

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
MESTRADO EM DIREITO

VÂNIA HACK DE ALMEIDA

A MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE
INCONSTITUCIONALIDADE

Porto alegre

2007

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

A447m	Almeida, Vânia Hack de A modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade / Vânia Hack de Almeida. — Porto Alegre, 2007. 195 f. Diss. (Mestrado) – Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito Público. PUCRS, 2007. Orientador: Prof. Ingo Sarlet 1. Constitucionalidade. 2. Controle de Constitucionalidade - Brasil. 3. Direito Comparado. 4. Inconstitucionalidade - Sanções . I. Título. CDD : 341.2
-------	--

Bibliotecário Responsável

Ginamara Lima Jacques Pinto
CRB 10/1204

RESUMO

A Constituição de 1988 fez operar no direito brasileiro uma profunda evolução no sistema de jurisdição constitucional. Dentre as alterações percebidas surge a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, ao declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, manter a validade de seus efeitos. Para examinar esta possibilidade e enfrentar a questão da sua legitimidade examinam-se os pressupostos e os modelos do controle de constitucionalidade. Apresentam-se as sanções aplicáveis para a inconstitucionalidade em suas várias manifestações. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro é analisado sob um prisma histórico, cuidando-se de todas as constituições. Na atual Constituição brasileira são mencionados os novos institutos como a súmula vinculante e a repercussão geral no recurso extraordinário. Também cuida-se da atual configuração de institutos já conhecidos como a Resolução do Senado Federal suspensiva da execução de norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal e a reserva de plenário para a declaração de inconstitucionalidade. Enfrentando o tema central, a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, examinam-se os diplomas legais que a autorizaram e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema. Neste contexto, pretende-se demonstrar a constitucionalidade do instituto, afirmando-se sua possibilidade jurídica tanto no controle concentrado de constitucionalidade como no controle difuso.

Palavras-chave: Constitucionalidade. Controle de Constitucionalidade - Brasil. Direito Comparado. Inconstitucionalidade - Sanções . Modulação do efeitos da inconstitucionalidade.

ABSTRACT

The Federal Constitution of 1988 produced in the Brazilian law a profound evolution in the system of constitutional jurisdiction. Among the perceived changes it is the possibility of maintaining, by the Supreme Federal Court, the validity of laws and normative acts when declaring its unconstitutionality. To the analysis of this possibility and to face the question of its legitimacy both the prerequisites and models regarding the judicial control of constitutionality have been examined. A wide range of applicable measures in the case of unconstitutionality has been described. The judicial control of constitutionality in the Brazilian law is examined from its historical perspective and the analysis comprises all the constitutions. New constitutional institutes such as binding summary and the general repercussion of constitutional questions subject of extraordinary appeals are also surveyed. This work also looks at the current configuration of well known institutes like the Senate Resolution for the suspension of unconstitutional laws as such declared by the Supreme Federal Court and the exigency of full court sitting for the declaration of unconstitutionality. In relation to the modulation of the effects of the declaration of unconstitutionality, the core theme of this work, the statutory provisions which empower the Supreme Federal Court in this field are examined. In this context, it is intended to demonstrate the constitutionality of this institute and its legal possibility either in abstract or concrete judicial control of constitutionality.

Keywords: Constitutionality. Judicial Control of Constitutionality - Brazil. Comparative Law. Unconstitutionality. Measures. Modulation of the effects of unconstitutionality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. PRESSUPOSTOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	12
1.1 A Constituição como norma	12
1.2 O princípio da constitucionalidade	14
1.3 O controle da constitucionalidade	16
1.4 Pressupostos do controle de constitucionalidade	17
1.4.1 Constituição Formal	18
1.4.2 Rigidez	19
1.4.3 Supremacia	21
1.4.4 Jurisdição constitucional	22
1.5. Modelos de controle de constitucionalidade	23
1.5.1 Os antecedentes da Inglaterra	23
1.5.2 França	24
1.5.3 Estados Unidos	25
1.5.4 Modelo austríaco	27
1.6 A decisão de inconstitucionalidade nos modelos austríaco (europeu) e norte americano.....	29
1.6.1 A diversidade de soluções	29
1.6.2 A nulidade da norma inconstitucional no sistema norte-americano	30
1.6.3 O sistema europeu ou austríaco	31
1.7. A aproximação dos sistemas	33
1.7.1 A convergência dos modelos	33
1.7.2 Alemanha	34
1.7.3 Itália	36
1.7.4 Áustria	37
1.7.5 O Modelo norte-americano	38
2. AS SANÇÕES DA INCONSTITUCIONALIDADE	44
2.1 A inconstitucionalidade	44
2.2 As várias manifestações da inconstitucionalidade	45
2.2.1 Inconstitucionalidade formal e material	45
2.2.2 Inconstitucionalidade por ação e por omissão	46
2.2.3 Inconstitucionalidade originária e superveniente	47
2.3 As sanções da inconstitucionalidade	49
2.3.1 Inexistência, nulidade e anulabilidade dos atos jurídicos	49
2.3.1.1 Inexistência	49
2.3.1.2 Nulidade e anulabilidade	50
2.4 Técnicas alternativas de decisão no controle de constitucionalidade	58
2.4.1 Interpretação conforme a Constituição	60
2.4.2 Declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto	64
2.4.3 Decisão de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade	66
2.4.4 A lei ainda constitucional e o apelo ao legislador	66

3. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO	69
3.1 Evolução do controle de constitucionalidade no direito brasileiro	69
3.1.1 A Constituição de 1824	69
3.1.2 A Constituição de 1891	70
3.1.3 A Constituição de 1934	73
3.1.4 A Constituição de 1937	75
3.1.5 A Constituição de 1946	76
3.1.5.1 A Emenda Constitucional nº 16/65	77
3.1.6 A Constituição de 1967 e a Emenda nº 1 de 1969	78
3.1.7 A Constituição de 1988	79
3.1.7.1 A Emenda Constitucional nº 3/93	81
3.1.7.2 A Lei nº 9.868/99	82
3.1.7.3 A Lei nº 9.882/99	82
3.1.7.4 A Emenda Constitucional nº 45/04	83
3.1.7.5 A Lei nº 11.417/06	85
3.1.7.6 A Lei nº 11.418	86
3.2 Os modelos de controle de constitucionalidade no direito brasileiro	86
3.2.1 O controle difuso ou incidental de constitucionalidade	86
3.2.1.1 Reserva de plenário	87
3.2.1.2 Efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade	89
3.2.1.3 A resolução do Senado Federal	90
3.2.1.4 A súmula vinculante	92
3.2.1.5 A repercussão geral	93
3.2.2 O controle concentrado ou direito de constitucionalidade	94
3.2.2.1 A ação direta de inconstitucionalidade	94
3.2.2.2 Efeitos da declaração de inconstitucionalidade	96
3.2.2.3 A ação declaratória de constitucionalidade	97
3.2.2.4 A arguição de descumprimento de preceito fundamental	103
3.2.2.4.1 Natureza subsidiária	105
3.3 Decisões de inconstitucionalidade no direito brasileiro	106
3.3.1 O sistema brasileiro e a nulidade absoluta da norma inconstitucional	106
3.3.1.1 Nulidade total	112
3.3.1.2 Nulidade parcial	113
3.3.2 Interpretação conforme a Constituição	114

	14
3.3.3 Declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto	115
3.3.4 Norma inconstitucional ainda constitucional	117
3.4 A limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em precedentes do Supremo Tribunal Federal anteriores às leis 9.868 e 9.882 de 1999	119
4. A MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.....	125
4.1 A autorização legislativa para a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade.....	125
4.2 Requisitos para a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade	128
4.2.1 Quorum para decisão	128
4.2.2 Pressupostos materiais	129
4.2.3 Segurança jurídica	131
4.2.3.1 Proteção da confiança	135
4.2.3.2 Boa-fé	137
4.2.4 Excepcional interesse social/público	139
4.2.4.1 Excepcional interesse social	139
4.2.4.2 Excepcional interesse público	140
4.3 A discussão sobre a constitucionalidade da modulação temporal dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade	144
4.4 A constitucionalidade dos permissivos legais	152
4.5 A modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado de constitucionalidade	166
4.6 A modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso de constitucionalidade	175
CONCLUSÃO	190
BIBLIOGRAFIA	194

INTRODUÇÃO

A partir da promulgação da Constituição Federal, em 5 de outubro de 1988, o sistema de controle de constitucionalidade adotado em nosso ordenamento jurídico-constitucional passou a sofrer profundas e importantes mutações, algumas delas em decorrência de dispositivos positivados no Texto Magno e, outras, motivadas pela própria realidade, principalmente aquela vivenciada pelo Poder Judiciário, que se viu abarrotado de processos cuidando de matéria constitucional, inclusive em consequência do forte sentimento de cidadania que resultou do processo de redemocratização do Estado.

Esta evolução além de permitir e até mesmo impor o surgimento de um denominado efeito vinculante às declarações de inconstitucionalidade trouxe a possibilidade de modulação dos efeitos destas decisões.

Este é o tema deste trabalho, a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal (bem como outros órgãos jurisdicionais) dispor dos efeitos produzidos pelo reconhecimento da inconstitucionalidade de um determinado ato normativo, afastando o tradicional e consagrado dogma da nulidade absoluta da norma inconstitucional.¹

A possibilidade de flexibilização dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade vem sendo adotada pelo Supremo Tribunal Federal. Em um primeiro momento de forma excepcionalíssima e, mais recentemente, com fulcro em dispositivos legais (art. 27 da Lei nº 9.868 e art. 11 da Lei nº 9.882/99). Também a Lei nº 11.417/06 que veio disciplinar a Súmula Vinculante, também traz em seu bojo permissivo para a flexibilização temporal dos efeitos da decisão.

¹ Cumpre aqui alertar que as expressões eficácia e efeitos, neste trabalho, são utilizadas de forma indistinta, inobstante a distinção feita por processualistas. V. a respeito MITIDIEIRO, Daniel; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Introdução ao Estudo do Processo Civil – Primeiras Linhas de um Paradigma Emergente*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004, para quem efeito é elemento externo, enquanto eficácia faz parte do conteúdo da sentença.

Esta possibilidade de modulação dos efeitos de declarações de inconstitucionalidade tem sido objeto de aplausos de um lado, e críticas, de outro.

No exame desse assunto pretendeu-se estudar as dificuldades de coexistência e os problemas de harmonização dos dois sistemas clássicos de controle jurisdicional de constitucionalidade adotados no sistema brasileiro, um sistema misto, com duas vias: o controle concentrado e direto e o controle difuso e indireto.

Examina-se a tipologia da inconstitucionalidade e as sanções a que está sujeita.

Foi relegado o exame dos casos de omissão inconstitucional, principalmente o enfoque da inconstitucionalidade por omissão parcial do legislador, que demanda estudo isolado, em face das características peculiares do tema. Tampouco se cuidou das medidas cautelares proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade, porquanto, da mesma forma, exigem atenção apartada.

Pretende-se demonstrar a existência de um princípio implícito da nulidade da norma inconstitucional em nossa Constituição, bem como suas conseqüências jurídicas nos dois modelos de controle de constitucionalidade adotados.

São referidos precedentes do Supremo Tribunal Federal que, mesmo antes da autorização legislativa, já havia afastado o caráter absoluto de decisão de inconstitucionalidade, demonstrando a necessidade de instrumentos que autorizassem o manejo da eficácia das decisões de inconstitucionalidade.

Trata-se, a seguir, da edição das Leis nºs 9.868 e 9.882, ambas de 1999 e cuidando, a primeira, da ação direta de inconstitucionalidade e a segunda da arguição de descumprimento de preceito fundamental, que disciplinaram, respectivamente nos artigos 27 e 11, a possibilidade de afastar a nulidade de norma reconhecida como contrária à Constituição, bem como a recente promulgação da Lei nº 11.417/06 que veio regulamentar a Súmula Vinculante

(artigo 103-A da Constituição Federal) e que reproduz, em seu art. 4º, a viabilidade de modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, admitindo, portanto, expressamente, essa técnica no controle difuso.

Enfrenta-se, a seguir, a questão da constitucionalidade dos dispositivos legais referidos.

Ao final, cuida-se de examinar as diversas situações que podem surgir quando utilizada a técnica da modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, a partir de decisões proferidas em sede de controle abstrato e suas conseqüência nas relações processuais instauradas anteriormente, assim como quando editada Súmula Vinculante, no controle concreto de constitucionalidade. Também se enfrenta a possibilidade de outros órgãos jurisdicionais, além do Supremo Tribunal Federal, rejeitarem, no caso concreto, o dogma da eficácia *ex tunc* de declarações incidentais de inconstitucionalidade.

A partir daí, comentam-se recentes precedentes do Supremo Tribunal Federal que passam a afastar, agora com o fundamento legal, a incidência *ex tunc* da decisão sobre a inconstitucionalidade, tanto no controle abstrato quanto no controle concreto.

CONCLUSÃO

A supremacia constitucional exige a instauração de mecanismos de defesa, preservando e garantindo a integridade da ordem jurídico-constitucional.

No controle jurisdicional de constitucionalidade existem dois sistemas clássicos: o controle norte-americano, chamado de difuso ou indireto e o austríaco ou europeu, também denominado de concentrado ou direto. No primeiro o controle é exercido de forma incidental, no caso concreto, produzindo efeitos apenas entre as partes e *ex tunc*. Isso significa que a norma inconstitucional tem sua aplicação afastada apenas naquela relação processual instaurada. Já no segundo, controle em abstrato, é exercido sobre a norma em tese, possuindo, por isso, uma natureza objetiva e irradiando eficácia *erga omnes*. Na sua formulação originária, decorrente da doutrina de Kelsen, a norma é válida até a declaração de inconstitucionalidade.

O Brasil adota os dois sistemas, sendo, por isso, reconhecida a existência de um sistema misto de controle de constitucionalidade. Adotou-se, em 1891, o controle difuso. Embora desde a Constituição de 1934 tenha sido prevista a ação de inconstitucionalidade interventiva, somente em 1965 é que surge o controle concentrado nos moldes hoje conhecidos.

A adoção primeira do modelo indireto levou os Tribunais pátrios a sedimentar em sua jurisprudência o entendimento da nulidade da norma inconstitucional. A cristalização desse entendimento foi levada ao controle concentrado, onde, de forma absoluta, enraizou-se o dogma da nulidade do ato inconstitucional.

Para o Supremo Tribunal Federal, então, seja em sede de controle difuso ou concentrado, a norma declarada inconstitucional não deteria aptidão para gerar qualquer efeito jurídico válido. Os efeitos do *decisum* seriam restritos, no controle indireto, aos integrantes da relação processual; já no controle direto, a decisão teria eficácia contra todos.

Entretanto, algumas situações concretas, excepcionalíssimas, levaram o Supremo Tribunal Federal, a admitir a validade de efeitos produzidos por atos inconstitucionais, em razão dos princípios e pressupostos de segurança jurídica e boa-fé.

Em 1988 a nova ordem constitucional instaurada leva a um processo de gradativa preponderância do controle concentrado sobre o difuso, devido, principalmente, à atribuição de uma legitimação plúrima para a ação direta de inconstitucionalidade. Aliaram-se ao Texto Constitucional reformas que instituíram a ação declaratória de constitucionalidade e, com ela, o efeito vinculante.

Posteriormente, em 1999, a promulgação das leis n^{os} 9.868 e 9.881, levou o Supremo Tribunal Federal a rever seu pensamento, vindo a admitir o efeito vinculante também na ação direta de inconstitucionalidade e a modulação dos efeitos da respectiva declaração.

Paulatinamente a jurisprudência daquela Corte vai admitindo que, mesmo em declarando a inconstitucionalidade da norma, em situações onde prepondere a segurança jurídica ou o excepcional interesse social, devem ser mantidos efeitos jurídicos válidos produzidos pela norma viciada. Inicialmente essa possibilidade concretizou-se no controle difuso de constitucionalidade.

Os mencionados dispositivos legais - art. 27 da Lei nº 9.868 e art. 11 da Lei nº 9.992 - e agora mais o art. 4º da Lei nº 11.417/06, embora sejam objeto de críticas doutrinárias que impugnam sua instituição pela via de norma infra-constitucional, são legítimos.

Isso em razão de a Constituição que, se de um lado consagra o princípio da nulidade do ato inconstitucional, de outro também assegura outros valores, principalmente direitos e garantias fundamentais.

Dessa forma, o caso concreto, onde se examina a extensão dos efeitos produzidos pela norma inconstitucional, deverá ser submetido ao exame da proporcionalidade, com seus três elementos, necessidade, adequação e razoabilidade, para que seja encontrada a resposta constitucionalmente legítima, no sentido da preponderância da nulidade absoluta da norma inconstitucional ou de sua modulação em face da segurança jurídica ou de um excepcional interesse social.

A ponderação acima explicitada deverá ser feita, em princípio, pelo Supremo Tribunal Federal seja no controle concentrado seja no controle difuso de constitucionalidade.

A decisão de inconstitucionalidade, se efetuada no controle concentrado, produz efeito vinculante. No controle difuso haverá efeito vinculante apenas se editada Súmula, nos termos do art. 103-A da Constituição Federal.

No entanto, o efeito vinculante diz respeito à declaração de inconstitucionalidade e não aos seus efeitos.

A inconstitucionalidade da norma não leva a consequência inarredável da nulidade de seus efeitos.

Sem dúvida essa é a regra geral, a inconstitucionalidade de um ato normativo gera a invalidade de seus efeitos. Mas essa conclusão pode ceder em face de outros princípios constitucionais que se mostrem preponderantes no caso concreto.

Assim, nenhum órgão jurisdicional poderá declarar constitucional o ato que o Supremo Tribunal Federal afirmou inconstitucional. Mas, os efeitos da decisão deverão ser objeto de provimento jurisdicional no caso concreto, onde é dado ao juiz da causa, com o auxílio do princípio da proporcionalidade, fazer preponderar a segurança jurídica, mantendo efeitos jurídicos válidos produzidos pela norma inconstitucional.

Corolário do quanto exposto é que a decisão do Supremo Tribunal Federal declarando a inconstitucionalidade de ato normativo, seja em sede de controle concentrado ou difuso de constitucionalidade, não afasta a possibilidade - antes a impõe - de o juiz da causa, atento às suas peculiaridades e circunstâncias concretas, modular diferentemente os efeitos da decisão de inconstitucionalidade.

Essas as razões que se afiguram relevantes na elaboração do presente estudo, que teve por escopo, em sua singeleza, perscrutar os diversos aspectos que envolvem tema tão empolgante quanto complexo, contribuindo na busca científica de meios apropriados para auxiliar o intérprete e o aplicador da lei, inclusive em visão prospectiva, na realização plena do Direito e na estabilidade das relações jurídicas e, portanto, do ideal de Justiça.