

---

# OS EFEITOS DAS DECISÕES DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PROFERIDAS PELO STF

---

*Henrique Savonitti Miranda\**

## 1. Introdução

A promulgação da Constituição Federal de 1988 proporcionou inúmeras inovações que modificaram substancialmente a realidade brasileira nos últimos vinte anos.

A consolidação dos direitos e das garantias fundamentais, com o conseqüente fortalecimento do Estado democrático de direito, transformou profundamente a vida nacional.

Em alguns temas, como, *v.g.*, no controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, tivemos mais inovações do que em toda a história do constitucionalismo brasileiro.

Essas inovações, que, ao nosso entender, ampliaram significativamente o papel do Supremo Tribunal Federal, notadamente no que diz respeito aos efeitos das decisões proferidas nas ações de controle concentrado de constitucionalidade na unidade do sistema jurídico nacional, possibilitaram, muitas das vezes, a concretização do ideal positivista da segurança jurídica.

Por essa razão, optamos por abordar neste artigo as inovações surgidas no tema do controle de constitucionalidade, desde a edição da Constituição Federal de 1988, passando pela edição da Emenda Constitucional nº 3/93 e pelas Leis nºs 9.868/99 e 9.882/99, e culminando com a análise da forma como essas alterações foram concretizadas pelo Supremo Tribunal Federal, notadamente no que diz respeito aos **efeitos temporais e pessoais** das decisões proferidas<sup>1</sup>.

## 2. A Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 conferiu nova dinâmica ao controle concentrado de constitucionalidade ao ampliar sensivelmente o rol de legitimados para a propositura da ação.

---

\* **HENRIQUE SAVONITTI MIRANDA** é Mestre em Direito Empresarial pela Universidade de Franca e Especializado em Direito Tributário pelo IBET/ PUC-SP e IBDT/USP. É Professor da Escola Superior da Magistratura do Distrito Federal e Diretor-Geral e Professor da Faculdade Savonitti, em Araraquara. É também Advogado e Consultor de Empresas.

<sup>1</sup> Para outras considerações sobre o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, remetemos o leitor ao nosso *Curso de Direito Constitucional* (MIRANDA, 2007, p. 135-186).

Na vigência da Constituição Federal de 1967/69, essa prerrogativa competia **exclusivamente** ao Procurador-Geral da República.

Na Assembleia Nacional Constituinte de 1988, em virtude do restabelecimento do Estado democrático, questionou-se muito a ampliação desse rol de legitimados, existindo, inclusive, aqueles que defendiam que a ação pudesse ser proposta por qualquer pessoa, naquilo que seria a figura da “ação popular constitucional”.

Por certo que essa solução acabaria por sobrecarregar o Supremo Tribunal Federal, responsável pelo julgamento dessas ações.

Por essa razão, optou-se por ampliar o rol de legitimados, mas não nos moldes pretendidos, mantendo-se, contudo, intocável o controle difuso, que poderá ser exercido por qualquer pessoa.

Com isso, o rol de legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, que veio contemplado nos nove incisos do art. 103 da nova Constituição, passou a ser o seguinte: a) o Presidente da República; b) a Mesa do Senado Federal; c) a Mesa da Câmara dos Deputados; d) a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; e) o Governador de Estado ou do Distrito Federal; f) o Procurador-Geral da República; g) o Conselho Federal da OAB; h) os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, e; i) as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

Note-se que a nova Constituição não previa a ação declaratória de constitucionalidade; a arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102, deveria ser regulamentada por lei específica; e as decisões do Supremo Tribunal Federal, proferidas nas ações diretas, teriam efeitos *ex tunc* e não produziriam efeitos vinculantes.

### **3. A Emenda Constitucional nº 3/93 e o surgimento dos efeitos vinculantes**

A Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993, alterou a alínea “a” do inciso I do art. 102 da Constituição da República, inserindo no ordenamento jurídico constitucional brasileiro a ação declaratória de constitucionalidade.

O § 2º do mesmo artigo passou a prever, também, que “as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo”.

Com isso, pretendeu-se solucionar o problema da ausência de efeitos vinculantes das decisões de controle de constitucionalidade, suscitado por muitos, o que possibilitaria obter

maior estabilidade social, na medida em que as decisões proferidas pela Suprema Corte não estariam mais passíveis de serem desrespeitadas pelas instâncias inferiores.

Tratou-se, pois, do **primeiro momento** em que se atribuiu efeitos vinculantes a uma decisão judicial no ordenamento jurídico brasileiro.

Posteriormente, com a edição das Leis n<sup>os</sup> 9.868/99 e 9.882/99, a produção de efeitos vinculantes foi estendida a todas as ações de controle concentrado de constitucionalidade, o que também foi ratificado pela Emenda Constitucional n<sup>o</sup> 45/04.

#### **4. Natureza Ontológica da Norma Inconstitucional**

Muito se discute sobre a **natureza ontológica** da norma jurídica inválida. Seria ela **nula** ou, simplesmente, **inexistente**?

A eleição desta premissa traz importantes consequências para o estudo do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, notadamente no que se refere aos **efeitos** produzidos pela declaração de inconstitucionalidade, tema que será abordado no próximo título.

##### **4.1. Tese da inexistência**

Francisco Campos e Thomas Cooley defendem que a lei inconstitucional é absolutamente **inexistente**.

Neste sentido são as palavras do primeiro, para quem “um ato ou uma lei inconstitucional é um ato ou uma lei inexistente; uma lei inconstitucional é lei apenas aparentemente, pois que, de fato ou na realidade, não o é. O ato ou lei inconstitucional nenhum efeito produz, pois que inexistente de direito ou é para o Direito como se nunca houvesse existido” (CAMPOS, 1956, v. 1, p. 430).

No mesmo diapasão, o professor Thomas Cooley, da Universidade de Michigan, afirma que uma lei inconstitucional “é meramente uma fútil tentativa para estabelecer uma lei” (*apud* VELOSO, 2000, p. 60).

Para Hans Kelsen, a “validade de uma norma é a sua específica existência ideal. O fato de que uma norma ‘seja válida’ significa que existe. Uma norma que não seja válida não é uma norma, por não ser uma norma que existe” (KELSEN, 1996, p. 54).

Para esses autores, a **norma inválida** simplesmente **não existe**, jamais tendo ingressado no ordenamento jurídico.

## 4.2. Tese da nulidade

Advogando a tese de **nulidade** da norma inconstitucional e a conseqüente repristinação da lei anterior, Clèmerson Merlin Clève afirma:

Porque o ato inconstitucional, no Brasil, é nulo (e não, simplesmente, anulável), a decisão judicial que assim o declara produz efeitos repristinatórios. Sendo nulo, do ato inconstitucional não decorre eficácia derogatória das leis anteriores. A decisão judicial que decreta (*rectius*, que declara) a inconstitucionalidade atinge todos os ‘possíveis efeitos que uma lei constitucional é capaz de gerar’, inclusive a cláusula expressa ou implícita de revogação. Sendo nula a lei declarada inconstitucional, diz o Ministro Moreira Alves, ‘permanece vigente a legislação anterior a ela e que teria sido revogada não houvesse a nulidade. (CLÈVE, 2000, p. 249-250)

Celso Antônio Bandeira de Mello também discorda do entendimento exposto por Kelsen, segundo o qual a norma inválida seria, por conseguinte, inexistente. Para o professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, **validade** e **existência** são conceitos que, absolutamente distintos, não se confundem.

Criticando a posição adotada por Kelsen, afirma que

a demonstração mais cabal e irretorquível de que existência, pertinência de uma norma a dado sistema, e validade são noções absolutamente inconfundíveis **tem-se no fato de que, no exame da inconstitucionalidade *incidenter tantum*, o juiz não aplica uma norma jurídica por considerá-la inconstitucional, ou seja ‘carente de validade’, ‘inválida’, mas nem por isto a expulsa do sistema (falece-lhe atribuição para fazê-lo)**, o que só ocorre na ação direta de inconstitucionalidade. A norma em questão **continuará a existir** dentro do sistema, mas sua validade terá sido questionada como algo autônomo em relação à existência e proclamada como suficiente para impedir sua aplicação ao caso concreto. Vale dizer: o juiz assume que a invalidade de uma norma é coisa diversa de sua existência ou pertinência ao sistema. Para *incidenter tantum* desaplicar uma regra que houve por inconstitucional, o pronunciamento judicial **restringe-se ao tema da validade da lei perante a Constituição**. É o quanto bastaria para ter-se que rejeitar a tese kelseniana de que ‘validade é a forma específica de existência de uma norma jurídica’. Não é. Deveras, como visto, **nega-se validade a ela, por ser este o único fundamento para desaplicá-la no caso concreto**, mas não se nega, nem se interfere com sua existência (MELLO, 1998; grifos no original).

## 4.3. Nosso posicionamento

Com a devida vênia dos defensores da tese da nulidade da norma inconstitucional, cremos que o reconhecimento da natureza **declaratória** da decisão judicial de inconstitucionalidade só pode levar à conclusão da **inexistência** da lei inconstitucional.

E, mais ainda, se em razão dessa nulidade conclui-se que “do ato inconstitucional não decorre eficácia derogatória das leis anteriores”, como afirma Clèmerson Merlin Clève, só podemos concluir, igualmente, pela incoerência de repristinação.

Ora, como é possível que volte ao sistema jurídico uma lei que nunca o deixou, em virtude da lei inconstitucional que a revogaria não tê-lo feito, por não haver sequer ingressado no ordenamento jurídico?

Da mesma forma, ousamos discordar de Celso Antônio Bandeira de Mello.

Isso porque não cremos que, quando o magistrado, no controle difuso de constitucionalidade, deixa de aplicar uma norma jurídica por reputá-la inconstitucional, está se limitando a alegar sua invalidade, continuando a norma a pertencer ao ordenamento jurídico.

O juiz, na qualidade de aplicador do direito, não teria poderes para recusar a aplicação de um comando integrado em um sistema normativo.

Na realidade, quando o juiz deixa de aplicar a lei que reputa inconstitucional ao caso concreto, está, no fundo, reconhecendo a **completa inexistência** desse comando normativo, o que o impede de aplicá-lo e, também, de expulsá-lo do sistema, posto que nele nunca ingressou.

Daí porque a decisão da Suprema Corte na ação direta de inconstitucionalidade – pelo menos até as inovações trazidas pelas Leis n<sup>os</sup> 9.868/99 e 9.882/99, que serão analisadas no próximo tópico – sempre produzir efeitos *ex tunc*, ou seja, desde a edição da norma juridicamente inexistente.

Assim, ao **declarar** a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, o Supremo Tribunal Federal está reconhecendo que a norma impugnada **nunca existiu**, razão pela qual **jamais produziu efeitos jurídicos**, podendo até haver desencadeado **efeitos materiais**, o que justifica a retroatividade da decisão judicial sempre à data da edição.

Se a lei inconstitucional existisse no ordenamento jurídico até a manifestação judicial que decidisse pela inconstitucionalidade, a natureza da declaração deveria ser constitutiva, e o efeito desta deveria ser sempre *ex nunc*, forçando-nos ao reconhecimento de que, durante o período de sua existência, teria desencadeado efeitos materiais e **jurídicos**, mesmo que momentaneamente.

Ademais, a tese de nulidade da norma jurídica inválida – e seu conseqüente ingresso no ordenamento jurídico, mesmo que viciada – importaria o reconhecimento da revogação da norma jurídica anterior, já que a norma inválida haveria ingressado no sistema jurídico, trazendo à tona o grave problema da reprivatização da primeira, quando da decisão pela inconstitucionalidade da norma revogadora.

É sabido, pois, que o instituto da repristinação não é aceito na maioria dos países do mundo, em razão da grave ofensa que representa ao primado da segurança jurídica, princípio basilar de um Estado de direito.

É de se ressaltar, contudo, que a posição defendida por nós – que pugna pela **inexistência da norma inconstitucional** – é tese absolutamente minoritária, notadamente nos dias atuais, em virtude da grande influência que vimos recebendo do direito constitucional alemão.

Atualmente, entende-se que a lei ou ato normativo inconstitucional é **nulo**, sendo possível, inclusive, regular-se os efeitos dessa declaração de nulidade, conforme será demonstrado a seguir.

## 5. Efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade

Conforme já havíamos mencionado, a Constituição Federal de 1988, ao se omitir, manteve o posicionamento histórico no Brasil segundo o qual os **efeitos temporais** da decisão que **declara** a inconstitucionalidade da norma impugnada são *ex tunc*, vale dizer, **retroagem à data da publicação** da lei ou ato normativo, independentemente da discussão doutrinária sobre a nulidade ou a inexistência da norma inconstitucional.

Todavia, a Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, que disciplina o “processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal”, trouxe ao ordenamento jurídico pátrio inovador dispositivo, que prescreve:

Art. 27. 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 2/3 (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** (grifos nossos).

Esse dispositivo passou a autorizar, portanto, a atribuição de efeitos *ex nunc* ou a partir de qualquer outro momento, nas decisões de controle concentrado de constitucionalidade julgadas perante o Supremo Tribunal Federal, desde que presentes os requisitos acima aludidos.

O art. 11 da Lei nº 9.882/99, que normatiza o “processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental”, repete o dispositivo, autorizando a regulação dos efeitos da decisão desde que presentes os requisitos de **segurança jurídica e excepcional interesse social**, e que a decisão tenha aquiescência de 2/3 dos membros da Suprema Corte.

A finalidade da inclusão desse dispositivo foi possibilitar a solução de determinadas situações que, caso tivessem que ser restituídas ao *statu quo ante* acarretariam enormes transtornos sociais e grave insegurança jurídica.

Na realidade, em razão dos aludidos dispositivos, o Supremo Tribunal Federal fica autorizado a **jurisdicizar os efeitos materiais** de norma declarada inconstitucional.

Embora seja inegável que, em situações muito excepcionais, a possibilidade de se regular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade da norma produza importantes consequências práticas, o mesmo não se coaduna com o caráter científico que se pretende atribuir ao direito.

Ora, *data maxima venia*, se a finalidade do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos é prestigiar a supremacia da Constituição, impedindo que leis ou atos normativos que a contrariem possam produzir efeitos práticos, como se admitir que, em algumas situações, por mais relevantes que sejam – ressalte-se –, a Suprema Corte possa emprestar efeitos jurídicos a medidas que foram tomadas em desobediência às diretrizes constitucionais?

Ressalte-se que essa possibilidade, inicialmente concebida para ser aplicada ao controle concentrado de constitucionalidade, foi igualmente estendida para o controle difuso, por meio de decisão proferida no noticiado “caso de Mira Estrela”, que ajuda a entender a importância prática da medida.

Se não, vejamos.

O inciso IV do art. 29 da Constituição Federal determina que o **número de vereadores** será proporcional à população do município, observados os seguintes limites: a) mínimo de nove e máximo de vinte e um nos municípios de até um milhão de habitantes; b) mínimo de trinta e três e máximo de quarenta e um nos municípios de mais de um milhão e menos de cinco milhões de habitantes, e; c) mínimo de quarenta e dois e máximo de cinquenta e cinco nos municípios de mais de cinco milhões de habitantes.

Discutiu-se muito se, respeitados esses limites mínimos e máximos estabelecidos pela Constituição da República, cada município teria **liberdade para estabelecer** o número de componentes de sua Câmara Municipal, conforme era o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral, ou se a Constituição estabelece uma **proporcionalidade aritmética** entre a população e o número de vereadores, restringindo a autonomia municipal.

A questão foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento de Recurso Extraordinário interposto em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo,

a partir de ação civil pública movida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, contra o art. 6º da Lei Orgânica do município paulista de Mira Estrela (Lei municipal nº 226/90).

Mira Estrela possuía cerca de 2.651 habitantes e contava, até a data, com 11 vereadores. A Suprema Corte, por oito votos a três, acompanhando o entendimento do relator Ministro Maurício Corrêa, conheceu e deu parcial provimento ao recurso para declarar inconstitucional o dispositivo da Lei Orgânica do Município de Mira Estrela que estipulava em 11 o número de representantes na Câmara Municipal, por entender que o inciso IV do art. 29 da Carta da República estabelece um critério de **proporcionalidade aritmética** para o cálculo do número de cadeiras, não tendo os municípios autonomia para fixar esse número discricionariamente, sendo que, no caso concreto, o município em questão deveria ter 9 vereadores, sob pena de incompatibilidade com a referida proporção.

Como corolário disso, entendeu a Suprema Corte que os municípios têm direito a **um vereador para cada 47.619 habitantes**, observados os limites mínimo e máximo estabelecidos pela Constituição Federal

Todavia, proferir efeitos *ex tunc* a essa decisão acarretaria enormes transtornos para a comunidade de Mira Estrela e de outros municípios, cujas ações, certamente, acabariam por chegar ao Supremo Tribunal Federal, assim como ocorrera com o primeiro.

Por essa razão, a partir de voto da lavra do Ministro Gilmar Mendes, a Suprema Corte passou a admitir, também em sede de **controle difuso** de constitucionalidade, a **regulação dos efeitos da decisão** que declara a invalidade.

Segundo seu voto, “no caso em tela, observa-se que eventual declaração de inconstitucionalidade com efeito *ex tunc* (que retroage) ocasionaria repercussões em todo o sistema vigente, atingindo decisões que foram tomadas em momento anterior ao pleito, e que resultou na atual composição da Câmara Municipal: fixação do número de vereadores, fixação do número de candidatos, definição do quociente eleitoral. Igualmente, as decisões tomadas posteriormente ao pleito também seriam atingidas”.

No mesmo diapasão, sustentou que “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 controle difuso”<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> STF – RE 197.917 – Rel. Min. Maurício Corrêa – DJU de 25/03/2004.

Destarte, atualmente o Supremo Tribunal Federal pode regular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, presentes os requisitos e critérios supramencionados, tanto em sede de controle concentrado, quanto em hipóteses de controle difuso de constitucionalidade.

## 6. Outras formas de declaração da inconstitucionalidade

Conforme mencionamos, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 3/93 e, posteriormente, com a edição das Leis nºs 9.868/99 e 9.882/99, o ordenamento jurídico brasileiro passou a prescrever que as decisões proferidas em todas as ações de controle concentrado de constitucionalidade produziriam efeitos vinculantes, o que foi ratificado pela Emenda Constitucional nº 45/04.

No entanto, mais do que isso, o parágrafo único do art. 28 da Lei nº 9.868/99 trouxe ao ordenamento jurídico os institutos da “interpretação conforme à Constituição” e da “declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto”.

Vejamos o que prescreve o mencionado dispositivo:

*Parágrafo único.* A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, **inclusive a interpretação conforme à Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto**, têm eficácia contra todos e **efeito vinculante** em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal (destaques nossos).

A discussão sobre a constitucionalidade desse dispositivo foi objeto de Questão de Ordem, na Reclamação nº 1.880, ajuizada pelo município paulista de Turmalina em face do TRT da 15ª Região.

Em decisão proferida em 6 de novembro de 2002, o Supremo Tribunal Federal entendeu constitucional a norma impugnada, vencidos os Ministros Ilmar Galvão, Moreira Alves e Marco Aurélio Mello<sup>3</sup>.

### 6.1. Natureza do ato interpretativo

Alguns doutrinadores tratam a interpretação jurídica como uma atividade meramente cognoscitiva, ao passo que outros sustentam haver na interpretação um juízo decisório, dentro de uma gama de decisões possíveis.

Filiamo-nos à primeira corrente, que entende que o cientista do direito, após deixar o plano da linguagem do direito positivo (no qual a linguagem técnica do legislador manifesta-se de forma equívoca e repleta de imperfeições), passa por um processo de concreção

---

<sup>3</sup> STF – Rcl 1.880 – Rel. Min. Marco Aurélio – DJU de 18/11/2002.

crescente até que, valendo-se dos instrumentos que a teoria geral do direito e a lógica jurídica lhes apresentam, chega-se a um discurso unívoco e isento de contradições ou dúvidas.

Paulo de Barros Carvalho ensina que “naquele reduto formal (lógica jurídica), por haver uma estrutura de linguagem efetivamente unívoca, encontrará o cientista esquemas seguros e precisos para captar o arcabouço da mensagem normativa, uma vez que os termos lógicos têm uma e somente uma significação” (CARVALHO, 1998, p. 5).

Para aqueles que se filiam à segunda teoria, contudo, os critérios últimos da interpretação resultam em um ato de vontade do intérprete. Seguindo a linha desenvolvida por Kelsen, argumentam que a interpretação da lei não conduz, necessariamente, a somente uma decisão correta, mas, por vezes, a várias, e que, em um ato de vontade, o jurista escolhe, entre as múltiplas significações normativas possíveis, aquela que pretende adotar.

As novas leis que vieram a disciplinar o controle de constitucionalidade, conforme já demonstramos, adotaram essa segunda concepção, na linha dos modernos estudos alemães acerca das implicações que a interpretação jurídica e, mais especificamente, que a escolha de uma ou outra significação normativa promove na unidade do ordenamento jurídico positivo.

A introdução de decisão judicial com efeito vinculante no direito brasileiro já foi fartamente investigada, quando tratamos dos efeitos das decisões de mérito nas ações de controle. Passemos, então, à análise dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade na unidade do sistema jurídico, a partir dos novos institutos acima destacados.

Ressaltamos que, embora **não concordemos** com a possibilidade de um mesmo intérprete concluir pela plurissignificação de uma norma jurídica, pelas razões de cunho lógico-jurídico delineadas acima, faz-se necessário o estudo desses institutos, em virtude do reconhecimento de sua constitucionalidade por parte do Supremo Tribunal Federal.

## **6.2. Interpretação conforme à Constituição e inconstitucionalidade parcial sem redução do texto**

Segundo as lições de Celso Ribeiro Bastos,

pela interpretação conforme à Constituição, uma lei não deve ser declarada nula quando seja passível de uma interpretação que a coloque em plena sintonia com o conjunto normativo constitucional. Quando uma norma infraconstitucional apresentar dúvidas em relação ao seu exato significado, deve dar-se preferência à interpretação que lhe coloque em conformidade com os preceitos constitucionais. Isto nada mais é do que a aplicação do princípio da supremacia da Constituição dentro de um determinado ordenamento jurídico, aliado ao princípio de que, sempre que possível, uma regra deve ser compreendida de forma a ser dotada de eficácia, só devendo declarar-se sua inconstitucionalidade como última *ratio* (BASTOS, 1997, p. 167).

E, concluindo seu raciocínio em seu *Hermenêutica e interpretação constitucional* (BASTOS, 1997), o professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo alertava, já em 1997, que a solução da interpretação conforme à Constituição seria inócua caso não fosse atribuída força vinculante à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, pois a norma seria mantida no ordenamento jurídico, mas nada garantiria que os tribunais inferiores iriam utilizá-la de acordo com o entendimento manifestado pela Suprema Corte.

Como já vimos, o direito brasileiro passou a adotar a força vinculante de decisões judiciais prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal nessas e em outras situações, acolhendo, assim, reivindicação de parte da doutrina, possibilitando a aplicabilidade prática desse instituto. Vejamos o que o Diretor-Geral do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional escreveu à época:

Sabe-se que na Alemanha a interpretação conforme à Constituição determina a procedência parcial da ação direta de inconstitucionalidade, declarando inconstitucionais aqueles sentidos que são incompatíveis com o Texto Constitucional. No Brasil, a técnica difere na medida em que adotada a interpretação conforme à Constituição, a decisão da ação é de improcedência, já que a norma permanece no ordenamento jurídico, com o sentido que a coloca em consonância com a Constituição. De qualquer forma, o que importa observar é que os fundamentos da sentença, não gerando os efeitos da coisa julgada, abrem a possibilidade de descumprimento indireto da decisão da Corte pelos demais órgãos jurisdicionais. É que fica franqueada a possibilidade dos demais juízes e tribunais continuarem aplicando a norma infraconstitucional, já que não foi declarada inconstitucional, mas com algum dos sentidos apontados como inconstitucionais nos considerandos da decisão da Corte. A solução, ao menos no atual estágio, parece ser a incorporação do *decisum* da única interpretação da norma admitida pelo Tribunal, com a devida força vinculante (BASTOS, 1997, p. 167).

Gilmar Ferreira Mendes adverte que “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 **vontade do legislador**. A interpretação conforme à Constituição é, por isso, apenas admissível se não configurar violência contra a expressão literal do texto e não alterar o significado do texto normativo, com mudança radical da própria concepção original do legislador”. E conclui: “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” (MARTINS; MENDES, 2005, p. 414; destaques no original).

### **6.3. Declaração de constitucionalidade de norma em trânsito para a inconstitucionalidade e mutação constitucional**

A **norma jurídica** pode ser conceituada, segundo as lições de Paulo de Barros Carvalho, como “a significação que colhemos da leitura dos textos do direito positivo”.

Assim, a norma jurídica consiste no **juízo implicacional** que a leitura do texto normativo provoca em nossa consciência.

“Por analogia, podemos dizer que **o texto escrito está para a norma jurídica tal qual o vocábulo está para sua significação**” (CARVALHO, 1998, p. 7; destaques nossos).

Aí reside a diferença essencial entre a norma jurídica e os textos do direito positivo. É muito comum encontrarmos as expressões “lei” e “norma” sendo utilizadas como sinônimas. Porém, segundo nossa concepção epistemológica, entre elas **existem profundas diferenças**. Vejamos:

Os **textos de direito positivo** (Constituição, leis, decretos, portarias) são apenas o **suporte físico de significação** das normas jurídicas. A **norma jurídica** é o **significado** que o jurista **constrói** a partir da leitura desses textos. As normas jurídicas estarão sempre na **implicitude** dos textos do direito positivo.

Sabemos que o direito consiste em um objeto cultural, sendo que, por isso, é classificado como ciência social e não natural. Diferente dos objetos naturais, não pode ser expresso em verdades absolutas: os objetos culturais ou sociais expressam-se em **valores**. Tomemos o seguinte exemplo, que facilitará o entendimento:

Se perguntarmos a qualquer aluno qual o resultado da adição “2 + 2”, por certo que este dirá ser “4”. É essa a característica fundamental das ciências naturais. Em qualquer lugar do mundo, “2 + 2 = 4”; assim como, em qualquer lugar do mundo, um objeto que for largado ao chão cairá, por força da gravidade; ou, ainda, a formulação quântica de um elemento químico será a mesma. Não existe a possibilidade lógica de chegar-se a opiniões diferentes. O resultado correto será, em regra, apenas um. As leis da natureza submetem-se ao princípio da “causalidade física”.

O mesmo não se verifica com os objetos do mundo cultural, do qual o direito faz parte. Se trouxermos à sala de aula vários poemas, distribuí-los a todos, e lhes fizermos as seguintes perguntas: “O que vocês entenderam? Qual deles é mais belo?”, certamente encontraremos as mais variadas respostas, sem que isso signifique afirmar, necessariamente, que uma delas estará incorreta. **Cada um de nós possui seus próprios valores, que se refletem em opiniões, gostos, preferências**. Essa é a característica do mundo cultural: não existem verdades absolutas, mas as impressões que cada pessoa obtém, ao depositar seus valores culturais na análise de determinado objeto.

Essa é a razão das enormes **divergências interpretativas doutrinárias e jurisprudenciais**, que determinadas matérias suscitam. Os temas jurídicos que apresentam

valores sociais não tão sedimentados (assuntos polêmicos) tendem a ocasionar um maior número de interpretações e, conseqüentemente, de opiniões divergentes.

Ora, se a **norma jurídica** consiste na construção do sentido da comunicação legislada, a partir da análise dos fatos e dos valores sociais, por certo que é possível que a **norma** se modifique sem que a **lei** se altere.

É exatamente esse processo de transformação que pode acarretar o “trânsito para a inconstitucionalidade” de uma determinada norma, quando, em razão dessa modificação de sentido, iniciar-se uma incompatibilidade entre o comando legal e o mandamento constitucional.

Nas palavras de Clèmerson Merlin Clève, “a Corte Constitucional, neste caso, declara constitucional a norma impugnada mas, ao mesmo tempo, alerta que ela encontra-se em trânsito para a inconstitucionalidade. Ou seja, a alteração das circunstâncias fáticas ou mesmo da compreensão do significado da Lei Fundamental pode implicar, para a norma, o inserir-se num processo de ‘inconstitucionalização’” (CLÈVE, 1995, p. 174).

Para Celso Ribeiro Bastos, “no Direito Brasileiro, esta técnica decisória, que no Direito Alemão estaria inserida dentre as várias espécies do que lá se denomina de *apelo ao legislador*, pode ser aceita, desde que a norma não seja ainda plenamente inconstitucional, quer dizer, inconstitucional em todas as hipóteses interpretativas que comporta. Vê-se, pois, que longe de ser uma hipótese apartada da anterior (inconstitucionalidade parcial sem redução do texto), com ela convive e, na maior parte dos casos, será um *plus* à declaração de constitucionalidade da norma” (BASTOS, 1997, p. 173).

#### **6.4. Declaração de inconstitucionalidade como apelo ao legislador**

Finalmente, temos a figura da declaração de inconstitucionalidade como apelo ao legislador. No nosso sistema jurídico, tal sistemática perde bastante em importância na medida em que, uma vez reconhecida a inconstitucionalidade da norma, caberá ao órgão julgador apenas **pronunciá-la**, o que não impede que indique os caminhos a serem percorridos pelo Legislativo, com vista à posterior regulamentação da matéria.

Não existem, porém, métodos efetivos para se exigir a movimentação do aparato legislativo, o que inviabiliza, inclusive, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

## 7. Considerações finais

As considerações traçadas ao longo deste artigo pretendem fornecer um panorama das inovações surgidas no tema do controle de constitucionalidade, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Conforme mencionamos, embora seja inegável que, em situações muito excepcionais, a possibilidade de se regular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade da norma produza importantes consequências práticas, cremos que esta situação não se coaduna com o caráter científico que se pretende atribuir ao direito.

Isso porque, se a finalidade do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos é prestigiar a supremacia da Constituição, impedindo que leis ou atos normativos que a contrariem produzam efeitos práticos, a possibilidade de se jurisdicizar os efeitos materiais de situações sacramentadas com base em leis inconstitucionais representa enorme desprestígio ao Texto Supremo.

Desta forma, não obstante os mecanismos de regulação dos efeitos das decisões de controle de constitucionalidade tenham encontrado guarida na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, cremos que a dogmática constitucionalista careça de outros estudos sobre a natureza ontológica da norma inconstitucional e as consequências práticas decorrentes da opção realizada, sob pena de colocar em cheque a própria existência da ciência do direito.

## Referências bibliográficas

ALVARENGA, Maria Amália de Figueiredo Pereira; ROSA, Maria Virgínia de Figueiredo Pereira do Couto. *Apontamentos de metodologia para a ciência e técnicas de redação científica*. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 2001. 181p.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. 502p.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997. 191p.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. 805p.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. 379p.

CAMPOS, Francisco. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. v. 1. 830p.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. 1461p.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. 376p.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. São Paulo: Saraiva, 1998. 260p.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 342 p.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Fabris, 1997. 104p.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. 181p.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997. 55p.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991. 34p.
- HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998. 576p.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986. 509p.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 427p.
- LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. 40p.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei nº 9.868, de 10-11-1999*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. 583p.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense: 1999. 426p.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. 845p.

- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Leis originariamente inconstitucionais compatíveis com Emenda Constitucional superveniente. *Revista trimestral de direito público*, nº 23, 1998, p. 12-23.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. 375p.
- MIRANDA, Henrique Savonitti. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. Brasília: Senado Federal, 2007. 789p.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Guanabara, s.d.
- SILVA, Kelly Susane Aflen da. *Hermenêutica jurídica e concretização judicial*. Porto Alegre: Fabris, 2000. 459p.
- TEIXEIRA, José Horácio Meireles. *Curso de direito constitucional*. Atualização: Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. 433p.
- VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997. 335p.
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O controle de constitucionalidade na Constituição brasileira de 1988. *Revista de direito administrativo*, nº 178, p. 6-17, 1989.
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O Supremo Tribunal Federal, corte constitucional: uma proposta que visa a tornar efetiva a sua missão precípua de guarda da Constituição. *Revista de direito administrativo*, nº 192, p. 1-28, 1993.
- VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. 413p.