

A modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais no controle difuso de constitucionalidade

Eric Torres Bravos, aluno do 5º AN da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo.

Resumo: A ausência de limites legais para os efeitos temporais das decisões declaratórias de inconstitucionalidade relegou à doutrina e aos tribunais a construção de critérios práticos, calcados na eficácia *ex tunc* ou *ex nunc*. Neste contexto, o artigo 27 da lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, completou o vácuo legislativo por meio da expressa flexibilização dos efeitos temporais da decisão, notadamente no que concerne ao controle concentrado de constitucionalidade. Sem dispor sobre sua aplicabilidade no controle difuso, torna-se necessário verificar a adequação deste dispositivo em tal modelo, bem como as possibilidades que podem ser extraídas à luz da interpretação concedida pelo Supremo Tribunal Federal. Nesta mesma esteira, cumpre delimitar em quais hipóteses o julgador pode flexibilizar estas decisões, através da conceituação da segurança jurídica e excepcional interesse social, trazidos pelo novel artigo.

Palavras-chave: retroatividade; modulação; eficácia; inconstitucionalidade.

INTRODUÇÃO

O paradigma criado pela Constituição é o baluarte para o processo legislativo, validando o ordenamento infraconstitucional na medida em que seja auferida a similitude material e formal aos seus mandamentos.

Todavia, eventualmente o texto constitucional poderá não ser observado, o que ocasiona vícios que se materializam na inconstitucionalidade da lei editada. Para esta situação dispõe o ordenamento do controle de constitucionalidade, ao qual incumbe a análise da compatibilidade com a Constituição e o afastamento do objeto discordante.

Neste contexto surge o dilema objeto deste trabalho, visualizado a partir do tempo em que a decisão que reconhece a inconstitucionalidade produzirá efeitos, se desde o momento em que o dispositivo entrou no ordenamento jurídico, por ocasião do pronunciamento judicial ou outro momento no futuro.

Diante da falta de previsão legal sobre a eficácia dessas decisões, o embate entre a possibilidade de efeitos *ex tunc* ou *ex nunc* se deu apenas em sede doutrinária e jurisprudencial, sem certeza da melhor adequação ao ordenamento brasileiro. Por outro lado, com a edição da lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, o cenário ora apresentado passa por uma nova fase ao ser disciplinado o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade.

Desta forma, no artigo 27 do referido diploma consagrou-se a possibilidade do Supremo Tribunal Federal (STF) de, por maioria de dois terços de seus membros e em razão da segurança jurídica ou excepcional interesse social, restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou decidir que ela só produza efeitos a partir do seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

O comando emergente deste dispositivo é direcionado ao controle concentrado de

constitucionalidade, nada estabelecendo sobre o difuso. Em face da inovação trazida pela lei nº 9.868/99, propõe-se no presente trabalho a investigação da possibilidade de uso da regra emanada pelo artigo 27 no controle difuso, bem como a interpretação que o STF concede a este tema.

Assim, será exposta preliminarmente a condição do objeto inconstitucional, eis que sua definição tradicionalmente esteve atrelada aos efeitos temporais da decisão. Para o escopo final, após a situação do campo sobre o qual se estabeleceu a celeuma, a análise partirá para os elementos do novel artigo e o estudo de casos em que a Corte o utilizou, bem como os conceitos de segurança jurídica e excepcional interesse social.

1. A dicotomia entre nulidade e anulabilidade para a aferição dos efeitos temporais

O objeto contrário à Carta Magna ingressa no ordenamento jurídico gozando de presunção de conformidade com o texto constitucional. Em verdade dele se aufere algum vício de ordem material ou formal que teria o condão de retirar a eficácia, mas esta somente será tolhida após a análise judicial. A partir de tais assertivas é possível ampliar a visão do problema, que essencialmente se situa no plano da validade, e não da existência ou eficácia em um primeiro momento.

A invalidade do dispositivo inconstitucional foi vista primordialmente sob o enfoque da nulidade, conforme o raciocínio desenvolvido na doutrina e jurisprudência dos Estados Unidos. Atrela-se à própria origem do controle difuso de constitucionalidade, com o *leading case Marbury vs. Madison*, de 1803, julgado pelo Juiz John Marshall. De forma geral, Marshall concluiu que, havendo conflito entre a aplicação de uma lei em um determinado caso concreto e a Constituição, deve prevalecer a Constituição, uma vez que ela é hierarquicamente superior. Por outro lado, também reconheceu que a lei discordante é nula, já que sua condição de validade demandaria a adequação com a norma

que lhe fundamenta (LENZA, 2009, p. 177-178).

No Brasil, o entendimento sempre se mostrou favorável a esta tese, a qual gozou de aplicação praticamente irrestrita por muitas décadas. O ponto central de sua defesa foi a Supremacia da Constituição, eis que permitir o aproveitamento de lei inválida seria tolerar a sua sobreposição ao texto fundamental. Neste sentido, de acordo com o magistério de Zeno Veloso (1994, p. 185):

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 reconhecida judicialmente sua inconstitucionalidade, a sentença fulmina-a desde o início, operando ex tunc. A dita lei, que já era inválida, torna-se retroativamente 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.

Trata-se de interpretação que efetivamente coaduna com a Constituição na medida em que tenciona sua garantia.¹ Com efeito, o Supremo Tribunal Federal concede ao princípio da nulidade verdadeiro caráter constitucional (MENDES, 2001, p. 316), dada a sua relevância

para a preservação dos mandamentos trazidos pela Carta Magna. Por outro lado, declarar a nulidade *ab initio*, simplesmente porque seria este um instituto de caráter absoluto no campo ora abordado, implica em desconsiderar todas as relações que se deram em razão da lei viciada e ignorar a boa-fé e a segurança jurídica.

Ao nascer sob ao signo presuntivo da constitucionalidade, a lei é aplicada como se válida fosse, fazendo nascer direitos e obrigações que não poderiam se submeter à simplista rigidez hermenêutica. Deveras, a lei inconstitucional produziu efeitos até a declaração, todavia esta não poderia apagar as consequências naturalmente emanadas por aquele estatuto.

Por tais razões também o raciocínio nacional se mostrou tendente aos efeitos *ex nunc* das decisões, fundados na tese da anulabilidade.

Hans Kelsen (1991, p. 292-293) foi o defensor primordial desta teoria, para a qual não poderia existir a nulidade absoluta em um ordenamento. Seguindo o mestre, a lei questionada é meramente anulável e não nula, já que neste derradeiro caso ela não possui qualquer caráter jurídico. Para Kelsen, sendo o nulo a expressão do inválido, e por isso mesmo inexistente, não seria necessário um ato que lhe elimine do mundo jurídico. Todavia, se este fosse imprescindível, estar-se-ia diante de um caso de anulabilidade. Disto se extrai uma decisão puramente

¹ O Supremo Tribunal Federal prestigiou esta teoria como verdadeira regra do ordenamento pátrio. Para tanto, em posição que une toda a construção formada na Corte, convém ressaltar o voto do Ministro Celso de Mello, proferido no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 652/MA, DJ de 02 de abril de 1993, p. 616-617: "O repúdio ao ato inconstitucional decorre, em essência, do princípio que, fundado na necessidade de preservar a unidade da ordem jurídica nacional, consagra a supremacia da Constituição" (SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. p. 202-204, 1968, RT). E diversa não tem sido, nesse tema, a orientação do Supremo Tribunal Federal, cujo magistério, de um lado, sublinha a nulidade plena do ato inconstitucional, e, de outro, proclama, a partir de sua absoluta ineficácia jurídica, o caráter retroativo da declaração judicial que reconhece a sua incompatibilidade hierárquico-normativa com a Lei Fundamental. É por essa razão que a declaração de inconstitucionalidade de uma lei alcança, inclusive os atos do passado com base nela praticados (RTJ 19/127), eis que o reconhecimento desse supremo vício jurídico, que inquina de total nulidade os atos emanados do poder público, desampara as situações constituídas sob sua égide e inibe, ante a sua inaptidão para produzir efeitos jurídicos válidos, a possibilidade de invocação de qualquer direito. (RTJ 37/165 – 55/744 – 102/671; RE 84.230 – PR)

² Por outro lado, Kelsen (1991, p. 293) também reconhece que os efeitos da anulação podem ser retroativos, destituindo a eficácia de todos os atos oriundos do dispositivo impugnado. Assim, anulada uma lei penal, deve-se proceder a desconstituição de todas as decisões judiciais praticadas com base nela. Todavia, apesar dos efeitos excepcionalmente *ex tunc* nesta espécie de anulabilidade, a lei foi válida até a decisão.

constitutiva que, ao anular o objeto impugnado, surtiria efeitos em regra *ex nunc*.²

Sob evidente influência do magistério de Hans Kelsen, também o entendimento nacional se mostrou favorável a aplicação da tese da anulabilidade. Mormente pelos inconvenientes oriundos dos efeitos pretéritos da teoria antecedente, a justificativa central se estabeleceu na preservação da segurança jurídica e na tutela da boa-fé.

Em sede jurisprudencial, este raciocínio foi inaugurado no voto do Ministro Leitão de Abreu, proferido no Recurso Extraordinário nº 79.343/BA:

Acertado me afigura, também, o entendimento de que se não deve ter como nulo ab initio ato legislativo, que entrou no mundo jurídico munido de presunção de validade, impondo-se, em razão disso, enquanto não declarado inconstitucional, à obediência pelos destinatários dos seus comandos. Razoável é a inteligência, a meu ver, de que se cuida, em verdade, de ato anulável, possuindo caráter constitutivo a decisão que decreta a nulidade. Tenho que procede a tese, consagrada pela corrente discrepante, a que se refere o Corpus Juris Secundum, de que a lei inconstitucional é um fato eficaz, ao menos antes da determinação da inconstitucionalidade, podendo ter consequências que não é lícito ignorar. A tutela da boa-fé exige que, em determinadas circunstâncias, notadamente quando, sob a lei ainda não declarada inconstitucional, se estabelecerem relações entre o particular e o Poder Público, se apure, prudencialmente, até que ponto a retroatividade da decisão, que decreta a inconstitucionalidade, pode atingir, prejudicando-o, o agente que teve por legítimo o ato e, fundado nele, operou na presunção de que estava procedendo sob o amparo do direito objetivo.³

Sendo a lei inconstitucional portadora de verdadeira presunção de validade e mesmo de eficácia, a decisão que determinar a mácula acaba por invalidar o objeto *sub judice* sem tocar fatos pretéritos, mas a partir do momento em que se apurou a decisão anulatória. Contudo, segundo Regina Maria Macedo Nery Ferrari (2009, p. 126), nada impede a eficácia retrospectiva nesta interpretação, eis que a regra *ex nunc* não pode ser levada em termos absolutos.

De forma geral, este é o campo em que se situou a discussão dos efeitos temporais das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade, notadamente o concentrado. Outrora atrelada peremptoriamente à definição de nulo ou anulável, tais efeitos decorrem agora de comando legal expresso, doravante analisado.

2. O artigo 27 da lei nº 9.868/99

Estabelece o artigo 27 da lei nº 9.868/99, *in verbis*:

Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

A partir deste dispositivo, o Tribunal poderá adotar três posições distintas, além da regra *ex tunc* trazida à baila.

A primeira possibilidade é a restrição de efeitos, com momento de incidência após a edição da lei viciada, mas anterior a decisão declaratória de inconstitucionalidade. Tem-se no caso uma redução do tradicional efeito *ex tunc*, ao não se limitar a destituição apenas ao momento de ingresso da lei no ordenamento.

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 79.343/BA. Relator Ministro Leitão de Abreu. DJ de 02/09/1977. p. 563.

Pela segunda hipótese também é lícito ao julgador adotar a fórmula que já se consagrara com a teoria da anulabilidade, cuja decisão somente terá eficácia após o seu trânsito em julgado. Efeitos *ex nunc*, portanto, se extraem deste permissivo legal.

Por derradeiro, o dispositivo vai ainda além ao permitir que o Supremo Tribunal Federal defina o termo inicial para algum momento do futuro. Esta inovação, de forma mais significativa do que as anteriores, coloca nas mãos da Corte um poder sem precedentes que pode trazer sérias implicações nas relações jurídicas. Aqui todos os paradigmas foram rompidos, seja o tradicional oriundo da tese da nulidade, seja o trazido por Kelsen, regrado nos efeitos *ex nunc* da decisão constitutiva negativa.⁴ Todo este poder atribuído ao STF demanda a aprovação da maioria qualificada de dois terços de seus membros, ou seja, oito ministros. E, ao lado deste requisito de ordem procedimental, a modulação depende de outros dois requisitos materiais: a segurança jurídica ou razões de excepcional interesse social.

Convém reiterar que, mesmo antes da edição do novel dispositivo, a segurança jurídica estava presente na fundamentação da jurisprudência da Corte. Exatamente de acordo foi o voto do Ministro Leitão de Abreu que, embora vencido naquela ocasião, a erigia como o pilar da fixação dos efeitos *ex nunc*. O excepcional interesse social, por outro lado, efetivamente inova no cenário ao mesmo tempo em que torna impreciso o alcance da lei inconstitucional no caso concreto.

A despeito do caráter constitucional do princípio da nulidade, pode-se auferir a partir do dispositivo em comento que a definição de nulo ou anulável perde relevância diante do

delineamento legal. A regra continua a ser a eficácia pretérita, a qual admite exceções para a proteção da segurança jurídica e do excepcional interesse social. Em posição que se une com esta lógica é o voto do Ministro Gilmar Mendes, proferido no Agravo de Instrumento nº 661.533/RJ:

*O princípio da nulidade continua a ser a regra também. O afastamento de sua incidência dependerá de severo juízo de ponderação que, tendo em vista análise fundada no princípio da proporcionalidade, faça prevalecer a segurança jurídica ou outro princípio constitucionalmente relevante manifestado sob a forma de excepcional interesse social preponderante. Assim, aqui, a não-aplicação do princípio da nulidade não se há de basear em consideração de política judiciária, mas em fundamento constitucional próprio.*⁵

Independentemente da consideração ou não da nulidade, a conclusão que se extrai do dispositivo é que o afastamento da regra retrospectiva dependerá da ponderação acerca dos princípios constitucionais envolvidos, situação esta que não é inédita na solução de litígios

3. A modulação no controle difuso de constitucionalidade

Torna-se inevitável o questionamento acerca da aplicabilidade do artigo 27 da lei nº 9.868/99 no controle difuso de constitucionalidade, posto que se destina especificamente ao modelo suscitado por ação própria. Os inconvenientes de uma interpretação dogmática do princípio da nulidade também se verificam no controle incidental, razão pela qual é imperioso o reconhecimento de certas limitações ao seu alcance.

⁴ A decisão declaratória de inconstitucionalidade com eficácia pro futuro guarda relação com o apelo ao legislador oriundo do direito alemão. Segundo os ensinamentos do Ministro Gilmar Mendes (1996 p. 230), o apelo ao legislador vem a ser “a decisão na qual o Tribunal reconhece a situação como ‘ainda constitucional’, anunciando a eventual conversão desse estado de constitucionalidade imperfeita numa situação de completa inconstitucionalidade”.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo de Instrumento no 661.533/RJ*. Relator Ministro Gilmar Mendes. DJ de 18/04/2007, decisão monocrática.

Deveras, a própria jurisprudência norteamericana concedeu ao tema mais cuidados, conforme se extrai do entendimento inaugurado em 1965 com o *leading case Linkletter vs. Walker*. Seu produto se consubstancia na possibilidade de efeitos retrospectivos ou prospectivos da decisão de acordo com as vantagens ou desvantagens de cada caso:

*The Constitution neither prohibits nor requires retroactive effect and in each case the Court determines whether retroactive or prospective application is appropriate. (...) Once the premise is accepted that we are neither required to apply, nor prohibited from applying, a decision retrospectively, we must then weigh the merits and demerits in each case by looking to the prior history of the rule in question, its purpose and effect, and whether retrospective operation will further or retard its operation.*⁶

No controle incidental, os interesses levados à apreciação do Supremo Tribunal Federal por intermédio de Recurso Extraordinário são de índole subjetiva, de tal sorte que para a parte que alega incidentalmente a inconstitucionalidade à aplicação de efeitos *ex tunc* é geralmente mais conveniente. A título de exemplo, ao se afirmar a inconstitucionalidade de determinado tributo, inexistente sentido para outros efeitos além dos retrospectivos, pois o objetivo é desconstituir o tributo criado para que o contribuinte receba o valor pago indevidamente. No entanto, em outras situações ressalvas são necessárias.

Em sede de controle difuso de constitucionalidade, o voto do Ministro Leidão de Abreu demonstrou a tentativa primordial de gerenciamento dos efeitos temporais, por ocasião do julgamento de Recurso Extraordinário.

E mesmo após a Constituição Federal de 1988 o raciocínio foi reiterado sob os mesmos fundamentos, tal como trazido pelo Recurso Extraordinário nº 197.917-8/SP. Em síntese, questionava-se a constitucionalidade de dispositivo da Lei Orgânica nº 222/90, oriunda do município paulista de Mira Estrela, o qual fixara número de vereadores em quantidade superior ao preconizado pelo artigo 29, IV, "a", da Constituição Federal. Ao analisar a questão, o Ministro Gilmar Mendes se manifestou no seguinte sentido:

*É inegável que a opção desenvolvida pelo STF inspira-se diretamente no uso que a Corte Constitucional alemã faz do "apelo ao legislador", especialmente nas situações imperfeitas ou no "processo de inconstitucionalização". Nessas hipóteses, avalia-se, igualmente, que, tendo em vista razões de segurança jurídica, a supressão da norma poderá ser mais danosa para o sistema do que a sua preservação temporária. (...) No caso em tela, observa-se que a eventual declaração de inconstitucionalidade com efeito *ex tunc* ocasionaria repercussões em todo o sistema vigente, atingindo decisões que foram tomadas em momento anterior ao pleito 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, tal como a validade da deliberação da Câmara Municipal nos diversos projetos e leis aprovadas. (...) Não há dúvida, portanto, de que no presente caso, e diante das considerações antes esposadas, acompanho o voto do relator, para conhecer do recurso extraordinário e lhe dar parcial provimento, no sentido*

⁶ 381 U.S. (618) 1965. Em tradução livre do autor: "A Constituição nem proíbe nem requer o efeito retroativo e, em cada caso, a Corte determina se a aplicação retroativa ou prospectiva é apropriada. (...) Diante da aceitação da premissa de que não nos é requerido aplicar, nem proibido, uma decisão retrospectivamente, devemos então pesar os méritos e deméritos em cada caso com vistas à anterior história da regra em questão, seu propósito e efeito, e se a operação retrospectiva promoverá ou retardará sua ação."

de se declarar a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 6º da Lei Orgânica nº 222, de 31 de março de 1990, do município de Mira Estrela-SP. Faça-o, todavia, explicitando que a declaração da inconstitucionalidade da lei não afeta a composição da atual legislatura da Câmara Municipal, cabendo ao legislativo municipal estabelecer nova disciplina sobre a matéria, em tempo hábil para que se regule o próximo pleito eleitoral (declaração de inconstitucionalidade pro futuro).⁷

Como se aúfere, a segurança jurídica que o artigo 27 da lei nº 9.868/99 coloca como requisito material foi a essência para a delimitação da eficácia apenas para o futuro. Ademais, a técnica de aplicação de efeitos *pro futuro* seria a única medida possível, que a eficácia *ex tunc* desconstituiria todos os atos praticados pela Câmara e, conseqüentemente, retiraria a estabilidade do ordenamento.

De outro turno, também pelo julgamento do Recurso Extraordinário nº 442.683/RS, o STF optou pela adoção de efeitos *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade dos artigos 8º, III, 10, parágrafo único, 13, § 4º, 17 e 33, IV, da lei nº 8.112/90, pela ofensa ao artigo 37, II, da Constituição. O cerne do julgamento se verifica claramente pela seguinte ementa:

CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO: PROVIMENTO DERIVADO: INCONSTITUCIONALIDADE: EFEITO EX NUNC.

PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ E DA SEGURANÇA JURÍDICA. I. – A Constituição de 1988 instituiu o concurso público como forma de acesso aos cargos públicos. CF, art. 37, II. Pedido de desconstituição de ato administrativo que deferiu, mediante concurso interno, a progressão de servidores públicos. Acontece que, à época dos fatos, 1987 a 1992, o entendimento a respeito do tema não era pacífico, certo que, apenas em 17.02.1993, é que o Supremo Tribunal Federal suspendeu, com efeito ex nunc, a eficácia do art. 8º, III; art. 10, parágrafo único; art. 13, § 4º; art. 17 e art. 33, IV, da Lei 8.112, de 1990, dispositivos esses que foram declarados inconstitucionais em 27.8.1998: ADI 837/DF, Relator o Ministro Moreira Alves, DJ de 25.6.1999. II. – Os princípios da boa-fé e da segurança jurídica autorizam a adoção do efeito ex nunc para a decisão que decreta a inconstitucionalidade. Ademais, os prejuízos que adviriam para a Administração seriam maiores que eventuais vantagens do desfazimento dos atos administrativos. III. – Precedentes do Supremo Tribunal Federal. IV. – RE conhecido, mas não provido.⁸

Os julgados trazidos demonstram a possibilidade de aplicação do artigo 27 da lei nº 9.868/99 no controle difuso, observados os requisitos materiais de formais nele elencados. Pela observância deste dispositivo, ainda assim somente o Supremo Tribunal Federal é competente para dispor dos efeitos temporais, sendo vedado ao juiz monocrático ou Tribunal de origem aplicar tal técnica.⁹

⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 197.917-8/SP*. Relator Ministro Maurício Corrêa. DJ de 31/03/2004. p. 436-437.

⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 442.683/RS*. Relator Ministro Carlos Velloso. DJ de 24/03/2006. p. 814.

⁹Também neste sentido é o entendimento do Ministro Eros Grau, manifestado em seu voto no Agravo Regimental nº 392.139-8/RJ, DJ de 13/05/2005, p. 461: "Ainda em prevalecendo a tese que se inclina pela possibilidade de atribuir-se efeitos prospectivos à declaração de inconstitucionalidade proferida incidentalmente, em sede de controle difuso, a mim parece claro que, dado o caráter excepcional dessa medida, ela somente tem cabimento quando o tribunal manifesta-se expressamente sobre o tema, reconhecendo a observância dos requisitos previstos no artigo 27, da lei nº 9.869/99. Se ao declarar a inconstitucionalidade da lei, a corte silencia sobre a questão, a eficácia da decisão deve ser, em regra, retroativa."

Contudo, é inegável a dificuldade que pode surgir no caso concreto ao se vedar que o magistrado module os efeitos temporais. Sendo lícito ao juiz reconhecer incidentalmente a inconstitucionalidade, é uma contradição tolher a possibilidade de flexibilização dos efeitos temporais, eis que o principal – a inconstitucionalidade – já é uma realidade cognoscível.

4. Parâmetros materiais para a modulação no controle difuso: a segurança jurídica e o excepcional interesse social

O desenvolvimento da sociedade deixou evidente no conhecimento jurídico a necessidade de antever consequências normativas para as situações da vida. Neste campo, a segurança jurídica guarda íntima relação com o Estado Democrático de Direito, já que é um de seus princípios basilares.

O princípio da segurança jurídica, de acordo com o professor Almiro do Couto e Silva (2005, p. 3-4), se ramifica em duas partes, sendo uma de natureza objetiva e outra de natureza subjetiva. A primeira se refere aos limites à retroatividade dos atos do Estado, se configurando na proteção do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. A segunda diz respeito à proteção à confiança das pessoas em atos, procedimentos e condutas do Estado.

Sob outro ponto de vista, este princípio se destina a manutenção do *status quo ante* e a evitar que as pessoas sejam surpreendidas por modificações do direito positivo ou por alguma conduta do Estado. E neste sentido caminham os preceitos da Carta Magna, como é o princípio da legalidade, verdadeiro limitador da atividade estatal ao subordinar todas as condutas à observância estrita da lei, e o princípio da irretroatividade das leis tributárias, ao deixar a salvo as relações constituídas antes do império da nova lei que institui ou aumenta tributo.

Embora padeça a segurança jurídica de conceituações conflituosas, qualquer interpretação abarcará o sentido de certeza do direito, proteção das garantias fundamentais e estabilidade das relações jurídicas. Na Constituição Federal de 1988 muitas são as disposições que a consagram, em que a mais substancial é trazida no artigo 5º, inciso XXXVI, ao prescrever que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Este comando torna seguro o ato praticado sob a égide de ordenamento anterior, inviabilizando a insegurança proveniente da inovação legislativa sobre situações pretéritas e perfeitamente válidas. Neste ponto, mais uma vez foi trazido o princípio da irretroatividade das leis, indispensável para a estabilidade destas relações.

Para a modulação dos efeitos temporais, o princípio da segurança jurídica tem sido entendido em todas as suas ramificações. Direcionada à preservação de atos que se constituíram com presunção de validade da lei, a disposição do artigo 27 da lei nº 9.868/99, em um primeiro momento, sinaliza para a garantia da estabilidade das relações pretéritas e a consequente viabilização do princípio da proteção à confiança e boa-fé.

O princípio da confiança se destina à proteção dos direitos e expectativas dos indivíduos em face da atuação estatal. A boa-fé, aqui entendida em seu aspecto objetivo, está intimamente relacionada com a confiança, pois ela mira um modelo ou regra de conduta de acordo com certos padrões de correção e lisura, sendo protegida a legítima confiança da outra parte da relação jurídica. As partes, neste contexto, devem proceder corretamente e de acordo com a palavra empenhada, garantindo a estabilidade e previsibilidade daquela relação.

Por fim, o derradeiro requisito trazido no bojo do referido artigo 27 apresenta contornos de definição mais árdua. Decorre, em verdade, da expressão interesse público de excepcional

relevo, trazida pela Constituição Portuguesa como requisito para a flexibilização das decisões declaratórias de inconstitucionalidade.¹⁰

Rui Medeiros (1999, p. 707-710) ensina que o interesse público de excepcional relevo apresenta um caráter residual em relação à segurança jurídica e à equidade, de tal forma que abrangeria todos os interesses constitucionalmente protegidos que não fossem albergados por estes. A declaração de inconstitucionalidade que restrinja os efeitos temporais por esta razão demandaria uma fundamentação especial, a fim de evitar o uso equivocado do dispositivo com vistas a critérios políticos.

Este alerta vale também para a interpretação do dispositivo em comento, devendo a expressão excepcional interesse social levar estritamente um valor constitucional, sob pena de tornar a inconstitucionalidade ainda mais gravosa.

A partir das lições de Regina Maria Macedo Nery Ferrari (2009, p 312) é possível extrair o alcance jurídico deste requisito:

(...) quando a lei se refere à tutela do excepcional interesse social, não quer dizer a tutela do interesse de uma parte, que é um interesse secundário, mas que é comprovada a existência do interesse público primário capaz de legitimar sua resolução, e que o Tribunal, no momento de determinar a extensão dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, está obrigado a respeitá-lo, isto é, a considerá-lo.

O interesse público primário é entendido como o interesse da sociedade, da coletividade como um todo. O interesse secundário decorre do fato de que o Estado também é uma pessoa jurídica e, assim, com interesses próprios que

justificam a diferenciação dos primários. Desta forma, a primeira observação que se pode extrair do excepcional interesse social é que, se utilizado como justificativa para a modulação dos efeitos temporais, este deverá se reverter necessariamente em benefício da coletividade.

Este aparato constituiria evidente abuso em favor dos interesses do Estado. Mormente em matéria de cunho patrimonial, como a instituição ou majoração de tributos, a alegação de excepcional interesse social da Administração romperia com o postulado da supremacia da Constituição ao manter lei inválida de forma irresponsável, em prejuízo dos contribuintes e em consequente ofensa ao artigo 5º da Carta Magna.

Verificado este primordial limite, as decisões políticas não são toleradas. A este respeito, Regina Maria Macedo Nery Ferrari (2009, p. 314) completa que:

(...) o Supremo, ao fixar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade com âmbito mais restrito que o geral, isto é, quando reduzir o âmbito de retroatividade da declaração de inconstitucionalidade, com efeitos só para o futuro, deverá fundamentar os motivos da opção pela determinação, para que se tenha conhecimento que o que está em jogo é o excepcional interesse social, ou seja, que a decisão está condicionada pelo princípio da razoabilidade e da proporcionalidade.

O julgador deve fazer um severo juízo de ponderação que seja capaz de considerar os princípios constitucionais que denotem o excepcional interesse social. É de fundamental importância constatar que a consideração dos interesses privados não é inteiramente excluída, pois conforme traz Rui Medeiros (1999, p. 710), “o próprio interesse consistente na salvaguarda dos

¹⁰ O artigo 282, 1 e 4 da Constituição Portuguesa estabelece, in verbis: 1. A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a reconstituição das normas que ela, eventualmente, haja revogado. 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 nº 1 e 2.

direitos fundamentais dos particulares é também um interesse público e não meramente privado.”

A despeito da existência de valores confusos agregados a esta expressão, sendo assim impossível atribuir-lhe uma definição, a sua carga semântica indica para uma ponderação que busque a concordância entre os princípios constitucionais envolvidos na demanda, de tal sorte que os valores preservados venham a se reverter em benefício do corpo social. E este fato, considerando-se o zelo que a Carta Magna confere ao homem, teria como consequência reflexa a reiteração da supremacia da Constituição.

CONCLUSÃO

É inegável a ruptura de um paradigma fundamental, cujo postulado se arraigou no entendimento pátrio a ponto de tornar a desconstituição *ab initio* da lei ou ato normativo inconstitucional uma regra incontestável. As mazelas da interpretação irrestrita desde cedo apresentam sérios dilemas no controle concentrado de constitucionalidade, os quais naturalmente não poderiam se afastar do controle difuso.

Por questão de lógica jurídica, a aplicação por analogia do artigo 27 da lei nº 9.868/99 é imperiosa para a otimização do texto constitucional. Ao se deparar com a alegação incidental de inconstitucionalidade no caso concreto, e sendo esta verdadeira, o magistrado estará diante de uma situação demasiadamente delicada. Adotando o princípio da nulidade, que goza de caráter constitucional, é possível que outros

valores também constitucionais sejam afastados, o que poderia agravar ainda mais a ofensa ao texto da Carta Magna.

A lei ou ato normativo, enquanto não declarados inconstitucionais, podem produzir efeitos durante anos, criando direitos e obrigações para seus destinatários que sequer imaginam a invalidade da norma. Neste contexto, a segurança jurídica, bem como o princípio da proteção à confiança e boa-fé, não podem ser simplesmente ignorados, mas ponderados no caso concreto em face do princípio da nulidade. O mesmo se aplica ao excepcional interesse social que, apesar da imprecisão, deve ser valorado de forma estritamente constitucional.

Da análise do novo dispositivo é possível auferir que o juiz singular e o Tribunal de origem não podem modular os efeitos temporais destas decisões, eis que a competência é do Supremo Tribunal Federal. Esta interpretação também foi concedida pela Corte no que tange ao controle incidental, o que pode se mostrar conflitante com o papel do magistrado no caso concreto.

Com efeito, ao juiz singular e ao Tribunal de origem é lícito um grande poder, que é o reconhecimento da inconstitucionalidade. Se o poder maior não é vedado, não seria lícito restringir sempre a possibilidade do gerenciamento temporal. Mais uma vez a eficácia pretérita mostra os perigos diante do afastamento de outros mandamentos constitucionais, os quais o artigo 27 da lei nº 9.868/99 tencionou evitar mediante a interpretação sistêmica da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (lei nº 9.784/99). *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, abril/maio/junho de 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 31 de janeiro de 2010.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à lei n.º 9.868, de 10/11/1999*. São Paulo: Saraiva 2001.

MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 1996.

VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

JURISPRUDÊNCIA MENCIONADA

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo de Instrumento n.º 661533/RJ*. Relator Ministro Gilmar Mendes. DJ de 18/04/2007.

_____. *Recurso Extraordinário n.º 442.683/RS*. Relator Ministro Carlos Velloso. DJ de 24/03/2006.

_____. *Agravo Regimental n.º 392.139-8/RJ*. Relator Ministro Eros Grau. DJ de 13/05/2005.

_____. *Recurso Extraordinário n.º 197.917-8/SP*. Relator Ministro Maurício Corrêa. DJ de 31/03/2004.

_____. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 652/MA*. Relator Ministro Celso de Mello. DJ de 02/04/1993.

_____. *Recurso Extraordinário n.º 79.343/BA*. Relator Ministro Leitão de Abreu. DJ de 02/09/1977.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. *381 U.S. 618 (1965)*. Julgamento em 07/06/1965.