

MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NO CONTROLE DIFUSO

Carlos Wagner Dias Ferreira

Juiz Federal / 1ª Vara - RN

Sumário: -1. Considerações Preliminares; 2. Teoria da nulidade dos atos declarados inconstitucionais; 3. Mitigação da teoria da nulidade absoluta: tentativa de primazia da anulabilidade da declaração de inconstitucionalidade; 4. Críticas à manipulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade; 5. Possibilidade de limitação dos efeitos no controle difuso e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal; 6) O Juiz monocrático e a flexibilização no caso concreto dos efeitos de inconstitucionalidade; 7) Conclusões.

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A aferição da compatibilidade da legislação ordinária ou dos atos normativos com a Constituição consiste em um dos maiores desafios da jurisdição constitucional, sobretudo no campo da eficácia da decisão que a encerra. Os efeitos atribuídos à decisão do Judiciário que declara a inconstitucionalidade de dada norma legal assumem tamanho realce que passam a integrar, inclusive, o próprio conteúdo do julgado e repercutir na essência da incompatibilidade que se reconhece.

Inicialmente, a adoção do formato dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade teve como âncora a escolha do modelo de controle normativo das leis (difuso ou concentrado), pois, a depender da sistemática eleita, estar-se-ia a definir o caráter retrospectivo (efeito *ex tunc*) ou prospectivo (efeito *ex nunc*)

e, portanto, a natureza declaratória ou constitutiva da decisão que proclamava a incompatibilidade da lei ou do ato normativo com a Constituição. O exame incidental de constitucionalidade sinalizava a eficácia retroativa, enquanto o regime abstrato o efeito *pro futuro*.

É cediço que, na seara do controle abstrato de constitucionalidade das leis e dos atos normativos, o legislador ordinário instituiu, no art. 27 da Lei nº 9.868/99, a faculdade ao Supremo Tribunal Federal de restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, à vista de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, conferindo eficácia *ex nunc*, por decisão da maioria de dois terços de seus membros.

Porém, interessante debate repousa em investigar se a limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, alicerçada na teoria da anulabilidade, pode ser admitida também no controle difuso ou incidental, sem que haja preceito normativo que a preveja e, se for possível, se o juiz monocrático ou o tribunal ordinário desfrutaria de poderes para estipular a eficácia prospectiva da decretação da incompatibilidade com a Constituição, abandonando a teoria da nulidade, que preconiza a retrospectividade dos efeitos decorrentes da invalidade, desde o nascimento da lei ou do ato normativo.

Para tanto, é imperioso analisar se é possível desvincular e romper o binômio inconstitucionalidade/nulidade e admitir, em seu lugar, como regra geral, a relação inconstitucionalidade/anulabilidade no controle incidental, perscrutando, ainda, como essa última concepção vem sendo absorvida pelo ordenamento jurídico dos Estados Unidos da América, matriz primacial do regime difuso de constitucionalidade. Além disso, o presente ensaio irá examinar as críticas à adoção da manipulação dos efeitos da decretação da inconstitucionalidade no controle concentrado e o comportamento do Supremo Tribunal Federal nessa matéria.

2. TEORIA DA NULIDADE DOS ATOS DECLARADOS INCONSTITUCIONAIS

Logo no princípio, a doutrina americana entendeu que deveria prevalecer a teoria declaratória da nulidade dos atos contrários à Constituição reconhecidos pelo Poder Judiciário, inspirada nos movimentos libertários de independência das 13 (treze) colônias americanas em relação à metrópole Inglesa, distanciando-se do ideário que conferia primazia à supremacia do parlamento, e espe-

cialmente sob a influência dos textos escritos por Hamilton, Madison e Jay, publicados na imprensa jornalística¹.

A discussão que se estabeleceu na sociedade americana residia em questionar se o Poder Judiciário poderia declarar a invalidade de leis confeccionadas pelo Legislativo, que estivessem em desconformidade com a Constituição. Acabou prevalecendo a tese de que os representantes do povo não poderia gozar de mais poderes do que o próprio povo. A Constituição americana de 1787, segundo se sustentava, desejou colocar os tribunais integrantes do Judiciário entre o povo e os legisladores, para justamente limitar a atuação da legislatura, o que só poderia ser desencadeado se fossem outorgados àqueles o poder de declarar a nulidade do ato legiferante. A lei editada pelo Legislativo que falseasse a Constituição não poderia ter validade e, portanto, deveria ser acimada de nula, sob pena de o constituinte desfrutar de menos poderes do que os constituídos².

O pronunciamento a respeito da inconstitucionalidade de determinada lei no modelo americano do controle incidental, nesta trilha, recebeu a marca de verdadeiro ato declaratório, porquanto cabia ao juiz, no exame do caso concreto, resolver o litúgio referente a posições subjetivas das partes envolvidas, reconhecendo, desde o nascedouro, a incompatibilidade da legislação invocada com a Constituição dos Estados Unidos de 1787. O juiz apenas e tão-somente declarava aquilo que já existia desde a edição da lei: a inconstitucionalidade. Surge daí o embrião para que fosse cunhada a expressão “declaração de inconstitucionalidade”.

Sendo a Constituição o texto ápice antecedente cronologicamente, era até natural defender-se que toda lei editada que se afigurasse contrária a ela o seria desde o seu nascimento, uma vez que jamais deveria ter sido elaborada e ingressado na ordem jurídica. A declaração de inconstitucionalidade implicava necessariamente a nulidade da lei *ab initio*, também denominada nulidade de

¹ Os vários textos confeccionados por eles formataram a obra que passou a ser chamada “O Federalista”, que foi traduzida várias vezes em vernáculo português, sendo uma delas a vertida por Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

² No capítulo dedicado à inamovibilidade do Poder Judiciário, Hamilton ressalta, até por uma questão de lógica e de supremacia constitucional, que: “Todo ato de uma autoridade delegada contrário aos termos da comissão é nulo. Esse princípio é indubitável; e, portanto, todo ato do corpo legislativo, contrário à Constituição, não pode ter validade. Negar isso seria o mesmo que dizer que o delegado é superior ao constituinte, o criado ao amo, os representantes do povo ao povo que representam; ou que aqueles que obram em virtude de poderes delegados, tanta autoridade têm para o que esses poderes autorizam, como para o que eles proibem.” (Ob. cit., pág. 459).

pleno direito, na medida em que se entendia a incompatibilidade como a ausência dos elementos essenciais que a identificavam, o que acarretava a carência de produção de efeitos jurídicos desde a origem e a impossibilidade de ser ratificada ou sanada.

A aferição da validade do ato vinculava a conseqüência a ser atribuída na esfera da eficácia. Todo ato inconstitucional e, portanto, inválido, era, no plano da eficácia, inteiramente nulo. A eficácia não seria *ex nunc*, mas sempre *ex tunc*. Em hipótese alguma, a lei declarada inconstitucional poderia produzir efeitos, a não ser os decorrentes da invalidade *ab origine*.

Outro aspecto também poderia justificar a consolidação da tese da nulidade do ato inconstitucional no âmbito do controle incidental. A decretação da inconstitucionalidade colimava o deslinde do caso trazido a juízo e, no mais das vezes, esse reconhecimento só adquiria relevância para a solução do litígio, se se declarasse a contrariedade à Constituição desde o nascimento da lei que suscitou o conflito. No controle concreto, o que sempre se almejou, a bem da verdade, nunca foi a pura e simples declaração de inconstitucionalidade da lei, mas que essa decretação tivesse reflexo direto e relevante na solução da hipótese submetida a julgamento³. Se a declaração não retroagisse desde à data da instituição da lei ou do ato normativo, muito provavelmente de nada adiantaria o pronunciamento de inconstitucionalidade. Aliás, dificilmente alguma parte iria se sentir motivada a ingressar com uma ação no Poder Judiciário, se houvesse a possibilidade de o juiz conceder efeitos futuros a uma declaração de inconstitucionalidade de lei que causou o estopim de conflito intersubjetivo pretérito.

De outro lado, nem sequer se cogitava conceber a inconstitucionalidade sob a feição da anulabilidade do ato legiferante, que se referia a elementos intrínsecos do ato e, por isso mesmo, gerava efeitos menos rigorosos e limitados.

Já, no modelo abstrato, cujo sistema jurídico admite plenamente a possibilidade de o juiz ou tribunal ordinário decidir a causa com base em lei suposta-

³ Ao analisar detidamente o controle difuso de berço genuinamente americano, Juan Manuel López Ulla destaca os elementos principais, de caráter consuetudinário, que motivam o exame *incidenter tantum* de constitucionalidade das normas no caso concreto debatido em juízo: “a) el caso planteado ha de encerrar la lesión por una ley de un interes constitucionalmente protegido, directa o indirectamente; ha de tratarse de un interés personal y preciso y de una lesión realizada o inminente; b) el tribunal sólo decide la inconstitucionalidad a instancia de parte y unicamente en cuanto tal decisión sea necesaria para fallar el caso planteado; c) cuando la ley es susceptible de dos interpretaciones, el Tribunal escoge la que asegura su validez; y d) la declaración de inconstitucionalidad no debe ser hecha jamás, excepto en un caso claro o cuando al menos existe duda razonable” (*Orígenes Constitucionales del Control Judicial de las Leyes*. Madrid: Tecnos, 1999, págs. 36/37).

mente inconstitucional, face à reserva de declaração ser atribuída exclusivamente às Cortes Constitucionais, o regime de eficácia da decisão podia ostentar contornos diversos daquele presente no difuso e conviver, sem maiores embates, com a teoria da anulabilidade.

No Brasil, a concepção de nulidade da decretação da inconstitucionalidade ganhou profundo prestígio com a introdução do sistema americano de controle incidental de constitucionalidade das leis e dos atos normativos na Constituição Republicana de 1891, que teve como um de seus maiores defensores Ruy Barbosa⁴.

Neste contexto, parece ser matéria relativamente tranqüila a adoção pela literatura pátria, no tocante aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, da teoria da nulidade das leis, como bem se depreende das ensinanças de Teori Albino Zavascki⁵ e Zeno Veloso⁶, não se constatando, ao menos, o esboço crítico dessa doutrina, mesmo quando se põe em xeque a boa-fé e a segurança

⁴ Arrematava Ruy Barbosa, como lição praticamente inabalável e indiscutível, que “Toda medida legislativa, ou executiva, que desrespeitar preceitos constitucionais, é, de sua essência, nula. Atos nulos da legislatura não podem conferir poderes válidos ao executivo” (*Actos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo*. Rio de Janeiro: Companhia Impressora, 1893, pág. 47).

⁵ Teori Albino Zavascki afasta qualquer tentativa de considerar a decisão de inconstitucionalidade como constitutiva, ao lecionar que: “A sentença que afirma a constitucionalidade da norma tem natureza declaratória: ela declara que a norma é compatível com a Constituição e, conseqüentemente, é válida. Da mesma forma, é declaratória a sentença que afirma a inconstitucionalidade. É que o vício da inconstitucionalidade acarreta a nulidade da norma, conforme orientação assentada há muito tempo no Supremo Tribunal Federal e abonada pela doutrina dominante entre nós. Assim, a afirmação da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade da norma, mediante sentença de mérito na ação direta ou na ação declaratória, simplesmente declara a validade ou a nulidade. Nada constitui nem desconstitui. Sendo declaratória a sentença, a sua eficácia temporal, no que se refere à validade ou nulidade do preceito normativo, é *ex tunc*, como ocorre nessa espécie de julgado. ‘A Corte’, explicou o Ministro Brossard, ‘verifica e anuncia a nulidade como o joalheiro pode afirmar, depois de examiná-lo, que aquilo que se supunha ser um diamante não é diamante, mas um produto sintético. O joalheiro não fez a pasta sintética, apenas verificou que o era. Também a decisão judicial não muda a natureza da lei, como o joalheiro não muda a natureza do diamante. Ela nunca foi lei, ele nunca foi diamante. Aquilo que se supunha ser um diamante e que o perito verificou ser um produto sintético, não deixou de ser diamante a partir da verificação do joalheiro, mas *ab initio* não passava de produto sintético. Também a lei inconstitucional. O Judiciário não a fez inconstitucional, apenas verificou e declarou que o era. Por isso seu efeito é *ex tunc*” (*Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, págs. 48/49).

⁶ Para Zeno Veloso, “a lei inconstitucional existe, goza da presunção de legitimidade, conferida a todas as normas, é eficaz, mas é inválida. A eficácia implica a executoriedade. Porém, se a lei inconstitucional tiver reconhecer judicialmente sua inconstitucionalidade, a sentença fulmina-a desde o início, operando *ex tunc*. A dita lei, que já era inválida, torna-se retroatividade ineficaz. E esta solução, sobretudo, é lógica. Ao se admitir algum efeito à lei declarada inconstitucional, ela teria revogado a Constituição, o que é absurdo e compromete toda a estrutura escalonada de nosso sistema jurídico” (*Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. 3ª Edição. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, pág. 185)

jurídica daqueles confiantes na constitucionalidade de leis que serviram de base à celebração de negócios jurídicos e à prática de determinados atos.

3. MITIGAÇÃO DA TEORIA DA NULIDADE ABSOLUTA: TENTATIVA DE PRIMAZIA DA ANULABILIDADE DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

No entanto, por mais que se sedimente ainda hoje na doutrina brasileira a prevalência da teoria da nulidade da declaração de inconstitucionalidade, pelo menos desde 1949, a literatura jurídica pátria, principalmente através do magistério de Lúcio Bittencourt, vem caminhando no sentido de relativizar a concepção da retroatividade dos efeitos da decisão que promana a contrariedade à Constituição, por reconhecer que a decretação simplesmente não apaga os efeitos fáticos produzidos durante o período em que se acreditava na constitucionalidade⁷.

Esse desprestígio da técnica da nulidade da lei inconstitucional passou a ganhar fôlego devido à falta de fundamentos mais sólidos e de instrumentos que propiciassem a teorização dos efeitos da decisão, à semelhança do que se viu com o ‘*Gesetzeskraft*’ (força de lei) alemã ou com o *stare decisis* americano. A frustrada tentativa de generalizar a doutrina relacionada aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, mediante a intervenção do Senado Federal, que fora consagrada pela Constituição de 1934 e reproduzida nos textos subsequentes, não contribuiu para a consolidação da teoria da nulidade, pois conceder a um órgão político tal poder mais a negava do que a afirmava⁸.

Demais disso, de certa forma, enquanto não considerados inconstitucionais, a lei ou o ato normativo podem, na prática, produzir efeitos, às vezes por

⁷ Em precioso trabalho escrito ainda em 1949 sobre o controle de constitucionalidade das leis, alerta Lúcio Bittencourt que “essa doutrina da *ineficácia ab initio* da lei inconstitucional não pode ser entendida em termos absolutos, pois que os efeitos *de fato* que a norma produziu não podem ser suprimidos, sumariamente, por simples obra de um decreto judiciário. O professor O. P. Field, que estudou longamente o assunto, demonstra que o referido princípio corporifica a doutrina tradicional, mas não pode ser considerado regra universal de direito – *it is not a universal rule of law*. E os tribunais têm que encontrar meios – e os têm encontrado – para salvar certos efeitos de fato que a inconstitucionalidade não pode cancelar” (*O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. Atualizado por José Aguiar Dias. Brasília: Ministério da Justiça, 1949, págs. 148/149).

⁸ Gilmar Mendes, *A Constitucionalidade do Art. 27 da Lei 9.868/99*. In: *Direito Constitucional Contemporâneo: Estudos em homenagem ao Professor Paulo Bonavides*. Coordenadores: Fernando Luiz Ximenes Rocha e Filomeno Moraes. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, pág. 306.

anos, no mundo fenomênico, gerando no espírito dos indivíduos e da própria sociedade a presunção de validade que servem de premissas para a prática de atos e negócios jurídicos. Tornar sem eficácia esse período de tempo, por imperativo da retroatividade da declaração de inconstitucionalidade, em algumas situações, vulnera o Direito, ante a descontinuidade da disciplina legiferante sobre a matéria e a insegurança jurídica, justificando, por isso mesmo, o abandono da tese da nulidade da lei inconstitucional⁹. Neste particular, a teoria da anulabilidade e a conseqüente eficácia prospectiva buscam equalizar os princípios da constitucionalidade e da segurança jurídica. Quando se esvazia a segurança jurídica, o postulado da constitucionalidade deve ceder e, por conseguinte, admitir a limitação de efeitos jurídicos de lei considerada inconstitucional.

Mauro Cappelletti exemplifica várias situações reais em que a eficácia *ex tunc* atribuída à decisão de inconstitucionalidade não consegue destruir os efeitos já produzidos ao longo do tempo: lei que tenha sido, por muito tempo, pacificamente aplicada por todos, órgãos públicos e sujeitos privados; um funcionário, eleito ou nomeado com base em uma lei muito tempo depois declarada inconstitucional, que tenha longamente atuado em sua função; o Estado que, por muitos anos, tenha arrecadado um certo tributo; ou, ainda, uma pessoa que tenha recebido uma pensão ou celebrado determinados contratos, sempre com base em uma lei posteriormente declarada inconstitucional¹⁰.

Independentemente do modelo consagrado de controle de constitucionalidade (difuso ou concentrado), sempre se há de indagar a respeito dos prováveis efeitos que a decisão declaratória de inconstitucionalidade pode repercutir na resolução do caso particular. A idéia de que o controle abstrato melhor se compatibiliza com a teoria da anulabilidade, e o concreto, com o da nulidade, não resiste a qualquer análise científica profunda acerca das teorias que a respaldam, uma vez que é inegável que, em ambos os regimes, indistintamente, a incidência dos efeitos retrospectivos pode se mostrar mais nociva ao Direito e à ordem jurídica do que a própria ofensa à Constituição.

E mesmo que se caia na tentação de se apegar à concepção que vincula os modelos à sistemática de eficácia de suas decisões, o que se percebe paulatinamente é um intercâmbio bem acentuado entre os dois regimes de controle de

⁹ André Ramos Tavares, *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005, pág. 264.

¹⁰ O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado. 2ª Edição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992, págs. 122/123.

constitucionalidade, em decorrência da progressiva aproximação entre as duas grandes famílias jurídicas do mundo contemporâneo, com a crescente importância qualitativa e quantitativa do direito legislado nos países do *common law* e, de outro lado, com a presença cada vez mais intensa dos precedentes judiciais nos países do *statute law* (romano-germânico)¹¹. Não raro se importam institutos que seriam próprios e peculiares a um dado modelo de controle de constitucionalidade, para complementarem ou aperfeiçoarem outro regime, sem que o desnature.

Tanto que Hans Kelsen, ao se debruçar sobre a eficácia da declaração de inconstitucionalidade, mesmo se alicerçando na hipótese da Suprema Corte Norte-Americana, genuína matriz do modelo difuso, defende a predominância da teoria da anulabilidade, mormente porque, em casos que geram consequências jurídicas duradouras, o legislador também se encontra autorizado a interpretar as leis e essa inteligência deve ser preservada até a superveniência de decisão contrária do Judiciário.

Argumenta, com extrema logicidade, Kelsen que “Também é controverso se uma lei declarada inconstitucional pela Suprema Corte deve ser considerada como nula *ab initio*. Uma interpretação nesse sentido da decisão da Suprema Corte significaria que tal decisão anula a lei de maneira geral e com força retroativa, abolindo-se assim todos os seus efeitos anteriores. Dentro de um sistema de direito positivo, porém, não existe nulidade absoluta. Não é possível caracterizar como inválido *a priori* (nulo *ab initio*) um ato que se apresenta como legal. Somente a anulação de tal ato é possível; ele não é nulo, mas anulável, eis que não é possível afirmar que um ato é nulo sem que se responda a questão sobre quem tem competência para estabelecer tal nulidade. Uma vez que a ordem legal – a fim de evitar a anarquia – dá a certas autoridades o poder de definir se um ato é nulo, tal definição tem sempre um caráter constitutivo, e não declaratório. O ato somente é ‘nulo’ se a autoridade competente assim o declarar. Essa declaração é uma anulação uma invalidação. Antes dela o ato não é nulo, pois ser ‘nulo’ significa legalmente inexistente, e o ato precisa existir legalmente para poder ser objeto de julgamento por uma autoridade. A anulação pode ser retroativa e o ordenamento pode autorizar todo indivíduo a estabelecer a nulidade do ato, isto é, anulá-lo com força retroativa. Normalmente, porém, apenas certos

¹¹ Luis Roberto Barroso, *Mudança da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em Matéria Tributária. Segurança Jurídica e Modulação dos Efeitos Temporais das Decisões Judiciais*. In: Revista de Direito do Estado, Pareceres, ano 1, nº 2, abril/junho de 2006, págs. 270/271.

órgãos da comunidade jurídica são autorizados a estabelecer a ‘nulidade’ de atos que se apresentam como legais”¹².

Talvez a alteração do formato da linguagem jurídica patrocinada pela doutrina, sobretudo a lusitana, influencie a mudança de concepção, substituindo a associação automática que se faz da nulidade absoluta ou *ab origine* em relação à inconstitucionalidade pela prospectividade da eficácia. Nesta linha, Gomes Canotilho ressalta que “Nos tempos mais recentes, a declaração de incompatibilidade tem evoluído no sentido de sentença de bloqueio da aplicação da lei inconstitucional. Isto significa que a declaração de incompatibilidade fundamenta a não aplicação da lei até à emanção de um novo acto legislativo”¹³. Desse modo, a declaração de inconstitucionalidade não passa de simples decisão que tão-somente impede a aplicação da lei, e não que a torna nula desde a origem.

4. CRÍTICAS À MANIPULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

Inúmeras críticas são formatadas para quem sustenta a adoção do modelo que flexibiliza os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no plano do controle abstrato, baseando-se na premissa de que, em regra, a eficácia *ex nunc* pressupõe sempre o exame preliminar próprio da medida cautelar, até porque, nesta hipótese, a concessão da tutela *initio litis* não afasta a vigência da lei até o julgamento final da ação.

Uma das primeiras críticas que se põe em desfavor da limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade consiste na equiparação da atividade jurisdicional a de verdadeiro legislador. Isso se deve à crença de que conferir efeitos prospectivos à decisão de inconstitucionalidade significa dá validade à lei considerada inválida e, portanto, incapaz de produzir efeitos válidos. Estaria o juiz a declarar como válida determinada lei, durante dado intervalo de tempo, e, assim, lançando-a no mundo jurídico como texto normativo de hierarquia constitucional, o que se revelaria como típica função de legislador – ou mesmo constituinte – positivo. De acordo com esse entendimento, somente o legislador gozaria da capacidade de inovar o cenário jurídico, dando validade a uma determinada lei, nunca o juiz ou o tribunal.

¹² *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, págs. 308/309.

¹³ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Edição. Coimbra: Almedina, 2003, pág. 957.

Michael Zander também identificou essa suposta similitude de funções estatais em confronto com a legitimidade que a sociedade espera de um órgão jurisdicional, assinalando que “Um juiz que usa a revogação prospectiva tem também muito a aparência de um legislador: É discutível que, embora muitos juízes sejam inovadores na prática, na crença popular eles são ainda os ‘descobridores’ do direito, e não os “criadores”. Esta crença, como se argumenta, não poderia ser sustentada, se as opiniões judiciais fossem lidas da seguinte forma: ‘este precedente é fora-da-data e deve ser mudado, mas a mudança somente será efetivada a partir de amanhã. Este autor tem sérias dúvidas, tais como, se o público teria profundo respeito pela Corte que servilmente acompanhou o precedente, do que para um que tentou reconciliar o confronto reclamando de mudança e confiança. Contudo, a bem da aparência, existe outra fórmula que a Corte pode usar: ‘a regra que nós anunciamos hoje é e sempre foi a visão correta do direito. Contudo, reconhecemos a confiança que foi depositada na visão velha, nós não aplicaremos a visão verdadeira para os eventos ocorridos antes de hoje’”¹⁴.

Todavia, não é de hoje que se vem admitindo a atividade criativa do juiz ou do órgão jurisdicional e, não poderia ser de outra forma, já que, como adverte Mauro Cappelletti, a interpretação sempre implica um certo grau de escolha e, por via de consequência, de criatividade, com destaque para alguns domínios da ciência jurídica, como a justiça constitucional¹⁵. Como se não bastasse ainda, em circunstâncias consumadas pelo tempo, irreversíveis ou de reversão possível, porém com sensível comprometimento de outros bens e valores constitucionais¹⁶, pode não restar outro caminho ao juiz senão optar por manipular os efeitos decorrentes da pronúncia de inconstitucionalidade, quando ameaçadas a segurança jurídica e a própria estabilidade do ordenamento jurídico.

¹⁴ No original em inglês, a lição de Michael Zander acha-se assim delimitada: “*A judge who uses prospective overruling has too much the appearance of a legislator: It is argued that however much judges are innovators in practice, in popular belief they are still the ‘finders’ of law, not its ‘makers’.* This belief, the argument runs, could not be sustained if judicial opinions read: ‘this precedent is out-of-date and ought to be changed, but the change will only be effective from today. This writer has serious doubts as to whether the public would have greater respect for a court that slavishly followed precedent, than for one that tried to reconcile the competing claims of change and reliance. However, for the sake of appearances, there is another formula that the court might use: ‘the rule that we announce today is and always was the correct view of the law. However, recognizing the reliance which was placed on the old view, we will not apply the true view to events happening before today’” (*The Law-Making Process*. Fifth Edition. London: Butterworths, 1999, pág. 353).

¹⁵ Juízes Legisladores? Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, pág. 129.

¹⁶ Teori Albino Zavascki, ob. cit., pág. 49.

Também não concorda com possibilidade de flexibilização dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no sistema constitucional brasileiro Ives Gandra da Silva Martins, destacando que, na esfera do direito tributário, poder-se-ia chancelar uma irresponsabilidade impositiva, dado que se correria o risco de vislumbrar exações inconstitucionais terem seus efeitos perpetuados e o Estado autorizado a permanecer com o produto da arrecadação ilegítima, ante à decretação da eficácia prospectiva¹⁷.

Já Lenio Streck questiona o poder conferido ao Supremo Tribunal Federal, com o advento da Lei nº 9.868/99, de especificar a data de início da eficácia da decisão de inconstitucionalidade, enaltecendo que “nem a Constituição está disponível ao Supremo Tribunal Federal e tampouco este pode dispor do prazo para o início da eficácia de sua decisão (ressalvado o caso do efeito *ex nunc*, *stricto sensu*, já praticado desde há muito em Tribunais Europeus, na tradição da doutrina kelseniana). Tal possibilidade enfraquece a força normativa da Constituição, em virtude da possibilidade de manipulação dos efeitos, a partir de vagos e ambíguos fundamentos da existência de *razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social* (sic). Tal previsão é absolutamente estranha ao Direito Constitucional brasileiro. Se há razões de ordem pragmática que apontam para a necessidade da mitigação da previsão do efeito *ex nunc*, não parece razoável admitir que a decisão de inconstitucionalidade venha a contemplar eficácia pró-futuro, para além do mero efeito *ex nunc*, ou em parte para o passado, com o que o efeito nem seria *ex tunc* e nem *ex nunc*. Estar-se-ia atribuindo um espaço de arbitrariedade ao Supremo Tribunal Federal que, a toda evidência, viola os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade”¹⁸.

Nada obstante isso, essas impugnações à limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle abstrato, tal como ancorada no art. 27 da Lei 9.868/99, bem denotam a fragilidade dos argumentos que as fundamentam. A circunstância de se afigurar inapropriado flexibilizar os efeitos no campo tributário não invalida, por completo, o instituto em outras áreas, nota-

¹⁷ Ives Gandra Martins, ao comentar o art. 27 da Lei 9.868/99, afirma não comportar o regime constitucional brasileiro a experiência alemã, que autoriza a manipulação dos efeitos da inconstitucionalidade, arrematando, ainda, que “Seria como permitir ao assaltante ficar com todo o produto do roubo declarado até o momento em que houve sua condenação, proibido de voltar a roubar as mesmas vítimas depois de condenado” (*Controle Concentrado de Constitucionalidade: Comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Saraiva, 2001, págs. 205/206).

¹⁸ *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, págs. 544/545. É de bom alvitre realçar, ainda, que as Constituições Alemã (art. 94.2 da Lei Fundamental de Bonn de 1949) e Espanhola (art. 165 da Constituição de 1978) delegam à legislação infraconstitucional (lei orgânica da própria Corte) a possibilidade dos respectivos Tribunais Constitucionais definirem os efeitos das decisões que pronunciam a inconstitucionalidade de leis.

damente as relacionadas a servidores públicos, a pagamentos de benefícios previdenciários, a procedimentos de persecução criminal, a contratos e negócios jurídicos já celebrados, dentre outras vertentes que ameacem a afetar a segurança e a estabilidade das relações jurídicas.

De igual sorte, não merecem prosperar as críticas atinentes ao excessivo poder concedido ao Supremo Tribunal Federal pelo art. 27 da Lei 9.868/99, porquanto é bastante comum não apenas a Corte Suprema, mas todos os juízes e tribunais integrantes do Judiciário, serem convocados a interpretar cláusulas vagas e ambíguas, comumente designadas como conceitos jurídicos indeterminados, complementando o preceito normativo com a carga valorativa e sobretudo volitiva do intérprete que emite o conteúdo decisório.

É certo – e isso parece ser inegável –, porém, que, a depender da eleição da matriz retrospectiva ou prospectiva, os juízes e tribunais, quando se referirem à revogação de precedente ou jurisprudência consolidada, poderão desenvolver comportamentos diferenciados, mostrando-se mais conservadores e com receio de realizar alterações abruptas de entendimento a respeito de uma determinada matéria, se for previamente estipulada a eficácia *ex tunc*, e, por outro vértice, no tocante ao efeito *ex nunc*, ficarem mais inclinados e ousados a modificar a posição pretérita, nos casos em que se afigure recomendável¹⁹. Contudo, esse suposto estímulo à alteração de posicionamento quanto à constitucionalidade de lei ou ato normativo pode ser perfeitamente minimizado com a aplicação do princípio da presunção de constitucionalidade e da técnica da interpretação conforme a Constituição.

5. POSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO DOS EFEITOS NO CONTROLE DIFUSO E A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

De início, o regime incidental de controle de constitucionalidade poderia até assinalar o caráter declaratório de inconstitucionalidade e, por via de consequência, encerrar a nulidade *ab initio* da lei ou ato normativo considerado incompatível com a Lei Fundamental. Mas há muito se vem defendendo, como já dito, a completa desconexão do modelo adotado de exame da constitucionalidade e a sistemática de sanção da norma submetida à investigação. A ruptura da vinculação inconstitucionalidade/nulidade, na realidade, implica separar em duas categorias distintas a validade e a eficácia, atributos da norma jurídica. A ligação

¹⁹ Marcelo Alves Dias de Souza, *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006, pág. 159.

consequencial antes difundida pressupunha a concepção no sentido de que a eficácia fazia parte integrante da validade, ofuscando as diferenciações que as notabilizaram. A teoria que preconiza a diferenciação entre validade e eficácia coaduna-se com a anulabilidade e a produção de efeitos prospectivos na seara da decretação da inconstitucionalidade.

A despeito de Elival da Silva Ramos não anuir com o efeito prospectivo no plano concreto, acaba por reconhecer que a eleição do modelo difuso ou concentrado não define os efeitos da decisão que decreta a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, fulminando qualquer idéia que vincule uma regra de identificação ao regime sufragado²⁰. A circunstância de ser a inconstitucionalidade pronunciada na hipótese concreta não importa necessariamente em conceder efeito retrospectivo à declaração emanada.

A maior resistência à adoção da teoria da anulabilidade no controle incidental, como era de se esperar, deveria ter ocorrido no berço desse sistema de declaração de inconstitucionalidade - o modelo norte-americano de controle de constitucionalidade das normas -, máxime por envolver a apreciação de casos concretos que dependiam, para o seu deslinde, da definição da compatibilidade da lei ou ato normativo com a Constituição de 1787. Todavia, não foi isso que ocorreu. A despeito de cuidar de resolver situações subjetivas concretas, a jurisprudência americana, quando convocada a desvencilhar caso paradigmático, não hesitou em despertar para a prospectividade dos efeitos da decretação de inconstitucionalidade.

Ressalta, inclusive, Gilmar Mendes que, mesmo a doutrina americana tão defensora da idéia de que a expressão “lei inconstitucional” configurava uma *contradictio in terminis*, uma vez que “the unconstitutional statute is not law at all”, veio a permitir, após a Grande Depressão, a partir da década de 30, a

²⁰ Esse trecho de sua obra bem delinea o pensamento que advoga: “o caráter difuso ou concentrado do sistema de controle não permite que se extraía uma regra de identificação, embora, em geral, a sanção de nulidade esteja associada ao controle difuso, isolado ou combinado com o concentrado. A sanção de anulabilidade, por seu turno, implicando ato de invalidação *a posteriori*, exige, também, para a prática desse ato a concentração de competência, já que não se conceberia uma lei que fosse anulada em alguns feitos e mantida, em sua validade provisória, em outras, mediante decisões com efeitos restritos ou *inter partes*. O ato legislativo, por sua própria natureza, apresenta amplo contingente de destinatários, direitos ou indiretos, o que impõe, paralelamente, que sua invalidação se faça mediante decisão única e de eficácia *erga omnes*, a qual, pela gravidade das consequências que apresenta, deve ser proferida por órgão superior da jurisdição ordinária ou por Corte Constitucional, consubstanciando controle concentrado de constitucionalidade. Não se compadece, portanto, o sistema de anulabilidade com o controle difuso. Todavia, o caráter incidental ou principal do controle não autoriza a seu respeito nenhuma regra de identificação, havendo certa tendência de combinar as duas formas de arguição da inconstitucionalidade (*incidenter tantum* ou *principaliter*), como sucede com as vigentes Constituições da Itália e Alemanha” (*A Inconstitucionalidade das Leis: Vício e Sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994, págs. 99/100).

necessidade de se estabelecerem restrições aos efeitos atinentes à declaração de inconstitucionalidade²¹, em virtude da perplexidade que provocava a retroatividade de efeitos a respeito da constitucionalidade de leis em processos criminais²². A questão tornava-se delicada nos casos em que havia condenações amparadas em leis ou práticas consideradas constitucionais, num primeiro momento, mas posteriormente declaradas inconstitucionais, em especial pela Suprema Corte Americana. Se fosse invocar a teoria da nulidade absoluta da lei inconstitucional, certamente o Estado teria que suportar inúmeras indenizações e ressarcimentos àqueles que cumpriram pena ou, de alguma maneira, tiveram as respectivas liberdades cerceadas.

Mas somente, com o caso *Mapp vs. Ohio* (1961), acendeu-se, nos Estados Unidos, a chama da tese da prospectividade da eficácia da declaração de inconstitucionalidade. Nele, a Suprema Corte Americana, afastando o precedente *Wolf vs. Colorado* (1949), reconheceu a inconstitucionalidade de determinado meio de prova obtido pela polícia na investigação criminal, à luz da 4ª Emenda da Constituição, e a sua conseqüente inadmissibilidade no juízo penal. Como decorrência disso, inúmeros *habeas corpus* foram impetrados perante a Justiça Americana, com a finalidade de assegurar a aplicação retroativa do novo precedente *Mapp vs. Ohio* aos casos já julgados e, conseqüentemente, às suas absolvições.

Sem embargo disso, ao examinar o caso *Linkletter vs. Walker* (1965), a Corte Suprema, na lavra do Justice Clark, entendeu que efeitos inteiramente retrospectivos não poderiam ser concedidos à decisão *Mapp vs. Ohio*, pois as regras estipuladas no precedente revogador tinham o claro propósito de desestimular as ações ilegais da polícia, proteger a privacidade das vítimas e uniformizar a atuação dos órgãos federais e estaduais com base nos mesmos padrões jurídicos²³. Atribuir efeito *ex tunc* ao caso *Mapp* significaria trazer inevitável clima de insegurança jurídica aos órgãos estatais, que depositaram completa confiança na constitucionalidade dos atos praticados em conformidade com o precedente revogado.

Vale transcrever, neste palmilhar, trecho do voto do ex-ministro Maurício Corrêa, no julgamento da ADI nº 1.102-DF, pelo Supremo Tribunal Federal,

²¹ *Jurisdição Constitucional: O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 1999, págs. 265/266.

²² Lúcio Bittencourt faz referência a essas decisões no campo criminal: *Norwood vs. State*, 101 So. 366; *Brewer vs. State*, 39 So. 927 e *Ex parte Siebold*, 100 U.S. 371 (ob. cit., pág. 147).

²³ Marcelo Alves Dias de Souza, ob. cit., págs. 169/170.

“Mesmo nos Estados Unidos, a Suprema Corte ao julgar o caso LINKLETTER v. WALKER, no ano de 1965, que se transformou em **leading case**, proclamou o entendimento de que a **retroatividade ou prospectividade** dos efeitos da declaração judicial relativa à inconstitucionalidade de lei não expressa um comando constitucional, o que significa dizer que os efeitos *ex nunc* ou *ex tunc* não têm origem na Constituição americana, senão uma questão do **judicial policy**, sujeita, por conseguinte, a livre valoração jurisdicional a ser feita em cada caso concreto. E que mesmo antes, já a Corte Americana não reconhecia aos contribuintes de impostos o direito de reaver importâncias que já haviam sido recolhidas ao Erário, até o instante da respectiva suspensão de sua eficácia, consoante demonstrado no texto clássico de O. P. Field, in **The effects of na Unconstitutional Statue**, Minneapolis, 1935, originariamente publicada na Harvard Law Review, vol. 45, 1932, sob o título **The recovery of unconstitutional taxes**.”²⁴

Aliás, no direito americano, por incrível que possa parecer, tem se intensificado a invocação da eficácia prospectiva às decisões de inconstitucionalidade no exame incidental, especialmente naquelas hipóteses de alteração de jurisprudência dos precedentes consolidados pelos tribunais (*prospective overruling*), desmitificando o dogma de que o efeito *pro futuro* não se afigura incompatível com o controle difuso, tanto que se desenvolveu, no ambiente jurisprudencial, segundo a especificidade do risco à segurança jurídica e à boa-fé dos cidadãos, duas versões da prospectividade (*limited prospectivity* e *pure prospectivity*)²⁵. Essa preocupação em postergar efeitos da declaração de inconstitucionalidade de leis consideradas constitucionais anteriormente encontra-se assentada na influência que a jurisprudência americana, sobretudo a produzida

²⁴ Digno de nota que, nesta hipótese em que se decretou a inconstitucionalidade, na órbita concentrada, das contribuições previdenciárias incidentes sobre as remunerações pagas ou creditadas, a qualquer título, aos empresários e autônomos que prestem serviço, nos termos do art. 22, inciso I, da Lei 8.212/91, não prevaleceu a tese da eficácia *pro futuro* propugnada pelo Relator Min. Maurício Corrêa.

²⁵ Gilmar Mendes desperta para a falência, no direito norte-americano, da idéia de incompatibilidade da eficácia prospectiva ao modelo difuso, mas sobretudo instiga o debate em terreno pátrio, quando se tenta harmonizar os dois principais sistemas de controle de constitucionalidade (difuso e concentrado), suscitando que: “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 tendo em vista a inevitável convivência entre os modelos difuso e direto. Quais serão, assim, os efeitos da decisão *ex tunc* do Supremo Tribunal Federal, proferida *in abstracto*, sobre as decisões já proferidas pelas instâncias afirmadoras da inconstitucionalidade com eficácia *ex tunc*?” (*Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2004, pág. 295).

pela Corte Suprema, provoca no comportamento e nas ações das instituições e dos indivíduos americanos.

De outro pórtico, não obstante a relutância inicial em excepcionar a regra geral da nulidade absoluta da lei ou ato normativo inconstitucional, na lente da jurisprudência brasileira, ainda na década de 70, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 79.343/BA, por meio da lavra do Ministro Leitão de Abreu, reconheceu a natureza constitutiva à decisão que proclama a inconstitucionalidade no controle difuso²⁶. Tratava-se de ação de consignação em pagamento proposta pelo inquilino, julgada improcedente nas instâncias ordinárias, relativa à discussão de aumentos de aluguéis, previstos para ocorrerem periodicamente em cláusula contratual de locação não-residencial, fundado no Decreto-lei nº 322/67, que fora declarado inconstitucional pela Corte Suprema²⁷.

Já mais recentemente, embora tenha se rendido quase que pacificamente à teoria da nulidade no controle incidental, ainda é possível colher, após a Constituição de 1988, alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal que, em casos excepcionais, quando se acham em risco a boa-fé e a segurança jurídica dos cidadãos ou da própria ordem jurídica, decide por projetar efeitos prospectivos às decisões que decretam a inconstitucionalidade²⁸.

No RE nº 197.917/SP, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, mesmo tendo declarado incidentalmente a inconstitucionalidade de norma municipal que exorbitava os limites constitucionais do número de vereadores à proporção da população, em franca violação ao disposto no art. 29, IV, da Carta Política de 1988, resolveu prostrar os efeitos da decisão para a próxima legislatura, respeitando-se os mandatos os atuais ocupantes da câmara municipal, em atenção ao princípio da segurança jurídica, na medida em que eventual retroatividade da

²⁶ Interessante observar que, em que pese o voto do Ministro Leitão de Abreu ter abordado e defendido a teoria da anulabilidade das leis declaradas inconstitucionais no controle concreto, a decisão proferida pelo Pretório Excelso, seguindo a linha desencadeada pelo referido relator, terminou por não conferir efeitos prospectivos à pronúncia de inconstitucionalidade, porquanto se entendeu que o Decreto-lei nº 322/67 não foi sequer levado em consideração na convalidação da avença locatícia, daí não se evidenciando qualquer necessidade de tutela à boa-fé dos contratantes.

²⁷ RE 62.739-SP, Pleno, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, j. 23/08/1967, DJU 13/12/1967.

²⁸ Recentemente, com o advento da Lei 11.417/2006, o Supremo Tribunal Federal ganhou mais um mecanismo legiferante tendente a restringir efeitos ou decidir que a súmula vinculante só tenha eficácia a partir de outro momento, por razões de segurança jurídica ou excepcional interesse jurídico (art. 4º), nada impedindo que o faça no ambiente do controle incidental de constitucionalidade das normas, mediante análise de recurso extraordinário.

decretação poderia resultar grave ameaça a todo o sistema legislativo em curso²⁹.

Em outro precedente igualmente instigante ao debate, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal atribuiu efeito *ex nunc* à decisão exarada em sede de recurso extraordinário, que decretou *incidenter tantum* a inconstitucionalidade dos arts. 8º, III, 10, parágrafo único, 13, § 4º, 17 e 33, IV, da Lei nº 8.112/90, em face do art. 37, II, da Constituição, que proibiu o provimento derivado como forma de acesso aos cargos públicos, por entender que, no período em que ocorreram os fatos (1987 a 1992), o entendimento a respeito do tema não era pacífico e somente em 1993, a Corte veio a suspender as suas respectivas eficácias³⁰.

Entendimento semelhante também foi adotado em decisão proferida em ação cautelar inominada, na qual o relator Gilmar Mendes, inspirado na técnica da limitação dos efeitos no controle difuso, deferiu medida liminar para conceder efeito suspensivo a recurso extraordinário em tramitação na instância inferior, até o final julgamento da matéria, baseado no temor de que a retroatividade da declaração de inconstitucionalidade de lei editada pelo Município de São Paulo, que instituiu a “Operação Urbana Centro”, após já transcorridos seis anos desde o advento daquela norma legal, poderia acarretar a paralisação das obras, o descumprimento das obrigações assumidas capazes de gerar prejuízo à municipalidade e outros danos provenientes da ruptura de contratos firmados e com execução em andamento³¹.

Note-se, por oportuno, que o próprio Supremo Tribunal Federal, mesmo quando aprecia a questão da constitucionalidade no controle abstrato confrontando a lei em tese com o texto constitucional, sempre está a pronunciá-la à luz de parâmetros advindos das especificidades de casos concretos, sendo, assim, incompreensível se admitir em um modelo e não em outro.

6. O JUIZ MONOCRÁTICO E A FLEXIBILIZAÇÃO NO CASO CONCRETO DOS EFEITOS DE INCONSTITUCIONALIDADE

Mais do que isso, o estudo da tese da modulação dos efeitos da decisão que pronuncia a inconstitucionalidade no controle incidental traz logo à mente a

²⁹ RE 197.917/SP, Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 24/03/2004, DJU 07/05/2004.

³⁰ RE 442.683/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 13/12/2005, DJU 24/03/2006.

³¹ Pet 2.859-MC (Segunda)/SP, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 03/02/2005, acórdão publicado na RTJ 193.

dúvida de saber se o juiz monocrático ou o tribunal ordinário poderia invocá-la em situações submetidas à sua apreciação no exame do caso concreto ou se essa manipulação só poderia ser efetuada pela Suprema Corte, por força da aplicação analógica do art. 27 da Lei 9.868/99.

Situações dessa natureza podem ocorrer com mais incidência nas relações jurídicas de trato sucessivo, podendo-se imaginar a hipótese em que, mesmo se reconhecendo posteriormente (na sentença) a inconstitucionalidade da lei que respaldou a concessão inicial de tutela antecipada relativamente à outorga de benefício previdenciário, possa o juiz, no momento do julgamento derradeiro, conferir efeitos prospectivos a partir de sua prolação ou outro momento que entenda conveniente, por entender irrepetíveis os valores pagos indevidamente durante o período vigorante da tutela de urgência. Ou mesmo se debate, em juízo, os efeitos já produzidos de um contrato ou negócio jurídico celebrado com base em lei, cuja validade só é posta em discussão quanto à sua constitucionalidade após a contestação do réu.

Ao tratar da possível insegurança jurídica que poderia se instaurar em decorrência do distanciamento temporal entre decisões anteriores exaradas no sistema difuso, com eficácia *ex tunc*, e a decisão posterior, no sistema concentrado, com efeito *ex nunc*, Gilmar Mendes parece reservar unicamente ao Supremo Tribunal Federal a tarefa de flexibilizar os efeitos de inconstitucionalidade no controle concreto, através do recurso extraordinário, não fazendo qualquer menção a essa possibilidade pelos juízes e tribunais ordinários³².

Entretanto, por mais que se hesite em conceder poderes ao juiz ou aos tribunais ordinários para promover a limitação dos efeitos da decretação de

³² Gilmar Mendes compara o sistema de constitucionalidade português com o brasileiro, que também a exemplo do regime pátrio possui um modelo concreto ou incidental, pontificando que “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, freqüentemente, os efeitos produzidos até à 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. 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” (*Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, pág. 297).

inconstitucionalidade, é forçoso reconhecer que a aferição incidental pressupõe necessariamente a análise da causa a ser decidida e, como tal, reclama íntimo contato dos órgãos jurisdicionais que a enfrentam. Não seria lógico, ao mesmo tempo, permitir que o juiz declarasse incidentalmente a inconstitucionalidade e o proibisse de estabelecer os efeitos de sua decisão, abrindo margem para que permanecesse de mãos atadas em ar contemplativo, mesmo vislumbrando o desmoronamento da boa-fé e da segurança jurídica das partes litigantes. A possibilidade de o juiz modular os efeitos da inconstitucionalidade decorre da natureza ínsita do controle difuso.

Ora, se o juiz desfruta do poder criativo para dizer o direito aplicável ao caso concreto, reconhecendo *incidenter tantum* a inconstitucionalidade do ato normativo atacado, nada o impede de estabelecer os limites temporais de eficácia de sua decisão. No âmbito de avaliação da compatibilidade com a Constituição, é bem provável que se encontrem os efeitos que a decretação de inconstitucionalidade pode projetar no mundo fático.

A dificuldade levantada por Gilmar Mendes consistente na complexa tentativa de harmonizar os dois modelos de controle de constitucionalidade no universo brasileiro, nas situações em que ocorram a incidência da eficácia *ex nunc* no plano concentrado e decisões proferidas com efeito *ex tunc* no seio da arguição incidental, pode encontrar solo fértil na modulação dos efeitos pelo próprio juiz ou tribunal ordinário, quando estejam em jogo um dos pilares fundamentais ao Estado de Direito: a segurança jurídica.

Nada impediria – antes, autorizaria – que o juiz ou o tribunal ordinário pudesse, após a definição da eficácia *ex nunc* no controle concentrado pelo Supremo, também conferir idêntico efeito nos casos concretos que fossem sujeitos à sua análise, até em decorrência do efeito vinculante que daquele emana. Com isso, melhor restariam harmonizados os dois regimes de controle de constitucionalidade, diante da fixação da mesma eficácia atribuída às decisões deles resultantes.

Explicita Jorge Miranda a mesma questão em tom permissivo quanto à flexibilização dos efeitos realizada por juízes e tribunais, ressaltando apenas o cabimento de recurso para o Tribunal Constitucional, quando sugere que “Problema delicado consiste em saber se a restrição de efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade pode ser decretada também na fiscalização concreta e se, sendo nesta admissível, pode ser decidida por todos os tribunais ou apenas pelo Tribunal Constitucional. Vale a *ratio* do art. 282.º, n.º 4, analogamente no campo dos arts. 204.º e 280.º? Partindo do postulado de que a restrição é exceção, e não regra, e tendo consciência da volatilidade e até imprevisibilida-

de das situações da vida – ainda mais patente na fiscalização concreta do que na abstracta – julgamos que sim, pelo menos quando estejam em foco a segurança jurídica e a equidade. Se for um tribunal qualquer a fazer a restrição de efeito de inconstitucionalidade no caso concreto, a sentença será necessariamente recorável para o Tribunal Constitucional.”³³. Outro não parece ser o entendimento de Victoria Iturralde Sesma, quando ensina que “Mientras se ha objetado que, después de la confusión de intereses en los años treinta, los tribunales han sido irrazonablemente tímidos respecto de la aplicación prospectiva, esta técnica ha sido aplicada en muchos casos en los tribunales estatales. La aplicación prospectiva se ha utilizado menos frecuentemente en los tribunales federales en parte, porque el Tribunal Supremo no ha declarado directamente su validez conforme a la Constitución federal. Pero los tribunales federales han usado la técnica em una serie de casos, y las dudas sobre su validez en los tribunales federales parece que no estan fundadas. La limitación prospectiva ha sido utilizada clandestinamente incluso por los jueces blackstonianos cuando lo necesitaban. La práctica ha sido expresamente invocada durante casi cincuenta años; su aceptación como un ejercicio propio del Poder Judicial se ha incrementado durante los últimos años, y hoy en dia se usa por una multitud de tribunales estatales; aunque por lo que respecta a los tribunales federales no ha sido establecida com carácter obligatorio”³⁴.

Nesta esteira, portanto, nos casos em que o juiz singular ou o tribunal ordinário observe que a incidência retroativa da declaração de inconstitucionalidade possa trincar ou provocar fissura na estrutura que sustenta a ordem jurídica, em especial quando tender a adulterar bens, valores e princípios insertos na Constituição, deve preferir dar eficácia *ex nunc* à sentença proferida, preservando os efeitos produzidos e, no mais das vezes, já consumados à época anterior ao reconhecimento *incidenter tantum*.

7. CONCLUSÕES

Diante dessas considerações, podem ser inferidas as seguintes premissas à guisa de conclusão a respeito da possibilidade de modulação dos efeitos da

³³ No Brasil, o cabimento de recurso, para o Supremo Tribunal Federal, contra decisão do juiz de manipula os efeitos da inconstitucionalidade, perde revelo, em razão da previsão na Constituição e na legislação infraconstitucional do recurso extraordinário (*Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pág. 271).

³⁴ *El Precedente en el Common Law*. Madrid: Editorial Civitas S.A, 1995, pág. 183.

decisão que decreta a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo no controle difuso:

- a) fundada na supremacia constitucional, era até natural defender-se, inicialmente, que toda lei editada que se afigurasse inconstitucional o seria desde o seu nascimento, uma vez que jamais deveria ter sido elaborada e ingressado no ambiente da ordem jurídica, implicando, assim, a sua nulidade *ab initio*.
- b) de acordo com a teoria da nulidade, a aferição da validade do ato vinculava a consequência a ser atribuída na esfera da eficácia, ligando todo ato inconstitucional e, portanto, inválido, à sua consequente nulidade de pleno direito (eficácia *ex tunc*).
- c) malgrado se sedimente ainda hoje na doutrina brasileira, desde a introdução do sistema americano de controle incidental de constitucionalidade das leis e dos atos normativos na Constituição Republicana de 1891, a prevalência da teoria da nulidade da declaração de inconstitucionalidade, pelo menos desde 1949, a literatura jurídica pátria vem caminhando no sentido de relativizar a concepção da retroatividade dos efeitos da decisão que promana a contrariedade à Constituição, por reconhecer que a decretação simplesmente não apaga os efeitos fáticos produzidos durante o período em que se acreditava na constitucionalidade.
- d) a lei ou o ato normativo, enquanto não considerados inconstitucionais, podem, na prática, produzir efeitos, às vezes por anos, no mundo fenomênico, gerando no espírito dos indivíduos e da própria sociedade a presunção de validez que servem de premissas para a prática de atos e negócios jurídicos, daí porque a retroatividade pode vulnerar o direito, ante a descontinuidade da disciplina legislativa e a insegurança jurídica.
- e) prevalece há muito a completa desconexão do modelo adotado de exame da constitucionalidade e a sistemática de sanção da norma submetida à investigação, não definindo, pois, a eleição do modelo difuso ou concentrado os efeitos da decisão que decreta a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, de sorte que a circunstância da inconstitucionalidade ser pronunciada na hipótese concreta não importa necessariamente em conferir efeito retrospectivo à declaração emanada.
- f) a despeito de cuidar de resolver situações subjetivas concretas, a jurisprudência americana, quando convocada a desvencilhar caso que

envolvia a análise da compatibilidade da lei ou ato normativo com a Constituição de 1787, não hesitou em despertar para a prospectividade dos efeitos da decretação de inconstitucionalidade.

- g) por mais que se hesite em conceder poderes ao juiz ou aos tribunais ordinários para promover a limitação dos efeitos da decretação de inconstitucionalidade, é forçoso reconhecer que a aferição incidental pressupõe necessariamente a análise da causa a ser decidida e, como tal, reclama íntimo contato dos órgãos jurisdicionais que a enfrentam, não se revelando, assim, lógico permitir que o juiz declare incidentalmente a inconstitucionalidade e, ao mesmo tempo, o proíba de estabelecer os efeitos de sua decisão, especialmente quando existir ameaça de ofensa à boa-fé e da segurança jurídica das partes litigantes.
- h) a possibilidade de o juiz modular os efeitos da inconstitucionalidade decorre da natureza ínsita do controle difuso, já que, se o juiz desfruta do poder criativo para dizer o direito aplicável ao caso concreto, reconhecendo *incidenter tantum* a inconstitucionalidade do ato normativo atacado, nada o impede de estabelecer os limites temporais de eficácia de sua decisão.
- i) nas hipóteses concretas em que o juiz singular ou o tribunal ordinário observe que a incidência retroativa da declaração de inconstitucionalidade possa trincar ou provocar fissura na estrutura que sustenta a ordem jurídica, em especial quando tender a adulterar bens, valores e princípios insertos na Constituição, deve preferir dar eficácia *ex nunc* à sentença proferida, preservando os efeitos produzidos e, no mais das vezes, já consumados à época anterior ao reconhecimento *incidenter tantum*.

7. REFERÊNCIAS

BARBOSA, Ruy. *Actos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo*. Rio de Janeiro: Companhia Impressora, 1893.

BARROSO, Luis Roberto. *Mudança da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em Matéria Tributária. Segurança Jurídica e Modulação dos Efeitos Temporais das Decisões Judiciais*. In: Revista de Direito do Estado, Pareceres, ano 1, nº 2, abril/junho de 2006, págs. 261/288.

- BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. Atualizado por José Aguiar Dias. Brasília: Ministério da Justiça, 1949.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Edição. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. 2ª Edição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.
- _____. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.
- HAMILTON, Alexander, MADISON, James, e JAY, John. *O Federalista*. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva, MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: Comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. *Jurisdição Constitucional: O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- _____. *A Constitucionalidade do Art. 27 da Lei 9.868/99*. In: *Direito Constitucional Contemporâneo: Estudos em homenagem ao Professor Paulo Bonavides*. Coordenadores: Fernando Luiz Ximenes Rocha e Filomeno Moraes. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. Págs. 305/331.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- RAMOS, Elival da Silva. *A Inconstitucionalidade das Leis: Vício e Sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- SESMA, Victoria Iturralde. *El Precedente en el Common Law*. Madrid: Editorial Civitas S.A, 1995.
- SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006.

- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- ULLA, Juan Manuel López. *Orígenes Constitucionales del Control Judicial de las Leyes*. Madrid: Tecnos, 1999.
- VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. 3ª Edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- ZANDER, Michael. *The Law-Making Process*. Fifth Edition. London: Butterworths, 1999.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.