

A MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DAS DECISÕES PROFERIDAS EM SEDE DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE

THE MODULATION OF TEMPORAL EFFECTS IN ABSTRACT CONTROL OF CONSTITUCIONALITY

*Karime Silva Saviero**

Resumo: Desde o advento da lei n. 9.868/99, o Supremo Tribunal Federal dispõe de um mecanismo institucionalizado de modulação dos efeitos temporais das decisões que reconhecem a inconstitucionalidade de leis a atos normativos em sede de controle abstrato de constitucionalidade. O presente estudo investiga as razões históricas que levaram o legislador a normatizar este mecanismo, quais são as situações ensejadoras do emprego da referida técnica de ponderação de valores e se o reconhecimento de efeitos unicamente prospectivos pode ser estendido igualmente às decisões declaratórias de constitucionalidade.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional, controle concentrado de constitucionalidade, modulação prospectiva dos efeitos temporais, declaração de constitucionalidade de leis e atos normativos.

Abstract: Since the advent of the law n. 9.868/99, the Brazilian Supreme Court has an institutionalized mechanism for modulation of the temporal effects on decisions that recognise the unconstitutionality of normative acts through abstract control of constitutio-

* Universidade Federal do Espírito Santo.

nality. This study investigates the historical reasons that led the legislature to regulate this mechanism, which are the situations that allow Justice to use this technique and if the recognition of only prospective effects can also be extended to declaratory judgments of constitutionality.

Keywords: Constitutional jurisdiction, control of constitutionality, prospective effects of Supreme Court decisions, declaration of constitutionality of normative acts.

Introdução

O controle de constitucionalidade brasileiro apresenta uma particularidade que o torna especialmente importante: adotamos o sistema eclético ou híbrido, em que as modalidades difusa e concentrada de controle cedem terreno uma a outra.

Sendo assim, ao mesmo tempo em que os magistrados de piso estão autorizados a declarar, por via de exceção, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo suscitada como objeto incidental da atividade cognitiva, o Supremo Tribunal Federal exerce, pela via das ações diretas, o controle concentrado de constitucionalidade, que permite a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo provocada como objeto principal da atividade cognitiva.

Apesar do convívio aparentemente pacífico entre as duas modalidades de controle, remanescem algumas incompatibilidades que precisam ser superadas. Explica-se: ao longo dos anos, doutrina e jurisprudência brasileiras passaram a admitir a modulação dos efeitos da decisão que, em controle abstrato, reconhece a inconstitucionalidade de leis e atos normativos. Este processo culminou com a edição da Lei n. 9.868/99, que regulamenta as hipóteses ensejadoras desta modulação.

Contudo, nada se disse quanto à flexibilização da eficácia retroativa das decisões declaratórias de constitucionalidade pronunciadas nas ações diretas. Diante deste cenário, alguns questionamentos são inevitáveis: o que acontece quando o Supremo declara a constitucionalidade de uma lei que, analisada como questão prejudicial no bojo de processos judiciais, tenham sido inaplicadas em larga escala pelos órgãos do Poder Judiciário? A solução da retroatividade plena é impositiva? Em casos assim, os riscos da eventual divergência entre o posicionamento do magistrado de piso e a deliberação posterior e vinculativa do Supremo poderiam ser carreados aos jurisdicionados, com implicações práticas sobre suas vidas pessoais?

Estas são precisamente as indagações que se pretende responder. Para tanto, serão investigadas as raízes históricas, colhidas nas experiências nacional e estrangeiras, que fizeram germinar o permissivo do art. 27 da Lei n. 9.868/99, para concluir se a regra de ponderação de valores ali prevista pode ser transplantada também para as declarações de constitucionalidade.

O estudo terá início com a análise do fenômeno da inconstitucionalidade e os planos de análise das normas jurídicas. Em seguida, serão analisadas as teorias da nulidade e da anulabilidade da norma inconstitucional, apontando-se aquela prevalente nos dias atuais. Finalmente, exploraremos as experiências constitucionais norte-americana e portuguesa no que concerne à eficácia temporal das declarações de nulidade para, munidos destas informações, investigar a realidade brasileira. Finalmente, o último tópico do artigo será destinado à análise da compatibilidade entre modulação de efeitos e declaração de constitucionalidade.

1. O fenômeno da inconstitucionalidade das normas jurídicas

É sabido por todos que o direito tem como finalidade precípua a regulação do convívio em sociedade, através de valores e finalidades validamente reconhecidos. Dentre o conjunto infundável de atos e fatos extraíveis da realidade humana, há aqueles, mais relevantes, a que o Direito confere normatividade: são os fatos jurídicos. Aos fatos jurídicos que pressupõem uma manifestação de vontade, dá-se o nome de atos jurídicos.

De acordo com a classificação doutrinária mais abalizada, os atos jurídicos comportam três planos de análise: o plano da existência, o plano da validade e o plano da eficácia.

Nos termos da classificação proposta, pode-se dizer, de maneira bastante simplória e generalista, que um ato jurídico existe, no mundo do Direito, quando presentes os elementos descritos em lei como necessários à sua constituição. Consideram-se elementos comuns a qualquer ato jurídico o agente, a forma e o objeto.

Já, o plano da validade caracteriza-se pela presença de determinados atributos que qualificam o ato jurídico, dotando-lhes de perfeição. Noutras palavras, significa dizer que presentes os elementos agente, forma e objeto, existirá o ato jurídico; para que seja válido, contudo, será necessário que seus elementos sejam realçados por atributos específicos: o agente deverá ser competente; a forma deverá conter previsão legal; e o objeto deverá ser lícito e possível.

Finalmente, a nota distintiva do plano da eficácia dos atos jurídicos reside em sua aptidão para produzir efeitos, conferindo aplicabilidade à norma jurídica.

Com supedâneo nos conceitos de existência, validade e eficácia das normas jurídicas, conclui-se facilmente que a inconstitucionalidade deve ser aferida no segundo plano de análise. O ponto nefrágico da questão consiste em saber se a norma jurídica declarada inconstitucional é nula de pleno direito ou meramente anulável.

1.1. Teoria da nulidade da norma inconstitucional

Segundo a doutrina da nulidade do ato inconstitucional, as normas jurídicas declaradas inconstitucionais são nulas desde o nascedouro. Referida teoria já era sustentada em *Federalist Papers*, de 1788, e conferiu consistência teórica à decisão da Suprema Corte americana no caso *Marbury x Madison* (1803)¹.

Na linha dos argumentos aí defendidos, permitir que uma lei inconstitucional pudesse regular situações jurídicas e produzir efeitos válidos e regulares significaria negar vigência à própria Constituição e ao postulado de sua supremacia, sobre o qual se assenta a teoria constitucional moderna.

A consequência lógica da encampação da teoria da nulidade é a atribuição de caráter declaratório – e não constitutivo – à decisão que reconhece a inconstitucionalidade de uma norma jurídica. Assim, não se admite a produção de qualquer efeito válida pela norma confrontada: todas as relações jurídicas a partir dela constituídas são restituídas ao status quo ante.

A teoria da nulidade da norma inconstitucional prevaleceu nos Estados Unidos e em todos os países que adotaram o modelo do controle judicial de constitucionalidade, com exceção apenas da Áustria.

Em terras brasileiras, a tese da nulidade das normas inconstitucionais angariou, desde os tempos da República, a simpatia da esmagadora maioria dos constitucionalistas, dentre os quais Francisco Campos, Alfredo Buzaid e Lúcio Bittencourt. Embora ainda seja a tese mais aceita nos dias atuais, as exigências trazidas pela realidade e os imperativos de justiça social levaram o Supremo

1 O Professor Luís Roberto Barroso cita o voto lapidar de John Marshall na emblemática decisão: “assim, a particular linguagem da constituição dos Estados Unidos confirma e reforça o princípio, que se supõe essencial a todas as constituições escritas, de que uma lei contrária à constituição é nula”. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 15-16.

Tribunal Federal a aplicar com temperamento a tese da nulidade das leis, reconhecendo, principalmente após o advento da Lei nº 9.868/99, a possibilidade de modulação dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade.

1.2. Teoria da anulabilidade da norma inconstitucional

Concebido por Hans Kelsen, o controle de constitucionalidade foi introduzido pela primeira vez na Constituição Austríaca de 1920 e traduzia-se em verdadeiro contraponto ao judicial review norte-americano.

Segundo a concepção kelseniana, o controle de constitucionalidade não poderia ser enquadrado como uma função tipicamente judicial. Tratar-se-ia, em verdade, de uma atividade legislativa negativa, a ser desempenhada por um Tribunal Constitucional especialmente constituído para este fim. Para o autor, a lei incompatível com a Carta Maior conservava a validade enquanto sua inconstitucionalidade não fosse pronunciada pelo órgão de controle.

Como corolário natural da tese da anulabilidade, a decisão que reconhecesse a inconstitucionalidade da norma teria natureza constitutiva negativa e produziria efeitos apenas *pro futuro*, sem retroagir ao berçário da lei.

Muitos sustentam que o principal objetivo de Kelsen, ao desenvolver a teoria da anulabilidade dos atos inconstitucionais, era refrear o poder decisório dos Juízes, que à época sofriam grande influência dos pensamentos idealistas da Escola livre do direito e da Jurisprudência livre².

Seja como for, a formulação teórica aqui tratada encontrou poucos adeptos na doutrina, tendo sido consagrada unicamente pelo ordenamento jurídico austríaco. Contudo, apesar da preva-

2 Veja-se, por todos, BARROSO, L. R., obra citada, p. 14.

lência da teoria da nulidade, muitas concessões têm sido feitas no sentido de mitigar a retroatividade plena das declarações de inconstitucionalidade, como demonstram as experiências constitucionais de diversos países.

2. Análise da experiência constitucional alienígena

O direito comparado possibilita o acesso a inúmeras experiências de outros países envolvendo a modulação de efeitos das decisões que declaram a inconstitucionalidade de leis e atos normativos, que se traduzem em instrumentos valiosos para a análise da conformação que o instituto adquire no Brasil.

Contudo, para os fins deste artigo, optou-se por restringir o campo de investigação à análise histórica da conformação do controle de constitucionalidade em dois modelos fundamentais: o norte-americano e o português.

2.1. A experiência americana

Os Estados Unidos da América historicamente sempre acentuou a nulidade plena das leis inconstitucionais. Contudo, após a Grande Depressão da década de 1930, este entendimento passou a sofrer flexibilizações, especialmente no bojo de processos criminais.

Em sede doutrinária, costuma-se mencionar como precedente da relativização da tese da nulidade *ipso iure* da norma inconstitucional, na jurisprudência da Suprema Corte, o julgamento de *Mapp x Ohio*, em 1961.

Naquela oportunidade, a Supreme Court reconheceu a inadmissibilidade de provas obtidas ilegalmente em juízos penais, à luz

da norma contida na 4ª Emenda. Consequentemente, inúmeras petições de habeas corpus foram encaminhadas ao Tribunal com a finalidade de garantir a aplicação retroativa desta decisão a casos anteriormente julgados.

Dentre os inúmeros pedidos analisados, destaca-se o emblemático julgamento do caso *Linkletter x Walker*. *Linkletter* havia sido condenado com base em provas colhidas ilegalmente e invocava o caso *Mapp* para requerer a revisão de sua condenação. Negando aplicação à tese da nulidade absoluta da lei inconstitucional, a Corte indeferiu o pedido ao argumento de que a definição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade não estava previsto na Constituição³.

Conforme relata Christina Aires Corrêa Lima em sua dissertação de mestrado⁴, o indeferimento da concessão de efeitos retroativos ao julgamento de *Mapp x Ohio* deu-se com base nos seguintes argumentos:

Uma vez aceita a premissa de que não somos requeridos e nem proibidos de aplicar uma decisão retroativamente, devemos então sopesar os méritos e deméritos em cada caso, analisando o histórico anterior da norma em questão, seu objetivo e efeitos e se a operação retrospectiva irá adiantar ou retardar sua operação. Acreditamos que essa abordagem é particularmente correta com referência às proibições da 4ª Emenda, no que concerne às buscas e apreensões desarrazoadas. Ao invés de ‘depreciar’ a 4ª Emenda devemos aplicar a sabedoria do Justice Holmes que dizia que ‘na vida não existe lógica: o que há é experiência’.

Como se pode ver, experiência constitucional americana evidenciou a necessidade de suavizar a regra da retroatividade absoluta das declarações de inconstitucionalidade de leis e atos normativos, passando a admitir, em muitos casos, o reconhecimento da inconstitucionalidade com a produção de efeitos exclusivamente *pro futuro*.

3 MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO*. Comentários à Lei nº 9.868/99, 2012, p. 573.

4 LIMA, Christina Aires Corrêa. *O princípio da nulidade das leis inconstitucionais*, p.84.

2.2. A experiência portuguesa

O direito português contém previsão constitucional específica de limitação dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade, consubstanciada no artigo 282 de sua Carta Política⁵:

Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos itens n. 1 e 2.

Jorge Miranda preleciona que o abrandamento dos efeitos da inconstitucionalidade no tempo favorece a preservação de algumas situações da vida já consolidadas. A cláusula da modulação dos efeitos da decisão funcionaria, portanto, como uma “válvula de segurança da própria finalidade e da efetividade do sistema de fiscalização”⁶.

Importa observar que a consagração de um conceito jurídico indeterminado pelo constituinte português, mediante o emprego da fórmula “interesse público de excepcional relevo”, não faz presumir o abandono da constitucionalidade estrita em benefício de razões de política judiciária.

Nessa linha, o professor Gilmar Ferreira Mendes afirma textualmente que as cláusulas da segurança jurídica e da equidade não seriam capazes de esgotar todos os valores constitucionais capazes de justificar a produção prospectiva de efeitos nas declarações de inconstitucionalidade⁷. Consequentemente, é necessário o manejo de um preceito aberto, apto a resguardar todos os valores não enquadráveis nas definições restritas de segurança e equidade.

5 PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em: <<http://www.fd.uc.pt>>. Acesso em 15 jul. 2013.

6 MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional, t.2, p. 500-2. Apud: MENDES, G. F., obra citada, p. 579.

7 MENDES, G. F. Idem, p. 582.

3. A modulação dos efeitos temporais na experiência brasileira

É sabido que o direito brasileiro filia-se à teoria da nulidade das leis inconstitucionais, como também que a quase totalidade dos constitucionalistas nacionais concebem a nulidade como uma decorrência natural do reconhecimento da invalidade de uma norma que contraria a Constituição Federal.

Contudo, embora perfilhada a tese da nulidade plena das normas inconstitucionais, não raras vezes o Supremo Tribunal Federal reconheceu efeitos meramente prospectivos às suas decisões. Veja-se, por exemplo, o julgamento do RE 122.202, quando a Corte decidiu que os juízes beneficiados com o recebimento de vantagens pecuniárias declaradas inconstitucionais não precisariam devolver as parcelas já recebidas, cessando-se o pagamento apenas a partir da publicação do acórdão. O mesmo entendimento era estendido aos casos individuais com trânsito em julgado, que não eram alcançados pela declaração de inconstitucionalidade⁸.

Às construções pretorianas que atenuavam o rigor da declaração de nulidade da norma inconstitucional, com eficácia *ex tunc*, somavam-se os esforços da doutrina na identificação de situações que exigiam o temperamento da tese da nulidade⁹.

Contudo – e apesar de todos os avanços conquistados pela jurisprudência do Supremo Tribunal e pela doutrina –, a grande mudança na mitigação dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade aconteceu com a chegada da Lei nº 9.868/99¹⁰.

8 STJ, DJU, 30 nov. 1998, p. 55, REsp 140.947-RS, rel. Min. Humberto Gomes de Barros; STJ, DJU, 18 jun. 2001, p. 252, AR 1.365-SC, rel. Min. J. Arnaldo.

9 Nesse sentido, defendia Celso Antônio Bandeira de Mello que, se a Administração Pública houvesse se beneficiado de uma relação jurídica com o particular que, posteriormente, viesse a ser invalidada, a este último seria devida uma indenização correspondente, em nome da vedação do enriquecimento sem causa (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O princípio do enriquecimento sem causa em direito administrativo*, p. 33).

10 O texto aprovado através da Lei nº 9.868/99 é fruto da proposta constante no projeto de lei nº 2.960/97, em cuja Exposição de Motivos consignou-se o seguinte: “Coerente com a evolução constatada no Direito Constitucional comparado, a presente propos-

Uma simples leitura do artigo 27 da Lei nº 9.868/99 permite ver a profunda semelhança entre a sua redação e aquela conferida ao artigo 282, n. 4, da Constituição Portuguesa¹¹. Eis a transcrição literal do dispositivo em comento:

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 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 fixado¹².

A principal virtude da normalização de uma via para a mitigação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade é, na aguda percepção de Ana Paula Oliveira Ávila, a criação de um mecanismo de “ponderação entre as normas constitucionais que ensejam a declaração de inconstitucionalidade e as normas constitucionais que justificam a preservação dos efeitos do ato inconstitucional, situação em que o postulado da unidade da Constituição adquire maior relevância”¹³.

Portanto, nas situações em que a preservação de valores constitucionais relevantes se mostre mais condizente com o postulado

ta permite que o próprio Supremo Tribunal federal, por maioria diferenciada, decida sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, fazendo um juízo rigoroso de ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional, de um lado, e os postulados da segurança jurídica e do interesse social, do outro (art. 27). Assim, o princípio da nulidade somente será afastado “*in concreto*” se, a Juízo do próprio Tribunal, se puder afirmar que a declaração de nulidade acabaria por distanciar-se ainda mais da vontade constitucional (BRASIL. *Exposição de motivos n. 189 de 7/4/1997*, ao projeto de Lei n. 2.960/97).”

- 11 Art. 282, n. 4: Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n. 1 e 2.
- 12 BRASIL, Congresso Nacional. *Lei nº 9.868*, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, 1999.
- 13 ÁVILA, Ana Paula Oliveira, [em seu projeto de doutoramento intitulado] Determinação dos efeitos do controle de constitucionalidade: possibilidades e limites. Apud: BARROSO, L. R., obra citada, p. 148.

da Supremacia da Constituição, o reconhecimento da inconstitucionalidade da lei deverá produzir efeitos *pro futuro*.

Pois bem. Com base nas experiências constitucionais alienígenas e na própria evolução brasileira da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade transparece como pano de fundo das mudanças a necessidade de compatibilizar a regra fria de que a “inconstitucionalidade reconduz-se à nulidade¹⁴” com as injustiças muitas vezes perpetradas pela declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc*, mormente quando se trata de solucionar as violações das normas constitucionais de conteúdo negativo ou proibitivo.

As ideias aqui defendidas estão em sintonia com as lições do professor Gilmar Ferreira Mendes. *In verbis*:

Não se poderia declarar a nulidade de uma lei que pudesse importar na criação de um caos jurídico ou, em casos extremos, produzir aquilo que alguém chamou de “suicídio democrático”, cujo melhor exemplo seria a declaração de nulidade de uma lei eleitoral de aplicação nacional e regular a posse dos novos eleitos. Restou, assim, superada, por fundamentos diversos, a fórmula apodítica constitucionalidade/nulidade anteriormente dominante. Não se poderia negar que muitas situações imperfeitas de uma perspectiva constitucional dificilmente seriam superadas com a simples utilização da declaração de nulidade¹⁵.

Embora tenha andado bem o legislador em formalizar, pela edição da Lei nº. 9.868/99, os mecanismos de controle da eficácia retrospectiva das declarações de inconstitucionalidade, parece-nos, contudo, que uma questão de fundamental importância passou despercebida: a necessidade de modulação dos efeitos das decisões que, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, reconhecem a constitucionalidade das leis. É sobre este assunto que discorreremos com mais precisão no tópico seguinte.

14 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*, p. 729.

15 MENDES, G. F. Obra citada, p. 605.

3.1. A modulação dos efeitos temporais das decisões declaratórias de constitucionalidade proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade

A redação do artigo 27 da Lei n. 9.868/99 estatui categoricamente que o Supremo Tribunal Federal poderá restringir os efeitos da decisão que declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

Também em sede doutrinária a impossibilidade de modulação dos efeitos da decisão que reconhece a constitucionalidade da lei é questão pacificada. Assim, Dirley da Cunha Júnior sustenta que a norma contida no artigo 27 não pode ser aplicada às declarações de constitucionalidade. *In verbis*:

[...] a decisão que acolhe a ação declaratória e reconhece a constitucionalidade da lei ou ato normativo federal produz eficácia *ex tunc*, limitando-se a confirmar um estado de constitucionalidade antecedente¹⁶.

Na mesma linha, o constitucionalista Luís Roberto Barroso assevera que a decisão que declara, em controle concentrado, a constitucionalidade de lei ou ato normativo não inova na ordem jurídica, uma vez que se presta unicamente a confirmar a certeza jurídica de uma situação preexistente¹⁷.

Para o autor, portanto, tais decisões produziriam efeitos *ex tunc*, e as leis seriam tidas por inconstitucionais desde o seu surgimento. Além disso, em matéria de controle de constitucionalidade, a questão da relativização dos efeitos assumiria uma importância bem menor do que na declaração de inconstitucionalidade, pois esta envolve o desfazimento de situações constituídas sobre a égide de leis inconstitucionais.

16 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*, p. 252.

17 BARROSO, L. R. *Obra citada*, p. 271.

Apesar dos abalizados argumentos em favor da impossibilidade de modulação dos efeitos da declaração de constitucionalidade das leis, entendemos não ser este o melhor entendimento para a questão. Em primeiro lugar porque é comum que a declaração de constitucionalidade de lei ou ato normativo pelo Supremo leve ao desfazimento de situações já consolidadas no tempo.

Em segundo lugar, porque as mesmas razões históricas que motivaram a mitigação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade – a preservação da segurança jurídica, a intangibilidade da coisa julgada, a valorização da boa-fé nas relações jurídicas, os imperativos da moralidade e da razoabilidade, dentre outras – justificam a sua aplicação também nas declarações de constitucionalidade.

O Supremo teve a oportunidade de se manifestar recentemente sobre a questão no julgamento da ADI nº. 1.040-9, que pretendia a declaração de inconstitucionalidade do artigo 187 da Lei Complementar nº. 75/93. A polêmica centrava-se na exigência de um biênio na condição de bacharel em direito como requisito para inscrição em concurso público para ingresso nas carreiras do Ministério Público da União¹⁸.

Uma vez julgado constitucional o dispositivo legal contrastado, o Procurador-Geral da República opôs embargos declaratórios, aduzindo que o artigo 27 da Lei n. 9.868/99, ao dispor sobre os efeitos das decisões proferidas em controle concentrado, aborda-os sobre a “ótica gramaticalmente restrita da declaração de inconstitucionalidade”. Dessa forma, requereu ao Tribunal que a decisão produzisse efeitos apenas prospectivos, de forma a alcançar apenas os concursos públicos para os quadros do Ministério Público abertos após a decisão proferida nos embargos.

E para comprovar os prejuízos concretos advindos do reconhecimento da constitucionalidade do artigo 187 da LC n. 75/93,

18 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 1.040-9* rel. Min. Ellen Gracie, DJU, 1 abr. 2005.

o Procurador-Geral anexou aos autos uma relação de dez Procuradores da República em exercício por força de decisões judiciais que reconheceram incidentalmente a inconstitucionalidade da norma.

Na decisão dos embargos, a Corte decidiu que “a pretensão de declaração de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal com eficácia *ex tunc* envolve completa inversão da presunção de validade das normas legais”.

Quanto à situação concreta dos Procuradores da República conduzidos ao cargo por determinação judicial, a Ministra Ellen Gracie, relatora do recurso, ressaltou ser incabível, via oposição de embargos, o exame particularizado de suas situações jurídicas.

Embora o Supremo tenha se recusado a firmar posição expressa sobre as implicações práticas da declaração de constitucionalidade, é certo que o julgamento da ADI nº. 1.040 representou um passo importante no enfrentamento desta problemática, ainda tratada de forma incipiente pela doutrina nacional.

Posteriormente, o Supremo debruçou-se novamente sobre a necessidade de elasticscimento da modulação dos efeitos em decisões declaratórias de constitucionalidade, quando do julgamento de embargos declaratórios na ADI 3.756-DF19.

Na ocasião o Supremo assentou, em decisão histórica, que pode haver decisões concretas em que seja impossível ou indesejável fazer cumprir com efeitos retroativos uma norma declarada constitucional, por deferência ao princípio constitucional da segurança jurídica.

É importante destacar que poucos autores brasileiros defendem a ampliação das hipóteses de aplicação dos efeitos prospectivos. Dentre eles, destaca-se professor Luís Roberto Barroso, que embora reconheça uma dimensão menor à questão no campo das declarações de constitucionalidades, afirma textualmente:

19 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Embargos de Declaração na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 3.756-DF, rel. Min. Carlos Britto, DJe, 23 nov. 2007.*

No entanto, é possível especular que em uma hipótese na qual haja ocorrido ampla controvérsia judicial acerca da constitucionalidade de determinado dispositivo - com sua inaplicação em larga escala - se possa estabelecer uma eficácia puramente prospectiva da decisão ou de algum outro modo restringir seus efeitos, com base no mesmo tipo de raciocínio ponderativo previsto naquela norma, levando-se em conta a segurança jurídica ou excepcional interesse social²⁰.

Em linhas conclusivas, é possível observar que, no cenário constitucional brasileiro, ainda são bastante tímidos os acenos em direção à utilização plena e satisfatória dos mecanismos de modulação temporal das decisões, especialmente no que concerne às declaratórias de constitucionalidade. Contudo, ainda que tímidos, tais avanços não podem ser desconsiderados.

O emblemático precedente consolidado pelo Supremo na decisão da ADI 3.756-DF e o paulatino despertar da doutrina para a importância do estabelecimento de efeitos *pro futuro* nos julgamentos que ratificam a constitucionalidade de leis e atos normativos demonstram que, em questão de eficácia temporal das decisões proferidas em controle abstrato, caminhamos atrasados e com passadas inconstantes, mas estamos na direção certa.

Considerações finais

O presente artigo procurou ocupar-se da problemática concreta da repercussão das decisões em controle de constitucionalidade sobre as situações já decididas incidentalmente, e se os mecanismos de flexibilização da retroatividade plena das decisões de inconstitucionalidade poderiam ser úteis também para as decisões que reconhecem a constitucionalidade das leis e atos normativos.

20 BARROSO, L. R. Obra citada, p. 272.

No transcorrer do estudo, verificou-se a interpretação jurídica acerca da constitucionalidade/inconstitucionalidade das normas jurídicas não é uma atividade que possa ser desenvolvida integralmente no plano das abstrações, sem levarem-se em consideração as situações concretas e os contextos de fato que envolvem a aplicação da letra fria da lei.

Nessa linha, a análise do direito comparado e mesmo da evolução do tratamento dispensado no Brasil às decisões proferidas em controle de constitucionalidade demonstram que, em um sem-número de situações, o reconhecimento de eficácia retroativa às decisões que declaram a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade das leis poderia significar a perpetração de injustiças no campo da realidade fática. No que concerne às declarações de inconstitucionalidade, a própria normalização dada ao assunto pela Lei n. 9.868/99 orientam os Julgadores a estipular *cum granun salis* o marco temporal da eficácia das decisões tomadas em controle abstrato.

Quanto à modulação dos efeitos das decisões declaratórias de constitucionalidade, muito embora não haja regulamentação legal a respeito, concluiu-se que devem ser reconhecidas com base nas mesmas máximas de experiência que pavimentaram o caminho para a sua aceitação nas declarações de inconstitucionalidade, e que a Corte já possui precedentes no sentido de equiparar o regramento das decisões proferidas no âmbito do controle concentrado, pouco importando tratar-se de decisão que reconhece ou rechace a constitucionalidade da lei.

Referências bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL, Congresso Nacional. *Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, 1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 4. ed., Coimbra: Almedina, 1986.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*. 3.ed. Salvador: JusPODIVM, 2008.

LIMA, Christina Aires Corrêa. *O princípio da nulidade das leis inconstitucionais*. Dissertação de Mestrado em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O princípio do enriquecimento sem causa em direito administrativo*, RDA, 210:25, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei nº 9.868/99*. São Paulo: Saraiva, 2012.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Universidade de Coimbra, Coimbra. Disponível em: <<http://www.fd.uc.pt>>. Acesso em: 15 jul. 2013.