou poderes (Tribunais de Justiça ou Tribunal de Contas)<sup>5</sup>, e também nos casos em que constatada a inobservância de outras normas fixadas na Constituição sobre o procedimento legislativo<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> Cf. Alfredo Buzaid, *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 128-132.

<sup>4</sup> Rp. 1.318, Rel. Carlos Madeira, RDA, 169/60-61, jul./set. 1987; Rp. 1.478, Rel. Octavio Gallotti, RDA, 172/95, abr./jun. 1988; Rp. 1.433, Rel. Francisco Rezek, RDA, 171/107, jan./mar. 1988.

<sup>5</sup> Rp. 1.304, Rel. Célio Borja, RDA, 171/109-118, jan./mar. 1988.

<sup>6</sup> Dentre outras, Rp. 980, Rel. Moreira Alves, RTJ, 96/496 e s.; ADI 574, Rel. Ilmar Galvão, DJ de 11-3-1994, p. 4111; ADI 89, Rel. Ilmar Galvão, DJ de 20-8-1993, p. 16316; ADI 805, Rel. Celso de Mello, DJ de 8-4-1994, p. 7225.

Atualmente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal conta com um vasto repertório de casos de declaração de inconstitucionalidade total, o que normalmente ocorre nas hipóteses de descumprimento de preceitos constitucionais relativos ao processo legislativo. A maioria dos casos assenta-se na inconstitucionalidade formal por violação às normas constitucionais de repartição de competências entre a União, os Estados e o Distrito Federal<sup>7</sup>, assim como por ofensa às regras que asseguram a reserva de iniciativa legislativa a órgãos ou poderes<sup>8</sup>.

### 2.2.2. Declaração de nulidade total em virtude da dependência ou interdependência entre as partes constitucionais e inconstitucionais da lei

O Supremo Tribunal também profere a declaração de inconstitucionalidade total de uma lei se identifica relação de dependência ou de interdependência entre suas partes constitucionais e inconstitucionais<sup>9</sup>. Se a disposição principal da lei há de ser considerada inconstitucional, pronuncia o Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade de toda a lei, salvo se algum dispositivo puder subsistir sem a parte considerada inconstitucional. Trata-se aqui de uma declaração de inconstitucionalidade em virtude de dependência unilateral<sup>10</sup>.

A indivisibilidade da lei pode resultar, igualmente, de uma forte integração entre as suas diferentes partes. Nesse caso, tem-se a declaração de inconstitucionalidade em virtude da chamada dependência recíproca<sup>11</sup>.

A dependência ou interdependência normativa entre os dispositivos de uma lei pode justificar a extensão da declaração de inconstitucionalidade a

<sup>7</sup> Dentre outras, ADI 3.098/SP, Rel. Carlos Velloso, DJ de 10-3-2006; ADI 3.259/PA, Rel. Eros Grau, DJ de 24-2-2006; ADI 3.186/DF, Rel. Gilmar Mendes, DJ de 12-5-2006; ADI 3.035/PR, Rel. Gilmar Mendes, DJ de 14-10-2005; ADI 3.323/DF, Rel. Joaquim Barbosa, DJ de 23-9-2005; ADI 1.007/PE, Rel. Eros Grau, DJ de 24-2-2006; ADI 1.704/MT, Rel. Carlos Velloso, DJ de 20-9-2002; ADI 532/SP, Rel. Marco Aurélio, DJ de 11-3-2005; ADI 3.055/PR, Rel. Carlos Velloso, DJ de 3-2-2006; ADI 1.475/DF, Rel. Octavio Gallotti, DJ de 4-5-2001; ADI 2.401/MS, Rel. Maurício Corrêa, DJ de 5-10-2001; ADI 2.847/DE, Rel. Carlos Velloso, DJ de 26-11-2004.

<sup>8</sup> Dentre outras, ADI 3.061/AP, Rel. Carlos Britto, DJ de 9-6-2006; ADI 2.302/RS, Rel. Gilmar Mendes, DJ de 24-3-2006; ADI 3.254/ES, Rel. Ellen Gracie, DJ de 2-12-2005; ADI 2.249/DF, Rel. Gilmar Mendes, DJ de 17-2-2006; ADI 2.170/SP, Rel. Sepúlveda Pertence, DJ de 9-9-2005; ADI 3.051/MG, Rel. Carlos Britto, DJ de 28-10-2005; ADI 2.966/RO, Rel. Joaquim Barbosa, DJ de 6-5-2005; ADI 3.267/MT, Rel. Joaquim Barbosa, DJ de 24-6-2005; ADI 2.750/ES, Rel. Eros Grau, DJ de 26-8-2005; ADI 2.622/PA, Rel. Carlos Velloso, DJ de 11-9-1987.

<sup>9</sup> Cf., a propósito, Gilmar Ferreira Mendes, *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*, São Paulo: Saraiva, 1990, p. 284; Carlos Alberto Lúcio Bittencourt, *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 127; R. p. 1.379, Rel. Moreira Alves, DJ de 11-9-1987.

dispositivos constitucionais mesmo nos casos em que estes não estejam incluídos no pedido inicial da ação. É o que a doutrina denomina de *declaração de inconstitucionalidade consequente ou por arrastamento*<sup>12</sup>.

Assim, mesmo diante do assentado entendimento de que o autor deve impugnar não apenas as partes inconstitucionais da lei, mas todo o sistema normativo no qual elas estejam inseridas, sob pena de a ação não ser conhecida<sup>13</sup>, o Supremo Tribunal Federal tem flexibilizado o princípio do pedido para declarar a inconstitucionalidade por arrastamento de outros dispositivos em virtude de sua dependência normativa em relação aos dispositivos inconstitucionais expressamente impugnados<sup>14</sup>.

### 3. DECLARAÇÃO DE NULIDADE PARCIAL

A doutrina e a jurisprudência brasileiras admitem plenamente a *teoria da divisibilidade da lei*, de modo que, tal como assente, o Tribunal somente deve profereir a inconstitucionalidade daquelas normas viciadas, não devendo estender o juízo de censura às outras partes da lei, salvo se elas não puderem subsistir de forma autônoma<sup>15</sup>. O mesmo se aplica aos vetos no controle político-preventivo (CF, art. 66, § 2º). Faz-se mister, portanto, verificar se estão presentes as condições objetivas de divisibilidade. Para isso, impõe-se aferir o grau de dependência entre os dispositivos, isto é, examinar se as disposições estão em relação de vinculação que impediria a sua divisibilidade<sup>16</sup>.

Não se afigura suficiente, todavia, a existência dessas condições objetivas de divisibilidade. Impõe-se verificar, igualmente, se a norma que há de subsistir após a declaração de inconstitucionalidade parcial corresponderia à vontade do legislador<sup>17</sup>.

<sup>12</sup> Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional: inconstitucionalidade e garantia da Constituição*, Coimbra: Coimbra Ed., 2001, t. 6, p. 224; Carlos Blanco de Moraes, *Justiça Constitucional: o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentativa do sistema de reenvio*, Coimbra: Coimbra Ed., 2005, t. 2, p. 525.

<sup>13</sup> ADI 2.174/DF, Rel. Maurício Corrêa, DJ de 7-3-2003; ADI 1.187/DF, Rel. Ilmar Galvão, DJ de 30-5-1997; ADI 2.133/RJ, Rel. Ilmar Galvão, DJ de 4-5-2001.

<sup>14</sup> ADI-QO 2.982/CE, Rel. Gilmar Mendes, DJ de 16-12-2004; ADI 1.662/SP, Rel. Maurício Corrêa, DJ de 19-9-2003. Sobre a inconstitucionalidade por arrastamento, ADI 2.895/AL, Rel. Carlos Velloso, DJ de 20-5-2005.

<sup>15</sup> Carlos Alberto Lúcio Bittencourt, *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, cit., p. 126-127; ADI 2.895; Rel. Carlos Velloso, DJ de 2-2-2005; ADI 2.653, Rel. Carlos Velloso, DJ de 31-10-2003.

<sup>16</sup> Carlos Alberto Lúcio Bittencourt, *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, cit., p. 127.

<sup>17</sup> Carlos Alberto Lúcio Bittencourt, *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, cit., p. 125.

Portanto, devem ser investigadas não só a existência de uma *relação de dependência (unilateral ou recíproca)*<sup>18</sup>, mas também a possibilidade de intervenção no âmbito da *vontade do legislador*<sup>19</sup>. No exame sobre a *vontade do legislador* assume peculiar relevo a dimensão e o significado da intervenção que resultará da declaração de nulidade. Se a declaração de inconstitucionalidade tiver como consequência a criação de uma *nova lei*, que não corresponda às concepções que inspiraram o legislador, afigura-se inevitável a declaração de inconstitucionalidade de toda a lei<sup>20</sup>.

Recentemente, ao apreciar a ADI 3.459, Rel. Marco Aurélio (Sessão Plenária de 24-8-2005), o Supremo Tribunal Federal, após longa discussão a respeito dos limites da declaração de inconstitucionalidade parcial, decidiu não conhecer da ação direta tendo em vista que a eliminação da expressão normativa impugnada teria o efeito de fazer surgir nova lei contrária à vontade original do legislador.

#### 4. DECLARAÇÃO DE NULIDADE PARCIAL SEM REDUÇÃO DE TEXTO

Já em 1949 identificara Lúcio Bittencourt os casos de inconstitucionalidade da aplicação da lei a determinado grupo de pessoas ou de situações como hipótese de inconstitucionalidade parcial<sup>21</sup>.

Nesse sentido, ensinava o emérito constitucionalista:

"Ainda no que tange à constitucionalidade parcial, vale considerar a situação paralela em que uma lei pode ser válida em relação a certo número de casos ou pessoas e inválida em relação a outros. É a hipótese, *verbi gratia*, de certos diplomas redigidos em linguagem ampla e que se consideram inaplicáveis a fatos pretéritos, embora perfeitamente válidos em relação às situações futuras. Da mesma forma, a lei que estabelecesse, entre nós, sem qualquer distinção, a obrigatoriedade do pagamento de imposto de renda, incluindo na incidência deste os proventos de qualquer natureza, seria inconstitucional no que tange à remuneração dos jornalistas e professores"<sup>22</sup>.

Não raro constata o Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade da cobrança de tributo sem a observância do princípio da anterioridade (Constitui-

<sup>18</sup> Rp. 1.305, Rel. Sydney Sanches, RDA, 170/46-60, out./dez. 1987; Carlos Alberto Lúcio Bittencourt, *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, cit., p. 125-127; Gilmar Ferreira Mendes, *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*, cit., p. 269.  
<sup>19</sup> Rp. 1.379, Rel. Moreira Alves, DJ de 11-9-1987. Ver, também, Carlos Alberto Lúcio Bittencourt, *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, cit., p. 125-127; Gilmar Ferreira Mendes, *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*, cit., p. 269.  
<sup>20</sup> Rp. 1.379, Rel. Moreira Alves, DJ de 11-9-1987.

<sup>21</sup> Carlos Alberto Lúcio Bittencourt, *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, cit., p. 128.

<sup>22</sup> Carlos Alberto Lúcio Bittencourt, *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, cit., p. 128.

ção de 1946, art. 141, § 34; Constituição de 1967/69<sup>23</sup>, art. 153, § 29; Constituição de 1988, art. 150, III, b)<sup>24</sup>. Dessarte, firmou-se orientação sumulada segundo a qual "é inconstitucional a cobrança de tributo que houver sido criado ou aumentado no mesmo exercício financeiro" (Súmula 67).

Como se vê, essas decisões não levam, necessariamente, à cassação da lei, uma vez que ela poderá ser aplicada, sem nenhuma mácula, já no próximo exercício financeiro.

Em outros casos, considera o Tribunal que a aplicação de leis sobre correção monetária a situações já consolidadas revela-se inconstitucional<sup>25</sup>.

É o que se constata, v. g., na seguinte decisão:

"Correção monetária. A fixação da sua incidência a partir do ajuizamento da ação viola o princípio da não-retroatividade da Lei (art. 153, § 3º, da Constituição Federal), destoando, inclusive, da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Aplicação da Lei n. 6.899, de 8-4-81, aos processos pendentes, a partir de sua vigência (art. 3º do Decreto n. 86.649/81). Provimento do recurso extraordinário"<sup>26</sup>.

Ou, ainda, na seguinte passagem do voto de Alfredo Buzaid:

"É certo que a Lei n. 6.899 dispõe, no art. 1º, que a correção monetária incide sobre qualquer débito resultante de decisão judicial. E depois de dizer no § 1º que, na execução por título de dívida líquida e certa, se calcularia a correção a contar do respectivo vencimento, estabelece, no § 2º, que nos demais casos se procede ao cálculo a partir do ajuizamento da causa. A locução 'a partir do ajuizamento da causa' há de referir-se à causa proposta depois que a Lei n. 6.899 entrou em vigor. Interpretação diversa, como a adotada pelo v. acórdão recorrido, importa em atribuir à Lei 6.899 efeito retroativo (...)"<sup>27</sup>.

Também aqui se limita o Tribunal a considerar inconstitucional apenas determinada hipótese de aplicação da lei, sem proceder à alteração do seu *programa normativo*.

Em decisão mais moderna, adotou o Supremo Tribunal Federal, expressa e inequivocamente, a técnica da *declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto*, tal como se pode depreender da seguinte passagem da ementa, concernente à ADI 319, formulada contra a Lei n. 8.039/90, *verbis*:

<sup>23</sup> Essa disposição foi, igualmente, incorporada à Constituição de 1988 (art. 150, II).

<sup>24</sup> RMS-11.853, Rel. Luiz Gallotti, DJ de 17-8-1966; RMS-13.208, Rel. Villas Boas, DJ de 11-5-1966, RMS-13.694, Rel. Carlos Medeiros da Silva, DJ de 10-8-1966; RMS-16.588, Rel. Victor Nunes, DJ de 12-3-1968; RMS-16.661, Rel. Evandro Lins e Silva, RTJ, 59 (1)/185; RE 61.102, Rel. Oswaldo Trigueiro, DJ de 14-2-1968.

<sup>25</sup> RMS-16.986, Rel. Alomar Baleiro, RTJ, 43/575; RMS-16.661, Rel. Evandro Lins e Silva, RTJ, 59/185; RE-EDV 69.749, Rel. Bilac Pinto, RTJ, 61 (4)/130; RE-63.318, Rel. Victor Nunes Leal, RTJ, 46 (1)/205; RE-99.180, Rel. Djaci Falcão, RTJ, 106 (3)/847.

<sup>26</sup> RE 97.816, Rel. Djaci Falcão, DJ de 12-11-1982, p. 11489.

<sup>27</sup> RE 100.317, Rel. Alfredo Buzaid, RTJ, 114 (3)/1138 (1140).



“Exame das inconstitucionalidades alegadas com relação a cada um dos artigos da mencionada Lei. Ofensa ao princípio da irretroatividade com relação à expressão ‘março’ contida no parágrafo 5º do artigo 2º da referida Lei. Interpretação conforme à Constituição aplicada ao ‘caput’ do artigo 2º, ao parágrafo 5º desse mesmo artigo e ao artigo 4º, todos da Lei em causa. Ação que se julga procedente em parte, para declarar a inconstitucionalidade da expressão ‘março’ contida no parágrafo 5º do artigo 2º da Lei n. 8-039/90 e, parcialmente, o ‘caput’ e o parágrafo 2º do artigo 2º, bem como o artigo 4º, os três em todos os sentidos que não aquele segundo o qual de sua aplicação estão ressalvadas as hipóteses em que, no caso concreto, ocorra direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada”<sup>28</sup>.

Uma redução do âmbito da aplicação da lei pode ser operada, igualmente, mediante simples interpretação conforme à Constituição<sup>29</sup>.

Assim, ao apreciar a constitucionalidade de dispositivo constante da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei n. 5.540/68), houve por bem o Tribunal afirmar que a exigência de lista triplíce para o preenchimento de cargos de direção superior das Universidades somente se aplicava às universidades federais<sup>30</sup>, com o fundamento de que essa regra não integrava as linhas básicas do sistema de ensino que deveriam estar disciplinadas na referida lei. Com a utilização da expressão “desde que”, acabou o Tribunal por excluir as universidades estaduais do âmbito de aplicação da norma impugnada como se vê da ementa do acórdão:

“Universidades e estabelecimentos oficiais de nível superior. A determinação do número dos componentes das listas destinadas à escolha dos seus dirigentes, não sendo matéria de diretriz e base, escapa à competência legislativa da União, em relação às entidades oficiais de ensino, situadas fora do âmbito federal (Constituição, art. 8º, XVII, *q*, e art. 177), valendo, apenas, no que concerne às mantidas pela União. Representação julgada improcedente, desde que se interprete o § 1º da Lei n. 5.540/68, com a redação dada pela de n. 6.420/77, como somente aplicável às Universidades e estabelecimentos superiores, no âmbito federal”<sup>31</sup>.

Mais recentemente, reconheceu-se a possibilidade de “explicitação, no campo da liminar, do alcance de dispositivos de uma certa lei, sem afastamento da eficácia no que se mostre consentânea com a Constituição Federal”<sup>32</sup>.

## 5. A INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO

### 5.1. Introdução

Consoante postulado do direito americano incorporado à doutrina constitucional brasileira, deve o juiz, na dúvida, reconhecer a constitucionalidade

da lei. Também no caso de duas interpretações possíveis de uma lei, há de se preferir aquela que se revele compatível com a Constituição. Na doutrina menciona-se, freqüentemente, a frase de Cooley: “The court, if possible, must give the statute such a construction as will enable it to have effect”<sup>33</sup>.

Os Tribunais devem, portanto, partir do princípio de que o legislador busca positivizar uma norma constitucional<sup>34</sup>.

Há muito se vale o Supremo Tribunal Federal da interpretação conforme à Constituição. Essa variante de decisão não prepara maiores embaraços no âmbito do controle incidental de normas, uma vez que aqui o Tribunal profere decisão sobre um caso concreto que vincula apenas as partes envolvidas.

A interpretação conforme à Constituição passou a ser utilizada, igualmente, no âmbito do controle abstrato de normas<sup>35</sup>. Consoante a prática vigente, limita-se o Tribunal a declarar a legitimidade do ato questionado desde que interpretado em conformidade com a Constituição<sup>36</sup>. O resultado da interpretação, normalmente, é incorporado, de forma resumida, na parte dispositiva da decisão<sup>36</sup>.

### 5.2. Qualificação da interpretação conforme à Constituição

A interpretação conforme à Constituição levava sempre, no direito brasileiro, à declaração de constitucionalidade da lei<sup>37</sup>. Porém, como já se disse, há hipóteses em que esse tipo de interpretação pode levar a uma declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto. Tais casos foram levantados pela primeira vez por ocasião da propositura cumulativa de uma representação interpretativa<sup>38</sup> e de uma representação de inconstitucionalidade, suscitando-se a indagação sobre o significado dogmático da interpretação conforme à Constituição<sup>39</sup>.

<sup>33</sup> Thomas M. Cooley, *A treatise on the constitutional limitations*, cit., p. 228. Cf. também Carlos Alberto Lucio Bittencourt, *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, cit., p. 93.

<sup>34</sup> Carlos Alberto Lucio Bittencourt, *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, cit., p. 93.

<sup>35</sup> Rp. 948, Rel. Moreira Alves, RTJ, 82 (1)/55-56; Rp. 1.100, RTJ, 115 (3)/993 e s.

<sup>36</sup> Cf., a propósito, Rp. 1.454, Rel. Octavio Gallotti, RTJ, 125 (3)/997.

<sup>37</sup> Cf., a propósito, Rp. 1.389, Rel. Oscar Corrêa, RTJ, 126/514; Rp. 1.454, Rel. Octavio Gallotti, RTJ, 125 (3)/997; Rp. 1.399, Rel. Aldir Passarinho, DJ de 9-9-1988.

<sup>38</sup> Cf., a propósito, Carlos Alberto Lucio Bittencourt, *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, cit., p. 95.

<sup>39</sup> A chamada representação interpretativa foi introduzida no Direito brasileiro pela Emenda Constitucional n. 7, de 1977, e deveria contribuir — tal como ressaltado na Exposição de Motivos do Governo — para dirimir controvérsias sobre interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual. O direito de propositura foi confiado exclusivamente ao Procurador-Geral da República (CF de 1967/69, art. 119, I, d). A Constituição de 1988 não incorporou esse instituto.

<sup>39</sup> Cf. Rp. 1.417, Rel. Moreira Alves, RTJ, 126 (1)/48 e s.

No caso, o Supremo Tribunal, seguindo orientação formulada por Moreira Alves, reconheceu que a interpretação conforme à Constituição, quando fixada no juízo abstrato de normas, corresponde a uma pronúncia de inconstitucionalidade. Daí entender incabível a sua aplicação no âmbito da representação interpretativa<sup>40</sup>.

Não se pode afirmar com segurança se, na jurisprudência do Supremo Tribunal, a interpretação conforme à Constituição há de ser, sempre, equiparada a uma declaração de nulidade sem redução de texto.

Deve-se acentuar, porém, que, em decisão de 9 de novembro de 1987, deixou assente o Supremo Tribunal Federal que a interpretação conforme à Constituição não deve ser vista como simples princípio de interpretação, mas sim como modalidade de decisão do controle de normas, equiparável a uma declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto<sup>41</sup>. Assinale-se, porém, que o Tribunal não procedeu, inicialmente, a qualquer alteração na parte dispositiva da decisão, que continua a afirmar a improcedência da arguição, desde que adotada determinada interpretação.

As decisões proferidas nas ADIs 491 e 319, todas da relatoria de Moreira Alves, parecem sinalizar que, pelo menos no controle abstrato de normas, o Tribunal tem procurado, nos casos de exclusão de determinadas hipóteses de aplicação ou hipóteses de interpretação do âmbito normativo, acentuar a equivalência dessas categorias<sup>42</sup>.

De nossa parte, cremos que a equiparação pura e simples da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto à interpretação conforme à Constituição prepara dificuldades significativas.

A primeira delas diz respeito à conversão de uma modalidade de interpretação sistemática, utilizada por todos os tribunais e juízes, em técnica de declaração de inconstitucionalidade. Isso já exigiria especial qualificação da interpretação conforme à Constituição, para afirmar que somente teria a característica de uma declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto aquela interpretação conforme à Constituição desenvolvida pela Corte Constitucional, ou, em nosso caso, pelo Supremo Tribunal Federal. Até porque, do contrário, também as questões que envolvessem interpretação conforme à Constituição teriam de ser submetidas ao Pleno dos Tribunais ou ao seu órgão especial (CF, art. 97).

Portanto, se essa equiparação parece possível no controle abstrato de normas, já não se afigura isenta de dificuldades a sua extensão ao chamado controle incidental ou concreto, uma vez que, nesse caso, ter-se-ia de conferir,

também no âmbito dos tribunais ordinários, tratamento especial à interpretação conforme à Constituição.

Maior dificuldade ainda adviria do fato de que, ao fixar como constitucional dada interpretação e, expressa ou implicitamente, excluir determinada possibilidade de interpretação, por inconstitucionalidade, o Tribunal não declara — até porque seria materialmente impossível fazê-lo — a inconstitucionalidade de todas as possíveis interpretações de certo texto normativo.

Por outro lado, a afirmação de que a interpretação conforme à Constituição e a declaração de inconstitucionalidade são uma e mesma categoria, se parcialmente correta no plano das Cortes Constitucionais e do Supremo Tribunal Federal, é de todo inadequada na esfera da jurisdição ordinária, cujas decisões não são dotadas de força vinculante geral<sup>43</sup>.

Ainda que se não 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 com 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 do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal.

Assim, se se pretende realçar que determinada aplicação do texto normativo é inconstitucional, dispõe o Tribunal da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, que, além de mostrar-se tecnicamente adequada para essas situações, tem a virtude de ser dotada de maior clareza e segurança jurídica, expressas na parte dispositiva da decisão (a lei X é inconstitucional se aplicável a tal hipótese; a lei Y é inconstitucional se autorizativa da cobrança do tributo em determinado exercício financeiro).

A decisão proferida na ADI 491 parece indicar que o Supremo Tribunal Federal está disposto a afastar-se da orientação anterior, que equiparava a interpretação conforme à Constituição à declaração de nulidade parcial sem redução de texto, passando a deixar explícito, no caso de declaração de nulidade sem redução de texto, que determinadas hipóteses de aplicação, constantes de programa normativo da lei, são inconstitucionais e, por isso, nulas<sup>44</sup>.

Cuidava-se de discussão sobre a constitucionalidade do art. 86, parágrafo único, da Constituição do Estado do Amazonas, que consagra as seguintes normas:

“Art. 86. Lei Orgânica, de iniciativa facultativa do Procurador-Geral de Justiça, disporá sobre a organização e o funcionamento do Ministério Público, observando em relação aos seus membros:

<sup>40</sup> Cf. Klaus Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht, Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, München: C. H. Beck, 1985, p. 187.

<sup>44</sup> ADI-MC 491, Rel. Moreira Alves, RTJ, 137 (1)/90.

Parágrafo único. Aplicam-se, no que couber, aos membros do Ministério Público os princípios estabelecidos no art. 64, I, II e IV a XIII, desta Constituição".

O art. 64 da Constituição estadual, ao qual faz remissão expressa a disposição impugnada, consagra as seguintes regras:

"Art. 64. A Magistratura Estadual terá seu regime jurídico estabelecido no Estatuto da Magistratura instituído por lei complementar de iniciativa do Tribunal de Justiça, observado os seguintes princípios:

V — os vencimentos dos magistrados serão fixados com diferença não superior a dez por cento de uma para outra das categorias da carreira, não podendo, a título nenhum, exceder os dos Ministros do Supremo Tribunal Federal";

O Supremo Tribunal, após reconhecer que a inconstitucionalidade arguida visava apenas à extensão de vantagens ao Ministério Público, contida implicitamente na referência aos incisos "IV a XIII" do art. 64, optou por suspender — sem redução de texto — a aplicação do parágrafo único do art. 86 da Constituição estadual no que concerne à remissão ao inciso V do art. 64 dela constante.

Também na ADI 939, na qual se questionava a cobrança do IPMF, declarou o Tribunal a inconstitucionalidade sem redução do texto dos arts. 3º, 4º e 8º da Lei Complementar n. 77/93, nos pontos em que determinou a incidência da exação sobre as pessoas jurídicas de Direito Público e as demais entidades ou empresas referidas nas alíneas a, b, e c do inciso VI do art. 150 da Constituição.<sup>45</sup>

Mais recentemente, reconheceu-se a possibilidade de "explicitação, no campo da liminar, do alcance de dispositivos de uma certa lei, sem afastamento da eficácia no que se mostre consentânea com a Constituição Federal".<sup>47</sup>

Esses precedentes estão a denotar que a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto parece ter ganho autonomia como técnica de decisão no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Tudo indica, pois, que, gradual e positivamente, o Supremo Tribunal afastou-se da posição inicialmente fixada, que equiparava simplesmente a interpretação conforme à Constituição à declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto.

Neste tema, parece que o legislador fez, pelo que se depreende do art. 28, parágrafo único, da Lei n. 9.868/99, uma clara opção pela separação das figuras da declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto e a interpretação conforme à Constituição.

<sup>45</sup> Cf. transição na ADI-MC 491, Rel. Moreira Alves, RTJ, 137 (1)/90 (93).

<sup>46</sup> ADI 939, Rel. Sydney Sanches, DJ de 18-3-1994, p. 5165-5166.

<sup>47</sup> ADI 1.045, Rel. Marco Aurélio, DJ de 6-5-1994, p. 10485.

### 5.3. Admissibilidade e limites da interpretação conforme à Constituição

Também entre nós utilizam-se, doutrina e jurisprudência, de uma fundamentação diferenciada para justificar o uso da interpretação conforme à Constituição. Ressalta-se, por um lado, que a supremacia da Constituição impõe que todas as normas jurídicas ordinárias sejam interpretadas em consonância com seu texto.<sup>48</sup> Em favor da admissibilidade da interpretação conforme à Constituição milita também a presunção da constitucionalidade da lei, fundada na ideia de que o legislador não poderia ter pretendido votar lei inconstitucional.<sup>49</sup>

Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a interpretação conforme à Constituição conhece limites. Eles resultam tanto da expressão literal da lei quanto da chamada *voluntade do legislador*. A interpretação conforme à Constituição é, por isso, apenas admissível se não configurar violência contra a expressão literal do texto<sup>50</sup> e não alterar o significado do texto normativo, com mudança radical da própria concepção original do legislador.<sup>51</sup>

A prática demonstra que o Tribunal não confere maior significado à chamada *intenção do legislador*, ou evita investigá-la, se a interpretação conforme à Constituição se mostra possível dentro dos limites da expressão literal do texto.<sup>52</sup>

### 5.4. Entre a interpretação conforme e a decisão manipulativa de efeitos aditivos

Muitas vezes, porém, esses limites não se apresentam claros e são difíceis de definir. Como todo tipo de linguagem, os textos normativos normalmente padecem de certa indeterminação semântica, sendo passíveis de múltiplas interpretações. Assim, é possível entender, como o faz Rui Medeiros, que "a problemática dos limites da interpretação conforme à Constituição está indissociavelmente ligada ao tema dos limites da interpretação em geral".<sup>53</sup>

A eliminação ou fixação, pelo Tribunal, de determinados sentidos normativos do texto, quase sempre tem o condão de alterar, ainda que minimamente, o sentido normativo original determinado pelo legislador. Por isso, muitas vezes

<sup>48</sup> Carlos Alberto Lúcio Bittencourt, *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, cit., p. 93-94.

<sup>49</sup> Carlos Alberto Lúcio Bittencourt, *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, cit., p. 95.

<sup>50</sup> Carlos Alberto Lúcio Bittencourt, *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, cit., p. 95.

<sup>51</sup> ADI 2.405/RS, Rel. Carlos Britto, DJ de 17-2-2006; ADI 1.344/ES, Rel. Joaquim Barbosa, DJ de 19-4-2006; Rp. 1.417/DF, Rel. Moreira Alves, DJ de 15-4-1988; ADI 3.046/SP, Rel. Sepúlveda Pertence, DJ de 28-5-2004.

<sup>52</sup> Rp. 1.454, Rel. Octavio Gallotti, RTJ, 125 (3)/997; Rp. 1.389, Rel. Oscar Corrêa, RTJ, 126/514; Rp. 1.399, Rel. Aldir Passarinho, DJ de 9-9-1988.

<sup>53</sup> Rui Medeiros, *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, Lisboa: Universidade Católica, 1999, p. 301.

a interpretação conforme levada a efeito pelo Tribunal pode transformar-se numa decisão modificativa dos sentidos originais do texto.

O Supremo Tribunal Federal, quase sempre imbuído do dogma kelseniano do legislador negativo, costuma adotar uma posição de *self-restraint* ao se deparar com situações em que a interpretação conforme possa descambar para uma decisão interpretativa corretiva da lei.<sup>54</sup>

Ao se analisar detidamente a jurisprudência do Tribunal, no entanto, é possível verificar que, em muitos casos, a Corte não atenta para os limites, sempre imprecisos, entre a interpretação conforme delimitada negativamente pelos sentidos literais do texto e a decisão interpretativa modificativa desses sentidos originais postos pelo legislador.<sup>55</sup>

No recente julgamento conjunto das ADIs 1.105 e 1.127, ambas de relatoria do Ministro Marco Aurélio, o Tribunal, ao conferir interpretação conforme a Constituição a vários dispositivos do Estatuto da Advocacia (Lei n. 8.906/94), acabou adicionando-lhes novo conteúdo normativo, convalidando a decisão em verdadeira interpretação corretiva da lei.<sup>56</sup>

Em outros vários casos mais antigos<sup>57</sup>, também é possível verificar que o Tribunal, a pretexto de dar interpretação conforme à Constituição a determinados dispositivos, acabou proferindo o que a doutrina constitucional, amparada na prática da Corte Constitucional italiana, tem denominado de *decisões manipulativas de efeitos aditivos*.<sup>58</sup>

Em futuro próximo, o Tribunal voltará a se deparar com o problema no julgamento da ADPF 54, rel. Marco Aurélio, que discute a constitucionalidade da criminalização dos abortos de fetos anencéfalos. Caso o Tribunal decida pela procedência da ação, dando interpretação conforme aos arts. 124 a 128 do Código Penal, invariavelmente proferirá uma típica decisão manipulativa com eficácia aditiva.

<sup>54</sup> ADI 2.405/RS, Rel. Carlos Britto, DJ de 17-2-2006; ADI 1.344/ES, Rel. Moreira Alves, DJ de 19-4-1996; R.p. 1.417/DF, Rel. Moreira Alves, DJ de 15-4-1988.

<sup>55</sup> ADI 3.324, ADI 3.046, ADI 2.652, ADI 1.946, ADI 2.209, ADI 2.596, ADI 2.332, ADI 2.084, ADI 1.797, ADI 2.087, ADI 1.668, ADI 1.344, ADI 2.405, ADI 1.105, ADI 1.127.

<sup>56</sup> ADI 1.105/DF e ADI 1.127/DF, Rel. orig. Marco Aurélio, Rel. pl. acórdão Ricardo Lewandowski.

<sup>57</sup> ADI 3.324, ADI 3.046, ADI 2.652, ADI 1.946, ADI 2.209, ADI 2.596, ADI 2.332, ADI 2.084, ADI 1.797, ADI 2.087, ADI 1.668, ADI 1.344, ADI 2.405, ADI 1.105, ADI 1.127.

<sup>58</sup> Sobre a difusa terminologia utilizada, vide: Carlos Blanco de Moraes, *Justiça constitucional: o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*, cit. t. 2, p. 238 e s.; Augusto Martín De La Vega, *La sentencia constitucional en Italia*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003; Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Valladolid: Lex Nova, 2001; Héctor López Bosfill, *Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

Ao rejeitar a questão de ordem levantada pelo Procurador-Geral da República, o Tribunal admitiu a possibilidade de, ao julgar o mérito da ADPF 54, atuar como verdadeiro legislador positivo, acrescentando mais uma excludente de punibilidade — no caso do feto padecer de anencefalia — ao crime de aborto.<sup>59</sup>

Portanto, é possível antever se o Supremo Tribunal Federal acabará por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e aliar-se à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotada pelas principais Cortes Constitucionais do mundo. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional.

## 6. A DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS E A "LEI AINDA CONSTITUCIONAL"

Em decisão de 23-3-1994, teve o Supremo Tribunal Federal oportunidade de ampliar a já complexa tessitura das técnicas de decisão no controle de constitucionalidade, admitindo que lei que concedia prazo em dobro para a Defensoria Pública era de ser considerada constitucional enquanto esses órgãos não estivessem devidamente habilitados ou estruturados.<sup>60</sup>

Assim, o Relator, Ministro Sydney Sanches, ressaltou que a inconstitucionalidade do § 5º do art. 5º da Lei n. 1.060, de 5-2-1950, acrescentado pela Lei n. 7.871, de 8-11-1989, não haveria de ser reconhecida, no ponto em que confere prazo em dobro, para recurso, às Defensorias Públicas, "ao menos até que sua organização, nos Estados, alcance o nível da organização do respectivo Ministério Público".

<sup>59</sup> O Tribunal assim procedeu, ao analisar os processos abaixo, sinalizando para novos horizontes relativamente à sentença de perfil aditivo:

— RE 405.579, Rel. Joaquim Barbosa, julgamento iniciado em 17-10-2007. Em voto-vista propôs a extensão do benefício tributário (redução de imposto de importação) a empresas não contempladas no inciso X do § 1º do art. 5º da Lei n. 10.182/2001. O julgamento achia-se pendente em razão de pedido de vista.

— MI 670, Rel. para o acórdão Gilmar Mendes, MI 708, Rel. Gilmar Mendes, e MI 712, Rel. Eros Grau, julgados em 25-10-2007, nos quais se determinou a aplicação, aos servidores públicos, da Lei n. 7.783/89, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada. Cf. *supra*, Mandado de injunção.

— MS n. 26.602/DF (PPS), 26.603/DF (PSDB) e 26.604/DF (DEMOCRATAS), da relatoria dos Ministros Eros Grau, Celso de Mello e Carmen Lúcia, respectivamente. Em julgamento realizado em 4-10-2007, o Tribunal decidiu que o abandono, pelo parlamentar, da legenda pela qual foi eleito tem como consequência jurídica a extinção do mandato. Cf. capítulo *Direitos Políticos na Constituição*.

<sup>60</sup> HC 70.514, julgamento em 23-3-1994.



Da mesma forma pronunciou-se o Ministro Moreira Alves, como se pode depreender da seguinte passagem de seu voto:

“Assim, a lei em causa será constitucional enquanto a Defensoria Pública, concretamente, não estiver organizada com a estrutura que lhe possibilite atuar em posição de igualdade com o Ministério Público, tornando-se inconstitucional, porém, quando essa circunstância de fato não mais se verificar”.

Afigura-se, igualmente, relevante destacar o voto do Ministro Sepúlveda Pertence, que assim feriu a questão:

“No *Habeas Corpus* 67.930, quando o Tribunal afirmou a subsistência, sob a Constituição de 88, da legitimação de qualquer do povo, independentemente de qualificação profissional e capacidade postulatória, para a impetração de *habeas corpus*, tive oportunidade de realçar essa situação de fato da Defensoria Pública.

E, por isso, ao acompanhar o Relator acentuei que, dada essa pobreza dos serviços da Assistência Judiciária, e até que ela venha a ser superada, a afirmação da indispensabilidade do advogado, para requerer *habeas corpus*, que seria o ideal, viria, na verdade, a ser um entrave de fato, à salvaguarda imediata da liberdade.

Agota, em situação inversa, também esse mesmo estado de fato me leva, na linha dos votos até aqui proferidos, com exceção do voto do Ministro Marco Aurélio — a quem peço vênia —, a acompanhar o Relator e rejeitar a prejudicial de inconstitucionalidade *rebus sic stantibus*”.

Ressalvou-se, portanto, de forma expressa, a possibilidade de que o Tribunal possa vir a declarar a inconstitucionalidade da disposição em apreço, uma vez que a afirmação sobre a legitimidade da norma asseñava-se em uma circunstância de fato que se modifica no tempo.

Posteriormente, no Recurso Extraordinário Criminal n. 147.776, da relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, o tema voltou a ser agitado de forma pertinente. A ementa do acórdão revela, por si só, o significado da decisão para a evolução das técnicas de controle de constitucionalidade:

“2. No contexto da Constituição de 1988, a atribuição anteriormente dada ao Ministério Público pelo art. 68, 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 complementada 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 135.328”<sup>61</sup>.

Fica evidente, pois, que o Supremo Tribunal deu um passo significativo rumo à flexibilização das técnicas de decisão no juízo de controle de constitucionalidade, introduzindo, ao lado da declaração de inconstitucionalidade, o

<sup>61</sup> RE 147.776-8, Rel. Sepúlveda Pertence, *Lex-JSTF*, 238/390.

reconhecimento de um estado imperfeito, insuficiente para justificar a declaração de ilegitimidade da lei.

## 7. A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM A PRONÚNCIA DA NULIDADE E A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE CARÁTER RESTRITIVO OU LIMITATIVO

### 7.1. Introdução

A declaração de inconstitucionalidade de caráter restritivo ou sem a pronúncia da nulidade não expressa, propriamente, um *nouum* no Direito Constitucional brasileiro. Já em 1946 adotara o constituinte modalidade de decisão na qual o Tribunal deveria limitar-se, no processo preliminar da intervenção federal, a constatar eventual ofensa aos chamados princípios sensíveis (Constituição de 1946, art. 7º, VII, c/c o art. 13). Disposição idêntica foi incorporada à Constituição de 1967/69 (art. 10, VII, c/c o art. 11, § 2º) e à Constituição de 1988 (art. 34, VII, c/c o art. 36, IV e § 3º), que previram a *representação interventiva* tanto para a preservação dos chamados princípios sensíveis, quanto para a garantia da execução da lei federal.

Tal como estabelecido na Constituição vigente, o Tribunal deve limitar-se a declarar a inconstitucionalidade da providência ou da omissão de determinado Estado-Membro. A providência 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<sup>62</sup> (CF, art. 36, § 3º; RISTF, art. 175).

Não existe a menor dúvida na doutrina de que essa decisão faz coisa julgada. O próprio Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal admite-o expressamente, quando afirma que a comunicação oficial ao Presidente da República sobre a procedência da *representação interventiva* somente há de ocorrer após o trânsito em julgado da decisão (RISTF, art. 175). Essa decisão vincula as partes envolvidas — a União, representada pelo Procurador-Geral da República e o Estado, representado pelo órgão competente. A decisão final não opera efeitos *erga omnes* e permite, como formulado pelo Supremo Tribunal Federal, “(como elo de uma cadeia em que se conjugam poderes diversos) (...) ao Presidente da República suspender a execução do ato impugnado”<sup>63</sup>. A decisão judicial, no caso de ato normativo do Estado, não afeta, portanto, a existência do ato impugnado.

Há de se considerar, pois, que a decisão proferida na *representação interventiva* configura sentença meramente declaratória da existência de violação

<sup>62</sup> Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969*, 2. ed. rev., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970; t. 2, p. 257; Gilmar Ferreira Mendes, *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*, cit., p. 222 e s.

<sup>63</sup> RE 92.169, Rel. Moreira Alves, RTJ, 103 (3)/1113.

constitucional, dispondo o Supremo Tribunal Federal aqui de limitado poder de censura. Todavia, o ente federado que teve o ato ou omissão declarado inconstitucional está obrigado a empreender as medidas necessárias para o cumprimento da decisão, seja através da revogação das medidas consideradas inconstitucionais, seja mediante a expedição dos atos necessários à execução das leis federais. A execução da intervenção federal pelo Presidente da República somente deverá ocorrer se o Estado-Membro mostrar-se recalcitrante na execução da decisão<sup>64</sup>.

A Constituição de 1988 abriu a possibilidade para o desenvolvimento sistemático de uma *declaração de inconstitucionalidade com limitação de efeitos* (sem a *promulgação da nulidade*), na medida em que atribuiu particular significado ao controle de constitucionalidade da chamada *omissão do legislador*.

O art. 5º, LXXI, da Constituição previu, expressamente, a concessão do mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora tornar inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Ao lado desse instrumento, destinado, fundamentalmente, à defesa de direitos individuais contra a omissão do ente legiferante, introduziu o constituinte, no art. 103, § 2º, um sistema de controle abstrato da omissão. Assim, reconhecida a procedência da ação, deve o órgão legislativo competente ser informado da decisão, para as providências cabíveis. Se se tratar de órgão administrativo, está ele obrigado a colmatar a lacuna dentro de um prazo de trinta dias.

Tal como já afirmado, essa questão ganhou nova dimensão prática com a admissão da declaração de inconstitucionalidade com eficácia restrita (art. 27 da Lei n. 9.868/99).

## 7.2. As decisões proferidas no mandado de injunção e na ação direta de inconstitucionalidade por omissão

O processo de controle da omissão, previsto no art. 103, § 2º, da Constituição, é abstrato, e, consoante a sua própria natureza, deve a decisão nele proferida ser dotada de eficácia *erga omnes*<sup>65</sup>. Segundo a orientação do Supremo Tribunal Federal, o constituinte pretendeu conferir aos dois institutos significado processual semelhante, assegurando idênticas consequências jurídicas às decisões proferidas nesses processos. A garantia do exercício de direitos prevista no art. 5º, LXXVI, da Constituição, pertinente ao mandado de injunção, não se diferencia, fundamentalmente, da garantia destinada a tornar efetiva uma

norma constitucional referida no art. 103, § 2º, da Constituição, concernente ao controle abstrato da omissão<sup>66</sup>.

As decisões proferidas nesses processos declaram a mora do órgão legiferante em cumprir dever constitucional de legislar, compelindo-o a editar a providência requerida. Dessarte, a diferença fundamental entre o mandado de injunção e a ação direta de controle da omissão residiria no fato de que, enquanto o primeiro destina-se à proteção de direitos subjetivos e pressupõe, por isso, a configuração de um interesse jurídico concreto, o processo de controle abstrato da omissão, enquanto processo objetivo, pode ser instaurado independentemente da existência de um interesse jurídico específico<sup>67</sup>.

O Tribunal deixou assente que de sua competência para apreciar a omissão do legislador, no mandado de injunção, decorria, igualmente, a faculdade de determinar a suspensão dos processos administrativos ou judiciais e de suspender determinadas medidas ou atos administrativos. Poder-se-ia assegurar, assim, ao impetrante a possibilidade de ser beneficiado pela norma que viesse a ser editada.

A equiparação dos efeitos das decisões proferidas no mandado de injunção e no controle abstrato da omissão configura um elemento essencial da construção desenvolvida pelo Tribunal. Até porque a simples constatação de que a decisão proferida nesse processo tem caráter obrigatório para os órgãos legiferantes não legítima, necessariamente, outras consequências jurídicas consideradas pelo acórdão como simples consectário desse caráter obrigatório, tais como a obrigação de suspender os processos que tramitam perante autoridades administrativas ou Tribunais. Esses efeitos somente se mostram compreensíveis em face da suposição de que a decisão proferida no controle abstrato da omissão, por se tratar de um processo objetivo, deve ser dotada de eficácia *erga omnes*.

O Tribunal parte da idéia de que o constituinte pretendeu atribuir aos processos de controle da omissão idênticas consequências jurídicas. Isso está a indicar que, segundo seu entendimento, também a decisão proferida no mandado de injunção é dotada de eficácia *erga omnes*. Dessa forma, pôde o Tribunal fundamentar a ampliação dos efeitos da decisão proferida no mandado de injunção.

Essa construção permitiu ao Tribunal afirmar a imediata aplicação do mandado de injunção, independentemente da edição das normas processuais específicas. A natureza jurídica semelhante do mandado de injunção e do mandado de segurança, enquanto ações destinadas a obrigar os agentes públicos a empreenderem determinadas providências, autorizava, segundo o Tribunal, que, na ausência de regras processuais próprias, fossem aplicadas aquelas pertinentes ao mandado de segurança<sup>68</sup>.

<sup>64</sup> MI 107, Rel. Moreira Alves, RTJ, 133 (1)/11 (38-39).

<sup>67</sup> MI 107, Rel. Moreira Alves, RTJ, 133 (1)/11 (38-39).

<sup>68</sup> MI 107, Rel. Moreira Alves, RTJ, 133 (1)/11 (39).

<sup>64</sup> Cf., a propósito, Cláudio Pacheco, *Tratado das Constituições brasileiras*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965, v. 3, p. 78-79; José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, 6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 53.

<sup>65</sup> MI 107, Rel. Moreira Alves, RTJ, 133 (1)/11 (38-39).

Em resumo, pode-se afirmar que:

- 1) os direitos constitucionalmente garantidos apresentam-se como direitos à expedição de um ato normativo e não podem ser satisfeitos através de eventual execução direta por parte do Tribunal; a decisão judicial que declara a existência de uma omissão inconstitucional constata, igualmente, a mora do órgão ou poder legiferante, condenando-o a editar a norma requerida;
- 2) a omissão inconstitucional tanto pode referir-se a uma omissão total do legislador quanto a uma omissão parcial;
- 3) a decisão proferida no controle abstrato da omissão tem eficácia *erga omnes*, não tendo diferença fundamental da decisão prolatada no mandato de injunção;
- 4) é possível que o Supremo Tribunal Federal determine, na ação de mandado de injunção, a suspensão de processos administrativos ou judiciais, com vistas a assegurar ao interessado a possibilidade de ser contemplado pela norma mais benéfica. Essa faculdade legítima, igualmente, a edição de outras medidas que garantam a posição do impetrante até a expedição das normas pelo legislador.

### 7.3 Reflexões conceituais

#### 7.3.1. Considerações preliminares

Abstratizados os casos de omissão absoluta do legislador, que devem tornar-se cada vez mais raros, trata-se, na maioria das hipóteses, de omissão parcial do legislador, isto é, de uma *lacuna da lei* ou, especialmente, de uma *exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade*<sup>69</sup>.

É de indagar, ainda, se a regra que, por incompleta, é considerada inconstitucional, deve continuar a ser aplicada. Essa questão não foi contemplada na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no MI 107. Como ressaltado, o Tribunal limitou-se a constatar que de sua competência para julgar o mandado de injunção derivava também a faculdade para suspender os processos judiciais ou administrativos que, de alguma forma, afetassem a posição do impetrante.

<sup>69</sup> Embora na doutrina os casos de exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade sejam considerados exemplos típicos de lacuna da lei [Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 5. ed., Berlin-Heidelberg-New York, 1983, p. 359; Claus-Wilhelm Canaris, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, Berlin, 1964, p. 81; Friedrich Jülicher, *Die Verfassungsbeschwerden gegen Urteile bei gesetzgeberischem Unterlassen*, Berlin, 1972, p. 29; Hartmut Maurer, *Zur Verfassungswidrigkeitsklärung von Gesetzen*, in: *Festschrift für Werner Weber*, Berlin, 1974, p. 345 (352)], vem-se ressaltando, há algum tempo, que, nessas hipóteses, tem-se uma relação normativa inconstitucional (*Verfassungswidrige Normrelation*) (Jörn Ipsen, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, Baden-Baden, 1980, p. 214). Entre nós, ver ação direta de inconstitucionalidade por omissão proposta pelo Procurador-Geral da República relativa à Lei n. 7.719, de 6-1-1989 (ADI 799, Rel. Néri da Silveira), na qual se afirma possível afronta ao art. 39, § 1º, da Constituição.

O dever das autoridades administrativas ou dos tribunais cujos atos não foram diretamente impugnados pelo mandado de injunção, de suspender os processos de sua competência foi fundamentado pelo Tribunal, tanto quanto é possível inferir das considerações constantes do acórdão, com base na eficácia *erga omnes* de sua decisão.<sup>70</sup>

Embora o Tribunal tenha reconhecido expressamente que o conceito de omissão envolvia não só a omissão total do legislador, mas também a omissão parcial, não se posicionou sobre a situação jurídica que háveria de subsistir após a declaração da inconstitucionalidade. É provável mesmo que tenha deixado essa questão em aberto de forma consciente, porque, do contrário, teria dificuldades para sustentar a tese da aplicabilidade do mandado de injunção independentemente da edição de regras processuais adequadas.

Como não se cogita da cassação da lei defeituosa ou imperfeita, nos casos de omissão parcial, poder-se-ia afirmar que a situação anterior deveria subsistir até a edição das novas regras. Em favor dessa tese militaria o fato de que, tanto no mandado de injunção quanto no processo do controle abstrato da omissão, se limita o Tribunal a declarar a inconstitucionalidade de determinada situação jurídica. Poder-se-ia, portanto, sustentar que as normas antigas preservariam a sua força até a promulgação das novas disposições requeridas expressamente pelo acórdão que deu pela procedência da ação.

A tese segundo a qual, não obstante a declaração de inconstitucionalidade, a lei haveria de preservar a sua validade até a promulgação das novas regras, porque o Supremo Tribunal Federal, nos processos de controle de omissão, limita-se a declarar a inconstitucionalidade de determinadas situações jurídicas, não se compatibiliza com a idéia assente no Direito brasileiro: que considera nula a lei inconstitucional<sup>71</sup>. A Constituição de 1988 não parece fornecer qualquer fundamento para a aplicação indiscriminada da lei inconstitucional. O princípio do Estado de Direito e a vinculação dos poderes estatais aos direitos fundamentais, estabelecida no art. 5º, § 1º, da Constituição, estão a indicar que não basta a promulgação de uma lei. A lei exigida pela Constituição, tal como ocorre no Direito alemão<sup>72</sup>, não pode ser qualquer lei, mas lei compatível com a Constituição.

O princípio do Estado de Direito (art. 1º), a vinculação dos poderes estatais aos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º), a proteção dos direitos fundamentais contra eventual mudança da Constituição (art. 60, § 4º), bem como o processo especial para a revisão constitucional (art. 60), não só ressaltam a diferença entre lei e Constituição e estabelecem a supremacia desta sobre aquela, como

<sup>70</sup> MI 107, Rel. Moreira Alves, RTJ, 133 (11)/11 e s.

<sup>71</sup> Rp. 971, Rel. Djaci Falcão, RTJ, 87 (2)/758, Rp. 1.016, Rel. Moreira Alves, RTJ, 95 (3)/998.

<sup>72</sup> Jörn Ipsen, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, cit., p. 216.

também fixam as condições que devem ser observadas na promulgação das leis ordinárias<sup>73</sup>.

Atribui-se, portanto, *hierarquia de norma constitucional*, também no Direito brasileiro, ao postulado da nulidade das leis inconstitucionais<sup>74</sup>.

Tal como já referido<sup>75</sup>, a aplicação continuada da lei declarada inconstitucional somente poderia justificar-se com fundamento em uma *alternativa normativa* de hierarquia constitucional<sup>76</sup>, disposição inexistente no Direito brasileiro. Não se pode fundamentar a aplicação indiscriminada da lei apenas com a afirmação de que, na sistemática do controle da omissão, o Tribunal limita-se a declarar a inconstitucionalidade de uma dada situação jurídica e a simples constatação da inconstitucionalidade, nos casos de omissão legislativa, resulta, como se pode depreender da firme jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht*<sup>77</sup>, das peculiaridades inerentes às formas de superação da situação inconstitucional<sup>78</sup>, independentemente da modalidade de processo no qual se afere a ofensa à Constituição<sup>79</sup>. Assim, a ausência de uma declaração de nulidade, no controle da omissão, não autoriza a continuada aplicação da norma defeituosa.

A única concepção que parece coadunar-se com a Constituição, no caso de simples declaração de inconstitucionalidade da omissão parcial, na via do mandado de injunção ou do controle abstrato da omissão, é aquela que defende a imediata suspensão da aplicação do complexo normativo defeituoso ou ilegítimo. A aplicação geral e continuada da lei considerada inconstitucional representaria uma ruptura com o princípio da supremacia da Constituição.

Contra a suspensão geral da aplicação da norma considerada inconstitucional poder-se-ia argumentar que o Tribunal somente está autorizado a aferir, no mandado de injunção, a inconstitucionalidade da omissão parcial que, de alguma forma, revelar-se afrontosa a um direito subjetivo constitucionalmente assegurado. Poder-se-ia dizer, ademais, que dessa decisão, que produz efeitos apenas entre as partes, não se pode extrair ou derivar uma suspensão geral da norma.

O Supremo Tribunal Federal, ao equiparar os efeitos da decisão proferida no controle abstrato da omissão e no processo de mandado de injunção,

<sup>73</sup> Alfredo Buzaid, *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 431; Francisco Luiz da Silva Campos, *Direito constitucional*, cit., p. 430-431.

<sup>74</sup> Cf., *supra*, Título IV, Capítulo III, II, 2.

<sup>75</sup> Conforme capítulo sobre ADI por omissão *supra*.

<sup>76</sup> Cf. Título IV, Capítulo II, II, 1. Exemplo de *alternativa normativa* de índole constitucional consta do art. 140, parágrafos 5 e 7, da Constituição austríaca.

<sup>77</sup> BVerfGE, 6, 257 (264); 8, 1 (19); 30, 292.

<sup>78</sup> Cf., a propósito, Hartmut Maurer, *Zur Verfassungswidrigkeit von Gesetzen*, in *Festschrift für Werner Weber*, cit., p. 345 (353, 360, 368).

<sup>79</sup> Cf., na jurisprudência da Corte Constitucional alemã sobre controle de normas: BVerfGE, 17, 210 (215); 44, 70 (88); 45, 376 (384); 47, 55; 48, 281; 63, 152 (166); 64, 158 (168); 64, 243 (247); BVerfGE, 43, 154 (167).

esforçou-se para fundamentar efeito vinculante que transcendesse as partes propriamente envolvidas.

A decisão proferida no processo de controle abstrato da omissão, típico *processo objetivo*, destinado, precipuamente, à preservação da Constituição, deveria ter, por sua própria natureza, eficácia *erga omnes*.

A posição do Supremo Tribunal Federal, que reconhece ter a decisão proferida no controle abstrato da omissão eficácia *erga omnes*, merece ser acolhida. É de excluir, de plano, a idéia de que a decisão proferida no controle abstrato da omissão deva ter eficácia vinculante *inter partes*, porque tais processos de garantia da Constituição, enquanto *processos objetivos*, não conhecem partes. As decisões proferidas nesses processos, tal como admitido pelo Tribunal<sup>80</sup>, devem ser dotadas, necessariamente, de eficácia geral<sup>81</sup>. Se o Tribunal constata, nesse processo, a omissão *parcial* do legislador em virtude da satisfação defeituosa ou incompleta de dever constitucional de legislar, reconhece ele também a inconstitucionalidade de todo o complexo normativo impugnado, com eficácia *erga omnes*. Definida a inconstitucionalidade, estão todos os órgãos estatais impedidos de praticar atos com base na regra considerada inconstitucional (CF, arts. 1º e 5º, § 1º).

Verifica-se, assim, que a constatação da inconstitucionalidade parcial, no processo de controle abstrato da omissão, deve ter como consequência, também no direito brasileiro, a *suspensão da aplicação* de todo o complexo normativo questionado.

Se se constata, com eficácia *erga omnes*, a omissão parcial, seja através da declaração da inconstitucionalidade, no controle abstrato da omissão, seja porque se empresta *força normativa* à decisão proferida no processo de mandado de injunção, fica o cidadão desobrigado de prestar obediência à norma, estando, por outro lado, impedido de reivindicar a sua aplicação em proveito próprio. Os órgãos estatais e a administração estão, igualmente, impedidos de aplicar a disposição, uma vez vinculados ao princípio do Estado de Direito (CF, arts. 1º e 5º, § 1º) e, por isso, obrigados a agir de forma legítima.

#### 7.4. Aplicação da lei inconstitucional

Aceita a idéia geral de que a declaração de inconstitucionalidade da omissão parcial exige a *suspensão de aplicação* dos dispositivos impugnados,

<sup>80</sup> Parecer do Ministro Rodrigues Alckmin, de 19-6-1974, DJ de 16-5-1977, p. 3124; Parecer do Ministro Moreira Alves, de 11-11-1975, DJ de 16-5-1977, p. 3124; MI 107; Rel. Moreira Alves, RTJ, 133 (1)/11 (38-39).

<sup>81</sup> Sobre a problemática no Direito alemão, cf. Manfred Goessl, *Organisationalen innerhalb des Bundes*, Berlin, 1961, p. 45; Ernst Friesenhahn, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1963, p. 105.



não se deve perder de vista que, em determinados casos, a aplicação excepcional da lei inconstitucional traduz exigência do próprio ordenamento constitucional.<sup>82</sup>

Isto poderia ser demonstrado com base no exame de algumas normas constitucionais que requerem, expressamente, a promulgação de leis. Um único exemplo há de explicitar esse entendimento. Nos termos do art. 7º, IV, da Constituição, o trabalhador faz jus a "salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família, com moradia, alimentação, educação, saúde, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo (...)". Essa norma contém expresso dever constitucional de legislar, obrigando o legislador a fixar salário mínimo que corresponda às necessidades básicas dos trabalhadores.

Se o Supremo Tribunal Federal chegasse à conclusão, em processo de controle abstrato da omissão ou mesmo em processo de controle abstrato de normas<sup>83</sup> — tal como ocorreu com o *Bundesverfassungsgericht*, a propósito da lei de retribuição dos funcionários públicos, em processo de *recurso constitucional* (*Verfassungsbeschwerde*)<sup>84</sup> —, de que a lei que fixa o salário mínimo não corresponde às exigências estabelecidas pelo constituinte, configurando-se, assim, típica inconstitucionalidade em virtude de omissão parcial, a *suspensão de aplicação* da lei inconstitucional — assim como sua eventual cassação — acabaria por agravar o estado de inconstitucionalidade. É que, nesse caso, não haveria lei aplicável à espécie.

Portanto, a *suspensão de aplicação* da norma constitui consequência fundamental da decisão que, em processo de controle abstrato da inconstitucionalidade por omissão e no mandado de injunção, reconhece a existência de omissão parcial. Todavia, ter-se-á de reconhecer, inevitavelmente, que a *aplicação da lei*, mesmo após a pronúncia de sua inconstitucionalidade, pode ser exigida pela própria Constituição. Trata-se daqueles casos em que a aplicação da lei mostra-se, do prisma constitucional, indispensável no período de transição, até a promulgação da nova lei.

Como a Constituição não contém qualquer decisão a respeito, devem ser regulamentadas por lei as importantes questões relacionadas com a superação desse estado de inconstitucionalidade. No interesse da segurança, da clareza e determinação jurídicas, deveria o legislador editar uma regra sobre suspensão de aplicação e legitimar o Supremo Tribunal Federal a, sob determinadas condições,

<sup>82</sup> Cf., sobre a problemática, no Direito alemão, Título IV, Capítulo II, III, 3, 3.4.

<sup>83</sup> A questão deixou de ser meramente acadêmica, uma vez que o PDT formulou ação direta de inconstitucionalidade contra a Lei n. 8.419, de 7-5-1992, que fixava o salário mínimo em Cr\$ 230.000,00 (ADI 737, Rel. Moreira Alves).

<sup>84</sup> BVerfGE, 8, 1 (19).

autorizar a aplicação do direito inconstitucional, nos casos constitucionalmente exigidos. *De lege ferenda*, poder-se-ia cogitar do estabelecimento de prazos dentro dos quais seria admissível a aplicação da lei inconstitucional.<sup>85</sup>

Deve-se admitir, assim, que, com a adoção desses peculiares mecanismos de controle da omissão do legislador, criou-se a possibilidade de se desenvolver nova modalidade de decisão no processo constitucional brasileiro. Se se partir do princípio de que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no processo de mandado de injunção e no controle abstrato da omissão, tem conteúdo obrigatório ou mandamental para o legislador e que a decisão que reconhece a subsistência de uma omissão parcial contém, ainda que implicitamente, a declaração de inconstitucionalidade da regra defeituosa, há de se concluir, inevitavelmente, que a superação da situação inconstitucional deve ocorrer em duas etapas (*Zweistufenverfahren*)<sup>86</sup>.

## 7.5.A declaração de inconstitucionalidade de caráter limitativo ou restritivo

### 7.5.1. Considerações preliminares

A disposição contida no art. 27 da Lei n. 9.868/99 introduziu expressamente uma nova modalidade de decisão no direito brasileiro, à semelhança do modelo consagrado no direito português, que, no art. 282 (4), da Constituição, estabelece fórmula que autoriza o Tribunal Constitucional a limitar os efeitos das decisões de inconstitucionalidade com fundamento no princípio da segurança jurídica e no interesse público de excepcional relevo.

A fórmula consagrada na Constituição portuguesa e, agora, reproduzida parcialmente no art. 27 da Lei n. 9.868/99 não constitui modelo isolado. Ao revés, trata-se de sistema que, positiva ou jurisprudencialmente, vem sendo adotado pelos vários sistemas de controle de constitucionalidade. Além das especificidades do modelo alemão, já largamente referidas, anote-se que também os sistemas austríaco, italiano, espanhol e o próprio "direito" comunitário têm adotado modalidades assemelhadas quanto à restrição de efeitos da declaração de nulidade. Também a jurisprudência americana acabou por consagrar modelo mitigador da nulidade absoluta.

Tal como observado, o princípio da nulidade continua a ser a regra também no direito brasileiro. O afastamento de sua incidência dependerá de um severo juízo de ponderação que, tendo em vista análise fundada no princípio da proporcionalidade, faça prevalecer a "idéia de segurança jurídica" ou outro

<sup>85</sup> De certa forma, o disposto no art. 27 da Lei n. 9.868, de 1999, veio regular a matéria, prevendo, expressamente, a possibilidade de o Tribunal limitar os efeitos da decisão ou de declarar a inconstitucionalidade com eficácia *pro futuro*.

<sup>86</sup> Sobre esse conceito, cf. Wolfgang Hoffmann-Riem, *Die Beseitigung verfassungswidriger Rechtslagen im Zweistufenverfahren*, DVBl. 1971, p. 842.

princípio constitucionalmente importante, manifestado sob a forma de interesse social relevante. Assim, aqui, como no direito português, a não-aplicação do princípio da nulidade não se há de basear em consideração de política judiciária, mas em fundamento constitucional próprio.

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<sup>87</sup>. 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 limitados.

Vê-se, pois, que, também entre nós, terá significado especial o princípio da proporcionalidade, especialmente a proporcionalidade em sentido estrito, como instrumento de aferição da justeza da declaração de inconstitucionalidade (com efeito da nulidade), tendo em vista o confronto entre os interesses afetados pela lei inconstitucional e aqueles que seriam eventualmente sacrificados em consequência da declaração de inconstitucionalidade<sup>88</sup>.

Nos termos do art. 27 da Lei n. 9.868/99, o Supremo Tribunal poderá proferir, em tese, uma das seguintes decisões:

- a) declarar a inconstitucionalidade apenas a partir do trânsito em julgado da decisão (declaração de inconstitucionalidade *ex nunc*);
- b) declarar a inconstitucionalidade, com a suspensão dos efeitos por algum tempo a ser fixado na sentença, (declaração de inconstitucionalidade com efeito *pro futuro*); e, eventualmente,
- c) declarar a inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, permitindo que se operem a suspensão de aplicação da lei e dos processos em curso até que o legislador, dentro de prazo razoável, venha a se manifestar sobre situação inconstitucional (declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade = restrição de efeitos).

Assim, tendo em vista razões de segurança jurídica, o Tribunal poderá afirmar a inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc*. Nessa hipótese, a decisão de inconstitucionalidade eliminará a lei do ordenamento jurídico a partir do trânsito em julgado da decisão (cessação da ultra-atividade da lei) (*hipótese "a"*).

Outra hipótese (*hipótese "b"*) expressamente prevista no art. 27 diz respeito à declaração de inconstitucionalidade com eficácia a partir de um dado momento no futuro (declaração de inconstitucionalidade com efeito *pro futuro*). Nesse caso, a lei reconhecida como inconstitucional, tendo em vista fortes razões de

<sup>87</sup> Cf., a propósito do Direito português, Rui Medeiros, *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, cit., p. 716.

<sup>88</sup> Cf., sobre o assunto, Rui Medeiros, *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, cit., p. 703-704.

segurança jurídica ou de interesse social, continuará a ser aplicada dentro do prazo fixado pelo Tribunal. A eliminação da lei declarada inconstitucional do ordenamento submete-se a um termo pré-fixo. Considerando que o legislador não fixou o limite temporal para a aplicação excepcional da lei inconstitucional, caberá ao próprio Tribunal essa definição.

Como se sabe, o modelo austríaco consagra fórmula que permite ao Tribunal assegurar a aplicação da lei por período que não exceda dezoito meses. Ressalte-se que o prazo a que se refere o art. 27 tem em vista assegurar ao legislador um tempo adequado para a superação do modelo jurídico-legislativo considerado inconstitucional. Assim, ao decidir pela fixação de prazo, deverá o Tribunal estar atento a essa peculiaridade.

Finalmente, poderão surgir casos que recomendem a adoção de uma pura declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade (suspensão de aplicação da lei e suspensão dos processos em curso) (*hipótese "c"*). Poderá ser o caso de determinadas lesões ao princípio da isonomia (exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade). Nessas situações, muitas vezes não pode o Tribunal eliminar a lei do ordenamento jurídico sob pena de suprimir uma vantagem ou avanço considerável. A preservação dessa situação sem qualquer ressalva poderá importar, outrossim, no agravamento do quadro de desigualdade verificado. Assim, um juízo rigoroso de proporcionalidade poderá recomendar que se declare a inconstitucionalidade sem nulidade, congelando a situação jurídica existente até o pronunciamento do legislador sobre a superação da situação inconstitucional.

## 7.5.2. A declaração de inconstitucionalidade restritiva, sua repercussão sobre as decisões proferidas nos casos concretos e admissão da limitação de efeitos no sistema difuso

Questão relevantíssima no sistema misto brasileiro diz respeito à repercussão da decisão limitadora tomada pelo Supremo Tribunal no controle abstrato de normas sobre os julgados proferidos pelos demais juízes e tribunais no sistema difuso.

Embora a Lei n. 9.868, de 10-11-1999, tenha autorizado o Supremo Tribunal Federal a declarar a inconstitucionalidade com efeitos limitados, no controle abstrato, é lícito indagar sobre a admissibilidade do uso dessa técnica de decisão no âmbito do controle difuso.

Assinale-se que, antes do advento da Lei n. 9.868/99, talvez fosse o STF, muito provavelmente, o único órgão importante de jurisdição constitucional a não fazer uso, de modo expresso, da limitação de efeitos na declaração de inconstitucionalidade. Não só a Suprema Corte americana (caso *Linkletter v. Walker*), mas também uma série expressiva de Cortes Constitucionais e Cortes Supremas adotam a técnica da limitação de efeitos (cf., v. g., a Corte Constitucional austríaca (Constituição, art. 140), a Corte Constitucional alemã (Lei Orgânica, §

31, 2 e 79, 1), a Corte Constitucional espanhola (embora não expresse na Constituição; adotou, desde 1989, a técnica da *declaración de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade* — cf. García de Enterría, *Justicia constitucional*, cit., p. 5), a Corte Constitucional portuguesa (Constituição, art. 282, n. 4), o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia (art. 174, 2, do Tratado de Roma) e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (caso *Marckx*, de 13-6-1979)<sup>89</sup>.

No que interessa para a discussão da questão em apreço, ressalte-se que o modelo difuso não se mostra incompatível com a doutrina da limitação dos efeitos.

Sem dúvida, afigura-se relevante no sistema misto brasileiro o significado da decisão limitadora tomada pelo Supremo Tribunal Federal no controle abstrato de normas sobre os julgados proferidos pelos demais juízes e tribunais no sistema difuso.

O tema relativo à compatibilização de decisões nos modelos concreto e abstrato não é exatamente novo e foi suscitado, inicialmente, na Áustria, tendo em vista os reflexos da decisão da Corte Constitucional sobre os casos concretos que deram origem ao incidente de inconstitucionalidade (1920-1929). Optou-se ali por atribuir efeito *ex tunc* excepcional à repercussão da decisão de inconstitucionalidade sobre o caso concreto (Constituição austríaca, art. 140, n. 7, 2ª parte).

No direito americano, como já vimos, o tema poderia assumir feição delimitada tendo em vista o caráter incidental ou difuso do sistema, isto é, modelo marcadamente voltado para a defesa de posições subjetivas. Todavia, ao contrário do que se poderia imaginar, não é rara a pronúncia de inconstitucionalidade sem atribuição de eficácia retroativa, especialmente nas decisões judiciais que introduzem alteração de jurisprudência (*prospective overruling*). Em alguns casos, a nova regra afirmada para decisão aplica-se aos processos pendentes (*limited prospectivity*); em outros, a eficácia *ex tunc* exclui-se de forma absoluta (*pure prospectivity*). Embora tenham surgido no contexto das alterações jurisprudenciais de precedentes, as *prospectives* têm integral aplicação às hipóteses de mudança de orientação que leve à declaração de inconstitucionalidade de uma lei antes considerada constitucional<sup>90</sup>.

A prática da *prospectivity*, em qualquer de suas versões, no sistema de controle americano, demonstra, pelo menos, que o controle incidental não é incompatível com a idéia da limitação de efeitos na decisão de inconstitucionalidade.

Há de se reconhecer que o tema assume entre nós peculiar complexidade de tendo em vista a inevitável convivência entre os modelos difuso e direto.

<sup>89</sup> Cf. Carlos Roberto Siqueira Castro, Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos em face das Leis n.º 9.868 e 9.882/99, in Daniel Sarmento (org.), *O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001 (antes sobre este tema veria-se a Lei 9.868/99).

<sup>90</sup> Cf. Rui Medeiros, *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, cit., p. 743; e (1991) *The Legal Effects of*...

Quais serão, assim, os efeitos da decisão *ex nunc* do Supremo Tribunal Federal, proferida *in abstracto*, sobre as decisões já proferidas pelas instâncias afirmadoras da inconstitucionalidade com eficácia *ex tunc*?

Essas colocações têm a virtude de demonstrar que a declaração de inconstitucionalidade *in concreto* também se mostra passível de limitação de efeitos. A base constitucional dessa limitação — necessidade de um outro princípio que justifique a não-aplicação do princípio da nulidade — parece sugerir que, se aplicável, a declaração de inconstitucionalidade restrita revela-se abrangente do modelo de controle de constitucionalidade como um todo. É que, nesses casos, tal como já argumentado, o afastamento do princípio da nulidade da lei assenta-se em fundamentos constitucionais e não em razões de conveniência. Se o sistema constitucional legitima a declaração de inconstitucionalidade restrita no controle abstrato, esta decisão poderá afetar, igualmente, os processos do modelo concreto ou incidental de normas. Do contrário, poder-se-ia ter inclusive um esvaziamento ou uma perda de significado da própria declaração de inconstitucionalidade restrita ou limitada.

A questão tem relevância especial no direito português, porque, ao lado do modelo abstrato de controle, de perfil concentrado, adota a Constituição um modelo concreto de perfil incidental à semelhança do sistema americano ou brasileiro. Trata-se de herança do sistema adotado pela Constituição portuguesa de 1911.

É claro que, nesse contexto, tendo em vista os próprios fundamentos legitimadores da restrição de efeitos, poderá o Tribunal declarar a inconstitucionalidade com efeitos limitados, fazendo, porém, a ressalva dos casos já decididos ou dos casos pendentes até um determinado momento (v. g., até a decisão *in abstracto*). É o que ocorre no sistema português, onde o Tribunal Constitucional ressalva, frequentemente, os efeitos produzidos até a data da publicação da declaração de inconstitucionalidade no Diário da República ou, ainda, acrescenta no dispositivo que são excetuadas aquelas situações que estejam pendentes de impugnação contenciosa<sup>91</sup>.

Essa orientação afigura-se integralmente aplicável ao sistema brasileiro.

Assim, pode-se entender que se o STF declarar a inconstitucionalidade restrita, sem qualquer ressalva, essa decisão afeta os demais processos com pedidos idênticos pendentes de decisão nas diversas instâncias. Os próprios fundamentos constitucionais legitimadores da restrição embasam a declaração de inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* nos casos concretos. A inconstitucionalidade da lei há de ser reconhecida a partir do trânsito em julgado. Os casos concretos ainda não transitados em julgado hão de ter o mesmo tratamento (decisões com eficácia *ex nunc*) se e quando submetidos ao STF.

<sup>91</sup> Cf. Rui Medeiros, *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, cit., p. 748.

É verdade que, tendo em vista a autonomia dos processos de controle incidental ou concreto e de controle abstrato, entre nós, mostra-se possível um distanciamento temporal entre as decisões proferidas nos dois sistemas (decisões anteriores, no sistema incidental, com eficácia *ex tunc* e decisão posterior, no sistema abstrato, com eficácia *ex nunc*). Esse fato poderá ensejar uma grande insegurança jurídica. Daí parecer razoável que o próprio STF declare, nesses casos, a inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* na ação direta, ressaltando, porém, os casos concretos já julgados ou, em determinadas situações, até mesmo os casos *sub judice*, até a data de ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade. Essa ressalva assenta-se em razões de índole constitucional, especialmente no princípio da segurança jurídica. Ressalte-se aqui que, além da ponderação central entre o princípio da nulidade e outro princípio constitucional, com a finalidade de definir a dimensão básica da limitação, deverá a Corte fazer outras ponderações, tendo em vista a repercussão da decisão tomada no processo de controle *in abstracto* nos diversos processos de controle concreto.

Dessa forma, tem-se, a nosso ver, uma adequada solução para o difícil problema da convivência entre os dois modelos de controle de constitucionalidade existentes no direito brasileiro, também no que diz respeito à técnica de decisão.

Aludida abordagem responde a uma outra questão intimamente vinculada a esta. Trata-se de saber se o STF poderia, ao apreciar recurso extraordinário, declarar a inconstitucionalidade com efeitos limitados.

Não parece haver dúvida de que, tal como já exposto, a limitação de efeito é apanágio do controle judicial de constitucionalidade como um todo, podendo ser aplicado tanto no controle direto quanto no controle incidental.